

Indice della guida sul contratto

1. L'Autonomia contrattuale
2. La nozione di contratto
3. Le varie tecniche di perfezionamento del contratto
4. Lo schema base di conclusione del contratto
5. I requisiti del contratto e la sua nullità
6. Le clausole vessatorie
7. Elementi accessori del contratto
8. La caparra, la clausola penale e istituti simili nel contratto
9. La caparra confirmatoria
10. La caparra penitenziale
11. Efficacia dei contratti
12. La nullità e l'annullabilità del contratto
13. La nullità del contratto in frode alla legge
14. La rescissione del contratto
15. La risoluzione del contratto
16. L'azione per l'adempimento contrattuale
17. Il recesso dal contratto
18. Il negozio simulato e la prova della simulazione
19. La responsabilità precontrattuale
20. La responsabilità contrattuale
21. La simulazione contrattuale e l'azione di accertamento
22. La buona fede contrattuale
23. L'interpretazione del contratto
24. Il diritto di prelazione
25. Il contratto preliminare
26. La scrittura privata - con fac-simile
27. La vendita
28. La permuta
29. Il comodato
30. Il contratto di transazione
31. La locazione
32. L'appalto
33. Il franchising
34. La diffida ad adempiere
35. Entro quali limiti è possibile revocare una proposta contrattuale
36. La procura generale
37. La procura speciale

L'Autonomia contrattuale

Il contratto rappresenta **l'espressione dell'autonomia contrattuale più importante e di maggiore impiego**. Quest'ultima, oltre che nella libertà contrattuale, si esplica anche in altri tipi di negozi giuridici, quali ad esempio il testamento e la procura, estendendosi a campi diversi da quello dei traffici prettamente economici, come quello del diritto di famiglia e successorio. Esulano, invece, dal concetto di autonomia contrattuale gli atti unilaterali, in quanto le rigide previsioni codicistiche non lasciano agli interessati margini di libertà apprezzabili.

Per quanto concerne le previsioni normative, l'art. 1322 del [codice civile](#), rubricato proprio "**autonomia contrattuale**", afferma che "**le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge**". Al secondo comma del medesimo articolo, il legislatore si è preoccupato di chiarire la piena facoltà di concludere anche contratti non appartenenti ai tipi aventi una disciplina particolare, ossia non rientranti nella categoria dei c.d. contratti "tipici", come la locazione, la compravendita, il mutuo ecc..

L'unico limite che viene chiaramente posto è di tipo finalistico: i contratti devono comunque essere diretti a realizzare **interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico**.

A titolo di precisazione, anche se presentano sicuramente delle analogie, l'autonomia contrattuale non coincide con un altro concetto elaborato dalla dottrina, in assenza di una disposizione specifica diretta a fornirne una chiara definizione: **l'autonomia privata**.

Premesso che l'aggettivo "privata" è stato giudicato da autorevole dottrina moderna "fuorviante", nel senso che si tratta di un potere riconosciuto anche a soggetti di diritto pubblico (come Stato, Regioni o Enti Locali) per il perseguimento di interessi sia privati che pubblici, l'autonomia privata esprime una fenomenologia molto più articolata, dato che **abbraccia anche rilevanti settori di relazioni intersoggettive non contrattuali**, quali ad esempio attività extra-negoziali (ad es. ludiche, culturali, sportive ecc.), poteri di normazione privata (si pensi ai sistemi sanzionatori privati o

alle norme di autoregolamentazione di imprese operanti in un dato settore) e libertà matrimoniale.

2

La nozione di contratto

Secondo quanto disposto dall'art. 1321 del codice civile, il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere fra loro un rapporto giuridico patrimoniale. Le caratteristiche che risaltano immediatamente dalla definizione, tali da distinguere il negozio bilaterale (o anche multilaterale se i soggetti stipulanti sono più di due) in commento rispetto ad altri negozi giuridici, sono, appunto, l'accordo di due o più parti, che rappresenta, come vedremo, uno degli elementi essenziali del contratto (cfr. art. 1325 c.c.) e la necessaria patrimonialità, ossia l'idoneità ad essere suscettibile di valutazione economica dell'oggetto del contratto. Autorevole dottrina osserva che l'istituto di cui trattasi, in definitiva, è il frutto di un incontro di volontà dirette a risolvere preventivamente il potenziale conflitto d'interesse che soggiace a ogni negoziazione, predisponendo delle regole, che i contraenti si impegnano a rispettare, aventi la funzione di disciplinare il rapporto sottostante con una autorevolezza talmente elevata da essere equiparata, quanto a "forza", alla legge stessa, anche se limitatamente alle parti coinvolte (cfr. 1372, comma 1 c.c.).

Il codice civile individua, rispettivamente al titolo II e al titolo III del libro IV (rubricato "Delle obbligazioni"), innanzitutto il complesso delle disposizioni cui sono sottoposti tutti i contratti, a prescindere dalla loro riconducibilità a figure legislativamente predefinite (cfr. art. 1323 c.c.) e, subito dopo, l'insieme delle norme applicabili solo ai contratti (c.d. "tipici", proprio perché la loro disciplina è dettata in modo puntuale dalla legge) di volta in volta presi in considerazione, nei vari capi che compongono il titolo terzo.

3

Le varie tecniche di perfezionamento del contratto

In aderenza al principio consensualistico, che domina la materia di cui trattasi, per considerare un contratto perfezionato (anche se non è detto che, in quel momento stesso sia anche efficace: come vedremo, potrebbe essere, ad esempio, sospensivamente condizionato oppure sottoposto a un termine iniziale), è imprescindibile l'incontro delle manifestazioni di volontà di tutti i contraenti. Il codice individua numerose modalità operative per addivenire a un simile risultato, tanto che la dottrina distingue tra quelle "a formazione istantanea" e quelle "a formazione progressiva". Quest'ultime si realizzano ogni qual volta la stipula del contratto avviene mediante una serie, spesso complessa e articolata, di trattative e negoziati. Si ha una formazione istantanea, invece, allorché il contenuto del contratto è fissato una volta per tutte, o perché le parti si trovano nello stesso luogo fisico e, quindi, si accordano nel dettaglio prima di sottoscrivere o perché si tratta di c.d. "contratto per adesione", in quanto il proponente non consente che il destinatario della proposta suggerisca modifiche relative al prezzo, al bene o servizio oggetto della pattuizione o, più in generale, alle clausole predisposte dal proponente medesimo.

Come si accennava, il codice indica vari schemi aventi la finalità esclusiva di rendere perfetto il contratto (cfr. artt. 1327 e ss.), in modo da permettere all'autonomia contrattuale di esplicitarsi secondo le modalità che meglio si adattano alle esigenze del caso concreto. Tra le forme più diffuse sono da menzionare l'incontro tra due volontà equivalenti, l'adesione a un contratto aperto predisposto da un terzo (ad esempio da una ditta che ha solo interesse a vendere a un certo prezzo i suoi prodotti, a prescindere dalle qualità dell'altra parte) o l'esercizio del diritto di opzione (si pensi all'acquisto di azioni societarie da parte di chi è già socio ovvero dipendente dell'impresa in questione). Un altro *iter* per perfezionare l'incontro delle volontà è quello c.d. "*per facta concludentia*", che si ha quando il consenso è manifestato attraverso comportamenti inequivocabilmente diretti ad accettare una data proposta. L'art. 1327 c.c., al proposito, stabilisce che "qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione". Per comprendere meglio in quali situazioni possa rendersi conveniente un simile schema, si pensi all'appaltatore che, di fatto, inizia a compiere le opere commissionate, assecondando tutte le richieste del committente/proponente. L'ultimo

comma dell'articolo 1327, peraltro, impone all'accettante di avvertire prontamente l'altra parte dell'iniziata esecuzione, pena l'obbligo di risarcire il danno che quest'ultima abbia eventualmente subito da tale ritardo nella comunicazione.

4

Lo schema base di conclusione del contratto

Lo schema base che il codice ha individuato al primo articolo dedicato alla formazione del contratto, comunque, è così prospettato: "il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte" (cfr. art. 1326 c.c.). Secondo la migliore dottrina, la proposta può essere definita come la dichiarazione che contiene tutti gli elementi del contratto, emessa manifestando l'intenzione di obbligarsi. L'accettazione, invece, è la dichiarazione diretta al proponente (ovvero il comportamento concludente, nel caso di accettazione c.d. "tacita"), che contiene l'accoglimento della proposta ed avente carattere recettizio, nel senso che essa deve essere rivolta al proponente o a un suo valido rappresentante, in condizione di riceverla. Dall'esame sistematico delle norme codicistiche, si ricavano una serie di requisiti indispensabili affinché l'accettazione possa ritenersi valida; tra questi meritano particolare importanza la piena conformità rispetto alla proposta (altrimenti vale solo come controproposta), la tempestività (poiché deve pervenire entro un congruo termine che è fissato dallo stesso proponente ovvero reso necessario dalla natura dell'affari o dagli usi), nonché il rispetto della forma eventualmente richiesta dal proponente per l'accettazione.

5

I requisiti del contratto e la sua nullità

Ai sensi dell'art. 1325, i requisiti essenziali del contratto, la cui mancanza determina la nullità del contratto, sono: l'accordo delle parti (di cui agli artt. 1326 e seguenti e 1427 c.c.), la causa (ex art. 1343 e seguenti c.c.), l'oggetto (cfr. art. 1346 e seguenti c.c.) e la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità (di cui agli artt. 1350 e seguenti c.c.). Nel richiamare quanto già detto circa l'accordo delle parti, per quanto concerne la causa del contratto numerose sono le teorie elaborate

dalla dottrina circa la sua natura giuridica e il suo fondamento. Volendo riportare in poche parole le più diffuse, secondo le teorie soggettivistiche essa rappresenta la somma degli scopi perseguiti dalle parti, mentre, secondo le tesi oggettivistiche, è la funzione obiettiva economico-sociale del negozio oppure la funzione giuridica dell'atto, intesa in senso oggettivo. Non solo dalla mancanza, ma anche dall'illiceità della causa scaturisce la nullità del contratto, vizio che, ai sensi dell'art. 1418 c.c., è determinato altresì, vuoi dalla mancanza di uno dei requisiti essenziali e dalla contrarietà rispetto a norme imperative (salvo che la legge disponga diversamente), vuoi dall'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 c.c., dalla mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346 c.c. e negli altri casi stabiliti dalla legge (cfr. artt. 190, 226, 458, 778 e seguente, 780 e seguente, 788, 794, 1261, 1344 e seguente, 1350, 1471, 1472, 1895, 1904, 1972 del codice civile).

Proseguendo nell'individuazione degli elementi essenziali del contratto, mentre l'oggetto può essere definito come il bene materiale o immateriale per conseguire il quale le parti pongono in essere il contratto, la forma del contratto è la modalità attraverso la quale la volontà dei contraenti si manifesta e si rende esteriormente visibile, divenendo idonea ad assumere rilevanza giuridica. Nei casi in cui la forma è prevista a pena di nullità (c.d. forma "ad substantiam"), il che avviene, di regola, ogni qual volta il legislatore ha ritenuto importante preconstituire una prova documentale circa l'avvenuta stipula (ad esempio perché trattasi di transazioni relative a cose di notevole valore, come i beni immobili), il contratto deve essere redatto secondo quella determinata forma, altrimenti sarebbe colpito dalla tipologia d'invalidità più grave che l'ordinamento giuridico contempla, come abbiamo appena visto.

6

Le clausole vessatorie

La disciplina generale delle clausole c.d. "vessatorie" è prevista dall'art. 1341 c.c. dedicato alle "Condizioni generali di contratto", il quale al secondo comma dispone che *"in ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne*

l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria".

Le suddette clausole, tassativamente elencate dal legislatore del '42, proprio perché producono un forte squilibrio fra le parti, sono considerate, dunque, inefficaci, se non approvate per iscritto (Cass. n. 11594/2010).

Tuttavia, la crescente diffusione dei c.d. "contratti per adesione" (e "a distanza"), generalmente stipulati con banche, assicurazioni o società di comunicazioni che offrono i propri servizi a condizioni predeterminate (su moduli o formulari), mentre l'altro contraente (utente, consumatore), si limita ad aderire automaticamente alla sottoscrizione, ha spinto il legislatore a cercare di sanare questo squilibrio, prevedendo una maggiore tutela nei confronti della parte più debole contrattualmente.

In considerazione di ciò, alla regola generale di cui all'art. 1341 c.c. è stata affiancata una disciplina specifica delle clausole vessatorie, con l'aggiunta del capo XIV bis al codice civile ("Dei contratti del consumatore") composto da cinque articoli (dal 1469-bis al 1469-sexies).

Sulla spinta delle direttive comunitarie, tale disciplina è stata però successivamente sostituita dal nuovo "Codice del Consumo" (d.lg. n. 206/2005), il quale, novellando l'art. 1469-bis c.c. e, parallelamente, abrogando le norme immediatamente successive, si occupa (artt. 33-38 e 139-141) delle clausole vessatorie nei rapporti tra professionisti e consumatori, sanzionandole non più con la mera inefficacia ma con la nullità.

La vessatorietà nel Codice del consumo

Ex art. 33 del Codice del Consumo, nel contratto concluso tra il consumatore, definito all'art. 3 quale *"persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta"*, ed il professionista, si considerano vessatorie le clausole che *"malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto"*.

Al fine di eliminare questo squilibrio, gravante sul consumatore, quale parte economicamente più debole, la clausola o le clausole considerate vessatorie, ex artt. 33 e 34 del Codice del Consumo, sono sanzionate con la nullità, mentre il contratto rimane valido per il resto (art. 36).

Secondo il comma 3 dell'art. 36, la nullità opera a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

La vessatorietà di una clausola viene stabilita tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto, sulla base delle circostanze esistenti al momento della sua conclusione, delle altre clausole contenute nello stesso ovvero in altro contratto ad esso collegato (art. 34).

Ad ogni modo, le clausole contenute per iscritto nel contratto proposto al consumatore, devono essere redatte in modo chiaro e comprensibile: in caso di dubbio prevale sempre l'interpretazione più favorevole all'utente (art. 35).

Le tipologie di clausole vessatorie

Al secondo comma l'art. 33 del d.lg. n. 206/2005 indica esplicitamente le clausole che si presumono vessatorie, fino a prova contraria. Tra le diverse ipotesi enucleate dalla norma rilevano, in particolare, le clausole volte ad escludere o limitare:

la responsabilità del professionista in caso di danno (o morte) alla persona del consumatore dovuta ad un'azione o omissione dello stesso; le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista in caso di inadempimento (totale o parziale) o di adempimento inesatto; l'opportunità da parte del consumatore della compensazione di un debito nei confronti del professionista con un credito vantato nei confronti di quest'ultimo. Rilevano, altresì, le clausole volte a: prevedere un impegno da parte del consumatore subordinando, viceversa, l'esecuzione della prestazione del professionista ad una condizione dipendente unicamente dalla sua volontà; riconoscere solo al professionista la facoltà di recedere dal contratto e consentirgli di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore in caso di recesso o mancata conclusione del contratto da parte di quest'ultimo (senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma, laddove sia quest'ultimo a non concludere il contratto o a recedere); consentire al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso,

tranne nel caso di giusta causa (ecc.).

In deroga alle disposizioni di cui al comma 2, i successivi commi 3 e 4 dell'art. 33 introducono esplicite eccezioni per i contratti che hanno ad oggetto le prestazioni di servizi finanziari, nei quali è consentito al professionista, in presenza di un giustificato motivo e previa comunicazione al consumatore: recedere senza preavviso; modificare le condizioni del contratto o il tasso di interesse e l'importo di qualunque altro onere originariamente convenuto (con relativo diritto del consumatore di recedere).

Non rientrano, altresì, tra le clausole vessatorie, le condizioni che riproducono disposizioni di legge o norme e principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti gli Stati membri dell'Unione Europea (art. 34).

Valgono ad escludere, inoltre, la vessatorietà, le eventuali trattative tra le parti.

L'art. 34 sancisce, infatti, che *"non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale"*.

Tuttavia, il punto 2 dell'art. 36, in deroga alla suddetta disposizione, indica tassativamente affette da nullità, ancorchè oggetto di trattativa, le seguenti tre clausole, aventi per oggetto o per effetto di: *"a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista; b) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista; c) prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto"*.

Il rapporto tra la disciplina ex art. 1341 c.c. e il Codice del Consumo

La normativa prevista in materia di clausole vessatorie dall'art. 1341 c.c., nonché dal successivo art. 1342 c.c. relativo ai contratti conclusi mediante formulari o modulari (che rimanda espressamente alle disposizioni dettate dal primo), costituisce disciplina generale applicabile a qualsiasi negoziostipulato tra una parte predisponente, qualunque sia la sua qualifica professionale, e il contraente che vi aderisce (c.d. contratti "B2B" tra imprese e "C2C" tra privati), mentre quella dettata dagli artt. 33 e seguenti del Codice del Consumo è circoscritta all'ambito di applicazione soggettivo dei contratti tra professionisti e consumatori (c.d. contratti "B2C", Business to Consumer).

Le due discipline, pertanto, non si sovrappongono ma si integrano l'un l'altra. Sul piano pratico, infatti, la presenza di una clausola vessatoria che rientri nel campo di applicazione degli artt. 1341 e ss. c.c. soggiacerà alla disciplina codicistica, ben potendo, laddove inerisca sul piano soggettivo all'ambito previsto dal Codice del Consumo, trovare applicazione la disciplina, più incisiva, ivi contenuta (la quale, peraltro, per quanto non previsto dallo stesso, rinvia espressamente alle disposizioni del codice civile, ex art. 38, come novellato dal d.lgs. n. 221/2007).

Ad ogni modo, tra le due discipline sussistono elementi comuni e differenziali che meritano di essere sottolineati.

La prima distinzione rileva sul piano "sanzionatorio": mentre le clausole tassativamente elencate nell'art. 1341 c.c. e quelle aggiunte nei contratti conclusi mediante moduli o formulari ex art. 1342 c.c. sono inefficaci, salvo specifica approvazione per iscritto (Cass. n. 11361/2010), quelle espressamente indicate dagli artt. 33 e ss. CdC sono da considerarsi nulle (a prescindere da qualsiasi sottoscrizione).

Altra differenza è rintracciabile in ordine al profilo della rilevabilità ex officio, testualmente prevista dall'art. 36, 3° comma, CdC e preclusa nella disciplina codicistica (Cass. n. 11213/1991).

L'art. 35 del d.lgs. n. 206/2005 detta, inoltre, il c.d. "principio della trasparenza" delle clausole che devono essere formulate in modo chiaro e comprensibile, mentre non è rintracciabile una tale disposizione negli artt. 1341 e 1342 c.c.

Elemento comune ad ambedue le discipline è la "trattativa individuale" considerata idonea ad escludere il carattere vessatorio delle clausole, in ragione del venir meno dell'unilateralità della predisposizione contrattuale, come espressamente indicato dall'art. 34, comma 4, del codice del consumo e desumibile dai principi civilistici.

Tuttavia, se ciò vale in via generale, non sempre la contrattazione specifica elimina la vessatorietà: l'art. 36 CdC esclude, infatti, in ogni caso, l'efficacia delle clausole nelle tre ipotesi nello stesso elencate, quantunque oggetto di trattativa tra le parti. Infine, rilevano i rimedi concessi ai consumatori solamente in materia di clausole abusive ex artt. 33 e seguenti CdC, i quali, oltre all'azione di accertamento della nullità, hanno a disposizione anche la tutela inibitoria di cui all'art. 37, nonché quella amministrativa, affidata all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, di cui al successivo art. 37-bis (introdotto dall'art. 5, comma 1, del d.l. n. 1/2012, convertito in l. n. 27/2012).

Giurisprudenza in materia di clausole vessatorie

Cassazione civile sez. II 21/03/2014 n. 6784

La nullità di una clausola vessatoria di un contratto, in cui una delle parti è un consumatore e che può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, opera solo a vantaggio del consumatore e non travolge l'intero rapporto contrattuale limitandosi solo a rendere inefficace tale clausola.

Cassazione civile sez. II 21/03/2014 n. 6784

La nullità di una clausola vessatoria di un contratto, in cui una delle parti è un consumatore e che può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, opera solo a vantaggio del consumatore e non travolge l'intero rapporto contrattuale limitandosi solo a rendere inefficace tale clausola.

Cassazione civile sez. VI 24/01/2014 n. 1464

Nelle controversie tra consumatori e professionisti (nella specie tra avvocato e cliente) la competenza territoriale esclusiva spetta, ex art. 1469-bis c.c., al giudice del luogo della sede o del domicilio elettivo del consumatore, ritenendosi vessatorie le clausole con le quali si individua come sede del foro competente una diversa località. A beneficiare di tale disciplina è il consumatore, da intendersi come la persona fisica che, anche se svolge attività imprenditoriale o professionale, conclude un qualche contratto per la soddisfazione di esigenze di vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività.

Cassazione civile sez. VI 18/09/2013 n. 21419

Il contratto di albergo - che costituisce un contratto atipico o misto, con il quale l'albergatore si impegna a fornire al cliente, dietro corrispettivo, una serie di prestazioni eterogenee, quali la locazione di alloggio, la fornitura di servizi o il deposito - soggiace alla disciplina generale dei contratti dei consumatori quanto all'individuazione del giudice inderogabilmente competente - da individuarsi in quello del luogo della residenza (o del domicilio) del consumatore - ove il cliente persona fisica lo abbia stipulato per la soddisfazione di sue esigenze della vita quotidiana, estranee all'esercizio della propria eventuale attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale; e tanto anche se non possa configurarsi un contratto di

pacchetto turistico, essendo la disciplina relativa a quest'ultima speciale ed ulteriore a quella generale dei contratti del consumatore.

Cassazione civile sez. I 03/07/2013 n. 16620

La clausola contrattuale che sottoponga il sorgere del diritto al compenso da parte del professionista incaricato del progetto di un'opera all'intervenuto finanziamento dell'opera progettata non limita la responsabilità del committente il progetto, giacché non influisce sulle conseguenze del suo eventuale inadempimento, ma piuttosto delimita il contenuto del mandato conferito, facendo derivare i diritti del mandatario dal progetto finanziato e non dal progetto solo redatto; ne consegue che una clausola siffatta, non incidendo sulle conseguenze dell'inadempimento del predisponente, non può ritenersi vessatoria e non è, pertanto, abbisognevole di specifica approvazione per iscritto.

Cassazione civile sez. I 03/07/2013 n. 16620

La clausola contrattuale che sottoponga il sorgere del diritto al compenso da parte del professionista incaricato del progetto di un'opera all'intervenuto finanziamento dell'opera progettata non limita la responsabilità del committente il progetto, giacché non influisce sulle conseguenze del suo eventuale inadempimento, ma piuttosto delimita il contenuto del mandato conferito, facendo derivare i diritti del mandatario dal progetto finanziato e non dal progetto solo redatto. Deriva da quanto precede, pertanto che una clausola siffatta, non incidendo sulle conseguenze dell'inadempimento del predisponente, non può ritenersi vessatoria e non è, pertanto, abbisognevole di specifica approvazione per iscritto.

Cassazione civile sez. III 04/06/2013 n. 14038

L'esclusione della facoltà di recesso da un contratto non costituisce clausola vessatoria, ai sensi dell'art. 1341, secondo comma, cod. civ., e, pertanto, non è necessaria per la sua efficacia la specifica approvazione per iscritto, dal momento che l'elencazione contenuta nella norma suddetta non è soggetta ad interpretazione analogica, ma solo estensiva ed in essa non solo non è prevista l'ipotesi della rinuncia al recesso, ma neppure è contemplato alcun caso che a questa possa essere assimilato.

Cassazione civile sez. I 19/10/2012 n. 18041

Quando i contraenti fanno riferimento alla disciplina fissata in un distinto documento al fine dell'integrazione della regolamentazione negoziale, le previsioni di quella disciplina si intendono conosciute e approvate "per relationem", assumendo pertanto il valore di clausole concordate senza necessità di una specifica approvazione per iscritto ai sensi dell'art. 1341 c.c.

Cassazione civile sez. VI 20/08/2012 n. 14570

In tema di condizioni generali di contratto, essendo la specifica approvazione per iscritto delle clausole cosiddette vessatorie (nella specie: clausola compromissoria), ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c., requisito per l'opponibilità delle clausole medesime al contraente aderente, quest'ultimo è il solo legittimato a farne valere l'eventuale mancanza, sicché la nullità di una clausola onerosa senza specifica approvazione scritta dell'aderente non può essere invocata dal predisponente.

Cassazione civile sez. III 26/06/2012 n. 10619

Nel contratto di assicurazione sono da considerare clausole limitative della responsabilità, per gli effetti dell'art. 1341 c.c., solo quelle clausole che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito mentre attengono all'oggetto del contratto, e non sono perciò, assoggettate al regime previsto dal comma 2, di detta norma, le clausole che riguardano il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa e, dunque, specificano il rischio garantito (nella specie, la Corte ha escluso il carattere vessatorio di una clausola del contratto che limitava a quattro anni la copertura assicurativa per le richieste di risarcimento pervenute all'assicurato per effetto di errate visure).

7

Elementi accessori del contratto

Mentre la presenza degli elementi poc'anzi descritti è imprescindibile ai fini della validità del contratto, il codice prevede la possibilità di inserire all'interno della pattuizione anche uno o più elementi che si usa definire "accessori" (o aggettivi di pari significato), nel senso che la loro assenza non inficia il contratto stesso, avendo solo la funzione di modificare o precisare il contenuto del contratto, per meglio adattarsi alle esigenze concrete degli stipulanti. Tra gli elementi facoltativi più diffusi, ricordiamo la

condizione, che può essere "sospensiva" ovvero "risolutiva", a seconda che l'efficacia del contratto, rispettivamente, inizi a decorrere solo dall'avverarsi di un evento determinato dedotto in condizione oppure venga meno al verificarsi di quel dato evento. Altro elemento accessorio di ampia utilizzazione è il termine, che si dice "iniziale" se l'avvio dell'efficacia è posticipato a un momento successivo, mentre si dice "finale" se il contratto dispiega i suoi effetti già dal momento della conclusione, venendo meno solo nella data espressamente indicata nel contenuto del contratto. Il modo (chiamato anche "onere") costituisce, invece, un peso posto a carico del destinatario di un negozio a titolo gratuito, determinando, così, una riduzione del beneficio economico accordato a quest'ultimo.

8

La caparra, la clausola penale e istituti simili nel contratto

Fra gli elementi accidentali del contratto, infine, meritano un rilievo particolare anche la clausola penale (di cui agli artt. 1382-1384 c.c.) e la caparra (ex artt. 1385 e 1386 c.c.).

La caparra può essere di due tipi: confirmatoria oppure penitenziale. La prima consiste nella consegna (c.d. "*traditio*") alla controparte di una somma di denaro o di una quantità di cose fungibili, già al momento della conclusione del contratto, a conferma della serietà del vincolo assunto e a titolo di acconto sul prezzo. Caratteristiche ulteriori della caparra confirmatoria, enucleate da attenta dottrina, sono che essa può essere inserita solo nei contratti a prestazioni corrispettive ed essere correlata solo all'inadempimento (non anche al ritardo). Tale istituto fa sì che qualora chi ha ricevuto la caparra si renda inadempiente, dovrà restituire il doppio della somma all'altra parte; se inadempiente è chi ha dato la caparra, l'altro contraente potrà recedere dal contratto e trattenere la caparra ricevuta. La caparra è detta "penitenziale", invece, se costituisce solo una sorta di corrispettivo che una delle parti contraenti è tenuta a versare anticipatamente all'altra per il presunto danno che le arreherebbe in caso di recesso.

La clausola penale (cfr. art. 1382 c.c.), d'altro canto, è la clausola con cui si conviene

che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento del contratto, uno dei contraenti è tenuto ad una determinata prestazione. Le sue funzioni principali sono la maggiore garanzia di puntuale e tempestivo adempimento e la preliquidazione convenzionale del danno per l'eventualità dell'inadempimento e/o del ritardo, evitando, così, costose e lente decisioni giurisdizionali sul punto. Nonostante si tratti di istituti alquanto simili, la clausola penale non va confusa con un altro istituto: la c.d. multa penitenziale (di cui all'art. 1373, comma 3 c.c.). Quest'ultima costituisce il corrispettivo del diritto di recesso convenzionalmente stabilito e implica che la somma di denaro sia versata solo al momento del recesso (a differenza della caparra penitenziale). Nella multa penitenziale, al contrario della caparra confirmatoria, il creditore può scegliere tra il risarcimento del danno subito e la riscossione della somma di denaro stabilita a titolo di "pena".

L'acconto, infine, è semplicemente un'anticipazione di una quota del prezzo fissato dal proponente (o pattuito dai contraenti), e la sua funzione è sostanzialmente una maggiore garanzia offerta al proponente stesso circa la serietà delle intenzioni di addivenire alla stipula da parte del potenziale accettante (è il caso assai frequente di clienti che, al fine di impedire che, ad esempio, un capo di abbigliamento della propria taglia possa essere venduto ad altri subito dopo, lascia al venditore una somma di denaro, che ha in quel momento a disposizione, in modo da farsi "mettere da parte" per lui quel bene di consumo).

9

La caparra confirmatoria

Che cosa è la caparra confirmatoria

La caparra confirmatoria è quella somma di denaro o quantità di cose fungibili che una parte consegna all'altra, al momento della conclusione del contratto, per garantire l'adempimento delle proprie obbligazioni contrattuali.

Già prevista dal codice civile del 1865, la sua disciplina giuridica attuale è contenuta **nell'art. 1385 c.c.** che ne sancisce la restituzione o l'imputazione alla prestazione dovuta in caso di adempimento della parte che l'ha versata.

Allo stesso tempo, in caso di inadempimento di quest'ultima, la parte adempiente che l'ha ricevuta ha facoltà di recedere dal contratto e trattenere la caparra. Ove invece

inadempiente è la parte che ha ricevuto la caparra confirmatoria, questa sarà tenuta a restituire il doppio della somma ricevuta, mentre la parte non inadempiente potrà recedere dal contratto, fermo restando in ogni caso il diritto di optare per l'esecuzione o la risoluzione, oltre al risarcimento del danno.

Il patto di caparra può **intervenire anche successivamente alla conclusione del contratto** e al versamento dell'importo pattuito (o della quantità di beni fungibili stabilita), purché anteriormente alla scadenza dell'obbligazione (Cass. n. 3071/2006).

La forma della clausola contrattuale che prevede la caparra confirmatoria

In merito alla forma del patto di caparra, **non è richiesta la consacrazione in formule particolari, né una sottoscrizione apposita** delle parti, qualora lo stesso sia inserito nelle clausole generali del contratto, poiché non ha natura vessatoria (Cass. n. 1168/2004).

È necessario tuttavia che l'accordo tra le parti sia esteriorizzato: affinché, infatti, il patto relativo alla dazione di una somma di danaro (o di una quantità di cose fungibili) sia qualificato come caparra confirmatoria **occorre una formulazione espressa**, configurandosi altrimenti un mero acconto della prestazione (Cass. n. 3833/1977).

Natura giuridica e funzione della caparra confirmatoria

Il patto di caparra ha **natura reale** poiché presuppone, per la sua efficacia, che l'importo pattuito (o la quantità di cose fungibili) venga effettivamente consegnato all'altra parte.

Secondo la giurisprudenza, la natura della caparra confirmatoria è "**composita**" e la sua **funzione "eclettica"** (Cass. n. 6463/2008): la stessa vale infatti come "**garanzia dell'esecuzione del contratto**", poiché destinata ad essere incamerata in caso di inadempimento della controparte e potendo essere avvicinata, sotto tale profilo, alla cauzione; consente, inoltre, in via di "**autotutela**", di recedere dal contratto senza la necessità di rivolgersi al giudice; ha, infine, funzione di "**preventiva e forfettaria liquidazione del danno**" derivante dal recesso cui la parte è stata costretta per via dell'inadempimento dell'altro contraente (Cass. n. 11356/2006; n. 4411/2004).

In merito a tale ultima funzione, afferma la giurisprudenza prevalente che *"il diritto di recedere dal contratto e di trattenere la caparra ricevuta (ovvero di pretendere il doppio della caparra versata) in caso di inadempimento della controparte costituisce l'effetto proprio della clausola con cui le parti hanno convenuto, nel concludere il contratto, la dazione di una somma di denaro quale caparra confirmatoria, esprimendo per tale via la loro **volontà di applicare al negozio la disciplina propria di tale istituto**, cui va riconosciuta la funzione di una **preventiva e convenzionale liquidazione del danno per inadempimento**, e di derogare, nel contempo, sia pure in forma non definitiva, essendo sempre salva la facoltà per la parte non inadempiente di avvalersi del diverso rimedio della risoluzione, la disciplina generale in materia di inadempimento contrattuale"* (Cass. n. 6463/2008).

L'inadempimento

Nel caso di inadempimento dell'obbligazione contrattuale, la disposizione codicistica distingue, in base al soggetto che si rende inadempiente, **due ipotesi**: se l'inadempimento è imputabile alla parte che ha versato la caparra, l'altra può decidere di **recedere dal contratto e di trattenere la caparra versata**; se, invece, l'inadempimento è imputabile alla parte che ha ricevuto la caparra, l'altra parte ha sempre la facoltà di **recedere dal contratto e di richiedere il doppio della caparra versata**.

In entrambi i casi, la parte non inadempiente può comunque decidere di non esercitare il diritto di recesso, optando piuttosto **per l'esecuzione o la risoluzione del contratto, fatto salvo, comunque, il diritto al risarcimento** del danno secondo le regole generali previste dall'art. 1223 c.c. (Cass. n. 18850/2004; n. 1301/2003), dovendo provare *"il pregiudizio subito nell'an e nel quantum, giacché la caparra conserva solo la funzione di garanzia dell'obbligazione risarcitoria"* (Cass. n. 9040/2006).

In questa ipotesi, la parte non potrà incamerare la caparra, *"essendole invece consentito trattenerla a garanzia della pretesa risarcitoria"*, ovvero *"in acconto su quanto spettante a titolo di anticipo dei danni che saranno in seguito accertati e liquidati"* (Cass. n. 11356/2006; n. 9091/2004; n. 849/2002; n. 7180/1997).

Differenze tra caparra confirmatoria caparra e penitenziale

Da quanto sopra affermato emerge la differenza fondamentale tra la caparra confirmatoria e la "**caparra penitenziale**" disciplinata **dall'art. 1386 c.c.**

È sufficiente osservare che mentre la prima ha funzione di autotutela e di preventiva liquidazione del danno in caso di inadempimento della controparte, senza dover proporre domanda giudiziale e non ponendo limiti al danno risarcibile, la seconda costituisce un corrispettivo del diritto di recesso previsto a favore di una o di entrambi i contraenti e dagli stessi predeterminato (vai alla guida sulla [caparra penitenziale](#)).

10

La caparra penitenziale

La **caparra penitenziale** (da non confondersi con la [La caparra confirmatoria](#)) è disciplinata **dall'art. 1386 c.c.**, il quale al primo comma dispone che "*se nel contratto è stipulato il diritto di recesso per una o per entrambe le parti, la caparra ha la sola funzione di corrispettivo del recesso*".

In altri termini, le parti possono pattuire che al momento del perfezionamento del contratto, venga consegnata una somma di danaro o una quantità di altre cose fungibili, da far valere quale "prezzo" predeterminato contro il diritto di recedere previsto in favore di uno o di entrambi i contraenti.

Forma e funzione della caparra penitenziale

Pur non essendo richiesta una particolare consacrazione formale della caparra penitenziale, secondo la prevalente interpretazione della giurisprudenza **non è sufficiente una mera previsione all'interno del contratto**, anche se accompagnata dal termine "**penitenziale**" e dal richiamato all'art. 1386 c.c. che la contempla per "*far ritenere sussistente un diritto di recesso unilaterale ad nutum, inteso come "ius poenitendi" svincolato dall'altrui inadempimento, **occorrendo invece che un tale diritto sia stato espressamente pattuito**, dovendosi ritenere in mancanza di ciò che la caparra abbia natura confirmatoria e quindi sanzionatoria dell'inadempimento dell'altra parte*" (Cass. n. 11946/1993; n. 6506/1990; n. 2399/1988).

La caparra penitenziale, a differenza di quella confirmatoria che vale come cautela

contro l'inadempimento, **non ha funzione di risarcimento del danno** per la mancata esecuzione del contratto, bensì **di corrispettivo predeterminato del recesso per volontà unilaterale** (Cass. n. 6577/1988). Difatti, seppur il recesso possa fare ingresso anche nella caparra confirmatoria, lo stesso può avvenire sotto il profilo della reazione di una parte all'inadempimento dell'altra, pertanto la somma prevista a titolo di caparra costituisce una sorta di liquidazione forfettaria del danno, fatta salva l'impregiudicata possibilità di ricorrere al risarcimento ordinario (Cass. n. 3027/1982).

Sotto il profilo della materiale dazione di denaro o di altri beni fungibili, la **caparra penitenziale si differenzia anche dalla c.d. "multa penitenziale"**, ovvero dalla clausola che prevede la facoltà di recedere dal contratto per uno dei due contraenti, corrispondendo semplicemente all'altra parte una somma di denaro quale corrispettivo a fronte del recesso: pur essendo, in effetti, simile, il meccanismo differisce per il fatto che la disposizione ex art. 1373 c.c. costituisce una mera previsione contrattuale non accompagnata dalla contestuale dazione di denaro o di altri beni fungibili (Trib. Milano 21.8.1995; Cass. n. 6561/1991).

Gli effetti della caparra penitenziale

Una volta stipulato il patto di caparra, **i contraenti si riservano la facoltà di scegliere tra il recesso e l'adempimento.**

Nel primo caso, ex art. 1386 c.c., se il recedente è colui che ha versato la caparra penitenziale, l'effetto scaturente è quello di **perdere la somma anticipatamente versata**; viceversa, se il recedente è la parte che ha ricevuto la caparra, questi deve **restituire il doppio della somma o della quantità di cose fungibili ricevute**, alla parte adempiente.

Qualora invece il recesso non venga azionato e le **parti danno esecuzione al contratto, la caparra perde la propria funzione "penitenziale"** e conseguentemente deve essere restituita, ovvero imputata quale corrispettivo della prestazione dedotta in contratto.

11

Efficacia dei contratti

Come si è accennato all'inizio, al fine di conferire maggiore impulso e stimolo ai traffici giuridici, garantendo i più alti gradi di certezza e sicurezza possibili, il legislatore ha

attribuito al contratto "forza di legge tra le parti", aggiungendo che esso può essere sciolto esclusivamente per mutuo consenso (ossia su accordo delle parti) o per cause ammesse dalla legge (così recita l'art. 1372 c.c.). L'espressione codicistica appena vista sta a significare che le parti, nel momento in cui si determinano a concludere un contratto, avente un dato contenuto e implicando, di conseguenza, il sorgere di determinati obblighi in capo a ciascuna di esse (salvo i contratti a titolo gratuito privi di onere, in cui il beneficiario è, in linea di principio, esonerato da obblighi), sono tenute a rispondere personalmente se non adempiono in modo puntuale ed esatto alle obbligazioni rispettivamente poste a loro carico. In aderenza al principio consensualistico, il contratto produce effetto rispetto ai terzi esclusivamente nei casi previsti dalla legge (in tal senso l'art. 1372 u.c.). Sulla base dello stesso principio, inoltre, la volontà di una sola delle parti non è in grado di modificare né di risolvere il contratto, a meno che i contraenti abbiano consapevolmente inserito una clausola, detta "di rescindibilità", che riconosce a uno degli stipulanti il diritto di chiedere la risoluzione anticipata del contratto.

12

La nullità e l'annullabilità del contratto

Tra le cause che la legge reputa idonee a "sciogliere" il contratto (art. 1372 c.c.), sono da menzionarsi, oltre alla rescissione e alla risoluzione che concernono vizi del "rapporto", anche la dichiarazione di nullità e l'annullabilità che riguardano, invece, vizi dell'atto.

La tradizionale bipartizione dell'invalidità contrattuale, costituita da nullità e annullabilità, è stata introdotta dal legislatore del '42, poiché nel precedente codice del 1865 trovava spazio solo la previsione della nullità sulla base del modello francese.

Secondo l'art. 1418 c.c., il contratto è nullo: quando è contrario a norme imperative; quando difetta di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 c.c. (accordo delle parti, causa, oggetto, forma); quando la causa o i motivi sono illeciti, laddove determinanti per la conclusione del contratto; quando l'oggetto del contratto è impossibile, illecito, indeterminato o indeterminabile; in tutti gli altri casi stabiliti dalla legge.

La nullità è la più grave patologia contrattuale, consistendo in una sanzione applicata

al verificarsi di vizi "genetici" del contratto, considerati di portata generale, in grado di far venir meno tutti gli effetti prodotti che sono caducati *ab origine*, come se lo stesso non fosse mai venuto ad esistenza. Proprio per tali ragioni, l'azione di nullità è imprescrittibile (art. 1422 c.c.); può essere fatta valere ad istanza di chiunque vi abbia interesse e rilevata, anche d'ufficio, da parte del giudice (art. 1421 c.c.). La nullità non è sanabile, né convalidabile, salvo che la legge non disponga diversamente (art. 1423 c.c.): anche se concerne solo una parte o singole clausole del contratto (c.d. nullità parziale), la stessa si estende infatti all'intero contratto, ove risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto (art. 1419 c.c.), fatta eccezione per la sostituzione di diritto delle clausole nulle con norme imperative.

Ex art. 1424 c.c., la nullità può produrre, invece, gli effetti di un diverso contratto, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora possa ritenersi, avuto riguardo agli scopi perseguiti dalle parti, che le stesse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità (c.d. conversione del contratto nullo).

Oltre alla nullità, altra causa di invalidità contrattuale che trova apposita disciplina nel codice civile è l'annullabilità.

Sono considerate cause di annullabilità del contratto: l'incapacità di una delle parti (ad es. nel caso di contratti conclusi da minore o incapace di intendere e di volere; ecc.) (art. 1425 c.c.); il consenso dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo (c.d. vizi del consenso, art. 1427 c.c.). Per essere causa di annullamento, l'errore deve essere essenziale e riconoscibile dall'altro contraente (art. 1428 c.c.); la violenza può anche essere esercitata da un terzo (art. 1434 c.c.); il dolo deve consistere in raggiri tali usati da uno dei contraenti, che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe prestato il proprio consenso (art. 1439 c.c.).

Considerata una patologia meno grave rispetto alla nullità, all'annullabilità il legislatore del '42 ha riservato, pertanto, una disciplina improntata a minor rigore, consentendo che il contratto annullabile produca gli stessi effetti di un contratto valido, i quali possono venir meno ove venga esperita, con successo, l'azione di annullamento.

A differenza della nullità, inoltre, l'annullabilità può essere fatta valere solo su istanza della parte interessata ed è soggetta a un termine di prescrizione quinquennale. Il codice prevede, altresì, la possibilità di sanare, in tutto o in parte, gli effetti del

contratto annullabile, allorchè si realizzino i presupposti dell'istituto della "convalida" (art. 1444 c.c.) o della "rettifica" (artt. 1430, 1432 c.c.) e, al fine di tutelare il legittimo affidamento di eventuali aventi causa, precisa che l'annullamento (purché non abbia origine dall'incapacità legale) "*non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di annullamento*" (art. 1445 c.c.).

13

La nullità del contratto in frode alla legge

Quando un negozio è nullo sulla base dell'articolo 1344 c.c.. La differenza rispetto al contratto contrario alla legge e le diverse teorie interpretative

Il contratto in frode alla legge è regolamentato dall'**articolo 1344 del codice civile**, in base al quale quando un contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa, la sua causa deve reputarsi illecita.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui debitore e creditore stipulino un **contratto di compravendita con patto di riscatto ed eludano, così, il divieto di patto commissorio**.

Si pensi, ancora, all'ipotesi in cui vengano disposti **molteplici aumenti di capitale sociale, frazionati al fine di non rendere necessaria l'autorizzazione del Ministero del tesoro**, richiesta per aumenti che superino una determinata somma. L'illiceità della causa comporta la **nullità del contratto sulla base dell'articolo 1418 c.c.**

Occorre specificare che la frode alla legge può attuarsi attraverso un solo atto o attraverso una pluralità di atti collegati.

Le differenze con il contratto contrario alla legge

Come emerge da quanto detto, il contratto in frode alla legge, da un punto di vista formale, è pienamente rispettoso delle norme legali. Esso, tuttavia, le utilizza in maniera illecita per ottenere un fine diverso da quello da queste perseguito e aggirare una diversa normativa.

Proprio in ragione del fatto che tale contratto non è direttamente contrario alle disposizioni di legge, esso deve essere tenuto distinto rispetto al negozio contrario alla legge, disciplinato dall'articolo 1343 c.c..

L'irrilevanza dell'intenzione di recare pregiudizio a terzi

Secondo una recentissima sentenza della Corte di cassazione, la numero 4162 del 2 marzo 2015, perché si abbia negozio in frode alla legge ai sensi dell'articolo 1344 c.c. è sufficiente che con esso si intenda raggiungere una finalità vietata dall'ordinamento in quanto contraria a norma imperativa o ai principi dell'ordine pubblico e del buon costume, **non assumendo alcuna rilevanza il fatto che sussista o meno anche l'intento di recare pregiudizio ad altri soggetti**, in quanto nell'ordinamento non è prevista alcuna norma che stabilisca in via generale l'invalidità del negozio in frode ai terzi.

La teoria oggettiva e la teoria soggettiva

Due sono le teorie che hanno cercato di dare un'interpretazione generale dell'articolo 1344 del [codice civile](#): la teoria oggettiva e la teoria soggettiva.

Sulla base della **teoria oggettiva**, il contratto è in frode alla legge quando raggiunge il medesimo risultato vietato dalla norma imperativa che si vuole aggirare.

Sulla base della **teoria soggettiva**, viceversa, il contratto è in frode alla legge anche quando raggiunge un risultato analogo.

Nessuna di tali posizioni, tuttavia, è riuscita ad affermarsi in maniera predominante rispetto all'altra: entrambe, infatti, presentano delle **criticità che sono di difficile superamento** e che rendono il ruolo dell'interprete del caso concreto autonomo e difficoltoso.

La teoria oggettiva, ad esempio, è stata criticata per non riuscire a rendere ben distinta la figura del contratto in frode alla legge da quella del contratto contro la legge; la principale obiezione mossa alla teoria soggettiva, invece, è quella di rischiare di porsi in contrasto con l'articolo 14 delle disposizioni preliminari al [codice civile](#), giustificando l'interpretazione analogica di una norma proibitiva, e di limitare troppo la valutazione di illiceità di un contratto, circoscrivendola alla sussistenza dell'intenzione di eludere una norma imperativa per reputare illecito un contratto.

La rescissione del contratto

La **rescissione del contratto** è disciplinata dagli artt. 1447 ss. del [codice civile](#), ed è un istituto che **tende a far venir meno gli effetti del contratto allorché si versi in una delle ipotesi espressamente previste dalla legge**. Essa non va confusa con la [risoluzione del contratto](#) (anche se in entrambi i casi si mette fine al vincolo contrattuale, i presupposti e le conseguenze legali della rescissione e della risoluzione del contratto sono del tutto diverse).

La rescissione del contratto concluso in stato di pericolo

Il primo tipo di rescissione è quello previsto dall'art. 1447 del [codice civile](#). Si tratta dell'ipotesi di **contratto concluso in stato di pericolo**. La norma consente alla parte che ha assunto un'obbligazione contrattuale di **richiedere giudizialmente rescissione** se le condizioni del contratto siano **inique** e l'iniquità sia stata determinata dalla **necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona**. Nel pronunciare la rescissione, il giudice, se lo ritiene opportuno, può assegnare un equo compenso all'altra parte per l'opera prestata.

La rescissione del contratto per lesione *ultra dimidium*

Il secondo tipo di rescissione del contratto è la rescissione per lesione c.d. "*per laesio ultra dimidium*".

Si tratta di un tipo di rescissione che non può essere applicata ai contratti aleatori (ossia a quei contratti che per loro natura sono soggetti a un alto tasso di rischio). La rescissione per lesione è disciplinata dall'articolo **1448 del codice civile**. In base a tale norma, ogni qual volta sia riscontrabile una **sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra**, e la sproporzione sia la conseguenza dello **stato di bisogno di una parte**, del quale **l'altra ha approfittato per trarne vantaggio**, la parte danneggiata può domandare la **rescissione del contratto**.

Per essere giuridicamente rilevante ai fini della legittimazione relativa all'azione *de quo*, la lesione, non solo deve essere attuale, ossia perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta, ma deve, altresì, **eccedere la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto**.

Il codice, infine, accorda al contraente contro il quale è domandata la rescissione la possibilità di evitarla, mediante l'offerta di una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità (cfr. art. 1450 c.c.).

Massime della Cassazione in materia di rescissione del contratto

Cassazione civile sentenza del 28/01/2015 n. 1651

Nelle azioni di rescissione per lesione, l'approfittamento dello stato di bisogno dell'altro contraente consiste nella consapevolezza che una parte ha dello squilibrio tra le reciproche prestazioni contrattuali. Squilibrio che deriva dallo stato di bisogno altrui di cui se ha ha parimenti conoscenza.

Cassazione civile sentenza del 02/09/2011 n. 18040

La rescissione del contratto per lesione richiede la contemporanea esistenza dei requisiti della "sproporzione" *ultra dimidium*, dello **stato di bisogno del contraente** danneggiato e dell'**approfittamento** di esso da parte dell'altro contraente

Cassazione civile sentenza del 13/02/2009 n. 3646

L'azione di rescissione per lesione, prevista dall'art. 1448 c.c., richiede la contemporanea ricorrenza di 3 requisiti: **l'eccedenza di oltre la metà** della prestazione rispetto alla controprestazione; l'esistenza di uno **stato di bisogno**, inteso come difficoltà economica che incide sulla libera di contrattare; l'avere l'altro contraente **tratto profitto dall'altrui stato di bisogno** del quale era consapevole.

Cassazione civile sentenza del 09/01/2007 n. 140

Ai fini della rescissione per lesione, si ha approfittamento quando l'acquirente, conoscendo lo stato di bisogno di chi vende, si rende conto della forte sperequazione tra le prestazioni reciproche e, ciò nonostante, acconsente al contratto, manifestando così la volontà di approfittare della situazione.

15

La risoluzione del contratto

La **risoluzione del contratto** (cfr. artt. 1453 e ss. codice civile) è un istituto che si riferisce a **una disfunzione del rapporto contrattuale sopravvenuta** e causata da una delle fattispecie espressamente indicate dal codice.

A differenza di quanto accade nei casi di [nullità e annullabilità del contratto](#), la risoluzione opera anche se **all'origine, il contratto era stato validamente stipulato ed era esente da vizi**.

In questo caso inoltre, a differenza di quanto abbiamo visto accadere nelle ipotesi di [rescissione del contratto](#), la stipula è avvenuta in condizioni per così dire "normali".

I tipi di risoluzione del contratto indicati dal codice sono tre:

La risoluzione per inadempimento

Il primo tipo di risoluzione è quella **determinata dall'inadempimento di una delle parti** (che non deve avere scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra, ex art. 1455 c.c.) nel caso di **contratto a prestazioni corrispettive**: in tale evenienza, la parte non inadempiente (ossia quella che ha adempiuto regolarmente le proprie obbligazioni) ha la **possibilità scegliere tra la richiesta di adempimento o la risoluzione del contratto**.

In sostanza chi ha adempiuto la sua prestazione, nel caso di inadempimento dell'altra parte, potrà esperire giudizialmente due diversi tipi di azione: quella **diretta ad ottenere l'adempimento** (Vedi: [l'azione per l'adempimento contrattuale](#)) oppure quella diretta a far dichiarare **risolto il contratto con contestuale richiesta di risarcimento del danno**.

Alla parte adempiente il codice riconosce anche **una soluzione diversa**: essa può intimare per iscritto alla parte inadempiente di adempiere entro un congruo termine (che **non potrà comunque essere inferiore a quindici giorni**, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura del contratto o secondo gli usi, risulti congruo un termine minore), con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, **il contratto s'intenderà senz'altro risolto**. Allo scadere invano di detto termine, il contratto **è risolto di diritto** (ossia senza necessità di ulteriore attivazione da parte del contraente diligente). Si veda in proposito: [La diffida ad adempiere](#).

Per quanto concerne gli effetti, **la risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo** tra le parti, salvo il caso di contratti a esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende le prestazioni già eseguite. Anche se è stata espressamente pattuita, inoltre, **la risoluzione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi**, salvi gli effetti della [trascrizione](#) della domanda di risoluzione (cfr. art. 1458 c.c.).

La risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta

Una seconda specie di risoluzione è quella che, sempre nei contratti con prestazioni corrispettive, avviene allorché **una prestazione sia divenuta impossibile** (ad esempio è andata distrutta la cosa oggetto di un negozio traslativo): ebbene, in tale circostanza, "la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla [ripetizione dell'indebito](#)" (cfr. art. 1463 c.c.).

L'articolo immediatamente successivo si occupa di regolare **il caso in cui**

l'impossibilità sopravvenuta sia solo parziale: l'altra parte avrà diritto a una corrispondente **riduzione della prestazione da essa dovuta**, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale.

Risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta

L'ultimo tipo di risoluzione, che non è applicabile ai contratti aleatori, è quello disciplinato dagli articoli 1467 e seguenti del codice civile. Il legislatore ha previsto, all'uopo, che, quando il contratto sia a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa **per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili**, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458". Il codice, comunque, offre alla parte contro la quale è domandata la risoluzione una possibilità di evitarla del tutto analoga a quella introdotta per la rescissione: può offrire di modificare equamente le condizioni del contratto.

16

L'azione per l'adempimento contrattuale

La richiesta di adempimento ex art. 1453 del codice civile

Avv. Laura Bazzan - Nei contratti sinallagmatici, caratterizzati cioè dal nesso di interdipendenza tra le opposte prestazioni, a fronte dell'inadempimento di controparte, ciascun contraente può difendersi in via di eccezione, ai sensi dell'art. 1460 c.c., rifiutando di adempiere la sua obbligazione se l'altro non adempie o non

offre di adempiere contemporaneamente la propria (salvo che tale rifiuto sia contrario a buona fede o le prestazioni non siano dovute simultaneamente), ovvero in via di azione ai sensi dell'art. 1453 c.c., richiedendo l'adempimento contrattuale oppure la risoluzione oltre al risarcimento del danno.

I presupposti dell'azione per l'adempimento

L'azione di adempimento, detta anche azione di manutenzione del contratto, mira alla conservazione del negozio giuridico e consiste in una domanda giudiziale di condanna all'esecuzione delle prestazioni in esso dedotte.

Con il vittorioso esperimento dell'azione di adempimento, più precisamente, l'attore avrà il titolo per ottenere il *dare, facere o non facere* oggetto dell'obbligazione e il contestuale risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'adempimento mentre sarà a sua volta tenuto, da un lato, a ricevere la prestazione di controparte e, dall'altro, ad eseguire la prestazione dovuta (sempre che, ovviamente, non abbia già provveduto ad adempierla).

Presupposti per l'esercizio dell'azione sono, evidentemente, la sussistenza di un contratto a prestazioni corrispettive, il ritardo nell'adempimento della prestazione e l'attuale possibilità di adempiere l'obbligazione. Invero, se per effetto del ritardo l'adempimento non fosse più possibile o il contraente avesse perso l'interesse ad ottenerlo, il rimedio esperibile sarebbe piuttosto quello della [risoluzione del contratto](#), cui conseguirebbe la cessazione del vincolo contrattuale.

Rapporti tra l'azione di adempimento e l'azione di risoluzione

La scelta tra adempimento del contratto o sua risoluzione spetta liberamente al contraente non inadempiente. Secondo quanto precisato dall'art. 1453 c. 2 c.c., tuttavia, mentre dopo aver chiesto l'adempimento la parte che invoca la condanna può sostituire a tale pretesa quella risolutoria, una volta domandata la risoluzione non può più chiedersi l'adempimento.

In altre parole, la scelta della risoluzione ha effetto preclusivo sul successivo adempimento; ex art. 1453 c. 3 c.c., infatti, dalla data della domanda di risoluzione la parte inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione. Naturalmente, in tanto è ammissibile *mutatio libelli* in corso di causa in quanto la domanda di risoluzione formulata resti nell'ambito degli stessi fatti già posti a fondamento della precedente domanda di adempimento.

La parte convenuta per l'adempimento, ove ne ricorrano i presupposti, può sollevare l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c.; in tal caso, si renderà necessaria una valutazione comparativa dei reciproci inadempimenti per determinare quale tra i contraenti si sia reso responsabile della trasgressione più grave "tenendo conto soprattutto dei rapporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempite, della loro incidenza sulla funzione economico-sociale del contratto, e quindi, degli interessi che le parti perseguono nella stipula" (Cass. civ. 22 gennaio 2009, n. 1618).

17

Il recesso dal contratto

Il recesso è l'atto con il quale una delle parti può sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale, in deroga al principio sancito dall'art. 1372 c.c. secondo il quale il contratto può essere sciolto solo per mutuo consenso o per le altre cause ammesse dalla legge.

La disciplina generale del recesso è prevista **dall'art. 1373 c.c.**, ma esistono anche diverse previsioni legislative che concedono tale diritto ad una o ad entrambi i contraenti, limitandolo o configurandolo in maniera più ampia (ad esempio il recesso nella disciplina del codice del consumo oppure le ipotesi previste con riferimento ai singoli contratti di vendita, di somministrazione, di appalto, ecc.).

Tipologie di recesso

Il **recesso unilaterale dal contratto** ex art. 1373 c.c., lungi dal costituire una facoltà normale per i contraenti, presuppone "*che essa sia specificamente attribuita per legge o per clausola contrattuale*" (Cass. n. 987/1990).

Le parti possono anche pattuire, mediante clausola espressa, la possibilità di recedere unilateralmente dal contratto: è questo il caso del **c.d. recesso "volontario" o "convenzionale**.

Diverse sono le numerose ipotesi di **recesso "legale"**, in cui la possibilità di recedere è espressamente prevista dalla legge per tutta una serie di singoli contratti (ad es. somministrazione a tempo indeterminato, affitto, appalto, trasporto, mandato, commissione, spedizione, deposito, comodato, d'opera, ecc...).

Molte fattispecie di recesso legale non sono discrezionali, in quanto **si attivano automaticamente al sopravvenire di determinate situazioni oggettive o soggettive**.

Natura giuridica e forma del recesso

Il recesso consiste in un negozio giuridico **unilaterale di natura recettizia**, che produce i suoi effetti dal momento in cui perviene a conoscenza della persona alla quale è destinato, secondo le regole proprie degli atti unilaterali ex art. 1334 c.c. (Cass. n. 2741/1983).

Per quanto attiene alla forma dell'atto, l'art. 1373 c.c. non richiede alcuna formula sacramentale: tuttavia, giacché trattasi di facoltà attribuita ad uno o ad entrambi i contraenti derogativa al principio generale per il quale il contratto ha forza di legge tra le parti, la volontà di recedere "deve essere sempre **redatta in termini inequivoci**, tali da non lasciare alcun dubbio circa la volontà dei contraenti di inserirla nel negozio da loro sottoscritto" (Cass. n. 8776/1987).

È pacifico che, laddove il recesso si riferisca ad un negozio qualificato da un formalismo **ad substantiam actus**, anche la dichiarazione debba rivestire la **stessa forma**, dovendo sottostare alle medesime garanzie formali prescritte per la costituzione del rapporto contrattuale alla cui risoluzione il recesso stesso è preordinato (Cass. Civ. n. 1609/94; Cass. n. 5059/1986; Cass. n. 267/1976).

Esercizio e termini

Il diritto di recesso, data la sua natura di eccezione al principio generale dell'irrevocabilità degli impegni negoziali, secondo la giurisprudenza, **"non può essere svincolato da un termine preciso** o, quanto meno, sicuramente determinabile, in assenza del quale l'efficacia del contratto resterebbe indefinitamente subordinata all'arbitrio della parte titolare di tale diritto, con conseguente irrealizzabilità delle finalità perseguite con il contratto stesso" (Cass. n. 7599/1983; Cass. n. 6160/1983).

Lo stesso **art. 1373 c.c. fissa due regole temporali** per il recesso unilaterale, in base alla circostanza se il contratto dal quale recedere **sia ad esecuzione immediata o differita oppure ad esecuzione continuata o periodica**: nella prima ipotesi, il comma 1° prevede che la facoltà di recesso possa *"essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione"*; nella seconda ipotesi, che possa *"essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione"* (cfr. art. 1373, comma 2, c.c.).

In ogni caso, il recesso, di regola, non ha effetto retroattivo, ma produce la sua **efficacia ex nunc** e diviene irrevocabile nel momento in cui viene esercitato e divenuto produttivo di effetti. Una riviviscenza del contenuto dell'accordo potrà avvenire solo attraverso la rinnovazione del contratto.

La multa penitenziale

Le parti possono prevedere nel regolamento contrattuale un **corrispettivo per il diritto di recesso**: si tratta della c.d. **"multa penitenziale"** di cui al terzo comma dell'art. 1373 c.c., che subordina l'effetto del recesso all'esecuzione della prestazione.

Mentre la cd. **caparra penitenziale** ex art. 1386 c.c. prevede che il corrispettivo sia versato anticipatamente al momento del perfezionamento del contratto ed eventualmente trattenuto quale "prezzo" dell'intervenuto recesso, **l'istituto della multa penitenziale** previsto dall'art. 1373 c.c., assolve *"alla sola finalità di indennizzare la controparte nell'ipotesi di esercizio del diritto di recesso da parte dell'altro contraente; ne consegue che in tali casi, poiché non è richiesta alcuna indagine sull'addebitabilità del recesso, diversamente da quanto avviene in tema di*

caparra confirmatoria o di risoluzione per inadempimento, il giudice deve limitarsi a prendere atto dell'avvenuto esercizio di tale diritto potestativo da parte del recedente e condannarlo al pagamento del corrispettivo richiesto dalla controparte" (Cass. n. 6558/2010).

Recesso e caparra confirmatoria

L'art. 1385 c.c. richiama un'ipotesi di recesso legale, laddove disciplina le possibilità di **recesso per inadempimento a fronte del versamento di una caparra confirmatoria**. La caparra confirmatoria consiste nella materiale dazione di una somma di denaro o altre cose fungibili in considerazione di un possibile inadempimento del contratto.

Se ad essere **inadempiente nel contratto è la parte che ha versato la caparra**, l'altra potrà recedere dal contratto e ritenere la somma; se invece è **inadempiente la parte che l'ha ricevuta**, sarà l'altra a poter recedere dal contratto ed inoltre potrà esigere il doppio della somma versata.

La caparra confirmatoria assume, in tal caso, la funzione di **liquidazione convenzionale e anticipata del danno da inadempimento**.

Resta salva per la parte inadempiente la possibilità, alternativamente al recesso, di domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, trattandosi di rimedi non cumulabili tra loro (Cass., SS. UU. 553/2009).

Recesso nei contratti a distanza e fuori dai locali commerciali

Il Codice del consumo prevede una **tipologia di recesso "di pentimento" per il consumatore** in caso di contratti conclusi a distanza e fuori dai locali commerciali. Sono le **modalità di conclusione del contratto** a determinare questa tipologia di recesso, in quanto la disciplina si applica a **qualsiasi contratto concluso tra professionista e consumatore nel quadro di un regime di vendita o prestazione di servizi a distanza**, quindi senza la presenza fisica e simultanea di ambo le parti, e per i **contratti negoziati in luogo diverso dai locali del professionista** (ad es. a casa del consumatore, per strada, in occasione di fiere, ecc.).

Questa disciplina si giustifica in ragione della considerazione del consumatore quale "parte debole" del sinallagma contrattuale, facile preda delle tecniche di seduzione commerciale del professionista in ambienti privi di adeguata consapevolezza informativa.

Il consumatore può **entro 14 giorni** (decorrenti dalla conclusione del contratto o dal momento in cui si viene in possesso dei beni) **recedere dall'acquisto senza alcuna motivazione o costi aggiuntivi**.

Il periodo per recedere si protrae di 12 mesi dal termine del periodo di recesso inizialmente previsto se il **professionista non adempie gli obblighi informativi**; se egli fornisce le informazioni entro 12 mesi il periodo di 14 giorni per recedere inizierà a decorrere da quel giorno.

Il consumatore **deve informare il professionista della volontà di recedere** tramite apposito modulo o qualsiasi altra dichiarazione esplicita circa la sua decisione.

Il recesso pone fine agli obblighi contestuali di entrambe le parti e **obbliga il professionista a rimborsare tutti i pagamenti ricevuti dal consumatore, mentre quest'ultimo dovrà restituire i beni acquistati**.

18

Il negozio simulato e la prova della simulazione

Un negozio giuridico si considera simulato quando le parti lo hanno posto in essere in modo apparente, con l'accordo che lo stesso non produca effetto tra le parti.

Si parla di simulazione assoluta se le parti creano l'apparenza di un contratto anche non vogliono porre in essere nessun contratto tra loro.

Si parla invece di simulazione relativa quando le parti stipulano un contratto diverso da quello che vogliono realmente.

In caso di simulazione relativa, è possibile distinguere tra simulazione in senso oggettivo, quando la simulazione riguarda il contenuto negoziale, e simulazione in senso soggettivo, quando si realizza un'interposizione fittizia di persona.

Nel caso della simulazione assoluta i contraenti oltre al contratto simulato stipulano una controdiplomazia occulta per stabilire che tra loro quel contratto non ha effetto alcuno (ad esempio si simula una compravendita per sottrarre un bene a possibili azioni esecutive da parte di creditori).

Nel caso di simulazione relativa, le parti stipulano un contratto anche se in realtà desiderano gli effetti di un altro contratto

(tipico esempio è la simulazione di una compravendita quando in realtà si tratta di una donazione).

Sta di fatto che il più delle volte si ricorre alla simulazione per frodare i terzi (creditori o fisco).

Effetti della simulazione

Ai sensi dell'art. 1414 c.c., quando la simulazione è assoluta, il contratto o l'atto unilaterale destinato a persona determinata non producono alcun effetto tra le parti, al contrario, quando la simulazione è relativa, tra le parti resta efficace il negozio dissimulato se quello apparente ne soddisfa i requisiti formali e sostanziali. In ogni caso, ex art. 1415 c.c., le parti, i loro aventi causa e i creditori del simulato alienante non possono opporre la simulazione ai terzi di buona fede che hanno acquistato diritti dal titolare apparente, salvo che la trascrizione della domanda di simulazione preceda la trascrizione di tale acquisto. I terzi pregiudicati dalla simulazione, tuttavia, possono sempre farla valere nei confronti delle parti. L'art. 1416 c.c., nel definire i rapporti con i creditori, distingue la posizione dei creditori del titolare apparente da quella dei creditori del simulato alienante: i primi non possono

vedersi opporre l'accordo simulatorio quando l'esecuzione sui beni o sui diritti oggetto del negozio simulato è avvenuta in buona fede; i secondi possono far valere la simulazione pregiudizievole avendo ogni interesse a far prevalere la situazione reale su quella apparente e vengono preferiti ai creditori chirografari del simulato acquirente se la simulazione è successiva all'insorgere del credito.

L'azione di simulazione

L'azione di simulazione mira ad ottenere una pronuncia di accertamento. Nel caso di simulazione assoluta, l'azione è ritenuta imprescrittibile, mentre nel caso di simulazione relativa, è ricondotta al termine di prescrizione ordinario ovvero a quello previsto per il diritto oggetto del contratto simulato. L'assenza di una specifica disciplina indurrebbe a ritenere la simulazione azionabile sia in via principale che in via di eccezione. La giurisprudenza maggioritaria, tuttavia, ha escluso l'applicabilità dell'art. 1442 c. 4 c.c. per l'ipotesi in cui la simulazione sia opposta dal convenuto in sede di esecuzione negoziale; il convenuto che intenda far valere la simulazione, pertanto, dovrà necessariamente proporre apposita domanda riconvenzionale ai sensi dell'art. 167 c. c.p.c.

La prova della simulazione

Anche in caso di esperimento dell'azione di simulazione vale la regola generale di cui all'art. 2697 c.c., di talchè l'onere probatorio rispetto alla sussistenza della simulazione stessa grava in capo al soggetto che la allega. Il principio generale in tema di interpretazione dei contratti e atti unilaterali di cui all'art. 1367 c.c., inoltre, impone di conferire ai negozi giuridici l'interpretazione che ne fa salvi gli effetti (cd. principio di conservazione) con ciò suffragando la regola che chiunque deduca l'inefficacia dell'atto simulato debba altresì fornirne la prova. Il regime probatorio, tuttavia, è notevolmente diversificato a seconda che l'azione di simulazione sia proposta dalle parti ovvero dai creditori e dai terzi.

Limitazioni probatorie per i terzi

I terzi godono di una tutela maggiore dal punto di vista probatorio in virtù della difficoltà di reperire le prove di un accordo, quale quello simulatorio, al quale non hanno partecipato. Per tale ragione, sono ammessi a provare la simulazione con qualsiasi mezzo e, in particolare, per testimoni e presunzioni, come risulta in

applicazione del combinato disposto degli artt. 1417 e 2729 c.c., senza essere vincolati agli specifici limiti probatori previsti per questi mezzi in materia di contratti.

Limitazioni probatorie per le parti

Le parti possono beneficiare del medesimo regime probatorio privilegiato previsto per i terzi unicamente nel caso in cui intendano provare l'illiceità del contratto dissimulato, mentre in tutti gli altri casi in cui intendano far valere la simulazione tra di esse o verso i terzi rimangono applicabili le ordinarie regole in tema di ammissibilità e limiti delle prove ex artt. 2721 e ss. c.c. In caso di simulazione assoluta, pertanto, la prova dell'inesistenza del negozio simulato potrà essere esperita per mezzo di testi soltanto nelle ipotesi di cui all'art. 2724 c.c. (principio di prova per iscritto, impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta, perdita incolpevole del documento) mentre, in caso di simulazione relativa, la prova dell'esistenza del negozio dissimulato potrà essere esperita per mezzo di testi nella sola ipotesi di perdita incolpevole del documento. Tali limiti, tuttavia, restano rilevabili ad istanza di parte. Interrogatorio formale, giuramento, confessione sono ammissibili per provare la simulazione *inter partes* quando non riguardino negozi solenni per i quali la forma scritta sia prevista *ad substantiam*.

Laura Bazzan

19

La responsabilità precontrattuale

La fase preliminare alla stipulazione di un contratto è dominata dalle trattative e dallo scambio di proposte tra le parti, tese al raggiungimento o meno di un accordo ovvero addirittura alla revocazione della proposta o dell'accettazione prima della conclusione dello stesso, senza che a loro carico possano nascere specifiche responsabilità.

Tuttavia, il legislatore al fine di garantire una tutela incisiva e puntuale anche nella fase delle trattative ha previsto le specifiche disposizioni di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c., che stabiliscono determinati obblighi a carico delle parti nel processo di formazione del contratto, sanzionando gli eventuali comportamenti dolosi o colposi posti in essere in violazione degli stessi.

Tale tipo di responsabilità, relativa alla lesione dell'altrui libertà negoziale, è denominata "precontrattuale".

Gli obblighi di buona fede

Secondo il disposto di cui all'art. 1337 c.c. (rubricato "Trattative e responsabilità precontrattuale"), *"le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede"*.

La buona fede di cui parla la disposizione codicistica è quella oggettiva che impone alle parti di comportarsi correttamente sotto il profilo della lealtà e della tutela degli interessi dell'altra parte per non incorrere in comportamenti, dolosi o colposi, lesivi dell'altrui libertà negoziale, sostanziandosi soprattutto *"nel dovere di cooperazione e di informazione, al convergente fine della stipulazione del contratto, che va individuato ed apprezzato in relazione alla concreta fattispecie"* (Cass. n. 5920/1985).

Tra le figure sintomatiche che possono rientrare nell'ipotesi di cui all'art. 1337 c.c., la giurisprudenza ha individuato: la violazione degli obblighi di chiarezza, di custodia e segreto, di avviso e di informazione incombenti sulle parti, poiché sebbene le stesse abbiano *"in ogni tempo, piena facoltà di verificare la propria convenienza alla stipulazione e di richiedere tutto quanto ritengano opportuno in relazione al contenuto delle reciproche future obbligazioni con conseguente libertà, per ciascuna di esse, di recedere dalle trattative indipendentemente dall'esistenza di un giustificato motivo"* incontrano il limite *"del rispetto del principio di buona fede e correttezza, da intendersi, tra l'altro, come dovere di informazione della controparte circa la reale possibilità di conclusione del contratto senza omettere circostanze significative rispetto all'economia del contratto medesimo"* (Cass. n. 5297/1998).

Altra frequente ipotesi di responsabilità precontrattuale è rappresentata dalla rottura ingiustificata delle trattative che si verifica quando una delle parti, senza un valido motivo, recede dalle trattative condotte fino al punto da indurre l'altro contraente a confidare nella conclusione del contratto.

Gli obblighi di comunicazione

L'art. 1338 c.c. prevede, inoltre, che *"la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua"*

colpa, nella validità del contratto".

La disposizione codicistica impone alle parti un chiaro obbligo di comunicazione nonché un dovere di accertamento in ordine all'esistenza di eventuali cause invalidanti, facendo sorgere la responsabilità non solo in capo a chi conosceva la causa di invalidità del contratto ma anche in capo a chi "dovendo conoscere" detta causa non l'ha comunicata all'altra parte.

Tuttavia, non è configurabile una responsabilità per colpa in *contrahendo* "allorquando la causa di invalidità del negozio, nota a uno dei contraenti, e da questi in ipotesi taciuta, derivi da una norma di legge che per presunzione assoluta deve essere nota alla generalità dei cittadini" (Cass. n. 4258/1997; n. 3272/2001). Le norme degli artt. 1337 e 1338 c.c. mirano, infatti, "a tutelare nella fase precontrattuale il contraente di buona fede ingannato o fuorviato da una situazione apparente, non conforme a quella vera, e, comunque, dalla ignoranza della causa d'invalidità del contratto che gli è stata sottaciuta, ma se vi è colpa da parte sua, se cioè egli avrebbe potuto, con l'ordinaria diligenza, venire a conoscenza della reale situazione e, quindi, della causa di invalidità del contratto, non è più possibile applicare le norme di cui sopra" (Cass. n. 5114/2001; n. 16149/2010).

Natura della responsabilità precontrattuale

In merito alla natura della responsabilità precontrattuale, si fronteggiano due orientamenti opposti. Secondo la tesi più accreditata dalla dottrina, e accolta dalla giurisprudenza prevalente, la figura in esame configura un'ipotesi di **responsabilità extracontrattuale** ex art. 2043 c.c., poichè la violazione del dovere di buona fede nelle trattative, corrispondente alla lesione della libertà negoziale altrui, è riconducibile alla lesione del dovere generale del *neminem laedere*. Non è, infatti, ravvisabile, per una giurisprudenza consolidata e risalente, una natura contrattuale per la responsabilità in questione, poiché la stessa "*sorge prima che un contratto venga ad esistenza*" (Cass. n. 1650/1964), ma, come affermato dalle sezioni unite della S.C., si individua "*una forma di responsabilità extracontrattuale che si collega alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'iter di formazione del contratto*" (Cass., Sez. Un., n. 9645/2001).

Per contro, altra parte della dottrina ritiene che la natura della responsabilità in esame

sia contrattuale, sulla base del dato letterale di cui all'art. 1337 c.c. che usa l'espressione "parte" facendo chiaro riferimento alla violazione di un rapporto obbligatorio (ex art. 1173 c.c.) tra soggetti determinati. Secondo tale tesi, pertanto, si verte in tema di responsabilità per inadempimento dell'obbligazione di comportarsi secondo buona fede nel corso delle trattative, la cui fonte sarebbe da ricercare, non nella generica violazione del *neminem laedere* bensì nella violazione del vincolo che si instaura fra le parti a seguito del "contatto sociale" derivante dalle trattative instaurate.

Un'ultima tesi, infine, sostenuta da una dottrina minoritaria e trascurata dalla giurisprudenza, ponendo l'accento sulla natura atipica della responsabilità precontrattuale, ritiene che tale figura costituisca un'autonoma forma di responsabilità, dando vita ad un *tertium genus*.

Il danno risarcibile

Una delle questioni dibattute con riferimento alla responsabilità precontrattuale è quella della delimitazione dei danni risarcibili.

Secondo la giurisprudenza prevalente, gli stessi sarebbero limitati al c.d. "interesse negativo" (derivante dal pregiudizio subito dalla parte per essere stata coinvolta in trattative inutili e aver confidato nella conclusione di un contratto mai stipulato, ovvero per l'aver impiegato risorse ed energie nella conclusione di un contratto invalido o inefficace), diversamente dall'interesse positivo all'adempimento riconosciuto nella [responsabilità contrattuale](#).

Il danno, così circoscritto, è risarcibile nelle due componenti del "danno emergente" (consistente nelle spese sostenute nel corso delle trattative per viaggi, progettazione, compensi a tecnici, eventuali assunzioni e acquisti di attrezzature, ecc.) e del "lucro cessante" (consistente nella perdita delle chance di eventuali stipulazioni con altri soggetti di contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi) (Cass. n. 3746/2005; 9157/95).

Per parte della dottrina, invece, l'ambito dei danni risarcibili non dovrebbe essere limitato all'interesse negativo, giacché oltre al recesso ingiustificato dalle trattative o alla conclusione di un contratto non valido o inefficace, dovrebbe ricondursi nell'alveo della responsabilità precontrattuale, anche la fattispecie della conclusione di un

contratto a condizioni diverse da quello che si sarebbe stipulato in assenza del comportamento in mala fede dell'altra parte; in tal caso, il risarcimento dovrebbe ristorare il pregiudizio subito per il c.d. "interesse differenziale" (l'interesse, a concludere, appunto, un diverso contratto a differenti condizioni).

20

La responsabilità contrattuale

L'ordinamento giuridico italiano è connotato da due differenti ipotesi di responsabilità civile: una di natura contrattuale conseguente all'inadempimento di un'obbligazione assunta (art. 1218 c.c.), l'altra extracontrattuale o aquiliana per violazione del principio del *neminem laedere* (art. 2043 c.c.).

Sebbene parte della dottrina si muova verso il superamento della distinzione tradizionale tra le due tipologie di responsabilità, nel senso di una uniformità di disciplina, ovvero si discuta della configurabilità di un concorso delle due responsabilità, le stesse differiscono in ordine a diversi profili (capacità del soggetto agente; onere della prova; termine di prescrizione; ecc.) essendo fondate su presupposti diversi.

A differenza della responsabilità aquiliana che non presuppone alcun rapporto di tipo obbligatorio (negoziale o legale), tra danneggiato o danneggiante, ma soltanto la violazione del generale dovere del *neminem laedere*, quella contrattuale consiste nella violazione di uno specifico dovere, proveniente da un preesistente vincolo obbligatorio rimasto inadempito: "*l'elemento differenziale tipico (tra le due responsabilità) torna ad essere non già la predeterminazione o la predeterminabilità dei soggetti nei confronti dei quali sussiste l'obbligo, ma la fonte, contrattuale o meno, di quell'obbligo*" (Cass. n. 4051/1990).

Responsabilità del debitore e diligenza nell'adempimento

Secondo i principi generali la responsabilità contrattuale è disciplinata dall'art. 1218

c.c., il quale dispone testualmente che "*il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il suo ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*".

La norma, mirante espressamente a garantire la tutela sostanziale della posizione creditoria, va incontro a dei temperamenti, frutto del coordinamento, in *primis*, con la disposizione di cui all'art. 1176 c.c. in materia di diligenza nell'adempimento dell'obbligazione, in conseguenza della quale, il debitore che, nonostante abbia agito con la diligenza richiesta, non abbia potuto adempiere all'obbligazione, sarà comunque esonerato dalla responsabilità risarcitoria. La diligenza cui fa riferimento il primo comma dell'art. 1176 c.c. è quella media del "buon padre di famiglia", mentre quella di cui al secondo comma, relativa all'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, va valutata con riguardo alla natura dell'attività esercitata (diligenza del "debitore qualificato").

L'onere della prova

Rispetto alla responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., nella quale è il soggetto danneggiato a dover provare tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito, incluso il dolo o la colpa dell'autore del danno "ingiusto", nella responsabilità contrattuale, in ragione di una "ingiustizia" del danno in *re ipsa*, causato dall'inadempimento (da parte del debitore di una prestazione alla quale si era precedentemente vincolato) sanzionato a prescindere dalla verifica della sussistenza dell'elemento psicologico del dolo o della colpa, si assiste ad una inversione dell'onere probatorio.

Nella responsabilità contrattuale, infatti, trova applicazione il principio della presunzione della colpa, spettando all'attore/creditore solo l'onere della prova dell'inadempimento e dell'entità del danno, mentre, di converso, al debitore spetterà, per sottrarsi all'obbligo risarcitorio, dimostrare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per cause a lui non imputabili.

Il risarcimento del danno

Ex art. 1223 c.c., il risarcimento del danno dovuto all'inadempimento o al ritardo deve

comprendere sia la perdita subita dal creditore (danno emergente) che il mancato guadagno (lucro cessante), in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta (nesso di causalità tra l'inadempimento e il danno). Diversamente dalla [responsabilità extracontrattuale](#) in cui ad essere risarcibili sono tutti i danni, prevedibili o non prevedibili, nella responsabilità contrattuale, ove l'inadempimento o il ritardo non abbiano natura dolosa, il risarcimento è limitato al solo danno prevedibile al tempo in cui è sorta l'obbligazione (art. 1225 c.c.).

Prescrizione

A differenza del risarcimento del danno da illecito extracontrattuale soggetto alla prescrizione breve di cui all'art. 2947 c.c., all'illecito contrattuale si applica l'art. 2946 c.c. che prevede il termine ordinario di decorrenza decennale, salvo i tempi più brevi previsti per specifiche tipologie di contratti.

21

La simulazione contrattuale e l'azione di accertamento

Riferimenti normativi, effetti nei confronti dei terzi, la prova della simulazione

Il [codice civile](#) non dà una definizione di simulazione ma si limita a regolarne **gli effetti** e **la prova** (artt. 1414 – 1417 cod. civ.). Si può dire che la simulazione è quella condizione giuridica diretta a svuotare di validità l'accordo stipulato tra le parti, detto appunto **accordo simulato**, posto in essere al solo scopo di renderlo visibile agli occhi dei terzi. Il porre in essere un contratto simulato genera una chiara situazione di **divergenza** tra dichiarazione resa dai contraenti e loro volontà negoziale.

I contraenti possono così porre in essere uno o due tipi di contratto: sempre presente è il **contratto simulato** (totalmente privo di efficacia salvo determinate ipotesi di legge; in tal caso la **simulazione è assoluta**) e, ove invece sia presente una differente intenzione dei soggetti tenuta nascosta al pubblico, il **contratto dissimulato (simulazione relativa)**. In quest'ultimo caso, se fornita adeguata prova

e a patto che il contratto simulato rispecchi i medesimi **requisiti di legge** previsti per la fattispecie voluta nel dissimulato (ad es. la forma dell'atto pubblico per la [donazione](#) celata da compravendita) il contratto dissimulato assume pieno valore tra le parti.

E' condizione controversa in dottrina se il contratto simulato sia affetto da **inefficacia** o da radicale **nullità**. E' dibattuta anche l'identificazione della **causa** del contratto simulato: se essa sia **totalmente mancante** o se al contrario la conclusione di un contratto reale sottostante all'apparente possa essere la vera causa dell'accordo simulato.

La tesi della nullità del contratto simulato porterebbe ad applicare l'art. 1418 cod. civ. Sicuramente in questi termini rientra il contratto dissimulato con causa illecita, cioè quella situazione in cui il reale accordo tra le parti viene celato sotto una **simulazione in frode alla legge**. Controverso è invece l'inquadramento della simulazione ordinaria, poiché l'art. 1414 non fa alcun espresso riferimento alla nullità dell'accordo simulato. Esso prevede espressamente la mera **inefficacia**. Per tale motivo in giurisprudenza (ad es., Corte di Cass. Civ., sent.) è stata preferita questa la tesi dell'inefficacia del contratto simulato.

Gli effetti della simulazione nei confronti dei terzi (artt. 1415 - 1416 cod. civ.)

Generalmente sono due le categorie di soggetti potenzialmente interessati dagli effetti dell'accordo simulato e, ove presente, di quello dissimulato: **i terzi in buona fede** e **i creditori**. Entrambe queste figure, se lese nei loro diritti ed interessi, possono promuovere azione volta ad accertare la simulazione contrattuale ex art. 1415 cod. civ.

I terzi in buona fede che vedano pregiudicati i loro diritti in caso di accertamento di simulazione dell'accordo tra le parti originarie possono opporsi a tale dichiarazione. Ciò in ossequio al principio generale del nostro ordinamento della **tutela della buona fede del terzo** (buona fede presunta ex lege: art. 1147 cod. civ. Spetta alle parti provare che il terzo era a conoscenza della simulazione). Così come gli stessi possono al contrario promuovere essi stessi azione volta ad accertare la simulazione, ove gli effetti di un eventuale contratto (es. simulata alienazione o [donazione](#) di un immobile per far uscire il cespite dal patrimonio del debitore) potrebbero compromettere i loro interessi.

La **domanda di accertamento di simulazione** è soggetta a **trascrizione**: dal momento in cui essa viene posta in essere ha effetto di pubblicità verso i terzi i quali, nel quale entrassero nella disponibilità del bene stesso a qualsiasi titolo, non potrebbero a quel punto più opporre la propria buona fede.

I creditori possono essere di due tipi: del **debitore cedente** o del **debitore acquirente**. Nel primo caso, i creditori chiederanno al giudice di accertare la simulazione; nel secondo, esattamente il contrario.

L'art. 1416 cod. civ. stabilisce che, **in caso di conflitto tra creditori** e salvo la sussistenza di **prelazioni** (queste situazioni sono infatti regolate secondo la normativa generale del [codice civile](#); ad es. art. 2747 cod. civ. sul privilegio) sono preferiti quelli del debitore cedente se il loro credito è sorto in epoca anteriore rispetto alla stipulazione del contratto simulato: ciò poiché, al momento della generazione del credito, gli stessi hanno fatto affidamento sulla consistenza patrimoniale storica del debitore, la quale comprendeva anche i beni oggetto di contratto simulato.

Le tipologie di simulazione

La simulazione relativa può essere in **senso oggettivo** (le parti in realtà vogliono porre in essere un diverso negozio giuridico) o **soggettivo** (il negozio giuridico in sé è il medesimo ma viene stipulato nei confronti di un soggetto, mentre in effetti il soggetto destinatario sarebbe un altro, rimasto nascosto). Nella simulazione soggettiva il contratto è inefficace verso il c.d. "prestanome" (**interposizione fittizia di persona**) mentre guadagna pieni effetti nei confronti del reale destinatario.

Un altro esempio di simulazione, al di fuori della contrattualistica, si può avere nel **matrimonio**.

Se gli sposi, prima di celebrare le nozze, convengono di non adempiere ai propri obblighi derivanti dalla vita matrimoniale e rinunciano ai relativi diritti si parla, ex art. 123 cod. civ. di matrimonio simulato. L'azione di impugnazione del matrimonio simulato spetta a ciascuno dei coniugi a patto che sia esercitata entro un anno dalla celebrazione e che nel frattempo i due sposi simulanti non abbiano convissuto, prevalendo in quest'ultimo caso la situazione di fatto.

L'azione e la domanda riconvenzionale di simulazione

La parte interessata che intenda far prevalere il contratto dissimulato sul simulato può promuovere un'azione che accerti l'inefficacia del secondo a favore del primo. L'azione di simulazione è dunque un'**azione dichiarativa**.

In giurisprudenza si è optato per la non ammissibilità dell'**eccezione** di simulazione; mentre è possibile per il convenuto proporre al giudice tale questione tramite formulazione di apposita **domanda riconvenzionale**.

Per quanto riguarda i termini di prescrizione delle relative azioni occorre distinguere tra accordo simulato e dissimulato. Essendo il primo svuotato di ogni efficacia l'azione relativa è perpetua; nel secondo caso al contrario si considerano i termini di **prescrizione ordinaria** (decennale) ex art. 2946 cod. civ.

La prova della simulazione (art. 1417 cod. civ.)

Nel caso di simulazione relativa è possibile che le parti abbiano sottoscritto una **controdeklarazione** che attesti appunto la reale intenzione dei contraenti: una causa contrattuale che nei fatti esisterebbe, a differenza dell'accordo simulato. La controdeklarazione non è un vero e proprio negozio giuridico quanto una **dichiarazione di scienza**: un atto, cioè, con il quale si comunica ai terzi di essere a conoscenza di una determinata situazione e dei suoi risvolti sul piano giuridico.

La legge non ne prescrive la forma scritta ai fini della validità; tuttavia è sicuramente più agevole per la parte interessata per dimostrare in giudizio la causa reale e le concrete intenzioni dei contraenti.

Possono proporre azione di accertamento della simulazione tutti i soggetti che abbiano **concreto interesse** alla dichiarazione di simulazione contrattuale. Al fine di far accertare la simulazione i terzi hanno a disposizione qualsiasi tipo di mezzo di prova; al contrario, il legislatore limita quelli a disposizione delle parti. Esse infatti potranno ricorrere o alla sopra citata controdeklarazione o a qualsiasi prova scritta equiparata e al giuramento. Risulta invece esclusa la prova per testimoni salvo che non sia mirata ad accertare l'illiceità del contratto dissimulato; ciò in deroga al disposto ex art. 2722 cod. civ. (regola generale circa l'ammissibilità nel processo civile della prova testimoniale).

22

La buona fede contrattuale

Il dovere di reciproca lealtà

Nella disciplina del contratto la buona fede, **intesa come reciproca lealtà di condotta e fondamentale canone di correttezza**, viene più volte richiamata. Alla

luce di una serie di norme contenute nel [Codice Civile](#), appare evidente come le parti contraenti debbano **comportarsi secondo buona fede in ogni fase del rapporto contrattuale**:

- **durante le trattative** (art.1337 c.c.);

- **in pendenza di condizione sospensiva o risolutiva** (art. 1358 c.c.);

- **nell'esercizio dell'eccezione di inadempimento** (art. 1360 c.c.);

- **nell'esecuzione del contratto** (art. 1375 c.c.).

Inoltre, la buona fede, secondo quanto stabilito dall'art. 1366 c.c., assurge a **criterio di interpretazione del contratto stesso**.

Tale dovere di buona fede, inteso in senso oggettivo, **si differenzia dalla buona fede soggettiva** (che consiste, invece, nell'ignoranza non colposa della lesione dell'altrui diritto) e si pone come regola di comportamento afferente al generale principio di solidarietà sociale.

A ciascuna delle parti del rapporto è imposto di agire in maniera da poter preservare gli interessi dell'altra, al di là degli specifici obblighi contrattuali e di quanto espressamente stabilito dalle singole norme o dal dovere extracontrattuale che si sostanzia nel principio del *neminem laedere*: l'obbligo di lealtà si affianca e sfuma, in tal modo, nell'obbligo di salvaguardia dell'altrui utilità, nei limiti di un apprezzabile sacrificio. La buona fede non impone un comportamento con un contenuto esattamente prestabilito, ma richiede comportamenti diversi, adeguati alle concrete circostanze.

Essa costituisce, quindi, un precetto rivolto ai singoli in qualità di regola di comportamento e al giudice in quanto modello di decisione, **finalizzato a garantire il giusto equilibrio tra interessi opposti.**

In sostanza, la buona fede è **uno strumento che integra, limita e corregge il contenuto normativo dell'obbligazione.**

Appare evidente come l'indeterminatezza che ne caratterizza il contenuto faccia della buona fede una clausola generale: nel nostro ordinamento, le clausole generali hanno la funzione di tracciare delle direttive in grado di regolare un'ampia casistica, lasciando al giudice un notevole margine decisionale.

Il dovere generale di buona fede contrattuale ha l'importantissima funzione di colmare le inevitabili lacune legislative: esso stabilisce i criteri necessari per sopperire alle mancanze del sistema legislativo dovute alla molteplicità e alla varietà delle situazioni della vita sociale ed economica.

La buona fede contrattuale, in sostanza, viene oggi intesa come **limite generale all'autonomia dei privati**, come fonte di integrazione del contratto e come strumento di controllo del suo contenuto.

Giurisprudenza:

Cassazione civile sentenza 21/10/2013 n. 23873

L'articolo 1337 del codice civile ha valore di clausola generale ed impone alle parti il dovere di trattare con lealtà astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e mettendo in condizioni da controparte di conoscere ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipula del contratto.

La violazione di tale obbligo di correttezza e buona fede durante le trattative e nella formazione del contratto assume rilevanza non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative ma anche nel caso in cui il contratto concluso pur risultando valido risulti pregiudizievole a chi è stato vittima del comportamento di malafede.

Cassazione civile 26/04/2012 n. 6526

L'obbligo di lealtà reciproca imposto dall'articolo 1337 del codice civile comporta un dovere di completezza informativa sulla reale intenzione di concludere un contratto.

E un mutamento delle circostanze non può legittimare la reticenza o la maliziosa omissione di informazioni rilevanti.

Cassazione civile 20/12/2011 n. 27648

Nelle ipotesi di responsabilità precontrattuale ex articolo 1337 c.c. può applicarsi l'articolo 1223 c.c. con la conseguenza che il risarcimento del danno dovrà comprendere sia la perdita subita che il mancato guadagno a patto che vi sia una relazione immediata e diretta con la lesione dell'affidamento e non del contratto.

Sotto questo profilo si ha diritto al risarcimento del danno emergente (come le spese sostenute) e del lucro cessante (come le occasioni di lavoro mancate). Va esclusa invece la possibilità di ottenere il ristoro di quanto sarebbe stato dovuto in forza del contratto non concluso.

23

L'interpretazione del contratto

di Giovanna Molteni

L'operazione ermeneutica di interpretazione del contratto

Con l'espressione interpretazione del contratto si designa quella complessa operazione ermeneutica alla quale è chiamato il giurista e, in particolare, il giudice al fine di accertare il significato giuridicamente rilevante delle espressioni usate nel testo contrattuale, ossia di stabilire quale sia il contenuto dell'atto giuridico, di determinare l'intento pratico perseguito dalle parti e di definire gli effetti per i suoi autori o destinatari.

Il [Codice civile](#), nel Libro IV, dedica un capo alla disciplina giuridica dell'interpretazione del contratto e il riferimento normativo è agli articoli da 1362 a 1371 c.c.

Mentre gli articoli 1362-1365 c.c. contemplano quelli che sono definiti criteri di interpretazione soggettiva perché diretti alla ricerca della comune intenzione delle parti, gli articoli 1366-1370 dettano i criteri di interpretazione oggettiva che si rifanno alla clausola generale di buona fede o ad altri criteri che non si riconducono alla comune volontà delle parti.

In base al principio di separazione fra canoni di interpretazione soggettiva e canoni di interpretazione oggettiva, l'interprete fa ricorso ai secondi solo nell'evenienza in cui non abbia avuto successo l'impiego dei primi.

La comune intenzione delle parti

Ai sensi dell'articolo 1362 c.c., 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.

Pertanto, l'oggetto dell'interpretazione non è la puntuale ricostruzione storica della volontà degli stipulanti, ma quello che appare oggettivamente voluto che risulti dalla formulazione dello stesso contratto.

Per la Suprema Corte, se è vero che il giudice è tenuto ad indagare quale sia stata la comune volontà dei contraenti, è altresì vero che -qualora il senso letterale della convenzione riveli, per le espressioni usate, siffatte volontà, e non risulti alcuna ragione di divergenza fra lettera e spirito della convenzione- un'ulteriore interpretazione è inammissibile in quanto condurrebbe il giudice a sostituire la propria soggettiva opinione alla volontà effettiva dei contraenti.

"I canoni legali di ermeneutica contrattuale sono governati da un principio di gerarchia -desumibile dal sistema delle stesse regole- in forza del quale i canoni strettamente interpretativi prevalgono su quelli interpretativi-integrativi e ne escludono la concreta operatività, quando l'applicazione degli stessi canoni strettamente interpretativi risulti, da sola, sufficiente per rendere palese la comune intenzione delle parti stipulanti.

Nell'ambito dei canoni strettamente interpretativi, poi, risulta prioritario il canone fondato sul significato letterale delle parole - di cui all'articolo 1362, comma 1- con la conseguenza che, quando quest'ultimo canone risulti sufficiente, l'operazione ermeneutica deve ritenersi utilmente, quanto definitivamente, conclusa. E ciò, in quanto l'articolo 1362, comma 2 che invita ad identificare il significato dell'atto in base al comportamento complessivo delle parti, va applicato in via sussidiaria, ove l'interpretazione letterale e logica sia insufficiente".

I criteri di interpretazione oggettiva

Ai sensi dell'articolo 1366, il contratto deve essere interpretato secondo buona fede. Si impone, così, all'interprete di dare al contratto il significato che gli attribuirebbero i contraenti corretti e leali.

La clausola generale di buona fede impone, infatti, alle parti di agire con correttezza e lealtà, non ingenerando nella controparte false aspettative, preservando il ragionevole affidamento sul significato dell'accordo e salvaguardando la posizione della controparte contrattuale, nei limiti in cui ciò possa essere fatto senza un apprezzabile nocumento del proprio interesse.

Sempre nel quadro dei criteri di interpretazione oggettiva, gli articoli successivi impongono:

- di dare sia al contratto sia alle singole clausole di esso un significato che gli consenta di avere qualche effetto anziché un significato che non consentirebbe loro di averne alcuno rendendole nulle o comunque invalide (articolo 1367 c.c.) e
- di interpretare le clausole ambigue secondo gli usi , cioè secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso ovvero, qualora una delle parti contrattuali sia un imprenditore, secondo ciò che generalmente si pratica nel luogo in cui si trova la sede dell'impresa (articolo 1368 c.c.).

Per quanto riguarda i contratti a condizioni generali ovvero conclusi mediante impiego di moduli o formulari, l'articolo 1370 c.c. introduce la regola in funzione della quale le clausole inserite in detti negozi s'interpretano, nel dubbio, a favore della parte contrattualmente più debole.

L'interpretazione equitativa di cui all'articolo 1371 c.c. si configura quale estrema ratio: nei soli casi in cui l'applicazione degli altri criteri ermeneutici non si sia stata sufficiente per individuare l'intenzione delle parti, il contratto deve essere interpretato nel modo meno gravoso per il debitore, se si tratta di negozio a titolo gratuito ovvero in modo da realizzare l'equo temperamento degli interessi delle parti, qualora si tratti di negozio a titolo oneroso. Il momento da prendere in considerazione ai fini della determinazione dell'equo apprezzamento è quello della conclusione del negozio e non quello della decisione della lite.

Giovanna Molteni

24

Il diritto di prelazione

Il [diritto di prelazione](#) conferisce al beneficiario (cd. prelazionario) il diritto di essere preferito ad ogni altro contraente qualora l'obbligato (cd. concedente) intenda addivenire alla stipula di un determinato contratto.

In altre parole, l'esistenza di una causa di prelazione lascia il concedente libero di scegliere se stipulare o meno il contratto ma, nel momento in cui decida di contrarre, lo vincola nella scelta del contraente. Tale vincolo, invero, si traduce nell'obbligo di *denuntiatio*, in forza del quale il concedente stesso è tenuto a comunicare al prelazionario la propria volontà di concludere il contratto, unitamente alle sue condizioni e al termine per l'esercizio della prelazione. La dottrina ricostruisce variamente la natura giuridica della *denuntiatio* quale proposta contrattuale, atto di interpellanza ovvero comunicazione vincolante. Nel caso in cui la comunicazione venga omessa, oppure il contratto venga concluso con i terzi in pendenza del termine per l'esercizio della prelazione, ovvero nonostante il prelazionario abbia esercitato il suo diritto o ancora a condizioni diverse, i rimedi del prelazionario differiscono a seconda della natura volontaria o legale della prelazione stessa.

La prelazione volontaria

La prelazione è volontaria quando viene convenzionalmente prevista dalle parti. Il cd. patto di prelazione, più precisamente, può essere contenuto nel contratto principale ovvero in un contratto distinto. Tale patto, in ogni caso, ha efficacia meramente obbligatoria e vincola soltanto le parti; anche in caso di inadempimento del patto di prelazione, pertanto, il contratto stipulato tra il concedente e il terzo rimane valido ed efficace mentre al prelazionario spetta unicamente il diritto al risarcimento del danno. Si tratta di un istituto non espressamente previsto dal [codice civile](#), la cui disciplina indiretta è rinvenibile in riferimento alla somministrazione (art. 1566 c.c.), e la cui valenza generale è ammessa in quanto diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela ex art. 1322 [codice civile](#). In virtù del principio della libertà negoziale, si riconosce altresì la previsione della prelazione mediante testamento, con imposizione di un onere a carico dei successori generali e/o particolari ovvero di un legato obbligatorio a carico dell'erede.

La prelazione legale

La prelazione è legale quando è prevista da una norma di legge. In siffatte ipotesi, la prelazione è assistita da efficacia reale di talchè, in caso di violazione del diritto, il prelazionario può agire in recesso nei confronti del terzo. L'esercizio del diritto di recesso, più precisamente, si estrinseca in unadichiarazione unilaterale recettizia che determina *ex tunc* la sostituzione del prelazionario retraente al terzo. In altre parole, per effetto della sola dichiarazione, il retraente subentra al terzo nella stessa posizione che questi aveva nel negozio concluso. Si tratta di un diritto potestativo rispetto al quale, pertanto, l'eventuale pronuncia giudiziale che ne conferma il valido esercizio ha natura di mero accertamento. La prelazione legale è propria quando tutela la proprietà del prelazionario ed è esercitabile a parità di condizioni rispetto agli altri eventuali terzi contraenti, è invece impropria quando tutela un interesse pubblico e prevede condizioni diverse, in genere più favorevoli, per il prelazionario. Sono esempi di prelazione legale: la prelazione agraria in favore dei coltivatori diretti in caso di alienazione del fondo, la prelazione del coerede in caso di cessione della quota ereditaria, la prelazione del componente dell'impresa familiare in caso di divisione ereditaria o trasferimento dell'azienda, la prelazione del conduttore in caso di vendita dell'immobile locato per uso diverso da quello abitativo.

La rinuncia alla prelazione

Il prelazionario che non intende esercitare la prelazione deve darne comunicazione al concedente. Secondo la tesi minoritaria, che individua l'insorgenza del [diritto di prelazione](#) in capo al prelazionario soltanto con la *denuntiatio* del concedente, la rinuncia non può avvenire prima di tale momento; al contrario, secondo la tesi maggioritaria, che ritiene la prelazione preesistente alla *denuntiatio*, la rinuncia preventiva è ammissibile, con la precisazione che la rinuncia intervenuta successivamente alla *denuntiatio* è qualificabile quale rifiuto della proposta ricevuta.

Avv. Laura Bazzan

25

Il contratto preliminare

Il preliminare è quel tipo di contratto attraverso il quale le parti si obbligano a stipularne uno futuro.

di Raffaella Diviccaro -

Cos'è il [contratto preliminare](#)

Il preliminare è quel tipo di contratto attraverso il quale **le parti si obbligano a stipularne uno futuro**. Il termine "preliminare" viene utilizzato proprio perché prelude alla stipula di un successivo contratto definitivo, il cui contenuto è già fissato dallo stesso preliminare.

Dal [contratto preliminare](#) discende, quindi, l'obbligo di prestare il consenso per la conclusione di un successivo contratto i cui effetti tipici verranno in vita solo se e quando tale contratto definitivo sarà stipulato.

L'accordo delle parti

Il consenso delle parti che dà vita al preliminare **è regolato dagli artt. 1326 e ss.** c.c. Ai fini dell'individuazione della natura del contratto, a rilevare è proprio il contenuto dell'accordo, ovvero l'intento comune dei contraenti in rapporto alla funzione economico-sociale (causa del contratto).

L'oggetto

Adoperato nella pratica per vincolare le parti alla stipula di un contratto ad effetti reali, il preliminare **può avere ad oggetto qualunque tipologia di contratto**. Il termine di riferimento è il più vario e non sono ravvisabili limitazioni. Tuttavia, secondo la dottrina e la giurisprudenza, un limite si rinviene nella [donazione](#), poiché atto di liberalità caratterizzato da spontaneità non compatibile quindi con il vincolo preliminare. Infatti, se la [donazione](#) è stipulata in esecuzione di un precedente vincolo obbligatorio, non potrebbe più parlarsi di liberalità ma piuttosto di doverosità. In senso opposto parrebbe la ratio dell'art. 769 c.c. che disciplina la c.d. "[donazione](#) obbligatoria" attraverso la quale il donante assume un'obbligazione nei confronti del donatario. In tal modo, peraltro, l'atto donativo finirebbe per identificarsi con il [contratto preliminare](#) e non con quello definitivo. Ed in realtà il c.d. "[contratto](#)

[preliminare](#) di [donazione](#) della proprietà" altro non sarebbe se non una [donazione](#) obbligatoria di dare, da concludersi con pubblico atto e pagamento solvendi causa nelle forme ordinarie.

Termine e condizione

La **mancaza di un termine per la stipula del definitivo non invalida il preliminare** poiché non rientra tra i requisiti essenziali. Tuttavia, le parti che hanno interesse all'apposizione di un termine di adempimento, possono rivolgersi al giudice ex art. 1183 c.c. per la fissazione dello stesso sul [contratto preliminare](#), oppure potranno ottenere il definitivo nell'ordinario periodo di prescrizione, a far data dalla stipula del preliminare. Analogamente, **il preliminare può essere soggetto a condizione**. Ove apposta, la condizione riguarda l'efficacia del preliminare tra le parti che si impegnano a concludere il definitivo solo nel caso in cui si verifichi una determinata fattispecie.

La forma del [contratto preliminare](#)

L'art 1351 c.c. prevede che il [contratto preliminare](#) **è nullo se non ha la stessa forma che la legge prescrive per quello definitivo** (rectius forma per relationem). Si discute, in dottrina e in giurisprudenza, se questa regola sia limitata alla forma ad substantiam o se debba estendersi anche a quella ad probationem. La tesi negativa appare preferibile in ossequio al principio della tendenziale libertà di forma e dei mezzi di prova sancita dal nostro ordinamento.

Gli effetti che derivano dalla stipula del preliminare

Dal preliminare deriva **l'obbligo di prestare il consenso per la conclusione del definitivo**. Può accadere, tuttavia, che le parti non si limitino a tale obbligo, ma prevedano un'esecuzione anticipata del contratto definitivo. Si tratta del c.d. "preliminare ad effetti anticipati", dove da un lato il promittente venditore beneficia del prezzo versato dal promissario acquirente senza privarsi della proprietà; dall'altro, l'acquirente ottiene il godimento del bene potendo procedere con pagamenti dilazionati del prezzo pattuito.

L'inadempimento del preliminare

Nel caso in cui una delle due parti del preliminare si rifiuti di stipulare il definitivo, **l'altra parte può invocare l'art. 2932 c.c. rubricato "Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto"** che concede alla parte adempiente la possibilità di ottenere una sentenza che produca gli stessi effetti del contratto non concluso. Secondo la tesi di Montesano si ritiene che il preliminare sarebbe di per sé idoneo a produrre gli effetti finali, svolgendo il definitivo solo una funzione riproduttiva a carattere documentale, condizione per la piena efficacia del preliminare stesso, cosicché la sentenza ex art 2932 c.c. avrebbe solo la funzione di porre nel nulla tale condizione permettendo al preliminare di produrre gli effetti finali suoi propri. Tanto vale allora risolvere il preliminare piuttosto che gli effetti della sentenza, atteso oltre tutto che il risarcimento del danno è lo stesso.

Se la parte, che non è inadempiente, non è interessata all'azione per l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, potrà pur sempre **agire per la [risoluzione del contratto](#) e per il risarcimento danni da inadempimento**. In tal caso si può fare riferimento all'articolo 1453 del [codice civile](#) che dispone: "*Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la [risoluzione del contratto](#), salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno. La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione. Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione.*"

Anche nell'ipotesi di un [contratto preliminare](#), in caso di inadempimento, si può parlare di [responsabilità contrattuale](#) che dà diritto all'altro contraente di richiedere il risarcimento danni.

Le garanzie - la [caparra confirmatoria](#)

A disposizione delle parti, il [codice civile](#) mette anche la [caparra confirmatoria](#), disciplinata dall'art. 1385 c.c., secondo la quale se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto trattenendo la somma ricevuta a titolo di caparra; viceversa se inadempiente è la parte che l'ha ricevuta l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra. Altra forma di garanzia è la caparra penitenziale, ex art. 1386 c.c., che ha la funzione di corrispettivo del recesso.

In tal caso, la parte recedente perde la caparra data o deve restituire il doppio di quella che ha ricevuto.

Vizi del contratto e nullità

Il regime dei vizi del preliminare è quello ordinario ma qualche problema sorge nei rapporti col contratto definitivo. In linea di principio, si ritiene che il preliminare fornisca elementi per identificare la natura e l'oggetto del definitivo, analogamente alle trattative contrattuali, ma anche per la ricerca della ratio dei singoli accordi e dunque ai fini dell'interpretazione degli interessi scaturenti dal definitivo. Tuttavia è dubbio che tale funzione possa essere svolta da un [contratto preliminare](#) invalido. È importante allora chiarire se tale invalidità possa ritenersi superata nel caso in cui il definitivo nasca di per sé validamente. La risposta al quesito passa attraverso la ricostruzione della natura giuridica dei due contratti e del loro nesso: se la giustificazione causale del contratto definitivo va ravvisata avuto riguardo alla produzione dei propri effetti tipici, ovvero alla causa interna, è evidente che, da un lato, si sarà in presenza di una fattispecie negoziale, dall'altro e di conseguenza, si affermerà la totale irrilevanza dei vizi del preliminare qualora il definitivo sia di per sé validamente concluso. Se, viceversa, il definitivo trova la propria causa nell'adempimento dell'obbligo a contrarre, ovvero in una causa esterna, non si sarà di fronte ad una fattispecie negoziale ma ad un atto dovuto. Pertanto, il definitivo sarà sempre caratterizzato da una causa solvendi, di modo che l'eventuale invalidità del preliminare pur facendo venire meno la causa dello spostamento patrimoniale attuato con il contratto definitivo, legittimerà la ripetizione di quanto dato, perché indebito.

26

La scrittura privata - Guida con fac-simile

Requisiti di forma, invalidità ed esempio di scrittura per un preliminare di compravendita

Complice, verosimilmente, la presenza nel nostro ordinamento di sempre più

numerosi negozi giuridici che vanno ad aggiungersi a quelli più noti, **la scrittura privata conosce oggi, nella sua applicazione pratica**, molteplici e diverse sfaccettature.

Essere a conoscenza di tutte le più diffuse ed importanti clausole che possono essere inserite in un contratto redatto per iscritto non è cosa facile, con la conseguenza che laddove l'ordinamento deroghi al principio di libertà delle forme e **renda necessaria la forma scritta**, come avviene ad esempio per la compravendita di beni immobili, è necessario prestare particolare attenzione ai rischi che possono derivare dalla stipula.

Ecco, quindi, una breve analisi delle più salienti caratteristiche di questo documento così diffuso nella prassi.

Scrittura privata: l'efficacia di prova legale

La scrittura privata, innanzitutto, non ha di per sé efficacia di prova legale.

Tuttavia, secondo quanto previsto dall'articolo 2702 del codice civile, essa può fare **piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta** se colui contro il quale è prodotta ne riconosce la sottoscrizione ovvero se essa rientra nelle ipotesi in cui è legalmente considerata come riconosciuta.

Alle condizioni viste, quindi, la scrittura privata può anche assumere l'efficacia di prova legale, pur limitatamente alla provenienza delle dichiarazioni e non anche con riferimento alla loro veridicità.

Il riconoscimento

In sostanza, quindi, l'efficacia di prova legale della scrittura privata è subordinata al ricorrere di una delle due seguenti condizioni: il riconoscimento o l'autenticazione. Per quanto riguarda il **riconoscimento**, esso avviene nel processo civile non solo in **maniera esplicita** dalla parte contro la quale la scrittura è prodotta, ma **anche tacitamente**, ovverosia quando la parte alla quale la scrittura è attribuita o contro la quale è prodotta è contumace ovvero, se costituita, non la disconosce nella prima udienza o nella prima difesa successiva alla produzione.

L'autenticazione

Un ulteriore caso in cui il documento in analisi assume un inconfutabile carattere probatorio è, poi, quello dell'**autenticazione**, ossia dell'attestazione da parte di un

notaio o di altro pubblico ufficiale che la sottoscrizione dei privati ha avuto luogo in sua presenza, previo accertamento dell'identità delle parti che sottoscrivono.

L'autenticazione ha una particolare forza in quanto non solo conferisce alla [scrittura privata](#) l'efficacia di prova legale circa la provenienza delle dichiarazioni in essa contenute ma serve anche a rendere **certa la data della sottoscrizione**.

Come inficiare la validità della [scrittura privata](#)

La [scrittura privata](#) è, in sostanza, il documento che più di ogni altro stigmatizza la libertà di negoziazione tra le parti, ma che, per ciò stesso, si rivela anche assai **vulnerabile dal punto di vista probatorio**.

Basti pensare che ogni parte, in un giudizio civile, può disconoscere la propria sottoscrizione, con la conseguenza di obbligare l'altra parte che voglia avvalersi del documento non riconosciuto **di chiederne la verifica**.

Oltretutto, anche nel caso in cui la [scrittura privata](#) sia stata riconosciuta, autenticata o verificata le parti hanno tra le mani uno strumento per poterne contestare la genuinità, ovverosia la [querela di falso](#).

Origini e potenzialità della [scrittura privata](#)

La [scrittura privata](#), concepita all'origine dei primi sistemi giuridici e dei primordiali processi di documentazione, è stata pensata allo scopo di ridurre l'insicurezza insita nei rapporti sociali, giuridici ed economici, consentendo di estrinsecare quella libertà negoziale delle parti che, diversamente, rischierebbe di restare indifferente al diritto.

Ma solo la perfetta conoscenza di tutti i meccanismi e degli ingranaggi in cui questa libertà può essere coinvolta consente al cittadino di sfruttarla al meglio al suo servizio e di valorizzarne a pieno le potenzialità.

Vedi anche: [Il contratto preliminare](#)

Esempio essenziale di [scrittura privata](#) non autenticata

[Scrittura privata](#)

Preliminare di compravendita

Tra

..... nato/a il ae residente
in via n. .. (c.f.....) (di seguito
denominato **promittente venditore**)

e

..... nato/a il ae residente
in via n. .. (c.f.....) (di seguito
denominato **promissario acquirente**)

Con la presente scrittura privata, a valersi fra le parti a tutti gli effetti di legge, i
predetti convengono e stipulano quanto segue:

Il promittente venditore è proprietario del seguente appartamento identificato anche
nell'allegata planimetria:

..... *descrivere l'immobile indicando anche i dati catastali*

Il promittente venditore promette di vendere al promissario acquirente che promette
di acquistare il sopra descritto appartamento al prezzo di Euro

Il venditore dichiara che l'unità immobiliare verrà ceduta libera da qualsiasi vincolo,
pignoramento o ipoteca e non occupata né oggetto di contratti di locazione.

L'unità immobiliare sarà venduta nello stato di fatto e di diritto in cui si trova e il
trasferimento di proprietà avverrà con atto notarile da stipularsi entro e non oltre
il termine che le parti dichiarano essere essenziale.

La convocazione dinanzi a un notaio potrà essere fatta da una qualsiasi delle parti con
un preavviso di almeno 20 giorni (...*specificare se lo si desidera il nome di un
notaio...*)

Il pagamento del prezzo, la consegna del bene e l'immissione nel possesso avverranno
al momento del rogito notarile.

Al momento della firma della presente scrittura viene versata una caparra
confirmatoria di euro

Letto, approvato e sottoscritto

Città:.....

Data:

Firma delle parti

27

Il contratto di compravendita

(A cura di: Avv. Valeria Zatti)

Il contratto di compravendita, ai sensi **dell'art. 1470 c.c.**, è quello mediante il quale una parte (che viene definita "**venditore**" o "alienante"), trasferisce la proprietà di un bene o altro diritto a un'altra parte (chiamata "**compratore**" o "acquirente"), la quale si obbliga a pagare un corrispettivo detto "prezzo".

La compravendita è un negozio di origini remote che, pur affondando le sue radici in epoche ben più lontane, può riconoscere la *emptiovenditio* dei Romani come suo "progenitore" già notevolmente evoluto e piuttosto simile alla configurazione attualmente riservata a tale istituto dal nostro codice civile. Quest'ultimo disciplina la "vendita" (così è testualmente definita la figura in esame dal nostro codice civile) all'interno del **libro quarto "delle obbligazioni"**, e, più in particolare, dedicandole il primo capo (a testimonianza dell'importanza da sempre riconosciuta a tale negozio), in seno al titolo terzo, che detta le regole applicabili ai singoli contratti, di volta in volta presi in considerazione.

Caratteri tipici

Come emerge già dalla definizione codicistica, è bene evidenziare fin da ora che il **carattere della corrispettività è essenziale**: la compravendita è un **contratto a titolo oneroso**, poiché entrambe le parti (venditore o alienante; compratore o alienatario) ricevono un vantaggio economico dalla loro prestazione, consistente nel pagamento di un prezzo determinato o determinabile, pena la nullità del contratto (artt. 1473-1474 c.c.).

Pertanto, è imprescindibile, perché si versi nell'ipotesi del **contratto tipico de quo** che il compratore si impegni a pagare un prezzo espresso e corrisposto in quantità di moneta: nel caso in cui, infatti, la controprestazione avesse ad oggetto un bene di altro tipo, si tratterebbe di "permuta", la quale consiste, appunto, nello scambio di cosa contro cosa (negozio meglio noto con il nome di "baratto").

Oltre alla necessaria onerosità, altra caratteristica fondamentale del contratto in esame è che trattasi di **negozio "consensuale"**, poiché si perfeziona al semplice raggiungimento dell'accordo tra le parti (secondo il principio consensualistico di cui all'art. 1376 c.c. e, nello specifico, all'art. 1465 c.c.), il quale risulta di per sé sufficiente alla valida conclusione del contratto, senza che sia necessaria la consegna della cosa (a differenza dei contratti "reali", come il deposito o il comodato). Nella prassi si rinvencono, inoltre, sempre più spesso **ipotesi di perfezionamento automatico** (basta pensare, a titolo esemplificativo, all'acquisto di beni tramite distributori automatici, ecc.).

Nota distintiva della compravendita, infine, è l'esistenza di un **vincolo sinallagmatico**, dato che le prestazioni sono corrispettive, nel senso che trovano la loro causa l'una nell'altra. Da tale connotazione derivano molteplici conseguenze giuridiche, tra cui la piena applicabilità dell'istituto della risoluzione (si veda, in proposito, la trattazione sul **contratto in generale**).

Effetti della vendita

L'effetto che scaturisce dalla conclusione dell'*iter* di perfezionamento dell'accordo negoziale, di regola, è il **trasferimento del diritto dal venditore al compratore**: per questo si dice che il contratto *de quo* è, normalmente, **"a effetti reali"**. Ove la *res*, oggetto del contratto di compravendita, sia generica, l'effetto traslativo è prodotto con l'individuazione, effettuata di norma con la consegna all'acquirente, ovvero, nel caso in cui si tratti di merci da trasportare, con la consegna al vettore. È opportuno precisare, tuttavia, che vi sono casi in cui **l'effetto traslativo**, ossia l'acquisto del diritto da parte dell'acquirente, è **differito a un momento successivo al perfezionamento dell'accordo** e l'unico effetto che si determina fin dalla stipula del contratto è il sorgere di uno o più obbligazioni, solitamente in capo all'alienante, cui corrispondono speculari diritti di credito in capo all'acquirente: si tratta delle **c.d. "vendite a effetti obbligatori"**, anche definite, con terminologia meno propria, "vendite obbligatorie", sulle quali ci si soffermerà in prosieguo (si pensi all'ipotesi di vendita di cosa "futura", nel senso che ancora deve venire ad esistenza oppure alla vendita di cosa "altrui", nel senso che, al momento del perfezionamento dell'accordo, non è ancora, in tutto o in parte, di proprietà del venditore).

La forma

Per quanto attiene alla forma, essa è, di regola, **libera**, nel senso che può anche manifestarsi **oralmente o per comportamenti concludenti**.

In alcune ipotesi, tuttavia, riferite alla natura dell'oggetto di scambio, la legge impone la **forma scritta *ad substantiam*, a pena di nullità** (atto pubblico, scrittura privata autenticata, ecc.): è il caso, ad esempio, del trasferimento della proprietà di **cose immobili** (cfr art. 1350 c.c.).

28

La permuta

di Raffaella Diviccaro.

Che cosa è la permuta

Come stabilisce l'art. 1552 del [codice civile](#), la permuta "è il contratto che ha per oggetto il reciproco trasferimento della proprietà di cose, o di altri diritti, da un contraente all'altro". Si tratta di un **contratto traslativo consensuale ad effetti reali** esattamente come la vendita.

La peculiarità della permuta consiste in questo: le parti scambiano una cosa o un diritto contro altra cosa o altro diritto, realizzando quello che, **comunemente viene chiamato "baratto"**.

Ogni qualvolta il corrispettivo per il trasferimento di un bene è costituito in tutto o in parte da un altro bene abbiamo a che fare con una permuta.

La permuta può configurarsi in una molteplicità di casi. E' da considerarsi permuta, ad esempio, la fattispecie in cui alla vendita di un bene segua un contratto novativo che sostituisce al pagamento del prezzo il trasferimento in proprietà di un altro bene.

Allo stesso modo si può parlare di permuta quando si acquista un nuovo autoveicolo e si trasferisce in conto prezzo la proprietà di un veicolo usato.

La disciplina del contratto di permuta

La disciplina del contratto di permuta è contenuta in **quattro articoli del [codice civile](#) (gli articoli 1552, 1553, 1554, 1555)**. L'Art. 1552 si limita a dare la definizione, mentre gli altri tre articoli disciplinano la cosiddetta 'evizione', le spese della permuta e l'applicabilità delle norme sulla vendita.

Per quanto riguarda l'**evizione** (ossia l'ipotesi in cui un terzo faccia valere un suo diritto di proprietà sul bene oggetto di permuta e la sottragga quindi alla disponibilità del permutante), l'articolo 1553 stabilisce che chi ha subito l'evizione e non ha interesse alla restituzione del bene che aveva a sua volta dato in permuta, può richiedere un equivalente in denaro fermo restando, in ogni caso il diritto al risarcimento del danno.

Per quanto riguarda invece le **spese della permuta**, l'articolo 1554 stabilisce che le stesse siano **a carico di entrambi i contraenti** in parti uguali. E' prevista naturalmente la facoltà per le parti di decidere una diversa ripartizione di tali spese.

Salvo patto contrario, le spese della permuta e le altre accessorie sono a carico di entrambi i contraenti in parti uguali .

Da ultimo l'articolo 1555 opera un generale richiamo alle **norme che disciplinano la vendita** e che si possono applicare anche alla permuta in quanto siano con questa compatibili.

L'oggetto della permuta

La permuta può avere ad oggetto non soltanto il **diritto di proprietà** ma anche **altri diritti reali** nonché **diritti di credito** e **posizioni giuridiche complesse**.

Viene in rilievo, ad esempio, data la sua particolare diffusione nella prassi dei rapporti commerciali, la permuta di bene presente quale l'area edificabile con bene futuro quale l'edificio da costruire: ciò avviene quando il proprietario di un'area edilizia permuta il bene con parte dell'edificio che sarà costruito su quell'area dall'acquirente. Di particolare delicatezza è la questione relativa alla tutela del contraente permutante l'area che si priva *illico et immediate* della proprietà del bene permutato , dovendo in seguito attendere la realizzazione dell'edificio per acquistare la proprietà.

Il legislatore ha, a tal proposito, emanato il d.lgs.n. 122 del 2005 col quale si è statuito che in caso di trasferimento non immediato di un immobile da costruire, quale preliminare ovvero permuta di bene presente con bene futuro, all'alienante del bene futuro, quale permutante ovvero promittente venditore, è imposto di procurare il rilascio di una fideiussione bancaria in favore della controparte come garanzia della restituzione delle somme corrisposte prima del trasferimento della proprietà del bene , per il caso in cui l'alienante incorra in una situazione di crisi quale pignoramento del bene immobile oggetto del contratto, ovvero fallimento, ovvero domanda di ammissione al concordato preventivo.

Ecco due massime della Corte di Cassazione in materia di permuta.

Integra gli estremi della permuta di **cosa presente con cosa futura** il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di un'area fabbricabile in cambio di parti dell'edificio da costruire sulla stessa superficie a cura e con i mezzi del cessionario, e ciò tutte le volte in cui sia proprio il risultato traslativo, consistente nell'attribuzione di una determinata opera, ad essere assunto come oggetto del contratto e come termine di scambio, mentre l'obbligo di erigere il fabbricato sia destinato a collocarsi su un piano accessorio e strumentale, configurandosi, appunto, l'obbligo del permutante costruttore non come prestazione del risultato di un'opera, ma come trasferimento della proprietà di cose future.

Cassazione civile 24172/2013

In tema di [locazione](#) di immobili urbani ad uso non abitativo, il [diritto di prelazione](#) e quello succedaneo di riscatto sussistono soltanto nel caso in cui il trasferimento a titolo oneroso del bene locato sia **realizzato mediante una compravendita e non anche nel caso di permuta**. E' da escludersi la sussistenza del [diritto di prelazione](#) di cui all'art. 38 della l. n. 392 del 1978 in caso di conferimento di beni in società, in quanto quest'ultimo non costituisce la componente di un contratto di scambio e come tale non solo non è equiparabile ad una compravendita, laddove il corrispettivo in denaro rappresenta la controprestazione del trasferimento di proprietà della cosa, ma, più in generale, non rientra nel novero delle alienazioni a titolo oneroso.

Cassazione civile 18844/2013

29

Il contratto di comodato - guida con fac-simile

Il comodato è quel contratto (disciplinato dagli articoli 1803 e seguenti del [codice civile](#)) con il quale una parte (**comodante**) consegna all'altra (**comodatario**) un bene mobile o immobile perché questi **se ne possa servire per un tempo o per un uso determinato** con l'obbligo poi di restituirlo.

Si tratta di un contratto **essenzialmente gratuito** anche se non è esclusa la possibilità di far ricorso a un comodato c.d. "modale" o "oneroso" a patto che l'onere imposto non sia di una consistenza tale da far venir meno la natura tipica del contratto.

Non deve comunque trattarsi di un corrispettivo per il godimento della cosa.

Per quanto possa sembrare una modalità molto semplice per gestire determinati rapporti **che si basano sulla fiducia e sulla cortesia**, in realtà si tratta di una scelta contrattuale che può creare problematiche di non poco conto, se non altro sotto il profilo procedurale.

Se ad esempio un contratto di comodato ha per oggetto un bene immobile e alla scadenza il comodatario non intende restituirlo, il comodante dovrà intraprendere un giudizio ordinario per ottenere la restituzione del bene non essendo prevista per il comodato una procedura rapida come ad esempio per le procedure di sfratto nei contratti di locazione.

Vediamo quali sono le obbligazioni che discendono dal contratto di comodato

Dal contratto di comodato discendono obblighi in primo luogo per il comodatario (ossia per colui che prende in consegna il bene).

Come dispone l'articolo 1804 codice civile egli deve **custodire e conservare il bene ricevuto** con quella che viene definita la **diligenza del buon padre di famiglia** (ossia con quell'impegno tipico dell'uomo medio che si richiede in relazione alla specifica obbligazione assunta).

Chi ha ricevuto un bene in comodato non può concederne il godimento a terzi senza aver ricevuto il consenso del comodante.

L'eventuale inadempimento degli obblighi impostigli dall'articolo 1804 codice civile dà diritto al proprietario di ottenere la restituzione del bene oltre al risarcimento del danno.

Il rischio del "perimento" del bene e la regolamentazione delle spese ordinarie e straordinarie

Chi ha ricevuto in consegna il bene deve sapere che **a determinate condizioni**, su di lui può ricadere il rischio del perimento della cosa.

L'articolo 1805 c.c. dispone infatti che il comodatario **è responsabile se la cosa perisce per un caso fortuito a cui poteva sottrarla** sostituendola con la cosa propria, o se, potendo salvare una delle due cose, ha preferito la propria.

Il comodatario **non risponde invece del normale deterioramento** che il bene subisce per effetto dell'uso per il quale gli è stato consegnato eccetto il caso che non vi sia un deterioramento dovuto a colpa.

Esiste poi un contrapposto obbligo che grava invece sul proprietario del bene e che riguarda **eventuali vizi della cosa** data in comodato. Se tali vizi dovessero cagionare danni a chi se ne serve il comodante deve risarcirli se, pur essendo a conoscenza dei vizi, non ha avvertito il comodatario.

Per quanto riguarda poi le **spese legate all'utilizzo del bene** l'articolo 1808 c.c. prevede che chi utilizza il bene in comodato **dovrà sostenere le spese necessarie per servirsi della cosa** senza poterne chiedere il rimborso mentre avrà diritto a essere rimborsato delle sole **spese straordinarie** "sostenute per la conservazione della cosa, se queste erano necessarie e urgenti".

Al termine del comodato

Quando il contratto di comodato ha raggiunto il termine, il bene dovrà essere restituito ma la legge prevede anche la possibilità per il comodante di chiedere la restituzione immediata nel caso in cui sia **sopraggiunto un urgente imprevisto bisogno**.

Nel caso in cui **il comodato non preveda una determinata durata** la legge dispone che il comodatario debba restituire il bene non appena il comodante lo richiede.

Lo stesso diritto di richiedere la restituzione immediata sussiste nel caso di morte del comodatario. Il comodante in tal caso può chiedere agli eredi l'immediata restituzione anche se era stato stabilito un termine non ancora scaduto.

Articoli e sentenze sul comodato

Gli articoli del codice che trattano del comodato

Capo XIV - Del comodato

Art. 1803. Nozione.

Il comodato è il contratto col quale una parte consegna all'altra una cosa mobile o immobile, affinché se ne serva per un tempo o per un uso determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta.

Il comodato è essenzialmente gratuito.

Art. 1804. Obbligazioni del comodatario.

Il comodatario è tenuto a custodire e a conservare la cosa con la diligenza del buon padre di famiglia. Egli non può servirsene che per l'uso determinato dal contratto o dalla natura della cosa.

Non può concedere a un terzo il godimento della cosa senza il consenso del comodante.

Se il comodatario non adempie gli obblighi suddetti, il comodante può chiedere l'immediata restituzione della cosa, oltre al risarcimento del danno.

Art. 1805. Perimento della cosa.

Il comodatario è responsabile se la cosa perisce per un caso fortuito a cui poteva sottrarla sostituendola con la cosa propria, o se, potendo salvare una delle due cose, ha preferito la propria.

Il comodatario che impiega la cosa per un uso diverso o per un tempo più lungo di quello a lui consentito, è responsabile della perdita avvenuta per causa a lui non imputabile, qualora non provi che la cosa sarebbe perita anche se non l'avesse impiegata per l'uso diverso o l'avesse restituita a tempo debito.

Art. 1806. Stima.

Se la cosa è stata stimata al tempo del contratto, il suo perimento è a carico del comodatario, anche se avvenuto per causa a lui non imputabile.

Art. 1807. Deterioramento per effetto dell'uso.

Se la cosa si deteriora per solo effetto dell'uso per cui è stata consegnata e senza colpa del comodatario, questi non risponde del deterioramento.

Art. 1808. Spese per l'uso della cosa e spese straordinarie.

Il comodatario non ha diritto al rimborso delle spese sostenute per servirsi della cosa. Egli però ha diritto di essere rimborsato delle spese straordinarie sostenute per la conservazione della cosa, se queste erano necessarie e urgenti.

Art. 1809. Restituzione.

Il comodatario è obbligato a restituire la cosa alla scadenza del termine convenuto o, in mancanza di termine, quando se ne è servito in conformità del contratto.

Se però, durante il termine convenuto o prima che il comodatario abbia cessato di servirsi della cosa, sopravviene un urgente e impreveduto bisogno al comodante, questi può esigerne la restituzione immediata.

Art. 1810. Comodato senza determinazione di durata.

Se non è stato convenuto un termine né questo risulta dall'uso a cui la cosa doveva essere destinata, il comodatario è tenuto a restituirla non appena il comodante la richiede.

Art. 1811. Morte del comodatario.

In caso di morte del comodatario, il comodante, benché sia stato convenuto un termine, può esigere dagli eredi l'immediata restituzione della cosa.

Art. 1812. Danni al comodatario per vizi della cosa.

Se la cosa comodata ha vizi tali che rechino danno a chi se ne serve, il comodante è tenuto al risarcimento qualora, conoscendo i vizi della cosa, non ne abbia avvertito il comodatario.

Facsimile di un contratto di comodato

CONTRATTO DI COMODATO

Con la presente scrittura il Sig. _____ (generalità e codice fiscale di chi concede un bene in comodato **COMODANTE**) e il Sig. _____ (generalità e codice fiscale di chi riceve un bene in comodato **COMODATARIO**)
Convengono e stipulano quanto segue:

Il sig. _____ (Comodante) quale proprietario dell'immobile sito in _____ (**DESCRIZIONE DELL'IMMOBILE CON ESTREMI CATASTALI**) consegna al Comodatario, che lo accetta nello stato di fatto e di diritto in cui si trova, il bene sopra indicato al fine di poterne fare uso gratuitamente e **per la durata di anni** _____.

- Il Comodatario userà l'immobile come privata abitazione senza concedere l'uso a terzi;
- alla scadenza del contratto il Comodatario dovrà restituire il bene nelle stesse condizioni in cui si trovava al momento della consegna;
- le spese di ordinaria manutenzione sono a carico del comodatario

Città: _____ Data: _____

Firma delle parti

Il contratto di transazione

La transazione è il contratto, regolato dall'art. 1965 c.c., attraverso il quale le parti si fanno delle reciproche concessioni per porre fine a una lite già iniziata oppure per prevenire una lite che potrebbe insorgere.

Attraverso tale strumento, di agile e informale composizione delle liti attuali o future, si vuole in qualche modo superare il reale accertamento della ragione o del torto delle singole parti: ciascuna parte, infatti, modifica, in tutto o in parte, le proprie pretese in cambio di una reciproca concessione dell'altra; in sostanza, entrambe, dispongono liberamente dei propri interessi secondo il caratteristico principio dell'autonomia privata.

L'istituto disciplinato dal primo comma dell'art. 1965 c.c. è quello della c.d. "transazione pura" distinta dalla transazione c.d. "mista", configurata, invece, nel secondo comma dello stesso articolo, ai sensi del quale *"con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti"*.

Funzione e procedimento transattivo

La funzione della transazione è insita nello stesso significato etimologico del termine "transigere" (derivante dal latino "trans" e "agere") che significa "cacciare attraverso", "venire a un accomodamento", "finirla": superare la lite è, pertanto, la funzione essenziale della transazione.

La risoluzione della lite basandosi, appunto, su concessioni reciproche, comporterà che ciascuna parte potrà ottenere il riconoscimento di diritti minori rispetto a quelli che avrebbe inteso conseguire attraverso un eventuale contenzioso, ma tali diritti saranno comunque maggiori rispetto a quelli che l'altra parte sarebbe stata disposta a riconoscerli.

Quando si parla di reciproche concessioni, non si fa riferimento però ad un'equivalenza di dare-avere. Possono essere diverse, infatti, le ragioni che inducono una parte a venire incontro, in una data misura, alle pretese dell'altra.

Il percorso in base al quale le parti si fanno reciproche concessioni si definisce "procedimento transattivo" e può consistere anche in concessioni che non riguardano direttamente l'oggetto della controversia. Come avviene, infatti, nella transazione mista, è possibile prevedere la modifica o l'estinzione di rapporti giuridici che non sono correlati ai diritti controversi.

Requisiti soggettivi del contratto di transazione

Affinchè il negozio transattivo possa essere validamente ed efficacemente compiuto, le parti devono possedere i requisiti generali di idoneità soggettiva a compiere atti giuridici: ovvero, la capacità giuridica e la capacità di agire.

Con riferimento specifico al contratto di transazione, il codice disciplina solo la capacità di agire, che diventa capacità di transigere, all'art. 1966, 1° comma, c.c., secondo il quale *"per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite"*, aggiungendo al secondo comma che *"la transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti"*.

Sono, pertanto, capaci di transigere le persone fisiche, che abbiano acquistato la capacità di agire, e le persone giuridiche. Il potere di transigere del minore, dell'interdetto, degli emancipati e degli inabilitati è regolato dagli artt. 320; 375; 394 e 424 c.c.

La forma

Secondo l'art. 1967 c.c., le transazioni *"devono essere provate per iscritto, fermo il disposto del n. 12 dell'articolo 1350"*. Tale norma prevede, pertanto, che il contratto di transazione debba essere redatto in forma scritta, ma tale requisito è posto "ad probationem", fatta eccezione per le transazioni che abbiano ad oggetto i rapporti giuridici menzionati nell'art. 1350, n. 1-11, c.c., che devono essere redatte per atto pubblico o **scrittura privata**, a pena di nullità.

Inoltre, dal disposto di cui all'art. 2684, n. 4, c.c., per il quale *"le transazioni che hanno per oggetto controversie sui diritti indicati dai numeri precedenti"* - riguardanti i contratti che trasferiscono la proprietà o costituiscono la comunione; i contratti che costituiscono o modificano diritti di usufrutto o di uso o che trasferiscono il diritto di

usufrutto e gli atti tra vivi di rinuncia ai diritti indicati - sono soggette a trascrizione, si può desumere che gli atti transattivi inerenti diritti reali immobiliari debbano essere redatti sotto forma di atto pubblico o **scrittura privata** autenticata, ai fini, appunto, della trascrizione nei registri immobiliari.

L'oggetto

Analogamente a quanto previsto dalla disciplina generale per gli altri contratti, l'oggetto della transazione, ex art. 1346 c.c., deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile.

Si può affermare che costituiscono oggetto della transazione i diritti o il rapporto litigioso su cui vertono le pretese e le contestazioni delle parti, ma in merito, non vi è unanimità d'orientamenti.

Per parte della dottrina, è la lite l'oggetto della transazione, mentre la situazione giuridica litigiosa costituisce l'oggetto della lite stessa.

Per la giurisprudenza, invece, *"oggetto della transazione non è la lite in atto o che può sorgere - in quanto la lite ne è solo il presupposto ed in quanto ad essa non possono riferirsi i requisiti di cui all'art. 1346 c.c. - ma è la situazione giuridica controversa, cioè la cosa o il comportamento su cui vertono la pretesa e la contestazione delle parti con la precisazione che, poiché la transazione non importa una volizione retrospettiva, come invece nel contratto di accertamento, esso va considerato essenzialmente sul piano della situazione che alla transazione medesima consegue"* (Cass. n. 5139/2003).

Secondo altra tesi, invece, oggetto della transazione sono le reciproche concessioni. Tuttavia, tale orientamento non è andato esente da critiche, anche in giurisprudenza, poiché se alcune pronunce propendono per la nullità della transazione in mancanza delle concessioni reciproche (Trib. Roma 23.3.2005; Cass. n. 1472/1937); altre affermano che l'assenza delle stesse non rende nulla la transazione (per mancanza dell'oggetto), ma viene ad identificare un negozio distinto, per il quale non si pone il problema della validità sul piano oggettivo (Cass. n. 2359/1941).

Validità della transazione

Il codice detta espressamente l'ipotesi di nullità di cui al comma 2 dell'art. 1966 c.c., secondo il quale la transazione è nulla se i diritti oggetto della stessa, *"per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disciplina delle parti"*. Si tratta di diritti sui quali non c'è un potere dispositivo, come, ad esempio, il diritto alla libertà personale, il diritto al nome, il diritto alla vita (ecc.).

Inoltre, alla stregua della disciplina generale dettata per i "vizi della volontà", con riferimento agli altri contratti, è suscettibile di annullamento la transazione conclusa per effetto di violenza e/o dolo nei confronti dell'altro contraente, mentre qualora il contratto venga stipulato da una delle parti in seguito ad un errore di diritto, si applica la norma speciale di cui all'art. 1969 c.c. secondo la quale *"la transazione non può essere annullata per errore di diritto relativo alle questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti"*.

Ex art. 1971 c.c. è poi annullabile la "transazione su pretesa temeraria", nel caso in cui al momento della stipula della transazione *"una delle parti era consapevole della temerarietà della sua pretesa"*.

31

La locazione: considerazioni introduttive

(A cura di: Avv. Valeria Zatti e Dott.ssa Licia Albertazzi)

La locazione è il contratto con il quale una parte (tecnicamente definita "locatore", ma nota anche come "padrone di casa", "proprietario" o simili) si obbliga a far godere un bene (sia mobile che immobile) all'altra (tecnicamente "conduttore" o "locatario", anche se, nel linguaggio corrente, è spesso chiamato "inquilino", o "affittuario"), per un periodo di tempo determinato, in cambio di un corrispettivo in denaro. Per quanto concerne le principali note caratteristiche del [contratto di locazione](#), merita di essere subito evidenziato che si tratta, sotto il profilo della formazione del negozio, di un contratto "consensuale", in quanto l'iter di perfezionamento è del tutto concluso già al momento del valido scambio del consenso e del conseguente raggiungimento dell'accordo, senza necessità di una consegna materiale della cosa (al contrario dei

contratti "reali", come il comodato, in cui la datio rei è elemento essenziale in tal senso). Sotto altro profilo, la locazione è un contratto "a effetti obbligatori", poiché da esso non deriva l'acquisizione in capo al destinatario di alcun diritto reale sul bene, bensì semplicemente il diritto di godere e di usare quel bene per un tempo determinato e solo per l'uso consentito e specificato nel contratto medesimo.

La disciplina delle locazioni trova regolamentazione sia nel codice civile (artt. Da 1571 a 1614 c.c.) sia in diverse leggi specifiche ([locazione ad uso abitativo](#): L. 431/1998 e L. 392/1978; locazione ad uso commerciale: L. 392/1978). Scopo della presente trattazione è di analizzare la disciplina codicistica, normativa generale rispetto ai diversi tipi di contratto. Per ogni particolarità si rimanda quindi espressamente alla normativa sopra citata.

Prima di analizzare le posizioni giuridiche che sorgono in capo alle parti, è bene effettuare fin da ora un chiarimento: nonostante nel linguaggio corrente (perfino nelle agenzie immobiliari) si senta parlare quasi sempre di "affitto", quest'ultima espressione, in realtà, è riservata dal codice civile esclusivamente alle ipotesi in cui oggetto del contratto sia una cosa, mobile, immobile o anche un'universalità di mobili (come l'azienda), avente carattere produttivo (si pensi, a titolo esemplificativo, a terreni coltivabili ed esercizi commerciali).

32

Appalto - Nozione e considerazioni introduttive

(A cura di: Avv. Valeria Zatti)

Il codice civile dedica all'**appalto** un'articolata disciplina contenuta nel **capo VII, del titolo III** dedicato ai singoli contratti, all'interno del libro IV "delle obbligazioni", **dagli artt. 1655 al 1677**, ferma restando la tendenziale applicabilità delle norme dettate per i contratti in generale.

Ex art. 1655 c.c., l'appalto è il **contratto con il quale una parte (appaltatore) assume il compimento di un'opera o di un servizio su incarico di un committente** (a volte detto anche "appaltante") e verso un corrispettivo in danaro, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio.

Elementi distintivi

Come si evince chiaramente dalla definizione codicistica, l'appalto è un contratto **consensuale e a titolo oneroso**, avente ad oggetto il compimento di un'opera o di un servizio.

Parti contrattuali necessarie sono il committente (o appaltatore), ovvero il soggetto che affida l'esecuzione dell'opera o del servizio, e l'appaltatore, ossia colui il quale assume tale obbligo.

Due sono gli elementi distintivi principali del contratto d'appalto: **l'organizzazione dei mezzi necessari e l'assunzione del rischio** da parte dell'appaltatore.

Il primo è rappresentato dalla necessità che l'organizzazione dei mezzi necessari sia predisposta dall'appaltatore. Quest'ultimo è, di regola, un **"imprenditore"**, secondo la nozione tecnica delineata **dall'art. 2082 del codice civile**, in base al quale tale qualifica spetta solo a chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi. Per essere, oltre che imprenditore, anche appaltatore, costui deve gestire l'organizzazione dei mezzi necessari, nel senso che **a lui compete la direzione dei lavoratori alle proprie dipendenze, senza che il committente possa interferire** nelle modalità concrete di svolgimento del lavoro stesso.

L'organizzazione deve essere intesa non come un insieme di capitali, macchine, attrezzature e prestazioni di lavoro, bensì come combinazione dei menzionati fattori produttivi. I mezzi, peraltro, possono anche non essere di proprietà dell'appaltatore, purché tale circostanza sia dedotta in contratto.

L'altro elemento indefettibile per aversi appalto in senso proprio è **l'assunzione del rischio d'impresa da parte dell'appaltatore medesimo**, in quanto questi **sarà tenuto a rispondere del risultato finale davanti al committente**.

Quanto al requisito formale, in linea di principio, il contratto di appalto è **a forma libera**, non essendo soggetto ad alcun vincolo (Cass. n. 9077/2003).

Tuttavia, vi sono **tre ipotesi** in cui l'appalto debba necessariamente rivestire la **forma scritta ad substantiam**: per espressa previsione di legge (artt. 237, 238 e 852 cod. nav.) per l'appalto relativo alla **costruzione di navi o aeromobili**; per gli **appalti pubblici** (così come per tutti i contratti in cui sia parte l'amministrazione pubblica);

per gli appalti tra privati in cui la realizzazione dell'opera preveda anche il **trasferimento della titolarità di diritti reali** su beni immobili (art. 1325 c.c.).

Il subappalto

Una caratteristica tipica dell'appalto (che, almeno sotto tale profilo, accomuna tale istituto al rapporto di lavoro) è la particolare rilevanza che riveste la persona dell'appaltatore.

La dottrina, in proposito, parla di **c.d. *intuitus personae***, per indicare il vincolo fiduciario che sussiste tra le parti.

Conseguenza di tale fiducia è, tra l'altro, il **divieto di effettuare una sostituzione non autorizzata del soggetto obbligato**: ferma restando la facoltà del committente di consentirlo, dunque, il subappalto è vietato.

33

Il contratto di franchising o affiliazione commerciale

Il **contratto di franchising**, o affiliazione commerciale, è un contratto atipico, cioè non direttamente disciplinato dal Codice Civile e rientra nella categoria dei **contratti di distribuzione**.

Il legislatore ha però provveduto a disciplinarlo in una legge speciale, [la legge 6 maggio 2004 n. 129](#), entrata in vigore il 25/05/2004 e da questa data si applica ai contratti di franchising in corso alla data stessa.

La legge 129/2004 ha così **sostituito il termine franchising con la dicitura italiana di contratto di "affiliazione commerciale"**.

Cosa è e come funziona il franchising

Il Franchising è un **accordo di collaborazione commerciale** tra due imprenditori giuridicamente ed economicamente indipendenti.

Da una parte il Franchisor (comunemente detto Affiliante o Casa Madre) e dall'altra il franchisee (detto anche Affiliato) che attraverso la stipula del contratto di franchising **pongono in essere una collaborazione diretta alla commercializzazione di beni e/o servizi** con gli stessi elementi distintivi e con le procedure sperimentate dal Franchisor.

Il Franchisor prima di sviluppare il suo franchising ha sperimentato la sua formula di commercializzazione nel mercato, raggiungendo successi e consolidando un brand che ulteriormente a rafforzare attraverso il sistema del franchising.

Si arriva così a **condividere con il proprio affiliato** tutto quel bagaglio di esperienza sul modo di lavorare detto anche **know how**. Si trasferisce cioè all'affiliato un patrimonio di conoscenze attraverso la formazione e i manuali a questo riservati.

In questo modo, il potenziale affiliato apre un'attività con un'azienda che sa già come muoversi per entrare con successo nel mercato.

La formula del franchising viene spesso scelta da chi non ha mai lavorato in proprio e non ha alcuna esperienza sull'attività che andrà a intraprendere

La standardizzazione del sistema del franchising nasce proprio per questo.

I diversi tipi di franchising

Esistono tre tipologie di franchising, e sono: il **franchising del produttore**, il **franchising di distribuzione** e il **franchising di servizi**.

Nel franchising di produzione, l'affiliante è un'impresa industriale che produce i propri beni e li distribuisce attraverso la propria rete di affiliati.

Questo tipo di marchio è caratteristico del settore dell'abbigliamento (è il classico caso del negozio di marca), delle calzature, accessori, borse, mobili, e si caratterizza perché anche il prodotto è di marca.

Il franchising di distribuzione è tipico invece di quelle catene dove il franchisor funge da **centrale di acquisti**.

Acquista grandi stock di prodotto da diversi produttori, acquisendo così un forte margine e li ridistribuisce agli affiliati, così il franchisor seleziona i fornitori e per l'affiliato si ha un vantaggio rappresentato dal fatto di avere un unico interlocutore che ha selezionato per lui i prodotti, e cioè il franchisor.

Attualmente il franchising di distribuzione raggruppa il 50-60% dei marchi presenti in Italia.

Ne sono un esempio Upim, Oviessè, Coin, negozi che trattano prodotti per la casa e altri.

Molto diffuso è anche il **franchising di servizi**.

In questo caso, non viene distribuito nessun prodotto ma vengono offerti dei servizi, i quali possono spaziare nei più differenti campi.

Rientra in questo settore **il franchising della ristorazione**, dei **viaggi**, della **mediazione creditizia**, dei **servizi internet**.

Alcune tipiche condizioni contrattuali

Quando il potenziale affiliato aderisce a una catena in franchising di solito gli viene chiesto dal franchisor un diritto di entrata denominato **fee d'ingresso**.

La fee d'ingresso è un corrispettivo iniziale che **viene dato una tantum** di solito al momento della stipula del contratto di affiliazione.

La fee d'ingresso può essere più o meno alta, e dipende dal tipo di servizi offerti, dalla formazione impartita, dall'assistenza prestata e soprattutto dalla notorietà del marchio. In genere più il marchio è noto più la fee d'ingresso è alta.

Quando entra a fare parte di una rete in franchising ci sono però minori costi di quanti non se ne dovrebbero sostenere se si dovesse aprire un'attività in proprio.

Non c'è bisogno infatti di spese per il design dell'arredo del locale, anche la grafica e l'immagine sono studiate dalla casa madre. Non c'è bisogno di fare esperienza (la casa madre fornisce già un percorso di formazione) e non c'è bisogno di far conoscere il brand dato che in genere il marchio della casa madre è già noto e ciò consente all'affiliato di aprire una nuova attività immediatamente riconoscibile e nota a tutti.

Le **royalties** costituiscono invece un corrispettivo mensile che versa l'affiliato alla casa madre.

Si può prevedere un pagamento sotto forma di **canone fisso** oppure come **percentuale sui guadagni**. In alcuni casi non si prevedono royalties perché l'affiliante ha già un suo ritorno economico dai prodotti o servizi distribuiti all'affiliato.

La definizione normativa

L'articolo 1 della legge n. 129/2004 definisce questo accordo come:

"il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, know-how, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi".

Questa definizione adottata dal legislatore, sottolinea l'attenzione posta a garanzia del franchisee che rappresenta la parte economicamente più debole.

Tra le varie novità introdotte è quindi da tenere presente la costante volontà di tutela dell'affiliato che trova espressione in una maggiore presenza di norme "protettive". La legge 129/2004 non solo disciplina i vari aspetti dell'affiliazione commerciale, ma definisce gli elementi tipici del contratto in maniera completa e precisa cogliendone l'aspetto innovativo.

Cenni storici

Il termine franchising è derivato da una prassi sorta dopo la guerra di Secessione nel sud degli Stati Uniti d'America.

La realizzazione di una rete di distribuzione basata sulle aziende meridionali, rappresentò l'unico strumento di successo per gli imprenditori degli stati del Nord.

La storia evidenzia come il fine economico del contratto di franchising sia quello di creare una rete di distribuzione con caratteri organizzativi, segni distintivi e marchi omogenei che risultino facilmente individuabili dai clienti, una rete gestita da soggetti imprenditori individuali che cooperano con un unico produttore.

In passato il contratto di franchising è stato classificato come un contratto atipico, più volte considerato misto perché raccoglie elementi di diversi contratti.

Si possono infatti rinvenire caratteri tipici della somministrazione di beni e servizi ma anche della licenza di marchio e d'insegna per non dimenticare il patto di esclusiva.

Gli obblighi previsti dalla legge

Il legislatore con la legge n. 129/2004 ha inoltre previsto una serie di obblighi.

L'articolo 4 illustra quelli che riguardano l'affiliante.

L'articolo 5 quelli a carico dell'affiliato.

L'articolo 6 introduce gli "obblighi precontrattuali di comportamento" a carico di entrambe le parti.

I primi sono rivolti a garantire una sufficiente ed adeguata conoscenza del contratto al soggetto economicamente più debole, cioè il futuro affiliato.

A costui sono concesse varie facoltà che mirano assicurare il maggior numero di informazioni possibili.

Egli può per questo ottenere:

- a) copia del bilancio degli ultimi tre esercizi¹¹;
- b) dati relativi all'attività (ragione e capitale sociale);
- c) elencazione di eventuali procedimenti giudiziari o arbitrari relativi al sistema di affiliazione commerciale in oggetto, promossi nei confronti dell'affiliante (e si considerano soltanto quei procedimenti conclusi negli ultimi tre anni promossi da affiliati, da terzi privati o da pubbliche autorità);
- d) notizie relative ai marchi utilizzati (estremi della registrazione, licenza concessa da terzi all'affiliante e altro);
- e) documentazione inerente i caratteri essenziali dell'attività oggetto di contratto di affiliazione commerciale;
- f) elenco aggiornato degli affiliati che agiscono nel sistema;

Inoltre l'affiliato ha la possibilità di richiedere informazioni che riguardano il numero degli affiliati, la relativa ubicazione e la variazione anno per anno con riferimento agli ultimi tre anni.

Il legislatore ha introdotto due obblighi a carico dell'affiliato:

- la non trasferibilità della sede senza il preventivo consenso dell'affiliante, salvo causa di forza maggiore;
- la tenuta di una massima riservatezza, da parte dell'affiliato e dei propri dipendenti o collaboratori, a riguardo del contenuto dell'attività oggetto del contratto.

Gli obblighi comportamentali riguardano l'affiliante oltre che l'affiliato e entrambi hanno il dovere di comportarsi con lealtà, correttezza e buona fede.

L'affiliante è tenuto a riferire alla controparte ogni notizia che possa rivestire una importanza fondamentale per l'attività, in modo tempestivo e completo.

Anche se l'articolo 6 della legge 129/2004 individua chiari obblighi comportamentali a carico dei soggetti coinvolti, sembra carente della dovuta completezza che la disciplina del franchising richiede a riguardo.

La diffida ad adempiere: definizione e modello

Come suggerisce il nome, la diffida ad adempiere è l'intimazione che una parte fa ad un altro soggetto affinché adempia un determinato obbligo contrattuale. Una situazione tipica è quella che vede un soggetto da una parte e un fornitore di un bene o di un servizio dall'altra. Il fornitore, non avendo adempiuto a uno o più punti del contratto, si viene a trovare in difetto con il destinatario della fornitura. Generalmente dopo ripetuti e inutili solleciti, il destinatario della fornitura decide di dare all'altra parte una sorta di "ultimatum". Ed è in questo caso che la legge gli riconosce la possibilità di avvalersi della **diffida ad adempiere**, una forma particolare di tutela che rientra negli atti unilaterali e ricettizi di autonomia privata. Secondo l'articolo 1454 del [Codice Civile](#), la diffida ad adempiere prevede all'altra parte sia assegnato **un termine minimo non inferiore ai 15 giorni**, alla scadenza del quale il contratto s'intende risolto di diritto.

Attenzione a questo punto: il contratto cessa di valere **per legge** nel momento in cui si oltrepassa il limite di giorni stabiliti senza che il soggetto diffidato abbia adempiuto le rispettive obbligazioni. Il numero di giorni sembra arbitrario ma non è così. Da una parte si riconosce al debitore il diritto di agire con un congruo termine di preavviso. Dall'altra, si lascia una certa discrezione al privato, che potrà decidere di fissare anche un termine più lungo dei 15 giorni.

Gli elementi distintivi della diffida ad adempiere

Chi invia una **diffida ad adempiere** deve essere consapevole degli effetti giuridici che essa produce. A differenza di quanto avviene con una normale raccomandata con cui si invita l'altra parte a eseguire il proprio impegno, la diffida ad adempiere è un atto che palesa la volontà di sciogliere il contratto se l'altra parte non adempie nel termine assegnato. Occorre pertanto prendere in considerazione che il fornitore potrebbe attivarsi e adempiere la sua prestazione (nella specie la consegna del bene oggetto di fornitura), oppure potrebbe ignorare la diffida lasciando decadere il contratto.

La diffida ad adempiere Quest'ultima, inviata per posta raccomandata con ricevuta di ritorno, dovrà contenere nello specifico:

- 1) L'intimazione ad adempiere;
- 2) L'indicazione di un termine adeguato (minimo 15 giorni);
- 3) La dichiarazione che il contratto si intende risolto in caso di inadempimento.

La dichiarazione secondo cui in caso di inadempimento il contratto si risolve deve essere riportata nero su bianco nel documento, essendo questa la caratteristica distintiva di ogni diffida ad adempiere. Bisognerà inoltre manifestare l'eventuale intenzione di prendere iniziative legali per ottenere eventualmente il risarcimento danni: nominare l'autorità competente o lo studio legale di fiducia potrebbe essere un deterrente supplementare per sbloccare la situazione.

I modelli di diffide ad adempiere

In rete esistono diversi modelli prestampati (o facsimili) che riportano la formula da compilare . Caratteristiche comuni sono l'intestazione con le generalità del soggetto, il riepilogo degli accadimenti in oggetto, l'intimazione ad agire entro un certo termine e le eventuali azioni in mancanza di quanto intimato. Di seguito, vi proponiamo un modello di diffida ad adempiere da inviare con raccomandata A/R.

Spett.le

Luogo, data

Io/la sottoscritto/a _____ nato/a il _____, a _____
e residente in _____ alla via _____, formulo/a la presente per
significare quanto segue.

Premesso che:

1) in data _____ stipulavo con Voi il contratto/ordine _____ (breve descrizione dell'oggetto del contratto);

2) a tutt'oggi non risulta ancora da Voi adempiuto il contratto e, in particolare, la seguente prestazione a Vostro carico: _____ (indicare eventualmente la prestazione richiesta/non ricevuta e le caratteristiche dell'inadempimento di controparte). L'inadempimento è addebitabile unicamente a Vostra esclusiva colpa, essendo peraltro già trascorso un congruo termine per l'adempimento, che era stato stabilito il _____ (inserire eventualmente la data di adempimento, se concordata) e già sollecitato in altre occasioni _____ (inserire i riferimenti ad eventuali solleciti precedentemente inviati).

Tutto ciò premesso e considerato, con la presente Vi intimo e diffido ad adempiere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1454 c.c., entro e non oltre 15 giorni dal ricevimento della presente, avvertendoVi che, decorso inutilmente tale termine, **il contratto s'intenderà automaticamente risolto di diritto**, con riserva di agire presso le competenti sedi per il risarcimento di tutti i danni subiti e subendi e con ulteriore aggravio di spese a Vostro carico.

Con ogni più ampia riserva di diritti, ragioni e azioni.

Distinti saluti.

Firma _____

35

È possibile revocare una proposta contrattuale?

Domanda: È possibile revocare una proposta contrattuale?

Risposta: La regola generale, innanzitutto, è che la revoca della proposta contrattuale è possibile, **a patto che il contratto non sia stato già concluso.**

Ai sensi dell'art. 1326 [codice civile](#) il contratto si intende concluso nel momento in cui il proponente **viene a conoscenza dell'avvenuta accettazione** delle condizioni presentate all'altra parte.

Pertanto, se l'accettazione della proposta contrattuale non è stata perfezionata, il proponente può liberamente revocarla, secondo quanto disposto **dall'art. 1328, comma 1, c.c.**

L'unica **eccezione a questa regola generale** si può rinvenire (ex art. 1328, 2° comma, c.c.) nella situazione in cui la persona alla quale è stata presentata la proposta contrattuale abbia dato avvio **all'esecuzione del contratto in buona fede**, prima di avere notizia della revoca.

In questo caso, se il proponente decide di revocare la sua proposta contrattuale, dovrà farsi carico di un indennizzo commisurato alle **perdite e alle spese subite** dall'accettante a seguito delle azioni intraprese per l'inizio dell'esecuzione del contratto.

Questa fattispecie può verificarsi quando **l'esecuzione tacita del contratto** (senza comunicazione formale dell'accettazione) viene richiesta dal proponente stesso o è legata alla natura della prestazione o agli usi.

Secondo quanto disposto **dall'articolo 1327 c.c.**, l'esecuzione tacita implica la regolare conclusione del contratto, a partire dal momento in cui l'accettante ha dato avvio all'esecuzione.

Il codice civile, tuttavia, prevede altre ipotesi in cui la proposta contrattuale non è revocabile. Due di queste sono la **proposta c.d. "ferma" e "l'opzione"**.

La prima è disciplinata **dall'art. 1329 c.c.** e ricorre quando il proponente si sia obbligato a **mantenere ferma la proposta** per un certo lasso di tempo. In tal caso, l'eventuale revoca rimane senza effetto per tutto il termine indicato.

L'opzione è disciplinata, invece, **dall'art. 1331 c.c.** il quale stabilisce che, quando le parti convengono che una di loro formuli la proposta contrattuale, rimanendone vincolata, mentre l'altra ha la facoltà di accettarla o meno, entro un termine stabilito (dagli stessi contraenti o dal giudice), **la proposta della prima si considera irrevocabile.**

Contratti: la procura generale

Cosa è, come può essere conferita e quando si estingue

di Valeria Zeppilli – Nel nostro ordinamento giuridico non è infrequente il fenomeno della **rappresentanza**, in base al quale determinati atti compiuti da un soggetto (il rappresentante) producono effetti nei confronti di un altro soggetto (il rappresentato).

Gli **effetti rappresentativi** si producono o sulla base di previsioni di legge (si pensi al caso degli atti compiuto dal genitore per il minore) o su base volontaria.

In questo secondo caso, più in particolare, la rappresentanza deriva da un atto di volontà del rappresentato, denominato **procura**.

Si tratta, nel dettaglio, di un **atto unilaterale recettizio, rivolto a terzi**.

Occorre sin da subito precisare che nel caso in cui la rappresentanza sia conferita dal soggetto interessato, affinché il contratto concluso dal **rappresentante** sia valido è sufficiente che quest'ultimo abbia la **capacità di intendere e di volere**, tenendo conto della natura e del contenuto del contratto.

E' tuttavia indispensabile che il **rappresentato sia legalmente capace**.

Oggetto della procura

Con la procura, quindi, il rappresentante è chiamato a compiere uno o più atti giuridici in nome e nell'interesse del rappresentato.

Essa può innanzitutto riguardare un solo determinato affare: in tal caso prende il nome di **procura speciale**.

Tuttavia la procura può avere ad oggetto anche una **serie determinata di affari o anche tutti gli affari del rappresentato**: in tal caso prende il nome di **procura generale**.

Insomma: la procura generale è quella che non resta circoscritta a un determinato affare ma che dà al rappresentante un **ampio potere di agire** nell'interesse del rappresentato, di regola comunque circoscritto agli **atti di ordinaria amministrazione**.

Tale potere, insomma, può non avere limiti, eccetto quest'ultimo indicato, oppure può essere limitato al compimento di determinate categorie di affari.

Conferimento della procura

Le **modalità** con le quali è possibile **conferire la procura** sono diverse: il conferimento, infatti, può avvenire **oralmente**, può risultare da **comportamenti concludenti** o, infine, può essere fatto tramite **atto scritto**.

Ai sensi dell'articolo 1392 del [codice civile](#), infatti, la **regola generale** è quella che la procura osservi i requisiti di **forma che l'ordinamento prevede per l'atto o gli atti** che il rappresentante è con essa chiamato a compiere.

Falsus procurator

Talvolta accade che un soggetto agisca come **rappresentante altrui pur non avendone i poteri** o **eccedendo i limiti** di quelli che gli sono stati conferiti.

Si parla, in tal caso, di **falsus procurator**.

Gli atti compiuti da tale soggetto non potranno produrre effetti nei confronti del soggetto falsamente rappresentato, salvo che quest'ultimo non provveda a **ratificarli** ai sensi dell'articolo 1399 c.c..

Se ciò tuttavia non accade, l'unico strumento a disposizione di colui che si sia imbattuto nel falso rappresentante è quello di rivolgersi al falsus procurator per ottenere, sulla base dell'articolo 1398 del [codice civile](#), il **risarcimento del danno** che gli sia derivato dall'aver senza colpa confidato nel suo ruolo.

Estinzione della procura generale

La procura generale, così come sopra conferita, si estingue principalmente con **rinuncia** da parte del rappresentante o con **revoca** da parte del rappresentato.

Ai sensi dell'articolo 1396 c.c., tuttavia, le modificazioni e la revoca della procura devono essere **portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei**.

In mancanza, infatti, esse non sono opponibili ai terzi a meno che non si provi che questi le conoscevano al momento in cui hanno concluso il contratto.

L'estinzione, in ogni caso, può conseguire anche alla **morte** del rappresentante o del rappresentato o al **fallimento** di quest'ultimo.

37

Contratti: La procura speciale

In cosa si differenzia rispetto alla procura generale e come interpretare correttamente i suoi confini

di Valeria Zeppilli – La **procura** è l'atto mediante il quale un soggetto conferisce ad

un altro soggetto il potere di **compiere atti giuridici in proprio nome e nel proprio interesse**.

In base all'oggetto specifico della procura, è possibile **distinguere la [La procura generale](#) dalla procura speciale**.

Mentre la prima, infatti, ha ad oggetto tutti gli affari di colui che la conferisce, o comunque tutti gli affari appartenenti a una determinata categoria, la **procura speciale** ha ad oggetto il compimento di un unico, specifico, affare.

Secondo quanto chiarito da una giurisprudenza ormai consolidata, per distinguere una procura speciale da una [La procura generale](#), in ogni caso, non è sufficiente guardare alla denominazione formale che le parti danno all'atto con il quale la stessa è conferita: **rilevante**, piuttosto, **è quanto in effetti l'atto disponga**.

I limiti della procura speciale

La differenziazione di una procura speciale rispetto a quella generale viene in rilievo, quindi, nella **concreta definizione dei poteri che il rappresentante ha di compiere atti nei confronti dei terzi nell'interesse del rappresentato**.

Infatti, nel caso in cui il rappresentante **ecceda i limiti della procura**, sarà definito **falsus procurator** e gli atti da lui compiuti saranno inefficaci, salvo ratifica del rappresentato.

La delimitazione dei compiti del procuratore speciale assume rilevanza, in particolare, alla luce dell'**articolo 1708 del [codice civile](#)**.

Si tratta, in realtà, di una **norma scritta con espresso riferimento al mandato**, ma che la dottrina prevalente ritiene **applicabile anche alla procura**.

Il **primo comma** dell'articolo 1708 c.c., più nel dettaglio, prevede che il mandato non si limita ad avere ad **oggetto solo gli atti per i quali è stato espressamente conferito ma si estende anche a tutti quelli necessari al compimento dei primi**.

Spostandoci sul piano della procura, in particolare della procura speciale, ciò vuol dire che quando un negozio è identificato come tale diviene **fondamentale individuare gli atti necessari al compimento di quelli espressamente indicati nella procura**.

Quindi, nell'analisi dei confini di una procura speciale è imprescindibile una **corretta individuazione degli atti strumentali**, specie nel caso in cui, come non di rado accade, essi non sono indicati nell'atto di conferimento.

A tal fine occorre tener presente che sono strumentali **sia gli atti preparatori che quelli consequenziali** a quello oggetto della procura.

Tutti questi, poi, non devono essere meramente opportuni o utili, ma devono essere **essenziali al compimento dell'atto principale**.

Si pensi, ad esempio, al caso della compravendita: nella procura speciale a vendere deve ritenersi incluso anche il potere di stipulare il [contratto preliminare](#) di compravendita.

Solo con un'attenta individuazione degli atti strumentali, insomma, sarà possibile capire se la persona con la quale ci si sta relazionando nell'interesse di altri sia in effetti un rappresentante legittimato ad agire o un *falsus procurator*.