

1 – INTRODUZIONE – IL CONTRATTO

Tra le fonti delle obbligazioni (art. 1173 c.c.) rientra la figura del contratto, che l'**art. 1321 c.c.** così definisce: *“il contratto è l'accordo tra due o più parti per costituire, regolare od estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”*.

Ciò che contraddistingue la specifica natura del contratto, è rappresentata dal fatto che il rapporto giuridico che nasce, si modifica o si estingue, deve avere **contenuto patrimoniale** (a differenza, per es., del matrimonio che si inserisce nell'ambito delle relazioni personali e familiari).

Come delinea il codice, la funzione del contratto (o lo scopo per il quale le parti pongono in essere un contratto), si articola in tre possibili aspetti:

- 1) costituire**, cioè, far sorgere un rapporto giuridico che prima non esisteva (es. stipulo un contratto di locazione in forza del quale, se prima ero io a godere dell'abitazione, dopo sarà il mio inquilino), c.d. *contratti costitutivi*;
- 2) modificare** un rapporto giuridico già esistente (es., contratto di cessione del credito, attraverso il quale muta il soggetto del creditore), c.d. *contratti modificativi*;
- 3) estinguere** un rapporto giuridico già esistente (es., compensazione volontaria tra le parti per far venire meno i crediti e debiti reciproci), c.d. *contratti estintivi*.

2 – ELEMENTI DEL CONTRATTO

Il contratto è la figura più importante di negozio giuridico ed è lo strumento attraverso il quale i privati regolano i loro interessi di natura patrimoniale, nell'ambito dell'autonomia contrattuale che l'ordinamento giuridico garantisce e tutela, art. 1322 c.c.: *“le parti possono liberamente determinare e il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge”*.

Ai sensi dell'art. 1325 c.c., gli elementi essenziali generali del contratto sono:

- 1) l'accordo o il consenso tra le parti;
- 2) la causa (cioè la funzione economico sociale del contratto);
- 3) l'oggetto (il contenuto degli accordi disciplinati dalle parti, che deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile);
- 4) la forma, quando è richiesta in maniera c.d. *ad substantiam*.

Si tratta degli stessi elementi essenziali già esaminati e relativi alla figura del negozio giuridico in generale.

Anche gli elementi accidentali generali del contratto, sono quelli già esaminati per il negozio giuridico, e sono la condizione, il termine e il modo.

3 – CLASSIFICAZIONE DEI CONTRATTI

I contratti possono essere classificati secondo diversi aspetti e o profili:

- contratti **tipici o nominati** (quelli già previsti e disciplinati dalla legge, es. compravendita, locazione, appalto, ecc.) e contratti **atipici o innominati** (quelli che, pur non essendo già disciplinati, rispondono alle esigenze che l'ordinamento tutela e garantisce: devono avere una causa lecita e devono essere diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela, art. 1322 2° co. c.c.: *"le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico"*);
- contratti ad **effetti reali** (quelli che hanno a oggetto la trasmissione o la costituzione di un diritto reale – proprietà di un bene determinato, usufrutto su un bene determinato – o il trasferimento di un altro diritto) e contratti ad **effetti obbligatori** (quelli che danno luogo alla nascita di un rapporto obbligatorio);
- in relazione alle modalità di perfezionamento del contratto, si distingue tra contratti **consensuali** (quelli che si perfezionano con il semplice consenso, es. Tizio si accorda con Caio per vendere la bicicletta al prezzo di 500 euro) e contratti **reali** (quelli in cui per il perfezionamento non basta solo il consenso, ma occorre anche la c.d. consegna della cosa, es., il mutuo, il comodato, il deposito).

4 – I CONTRATTI A PRESTAZIONI CORRISPETTIVE

In relazione al nesso tra le attribuzioni patrimoniali oggetto del contratto, si distingue tra:

- contratti a prestazione unica, che prevedono obbligazioni a carico di una parte sola (es., il deposito gratuito, il comodato, la fideiussione);
- **contratti a prestazioni corrispettive** (o sinallagmatici), che sono la categoria contrattuale più importante e al cui interno ricade la maggioranza dei contratti stipulati nella vita quotidiana; sono quei contratti in cui le attribuzioni patrimoniali sono due (rispettivamente a carico di ciascuna parte e a vantaggio della controparte) e sono legate dal c.d. nesso di reciprocità o *sinallagma*: una delle parti attribuisce un diritto all'altra o effettua la sua prestazione o promette (si obbliga) di effettuare la sua prestazione o trasferisce la proprietà della cosa o si obbliga a trasferirla, in quanto e a sua volta la controparte effettua o si obbliga ad effettuare una controprestazione.

In questo modo le due prestazioni corrispettive sono legate dalla medesima sorte: es., nella compravendita il compratore paga o si obbliga a pagare il prezzo della cosa venduta, solo in quanto il venditore gli trasferisce la proprietà o si obbliga a trasferirla; il meccanismo sinallagmatico si può realizzare attraverso lo scambio di un *do ut des, do ut facias, facio ut facias o facio ut des*.

In tali tipi di contratto le due prestazioni si devono eseguire contemporaneamente, ma le parti possono prevedere termini diversi per le due prestazioni.

5 – ANCORA SULLA CLASSIFICAZIONE DEI CONTRATTI

Tra i contratti a prestazioni corrispettive, si distingue tra:

- contratti commutativi, quelli in cui sono certi l'entità dei reciproci vantaggi e sacrifici, perché le parti ne sono a conoscenza sin dall'inizio (conclusione del contratto), es. vendo la casa per x euro;
- contratti aleatori, quelli in cui vi è incertezza dell'entità dei reciproci vantaggi e sacrifici, perché ciò dipenderà dalla sorte e/o *alea* (es. contratti di borsa, contratto di assicurazione contro i danni, nel gioco).

Ancora si distingue tra:

- contratti a esecuzione istantanea, quelli in cui la prestazione delle parti è concentrata in un dato momento temporale (es. la compravendita);
- contratti di durata, quelli in cui la prestazione è continua nel tempo o si ripete con periodicità (es. i contratti di somministrazione di acqua o energia elettrica, ecc., contratto di lavoro subordinato, contratto di locazione).

6 – LA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

Poiché il contratto è l'accordo, cioè l'incontro delle dichiarazioni di volontà, tra due (o più) parti, occorre individuare quando si manifesta tale accordo o, come si dice, si verifica la conclusione del contratto (vale a dire il momento in cui l'accordo è concluso e il contratto si è perfezionato), producendo i relativi effetti tra le parti.

Ciò viene in rilievo per le diverse conseguenze che si possono verificare: es. per stabilire se, al momento in cui il contratto si è concluso, le parti erano capaci di stipulare, oppure individuare quale sia la norma applicabile in caso di modifica della legge, o ancora stabilire dove si trova il luogo nel quale il contratto si è concluso ai fini dell'adempimento del contratto o della competenza territoriale (nel caso si debba instaurare un giudizio).

Un contratto può concludersi in diversi modi: sottoscrivendo un unico documento (che contiene l'accordo stipulato), mediante lo scambio di due dichiarazioni scritte identiche e firmate ciascuna da una parte sola, verbalmente o, infine, mediante un comportamento concludente (es. le rivendite automatiche di caffè, bottigliette d'acqua, snack, ecc.).

7 – PROPOSTA, ACCETTAZIONE E CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

E' semplice individuare il momento in cui il contratto si è concluso, quando il consenso delle parti si manifesta in un unico contesto di luogo e di tempo.

Quando ciò non si verifica, occorre prendere in considerazione i due elementi che costituiscono il c.d. procedimento perfezionativo del contratto, vale a dire: - **la proposta**, cioè l'atto con il quale il procedimento si inizia e - **l'accettazione**, cioè l'atto con il quale il procedimento si chiude.

Proposta e accettazione sono ritenuti come c.d. *elementi prenegoziali*, cioè che precedono il perfezionamento del negozio/contratto e costituiscono dichiarazioni di volontà unilaterali.

L'art. 1326 c.c. stabilisce che: ***“il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte”***

E' il c.d. ***principio della cognizione***, adottato dal legislatore per individuare il momento perfezionativo del contratto: proposta e accettazione si fondono in un'unica volontà, la c.d. volontà contrattuale; perché ciò si realizzi e sempre ai sensi dell'art. 1326 c.c., è necessario che: - *l'accettazione deve giungere al proponente nel termine da lui stabilito o in quello ordinariamente necessario secondo la natura degli affari o secondo gli usi*. Il proponente può ritenere efficace l'accettazione tardiva purché ne dia avviso all'altra parte (2° e 3° comma); - *l'accettazione sia conforme alla proposta, un'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta* (ultimo comma); - *l'accettazione sia compiuta nella forma richiesta dal proponente* (4° comma), per es. per iscritto e non verbalmente.

8 – LA PRESUNZIONE DI CONOSCENZA

Per evitare che il proponente possa *approfittare* di eventuali circostanze a lui sfavorevoli, intervenute nel lasso temporale tra proposta e accettazione, sostenendo, per esempio, che la lettera di accettazione non gli sia pervenuta, o che abbia avuto effettiva conoscenza dell'accettazione una volta scaduto il termine indicato nella proposta, o *escogitare* altre ipotesi dirette a impedire la normale conclusione del contratto, l'ordinamento ha previsto che il principio della cognizione, stabilito dall'art. 1326 c.c., deve coordinarsi con i successivi artt. 1334 e 1335 c.c..

L'art. 1334 c.c. prevede che *gli atti unilaterali producono effetto dal momento in cui pervengono a conoscenza della persona alla quale sono destinati*".

L'art. 1335 c.c. stabilisce una **regola generale di presunzione di conoscenza**, valida per tutti negozi ricettizi, secondo la quale: *"la proposta e l'accettazione, la loro revoca e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia"*.

Pertanto, per dimostrare che il contratto si è perfezionato, sarà sufficiente provare quando la dichiarazione di accettazione è pervenuta all'indirizzo del proponente: ciò costituirà presunzione di sua avvenuta conoscenza a quella data.

9 – LA POSTA ELETTRONICA CERTIFICATA (PEC)

La **PEC**, acronimo di **Posta Elettronica Certificata**, è uno strumento che consente la notifica di comunicazioni ed atti con lo stesso valore legale di una lettera raccomandata con ricevuta di ricevimento. La legge tende a favorirne sempre più il suo utilizzo, unitamente agli altri strumenti di identificazione digitale (CIE, SPEED e CNS), che semplificano la comunicazione e la contrattazione fra privati e con la PA. Con la legge 221 del 2012 è stata resa obbligatoria per tutte le imprese.

La legge consente di rendere i documenti trasmessi attraverso questo mezzo, **opponibili ai terzi** e con **data certa**: l'invio del messaggio elettronico e la ricezione di consegna costituiscono prova che, nella data e nell'ora di notifica, il destinatario del messaggio è stato messo nelle condizioni di leggere il contenuto dello stesso (art. 48 CAD D. Lgs. n.82/2005). Si presume dunque, che il destinatario sia venuto a legale conoscenza del contenuto del messaggio nella sua formulazione originale, nell'**ora in cui è stata generata la ricevuta** di avvenuta consegna della pec.

Il **contratto** stipulato tramite PEC ha dunque lo stesso valore giuridico di una **scrittura privata**, anche se concluso a distanza, presentando il vantaggio giuridico della **certezza della data** (art. 2704 c.c.); il legislatore ha introdotto l'obbligo di essere titolari di un indirizzo PEC per la PA, le imprese e i professionisti (per le persone fisiche è facoltativo); il D. Lgs n.149/2022, ha introdotto l'obbligo delle notifiche a mezzo pec per i titolari dei relativi indirizzi risultanti dai pubblici elenchi.

L'utilizzo della PEC vale anche per la diffida ad adempiere, la risoluzione del contratto e la costituzione in mora del debitore.

10 – REVOCA DI PROPOSTA E ACCETTAZIONE

Sino a quando non è avvenuto l'incontro e la fusione dei consensi, sia la proposta che l'accettazione possono essere ritirate mediante un atto uguale e contrario chiamato **revoca** (art. 1328 c.c.).

Il 1° comma prevede che: *la proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso. Tuttavia, se l'accettante ne ha intrapreso in buona fede l'esecuzione, prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto a indennizzarlo delle spese e delle perdite subite*".

Il 2° comma prevede che: *l'accettazione può essere revocata, purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione*.

La proposta perde automaticamente efficacia se il proponente muore o diviene incapace, prima che il contratto si sia perfezionato (c.d. *intrasmissibilità della proposta*); allo stesso modo l'accettazione perde efficacia se, nel lasso temporale tra invio della dichiarazione e sua ricezione, l'accettante muore o diviene incapace.

Tuttavia, l'art. 1330 c.c. prevede che tale regola non si applica alle ipotesi in cui le dichiarazioni di proposta e/o accettazione siano state fatte dall'imprenditore nell'esercizio della sua impresa, a eccezione del caso in cui si tratti del c.d. *piccolo imprenditore* o che diversamente risulti dalla natura dell'affare o da altre circostanze.

11 – LA PROPOSTA IRREVOCABILE

L'art. 1329 c.c. disciplina l'ipotesi della c.d. proposta irrevocabile, che si ha quando il proponente si obbliga ***a mantenere ferma*** la proposta ***per un certo tempo***; ciò può accadere quando il proponente vuole concedere un periodo di tempo al destinatario, per valutare la convenienza o meno dell'affare proposto, senza timore che, nelle more, possa intervenire un'eventuale revoca.

In tal caso un'eventuale revoca, che dovesse essere successivamente comunicata, risulterebbe priva di efficacia, e il destinatario potrebbe sempre accettare il contratto, determinandone la conclusione.

Perché ciò possa avvenire, è necessario che la proposta irrevocabile contenga con precisione l'indicazione della durata temporale del periodo di irrevocabilità (altrimenti potrebbe essere considerata come proposta semplice).

La proposta irrevocabile conserva valore ed efficacia anche nel caso di morte o sopravvenuta incapacità del proponente, sempre purché l'accettazione si manifesti e giunga entro il termine fissato dal proponente.

12 – LE TRATTATIVE

Prima di pervenire alla c.d. *conclusione* del contratto, è normale che tra le parti intercorrano e si svolgano delle c.d. ***trattative***, vale a dire quelle attività propedeutiche alla conclusione dell'accordo e che consentono sia di valutare la convenienza economica dell'operazione sia di individuare eventuali accorgimenti e/o soluzioni, anche di natura tecnica, da adottare e da inserire nel contratto medesimo.

Durante questo periodo, le parti rimangono ancora libere di decidere se concludere o meno il contratto, ma il legislatore, proprio in considerazione dell'importanza e a tutela dell'autonomia negoziale dei privati, stabilisce e prevede il rispetto di determinate regole comportamentali anche nel corso di tale fase c.d. preliminare alla conclusione dell'accordo.

L'art. 1337 c.c. prescrive che *le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, **devono comportarsi secondo buona fede**; se violano tale dovere giuridico*, incorrono in un particolare tipo di **responsabilità c.d. precontrattuale o culpa in contrahendo**.

Le varie tipologie di condotte che possono portare a invocare una tale responsabilità sono: -

13 – CASI DI VIOLAZIONE DEL DOVERE DI BUONA FEDE IN CORSO DI TRATTATIVE

Sono state individuate vari tipi di condotte che possono portare a invocare una tale responsabilità:

- a) abbandono ingiustificato della trattativa; viola il dovere di comportarsi secondo buona fede, la parte che, essendo giunte le trattative a un punto tale da determinare un ragionevole affidamento in merito alla probabile conclusione del contratto, le interrompa senza un giustificato motivo;
- b) mancata informazione su cause di invalidità del contratto; viola il dovere di comportarsi secondo buona fede, la parte che non informa l'altra dell'esistenza di eventuali cause di invalidità del contratto che si dovrà stipulare, e delle quali ne è o ne è venuta a conoscenza o le avrebbe dovute conoscere secondo la normale diligenza (art. 1338 c.c.);
- c) influenza illecita sul convincimento negoziale della controparte; viola il dovere di comportarsi secondo buona fede, la parte che induce l'altra parte a stipulare un contratto o con l'inganno (c.d. dolo contrattuale) o con minacce (violenza) o approfittando dell'errore in cui è incorsa l'altra parte (in tali casi il contratto è annullabile per un vizio della volontà);
- d) indurre la controparte a stipulare un contratto pregiudizievole; quando una parte ha indotto in inganno l'altra non nella stipula del contratto, ma nell'accettare condizioni pregiudizievoli e diverse da quelle che avrebbe accettato se non ingannata; altro caso è quello di omissione di informazioni c.d. *doverose* (es. gli *obblighi informativi* degli intermediari finanziari sul rischio dell'operazione).

14 – LA RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE E DANNI RISARCIBILI

Si ritiene che tale tipo di responsabilità, comunemente chiamata anche *culpa in contrahendo*, abbia natura extracontrattuale, anche se parte della dottrina ritiene che rientri nella responsabilità per inadempimento dell'obbligo giuridico (sancito dagli artt. 1337 e 1338 c.c.) di comportarsi per tutto lo svolgimento delle trattative secondo correttezza e buona fede.

I c.d. danni risarcibili che è possibile invocare, allorquando venga accertata una tale responsabilità di c.d. *culpa in contrahendo*, presentano una misura o entità diversa rispetto alle ipotesi di inadempimento di un contratto già concluso: in tal caso è lesa l'interesse positivo all'osservanza del contratto e all'esecuzione integrale della prestazione dovuta, ragione per cui il risarcimento si commisura all'intero danno subito dal contraente lesa.

Nel caso di lesione di responsabilità precontrattuale, viene lesa l'interesse della parte a non iniziare e condurre trattative che hanno sottratto tempo ed energie, oltre ad aver comportato anche un anticipo di spese: un c.d. interesse negativo.

Ne consegue che, mentre in caso di inadempimento da contratto si può chiedere l'intero danno (danno emergente e lucro cessante), nel caso di *culpa in contrahendo* il danno risarcibile è limitato alle spese e/o perdite che sono strettamente e direttamente correlate e dipendenti dalle trattative (es. costi per viaggi, compensi a consulenti, ecc.) e al vantaggio e/o profitto che la parte avrebbe potuto conseguire se, invece di condurre le trattative, si fosse dedicata ad altre contrattazioni.

15 – IL CONTRATTO PRELIMINARE

Il contratto preliminare costituisce un vero e proprio contratto, il quale è destinato a una particolare funzione: obbliga le parti a stipulare un altro e successivo contratto c.d. **definitivo**, il cui contenuto essenziale è stato già determinato nel preliminare.

Molte volte può capitare che le parti vogliano realizzare un determinato risultato economico e vogliano vincolarsi reciprocamente, ma ritengano più opportuno (per vari motivi) non dare immediata attuazione a tali intenzioni: il contratto preliminare risponde a tale esigenza, impegnando/obbligando immediatamente le parti, ma posticipando a un momento successivo la stipula del contratto definitivo, che porterà a compimento il risultato economico programmato.

Esempio classico è il c.d. preliminare di vendita immobiliare, sia per un immobile già costruito sia per un fabbricato in corso di costruzione; per tale importante e delicata e diffusa compravendita, è molto spesso necessario un certo lasso di tempo per reperire tutti i documenti propedeutici, effettuare tutte le verifiche sull'esistenza dell'effettivo diritto di proprietà in capo all'alienante o di presenza di iscrizioni e/o trascrizioni pregiudizievoli sul bene, ecc.; oppure, in caso di acquisto con il concorso di somme finanziate dalla Banca o altri soggetti, è necessario un determinato tempo per compiere tutte le verifiche necessarie, anche per valutare la c.d. solvibilità del potenziale acquirente che sta chiedendo il mutuo a tale scopo.

16 – ANCORA SUL PRELIMINARE

Il preliminare, per non essere invalido per indeterminatezza, deve precisare in modo sufficiente il contenuto del successivo contratto definitivo che le parti si impegnano successivamente a stipulare: fatta salva la possibilità di eventuali aggiunte o modifiche consensuali, la conclusione del contratto definitivo non deve comportare ulteriori discussioni per decidere i punti essenziali o principali dell'accordo.

L'art. 1351 c.c. stabilisce che ***il contratto preliminare è nullo se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il definitivo*** (per es., poiché la compravendita di immobili va fatta per iscritto, art. 1350 c.c., anche il preliminare o la promessa di vendita di beni immobili va fatto per iscritto).

La prestazione del preliminare consiste nello stipulare il successivo contratto definitivo; ne consegue che è un contratto a effetti obbligatori relativi a un *facere* di natura infungibile e consistente nell'atto negoziale definitivo.

Il preliminare può vincolare ambedue le parti (es. il promittente venditore a vendere e il promittente acquirente a comprare), ma si può anche prevedere che a essere vincolato sia solo una delle parti (*promessa o preliminare unilaterale*), mentre l'altra potrà liberamente decidere se stipulare o meno: per es., il promittente acquirente si obbliga a comprare, mentre il venditore deciderà successivamente se vendere o meno.

17 – EFFETTI DELL'INADEMPIMENTO DEL PRELIMINARE

Particolare attenzione merita la disciplina prevista dal legislatore in caso di eventuale inadempimento del preliminare: è l'ipotesi, per esempio, che può capitare quando chi si è obbligato a vendermi la casa, non stipula il definitivo perché ha cambiato idea, o perché ha trovato un altro compratore a un prezzo più vantaggioso o per altri motivi ancora.

A parte la sempre prevista possibilità di agire con l'azione di risarcimento del danno per l'inadempimento del contratto preliminare, l'art. 2932 c.c. disciplina: ***“l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto: se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso”***; la parte interessata può agire in giudizio per realizzare gli obblighi derivanti dal preliminare, mediante l'emissione, da parte del giudice, di una sentenza di natura costitutiva, che produca gli stessi effetti che avrebbe prodotto il contratto definitivo che la parte inadempiente non ha voluto concludere.

Per esempio, il promittente acquirente della casa, in caso di inadempimento del promittente venditore, può rivolgersi al giudice per chiedere che emetta una sentenza che gli trasferisca la proprietà della casa (come si sarebbe dovuto verificare con il definitivo), contemporaneamente costituendo in capo al promittente acquirente l'obbligo di pagare il prezzo che era stato stabilito con il preliminare (art 2932 c.c. 2° comma).

18 – LA CESSIONE DEL CONTRATTO

Con la figura della cessione del credito, è possibile sostituire il soggetto attivo (creditore) del rapporto obbligatorio, senza necessità che vi sia il consenso del debitore ceduto (in quanto per il soggetto passivo è irrilevante eseguire la prestazione in favore di uno o dell'altro creditore).

Nei contratti a prestazioni corrispettive, ciascuna delle parti assume in sé la posizione di creditore e debitore delle rispettive e reciproche prestazioni da effettuare (es. ti servo il caffè se mi paghi 1 euro: il venditore è creditore del prezzo e ha l'obbligo di consegnare la cosa).

L'art. 1406 c.c. prevede che: ***“ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purché l'altra parte vi consenta”***, per es. l'inquilino ha necessità di lasciare l'appartamento locato e trova una nuova persona che lo sostituisca nel contratto di locazione in corso.

Con la cessione si realizza una successione a titolo particolare tra vivi nel contratto: una delle parti (contraente cedente), stipula con un terzo (cessionario), un contratto (di cessione), con il quale gli trasferisce i diritti e obblighi correlati al contratto, ma, a differenza della cessione del credito, è **necessario il consenso dell'altro contraente originario** (detto contraente ceduto), quale elemento costitutivo della cessione, per es. consenso del proprietario alla sostituzione dell'originario conduttore del contratto di locazione, con un nuovo soggetto quale parte conduttrice.

19 – EFFETTI DELLA CESSIONE

Il consenso alla cessione da parte del contraente ceduto può essere dato: - in via preventiva (art. 1407 c.c. *consenso preventivo*), al momento della conclusione del contratto, e in tal caso la sostituzione è efficace nei confronti della parte che aveva dato preventivamente il consenso (contraente ceduto) dal momento in cui viene notificato al ceduto l'accordo di cessione tra cedente e terzo cessionario; - posteriormente e con atto unilaterale del ceduto (separato dal contratto di cessione).

Per effetto della cessione, il terzo cessionario subentra in tutti i diritti e in tutti gli obblighi che facevano capo al cedente, acquistando la sua identica posizione contrattuale, compreso il diritto di poter contestare la validità del contratto; a sua volta il ceduto può opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente (art. 1409 c.c.).

Per effetto della cessione *il cedente è liberato dalle sue obbligazioni verso il contraente ceduto dal momento in cui la sostituzione diviene efficace nei confronti di questo* (art. 1408 1° co. c.c.), e non è responsabile verso quest'ultimo dell'eventuale inadempimento contrattuale del cessionario, a meno che non dichiari espressamente che non intenda liberare il ceduto (art. 1408 2° co. c.c.); in tal caso il ceduto rimane obbligato e risponde in proprio qualora il cessionario risulti inadempiente ai suoi obblighi contrattuali.

La cessione può essere stipulata anche senza previsione di corrispettivo a carico dei contraenti.

20 – IL CONTRATTO ILLECITO

L'ordinamento giuridico non protegge l'autonomia privata, se questa è diretta a realizzare scopi **non** meritevoli di tutela; l'illiceità del contratto viene in rilievo con riferimento alla causa, al motivo e all'oggetto (che deve essere lecito, possibile, determinato o determinabile, art. 1346 c.c..)

- La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume (art. 1343 c.c.); l'illiceità della causa determina la nullità del contratto (art. 1418 c.c.).

Il problema dell'illiceità si pone solo per i contratti atipici e/o non nominati, in quanto per i contratti tipici e/o già codificati, la causa è stata già ritenuta lecita dal legislatore (che li ha disciplinati).

Il contratto contrario a norme imperative o all'ordine pubblico si dice *illegale*, quello contrario al buon costume si dice *immorale*, con distinzione dei relativi effetti in caso di immoralità unilaterale o bilaterale (nel secondo caso non è ammessa la ripetizione della prestazione, art. 2035 c.c.).

- L'art. 1345 c.c. dispone che: *il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per **un motivo illecito comune ad entrambe***; di regola, i motivi, cioè le ragioni interiori che spingono una persona a concludere o meno un contratto, non rilevano *giuridicamente* ai fini della validità del contratto medesimo, a eccezione del c.d. motivo illecito che, invece e solo in quanto costituisce l'unico motivo che ha spinto le parti all'accordo ed è comune a entrambe, determina la nullità del contratto (es. ti affitto un locale per nascondere una persona sequestrata).

21 – IL CONTRATTO IN FRODE ALLA LEGGE

L'art. 1344 c.c. prevede che è *altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa*, equiparando all'illiceità della causa l'ipotesi in cui le parti concludono un contratto che, pur rispettando il dettato normativo, costituisce il mezzo per eludere una norma imperativa, per giungere a un risultato equivalente a quello vietato dalla legge (per es. inserire in un contratto tipico delle apposite clausole dirette a realizzare lo scopo illecito, porre in essere una serie di atti negoziali leciti attraverso cui si perviene al risultato vietato).

Il **contratto in frode alla legge**, va distinto da quello *contrario* alla legge, cioè quello con cui le parti, mediante un contratto atipico, mirano direttamente al risultato vietato.

La frode alla legge si distingue anche sia dalla c.d. *frode ai creditori*, che si verifica quando il contratto viene concluso allo scopo di danneggiare i creditori (diminuendo la garanzia patrimoniale del debitore), sia dalla c.d. *frode al fisco*, quando si violano profili fiscali che non provocano vizi di nullità ma solo sanzioni amministrative stabilite dalle norme fiscali.

22 – L'INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO

Come l'interpretazione della legge ha lo scopo di indagare e ricercare il significato da attribuire al testo delle norme di legge, allo stesso modo la c.d. interpretazione del contratto costituisce l'attività attraverso la quale individuare il significato giuridicamente rilevante da attribuirsi a una dichiarazione negoziale.

Con tale attività non si intende andare alla ricerca (cronistoria) dei motivi e/o delle intenzioni che hanno portato le parti a concludere il contratto, ma di determinare quali sono gli effetti che il contratto è idoneo a produrre o meno, compiendo tale valutazione utilizzando le norme (i c.d. **criteri legali**) dettate dal legislatore in tema di interpretazione agli artt. 1362 e segg. c.c. (valevoli, in quanto compatibili, anche per gli altri negozi art. 1324 c.c.); in proposito si distingue tra:

a) regole di interpretazione soggettiva: quelle dirette a ricercare la comune intenzione delle parti contraenti, artt. da 1362 a 1365 c.c.;

b) regole di interpretazione oggettiva: quelle alle quali si ricorre qualora non sia possibile attribuire un significato all'atto negoziale nonostante il ricorso alle norme di interpretazione soggettiva (artt. da 1367 a 1371 c.c.).

L'art. 1366 c.c. stabilisce il principio e/o criterio di ordine generale, secondo cui: ***il contratto deve essere interpretato secondo buona fede.***

23 – ATTIVITA' DELL'INTEPRETE

Art. 1362 c.c., il punto di partenza è costituito dal c.d. testo della dichiarazione negoziale, ma non solo nel senso letterale delle parole: *“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**”*.

Occorre valutare il comportamento che si è tenuto sia prima, cioè nel corso delle *trattative*, sia dopo, cioè nell’esecuzione del contratto, nonché interpretare le clausole nel senso che risulta dal complesso dell’atto (art. 1363 c.c.).

Art. 1366 c.c., vigente in materia di contratti e atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale: ***il contratto va interpretato secondo buona fede***; il legislatore vuole che il concetto di buona fede permei tutto il rapporto contrattuale, dal momento delle trattative (art. 1337 c.c.) sino a quello di esecuzione (art. 1375 c.c.), compreso l'eventuale periodo di pendenza della condizione (art. 1358 c.c.), al fine di tutelare l'affidamento che una parte ripone sulla correttezza dell'altra parte.

24 – ANCORA SULL'ATTIVITA' INTERPRETATIVA

Art. 1367 c.c., **principio della conservazione**: *“nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché quello secondo cui non ne avrebbero alcuno”*.

Criteri sussidiari sono:

- il ricorso ai c.d. ***usi interpretativi***, art. 1368 c.c.: secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso o, se una delle parti è un imprenditore, secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è la sede dell'impresa;
- la regola secondo cui, tra espressioni che possono aver più sensi, nel dubbio devono essere intese in quello più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto (art. 1369 c.c.), mentre, in caso di clausole predisposte in moduli o formulari, nel dubbio si interpretano contro chi ha disposto la clausola (art. 1370 c.c.)

L'art. 1371 sancisce, infine, una regola finale, da applicarsi in caso di inefficienza di tutte le altre regole: “qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo, il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso”.

25 – GLI EFFETTI DEL CONTRATTO

Effetti tra le parti: l'**art. 1372 c.c.** prevede che: ***il contratto, una volta posto in essere, ha forza di legge tra le parti*** – cioè ha la stessa efficacia vincolante della legge per i soggetti che lo hanno concluso – ***e non può essere sciolto, se non per mutuo consenso*** (cioè ponendo in essere un nuovo contratto) ***o per le cause ammesse dalla legge*** (art. 1372 c.c. primo comma).

Effetti del contratto rispetto ai terzi: il contratto, di regola, produce effetti tra le parti e non può danneggiare né giovare al terzo estraneo (*res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*), salvo nei casi previsti dalla legge, art. 1372 c.c. secondo comma.

Nei casi previsti dalla legge, gli effetti che si producono a favore del terzo, non possono mai essere pregiudizievoli, ma sempre a lui favorevoli (es. il contratto a favore del terzo art. 1411 c.c.).

Naturalmente si parla degli effetti diretti dell'atto negoziale, perché è chiaro che il terzo può sempre subire *indirettamente* degli effetti: es. se la mia casa volevano comprarla sia Tizio che Caio, la mia scelta dell'uno scontenta indirettamente l'altro.

26 – LO SCIoglimento DEL CONTRATTO

Fino a quando il contratto non è stato concluso, le parti rimangono libere di decidere se stipulare o meno ma, una volta che si è perfezionato, sono obbligate a rispettarlo e a osservarlo, art. 1372 c.c.: il contratto ha forza di legge tra le parti e **può sciogliersi solo con un nuovo contratto** (nuova manifestazione di volontà consensuale di entrambe le parti) **o per le cause ammesse dalla legge**.

Di regola, pertanto e una volta che il contratto si è perfezionato e/o concluso, non è ammesso il c.d. **recesso unilaterale** (o disdetta), vale a dire il diritto di liberarsi unilateralmente dagli obblighi assunti, mediante una dichiarazione comunicata all'altra parte.

L'art. 1373 c.c. al 1° comma, peraltro, prevede l'ipotesi del c.d. **recesso convenzionale**, cioè l'ipotesi in cui è stato espressamente previsto e inserito in contratto, un diritto di recesso a favore di una o di entrambe le parti, ma, in tal caso, *tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione*.

E' possibile (art. 1373 3° co. c.c.) che, a fronte del riconoscimento di un diritto di recesso a favore di una parte, si preveda la corresponsione di una somma di danaro in favore dell'altra parte, che può essere consegnata sin dalla conclusione del contratto (**caparra penitenziale**) o che il recedente si obbliga a consegnare (**multa penitenziale**) qualora decida di esercitare la facoltà di recedere (sciogliersi) dal contratto (art. 1386 c.c.).

27 – RECESSO LEGALE E DISDETTA NEI CONTRATTI DI DURATA

Come visto, in determinati casi è la legge stessa che prevede il diritto di recesso.

L'ipotesi più frequente si verifica nei c.d. *contratti di durata*, cioè nei contratti a esecuzione continuata che si protraggono nel tempo, qualora non sia stata predeterminata la durata del rapporto (es. i contratti di somministrazione di energia elettrica, di acqua, ecc. art. 1569 c.c., il comodato art. 1810 c.c., il rapporto di conto corrente bancario art. 1833 c.c.).

In questi casi, in cui si parla di contratti c.d. *a tempo indeterminato*, ciascuna delle parti può liberamente recedere dal vincolo, salvo l'onere di dare un congruo preavviso all'altra parte.

Particolare disciplina è prevista nel caso di contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

In alcuni casi la legge attribuisce a una sola delle parti il diritto di recedere dal contratto in qualsiasi momento (es. art. 1671 c.c. a favore del committente nel contratto di appalto, art. 2237 c.c. a favore del cliente nel contratto con un professionista).

Impropriamente si parla di recesso anche con riferimento alla c.d. ***disdetta***, che, in realtà, è una dichiarazione unilaterale con la quale si manifesta la volontà di non rinnovare un contratto di durata, per il quale è previsto il meccanismo dell'automatico rinnovo alla scadenza del termine: per es. nella locazione è previsto l'automatico rinnovo per l'uguale periodo concordato, salvo invio di eventuale disdetta.

28 – LA CLAUSOLA PENALE

Il creditore, in caso di inadempimento del debitore, ha diritto di agire per chiedere e ottenere il risarcimento dei danni subiti, ma **ha l'onere di provare** sia il tipo di danno che ha subito (*an*) sia l'entità del danno medesimo (*quantum*).

Al fine di rafforzare il vincolo contrattuale che le lega, le parti possono inserire nel contratto medesimo una **clausola**, con cui stabiliscono quanto dovrà essere pagato, a titolo di **penale**, dal contraente che si dovesse rendere inadempiente rispetto agli obblighi assunti, **art. 1382 c.c.**.

In tal caso la parte che si è resa inadempiente, dovrà corrispondere all'altro contraente la penale stabilita, senza dover dare la prova di aver subito effettivamente un danno di tale misura o entità: è la c.d. **clausola penale**, che di fatto costituisce una liquidazione anticipata del danno, poiché il creditore è esonerato dall'agire dinanzi al giudice per ottenere il risarcimento a cui ha diritto.

La penale può essere prevista sia per l'inadempimento sia per il ritardo nell'adempimento: nel primo caso se il creditore chiede la penale non può più pretendere la prestazione principale (art. 1383 c.c. c.d. divieto di cumulo), nel secondo caso, oltre alla penale, può chiedere di eseguire anche la prestazione principale.

In caso di inserimento di clausola penale, il danno risulta limitato a quanto già ivi quantificato, e il creditore non potrà chiedere altre somme anche se ha subito danni maggiori, salvo patto contrario.

29 – LA CLAUSOLA PENALE E LA CAPARRA

L'art. 1384 c.c. contempla due ipotesi in cui si può chiedere la c.d. **riduzione della penale**: *“la penale può essere **diminuita equamente dal giudice**, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento”*.

La clausola penale, che costituisce la c.d. liquidazione anticipata del danno, va distinta dalla figura della caparra, che può essere confirmatoria o penitenziale.

La caparra confirmatoria, art. 1385 c.c., si ha quando, al momento della conclusione del contratto e a conferma della serietà del vincolo assunto, la parte corrisponde una somma di danaro (o una quantità di cose fungibili) a titolo di acconto sul prezzo totale dovuto: - se la parte che ha dato la caparra si rende successivamente inadempiente ai propri obblighi, l'altra parte, se vuole, può recedere dal contratto trattenendo la caparra a titolo di risarcimento del danno; - se la parte che ha ricevuto la caparra si rende inadempiente, l'altra parte può recedere dal contratto e chiedere il pagamento del doppio di quanto ricevuto a titolo di caparra.

La caparra penitenziale, art. 1386 c.c., costituisce il corrispettivo del diritto di recesso convenzionalmente stabilito dalle parti: chi recede perde la caparra data o deve dare il doppio di quella ricevuta; il contratto è sciolto per effetto della dichiarazione unilaterale ricettizia del recedente e le parti non possono pretendere altro.

30 – VIZI, PATOLOGIE E RIMEDI DEL CONTRATTO: AZIONE DI RESCISSIONE E DI RISOLUZIONE

Con specifico riferimento ai contratti a prestazioni corrispettive, si possono verificare delle situazioni in cui la causa (quale elemento essenziale del contratto), risulta mancante sin dall'origine solo in parte, c.d. ***anomalia o difetto genetico parziale della causa***, e altre in cui la causa esiste sin dall'origine, ma sopravvengono delle circostanze che impediscono alla causa di funzionare, c.d. ***anomalia o difetto sopravvenuto o funzionale della causa***, producendosi, in entrambi i casi, **anomalie nel funzionamento del rapporto sinallagmatico**.

Il difetto genetico parziale della causa, consiste in una sproporzione tra gli interessi rispettivamente regolati con il contratto (sussiste sin dall'inizio uno squilibrio o una disuguaglianza notevole e sproporzionata tra le due prestazioni e/o anomalia genetica del rapporto sinallagmatico): non determina la nullità del contratto, ma la parte danneggiata può agire con l'azione di rescissione del contratto (concluso in stato di pericolo art. 1447 c.c. e per lesione art. 1448 c.c.).

Il difetto sopravvenuto della causa, consiste nel sopravvenire di circostanze che producono uno squilibrio o una disuguaglianza notevole e sproporzionata tra le due prestazioni, generando una anomalia nel funzionamento del rapporto sinallagmatico tra le prestazioni: il contratto non è nullo, ma la parte danneggiata può agire con l'azione di risoluzione del contratto (per inadempimento artt. 1453 e segg. c.c., per impossibilità sopravvenuta artt. 1463 e segg. c.c. e per eccessiva onerosità artt. 1467 e segg. c.c.).

31 – RESCISSIONE DEL CONTRATTO CONCLUSO IN STATO DI PERICOLO

L'art. 1447 c.c. prevede che: *“il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni **a condizioni inique**, per la **necessità, nota alla controparte**, di salvare sé o altri dal **pericolo attuale di un danno grave alla persona**, può essere rescisso sulla domanda della parte che si è obbligata”*.

I presupposti per poter agire sono:

- a) **lo stato di pericolo**, in cui uno dei contraenti o altra persona si trovava, che si è cercato di scongiurare con la conclusione del contratto; il pericolo deve essere **attuale** e riguardare un **danno grave alla persona** (alle cose non sono sufficienti), per es. c'è un incendio nell'edificio dove si trova un proprio familiare o altra persona cara e accetto di pagare una cifra spropositata a una persona per tentare il salvataggio;
- b) lo stato di pericolo **deve essere noto alla controparte** (che sta approfittando della situazione);
- c) **l'iniquità delle condizioni**, alle quali l'altro contraente è dovuto soggiacere o addivenire.

Il 2° comma dell'art 1447 c.c. prevede la possibilità che il giudice, nel pronunciare la rescissione del contratto, possa liquidare un equo compenso all'altra parte (per es. al soccorritore), per l'opera comunque prestata.

32 – RESCISSIONE DEL CONTRATTO PER LESIONE

L'art. 1448 c.c. prevede che: *“Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto”*; è un'azione di carattere generale, esperibile rispetto a qualsiasi tipo di contratto, predisposta dal legislatore per offrire un rimedio contro i contratti sinallagmatici nei quali si riscontri una sproporzione abnorme tra le due prestazioni. I presupposti per poter agire sono:

a) la lesione (elemento oggettivo), consistente in una sproporzione tra una prestazione e l'altra; la lesione deve essere oltre la metà (art. 1448 2° co. c.c.), cioè il valore della prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata, valutata al momento della conclusione del contratto, deve risultare superiore al doppio del valore della controprestazione e deve perdurare sino al tempo in cui la domanda è proposta (se l'equilibrio si ripristina non c'è motivo di rescindere il contratto);

b) lo stato di bisogno della parte danneggiata (elemento oggettivo), che non vuol dire versare in condizioni di assoluta indigenza, ma trovarsi in una situazione di concreta difficoltà economica;

c) la parte avvantaggiata deve aver **approfittato dello stato di bisogno** (elemento soggettivo), in cui versava la parte danneggiata.

Il contraente contro cui è proposta l'azione, può evitarla ripristinando l'equità del rapporto o aumentando la sua prestazione o offrendo una modifica che ristabilisca l'equilibrio tra le due prestazioni.

33 – LA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO PER INADEMPIMENTO

L'azione di risoluzione è prevista quando, dopo la conclusione del contratto, sopravvengono delle cause che generano anomalie nel funzionamento del rapporto sinallagmatico per: **a) inadempimento; b) impossibilità sopravvenuta; c) eccessiva onerosità.**

Risoluzione per inadempimento.

Il legislatore considera il fatto che, nei contratti a prestazioni corrispettive (in cui il sacrificio di ciascuna delle parti si giustifica con la controprestazione che deve essere eseguita dall'altra parte), in caso di inadempimento di uno dei contraenti, l'altro possa decidere di porre nel nulla l'intero rapporto contrattuale

L'art. 1453 1° co. c.c., prevede che: *“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”.*

Il contraente non inadempiente può, pertanto, scegliere tra due soluzioni:

- insistere nell'adempimento degli accordi assunti mantenendo il contratto, chiedendo la condanna a eseguire la prestazione non ancora adempiuta;
- esercitare il diritto di chiedere la **risoluzione** del contratto, cioè di porre nel nulla gli accordi presi.

In entrambe le ipotesi la parte non inadempiente può chiedere anche il risarcimento dei danni.

34 – SCELTA TRA ADEMPIMENTO E RISOLUZIONE

Il 2° e il 3° comma dell'art. 1453 c.c. regolano il rapporto tra azione di adempimento e di risoluzione.

Il 2° comma prevede che: *“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”*.

Se viene proposta prima l'azione di adempimento, la parte non inadempiente potrà sempre chiedere, dopo, la risoluzione del contratto (per es. perché ha cambiato idea o perché reputi non più conveniente portare a compimento l'accordo), mentre se viene chiesta, prima, la risoluzione del contratto, non si potrà più pretendere l'adempimento della prestazione; la ratio di tale principio sta nel fatto che, se la parte chiede di risolvere/porre nel nulla gli accordi, è perché ritiene di non aver più interesse o convenienza nel portare il contratto a compimento.

Il 3° comma prevede che: *“dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione”*; una volta chiesta la risoluzione, l'adempimento tardivo può essere rifiutato e colui che ha agito non può più pretendere l'adempimento della prestazione mantenendo il contratto.

Per ottenere la risoluzione, occorre proporre una domanda giudiziale in cui il giudice valuterà se vi è stato inadempimento e, sempre che non sia stato di scarsa importanza (art. 1455 c.c.), pronuncerà con sentenza costitutiva lo scioglimento del vincolo, con efficacia retroattiva (art. 1458 c.c.): le prestazioni eseguite dovranno essere restituite, a eccezione dei contratti a esecuzione continuata o periodica.

35 – LA RISOLUZIONE DI DIRITTO

Oltre che mediante la sentenza in esito a domanda giudiziale, **la risoluzione può operare anche di diritto** (*ipso iure*), in tre casi specificatamente previsti dal legislatore.

a) Clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.). I contraenti possono inserire nel contratto una clausola, con la quale stabiliscono che il contratto dovrà considerarsi automaticamente risolto, nel caso in cui una o più determinate obbligazioni – da indicarsi specificatamente nella clausola stessa – non venga adempiuta integralmente o venga eseguita non rispettando le modalità pattuite.

Deve, pertanto, trattarsi di ipotesi specificatamente ed espressamente indicate (non è ammessa una formula generica di stile), nonché di obblighi di rilevanza tale che un loro eventuale inadempimento sia talmente importante da giustificare la risoluzione dell'accordo (art. 1455 c.c.).

La risoluzione opera solo se *la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva* (art. 1456 2° co. c.c.), cioè è rimessa al contraente non inadempiente la scelta se agire per la risoluzione o meno; dal momento in cui l'avente diritto comunica tale dichiarazione all'altra parte, si producono gli stessi effetti della domanda giudiziale di risoluzione: l'adempimento tardivo può essere legittimamente rifiutato e colui che ha agito non può più pretendere l'adempimento della prestazione mantenendo il contratto.

In caso di eventuali contrasti sul punto, sarà il giudice a dover decidere con sentenza dichiarativa.

36 – DIFFIDA AD ADEMPIERE E TERMINE ESSENZIALE

b) Diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.). Se nel contratto non è stata inserita la clausola risolutiva espressa, la parte non inadempiente può ottenere la risoluzione di diritto, mediante la diffida ad adempiere, cioè può inviare al contraente inadempiente una comunicazione scritta, contenente **l'intimazione di adempiere** alla prestazione entro ***un congruo termine*** (di regola non inferiore a 15 giorni, art. 1454 2° co. c.c.), con l'espresso avvertimento che, decorso il detto termine senza eseguire la prestazione, ***il contratto s'intenderà senz'altro risolto***; in caso di mancato adempimento nel termine indicato, per legge il contratto dovrà considerarsi automaticamente risolto di diritto, concretizzando gli effetti minacciati dal contraente intimante.

Eventuali contestazioni dovranno essere risolte sempre dal giudice che, constatata la sussistenza dei presupposti di legge (inadempimento, termine congruo, gravità della violazione, ecc.), pronuncerà sentenza c.d. di *accertamento* della risoluzione del contratto.

c) Termine essenziale (art. 1457 c.c.). Si parla di termine essenziale per l'adempimento di una prestazione, quando l'esecuzione deve necessariamente avvenire entro il termine stabilito, in quanto dopo diventa inutile per il creditore (per es. la consegna dell'abito da sposa entro il giorno delle nozze); l'essentialità del termine si dice ***oggettiva***, quando deriva dalla natura della prestazione (come nell'esempio) e ***soggettiva***, quando deriva dagli accordi delle parti. L'inadempimento nel termine fissato determina la risoluzione di diritto nei contratti a prestazioni corrispettive, senza necessità di dichiarazione della parte non inadempiente (che può anche accettare un adempimento tardivo).

37 – ECCEZIONE DI INADEMPIMENTO

L'art. 1460 c.c., *eccezione di inadempimento*, costituisce un rimedio nei contratti a prestazioni corrispettive posto a tutela della parte non inadempiente.

Quando per la natura del contratto o per accordo delle parti, sono stabiliti termini diversi per l'adempimento delle prestazioni a carico dei contraenti, la parte tenuta ad adempiere successivamente può legittimamente rifiutarsi di eseguire la prestazione, se l'altra parte non ha ancora eseguito la propria.

Se le prestazioni devono essere eseguite contestualmente, ciascuna parte può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altra parte non adempie o non offre di adempiere eseguendo contemporaneamente la prestazione.

Il rimedio, che costituisce una forma di c.d. legittima difesa o autotutela del rapporto sinallagmatico, trova applicazione anche qualora la prestazione sia stata eseguita in modo inesatto.

Il 2° comma, peraltro, introduce la necessità che il rifiuto di eseguire la prestazione sia conforme a buona fede (se la violazione è di lieve importanza, non ci si potrà rifiutare).

38 – LA RISOLUZIONE PER IMPOSSIBILITA' SOPRAVVENUTA

Per come dispone l'art. 1256 c.c., l'impossibilità sopravvenuta della prestazione estingue l'obbligazione, liberando la parte che vi era tenuta.

Nei contratti a prestazioni corrispettive, l'impossibilità sopravvenuta fa venir meno la giustificazione del diritto alla controprestazione (causa del rapporto), determinando la risoluzione di diritto del contratto.

L'art. **1463 c.c.**, disciplina l'ipotesi della ***impossibilità totale***: *“nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta **non** può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito”*.

L'art. **1464 c.c.**, disciplina l'ipotesi della ***impossibilità parziale***: *“Quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha 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”*; in tal caso il corrispettivo è giustificato solo per la prestazione che è residua e deve essere ridotto, operando una risoluzione parziale; inoltre, se la prestazione residua non ha un interesse apprezzabile, si può recedere dal contratto.

39 – LA RISOLUZIONE PER ECCESSIVA ONEROSITA'

L'art. 1467 c.c. introduce un'altra ipotesi di risoluzione per i contratti a prestazioni corrispettive di durata o a esecuzione differita, che può invocarsi quando, tra il momento della stipula e quello dell'esecuzione, intervengano degli eventi straordinari e imprevedibili che alterano il rapporto sinallagmatico producendo l'eccessiva onerosità di una delle prestazioni (per es. un commerciante vende una partita di merce da consegnarsi tra 3 mesi e, nelle more, interviene una guerra che fa lievitare di molto il prezzo della merce: a quel punto il commerciante dovrebbe consegnare la merce al prezzo inizialmente concordato e oggi divenuto irrisorio, dovendo pagare la merce da procurarsi per un prezzo molto più elevato); affinché l'alterazione del nesso sinallagmatico sia tale da giustificare la risoluzione, è necessario che tale variazione produca l'effetto di rendere ***eccessivamente onerosa*** una delle due prestazioni.

I presupposti per agire, pertanto, sono:

- a) che si tratti di contratti a prestazione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, in cui è previsto un intervallo di tempo tra la stipula e l'esecuzione della prestazione;
- b) che si sia verificata una circostanza che abbia provocato una eccessiva onerosità della prestazione di una delle parti, cioè uno squilibrio **grave** del rapporto (rimesso al prudente apprezzamento del giudice), e che tale circostanza sia sopravvenuta dopo la conclusione del contratto (se lo squilibrio è iniziale si può ricorrere al rimedio della rescissione);

40 – ANCORA SULL'ECCESSIVA ONEROSITA'

c) che l'eccessiva onerosità sia dipesa da **eventi straordinari** o **imprevedibili**, vale a dire circostanze sopravvenute che le parti, al momento della conclusione del contratto, non erano in grado di prevedere, con valutazione fatta *ex ante* secondo il criterio dell'ordinaria e media diligenza.

Qualunque operazione economica che si protrae nel tempo, presenta un grado normale di rischio a carico delle parti, perciò il 2° comma dell'art. 1467 c.c. prevede che: *“la risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto”,* motivo per cui tale rimedio non può trovare applicazione per quei contratti definiti, appunto, aleatori, che prevedono sin dalla loro stipula il rischio dell'incertezza di *an* e *quantum* (es. contratti di borsa, assicurazione, ecc.).

Il 3° comma dell'art. 1467 c.c. dispone che *“la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”*; si tratta di ripristinare l'equilibrio tra le due prestazioni, riconducendole, quantomeno, nell'alveo della c.d. *alea normale del tipo di rapporto*, attraverso il meccanismo della c.d. *revisione* (es. il prezzo viene riveduto e ridotto).

41 – CONTRATTO INDIRETTO E CONTRATTO FIDUCIARIO

Di negozio (o procedimento) indiretto, si parla quando un determinato effetto giuridico viene realizzato non direttamente, bensì mediante una via indiretta attraverso figure giuridiche diverse rispetto a quella previste dalla legge per la loro funzione tipica.

Esempi possono essere la cessione del credito per estinguere un debito, in luogo del pagamento diretto, oppure il mandato ad amministrare e vendere un appartamento, in luogo della donazione.

In tutti questi casi, gli atti negoziali vengono posti in essere per scopi pratici diversi da quelli tipici, ma sono comunque voluti dalle parti (non c'è simulazione) e sono validi purché abbiano fini leciti.

La categoria più importante dei negozi indiretti è costituita dai c.d. *negozi fiduciari*: in tali tipi di negozi si prevede l'attribuzione di un bene a favore di una persona, ma con la limitazione di dover restituire il bene oppure trasferirlo a un'altra persona ancora (esempi tipici tramandati dal diritto romano: *fiducia cum amico* o custodia del bene e *fiducia cum creditore* o garanzia del credito).

Nel negozio fiduciario un soggetto (*fiduciante*) trasferisce senza corrispettivo o fa trasferire da un terzo (a sue spese), a un altro soggetto (*fiduciario*) la titolarità di un bene immobile o (prassi più frequente negli ultimi tempi) di un bene mobile come azioni, quote di società o altri valori mobiliari, con il patto (di fiducia), che fiduciario utilizzerà e disporrà del bene di cui è divenuto titolare intestatario, in conformità alle istruzioni che il fiduciante ha già impartito o impartirà in seguito.

42 – IL TRUST

Il trust è un istituto derivato dal mondo anglosassone, che è stato introdotto nel nostro ordinamento in esito alla Legge n.364/1989, di avvenuta ratifica della Convenzione internazionale dei trusts firmata all'Aja l'1/7/1985, entrata in vigore dall'1/1/1992.

La struttura del trust, che si avvicina e richiama il negozio fiduciario, può essere così riassunta: un soggetto costituisce (con atto unilaterale tra vivi o per testamento) il *trust*, vale a dire conferisce e/o pone dei beni **sotto il controllo** di un altro soggetto denominato *trustee* (cioè l'amministratore fiduciario), il quale sarà tenuto a gestire, amministrare o disporre dei beni conferiti nel trust, secondo le disposizioni impartite dal costituente, agendo in funzione e nell'interesse di un terzo soggetto che è il **beneficiario del *trust***.

Per es. il padre conferisce un appartamento e dei titoli di stato in un *trust*, indicando quale soggetto beneficiario del *trust* il proprio figlio minore, incaricando il *trustee*/amministratore fiduciario di gestire quei beni sino al compimento della maggiore età del figlio; oppure conferire azioni e obbligazioni e, con le rendite della gestione, finanziare una ricerca medica).

La peculiarità dell'istituto, è che i beni che vengono conferiti nel *trust*, nonostante siano intestati al *trustee*, non entrano a far parte del suo patrimonio, ma costituiscono una massa separata e distinta, con la conseguenza che i creditori del *trustee* non potranno aggredire i beni conferiti nel *trust*.