

Il contratto gratuito atipico e prassi negoziale

Capitolo I

Principi generali

1. L'autonomia negoziale e le sue nuove prospettive.....pag. 2
2. Un ripensamento del dogma della tipicità degli atti unilaterali.....pag. 6
3. Differenza "causale" tra gratuità, liberalità e cortesia.....pag. 12

Capitolo II

Atti gratuiti atipici traslativi e obblighi di dare

1. La dicotomia vendita-donazione e rilevanza causale della fattispecie traslativa..... pag.27
2. Possibilità di un'alternativa alla dicotomia vendita-donazione: il "negozio gratuito atipico traslativo".....pag. 38
3. Caratteri e limiti del "negozio gratuito atipico traslativo": il problema del sindacato giurisdizionale.....pag. 51
4. Il ruolo dell'art. 1333 c.c. nell'ambito dei negozi gratuiti atipici.....pag. 66
5. Il Trust: una figura tra gratuità, liberalità, solidarietà e onerosità.....pag. 78
6. Gli atti gratuiti all'interno della famiglia.....pag. 86
7. Casistica negoziale.....pag. 93

Capitolo III

Atti gratuiti atipici e obblighi di fare

1. Il contratto di sponsorizzazione: in particolare la c.d. "sponsorizzazione interna".....pag. 106
2. Le lettere di patronage.....pag. 117
3. Casistica negoziale.....pag. 128

BIBLIOGRAFIA.....pag. 137

Capitolo I

Principi generali

1. L'autonomia negoziale e le sue nuove prospettive.

L'autonomia privata può essere definita come il potere "riconosciuto" o "attribuito" al privato dall'ordinamento giuridico al fine di autoregolamentare in modo giuridicamente rilevante i propri interessi.

Autoregolare significa regolare da sé, cioè con proprie manifestazioni di volontà, gli interessi di cui i singoli soggetti sono portatori.

Preliminarmente, sembra opportuno precisare che la nozione di autonomia privata¹ esprime un contenuto più vasto rispetto a quella di autonomia contrattuale: si pensi, ad esempio, ai profili dell'autonomia privata nel diritto di famiglia² o in quello successorio³. Tuttavia, non può negarsi che l'autonomia privata venga esercitata prevalentemente con il compimento di atti aventi carattere economico e patrimoniale; per tale

¹ Su tale argomento, anche per opportuni riferimenti, si rinvia a: SALV. ROMANO, *Autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc.*, VI, 1956, 803 ss.; FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959; SACCO, voce "Autonomia nel diritto", in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, I, 517 ss.; MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, 1 ss.; GRISI, *L'autonomia privata*, Milano, 1999. Per una analisi di tale tematica nel diritto francese si veda, per tutti, RANOUIL, *L'autonomia de la volonté*, Parigi, 1980.

² Su cui, di recente, v. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, 959 ss. e QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Famiglia*, 2005, 1 ss.

³ Molto discussa è, ad esempio, la validità di un testamento che abbia come contenuto la sola *diseredatio*. Infatti, se per una parte di giurisprudenza "la volontà di diseredazione di alcuni dei successibili *ex lege*, quale unica volontà espressa dal *de cuius*, importa la nullità della disposizione" (TRIB. REGGIO EMILIA, 27 settembre 2000, in *Vita not.* 2001, 694 ss.), per un altro orientamento "la clausola di diseredazione contenuta in un testamento è una disposizione negativa di contenuto atipico rispetto all'istituzione di erede o di legato, espressione della più generale autonomia negoziale del *de cuius*. Se è sicura la validità della clausola quando contenga un'esplicita istituzione di erede, proprio dal riferimento all'autonomia negoziale del testatore discende l'affermazione di validità della clausola stessa, anche quando nella scheda testamentaria non sia contenuta alcuna disposizione positiva, non sussistendo alcun contrasto con il comma 1 dell'art. 587 c.c., per cui il testamento è l'atto con cui il soggetto dispone di tutte o di parte delle sue sostanze" (così, APP. GENOVA, 16 giugno 2000, in *Giur. merito*, 2001, I, 937 ss.).

motivo il contratto rappresenta lo strumento fondamentale dell'autonomia privata⁴.

Il problema principale che si pone dinanzi ad ogni interprete che affronti tale tematica, è rappresentato dal delineare i rapporti esistenti tra autonomia e ordinamento al fine di individuare i rispettivi piani operativi.

Secondo una visione giusnaturalistica, l'autonomia privata preesisterebbe all'ordinamento giuridico essendo un potere innato ad ogni soggetto e che esistere indipendentemente dal sistema giuridico⁵.

Al contrario, muovendo da una visione strettamente positivistica, tale potere potrebbe sussistere solo in quanto in virtù di norme idonee a far assumere rilievo giuridico a certi comportamenti o dichiarazioni dei soggetti giuridici: l'autonomia delle parti esisterebbe solo in quanto "strutturata, ossia inserita e chiusa tra le alte mura della legge"⁶.

Dall'art. 1322 c.c., rubricato come "autonomia contrattuale", sembrerebbe emergere, piuttosto, un rapporto dinamico tra autonomia e ordinamento in quanto l'operatività dell'autonomia privata si svolgerebbe necessariamente "in una dialettica costante tra il piano della 'libertà', segnata dal potere delle parti di liberamente di autoregolamentare i propri interessi ed individuare il contenuto del contratto, e quello della 'autorità' continuamente tesa a fissare i limiti entro i quali i patti dei privati sono ammessi a generare *actiones* dinanzi ai tribunali dello Stato"⁷.

Si può, pertanto, convenire con l'idea che "nell'ordinamento giuridico l'individuo si pone non tanto come soggetto di attuazione di norme, come mero destinatario di comandi giuridici, già posti al di fuori di lui, quanto piuttosto come soggetto che si inserisce con i suoi interessi e con

⁴ La nozione di "autonomia contrattuale" costituirebbe, quindi, al pari di quella di "responsabilità contrattuale", una sinecdoche.

⁵ V., tra gli altri, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 40 ss. e SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 140 ss. A parere di tali Autori l'autonomia privata, ancor prima di penetrare nella realtà del diritto, preesisterebbe nella realtà sociale: l'ordinamento non farebbe altro che "qualificare" un fenomeno già esistente, benché su di un piano diverso.

⁶ IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 146.

⁷ ALESSI – GRISI, *Il contratto nella società moderna*, Milano, 2002, 4.

i suoi atti, quale elemento propulsore, dotato egli stesso di potere ordinante e, come tale, capace di creare strutture e di porre regole alle quali l'ordinamento attribuisce il crisma della giuridicità”⁸.

Quale che sia la migliore definizione del potere di autonomia, ciò che è certo è che il nostro ordinamento richiede che essa sia esercitata nel quadro di regole eteronome – cioè esterne – non costituenti manifestazioni del potere medesimo, ma miranti a disciplinarne, anche in maniera restrittiva, il suo esercizio.

Nella realtà giuridica moderna, accanto al tradizionale fenomeno del concorso dell'autonomia e dell'eteronomia nella determinazione del contenuto del contratto, si affianca quello di una reciproca integrazione tra autonomia ed eteronomia fino al punto che alcune norme eteronome *sollecitano* l'intervento dell'autonomia privata affinché siano regolamentati alcuni interessi economici.

Si pensi, ad esempio, alla Direttiva 97/7/CE che all'art. 16 dispone che “Gli Stati membri adottano misure appropriate per informare il consumatore della legge nazionale che recepisce la presente direttiva ed incoraggiano, se del caso, le organizzazioni professionali ad informare i consumatori dei loro codici di autoregolazione”: la norma eteronoma si rivolge, quindi, agli operatori di settore affinché emettano un atto di autonomia al fine di dotarsi di regole di autodisciplina da osservare nei loro rapporti con i clienti ed allo scopo di integrare le disposizioni di derivazione comunitaria.

Tale fenomeno si manifesta, con maggiore evidenza, nell'art. 16 della Direttiva 2000/31/CE, che fa obbligo agli Stati membri e alla Commissione di incoraggiare “a) l'elaborazione, da parte di associazioni o organizzazioni imprenditoriali, professionali o di consumatori, di codici di condotta a livello comunitario volti a contribuire all'efficace applicazione degli articoli da 5 a 15; b) la trasmissione volontaria dei progetti di codici di

⁸ FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 4.

condotta a livello nazionale o comunitario alla Commissione; c) l'accessibilità per via elettronica ai codici di condotta nelle lingue comunitarie; d) la comunicazione agli Stati membri e alla Commissione, da parte di associazioni o organizzazioni professionali e di consumatori, della valutazione dell'applicazione dei codici di condotta e del loro impatto sulle pratiche, consuetudini od usi relativi al commercio elettronico; e) l'elaborazione di codici di condotta riguardanti la protezione dei minori e della dignità umana”.

Proprio alla luce di tale nuova visione dell'intervento statale nell'ambito della sfera negoziale dei privati, una autorevole dottrina⁹ ha sostenuto che, in forza del principio di sussidiarietà di matrice comunitaria, gli interventi normativi volti a comprimere la sfera di libertà ed autonomia negoziale dovrebbero essere contenuti nei limiti “di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli obiettivi perseguiti dalle norme fondamentali dell'ordinamento”.

Ciò sembra conforme anche allo stesso dettato dell'art. art. 118, 4° comma, Cost. che, nel sancire il principio di “sussidiarietà orizzontale”¹⁰, afferma che “Stato, Regioni, Città metropolitane, Province, Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli ed associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”.

Si è così sostenuto¹¹ che, nel nuovo disegno del costituente la privatizzazione rappresenta la strada da preferire ogni qual volta le attività di interesse generale, che non siano state assegnate all'apparato amministrativo dalla Costituzione, appaiano meglio svolgibili da soggetti estranei alla pubblica amministrazione, ovvero dagli stessi privati

⁹ PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 565 ss.

¹⁰ La c.d. “sussidiarietà orizzontale”, la cui origine è da rintracciarsi nell'insegnamento della dottrina sociale della Chiesa, indica il carattere sussidiario dell'intervento pubblico rispetto all'iniziativa privata, nel senso che il primo si giustifica solo ove i privati o le associazioni non siano in grado di soddisfare efficacemente interessi ed esigenze meritevoli di tutela.

¹¹ CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2003, I, 915 ss.

interessati, in considerazione del minor costo o della maggiore efficienza ed efficacia: la sua funzione sarebbe, quindi, quella di favorire l'assolvimento di funzioni e compiti di rilevanza sociale da parte degli amministrati, delle famiglie o di associazioni.

In tale mutato quadro costituzionale, si inserisce la previsione di cui all'art. 1 bis L. 241/90, introdotto dalla L. 15/05, secondo cui "la p.a., nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente". Non v'è chi non veda come la pubblica amministrazione perda, sempre più, la sua posizione di privilegio nell'ambito dell'ordinamento giuridico essendo assoggettata alle regole dello *ius commune* tutte le volte in cui non fa esercizio dei suoi poteri autoritativi.

Se, infatti, un qualche significato bisogna darsi a tale disposizione, (essendo oramai pacifico che la P.A. possieda anche una capacità di diritto privato e che, in tal caso, la disciplina applicabile sia quella prevista dalle norme civilistiche)¹² appare necessario ritenere che l'amministrazione non possa più, in simili ipotesi, scegliere discrezionalmente se adottare un atto amministrativo (seppur non autoritativo) o lo strumento di diritto privato, essendo obbligata ad utilizzare quest'ultimo.

2. Un ripensamento del dogma della tipicità degli atti unilaterali.

Nel quadro di un simile ripensamento dell'autonomia privata, pare opportuno riflettere anche sulla tradizionale impostazione della tematica relativa ai negozi giuridici unilaterali, che muove dalla constatazione dell'esistenza del principio della loro tassatività.

Si ritiene, infatti, che in virtù degli artt. 458 e 1987 c.c., in antitesi con quanto disposto in materia contrattuale, il legislatore abbia limitato il

¹² Su cui v. PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, II, Napoli, 2000, 691 ss.

potere di utilizzare schemi negoziali unilaterali, essendo riconosciuto dall'ordinamento soltanto "in relazione a funzioni tipiche"¹³.

La dottrina maggioritaria è concorde sul fatto che i negozi unilaterali costituiscano un *numerus clausus*, ovvero che siano tutti individuati e regolamentati dalla legge: verrebbe, così, sottratto ai privati il potere di creare nuovi tipi negoziali, il quale rappresenta "l'estrema concessione che l'ordinamento giuridico fa all'autonomia privata"¹⁴. Anzi, secondo un indirizzo¹⁵ ancor più radicale, sarebbe inibito ai privati anche di adattare gli schemi legali alle esigenze del caso concreto: una libertà del soggetto "di creare nuovi schemi di atti unilaterali, di modificare quelli disciplinati dalla legge per adeguarsi alle proprie contingenti esigenze (nel senso che si concreta appunto a norma dell'art. 1322 c.c. l'autonomia contrattuale) sarebbe addirittura un non senso"¹⁶.

Quindi, malgrado la generale previsione dell'art. 1324 c.c. ("salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale"), si ritiene che non si possa applicare una delle principali regole che la legge detta per i contratti, ovvero l'art. 1322, 2° comma, c.c.

A sostegno di tale orientamento vengono poste due argomentazioni. In primo luogo si sostiene che, diversamente opinando, si assisterebbe alla c.d. atomizzazione degli elementi costitutivi del contratto con la conseguente riduzione del rapporto contrattuale "ad una sequenza di atti unilaterali, svincolati dall'appartenenza ad un'unica operazione e resi sostanzialmente astratti"¹⁷.

¹³ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 172. Condivide tale soluzione, tra gli altri, GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 115 ss.

¹⁴ MESSINEO, voce *Contratto*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, 221.

¹⁵ CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 273 ss.

¹⁶ FERRI, *op. cit.*, 1966, 29.

¹⁷ ALESSI – GRISI, *op. cit.*, 136.

A tale ricostruzione si obietta¹⁸ che lo sviluppo teorico del rapporto giuridico ha portato ad una sua sempre maggiore affrancazione dalle singole posizioni giuridiche subbiettive, con le quali, in passato era stato identificato o comunque confuso¹⁹. Da ciò deriva, come logico corollario, che oggetto degli effetti derivanti da un negozio non possono che essere le singole posizioni giuridiche soggettive, per la cui disposizione non appare necessaria “la partecipazione di (almeno) *due* parti, ossia di *tutti* i termini soggettivi del rapporto, cui inesattamente si continua a riferire la vicenda, e quindi dell’impiego in ogni caso di un paradigma negoziale (almeno) bilaterale”²⁰. Anzi, la presenza di una sola parte nei negozi giuridici unilaterali implicherebbe, addirittura, l’impossibilità logica di individuare nel rapporto giuridico e non nella singola posizione subbiettiva, l’oggetto delle vicende del negozio stesso.

Altra argomentazione posta a fondamento del *numerus clausus* degli atti unilaterali è tradizionalmente rintracciata nel principio della intangibilità della sfera giuridica altrui²¹. Si sostiene²², infatti, che l’eventuale atipicità dei negozi unilaterali si risolverebbe in un’arbitraria ingerenza nella sfera giuridica dei terzi in quanto essi sono idonei a produrre sempre effetti diretti o indiretti nella sfera giuridica altrui: quest’ultima, quindi, attraverso il regime di tipicità, potrebbe subire un *vulnus* solo nei casi specificamente indicati dalla legge.

Il dato positivo da cui muovono tali autori è l’art. 1987 c.c. secondo cui “la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti

¹⁸ V. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 45 ss.

¹⁹ Sul punto, v. LAZZARO, voce *Rapporto giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, 788 ss.

²⁰ Così DONISI, *op. cit.*, 57.

²¹ Su cui, tra gli altri, v. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, 58; CICALA, *L’adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione << novativa >> del credito ed estinzione dell’obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, 183 ss.; MOSCARINI, *I negozi giuridici a favore di terzo*, Milano, 1970, 150 ss.

²² CARRESI, *op. cit.*, 275; DISTASO, *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino, 1960, 244; CICALA, *op. cit.*, 185; CESARO, *Il contratto e l’opzione*, Napoli, 1969, 252 ss.

obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge”, in tal modo elevando le promesse unilaterali a figura paradigmatica del negozio unilaterale.

Secondo l’opinione espressa da altri autori²³, invece, il richiamo del principio della intangibilità della sfera giuridica altrui non sarebbe giustificato in presenza di qualsiasi alterazione dell’altrui sfera giuridica, bensì nelle sole ipotesi di atti che incidano “in via diretta nella sfera giuridica del terzo, in difetto del suo assenso, salvo che si tratti di un’alterazione (giuridicamente) del tutto favorevole al terzo”²⁴.

Ed infatti, nella pacifica affermazione per cui nessuno può essere impoverito senza il suo consenso sarebbe implicitamente insito il principio in forza del quale si può essere arricchiti senza il proprio consenso, salvo la possibilità di rifiutare l’arricchimento. A sostegno di ciò militerebbero anche alcuni dati positivi: l’art. 649 c.c. secondo cui il legato non deve essere accettato, ma a cui si può rinunciare; l’art. 1411 c.c. a tenore del quale nel contratto a favore di terzo, quest’ultimo acquista per effetto della stipulazione (quindi senza bisogno di accettazione), potendo però dichiarare di non volerne profittare; l’art. 1236 c.c. dispone che la remissione del debito produce effetti salvo che il debitore la rifiuti.

Pertanto, nelle ipotesi di negozi da cui scaturiscono, nella sfera del terzo, effetti favorevoli sarebbe riconosciuta una tutela meno rigorosa, attraverso la previsione del potere di rifiutare in luogo dell’onere di accettare. Tale potere non inciderebbe sulla dichiarazione negoziale altrui, bensì sulla “vicenda giuridica” sottraendo chi ne è titolare agli effetti che da essa derivano. In simili fattispecie, quindi, più che discorrere di *intangibilità* della sfera giuridica dei terzi, si dovrebbe parlare di *protezione*

²³ V.: DONISI, *op. cit.*, 68 ss.; SACCO – DE NOVA, *I contratti*, I, in SACCO, *Trattato di Diritto Civile*, Torino, 1993, 37 ss.; PERLINGIERI, *op. cit.*, 557; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 675.

²⁴ DONISI, *op. cit.*, 135. Tale Autore precisa che il carattere favorevole o meno degli effetti va accertato in via preventiva e non *a posteriori* sulla base di considerazioni di tipo economico.

della stessa, in quanto la sua tutela non implicherebbe necessariamente “un indiscriminato e rigoroso regime di immodificabilità della medesima”²⁵.

Inoltre, si nega che vi esista una perfetta coincidenza tra la figura della promessa unilaterale ed il negozio unilaterale, tale da poter configurare l’una come archetipo dell’altro. La disposizione di cui all’art. 1987 c.c. non costituirebbe espressione di un principio generale, estendibile ad ipotesi non legislativamente contemplate, in quanto si giustificerebbe soltanto per i molteplici connotati peculiari²⁶ che caratterizzano le fattispecie di cui agli artt. 1988 e 1989 c.c. e non per la loro semplice attitudine a dispiegare effetti obbligatori.

In particolare, la limitazione di cui all’art. 1987 sarebbe da ricondurre non indiscriminatamente al paradigma dei negozi unilaterali in genere, bensì “ai negozi unilaterali (e non) astratti”²⁷ ad effetti obbligatori.

Pertanto, in assenza di norme idonee a legittimare una simile compressione dell’autonomia privata, un tale dogma rappresenterebbe un limite arbitrario all’esercizio di quello che è da più parti considerato un diritto della persona²⁸.

La giurisprudenza prevalente sembra accogliere, senza affrontare in modo problematico tali aspetti dogmatici, la tesi della tipicità degli atti unilaterali. Si è, infatti, affermato che “la promessa unilaterale è una specie del negozio giuridico, negozio tra vivi, consistente nella dichiarazione di

²⁵ DONISI, *op. cit.*, 136.

²⁶ Primo fra tutti quello della c.d. astrazione processuale che inibisce, seppur relativamente, il richiamo al “rapporto base”. Sul punto, v. BRANCA, *Delle promesse unilaterali (artt. 1987-1991)*, nel *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1963, 354 ss., il quale ritiene che la regola *nudum pactum non obligat* sia alla base del principio di tipicità degli atti unilaterali, in quanto la necessità di una giustificazione causale al fine del verificarsi di effetti attributivi, impedisca ai privati la possibilità di utilizzare negozi unilaterali diversi da quelli tassativamente indicati dalla legge. Proprio facendo forza su tali argomentazioni DONISI, *op. cit.*, 252, sostiene che “se è certo che ai singoli è inibito il potere di creare negozi unilaterali di mera assunzione di obbligazioni, svincolati, cioè, dal necessario profilo causale, è parimenti indubbio che non si spiegherebbe un eventuale divieto ad essi imposto di foggare novi schemi unilaterali assuntivi di obbligazioni, provvisti di una causa idonea secondo l’ordinamento giuridico”.

²⁷ DONISI, *op. loc. cit.*

²⁸ V.: DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1959, p. 158 ss.; SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 83 ss.; DONISI, *op. cit.*, 187 e più di recente, anche per opportuni riferimenti, BIANCA, *Il contratto*, 3, Milano, 2000, 30 ss.

obbligarsi a compiere una data prestazione alla quale, a norma dell'art. 1987 c.c., non è attribuita efficacia immediatamente obbligatoria fuori dei casi ammessi dalla legge; ne consegue che tali fattispecie siccome impegnative *ex iure* proprio per il promettente solo in quanto ricomprese in uno schema tipico, sono, dunque, negozi giuridici unilaterali nominati rigidamente individuati, dalla forma rigorosamente segnata, costituenti perciò un *numerus clausus*, in estensibile dall'interprete a fattispecie atipiche"²⁹.

Inoltre, la Cassazione³⁰ ha posto a fondamento dell'inefficacia delle dichiarazioni ricognitive di diritti reali proprio il dogma della tipicità degli atti unilaterali: "il riconoscimento unilaterale dell'esistenza di un diritto reale non produce la presunzione dell'esistenza del diritto di cui all'art. 1988 c.c., dettato esclusivamente per i diritti di obbligazione, come emerge dalla sua collocazione e dal suo contesto"³¹.

E' da segnalare, infine, che in vista del superamento del dogma in esame³², un recente³³ orientamento giurisprudenziale ha utilizzato lo schema del contratto con obbligazioni del solo proponente (art. 1333 c.c.) per tipizzare la figura generale del "negozio unilaterale rifiutabile"³⁴, il quale, essendo uno schema aperto, appare idoneo a garantire la cittadinanza giuridica a fattispecie negoziali unilaterali non tipizzate³⁵.

²⁹ TRIB. PESCARA, 17 maggio 1990, in *P.Q.M.*, 1990, 2, 29.

³⁰ V. CASS., 16 dicembre 1987, n. 9358, in *Rep. Foro it.*, voce "Contratto in generale", 1987, n. 156 e CASS., 23 dicembre 1987, n. 9625, in *Corr giur.*, 1988, 253 ss.

³¹ CASS., 16 dicembre 1987, n. 9358, cit.

³² A tal proposito PALAZZO, *Promesse gratuite ed affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 181 ss. parla di "demitizzazione" del dogma della tipicità delle promesse gratuite.

³³ CASS., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Corr. giur.*, 1988, 144 ss.; CASS., 27 settembre 1995, n. 10235, in *Corr. giur.* 1996, 301 ss.

³⁴ Per una più approfondita analisi di tale istituto v. *infra* cap. II, par. 4.

³⁵ In dottrina, tra gli altri, v.: SACCO, *Il contratto*, 2, in *Trattato di diritto civile* a cura di VASSALLI, VI, Torino, 1975, 34 ss.; SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 745 ss.; CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 327 ss. *Contra*, v. DONISI, *op. cit.*, 126 ss., secondo cui il rifiuto previsto all'art. 1333, 2° comma, c.c. interromperebbe il procedimento formativo di un negozio bilaterale, laddove il rifiuto del destinatario di un negozio unilaterale recettizio opererebbe solo sugli effetti stessi dell'atto.

3. Differenza “causale” tra gratuità, liberalità e cortesia.

Il problema dell’enucleazione della nozione di causa, concetto tanto sfuggente da essere definito “un elemento vago, misterioso, enigmatico, fonte di equivoci e confusioni”³⁶, presenta complessità ancora maggiore allorquando si cerchi di individuarla in fattispecie negoziali caratterizzate dalla mancanza di un rapporto di scambio di prestazioni³⁷.

Esula dall’analisi di questo lavoro l’indagine sulla nozione generale della causa del negozio giuridico, essendo la letteratura in materia sterminata e risultando accolto, ormai, almeno tendenzialmente, l’orientamento che riconosce nella causa la “ragione concreta del contratto” ovvero “l’interesse che l’operazione contrattuale è diretta a soddisfare”³⁸.

Tale precisazione appare necessaria in quanto il differente significato attribuito, da parte dei vari studiosi, ai medesimi significanti ha causato, insieme alla “sibillinità di certe formule, così eccessivamente disponibili agli usi più svariati”³⁹, la nascita di una vera e propria Babele linguistica. Per far fronte ad una simile situazione, un illustre Autore⁴⁰ ha addirittura dedicato, in una sua opera, un intero paragrafo proprio al linguaggio della dottrina attuale, giudicato fumoso e ambiguo, fatto apposta per “permettere le sequenze più ardite quando fungano da medio logico del discorso”. Inoltre, proprio con riguardo al tema in oggetto, ritiene che da quando si è introdotta la nozione di causa oggettiva “per ogni nuova ondata di inchiostro versata su di essa la nozione è diventata sempre più oscura e

³⁶ ORIGLIA, *Considerazioni sulla causa del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 344.

³⁷ Per il GORLA, *Il contratto (problemi fondamentali trattati con il metodo comparatistico)*, I, Milano, 1955, 81 ss., il rapporto di scambio che rappresenta la *causa suffisante* per poter giustificare un trasferimento patrimoniale o l’assunzione di un’obbligazione di dare.

³⁸ BIANCA, *op. cit.*, 452. In tal modo, il negozio perde il ruolo di strumento e di meccanismo di controllo che aveva nell’ideologia dirigistica propria del legislatore del ’42, divenendo oggetto di controllo che consente di verificare, in concreto, la meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti. Sul punto v. anche: DONISI, *op. cit.*, 235 ss. e FERRI, voce <<*Negozio giuridico*>>, nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, vol. XII, Torino, 1995, 76 ss.

³⁹ FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 69.

⁴⁰ SACCO, *Il contratto*, 2, in *Trattato di diritto civile* a cura di VASSALLI, VI, Torino, 1975, 3 ss.

sfuggente, mentre le argomentazioni che la riguardano sono espresse in un gergo ogni volta più ermetico”; ed “è assai delicato muovere critiche a trattazioni di cui, per la loro stessa scostante difficoltà, può capire di non afferrare completamente la profondità”⁴¹.

Nozione comune è quella per cui l’atto di liberalità non è sinonimo di atto a titolo gratuito, intercorrendo tra liberalità e gratuità un rapporto di genere a specie: se gli atti liberali (il cui prototipo è la donazione) sono senz’altro negozi a titolo gratuito, non ogni atto a titolo gratuito è liberale⁴².

Posto che l’elemento comune di tutti gli atti gratuiti è rappresentato dall’assenza di corrispettivo, secondo l’opinione maggioritaria, accolta anche dalla giurisprudenza, il criterio di distinzione tra gratuità e liberalità andrebbe ricercato nella natura degli interessi perseguiti: patrimoniali nella prima, non patrimoniali nella seconda.

Lo spirito di liberalità, che da molti⁴³ è elevato a causa stessa della donazione⁴⁴, consiste nell’intento di effettuare un’attribuzione patrimoniale, con corrispondente depauperamento del patrimonio del disponente, cui non corrisponde alcun interesse economico: il legame con la funzione del negozio si coglierebbe proprio nell’arricchimento disinteressato un altro soggetto, nella realizzazione di un tipico interesse della vita, cioè “quello di disporre dei propri beni a beneficio altrui”⁴⁵.

⁴¹ V. SACCO, *op. cit.*, 577.

⁴² V.: VILLANI, *Brevi note sulla distinzione tra donazione e negozio gratuito*, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, 2019 ss.; GAZZONI, *Il contratto preliminare*, in *Il contratto in generale*, nel *Tratt. dir. priv.*, diretto da BESSONE, IX, t. II, Torino, 2000, 87; QUADRI, in BOCCHINI – QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2005, 793.

⁴³ V.: CHECCHINI, *L’interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1976, 254 ss.; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2001, 940 ss.; MANZINI, <<*Spirito di liberalità*>> e controllo giudiziario sull’esistenza della causa donandi, in *Contr. impr.*, 1989, 409 ss. Anche il GORLA, pur sostenendo la tesi anticausalista della donazione, definisce tale contratto come “il mezzo più diffuso e più pratico per perseguire la soddisfazione di interessi non economici” (in *Il contratto*, cit., 101).

⁴⁴ Vale la pena ricordare che vi sono altri mezzi con cui si può attuare lo spirito di liberalità: donazioni indirette, donazioni d’uso, costituzione di un fondo patrimoniale.

⁴⁵ BIANCA, *op. cit.*, 495. V. anche CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, 33, la quale sostiene che “l’attribuzione liberale si presenta come struttura o meccanismo idoneo alla realizzazione del fondamentale interesse alla liberalità” così come “la corrispettività è un meccanismo idoneo a realizzare la funzione di scambio”.

Al contrario, gli atti gratuiti sarebbero caratterizzati dal perseguimento di un interesse patrimoniale apprezzabile, nei quali il sacrificio economico del disponente non sarebbe compensato da una controprestazione o da un corrispettivo immediato e diretto, bensì da un vantaggio economicamente apprezzabile ottenuto *aliunde*⁴⁶: prestazione ed utilità perseguita dall'autore dell'atto sarebbero connessi, in quanto inseriti in una operazione giuridico-economica unitaria. In tali casi, la qualificazione finalistica dell'attribuzione gratuita in un'ottica marcatamente economica, riesce a snaturarne la funzione immediata dell'atto il quale rientra, così, in quel circuito economico governato dalla *lex mercatoria*.

Tale tesi, del resto, sembra quella più aderente al dato codicistico. L'art. 769 c.c. definisce donazione come “il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione”. È evidente che non si può relegare lo “spirito di liberalità” nella semplice assenza di corrispettivo, poiché, così facendo, si darebbe di fatto una lettura *abrogans* di parte dell'art. 769 c.c.

La necessità di operare una distinzione tra l'area della liberalità e quella della gratuità appare chiara anche in tema di responsabilità contrattuale. Infatti, mentre l'art. 789 c.c. dispone che “il donante in caso di inadempimento o di ritardo nell'eseguire la donazione, è responsabile soltanto per dolo o colpa grave”, gli artt. 1710 e 1768 c.c. statuiscono che la responsabilità del mandatario e del depositario sia “valutata con minor rigore”, nel caso di contratti gratuiti.

La sibillinità della formula impiegata per ben due volte non è dovuta né al caso né a “sciatteria legislativa”, bensì rimette al prudente apprezzamento del giudice il contemperamento degli interessi in gioco. La

⁴⁶ V., tra gli altri, CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interesse delle parti*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1991, 253.

valutazione con minor rigore della responsabilità del depositario non equivale, infatti, né ad una limitazione di responsabilità per i soli casi di colpa grave⁴⁷ né comporta una liquidazione più ridotta o meno rigorosa dei danni⁴⁸, ma sembra far emergere la volontà del legislatore di lasciare ampio spazio al giudice per valutare la colpa del debitore in relazione ai concreti interessi perseguiti dalle parti: di talché, allorquando l'operazione negoziale, pur se gratuita, coinvolga rilevanti interessi patrimoniali la valutazione della colpa sarà evidentemente effettuata con (si scusi il gioco di parole) minimo "minor rigore".

La Suprema Corte⁴⁹, solitamente molto prudente nel fornire vere e proprie definizioni dogmatiche degli istituti di volta in volta portati alla sua attenzione, ha effettuato una tripartizione nell'ambito della categoria

⁴⁷ CASS., 12 febbraio 1952, n. 348, in *Foro it.*, 1952, I, 1009, secondo cui "il depositario, anche se il deposito è gratuito, deve usare sempre la stessa diligenza di quello oneroso, pur dovendo in tal caso la sua responsabilità per colpa essere valutata con minor rigore. Ma qualunque valutazione meno rigorosa della diligenza normale non può giungere ad escludere del tutto la responsabilità per colpa lieve, e ne consegue che tale esclusione non è possibile quando la responsabilità derivi da colpa grave". Al contrario, per FUNAIOLI, *Deposito, Sequestro convenzionale. Cessione dei beni ai creditori*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da GROSSO – SANTORO PASSARELLI, Milano, 1961, 63 tale espressione si riferisce al grado di diligenza richiesto.

⁴⁸ V. CASS., 03 aprile 1980, n.2200, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce "Mandato", n. 12, a parere della quale l'art. 1710, 1° comma, c.c. è ispirato ad un riguardo verso la posizione del mandatario, cui, quando il mandato è a titolo gratuito, non sarebbe equo far carico di una colpa di entità trascurabile nell'esecuzione dell'incarico prestatore per amichevole favore; ma non importa che, accertata la colpa del mandatario, in ordine all'inadempimento del mandato, sia pure attraverso una valutazione di minor rigore, lo stesso non debba rispondere dell'intero danno sofferto dal mandante che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, secondo il principio generale di cui all'art. 1223 c.c. *Contra v. DE MARTINI*, voce *Deposito (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, 513 ss; MASTROPAOLO, *Deposito*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da RESCIGNO, vol. 12, Torino, 1985, 516; GALASSO, voce *Deposito*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. V, Torino, 1989, 268.

⁴⁹ CASS. 14 settembre 1976, n. 3150, in *Giur. comm.*, 1977, II, 771 ss. V. anche CASS., 22 gennaio 1976, n. 185 in *Foro it.*, 1976, I, 618 ss. e, più di recente, CASS., 11 marzo 1996, n. 2001, in *Foro it.*, 1996, I, 1222, secondo cui "l'assenza di corrispettivo, caratteristica dei negozi a titolo gratuito, non basta ad individuare i caratteri della donazione, riassumibili nell'elemento soggettivo dello spirito di liberalità ("*id est*" la consapevolezza che l'attribuzione patrimoniale non è dovuta) e da quello oggettivo del depauperamento del disponente, accompagnato dall'incremento del patrimonio altrui. Non costituisce pertanto una donazione (per cui non è richiesta l'osservanza delle forme di cui all'art. 782 c.c.) l'atto di disposizione a titolo gratuito da parte della società controllata in favore della controllante, qualora l'operazione sia stata posta in essere in adempimento delle direttive della capogruppo o comunque di obblighi assunti nell'ambito di una più vasta aggregazione imprenditoriale, ovvero se, tenendo conto dell'operazione complessiva, il pregiudizio economico derivante dall'atto trovi contropartita in un altro rapporto, cosicché l'atto medesimo risulta preordinato a soddisfare un ben preciso interesse economico, sia pure mediato e indiretto".

generale degli atti gratuiti: 1) atti di cortesia, in cui manca qualsiasi interesse alla prestazione da fornire; 2) atti compiuti per spirito di liberalità, caratterizzati dalla presenza di un interesse non economico del disponente; 3) atti “anche gratuiti”, diretti a soddisfare un interesse di natura economica del loro autore⁵⁰.

Dunque pare corretto affermare che “in sintesi l’interesse economico esclude lo spirito di liberalità, inteso come intento altruistico, ma non il carattere gratuito dell’atto, inteso come assenza di corrispettivo”⁵¹.

Altra parte della dottrina, peraltro, critica tale impostazione sostenendo che “l’assenza di un interesse patrimoniale nel donante è convincimento aprioristicamente affermato, ma non sempre dimostrabile nei fatti, perché l’interesse del donante alla donazione può ben essere in concreto patrimoniale”⁵². Considerare la patrimonialità o meno dell’interesse il *discrimen* tra liberalità e gratuità, non rappresenterebbe altro che un modo per attribuire una giustificazione causale ad una prestazione gratuita laddove non soccorre la forma⁵³. Secondo alcuni autori⁵⁴, infatti, il formalismo solenne richiesto per la donazione, soprattutto con riguardo alla donazione pura (quella, cioè, in cui il movente non sia esplicitato e che in ciò può essere accostata ad un negozio astratto) avrebbe la funzione di sostituire la causa⁵⁵: la donazione sarebbe, quindi, un atto

⁵⁰ Tale indirizzo è fatto proprio anche dalla giurisprudenza di merito, affermandosi in TRIB. CROTONE, 13 marzo 2001, G.U. Lepre, Carolei & co. s.a.s. c. Muscò, inedita, che “il requisito della gratuità non confligge con il fatto che vi è un interesse economico che ha spinto le parti a stipulare una convenzione gratuita, interesse che costituisce il principale criterio discrezionale tra atti a titolo gratuito e atti a titolo di liberalità o donazioni, nei quali ultimi vi è invece incompatibilità tra l’*animus donandi*, ed un interesse economico-egoistico comunque perseguito dal donante”

⁵¹ GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale*, Milano, 2002, 149.

⁵² FERRI, *Dall’economia della bontà all’economia del dolore*, Padova, 2002, 16 ss.

⁵³ Così BOZZI, *Alla ricerca del contratto gratuito atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 231 in tema di distinzione tra donazione obbligatoria e promessa. Tale opinione appare influenzata dalla tesi, seppur in parte criticata, del GORLA, *op. cit.*, 81 per il quale “nelle obbligazioni di dare (e nelle alienazioni) la tendenza... è quella di imporre l’alternativa: o la forma e il tipo (della donazione), oppure la *causa suffisante*”.

⁵⁴ V. GAZZONI, *Manuale*, cit., 534

⁵⁵ Si sostiene, infatti, che “quando la causa è debole perché fondata su un desiderio soggettivo, la forma salva il negozio. Il che va inteso in questo senso: quando difetta una causa oggettiva e le parti vogliono il negozio come atto liberale, la forma salva il contratto”: così SACCO – DE NOVA, *I contratti*, I, in SACCO, *Tratt. dir. civ.*, Torino, 1993, 656.

rivestito di una particolare forma solenne, per il quale non ha rilevanza nessun motivo, nessuna spiegazione, nessuna ragione⁵⁶.

Un altro orientamento dottrinale⁵⁷, poi, individua nell'arricchimento l'elemento discretivo tra atti liberali e gratuiti, elemento che sarebbe presente solo nei primi e non nei secondi, caratterizzati, invece, dal mero "vantaggio". Tali Autori ritengono che mentre l'arricchimento del donatario provochi sempre una corrispondente diminuzione patrimoniale del donante (seppur solo potenziale nel caso dell'assunzione di un'obbligazione), con il compimento di atti non liberali non si determini un depauperamento del proprio patrimonio, bensì ci si limiti ad una mera *omissio acquirendi*⁵⁸.

Una tale ricostruzione muove dal presupposto che mentre la donazione, comportando un immediato effetto reale o un obbligo di dare, comporti un vero e proprio arricchimento del donatario ed un impoverimento del donante, gli atti gratuiti, avendo ad oggetto una prestazione di fare dia luogo ad un semplice vantaggio del soggetto favorito, consistente nel contenuto della sua prestazione, non producendo alcun impoverimento del prestatore⁵⁹. In particolare, la ragione di una tale differenza "sembra potersi ricercare nell'esigenza di garantire al soggetto *la libertà di non arricchirsi svolgendo la propria attività manuale ed intellettuale*"⁶⁰.

⁵⁶ Così MIRABELLI, *Dialoghi in tema di liberalità*, in AA.VV., *Studi Gorla*, Milano, 1994, 1941 ss.

⁵⁷ MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, 1, Milano, 1954, 8 ss.; TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da CICU – MESSINEO, Milano, 1956, 5 ss.

⁵⁸ Il TORRENTE, *op. cit.*, 10, giustifica proprio con la mancanza dell'impoverimento del disponente il *favor* mostrato dall'ordinamento verso gli atti gratuiti non sottoponendoli alla rigida disciplina dettata per la donazione: "qui soprattutto un intervento dell'ordinamento, diretto ad infrenare gli impulsi di generosità, di altruismo sarebbe oltremodo inopportuno. Esso, infatti, equivarrebbe ad imporre o a sollecitare l'onerosità dei rapporti umani, a favorire la formazione di un mondo di Shylock. Il che è ben diverso dal frenare la generosità".

⁵⁹ Sul punto, v. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 287 ss. e GATT, *op. cit.*, 336 ss.

⁶⁰ Così GATT, *La Liberalità*, I, Torino, 2002, 337. A parere della stessa Autrice "il vantaggio che ne ricava il destinatario dell'attività *non* può qualificarsi *arricchimento* in quanto non *corrisponde* ad esso un *decremento* del *patrimonio* del prestatore d'opera" (così a pag. 339). *Contra* v. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da VASSALLI, XII, Torino, 1961, 391 ss., per il quale anche nella donazione obbligatoria avente ad oggetto un obbligo di fare, poiché il donatario acquista, senza alcun sacrificio, un diritto di credito, ciò comporta, comunque, un arricchimento, che si verifica indipendentemente dall'oggetto del diritto trasferito gratuitamente.

A tale ricostruzione si può obiettare che, in primo luogo, è tutt'altro che dimostrato che un'*omissio acquirendi* non causi una diminuzione patrimoniale, né attuale né potenziale, in capo all'autore di un atto gratuito⁶¹.

Inoltre, come si vedrà meglio in seguito, non pare possa sostenersi che il novero degli atti gratuiti sia limitato a quelli che comportano un'*omissio acquirendi*, sembrando che sia possibile per i privati compiere atti gratuiti ad effetti reali o da cui derivino obbligazioni di dare (i quali comportano, al pari della donazione, lo spoglio, attuale o potenziale, di un bene) in quanto volti alla soddisfazione di interessi meritevoli di tutela.

Interessante appare la tesi di recente sostenuta in dottrina⁶² secondo cui la gratuità e la liberalità atterrebbero a sfere completamente differenti: la prima configurerebbe la causa dell'atto, la seconda il tipo di effetti derivanti da quest'ultimo. Così argomentando, esisterebbe una causa comune a tutti gli atti gratuiti⁶³ (donazione compresa) ed un effetto liberale, consistente nel (depauperamento-) arricchimento, proprio solo di alcuni atti.

Pur non sembrando da condividere il presupposto iniziale, tale opinione risulta cogliere perfettamente nel segno nel momento in cui sposta il baricentro della distinzione in esame dal piano giuridico a quello economico. Per qualificare un atto come liberale non è sufficiente, infatti, che si verifichi un "mero effetto accrescitivo" nel patrimonio di un soggetto

⁶¹ La concessione di una somma ingente a mutuo senza interessi ben può integrare un impoverimento potenziale sol se si pensi che quella somma non potrà essere investita in affari molto lucrosi; peraltro tale impoverimento, nell'attuale realtà socio-economica, potrebbe ben essere molto più consistente rispetto a quello derivante, semmai, dalla donazione di un terreno agricolo o addirittura vincolato a verde pubblico da un piano regolatore. Sul punto, v. anche BOZZI, *op. cit.*, 218 e D'ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*, Padova, 1996, 4 ss., il quale evidenzia che la prestazione fornita gratuitamente influisce comunque sul patrimonio, se si considerano le (sia pur minime) spese sostenute e il tempo necessario alla sua esecuzione, non utilizzato per il compimento della stessa prestazione in favore di altri soggetti, ma a titolo oneroso.

⁶² V. GATT, *op. cit.*, 309 ss. In passato già BIONDI, *op. cit.*, 76, aveva sostenuto che "liberalità e gratuità sono nozioni strettamente connesse ma diverse. La liberalità oggettivamente considerata implica l'idea di incremento patrimoniale. Invece l'idea di gratuità attiene al modo di acquisto".

⁶³ La *causa gratuita* viene individuata "nell'interesse al conferimento di un bene o alla prestazione di un servizio senza una corrispondente prestazione principale a carico del destinatario del bene o del servizio" (GATT, *op. cit.*, 311).

a carico di un altro, occorrendo, a tal fine, un effetto “meramente depauperante” nel patrimonio del disponente, ovvero che dall’atto dispositivo non derivi alcun ritorno economico (anche indiretto).

Tuttavia, non pare condivisibile l’idea di una “causa gratuita” idonea a giustificare funzionalmente ogni atto gratuito, salvo poi diversificare gli effetti in liberali e non. In tal senso, sembra decisivo osservare che gli effetti negoziali, rappresentando la modalità dell’attuazione in concreto dell’operazione economica posta in essere dalle parti, sono inscindibilmente legati alla causa dell’atto stesso, quale funzione che il singolo contratto è diretto ad attuare⁶⁴.

Pertanto, i vantaggi perseguiti dal disponente, pur non essendo la contropartita dell’atto stesso, appaiono idonei a colorare la causa degli atti gratuiti e a diversificarla da quegli atti in cui manca del tutto l’aspetto di un ritorno patrimoniale, seppur solo sperato⁶⁵.

Non manca, poi, chi⁶⁶ si chiede se, caduto il baluardo della forma con la sempre più diffusa utilizzazione di donazioni indirette che non necessitano della forma pubblica, abbia ancora un senso “correre dietro bizantine distinzioni che conservano, ma soltanto nella teoria, un significato poi smentito, nei fatti, dalle pratiche quotidiane” in cui spesso s’intrecciano gratuità, liberalità e cortesia. Del resto, si sostiene, se già Pothier⁶⁷

⁶⁴ Sul punto, v. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interesse delle parti*, cit., 158 ss, a pare del quale, ai fini dell’individuazione della causa, l’effetto giuridico rappresenta un elemento necessario, seppur non sufficiente, da mettere in confronto con gli interessi negoziali che il negozio è diretto a perseguire. Non basterebbe per individuare lo scopo del negozio la mera rilevazione degli interessi pratici perseguiti, occorrendo altresì che l’indagine qualificatoria si rivolga alle concrete modalità giuridiche di soddisfazione di tali interessi utilizzate dai soggetti.

⁶⁵ Del resto la stessa A. afferma che “riferire l’onerosità e la gratuità alla *causa* significa proprio cogliere il concreto atteggiarsi del contratto sul piano degli interessi perseguiti (es.: gli interessi perseguiti con un mandato gratuito sono diversi da quelli perseguiti con un mandato oneroso)” (cit., 321, in nota 24). Nello stesso modo, pare corretto affermare che il perseguimento di uno scopo di lucro attraverso un atto gratuito non può non diversificare lo stesso, dal punto di vista funzionale, da quelli motivati da un puro “spirito di liberalità”.

⁶⁶ FERRI, *op. ult. cit.*, 97

⁶⁷ POTHIER, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro civile*, trad. italiana a cura del sig. BERNABEI, I, Napoli, 1842, 15 (per la cui citazione v. FERRI, *op. ult. cit.* 15) sostiene che i contratti di beneficenza “sono quelli che si fanno a vantaggio di uno solo sei contraenti, come sarebbe il comodato, il prestito, il deposito ed il mandato”.

considerava contratti di beneficenza⁶⁸ ipotesi di contratti gratuiti che anche la più recente dottrina⁶⁹ continua ad escludere dal fenomeno delle liberalità, come si potrebbe tener distinta l'idea di gratuità da quella di liberalità adesso che “lo stesso legislatore del 1942, disciplinando nell'art. 809 c.c., una serie di ipotesi di atti liberali(...) non riconducibili alla donazione contratto (disciplinata nell'art. 769 c.c.) ha finito per aprire forse inconsapevolmente (ma senz'altro con grande realismo) la via verso il superamento di tale distinzione?”

Tale tesi, però, sembra provare troppo. Infatti, proprio l'introduzione dell'art. 809 c.c. pone l'esigenza per il giurista di verificare se un atto può o meno considerarsi liberale, visto che solo questi ultimi sono assoggettati alle norme che regolano la revocazione per causa d'ingratitude, per sopravvenienza dei figli, a quelle regolanti la colazione nonché all'azione di riduzione per reintegrare la quota dovuta ai legittimari. Tali norme si giustificano, infatti, solo in relazioni ad atti che sono fuori dal mercato, sembrando abnorme la sottoposizione alla perdita di efficacia, ad esempio per ingratitude, di atti non onerosi posti in essere nell'ambito di un'attività commerciale⁷⁰.

La diversità di opinioni finora analizzata sembra essere anche il portato di un equivoco di fondo causato dall'utilizzo della definizione “atti gratuiti” sia per individuare il *genus* (che ricomprende anche le liberalità) sia la *species* (ovvero quegli atti che sono privi di corrispettivo ma anche carenti dell'*animus donandi*).

⁶⁸ Vi è da notare che la dottrina francese (sul punto, per tutti, v. COLIN – CAPITANT – JULIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de droit civil*, II, Paris, 1959, 313, per la cui citazione v. FERRI, *op. ult. cit.*, 13) appare tuttora concorde nel ricondurre nel *contat de bienfaisance* sia la *donation* che supporrebbe “*enrichissement du patrimoine du donataire et appauvrissement de celui du donateur*” sia *les contracts désintéressés*, nei quali, “la parte che riceve non vede arricchirsi il proprio patrimonio (come accadrebbe nel comodato, nel mandato gratuito, nel mutuo senza interesse)” (così FERRI, *op. loc. cit.*).

⁶⁹ CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, 129.

⁷⁰ Le norme prima richiamate corroborerebbero, quindi, quanto precedentemente sostenuto: per dirla con le parole di GIANOLA, *op. cit.*, 150 “spirito di liberalità significa dunque assenza di interesse economico”.

Ciò appare evidente nella decisione del Tribunale di Roma⁷¹ con cui si è ritenuto lecito un contratto di maternità surrogata a scopo non lucrativo in quanto non violativo delle norme sull'indisponibilità degli *status* e perseguente un interesse meritevole di tutela individuato “nell’aspirazione della coppia alla realizzazione come genitori”.

Tuttavia, mentre tale accordo è utilizzato da una parte della dottrina per sostenere che non sempre i “contratti gratuiti” realizzano interessi patrimoniali⁷², nella motivazione è invece qualificato come “donazione di utero” affermandosi essere il consenso “concesso per spirito di liberalità”. Al contrario, pare da poter ascrivere tale fattispecie nelle c.d. “prestazioni superetiche”⁷³, tanto ciò vero che ai giudici non sfugge che il contratto di maternità surrogata soddisfi “esigenze che a volte trascendono la sfera individuale”, accostandolo, poi, non a caso, alle ipotesi legislative di “donazioni di organi tra soggetti vivi”.

In realtà, sembra opportuno precisare che, anche a voler ammettere accordi dispositivi del proprio corpo, questi non possono essere qualificati come contratti poiché, ai sensi dell’art. 1174 c.c., la prestazione che forma oggetto dell’obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica; nelle fattispecie in esame, invece, la prestazione ha ad oggetto un bene fuori commercio, tanto ciò vero che anche nelle ipotesi legislativamente previste⁷⁴ (ad esempio la legge 458/67 sul trapianto di

⁷¹ TRIB. ROMA, ord. 17 febbraio 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 310 ss.

⁷² La GATT, *op. cit.*, 313 in n. 10, sostiene che “questa ipotesi giurisprudenziale è significativa nel senso della ammissibilità di un interesse gratuito atipico a contenuto non patrimoniale”. Da rilevare che anche nella massima della sentenza, che ovviamente è opera redazionale, si legge che il contratto *de quo* è un “contratto gratuito”.

⁷³ Su cui v. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano, 1998, 121 ss. e PALAZZO, *Le donazioni*, Milano, 2000, 5 ss.

⁷⁴ La donazione di sangue è attualmente disciplinata dalla L. 107/90. Bisogna notare che la cessione a titolo oneroso è ammessa tra Servizi Sanitari pubblici e privati a prezzi imposti (cfr. Decreto 5 novembre 1996 del Ministro della Sanità che, però, conferma la gratuità della somministrazione ai pazienti).

rene) si ritiene che non esista un vero accordo contrattuale, bensì un adempimento di un'obbligazione naturale⁷⁵.

Una parte della dottrina⁷⁶ ritiene, al contrario, che un soggetto non si possa obbligare, a favore altrui, a compiere o subire atti dispositivi della proprio corpo in quanto “la persona non può disporre del corpo come di una cosa”⁷⁷, cosicché l'eventuale accordo in tal senso sarebbe nullo perché contrario all'ordine pubblico ed al buon costume⁷⁸.

Tuttavia, si precisa che “l'autonomia contrattuale può validamente esplicarsi solamente entro l'ambito ristretto segnato dai limiti di liceità fissati dalla legge per gli atti di disposizione del proprio corpo. Entro un ambito, cioè, in cui i valori fondamentali della persona sono già salvaguardati dalla declaratoria di nullità degli atti non conformi al sistema delineato dall'ordinamento”⁷⁹.

La questione di maggiore interesse in materia è sicuramente rappresentata dalle conseguenze derivanti dalla revoca del consenso al trattamento sanitario⁸⁰. Se quest'ultimo è, infatti, una *condicio sine qua non* ai fini dell'efficacia dell'accordo⁸¹, in linea di principio non dovrebbe

⁷⁵ MOSCATI, *Trapianti di organi*, in *Dizionario del Diritto Privato* a cura di IRTI, I, Milano, 1980, 821 ss.

⁷⁶ Tra gli altri, v. DE CUPIS, voce *Corpo (atti di disposizione del proprio)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, 854 ss. e SACCO, *Il contratto*, cit., 432 ss.

⁷⁷ BIANCA, *La norma giuridica, I soggetti*, Milano, 2002, 166.

⁷⁸ BIANCA, *op. ult. cit.*, 165, distingue tra gli atti contrari all'ordine pubblico (che sarebbero quelli incompatibili con i principi basilari dell'ordinamento giuridico in tema di tutela della persona) e quelli contrari al buon costume (da individuarsi negli accordi lesivi della dignità umana)

⁷⁹ D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999, 269 ss. V. anche FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità*, Napoli, 1996, 604, per il quale il punto cruciale per determinare “se l'agire programmato nel negozio sia intollerabilmente lesivo della persona è costituito non solo dalla qualità ma anche dalla irreversibilità degli effetti derivanti dall'esecuzione del negozio”. BIANCA, *op. ult. cit.*, 166 sottolinea che la liceità di attività sportive che comportano il rischio di un danno alla persona (es. pugilato) non si traduce in un'autorizzazione alla produzione di lesioni permanenti: quest'ultima dovrà essere un evento non voluto ed eccezionale al comportamento tenuto; tanto ciò vero che, nel caso in cui essa sia derivata a seguito di un atto violativo delle regole della competizione, risulterà integrato il reato di lesioni personali in quanto, in tali ipotesi, non opererebbe la scriminante di cui all'art. 51 c.p. (cfr., relativamente al *karate*, CASS. PEN., 25 febbraio 2000, n. 2765, in *Cass. pen.*, 2001, 505 ss.).

⁸⁰ Circa il ruolo del consenso ai fini della liceità dell'attività sanitaria v. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2001, 286 ss.

⁸¹ Sul valore della revoca del consenso, anche per opportuni riferimenti, si rinvia a D'ARRIGO, *op. cit.*, 286 ss.

determinare alcuna conseguenza negativa in capo al soggetto “revocante”. Tuttavia, non si può sottacere il fatto che tale revoca può causare alla controparte danni economicamente significativi (es. destinatario di un trapianto del rene che abbia declinato altre offerte facendo affidamento su quella revocata o che sia stato già “predisposto” per l’intervento chirurgico; organizzatori di una rilevante manifestazione sportiva in cui uno dei partecipanti dia improvviso *forfait*). Alcuni autori⁸² sostengono che, comunque, non possa trovare, in simili ipotesi, applicazione tanto la responsabilità contrattuale quanto quella extracontrattuale in quanto, solo in tal modo, il soggetto sarebbe effettivamente libero di revocare il consenso, non dovendo ponderare nella sua scelta l’eventuale risarcimento dei danni provocati.

Altra parte della dottrina, ritiene che vi sia spazio per l’esercizio dell’azione di responsabilità per inadempimento contrattuale⁸³. Tale soluzione non pare da condividere soprattutto se le conseguenze negative sono unicamente di tipo patrimoniale in quanto, nella scala gerarchica dei valori costituzionali, la tutela della salute non può trovare compressione per la salvaguardia di meri interessi economici.

Neppure nel caso in cui si sia determinato un danno ad un pari interesse costituzionale, pur apparendo conforme ad un canone di giustizia sostanziale tutelare il legittimo affidamento sull’esecuzione della prestazione promessa (ovvero la sottoposizione al trattamento sanitario), può sorgere “alcun diritto di sorta del donatore nei confronti del

⁸² GIACOBBE, voce *Trapianti*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 892 ss. In particolare l’Autore osserva come, nell’attuale assetto legislativo, nessuna soluzione sia effettivamente appagante: “tra le contrapposte esigenze di tutela della libertà del donante da una parte, e del legittimo affidamento del donatario dall’altra, il legislatore mostra, ancora oggi, di privilegiare la prima” (così a pag. 900).

⁸³ DOGLIOTTI, *Le persone fisiche* in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, II, 1, Torino, 1992, 78 ss. V. anche PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 322 ss. il quale, pur escludendo una esecuzione coattiva del trapianto, ritiene tuttavia auspicabile un’azione per danni nei confronti del disponente inadempiente, a favore del soggetto rimasto insoddisfatto.

ricevente”⁸⁴, neanche nella forma meno “sanzionatoria” dell’indennizzo⁸⁵, neanche attraverso una rilettura dell’art. 2045 c.c.⁸⁶.

Pare opportuno, quindi, restringere il campo d’indagine del presente lavoro ai soli negozi aventi ad oggetto una prestazione economicamente valutabile ma privi di corrispettivo, in quanto solamente così sarà possibile evitare di comparare evidentemente non omogenee.

Sembra, a questo punto, utile procedere allora ad una diversa classificazione dei negozi in esame, tale che possa eliminare la confusione sorta in materia: il *genus* sarà costituito dagli “atti non onerosi” al cui interno si trovano, come sue *species*, gli atti liberali, gli atti gratuiti, gli atti di solidarietà⁸⁷, le prestazioni cortesi⁸⁸.

Esaminando, in questa nuova prospettiva, una prestazione di quotidiana esperienza si potrà, così, diversamente valutarla a seconda degli interessi a cui essa è finalizzata: dare del cibo ad una mensa per indigenti rappresenta un atto di solidarietà, invitare un amico a cena una prestazione di cortesia, attribuire un campione di prodotto alla clientela un atto gratuito, offrire ai commensali una bottiglia di vino rara e di ingente valore economico una donazione.

⁸⁴ Art. 2, 4° comma, L. 26 giugno 1967 n. 458, che testualmente recita “L’atto, che è a titolo gratuito e non tollera l’apposizione di condizioni o di altre determinazioni accessorie di volontà, è sempre revocabile sino al momento dell’intervento chirurgico e non fa sorgere diritti di sorta del donatore nei confronti del ricevente”.

⁸⁵ Sul punto v. PALAZZO, *op. cit.*, 25 ss. il quale afferma che “ferma restando l’incoercibilità della prestazione donativa e dinanzi alla sua revocabilità senza limiti, si pone l’esigenza stringente di offrire una tutela seppure di carattere risarcitorio al promissorio dell’organo a fronte dell’intervenuta revoca del consenso all’espianto...non può però parlarsi di ipotesi risarcitoria, che presuppone un illecito, ma di possibile configurabilità di un equo indennizzo qualora la promessa sia rivolta a persona determinata e sia stata di valenza tale da indurre il promissorio a sostenere spese (...) in vista del futuro trapianto”.

⁸⁶ Tale norma, infatti, non sarebbe applicabile alle fattispecie in esame in quanto presuppone che il pericolo non sia stato volontariamente causato dal danneggiante, cosa che invece accade in simili fattispecie.

⁸⁷ Su cui v.: LIPARI, “*Spirito di liberalità*” e “*spirito di solidarietà*”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 1 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 153;

⁸⁸ Per una più approfondita analisi sul tema si rinvia a PANUCCIO, voce *Cortesia (prestazioni di)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988.

Appare da ultimo necessario sottolineare che le prestazioni di cortesia sono di ancor più difficile qualificazione in quanto non inquadrabili, con sicurezza, nell'ambito dell'ordinamento giuridico.

Se è nozione comune quella per cui tali rapporti rifiutano, per loro natura, la sottoposizione a qualsiasi coazione normativa “ripugnando al comune sentire il ricorso a mezzi risarcitori o ad esecuzioni forzate per rafforzare l'osservanza del patto, la quale è invece affidata all'onore, alla lealtà, ai corretti rapporti sociali”⁸⁹, è, però, altrettanto vero che non ne sembra rintracciabile un univoco elemento caratterizzante.

Infatti, nell'alveo dei rapporti di cortesia vengono ricondotte ipotesi tra loro troppo eterogenee per poter enucleare una vera e propria categoria dogmatica. Attraverso una rilevazione pratica del fenomeno è possibile suddividere gli atti di cortesia in due gruppi: 1) atti che richiamano schemi contrattuali tipici (ad es. deposito, trasporto); 2) promesse e accordi non negoziali (ad es.: appuntamenti per andare ad uno spettacolo, inviti a cena).

Per quanto riguarda il primo gruppo, gli schemi contrattuali gratuiti tendono ad assorbire anche l'atto cortese, degradando così la *causa urbanitatis* a rango di motivo⁹⁰. Si pensi, ad esempio, al deposito “cortese” laddove si ritiene che anche questo sia fonte di obbligazioni, in quanto non si può accettare la custodia di un bene senza assumerne contestualmente l'obbligo giuridico di custodirlo⁹¹.

Ciò, però, appare ancora più evidente nel trasporto “amichevole” nel momento in cui la Suprema Corte ha esteso la presunzione di colpa di cui all'art. 2054 c.c., primo comma, a tale fattispecie, affermando che “in materia di responsabilità derivante dalla circolazione dei veicoli, l'art. 2054 c.c. esprime, in ciascuno dei commi che lo compongono, principi di

⁸⁹ GAZZONI, *op. cit.*, 555.

⁹⁰ Sul punto, v. COLUMBO, *Sulla rilevanza giuridica delle c.d. prestazioni di cortesia*, in *Foro pad.*, 1957, III, 26 ss.

⁹¹ Così, CASS., 14 luglio 1952, n. 2188, in *Foro it.*, 1952, I, 508. In dottrina, v. GHEZZI, voce *Cortesia (prestazioni di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 1050 ss.; FORCHIELLI, *Deposito di cortesia o deposito gratuito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1943, 290 ss.

carattere generale applicabili a tutti i soggetti che da tale circolazione comunque ricevano danni e quindi anche ai trasportati quale che sia il titolo del trasporto, di cortesia ovvero contrattuale, oneroso o gratuito. Conseguenze che il trasportato indipendentemente dal titolo del trasporto può invocare i primi due commi della disposizione citata per far valere la responsabilità extra contrattuale del conducente ed il comma 3° per far valere quella solidale del proprietario che può liberarsi solo provando che la circolazione del veicolo è avvenuta contro la sua volontà ovvero che il conducente aveva fatto tutto il possibile per evitare il danno”⁹².

Appare evidente che si è estesa, di fatto, la tutela di cui all’art. 1681 c.c. anche alle fattispecie in esame, caratterizzate dall’assoluta mancanza di un obbligo giuridico e dal perseguimento di un “fine di solidarietà che spieghi da sé il gesto cortese”⁹³.

Correttamente si è affermato che, poiché in simili ipotesi la prestazione cortese si “fa più impegnativa”⁹⁴, sembra necessario che questa acquisti rilevanza giuridica, indipendentemente dalla consapevolezza delle parti circa gli effetti giuridici derivanti dal loro agire⁹⁵.

Per quanto riguarda, invece, le c.d. “promesse cortesi”, inserendosi in un quadro sociale tale da escludere sia la giuridicità della prestazione, sia la stessa impegnatività della promessa, sono destinate ad operare sempre solo su di un piano sociale in quanto neanche la volontà di vincolarsi è sufficiente al fine di stipulare un vero negozio giuridico. Tali rapporti di cortesia, infatti, manifestano interessi, non solo privi di una elevata rilevanza economica, ma soprattutto difettosi di quel “minimo di concretezza e determinatezza” che li rende inidonei “a vestire l’abito negoziale”⁹⁶.

⁹² Cass., 21 marzo 2001, n. 4022, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce “Circolazione stradale”, n. 283

⁹³ MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 114.

⁹⁴ MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 109.

⁹⁵ Sul punto, v.: GHEZZI, *op. cit.*, 1050 ss. e LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 427.

⁹⁶ MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 112.

Capitolo II

Atti gratuiti atipici traslativi e obblighi di dare

1. La dicotomia vendita-donazione e rilevanza causale della fattispecie traslativa.

Il problema della circolazione della ricchezza ha, da sempre, affannato ordinamenti e giuristi nella ricerca di strumenti che potessero realizzare un contemperamento di tutti gli interessi in gioco: pubblici e privati, nella prospettiva del funzionamento del mercato. Naturalmente le scelte legislative operate non possono che rispecchiare ed essere il portato di ideologie, forme di Stato e fenomeni socio-economici caratterizzanti un determinato momento storico.

Proprio per tale motivo, le soluzioni adottate nel passato non possono assurgere a dogmi giuridici ma, anzi, devono essere sempre sottoposte ad un vaglio critico al fine di stabilire se esse siano ancora in grado di interpretare e disciplinare l'attuale realtà economica.

Il codice civile del 1865, come il *code* Napoléon, era il coerente figlio di una società governata da proprietari terrieri e da mercanti, “una società dell'avere che trovava nella proprietà l'espressione eminente del potere economico e della ricchezza”⁹⁷. Ciò è tanto vero che per ambedue i Codici, il testamento, la donazione ed il contratto (tutti peraltro disciplinati nel terzo Libro del codice “Dei modi di acquisto e trasmissione di proprietà e diritti su cose”) rappresentavano gli unici strumenti di trasmissione della proprietà: l'art. 710, 2° comma, c.p.v., infatti prevedeva che “La proprietà e gli altri diritti sulle cose si acquistano e si trasmettono per successione, per donazione e per effetto di convenzioni”.

⁹⁷ FERRI, *Dall'economia della bontà*, cit., 45.

Una tale assetto normativo ben si adattava ad una società di proprietari terrieri e di commercianti e caratterizzata da un'economia in cui gli assetti economici della famiglia e del mercato ruotavano essenzialmente intorno alla proprietà. Il *numerus clausus* dei mezzi di trasferimento⁹⁸ della ricchezza non costituiva altro che un adeguato controllo sulla circolazione dei beni ed, insieme, garantiva la stabilità dei patrimoni soprattutto immobiliari.

Dalla rigorosa tassatività dei diritti reali si faceva, quindi, derivare anche quello dei contratti ad effetto reale, instaurando fra la tassatività dei primi e la tipicità dei secondi un nesso di stretta indipendenza⁹⁹.

A prescindere dalla circostanza che in dottrina e in giurisprudenza è ormai in atto un serio processo di rivisitazione del principio di nominatività dei diritti reali¹⁰⁰, appare evidente che le ragioni addotte a suo fondamento

⁹⁸ Tesi sostanzialmente ribadita, di recente, da CASS., 22 aprile 2005, n. 8502, in www.altalex.it, in cui, negando la possibilità della c.d. “vendita del possesso”, si afferma che la norma di cui all’art. 1146 c.c. “ricollega espressamente alla qualità di successore a titolo particolare nel diritto la facoltà di unire il proprio possesso a quello del dante causa e la tipicità dei negozi traslativi reali esclude che oggetto o causa di essi possano essere costituiti unicamente l’esercizio od il trasferimento di un potere di fatto”.

⁹⁹ CARRESI, *Corso di diritto civile sul contratto*, Bologna, 1961, 18. Per ROMANO, *L'accordo fiduciario e il problema della sua rilevanza*, in *Econ. e cred.*, 1967, 280, appare “discutibile” l’abolizione del *numerus clausus* dei contratti ad effetto reale, propendendo per una “maggiore larghezza interpretativa degli effetti reali”. Più di recente v. GAZZONI, *Babbo Natale e l’obbligo di dare*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2896 ss., per il quale “il problema della tipicità dei contratti ad effetti reali è infatti inscindibilmente legato a quello della tipicità dei diritti reali (...), cosicché è una riconsiderazione del dogma del *numerus clausus* (si pensi alla proprietà temporanea o risolubile o alla c.d. multiproprietà ovvero al diritto di cubatura, in realtà diritto di credito) che trae inevitabilmente con sé la possibilità di dar vita a contratti che costituiscono o fanno circolare diritti reali atipici”.

¹⁰⁰ V. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Grassetti*, I, Milano, 1980, 421, che reputa che l’idea di un numero chiuso come limite alla privata autonomia non è giustificabile (...) né dal punto di vista storico né sotto il profilo tecnico, relativamente all’attuale ordinamento”, e che regola “relativa al giudizio di meritevolezza degli interessi (...) impedisce che possano aver forza giuridica, e quindi un effetto vincolante, operazioni economiche la cui struttura possa rivelarsi dannosa per l’intera collettività”. Con riferimento ad ipotesi in relazione alle quali si è acceso il dibattito sul punto, per QUADRI, in *Multiproprietà. Confronto a più voci*, a cura di BARBIERA, Milano, 1986, 72 “l’atipicità (...) sembra imporsi comunque in tema di multiproprietà; e ciò anche quando non si ha il coraggio di affermare, senza mezzi termini, che non si è in presenza di un diritto reale tipico”. In giurisprudenza v. APP. GENOVA, 29 settembre 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 532, a parere della quale “la pertinace difesa tradizionale basata sulla assoluta inammissibilità della configurazione di altri *iura in re* oltre a quelli tradizionali, sia viziata da un certo dogmatismo, a fronte delle nuove figure che vanno emergendo nell’attuale realtà economico-giuridico (si pensi alla figura del supercondominio, ignota al legislatore del c.c. del 1942); si ritiene, pertanto, che sia

(libertà fondiaria, salvaguardia della posizione dei terzi, esigenza di limitare il fenomeno della coesistenza di più diritti su uno stesso bene e di non intralciare la libera circolazione del bene) siano comunque del tutto inidonee per sostenerne l'applicabilità anche ai negozi con cui si dispone (in senso ampio) di essi¹⁰¹.

Al contrario, il mercato così come emerge nella nostra realtà, e “che conosce e si fonda sull'*institution des marchads* e sull'*invention della mannaie*”¹⁰², appare disciplinato da regole del tutto diverse da quelle sussistenti nelle società pregresse. Nell'attuale società, che è diventata una società del *fare*, la ricchezza è sempre più “dematerializzata”, circola con rapidità estrema in un mercato globale e, pertanto, mal si concilia con strumenti rigidi e tassativi.

Nell'attuale assetto normativo, dal combinato disposto dell'art. 922 c.c. (“la proprietà si acquista (...) per effetto di contratto, per causa di morte e nei modi stabiliti dalla legge”) e dell'art.1322, 2° comma, c.c. (“Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”), sembra potersi ricavare il principio per cui i privati hanno piena autonomia nell'utilizzare schemi atipici di contratti ad effetti reali, sempre che siano perseguiti interessi meritevoli di tutela.

Del resto, esistono numerose ipotesi di contratti atipici ad effetti reali, alcune delle quali, successivamente ad un costante utilizzo nella pratica hanno, poi, trovato una disciplina normativa: si può, ad esempio,

legittimo esprimere seri dubbi sulla inderogabilità di tale principio, il quale potrebbe essere visto come un ingiustificato vincolo all'autonomia negoziale, prevista dall'art. 1322 c.c. e indubbiamente garantita dalla Carta Costituzionale (art. 41 Cost.), tenuto conto che la finalità sottesa all'istituto in questione (garantire l'utilizzo di un immobile per le vacanze a prezzi contenuti) appare nella moderna società sicuramente “diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela” come voluto dall'art. 1322, 2° comma, c.c.”.

¹⁰¹ A parere di GRASSETTI, *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, Milano, 1936, 30 per la cui citazione v. DONISI, *op. cit.*, 306, anche a voler ammettere una rigorosa tassatività dei diritti reali, “non ne consegue la tipicità dei negozi ad effetto reale”.

¹⁰² FERRI, *op. ult. cit.*, 3

ricordare il contratto di multiproprietà¹⁰³, il factoring¹⁰⁴, il contratto di viaggio¹⁰⁵, il contratto di edizione¹⁰⁶, la cessione di cubatura¹⁰⁷.

Pur essendo oramai pacifica la possibilità di concludere contratti atipici ad effetti reali, tuttavia la giurisprudenza tende a negare che spostamenti giuridico-patrimoniali possano trovare fondamento in fattispecie esulanti dall'alternativa contratto di scambio-negoziativo e, per conseguenza, ad escludere o a comprimere fortemente l'area di operatività di fattispecie gratuite non codificate.

Anzi, si è addirittura affermata che qualora manchi qualsiasi controprestazione al trasferimento di un diritto deve presumersi *l'animus donandi*, cosicché il contratto deve essere qualificato come donazione e rivestire, a pena di nullità, la forma dell'atto pubblico¹⁰⁸. Per tale motivo la Cassazione ha dichiarato nullo, per difetto di forma, la costituzione gratuita del diritto di superficie effettuato a favore di una società cooperativa da parte di un socio.

Tale decisione presta il fianco a molteplici critiche.

In primo luogo, almeno come pare potersi dedurre dalla lettura della massima della sentenza in esame, sembra che si sia surrettiziamente introdotta una presunzione *iuris tantum* (allorché si sostiene che bisogna presumere *l'animus donandi* in ogni atto di trasferimento di diritti privo di corrispettivo), presunzioni che, invece, possono essere introdotte dal solo legislatore.

¹⁰³ Su cui, tra gli altri: AA.VV., *Multiproprietà. Confronto a più voci*, a cura di BARBIERA, Milano, 1986; CONFORTINI, voce "Multiproprietà", in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990; BIANCA, *La proprietà*, 6, Milano, 1999, 529 ss.; CARINGELLA, *Studi di Diritto Civile*, 2, Milano, 2003, 2483 ss.

¹⁰⁴ Da ultimo v. BUSSANI, *I singoli contratti.*, *Contratti moderni. Factoring. Franchising. Leasing*, vol. 4, Milano, 2005, 65 ss.

¹⁰⁵ Soprattutto ove si accolga la tesi per la quale "con la stipula del contratto di organizzazione di viaggio si avrebbe, dunque, una cessione 'in blocco', *vendendi causa*, di una serie di contratti tra organizzatore e cliente (contratti già conclusi dal primo con i suoi fornitori) che compongono il singolo 'pacchetto turistico' alienato": ARLOTTA, *Il contratto di viaggio e le conseguenze del suo inadempimento: danno da vacanza rovinata e overbooking*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 461.

¹⁰⁶ V., anche per opportuni riferimenti, GAZZONI, *op. cit.*, 1343

¹⁰⁷ Per approfondimenti su tale tematica, si rinvia a BIANCA, *op. ult. cit.*, 319 ss. e CARINGELLA, *op. cit.*, 2535 ss.

¹⁰⁸ Così CASS., 19 marzo 1998, n. 2912, in *Giur.it*, 1998, I, 1, 2018 ss.

Inoltre, se è vero che la parte ricorrente sbaglia nel voler comunque qualificare il negozio come corrispettivo (individuando come controprestazione a suo favore i maggiori utili che sarebbero derivati dalla società e il miglioramento delle condizioni del residuo terreno), è altrettanto vero che la Corte ha il potere di qualificare l'atto in modo diverso, appunto come gratuito. I giudici di legittimità, invece, non prendono assolutamente in considerazione l'interesse sottostante il negozio di attribuzione che, essendo chiaramente di natura patrimoniale, doveva portare ad escludere la sussistenza di uno spirito di liberalità da parte del socio: l'atto è, infatti, preordinato al soddisfacimento di interessi economici, sia pure in via mediata e indiretta, ben diversi da quello preso in considerazione dall'art. 769 c.c.

Sembra, poi, opportuno precisare che l'unico precedente conforme richiamato in tale pronuncia (Cass., 11 marzo 1996, n. 2001) per suffragare l'idea che “la mancanza di corrispettivo è già sintomo sufficiente per qualificare il rapporto come donazione” sostiene esattamente il contrario: “l'assenza di corrispettivo, se è sufficiente a caratterizzare i negozi a titolo gratuito (così distinguendoli da quelli a titolo oneroso) non basta invece ad individuare i caratteri della donazione, la cui essenza, come si ricava dall'art. 769 c.c., ‘sta appunto in ciò, che per puro spirito di liberalità una persona opera una diminuzione del proprio patrimonio e un incremento del patrimonio di un'altra’ (Relazione, n. 372)”¹⁰⁹.

Tali affermazioni, d'altronde, si spiegano “con la mancanza di un rentroterra dottrinale sicuro in tema di causa dell'attribuzione che, viceversa, rappresenta il presupposto fondamentale da cui muovere per individuare l'interesse delle parti sotteso all'operazione contrattuale”¹¹⁰.

¹⁰⁹ CASS., 11 marzo 1996, n. 2001, in *Foro it.*, 1996, I, 1222 ss.

¹¹⁰ V. CARINGELLA, *op. cit.*, 1762.

Anche in dottrina¹¹¹ si è, talvolta, sostenuto che il principio generale della facoltà dei privati di concludere contratti atipici sia limitato ai soli atti che prevedano uno scambio di prestazioni, escludendo, così, la possibilità di creare fattispecie negoziali con prestazioni a carico di una sola parte.

Le difficoltà incontrate da dottrina e giurisprudenza nell'uscire da quella "strettoia interpretativa"¹¹² che esaurisce nella dicotomia scambio-donazione l'ambito delle attribuzioni patrimoniali, trova le sue radici nell'idea diffusa¹¹³ che l'adozione dell'atto pubblico del contratto donativo renda irrilevante l'indagine sugli interessi perseguiti dalla parte¹¹⁴. Dall'azzeramento della rilevanza dell'interesse perseguito dal donante è derivata l'esclusione della configurabilità di altri negozi attributivi gratuiti che si diversifichino dalla donazione per un differente assetto di interessi.

L'origine di una tale impostazione sembra derivare dal fatto che la causa liberale è caratterizzata da quegli "scopi che, nell'ambito della normale attività contrattuale di scambio, per non incidere sulla consistenza economica dell'accordo, rimarrebbero al di fuori della causa, potendo in quei casi essere considerati meri motivi dell'atto"¹¹⁵.

¹¹¹ Sul punto v. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica*, Milano, 1951, 75 ss.

¹¹² Così PALAZZO, *op. ult. cit.*, 91.

¹¹³ Al riguardo, tra gli altri, COVIELLO, *Donazione*, Siracusa, 1927, 52 ss. e JEMOLO, *Lo spirito di liberalità (riflessioni su una nozione istituzionale)*, in *Scritti in memoria di Filippo Vassalli*, Torino, 1960, 973 ss. il quale è in sintonia con quella giurisprudenza che "ha praticamente annullato lo spirito di liberalità, facendolo coincidere con la mancanza di obbligo, e ne ammette l'esistenza anche quando l'intento fosse ignobile: donare per entrare nelle grazie di alcuno, per vincolare con i legami della riconoscenza alcuno, proponendosi poi di rubargli la moglie o la figlia" (così a pag. 980). Si veda anche MIRABELLI, *Dialoghi in tema di liberalità*, in AA.VV., *Studi Gorla*, Milano, 1994, 1941 ss., per il quale la donazione è un atto rivestito di una particolare forma solenne per il quale non ha rilevanza nessun motivo, nessuna spiegazione, nessuna ragione.

¹¹⁴ A parere di CATAUDELLA, *Donazione e liberalità*, in AA.VV., *Studi in onore di Rescigno*, Milano, 1998, I, 173 ss., a sostegno dell'irrilevanza dei motivi che hanno spinto il donante a compiere l'atto di disposizione militerebbe, oltre alla rarità del puro spirito di liberalità, il fatto che il legislatore ha considerato quale donazione anche l'atto liberale in cui l'onere è il solo motivo determinante, cosa che dimostrerebbe che il donante può non essere affatto mosso dal puro spirito di liberalità. BALBI, in *Saggio sulla donazione*, Torino, 1942, 109, giunge addirittura a considerare donazione l'omaggio del commerciante

¹¹⁵ MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 70. V., infatti, FERRANDO, "Spirito di liberalità" e "motivi dell'attribuzione" (*Appunti in margine alla definizione di "causa donandi"*), in *Giur. it.*, 1974, I, 2, 740 ss., per la quale "bisogna riconoscere che la tradizionale contrapposizione fra causa e motivi, se può aver significato per i contratti in genere non ne ha per la donazione".

Diretta conseguenza di ciò, è stata la tendenza a far confluire nello schema della liberalità, ogni fattispecie non inquadrabile nello schema dello scambio “instaurando un rigido dualismo che non pare invece in grado di rispecchiare adeguatamente il concreto atteggiarsi degli interessi dei privati”¹¹⁶. Una simile ricostruzione non ha fatto altro, però, che disconoscere valenza causale a quegli interessi economici che, pur non trovando espressione in termini sinallagmatici, possono muovere il privato a compiere un’attribuzione patrimoniale a favore di terzi¹¹⁷.

Proprio per tale motivo, la Cassazione¹¹⁸, mutando il suo precedente indirizzo¹¹⁹, ha equiparato la vendita a prezzo “irrisorio o vile” a quella a prezzo “meramente simbolico”¹²⁰ ritenendo entrambe prive di causa: si sostiene, infatti, che in caso di mancanza o irrisorietà del prezzo la vendita è priva di giustificazione causale, cosicché l’unica via percorribile per giustificare il trasferimento della proprietà sarebbe la ricostruzione di tali contratti in termini donativi.

¹¹⁶ MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, in *Contr. impr.*, 1986, 917.

¹¹⁷ Si veda, ad esempio, TILOCCA, *Onerosità e gratuità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 53 ss., che allorché passa ad esaminare il concetto di gratuità, limita la sua disamina ai rapporti tra donazione e liberalità non donative, non avendo la percezione che la gratuità vada oltre la sfera della liberalità.

¹¹⁸ Tale nuovo orientamento è stato inaugurato da CASS., 24 novembre 1980, n. 6235, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Vendita* n. 39, secondo cui il prezzo è un elemento essenziale della compravendita e deve ritenersi mancante ove sia meramente simbolico o non corrispondente al valore economico del bene venduto. Corroborano tale indirizzo, CASS. 6492/1987, *ibidem*, 1987, voce *Contratto in genere* n.365 e CASS., 20 novembre 1992, n. 12401 in *Foro it.*, 1993, I, 1506 ss. In sede di merito, v. già TRIB. PARMA, 16 novembre 1972, in *Giur. merito*, 1975, I, 468 secondo cui “l’ordinamento giuridico presuppone la realtà economica e la funzione sociale della vendita, realtà e funzione che presuppongono, almeno in linea di approssimazione l’equivalenza delle due prestazioni”.

¹¹⁹ V., *ex plurimis*, CASS., 16 luglio 1963, n. 1945, in *Rep. Foro it.*, 1963, voce *Vendita* n. 44; Cass., 24 febbraio 1968, n. 632, in *Giust. civ.*, 1968, I, 1475; Secondo il precedente orientamento, solo la c.d. vendita “*nummo uno*” doveva considerarsi nulla per difetto dell’elemento causale, mentre in quelle a “prezzo irrisorio”, stante il principio dell’indifferenza per l’ordinamento giuridico della “convenienza stipulatoria”, l’elemento causale doveva considerarsi integro non essendo richiesta l’adeguatezza del prezzo rispetto al bene alienato: “l’indagine del giudice non può estendersi alla valutazione economica della congruità del prezzo statuito a titolo di corrispettivo” (così TRIB. ROMA, 15 febbraio 1963, in *Temi*, 1964, 367 ss.).

¹²⁰ Che ricorrerebbe nel solo caso di vendita *nummo uno*, ovvero nei casi di “prezzo rappresentato, nel senso stretto del termine, da un’unità monetaria, una lira, un centesimo” (così TRIB. ROMA, 15 febbraio 1963, cit.; dello stesso tenore è anche APP. ROMA, 15 febbraio 1965, in *Rep. Foro it.*, 1965, voce *Vendita* n. 31).

A fondamento di tale inversione di rotta¹²¹ è stata posta proprio la valorizzazione dell'elemento causale, quale strumento di controllo dell'effettiva strutturazione dell'operazione negoziale. Accolta la tesi della causa in concreto, il concetto stesso di corrispettività non può più essere rintracciato, a parere della Suprema Corte, nella mera previsione di sacrifici in capo ad ambo i contraenti, essendo, invece, necessaria al fine di giustificazione causale un *quid minimum* di omogeneità del valore delle prestazioni.

Per tale motivo, tanto le ipotesi di vendita a prezzo "irrisorio o vile" quanto quelle a prezzo "meramente simbolico" non possono inquadrarsi nell'ottica della sinallagmaticità: il prezzo irrisorio "nel dar foggia ad un mero simulacro di corrispettività, non si presenta, sul piano della ragionevolezza causale, affatto distinguibile rispetto alla previsione di corrispettivo *stricto sensu* simbolico e, quindi, non diversamente da quest'ultima, appare meritevole di caducazione per carenza del requisito funzionale"¹²².

Tuttavia, se pare corretto affermare che la struttura sinallagmatica di un negozio è contraddetta, nella realtà dei fatti, da una macroscopica sproporzione tra i valori delle prestazioni, non è altrettanto condivisibile

¹²¹ Il superamento del dogma del disinteresse dell'ordinamento giuridico rispetto all'equilibrio, almeno tendenziale, delle prestazioni contrattuali è evidenziato, tra gli altri, da LEMME, *Osservazioni sulla vendita con prezzo irrisorio*, in *Tem*, 1964, 367 ss. e BELFIORE, *Appunti in tema di prezzo nella compravendita*, in *Giur. merito*, 1975, I, 468 ss.

¹²² V. CARINGELLA, *op. cit.*, 1747. Sul tema pare opportuno ricordare l'opinione di chi (PERLINGIERI, *op. cit.*, 560 ss.) sostiene che, anche in materia contrattuale, sia operativo il principio, di derivazione comunitaria, di proporzionalità, il quale svolgerebbe un ruolo di controllo di meritevolezza delle clausole contrattuali e dell'intero assetto negoziale. *Contra v. BIANCA, Il Contratto*, cit., 490, secondo cui "di per sé lo squilibrio di valori tra prestazione e controprestazione non esclude il nesso di corrispettività" essendo le parti generalmente libere di determinare l'entità delle prestazioni dovute. Tale opinione sembra ora confermata dall'art. 34, 2° comma, del D.Lgs. 06 settembre 2005, n. 206 (c.d. Codice del consumo) secondo il quale "la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile". Tuttavia, VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 403 ss., ritiene che "la recente storia del diritto privato rivela lo sforzo del legislatore nazionale e comunitario proteso a sfatare antichi tabù concernenti l'adeguatezza dello scambio culturale e ad attuare programmi di giustizia retributiva".

trarre *sic et simpliciter*, come diretta conseguenza di tale sproporzione, la mancanza di causa dell'operazione negoziale stessa.

Infatti, se è vero che non è sufficiente il simulacro di una corrispettività tra le prestazioni per attribuire una giustificazione causale al contratto, è altrettanto vero che dal solo squilibrio dei valori non può derivarsi la constatazione dell'assenza di una causa dello scambio, pur se "squilibrato".

La mancanza di un margine di proporzionalità tra i correlativi sacrifici e vantaggi di un'operazione economica fa venir meno la *causa vendendi*, ma ciò non esime l'interprete dal valutare se tale operazione persegua, comunque, degli interessi meritevoli di tutela ed integri, eventualmente, una fattispecie atipica.

E', infatti, necessario salvare da tale sanzione, peraltro la più grave prevista in tema di invalidità degli atti negoziali, quegli accordi che realizzino un complessivo equilibrio tra le posizioni delle parti in causa; tale equilibrio, però, non deve ricercarsi nel singolo contratto (potendo costituire quest'ultimo solo un profilo di una complessa operazione economica) bensì, nel complessivo contemperamento delle contrapposte esigenze che, anche in base ad altri accordi o rapporti commerciali (presenti, passati o futuri), porterà alla migliore realizzazione degli scopi delle parti¹²³.

Del resto, sembra emergere una sempre maggiore attenzione, anche a livello legislativo, per il fenomeno del collegamento negoziale e per l'inserimento della singola operazione economica nel complesso dei rapporti tra le parti. Si può, ad esempio, ricordare il disposto dell'art. 1469 *ter* c.c. ("La vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende") e dell'art. 7, comma 1°, del D lgs. 231/02 a tenore del quale "L'accordo sulla

¹²³ Per un approfondimento di tale tematica v. *infra* cap. II, par. 3.

data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento, è nullo se, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente iniquo in danno del creditore”¹²⁴

Sarebbe, del resto, del tutto illogico considerare privo di giustificazione causale un contratto tutte le volte in cui lo squilibrio economico tra le prestazioni “sia strumentale a soddisfare una causa *praeterita* o futura corrispondente a interessi economici di ordine superiore”¹²⁵, se è vero che ogni regola negoziale è espressione oggettivata di specifiche finalità soggettive¹²⁶.

Ciò appare confermato da una più recente pronuncia della Corte di Cassazione¹²⁷ allorché si afferma che “la pattuizione di un prezzo molto inferiore al valore di mercato della cosa venduta, e però non privo di valore intrinseco, può dar vita a problemi circa la adeguatezza e l’equivalenza delle prestazioni, afferenti propriamente alla *individuazione del reale intento negoziale ed alla effettiva configurazione e operatività della causa del contratto*, ma non può determinare l’insorgenza della questione della nullità del negozio per la mancanza del requisito del prezzo” (il corsivo è nostro).

Del resto, una tale ricostruzione sembra ricalcare un consolidato orientamento giurisprudenziale dettato in tema di locazione con canone esiguo, a tenore del quale “non è titolare di un rapporto di locazione, ma di altro rapporto qualificabile come comodato o uso gratuito o altro atipico

¹²⁴ Su tale questione v., però, CONS. STATO, 12 aprile 2005, n. 1638, in *Danno resp.*, 2005, 893 ss., che pone un automatismo tra clausole in deroga a disciplina legale e nullità delle stesse, senza sottoporle ad un effettivo controllo circa la sussistenza della “grave iniquità” delle stesse alla luce di tutta l’operazione economica posta in essere tra le parti.

¹²⁵ PALAZZO, *op. cit.*, 94.

¹²⁶ V. FERRI, *Negozio giuridico*, cit. 76 ss.

¹²⁷ CASS., 28 agosto 1993, n. 9144, in *Foro it.*, 1994, I, 2489 ss.

colui che detiene un immobile pagando un compenso tanto esiguo da dover essere considerato simbolico”¹²⁸.

Non v'è chi non veda come situazioni simili (vendita e locazione a prezzo “irrisorio”) siano trattate in maniera differente: la prima viene considerata nulla per mancanza di causa, la seconda viene ricondotta ad altri schemi tipici o atipici. Non si comprende, tuttavia, un'attuale *ratio* giustificatrice di tale disparità di trattamento tra le conseguenze giuridiche derivanti dal medesimo dato economico, che non è suscettibile di differente interpretazione o valutazione a seconda che la stipulazione abbia ad oggetto un contratto ad effetti reali o obbligatori¹²⁹.

La tesi qui sostenuta, peraltro, sembra conforme alla *voluntas legis* in quanto la mancata previsione di alcun rimedio generale contro la mancanza dell'equivalenza obbiettiva tra le prestazioni è stata giustificata, nella Relazione al Codice Civile, col fatto che “una norma generale che avesse autorizzato il riesame del contenuto del negozio per accertare l'equità economica degli effetti derivanti a ciascuna parte sarebbe stata non solo esorbitante, ma anche pericolosa per la sicurezza delle negoziazioni, tanto più che avrebbe reso necessaria una valutazione obbiettiva delle situazioni contrapposte, là dove spesso, nella determinazione dei vantaggi di ciascuna parte, operano imponderabili apprezzamenti soggettivi non suscettibili di controllo adeguato”¹³⁰.

¹²⁸ CASS., 09 settembre 1975, n. 2693, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1568 ss. V. anche CASS., 27 marzo 1962, n. 627, in Rep. Foro it., 1962, voce “Locazione”, n. 37, secondo cui “perché non si abbia locazione non è necessaria l'equivalenza fra le prestazioni e che, quindi, il corrispettivo per il godimento della cosa sia in proporzione al valore di essa. Tuttavia, per stabilire il sinallagma, occorre che la controprestazione, sotto qualsiasi forma prevista, si concreti in un'utilità economica, anche se di misura modesta, perché ove tale utilità economica mancasse o fosse irrisoria il contratto risulterebbe stipulato nell'esclusivo interesse di chi riceve la cosa e sarebbe, quindi, qualificabile come concessione gratuita d'uso, come precario o come contratto atipico, ma non come locazione”.

¹²⁹ Differenza di trattamento che, può, forse, essere giustificata storicamente in relazione alla peculiare rilevanza attribuita dall'ordinamento ai contratti ad effetto reale.

¹³⁰ Reazione al Codice Civile n. 656.

Si potrebbe, invece, ipotizzare accanto al *negotium mixtum cum donatione*¹³¹, nelle fattispecie caratterizzate da assenza di spirito di liberalità, l'individuazione di una figura di *negotium mixtum cum gratuitate*, che costituirebbe lo strumento attraverso cui, mediante uno squilibrio tra le prestazioni, si perseguano comunque interessi economici meritevoli di tutela e non siano integrati schemi tipici.

Tale figura, rappresentando l'omologo del *negotium mixtum cum donatione* per i casi di attribuzioni interessate, dovrebbe, quindi, trovare piena cittadinanza giuridica nel nostro ordinamento e non esserne, invece, bandito in quanto qualificato come negozio astratto: lo squilibrio dell'atto viene meno, infatti, in relazione alla capacità che esso ha di incidere sulla transazione economica considerata nel suo complesso.

2. Possibilità di un'alternativa alla dicotomia vendita-donazione: il “negozio gratuito atipico traslativo”.

L'architettura dogmatica della donazione, di origine ottocentesca, è improntata sulla consapevolezza che tale contratto fosse completamente estraneo alle logiche di mercato, ossia a quelle operazioni commerciali tramite le quali i soggetti giuridici cercano di incrementare la propria sfera patrimoniale.

¹³¹ Su cui, di recente, v. CASS., 27 gennaio 2003, n. 1153, in *Notariato*, 2003, 477 ss., con cui si è definito il *negotium mixtum cum donatione* “un contratto unitario di carattere esclusivamente oneroso (per il quale, perciò, non è necessaria la forma solenne prescritta per la donazione diretta: v., tra le più recenti, Cass., 21 gennaio 2000, n. 642) che tuttavia realizza anche una liberalità, comportante un depauperamento dell'alienante e un corrispondente arricchimento dell'acquirente, che sono configurabili, appunto, ‘limitatamente alla differenza tra il valore di mercato del bene ed il suddetto prezzo’ (v., per tutte, Cass. 21 ottobre 1992 n. 11499)”. *Contra* v. CASS., 09 aprile 2003, n. 5584, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce “Contratto in genere”, n. 419 che afferma “che il *negotium mixtum cum donatione* escluda la prelazione agraria ed il succedaneo diritto di riscatto è stato già affermato da questa C. S. (sent. nn. 7969-91 e 6711-01) sulla base di argomentazioni che il collegio condivide e fa proprie ed avverso le quali la ricorrente non adduce rilievi decisivi e contrastanti: presupponendo, invero, detti istituti un trasferimento a titolo oneroso (ovvero una concessione in enfiteusi), come dispone il primo comma della legge 26 maggio 1965 n. 590, estesa al coltivatore diretto confinante dalla successiva legge n. 817-71, non può considerarsi tale un atto costituente, per costante giurisprudenza (da ultimo Cass. nn. 1214-97 e 642-00), una donazione indiretta, rivolta ad arricchire il compratore della differenza tra il prezzo pattuito e quello effettivo”.

Di ciò, si trova ancora traccia nel *code civil*, in cui la donazione è inserita in quella categoria di strumenti idonei a far circolare i beni e caratterizzati da una finalità non locupletativa, categoria che ricomprende, a norma di legge, solo la donazione e il testamento¹³².

Del resto, alcune disposizioni dell'attuale codice civile¹³³ si possono spiegare solo riferendole a disposizioni prive di uno scopo di arricchimento proprio da parte del disponente. Sarebbe, infatti, irrazionale dal punto di vista logico, prima che giuridico, che un atto che persegua degli interessi patrimoniali possa perdere la sua efficacia per il sopravvenire (anche dopo molto tempo dalla conclusione del negozio) di figli o possa obbligare il beneficiario a prestare gli alimenti¹³⁴.

Se, quindi, si ritiene che il mercato sia “il luogo degli scambi, cioè delle relazioni in cui ciascuna parte dà all'altra e riceve dall'altra, o, meglio, dà in quanto e perché riceve”¹³⁵, ben si comprende l'idea¹³⁶ di chi sostiene che ogni forma di gratuità è estranea alle logiche del mercato perché, da tale dimensione è del tutto assente una prestazione che non abbia un immediato corrispettivo. Si sostiene, infatti, che tali operazioni negoziali “pur dando vita, a loro modo, ad una sorta di circuito economico (che è e resta parallelo ed estraneo all'*area* degli scambi) sono del tutto estranei alla *dimensione* del mercato”¹³⁷, il quale “come unità giuridica delle relazioni di scambio, si traduce nello schema del contratto a titolo oneroso, che, sulle orme di Pothier e del *Code Napoléon*, era perspicuamente definito nell'art. 1101 c.c.

¹³² A norma dell'art. 893 *code civil* “*On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament, dans les formes ciaprès établies*”.

¹³³ Ci si riferisce agli art. 800 c.c. e ss. che disciplinano la revocazione delle donazioni, all'art. 782 c.c. che dispone in tema di forma della donazione e all'art. 437 c.c. dettato in tema dell'obbligo di prestare gli alimenti gravante sul donatario.

¹³⁴ Seppur nei limiti di cui agli artt. 437 e 438, ultimo comma, c.c.

¹³⁵ Così IRTI, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà* in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 186.

¹³⁶ FERRI, *Dall'economia della bontà*, cit., 12 ss.

¹³⁷ FERRI, *op. loc.cit.*

del 1865 come il contratto ‘nel quale ciascuno dei contraenti intende, mediante equivalente, procurarsi un vantaggio’¹³⁸.

Tuttavia, pare che tali ricostruzioni avessero presente un ambiente di mercato totalmente diverso da quello attuale, in cui le attività economiche (e conseguentemente gli strumenti giuridici utilizzati) appaiono completamente differenti rispetto a quelle sussistenti al tempo della codificazione del ‘42 e che, peraltro, non sembrano ancora aver trovato un definitivo assestamento¹³⁹. Anzi non pare peregrina l’idea che, al giorno d’oggi, le liberalità disinteressate costituiscano un’eccezione, perseguendosi attraverso gli atti gratuiti, nella maggioranza dei casi, “un’utilità indiretta ma assai concreta dal punto di vista economico”¹⁴⁰.

Anzi, in modo forse un po’ provocatorio, si potrebbero capovolgere le conclusioni a cui, come si è visto precedentemente¹⁴¹, è giunta la Cassazione¹⁴²: in caso di atto senza corrispettivo dovrebbe presumersi un intento di arricchimento (e, in particolar modo, ove tale attribuzione patrimoniale sia effettuata da un soggetto economico), salvo poi provare l’*animus donandi*¹⁴³.

La sfera giuridica del disponente, infatti, appare sufficientemente tutelata, in tema di atti gratuiti interessati, proprio dalla presenza di una sua aspettativa economica suscettibile, eventualmente, di un accertamento giudiziale al fine del controllo della valenza causale della stessa.

¹³⁸ IRTI, *op. cit.*, 187. Si veda anche l’art. 1105 del *Code Napoléon* che definisce il contratto *de bienfaisance* “*celui dans le quel l’une des parties procure à l’autre un avantage purement gratuit*”.

¹³⁹ E, forse, non è detto che lo trovino rimanendo, invece, ad uno stato “magmatico”. L’avvento dell’*e-commerce* sta, infatti, causando un modo tutto nuovo, e mai sperimentato nella storia, di effettuare scambi commerciali: si pensi, ad esempio, al mercato discografico in cui si vanno affermando negozi “virtuali” da cui scaricare singole canzoni di un album (evitando, così, di doverlo comprare interamente) ed in cui alcuni brani o parti di esso possono essere scaricati *gratuitamente*, con evidenti fini pubblicitari.

¹⁴⁰ MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 62. Sul punto, v. anche LIPARI, *Spirito di liberalità e spirito di solidarietà*, cit., 12 ss.

¹⁴¹ V. *supra* cap. II, par. 1.

¹⁴² Cass. 19 marzo 1998, n. 2912, cit.

¹⁴³ Sembra pienamente da condividere quanto affermato da SACCO, *Recensione a Antonio Palazzo*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 545 ss., per il quale l’atto liberale non è semplicemente ciò che risulta essere a titolo gratuito, bensì ciò che mostra d’essere fuori dai meccanismi di mercato.

Tuttavia, se, come vedremo successivamente, poche perplessità hanno suscitato le stipulazioni afferenti ad obblighi di *facere*, si è manifestato una dura resistenza alla configurabilità di atti traslativi gratuiti o che concernessero prestazioni di dare.

Si sostiene¹⁴⁴, infatti, che in queste ultime fattispecie la prestazione effettuata necessita fisiologicamente di essere giustificata dalla presenza di una controprestazione economica.

Anche la Corte di Cassazione è solita valutare in termini di nullità, per mancanza di causa, il trasferimento gratuito di beni o l'assunzione gratuita di obblighi di dare, senza ponderare adeguatamente le ragioni pratiche che possono giustificare la determinazione negoziale assunta dai contraenti. *Leading case* dell'orientamento su richiamato è la decisione del 20 novembre 1992, n. 12401¹⁴⁵ con cui la Suprema Corte ha dichiarato la nullità del trasferimento gratuito di quattro concessioni di autolinee internazionali per mancanza di causa.

La complessità della vicenda merita particolare attenzione. A seguito dell'entrata in vigore di una legge regionale che aveva previsto l'attribuzione ad un Consorzio Trasporti delle autolinee infraregionali, la società Alfa (che fino ad allora era titolare di tali concessioni) stipulava un contratto preliminare con detto Consorzio delle sue quote azionarie. All'interno di tale preliminare era previsto, però, che prima del definitivo trasferimento del pacchetto azionario, la società avrebbe dovuto cedere ad altri i beni non ricompresi nel programma di pubblicizzazione.

Al fine di adempiere a tale obbligo, la società Alfa cedeva a titolo gratuito alla società Beta le quattro concessioni di autolinee internazionali di cui era titolare¹⁴⁶, a cui seguiva la cessione delle azioni al Consorzio. Probabilmente, non vi sarebbe stata la materia del contendere se l'Ufficio

¹⁴⁴ In questo senso, CHECCHINI, *op. cit.*

¹⁴⁵ Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I 1506 ss. con nota critica di CARINGELLA, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici*, e in *Corr. giur.*, 1993, 174 ss., con nota adesiva di MARICONDA, *Trasferimenti atipici e nullità per mancanza di causa*.

¹⁴⁶ Con ciò ottenendo anche un risparmio di spesa, visto che tale ramo di azienda non era in attivo.

Provinciale della Motorizzazione Civile e dei Trasporti non avesse comunicato alle società coinvolte nell'operazione commerciale che l'atto di cessione era da considerarsi nullo in quanto intervenuto prima dell'approvazione ministeriale necessaria *ex lege*, invitandole a trasmettere un nuovo atto di cessione munito dell'*imprimatur* ministeriale.

A questo punto, la società Alfa, nel frattempo passata sotto il controllo del Consorzio, rifiuta di prestarsi alla ristipulazione del pregresso impegno negoziale per difetto dell'elemento causale. La società cessionaria si vede così costretta ad agire in giudizio al fine di ottenere una pronuncia dichiarativa della validità ed efficacia del contratto in parola o, in subordine, di condanna al risarcimento danni per inadempimento contrattuale: pretese puntualmente negate nei tre gradi di giudizio.

In particolare ad avviso della Suprema Corte "la semplice ed unilaterale attribuzione patrimoniale non può in alcun modo assurgere a causa giuridica del negozio, in quanto non consente di identificarne lo scopo e stabilirne, di conseguenza, la rilevanza socio-economica e, in ultima analisi, la liceità". La finalità di separare dal patrimonio della società Alfa tutto quanto non avesse attinenza con l'operazione di pubblicizzazione, viene relegata nella sfera dei motivi, seppur la ricorrente principale avesse giustamente sostenuto che la ricerca della causa della cessione non era scindibile dall'interpretazione della funzione unitaria del complesso delle pattuizioni tendenti alla pubblicizzazione.

Non v'è chi non veda come una simile ricostruzione sia il frutto di una "spasmodica" ricerca della corrispettività, a nulla rilevando che esistano lapalissiani interessi economici che sorreggano questa operazione commerciale. A dir poco sconcertante è l'affermazione per cui lo scorporo dei beni esclusi dal fenomeno predetto sarebbe "estraneo o, quantomeno, esterno alla struttura negoziale della cessione, e non pare in alcun modo assumere valore giustificativo ai fini dello 'scambio' delle prestazioni (e quindi, della ragione in senso tecnico della cessione), cui soltanto è

consentito ammettere un valido significato, per risalire alla funzione del negozio e qualificarne la causa”.

Contrariamente, pare potersi affermare che la pubblicizzazione delle autolinee sia configurabile quale evento presupposto¹⁴⁷ della cessione¹⁴⁸, come vero e proprio obiettivo perseguito dalla società cedente: nell’ottica di quest’ultima, infatti, l’entrata nel consorzio rappresenta il fine per il quale sopporta il sacrificio patrimoniale. Sembra da condividere, pertanto quanto affermato da uno dei commentatori¹⁴⁹ della sentenza in esame, a parere del quale “a più proficui risultati sarebbe stato possibile approdare seguendo un metodo di analisi diretto a vagliare, in conformità ai dettami della teoria della causa in concreto, il significato pratico, *ex latere cedentis*, dell’operazione operazione negoziale, ossia l’interesse effettivamente perseguito dallo stesso. E’ infatti di intuitiva evidenza che il ripudio di una dimensione astratta del concetto di causa, facendo venir meno la tradizionale cesura tra movimenti individuali e profilo causale, determina la rivalutazione degli interessi perseguiti dalle parti (segnatamente, dal cedente): non più meri motivi, ma elementi direttamente concorrenti alla definizione del profilo causale del negozio”

Inoltre, l’elevazione dello “scambio” ad unica *ratio* giustificatrice delle attribuzioni patrimoniali non donative appare più simile all’affermazione di un dogma di fede che di un principio di diritto, sol se si pensi che la stessa Cassazione, in un’altra decisione quasi coeva a quella in esame, aveva affermato che “la configurabilità di negozi traslativi atipici,

¹⁴⁷ “La presupposizione ricorre quando una determinata situazione, di fatto o di diritto, passata, presente o futura, di carattere obiettivo - la cui esistenza, cessazione e verifica sia del tutto indipendente dall’attività e dalla volontà dei contraenti e non costituisca oggetto di una loro specifica obbligazione - possa, pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, ritenersi tenuta presente dai contraenti medesimi, nella formazione del loro consenso, come presupposto avente valore determinante ai fini dell’esistenza e del permanere del vincolo contrattuale”, così CASS., 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giust. civ.*, 1998, I, 3161

¹⁴⁸ Nel caso ipotetico in cui la società cedente non fosse riuscita ad entrare nel consorzio per fatti sopravvenuti a lei non imputabili, mentre la cessione fosse andata a buon fine, è molto probabile che si sarebbe fatto ricorso proprio all’istituto della presupposizione al fine di porre nel nulla gli effetti della cessione delle autolinee.

¹⁴⁹ CARINGELLA, *op.ult.cit.*, 1520

purché sorretti da causa lecita, trova fondamento nello stesso principio dell'autonomia contrattuale posto dall'art. 1322, comma 2, c.c.”¹⁵⁰.

La controversia portata all'attenzione dei giudici di legittimità riguardava la richiesta dell'esecuzione in forma specifica di un unico contratto preliminare stipulato da due coniugi, in regime di separazione dei beni, con cui la moglie aveva promesso in vendita una villetta (di sua proprietà esclusiva) per la somma di £ 120.000.000, e il marito si era obbligato a trasferire a titolo gratuito un terreno ad essa adiacente “il cui valore era già compreso nel prezzo”.

La Corte di Appello investita della questione aveva dichiarato la nullità del contratto in quanto si sarebbe trattato di una duplice promessa di vendita, con conseguente invalidità del contratto per impossibilità di determinare il prezzo relativo a ciascun immobile, cosa necessaria in quanto i due promettenti venditori non potevano considerarsi un unico centro di interessi (perché i beni non erano in comunione).

La Suprema Corte, al contrario, qualifica l'atto di trasferimento concluso dal marito come contratto gratuito a favore del terzo in cui l'attribuzione gratuita può essere giustificata “dal previsto vantaggio del terzo, cioè, nella specie, dal maggior prezzo conseguito dalla contestuale vendita di un proprio bene da parte del terzo o dalla agevolazione della stessa conclusione del relativo contratto”.

Malgrado non si condivida tale soluzione, né quella di chi¹⁵¹ ritiene che l'atto di trasferimento ricada nello schema fissato nell'art. 1333 c.c., in quanto l'atto del marito non è assolutamente gratuito ma appare evidentemente oneroso¹⁵² (infatti, ad una prestazione principale corrisponde

¹⁵⁰ Così CASS., 09 novembre 1991, n. 10612, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2895 ss.

¹⁵¹ GAZZONI, *Babbo Natale*, cit., 2899.

¹⁵² Si ritiene, infatti, che ci si ritrovi dinanzi ad una donazione indiretta operata attraverso un preliminare di vendita con stipulazione a favore di terzo (il contratto a favore di terzo “non è un contratto tipico a sé stante ma un modo di essere del contratto di volta in volta concluso”: GAZZONI, *Manuale*, cit., 926), che corrisponderebbe, dal punto di vista del venditore, all'acquisto di un bene con intestazione a nome altri effettuato dalla parte acquirente (V., tra le altre, Cass. 23 dicembre 1992, n. 13630, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2404 ss.). La “peculiarità” dell'operazione

un'altra prestazione principale consistente nel "maggior prezzo conseguito" dalla moglie), tale sentenza si pone all'attenzione degli interpreti in quanto considera rilevanti degli interessi economici al fine di fornire una giustificazione causale ad un negozio gratuito atipico ad effetti reali.

Se, dunque, la giustificazione causale dei negozi traslativi non può fossilizzarsi sull'alternativa scambio-liberalità, sembrano potersi riscontrare validi presupposti su cui costruire la categoria del "negozio gratuito atipico traslativo"¹⁵³, esistendo, a ben vedere, sentenze¹⁵⁴ e dati normativi su cui fondare una tale ricostruzione dogmatica.

La Corte di Cassazione¹⁵⁵, senza porsi alcun problema circa la configurabilità di contratti gratuiti non donativi ad effetti reali¹⁵⁶, ha di recente affermato che il trasferimento a titolo gratuito di risorse da una società ad un'altra appartenente allo stesso gruppo non costituisce una

contrattuale, tutt'altro che trasparente, potrebbe però nascondere dei risvolti fiscali sconosciuti, nel qual caso l'attribuzione del prezzo della vendita alla moglie da parte del marito non sarebbe più sorretto da uno spirito di liberalità e dovrebbe qualificarsi come atto gratuito. Parimenti rilevante potrebbe essere stato, nel caso in esame, l'interesse del nucleo familiare, interesse del tutto a sé stante, poiché all'interno della famiglia sembrano valere regole diverse da quelle applicate agli estranei (v., anche per opportuni riferimenti, *infra* cap. II, par. 6).V., sul punto, GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, 576 ss. per il quale all'interno della famiglia la redistribuzione delle utilità dei beni non si conforma agli schemi proprietari perché avverrebbe secondo regole diverse rispetto a quelle che presiedono alla distribuzione delle situazioni di appartenenza tra i membri della società civile in generale. Infatti, nel caso in esame, anche il marito si potrebbe avvantaggiare del prezzo ottenuto dalla vendita dei due beni che, seppur entrato nella sfera di disponibilità della sola moglie, può essere utilizzato per soddisfare i bisogni della famiglia (e ciò sol se si pensi all'art. 143, 3° comma c.c.).

¹⁵³ Quanto sarà detto in tema di "negozio gratuito traslativo" può essere esteso anche a quello che prevede obblighi di dare in quanto accomunati sotto il punto di vista degli effetti finali dell'atto.

¹⁵⁴ V., sul punto, anche Cass., 18 febbraio 1999, n. 1366, in *Foro it.*, 1999, I, 3583 ss., ove si afferma che "poiché il trasferimento delle aree viene posto in essere in esecuzione di una obbligazione, convenzionalmente assunta per disciplinare le modalità di adempimento di un obbligo legale, detto trasferimento deve essere qualificato come contratto unilaterale, atipico e gratuito, che nulla ha a che vedere con una donazione: vale a dire come fattispecie di acquisto di un diritto reale, per la quale non è prevista la accettazione espressa dell'acquirente". In particolare, a parere della Cassazione, la cessione delle aree destinate alle opere di urbanizzazione al Comune, non costituisce autonomo atto di liberalità, come tale revocabile sino all'accettazione dell'ente beneficiario, ma rientra nel complessivo *iter* convenzionale del quale costituisce adempimento con l'effetto di considerarsi preventivamente accettata. Pur non condividendo la qualificazione giuridica dell'atto di trasferimento quale atto gratuito, tale decisione si pone all'attenzione degli interpreti in quanto accetta la possibilità di configurare nel nostro ordinamento un contratto atipico gratuito ad effetti reali che si conclude attraverso lo strumento di cui all'art. 1333 c.c.

¹⁵⁵ CASS., 11 marzo 1996, n. 2001, in *Foro it.*, 1996, I, 1222 ss. con nota redazionale di LA ROCCA.

¹⁵⁶ Forse perché, nel caso di specie, si trattava di una cessione di crediti, che, pur essendo un negozio ad effetti reali, non ha suscitato gli stessi "timori reverenziali" che la Suprema Corte mostra dinanzi ad atti di trasferimento di beni immobili.

donazione ai sensi dell'art. 769 c.c. qualora l'operazione sia stata posta in essere in adempimento di direttive impartite dalla capogruppo, ovvero risulti preordinata al soddisfacimento di un ben preciso interesse economico, anche mediato ed indiretto, della società cedente.

La “logica di gruppo” che è espressione di una politica imprenditoriale volta al perseguimento di obiettivi che trascendono quelli delle singole società, escluderebbe la possibilità di ravvisare gli elementi che, sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo, sono necessari per la ricorrenza di un contratto donativo. In primo luogo, le operazioni commerciali infragruppo sono poste in essere in adempimento di direttive impartite dalla capogruppo o comunque di obblighi assunti nell'ambito di una più vasta aggregazione imprenditoriale, il che esclude lo “spirito di liberalità” “dal momento che la sussistenza di tale requisito postula che l'attribuzione gratuita sia dovuta alla libera scelta del donante, la quale non è ipotizzabile in presenza di un vincolo giuridico o anche di un semplice dovere extragiuridico rilevante per legge”¹⁵⁷.

Sulla base di tale affermazioni, una parte della dottrina esclude che sia il finanziamento a fondo perduto della società da parte dei soci sia quello infragruppo, configurino una donazione e siano soggetti al trattamento fiscale previsto per quest'ultima¹⁵⁸.

A parere della Suprema Corte, in simili ipotesi mancherebbe anche il depauperamento del disponente, in quanto la società, per il fatto di essere inserita in un'aggregazione più vasta creata per esigenze obiettive di coordinamento e di razionalizzazione dell'attività imprenditrice, viene a

¹⁵⁷ CASS., 11 marzo 1996, n. 2001, cit. Sul punto v. anche CASS., 3 giugno 1980, n. 3261, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce “Donazione”, n. 4.

¹⁵⁸ SPADA, *Reintegrazione del capitale reale senza operare sul nominale*, in *Giur. comm.*, 1978, I 48 ss; TANTINI, *I versamenti in conto di capitale tra conferimenti e prestiti*, Milano, 1990, 106 ss.; IRRORA, *I prestiti dei soci alla società. Ricostruzione del fenomeno e prospettive di qualificazione e disciplina*, Padova, 1992, 170 ss. In giurisprudenza, v. CASS., 06 ottobre 1976, n. 3286, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 258 ss.

conseguire vantaggi che la compensano del decremento patrimoniale causato dall'aver disposto di suoi beni a titolo gratuito¹⁵⁹.

Tale ultima affermazione non pare, però, del tutto convincente. L'atto di disposizione a titolo gratuito ha un immediato effetto depauperante per il patrimonio della "società figlia", il quale sarà eventualmente compensato da un utile che deriverà dalla complessiva operazione economica posta in essere dalla "società madre". Tuttavia, tale ritorno economico è solo ipotetico e soggetto alle insidie del mercato e, a causa di tale incertezza, non può far perdere di vista l'effetto immediato dell'atto che è "meramente depauperante". A meno che non si voglia sostenere che l'effetto depauperante è condizionalmente legato al successo della strategia di mercato utilizzata dalla *holding*.

Di tali possibili risvolti economici sembra perfettamente a conoscenza anche il legislatore che, nel disciplinare per la prima volta il fenomeno dei gruppi societari (artt. 2497 e ss. c.c.), ha statuito che coloro che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, sono responsabili per il pregiudizio arrecato ai soci delle società "figlie" e ai creditori di queste ultime, salvo che il danno risulti "mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento"¹⁶⁰ (art. 2947 c.c.).

¹⁵⁹ A parere della GATT, *op. cit.*, 365 n. 116, nelle operazioni attuate nell'ambito di gruppi societari mancherebbe "a ben vedere la causa gratuita dell'atto posto in essere che si caratterizza più esattamente come atto negoziale a titolo oneroso ovvero come atto di adempimento di obblighi contrattuali già assunti: in tali casi la liberalità potrebbe venire eventualmente in considerazione nell'ambito della sproporzione notevole". La stessa Autrice aggiunge che "anche a voler ammettere la gratuità della causa, non può non rilevarsi l'assenza di depauperamento, cioè del pregiudizio economico definitivo a carico del disponente". In dottrina, sostiene tale orientamento anche ANGIELLO, *Dei versamenti a fondo perduto, in conto capitale e in conto futuro aumento di capitale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 1397 ss.

¹⁶⁰ Proprio tale ultimo inciso sembra avvalorare l'obiezione alla tesi della mancanza dell'effetto depauperante delle operazioni a titolo gratuito poste in essere in seno ad una *holding*, essendo evidente che, in astratto, la privazione di beni senza corrispettivo non può non costituire un pregiudizio per i soci della società disponente e per i creditori di quest'ultima. Poiché l'esenzione da responsabilità è prevista solo laddove il danno sia compensato da un *effettivo* risultato utile derivante dalla complessiva attività di direzione e coordinamento, si può dedurre che gli atti di disposizione a titolo gratuito comportino un immediato pregiudizio economico a carico della "società figlia", salvo poi perdere la loro "valenza negativa" attraverso i possibili ritorni economici derivanti dalla complessiva attività della *holding*. La possibilità che manchi, nel concreto, un

L'interesse del gruppo, pertanto, viene riconosciuto dalla corte quale *cause suffisante de l'engagement*, diversa sia dalla controprestazione che dallo "spirito di liberalità", "espressione di un assetto di interessi idoneo a sostanziare atti privati coerenti con l'art. 1322, 2° comma, c.c."¹⁶¹.

Tale impostazione sembra, del resto, ricalcare quanto già affermato dalla Suprema Corte in una risalente pronuncia¹⁶² laddove si affermava che "quando le varie società siano collegate ed interdipendenti, la sfavorevole attuazione di un'operazione nell'ambito di una fra esse può costituire la contropartita di un più cospicuo o più concreto risultato raggiunto nel seno di un'altra"

Senza poi dimenticare che, allorquando la Cassazione¹⁶³ ha dovuto qualificare un negozio posto in essere da un Comune attraverso cui aveva trasferito gratuitamente alcuni terreni all'Istituto Autonomo Case Popolari operante nell'ambito del suo territorio al fine di cooperare alla realizzazione di un programma di edilizia popolare, si è affermato che "non essendo lo spirito di liberalità un dato obiettivo ma relativo a colui che effettua il trasferimento a titolo gratuito", esso "viene meno e resta solo un atto a titolo gratuito, nei casi in cui la parte sia indotta all'atto non spontaneamente (...) ma per un motivo o per una finalità che sia obiettivamente accertabile e non irrilevante per il diritto".

Se, dunque, l'interesse alla costruzione di case popolari è stato considerato (giustamente) una valida giustificazione causale dell'attribuzione gratuita di beni, non si vede davvero ragione del perché, venti anni dopo, la Suprema Corte¹⁶⁴ abbia relegato nella sfera dei motivi,

ritorno economico, quindi, non esclude che l'atto abbia un effetto meramente depauperante, ma esclude la sussistenza di una liberalità (*contra v. GATT., op. cit.*, 359 ed in particolare in n. 100, secondo cui ricorrerebbe una liberalità ai sensi dell'art. 809 c.c. nei casi in cui all'arricchimento del beneficiario corrisponda un effettivo depauperamento del patrimonio del disponente).

¹⁶¹ Così LA ROCCA, *op.cit.*, 1223.

¹⁶² CASS. PEN., 25 gennaio 1959, Sansonetti ric., in *Foro it.*, 1960, II, 9 ss.

¹⁶³ CASS., 10 settembre 1973, n. 37, in *Foro it.*, 1973, I, 289 ss.

¹⁶⁴ Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, cit.

l'interesse alla partecipazione ad un Consorzio che era alla base, come si è già avuto modo di vedere, del trasferimento delle autolinee.

Anche nella giurisprudenza di merito è possibile rintracciare alcune pronunce che sostengono l'incompatibilità fra spirito di liberalità e finalità economiche del disponente a titolo non oneroso. E' stato così deciso¹⁶⁵ che nel trasferimento gratuito di parte del dominio enfiteutico dettato nell'interesse di liberarsi di obblighi divenuti troppo gravosi non ricorre lo spirito di liberalità¹⁶⁶ e, di conseguenza, l'atto non può qualificarsi come donazione ma quale contratto gratuito atipico assoggettabile al regime tributario previsto dall'art. 28, 4° comma, dell'allora vigente legge sull'imposta di registro. A parere dei giudici, infatti, elemento sufficiente per la configurabilità dei negozi a titolo gratuito è l'assenza di un corrispettivo, cioè la presenza di un'unica attribuzione patrimoniale che non presenta alcun nesso con altra attribuzione patrimoniale.

Anche in un'altra decisione¹⁶⁷ la volontà di perseguire un fine economico (nel caso di specie si trattava dell'intenzione di porre al riparo dai rischi del commercio un immobile attraverso il trasferimento a titolo gratuito del bene dal marito alla moglie) ha portato i giudici ad escludere la ricorrenza dello spirito di liberalità e, dunque, di un'attribuzione donativa¹⁶⁸.

¹⁶⁵ APP. ROMA, 19 gennaio 1967, in *Temi rom.*, 1967, 208.

¹⁶⁶ Nel caso in esame, l'enfiteuta, non potendo utilmente proseguire i miglioramenti dovuti a causa dei gravi danni subiti dal fondo in conseguenza degli eventi bellici, aveva preferito trasferire a titolo gratuito, con atto notarile ma in assenza di testimoni, l'utile dominio a terzi su una parte del fondo stesso, piuttosto che rischiare di perdere l'intero diritto a seguito di devoluzione da parte del proprietario. Con riferimento a tale atto di trasferimento sorse una controversia circa il regime tributario da applicarsi: mentre l'amministrazione finanziaria riteneva l'atto soggetto ad imposizione fiscale, la controparte negava che l'atto fosse tassabile in quanto nullo perché concretante una donazione viziata nella forma (assenza dei testimoni). Di qui la decisione della Corte di Appello di Roma che nega che l'atto sia qualificabile come donazione poiché era evidente che l'intento del concedente fosse quello di disimpegnarsi da obblighi troppo gravosi e non quello di effettuare una liberalità.

¹⁶⁷ APP. MILANO, 13 marzo 1973, in *Giur. it.*, 1974, I, 2, 740 ss.

¹⁶⁸ Sono molto critici verso la decisione in esame MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 80 (per il quale l'interesse economico perseguito dal disponente, anche ad ammetterne l'esistenza, non appare tale da configurare la causa del negozio, rimanendo tra i suoi generici motivi ed apparendo, invece, predominante l'interesse non patrimoniale a beneficiare la moglie) e MANZINI, "*Spirito di liberalità*" e controllo giudiziario sull'esistenza della causa, in *Contr. impr.*, 1985, 432 (che

Del resto, è considerazione abbastanza pacifica quella secondo cui l'interesse di cui all'art. 1411 c.c., la cui sussistenza è necessaria ai fini della validità della stipulazione a favore di terzi¹⁶⁹, può essere anche di natura morale o affettiva¹⁷⁰. Pertanto, se lo stipulante opera con animo liberale, egli realizzerà una donazione indiretta¹⁷¹ la cui disciplina è dettata dall'art. 809 c.c., mentre se persegue interessi economici (in via del tutto indiretta rispetto al contratto che lo stipulante conclude con il promettente) il negozio sarà sottratto a tale normativa.

Sembra, poi, potersi rintracciare nell'art. 9 del D. Lgs. n. 460 del 1997 un dato positivo circa l'ammissibilità di negozi gratuiti traslativi. Infatti, tale norma dispone che "il trasferimento a titolo gratuito di aziende o beni a favore di enti non commerciali, con atto sottoposto a registrazione entro il 30 settembre 1998, è esente dalle imposte sulle successioni e donazioni, ipotecaria e catastale, sull'incremento di valore degli immobili e relativa imposta sostitutiva, non dà luogo, ai fini delle imposte sui redditi, a realizzo o a distribuzione di plusvalenze e minusvalenze, comprese quelle relative alle rimanenze e compreso il valore di avviamento, né costituisce presupposto per la tassazione di sopravvenienze attive nei confronti dell'ente cessionario, a condizione che l'ente dichiari nell'atto che intende utilizzare direttamente i beni per lo svolgimento della propria attività".

Se è vero che le norme tributarie, costituendo uno *ius* speciale, non possono costituire un valido supporto su cui fondare costruzioni dogmatiche, è altrettanto vero che la sottrazione degli atti di "trasferimento a titolo gratuito" a svariate imposte (ove effettuati in favore di enti non

afferma che il presunto interesse patrimoniale non era altro che un motivo del negozio "non...ricavato in via interpretativa dall'atto, né desunto dal comportamento delle parti né dal contesto in cui l'uno e l'altro elemento andrebbero collocati").

¹⁶⁹ Sulla possibilità di poter configurare un contratto traslativo a favore di terzi v. SESTA, *Contratto a favore di terzo e trasferimento dei diritti reali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 953. In giurisprudenza v. CASS. 1842/1993. Tale argomento è approfondito par. 4 del presente capitolo.

¹⁷⁰ In dottrina v. SACCO, *Il contratto*, cit., 209 ss.; in giurisprudenza v. CASS. 03 luglio 1979, n.3749, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce "Contratto in genere", n. 246.

¹⁷¹ CASS., 09 ottobre 1991, n.10612, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2859 ss. e CASS., 01 agosto 1994, n.7160, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 695 ss.

commerciali¹⁷²) mostra un certo *favor* nei loro confronti da parte del legislatore, il quale sembra così tutt'altro che impantanato in quella stretta interpretativa che racchiude nel novero delle attribuzioni patrimoniali il solo binomio vendita-donazione. Va sottolineata la circostanza della scelta di utilizzare la definizione “a titolo gratuito” e non quella “per spirito di liberalità”, necessaria per ampliare quanto più possibile lo spettro di applicazione della disposizione in questione.

Inoltre, attraverso una sua lettura *a contrario*, si può dedurre che i trasferimenti a titolo gratuito effettuati in favore di enti commerciali o quelli effettuati a favore di enti non commerciali, ma registrati dopo il 30 settembre 1998, sono soggetti alla normale imposizione fiscale. Ma, poiché, sarebbe irrazionale la previsione di una sottoposizione a tassazione di atti di per sé già nulli (“*quod nullum est nullum producit effectum*”, e ciò anche dal punto di vista fiscale), si può ritenere che il legislatore abbia ben presente che la gratuità può ben sorreggere atti di trasferimento di ricchezza.

Appare, così, evidente che tra i due estremi del contratto a prestazioni corrispettive, consistente in uno scambio tra prestazioni aventi contenuto patrimoniale, e la donazione (che è mossa dal puro spirito di liberalità) esiste una vasta zona grigia in cui i privati, pur operando, senza contropartita agiscono in un'ottica che ricorda quella dello scambio, in quanto, si “affronta un sacrificio al fine di assicurarsi un vantaggio patrimoniale”¹⁷³. Dal carattere non oneroso dell'atto, infatti, non se ne può derivare automaticamente un carattere liberale perché, come avviene ad esempio nelle promesse reclamistiche, l'atto gratuito è sempre più utilizzato per assicurarsi un vantaggio patrimoniale, dovendosi escludere l'*animus*

¹⁷² E' poi ovvio che la qualifica della parte come ente non commerciale, se giustifica uno sgravio fiscale, non può di certo incidere sulla validità o meno dell'atto, soprattutto dal punto di vista causale.

¹⁷³ GIANOLA, *op.cit.*, 7. V. anche ARCERI, *Appunti in tema di liberalità e gratuità nei contratti*, in *Giur. merito*, 2004, IV, 513 ss., che, condividendo l'idea della configurabilità di negozi gratuiti atipici ad effetti reali, auspica che “la giurisprudenza si avvii verso una rivisitazione della materia, abbandonando la ottusa alternativa tra donazione e contratto di scambio”.

donandi (salvo prova contraria) in tutti quei negozi compiuti nell'esercizio di un'attività economica: in mancanza del corrispettivo, l'interesse economico non intaccherebbe la gratuità ma escluderebbe la liberalità¹⁷⁴.

3. Caratteri e limiti del “negozio gratuito atipico traslativo”: il problema del sindacato giurisdizionale sulla causa negoziale gratuita.

Una volta data cittadinanza giuridica, nel nostro ordinamento giuridico, ai “negozi gratuiti atipici”, occorre interrogarsi sui limiti di operatività di tale figura e, soprattutto, sulle sue caratteristiche peculiari.

Non v'è chi non veda, infatti, come tale strumento, se non debitamente definito nei suoi contorni, possa essere utilizzato al fine di sfuggire alla rigida normativa dettata in tema di donazione e, più in generale, di liberalità.

Basti, ad esempio, pensare alla prescrizione in tema di forma della donazione (art. 782 c.c.) o alle norme che la assoggettano all'azione di riduzione o alla collazione ereditaria.

Pare opportuno iniziare da quell'orientamento che ritiene che l'area dell'onerosità vada a ricomprendere non solo le operazioni di scambio in senso tecnico, ma anche quello che è stato definito “scambio empirico”¹⁷⁵ con cui si indicano le fattispecie in cui il disponente non ha in cambio alcun vantaggio giuridico (non essendo addossato alla controparte alcun sacrificio) ma ne riceve, seppur indirettamente, un “vantaggio empirico” apprezzabile sotto il profilo economico.

Si è così sostenuto che “accanto all'onerosità, intesa come rapporto di equivalenza tra prestazioni dedotte in contratto, separata da questa e pur tuttavia ad essa contigua, vada rilevata l'eventuale equivalenza degli

¹⁷⁴ Sul punto, v. SACCO – DE NOVA, *I contratti*, cit, 455. V. anche GALGANO, *Il negozio giuridico* Milano 1988, 90, per il quale l'atto privo di corrispettivo ma finalizzato alla soddisfazione di un interesse patrimoniale del promettente integra una promessa gratuita ma non liberale.

¹⁷⁵ ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 369. Per tale Autore lo “scambio empirico” può ben fungere da causa del contratto, giustificandolo razionalmente ed escludendo l'esistenza di una donazione.

interessi economici delle parti che si trovino ad essere realizzati mediante una promessa od un trasferimento privi di controprestazione”¹⁷⁶.

Tale soluzione porta immediatamente a distinguere la corrispettività dall’onerosità, introducendo tra i due concetti una relazione di specie a genere: il contratto a prestazioni corrispettive diviene una specie del più ampio genere del contratto oneroso, in quanto l’onerosità sarebbe slegata dalla necessità di una contropartita¹⁷⁷.

Tuttavia, tale impostazione non pare da condividere laddove individua una sorta di “onerosità attenuata” anche in fattispecie in cui lo scambio manca per definizione (es. omaggi premio), rappresentando ciò una forzatura del sistema, giustificabile come una risposta a quel “timore ancestrale”, ancora sussistente in dottrina, verso il riconoscimento della gratuità come autonomo fondamento di attribuzioni patrimoniali.

Al contrario, si ritiene che la gratuità, attualmente, si presenti idonea ad assolvere al soddisfacimento di interessi patrimoniali di rilevante valore economico, individuandosi il suo terreno elettivo nell’attività d’impresa¹⁷⁸.

L’onerosità, però, non va limitata ai casi in cui ciascuna parte subisce un sacrificio patrimoniale allo scopo di procurarsi un corrispondente vantaggio, ovvero allorquando i vantaggi trovano una diretta giustificazione nei sacrifici sopportati¹⁷⁹.

Infatti, pare nel giusto quella dottrina che sostiene che “se l’atto posto in essere risulti collegato in senso giuridico ad altri atti dal compimento dei quali deriva un vantaggio diretto nel patrimonio del

¹⁷⁶ Così MOROZZO DELLA ROCCA, *Promessa di fideiussione e interesse del gruppo: sulla distinzione tra atti di liberalità e attribuzioni gratuite interessate*, in *Corr. giur.*, 1999, 1149.

¹⁷⁷ V.: BIONDI, *op. cit.*, 74; RESCIGNO, voce “Contratto”, in *Enc. dir.*, IX, Milano 918 ss.; BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, Napoli, 1984, 70 ss.; SCOZZAFAVA, *La qualificazione di onerosità o gratuità del titolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, 68.

¹⁷⁸ Sul punto v. SAPELLI, *Perché esistono le imprese e come sono fatte*, Milano, 1999, 109 ss.

¹⁷⁹ V. MESSINEO, *Il contratto in generale*, Milano, 1968, I, 764 e CATAUDELLA, *Bilateralità, corrispettività ed onerosità del contratto*, in *AA.VV.*, *Studi in onore di G. Scaduto*, Padova, 1970, 225.

disponente, non si è in presenza di un atto a titolo gratuito ma di atto a titolo oneroso”¹⁸⁰.

Nei negozi gratuiti strettamente intesi, invece, il ritorno è solo indiretto ed eventuale e peraltro, può anche derivare da soggetti diversi dai diretti beneficiari della disposizione (classica ipotesi è la lettera di *patronage*¹⁸¹ in cui il sacrificio economico è compensato dal vantaggio per l'intero gruppo societario).

Riferire allo schema dello scambio le fattispecie caratterizzate da una mera disposizione unilaterale non pare, quindi, corretto in quanto fra la prestazione effettuata ed il vantaggio conseguito mancherebbe quel rapporto fra due prestazioni, provenienti, ognuna, da ciascuna delle parti contrattuali che rappresenta il postulato del concetto di “scambio”¹⁸², seppur inteso in una nuova ottica di collegamento negoziale¹⁸³.

Infatti, il concetto di scambio pare da estendersi anche a quei negozi che concretizzano economicamente il corrispettivo di un altro contratto e che l'intento delle parti abbia destinati, attraverso il congegno del collegamento negoziale, al perseguimento di uno scopo unitario: bisogna utilizzare il grandangolo per valutare la complessità delle vicende collegate e non il teleobiettivo per vagliare il singolo atto di cui esse si compongono.

L'interprete “lamenta la difficoltà di dover forzatamente ricondurre i dati della prassi ad uno schema (quello del contratto e conseguentemente delle sue classificazioni) la cui larghezza originaria risulta attualmente inadeguata, poiché nella sua interna articolazione soffre della semplicità e linearità suggerita dalla ricezione di antiche e ormai superate strutture -

¹⁸⁰ GATT, *op. cit.*, 363, nota 106.

¹⁸¹ Su cui v. *infra* cap. III par. 2.

¹⁸² Sul punto v. MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, cit., 925.

¹⁸³ V. CASS. 8 luglio 2004, n. 12567, in *Contratti*, 2005, 28 ss., a parere della quale “affinchè possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico non è sufficiente un mero occasionale tra i negozi, ma è necessario che il collegamento dipenda dalla circostanza che uno dei due negozi trovi la propria causa (e non il semplice motivo) nell'altro. Inoltre, le parti devono avere un intento specifico e particolare di coordinare i due negozi, instaurando tra di essi una connessione teleologica. La volontà di collegamento deve essersi obiettivamente nel contenuto dei diversi negozi potendosi ritenere che entrambi o uno di essi, secondo la reale intenzione dei contraenti, siano destinati a subire le ripercussioni delle vicende dell'altro”.

economico- sociali. Gli schemi del codice non sempre hanno come riferimento una concezione di contratto inteso come operazione economica, ma in alcune occasioni tendono a concettualizzare il rapporto impedendo all'interprete di cogliere aspetti della regolamentazione posta in essere dalle parti”¹⁸⁴.

Pare, invece, che in una complessa economia di mercato, ai fini della qualificazione di un atto quale oneroso o non, si debba analizzare l'intera operazione economica in cui esso si inserisce e di cui costituisce una delle modalità di attuazione¹⁸⁵; “occorre, però, che le vicende collegate diano vita ad un nesso di interdipendenza tra il vantaggio ed il sacrificio che l'autore dell'atto da qualificare oneroso si vede attribuiti; nel senso che la mancanza dell'uno provochi la caducazione anche del secondo, e viceversa”¹⁸⁶.

Il collegamento negoziale è, infatti, un mezzo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità di contratti, cosicché questi ultimi rimangono “assorbiti” dalla causa unica dell'operazione posta in essere¹⁸⁷.

Delineato l'ambito di operatività del negozio gratuito atipico, occorre adesso individuarne gli elementi caratteristici.

¹⁸⁴ GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 713.

¹⁸⁵ Sul punto v. SCALFI, *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, Milano-Varese, 1962, 98 ss.

¹⁸⁶ MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità*, cit., 20.

¹⁸⁷ Non pare, quindi, da accogliere l'orientamento giurisprudenziale che afferma la necessità che ogni contratto collegato conservi una causa autonoma (da ultimo CASS., 18 luglio 2003, n. 11240, in *Giur. it.*, I, 1, 2004); si ritiene, infatti, che in tal modo si perda di vista il fenomeno nel suo complesso, e lo si consideri, invece, quale il risultato della sommatoria dei vari atti coinvolti. Sembra, invece, che debba compiersi una *reductio ad unitatem*, dei vari negozi collegati, in modo tale che la causa più “generale” colori anche ogni atto inserito nell'operazione economica, costituendo una vera e propria *condicio sine qua non* per il perseguimento del risultato perseguito. Sul punto v. CAREDDA, *op. cit.*, 25 a parere della quale “se dall'interpretazione risulta che l'attribuzione del donante è legata ad una qualche contropartita, con un legame giuridicamente rilevante – e non è, cioè, una mera speranza il cui avverarsi dipende da fattori incontrollabili – allora bisogna ammettere che non si tratta di una donazione ma di un rapporto corrispettivo, di scambio”. Tale impostazione, convincente nel nocciolo, non pare però da condividere laddove sembra escludere l'onerosità in quelle operazioni economiche caratterizzate da una grande alea sulla controprestazione connessa all'attribuzione gratuita.

In primo luogo, bisogna escludere che il negozio traslativo o la promessa di dare priva di corrispettivo, ma dettati da un interesse economico, debbano rivestire la forma dell'atto pubblico ai fini della loro validità¹⁸⁸. Appare evidente, infatti, che la *ratio* stessa della norma che richiede, per la donazione, la forma *ad substantiam* dell'atto pubblico (tutela del patrimonio del disponente e degli eredi legittimari)¹⁸⁹ non ricorre nell'ipotesi in cui si perseguano interessi economici, la cui presenza, quindi, “rende superflua la forma della donazione”¹⁹⁰.

Connessa alla problematica della forma negoziale, pur se ontologicamente differente, è quella relativa alla necessità o meno dell'*expressio causae* (ovvero dell'enunciazione nel documento negoziale con il quale si attua o si assume l'impegno traslativo dello scopo che giustifica il trasferimento del bene) anche per i negozi traslativi gratuiti atipici.

Il tema dell'*expressio causae* si è particolarmente sviluppato intorno alla figura del pagamento traslativo¹⁹¹, istituto che si configura quando il trasferimento di proprietà avviene *solvendi causa*, cioè in adempimento di un obbligo di dare preesistente.

Infatti, secondo la dottrina maggioritaria¹⁹², la c.d. *expressio causae* è necessaria ai fini della validità del pagamento traslativo e la mancata osservanza di tale obbligo (o meglio onere) di indicare “il fondamento giustificativo al momento della traslazione del diritto reale determina –

¹⁸⁸ In questo senso: CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 366; DI MAJO, voce “*Promessa unilaterale*” in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 67; GIANOLA, *op. cit.*, 146.

¹⁸⁹ Sul punto, v. GORLA, *Il contratto*, cit., 113, per il quale la richiesta di una particolare forma per la donazione dipende dall'esigenza di proteggere il donante e la sua famiglia rispetto a disposizioni che potrebbero non essere state sufficientemente ponderate.

¹⁹⁰ GIANOLA, *op. loc. cit.*

¹⁹¹ Su cui, tra gli altri, v. GAZZONI, *Manuale*, cit., 805 ss. e CARINGELLA, *op. cit.*, 1791 ss.

¹⁹² Tra gli altri, v. BENATTI *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 479 ss.; MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, nel commentario SCIALOJA-BRANCA, Artt. 2033-2040, Bologna-Roma, 1981, 200 ss.; GAZZONI, *Manuale*, cit., 806.

venendo meno uno dei requisiti essenziali del negozio (art. 1325, n. 2, c.c.) – la nullità dell’operazione economica posta in essere”¹⁹³.

A parere di una parte della dottrina, anche il negozio traslativo gratuito dovrebbe “essere preparato con un’arte stipulatoria adeguata alla delicatezza dello strumento giuridico e prevedere necessariamente l’*expressio causae*, o causa dell’attribuzione o motivo oggettivo”¹⁹⁴.

Tale impostazione, però, non sembra convincente in quanto, se giustificabile per quei negozi a causa esterna, non pare estendibile ai negozi dotati di una propria causa.

La *ratio* dell’*expressio causae*, infatti, è da doversi rintracciare nell’esigenza dell’emersione del collegamento tra negozio fondamentale e negozio di attribuzione: essa rappresenterebbe il mezzo attraverso cui è possibile determinare *per relationem* il requisito causale del negozio solutorio.

Simile necessità, invece, non appare presente nei “negozi gratuiti atipici” in quanto dotati di una propria causa interna, valutabile in modo simile a quella degli altri atti negoziali. Del resto, poiché come prima detto, il maggiore utilizzo di tali strumenti negoziali si è riscontrato nella realtà imprenditoriale, l’imposizione dell’*expressio cause* potrebbe costituire un *vulnus* alle strategie, alle programmazioni aziendali o uno strumento di diffusione di dati relativi allo stato di salute dell’impresa.

Al contrario, sembra che, ai fini del fondamento causale dell’atto, sia sufficiente l’esistenza di interessi economici comunque risultanti, sia pur indirettamente, dalla situazione o operazione economica complessiva nella quale il singolo negozio volta a vota si inquadra e si integra.

¹⁹³ Così CARINGELLA, *op. cit.*, 1810. *Contra* v. SCALISI, voce *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 115 ss. il quale sostiene che l’atto di imputazione dell’effetto traslativo al preesistente rapporto fondamentale non deve necessariamente essere espresso e risultare direttamente dall’analisi del negozio di esecuzione, ben potendo emergere indirettamente da una valutazione complessiva dell’operazione economica realizzata.

¹⁹⁴ PALAZZO, *op. cit.*, 87

In presenza del principio di libertà della forma, infatti, sembrerebbe davvero strano poter introdurre, ai fini della validità del negozio, un onere di tipo formale e contenutistico ad un tempo come quello dell'*expressio causae*, pur in assenza di qualsivoglia disposizione normativa in tal senso (come, ad esempio, previsto in tema di fideiussione, visto il dettato dell'art. 1937 c.c.).

In tale prospettiva, pertanto, la menzione degli scopi concretamente perseguiti incide unicamente sul piano probatorio e non anche sulla validità dell'atto traslativo: se le parti non indicano l'esistenza dell'interesse economico del disponente, sarà colui che intende far valere gli effetti del negozio a dovere provare l'esistenza (normalmente il beneficiario); qualora tale indicazione vi sia, sarà la parte che non ha interesse alla produzione degli effetti, a dover dimostrare l'oggettiva inesistenza del fondamento causale.

Ciò è tanto vero che la stessa dottrina, la quale ha affermato la necessità dell'*expressio causae*, ha poi sostenuto che, nonostante gli eventuali difetti di stipulazione o le carenze di difesa nel processo, rimane compito dei giudici “di individuare la natura dell'atto”¹⁹⁵ attraverso le risultanze probatorie per sancirne la validità o nullità.

Il giudice assume, quindi, sempre più le vesti di arbitro della rilevanza giuridica degli interessi ritenuti meritevoli di tutela.

L'organo giurisdizionale è stato in tale prospettiva chiamato a sindacare la consistenza dei vari interessi non patrimoniali della persona al fine di individuare quelli risarcibili, in quanto espressione di posizioni di rilevanza costituzionale: “in altri termini, dovrà il giudice assicurare che sia raggiunto un giusto equilibrio tra le varie voci che concorrono a determinare il complessivo risarcimento”¹⁹⁶.

¹⁹⁵ PALAZZO, *op. loc. cit.*

¹⁹⁶ CASS., 31 maggio 2003, n. 8827, in *Danno e resp.*, 2003, 816 ss. Come ha, infatti, affermato la Suprema Corte, il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva

Ma il ruolo del giudice come arbitro della sorte degli interessi dei privati risulta ancor più chiaro nella recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁹⁷ dettata in tema della riducibilità d'ufficio della clausola penale eccessivamente onerosa.

A parere della Suprema Corte, la legge, nel momento in cui amplia l'autonomia delle parti in un campo normalmente riservato alla disciplina positiva, riserverebbe al giudice un potere di controllo sul modo in cui si fa uso di questa autonomia. In tale senso inteso, “il potere di controllo appare attribuito al giudice non nell'interesse della parte ma nell'interesse dell'ordinamento, per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela, anche se ciò non toglie che l'interesse della parte venga alla fine tutelato, ma solo come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma”.

Il dogma dell'intangibilità della volontà dei privati sembra davvero un pallido ricordo nel momento in cui si legge “che il potere concesso al giudice di ridurre la penale si pone come un limite all'autonomia delle parti, posto dalla legge a tutela di un interesse generale, limite non prefissato *ma individuato dal giudice di volta in volta*, e ricorrendo le condizioni previste dalla norma, con riferimento al principio di equità”.

Spetterà, quindi, al giudice “*di volta in volta*” ponderare la consistenza interessi dei privati rispetto all'interesse generale al fine di valutare la loro meritevolezza, che costituisce il necessario passaporto affinché un negozio giuridico sia considerato produttivo di effetti.

Tuttavia, pare che tale posizione assunta dal giudice non possa non trovare dei limiti, i quali devono essere ben rimarcati, soprattutto nel momento in cui è posta alla sua attenzione l'attività d'impresa.

di ogni ipotesi in cui si verifichi “un'ingiusta lesione di un valore inerente alla persona, dal quale conseguano pregiudizi non suscettibili di valutazione economica”.

¹⁹⁷ CASS. SEZ. UN., 13 settembre 2005, n. 18128 in www.altalex.it

Sorge, dunque, il problema della stessa possibilità, per il giudice, di valutare la ricorrenza o meno di un interesse economico tale da giustificare causalmente un'operazione gratuita effettuata da un imprenditore nello svolgimento della sua attività.

Le scelte organizzative, economiche e gestionali, infatti, sono proprie di quest'ultimo, tanto vero che si è affermato che “il d. lgs. 231/01 non può essere interpretato nel senso di una intromissione giudiziaria nelle scelte organizzative d'impresa, ma nel senso di una necessaria verifica di compatibilità di queste scelte con i criteri di cui al d. lgs 231/01”¹⁹⁸.

Se, quindi, il giudice penale¹⁹⁹ non può sindacare né il merito dell'organizzazione gestionale imprenditoriale né la bontà²⁰⁰ delle scelte degli investimenti al fine di valutare il fatto come reato, si ritiene che il giudice civile non pare avere il potere di valutare se gli interessi economici imprenditoriali siano idonei a giustificare un'attribuzione patrimoniale gratuita, rimanendo il suo un giudizio estrinseco e sulla sola liceità di tale operazione (visto che la meritevolezza dovrebbe, almeno nella stragrande

¹⁹⁸ TRIB. PEN. MILANO, ord. 20 settembre 2004, in *Guida dir.*, 2004, n. 47, 69 ss.

¹⁹⁹ A norma dell'art. 36 del d. lgs 231/01 “ la competenza a conoscere gli illeciti amministrativi dell'ente appartiene al giudice penale competente per i reati dai quali gli stessi dipendono”.

²⁰⁰ Ai sensi dell'art. 216, comma 1, n. 1, L. fall., concreta il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare, la condotta dell'imprenditore che “ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti”: l'imprenditore è punito “se è dichiarato fallito”. Pertanto, nel caso in cui il fallimento sia dovuto solo a delle scelte imprenditoriali errate, il fatto non costituirà reato: per CASS. PEN., 08 aprile 1999, n. 4424, citata in DELPINO, *Diritto penale: i principali reati previsti in leggi speciali*, Napoli, 2003, 131, è necessario accertare, ai fini della sussistenza del reato, che l'atto dispositivo che ha comportato la diminuzione patrimoniale non sia rispondente al fine istituzionale dell'impresa, fine che è l'unico cui devono ispirarsi tutti gli atti di gestione. In una risalente pronuncia (CASS. PEN., 25 febbraio 1959, ric. Sansonetti, in *Giur. it.*, II, 1960, 9 ss.) si è affermato che perché ricorra il requisito costitutivo del “conflitto d'interessi” di cui all'art. 2631 c.c., nel testo vigente precedentemente alla novella del 2002, non basta che per effetto della delibera in programma, la società possa trovarsi depauperata di parte del suo patrimonio, richiedendosi anche che l'anzidetto risultato negativo corrisponda ad un interesse dell'amministratore, facente parte del consiglio, che viene a trovarsi così in netta posizione antitetica con l'interesse proprio della società. In particolare si sostiene che “è di tutta evidenza che quando le varie società siano collegate ed interdipendenti, la sfavorevole attuazione di un'operazione economica nell'ambito di una fra esse può costituire la contropartita di un più cospicuo o più concreto risultato raggiunto nel seno di un'altra; sicché l'amministratore, che faccia parte di due consigli, può partecipare ad una delibera il cui contenuto eventualmente pregiudizievole non sia avvertito come tale, data la rilevanza che viene in realtà ad assumere nel quadro degli interessi in gioco”.

maggioranza dei casi, ricorrere ove l'atto sia appunto esercizio del potere d'impresa).

Sembra quindi configurabile, accanto al merito amministrativo (con cui si designa quella zona dell'esercizio del potere discrezionale da parte della p.a. non sindacabile – salve le tassative ipotesi legislative – dal G.A. in quanto afferente all'opportunità ed alla convenienza dell'atto²⁰¹), una sorta di “merito imprenditoriale”, che indicherebbe l'ambito degli apprezzamenti già compiuti dall'imprenditore e non valutabili dal giudice, al fine di valutare il fondamento causale dell'operazione economica posta in essere, sindacando le ragioni che giustificano i trasferimenti di ricchezza.

Il controllo della causa negoziale non può spingersi, insomma, fino a ricomprendere il piano dei vantaggi e dei rischi stabilito dai contraenti²⁰², in quanto le logiche imprenditoriali non possono che sfuggire all'accertamento giudiziale, essendo destinate a rimanere celate dietro quell'alone di riserbo che circonda, da sempre, i piani di investimento del *business man*.

Ciò è tanto vero che la Comunità Europea, con la direttiva 2003/6/CE²⁰³, sanzionando l'abuso di informazioni privilegiate o il *market abuse*, ha proprio voluto evitare che, attraverso l'utilizzo di informazioni non rese pubbliche, si alteri il regolare funzionamento del mercato. Appare, dunque, evidente la piena consapevolezza, anche da parte del Legislatore europeo, che è connaturata all'attività d'impresa una certa sfera di segretezza, di cui, però, non è possibile servirsi per fini che ledano l'integrità dei mercati finanziari e compromettano la fiducia del pubblico nei valori mobiliari e negli altri strumenti derivati.

Risulta, quindi, necessario che il controllo del contenuto del contratto sia limitato a sanzionare gli abusi dell'imprenditore che possono alterare il

²⁰¹ Sul punto v. PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, I, 2000, Napoli, 59 ss.

²⁰² Tale è, invece, l'idea di BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1967, 227 ss.

²⁰³ Su cui, per opportuni approfondimenti e riferimenti, v. FERRANDINI, *La nuova disciplina europea dell'abuso di mercato*, in *Riv. soc.*, 2004, 43 ss.

normale andamento del mercato²⁰⁴ o costituire nocumento per altri operatori economici²⁰⁵, costituendo, altrimenti, un attentato al diritto di iniziativa economica costituzionalmente garantito.

Solo così, infatti, si eviteranno soluzioni a dir poco sconcertanti come quella oggetto di un lodo arbitrale²⁰⁶ in cui si è deciso che “il contratto di somministrazione di macchine e quello di cessione dei diritti di priorità derivanti dalla domanda di brevetto per invenzione industriale relativa alle stesse macchine, stipulati dalle parti contraenti a causa del carattere complementare delle loro attività produttive, vanno valutati separatamente, benché risultanti da trattative sfociate in un unico accordo e consacrate in un unico atto. Infatti il contratto di somministrazione di macchine da un lato ed il contratto di cessione dall’altro – sebbene risultino collegati tra loro indissolubilmente perché interdipendenti sia nel piano economico aziendale avuto di mira dalle parti, sia nel funzionamento pratico a cui sono preordinati – sono figure di contratto ben caratterizzate, ognuna delle quali, per essere valida, deve avere una propria causa. Sul contratto di somministrazione, nella fattispecie in esame, *nulla questio*, risultando pacifica la pattuizione delle prestazioni corrispettive, con precise modalità per le ordinazioni, le consegne, i pagamenti ecc. La cessione dei diritti di brevettazione è, invece, palesemente e radicalmente nulla, perché priva di una controprestazione.

Si è infatti di fronte ad un contratto in cui una parte fa all’altra una concessione di rilevante contenuto economico, a cui non corrisponde alcuna

²⁰⁴ Appare opportuno ricordare che, di recente, si tende a ritenere sempre più decisamente che anche la tutela del consumatore sia funzionale anche alla tutela del mercato.

²⁰⁵ Ciò (*vedere se legge è in vigore*) emergerebbe anche dall’art. 3 L. 95/79 che sanziona l’abusivo esercizio, da parte degli amministratori della società controllante, della direzione unitaria, ovvero l’utilizzo della struttura del gruppo per ledere l’altrui interesse protetto. Si è così fatto notare che “quando si afferma che gli amministratori della controllante sono responsabili solidalmente con quelli della società controllata per gli illeciti da questi posti in essere in dipendenza di una non corretta direzione unitaria, non si può più far discendere tale responsabilità dal mero fatto obiettivo di esercitare una direzione unitaria, ma soltanto dall’aver abusato della stessa” (LO CASCIO, *Gruppo di imprese, direzione unitaria e responsabilità della capogruppo*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1645).

²⁰⁶ LODO 29 marzo 1977 (ined.), Pres. Liebman, arbitri Galgano, Montanari, causa Ampaglas s.p.a. c. Smail s.r.l., la cui citazione è tratta da FERRANDINI, *op. cit.*, 134.

prestazione corrispettiva. Non potendosi ipotizzare una *causa donandi*, del resto neppure prospettata, il contratto risulta privo di causa e, come tale nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c., per difetto di uno dei suoi requisiti essenziali (art. 1325 c.c.). Né vale rilevare che le due pattuizioni debbono essere valutate nel loro complesso perché, anche nel caso, come quello di specie, che le parti abbiano inteso dar vita ad un meccanismo fondato sui due contratti collegati, resta tuttavia il fatto che – come si è detto sopra – i due contratti sono pur sempre figure distinte e, come tali, necessitano ognuna della propria causa”.

Non v'è chi non veda come la cessione gratuita dei diritti derivanti dal brevetto fosse inserita in un'operazione negoziale tale da costituirne una *condicio sine qua non*. Da ciò deriva, come necessario corollario, che essa dovesse necessariamente perseguire degli interessi economici rilevanti sul piano causale, al pari del contratto di somministrazione, a meno che non fosse il complesso delle pattuizioni ad essere carente di una giustificazione causale idonea a sorreggere i trasferimenti effettuati.

Inoltre, in casi come quello in esame difetterebbe anche la gratuità, in quanto appare evidente che i due contratti erano legati da un vincolo di collegamento negoziale tale che *simul stabunt, simul cadent*; da questa considerazione, non poteva non derivare l'ovvia considerazione che l'intera operazione economica doveva essere vista sotto la lente dell'onerosità, in quanto il sacrificio sopportato rappresentava la contropartita o la condizione di efficacia del successivo contratto.

In casi come quello in esame, appare evidente la necessità che il giudice faccia un uso molto accorto del suo potere di sindacare la causa in concreto dell'atto negoziale, soprattutto ove inserito in una più ampia operazione commerciale, pena lo sconfinamento in quel “merito imprenditoriale” che è e deve restare estraneo alla sua sfera di giudizio.

Proprio per tale motivo, non si può, ancora una volta, non censurare la decisione della Cassazione²⁰⁷ in tema di cessione gratuita delle autolinee internazionali nel momento in cui si afferma che “la semplice ed unilaterale attribuzione patrimoniale non può in alcun caso assurgere a causa giuridica del negozio, in quanto non consente di identificarne lo scopo e stabilirne, di conseguenza, la rilevanza socio-economica e, in ultima analisi la liceità”, dal momento che, quantomeno in sede processuale, era risultato chiaro ed evidente il perseguimento di rilevanti interessi economici da parte del disponente, come tali idonei a sostenere casualmente il negozio di trasferimento.

Appare, qui, necessario affermare che, qualora il giudice accerti durante il processo, l’esistenza di un interesse lecito ed idoneo ad integrare il requisito causale, non possa di certo dichiarare nullo il contratto per la sua mancata menzione nel documento negoziale, potendo, la causa, risultare *aliunde*²⁰⁸.

Anzi, poiché i negozi in discussione si inseriscono solitamente in relazioni commerciali di notevole complessità, sarà ben difficile supporre che dietro di loro non si celi un interesse economico del disponente, “interesse che, in sé, ne costituisce una sufficiente causa giustificativa”²⁰⁹.

La nullità è, infatti, comminata dall’ordinamento per la mancanza in assoluto della causa, non per la sua mancata esternazione (art. 1418, 2° comma, c.c.).

²⁰⁷ CASS. 20 novembre 1992. n. 12401, cit., già oggetto di approfondimento nel precedente paragrafo.

²⁰⁸ *Contra v. SICCHIERO, Osservazioni sul contratto gratuito atipico*, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 945 ss., per il quale “laddove non emerga dall’atto nella sua oggettività un interesse che appaia meritevole di tutela perché volto ad attribuire un vantaggio economico anche al *tradens*, vantaggio che certamente può consistere in qualcosa di diverso dall’immediata percezione di un utile, il giudice cui una delle parti sottoponga la questione della validità dell’accordo dovrà negare che esso realizzi un interesse meritevole di tutela, tale non essendo cioè quello di spogliarsi del bene senza alcuna ragione che non sia il puro trasferimento”. Ma *quid iuris* allorquando il trasferimento trovi ragione nel contesto di un’operazione commerciale di più ampia portata, pur non essendone fatta alcuna menzione nel singolo documento?

²⁰⁹ CASTIGLIA, *op. cit.*, 398.

La stessa Corte di Cassazione ha, del resto, sottolineato che nell'ambito delle operazioni infragruppo, queste non vanno considerate singolarmente, ma in relazione ai vantaggi che derivano alla società dal fatto stesso di appartenere al gruppo; da ciò sembra che si ammetta la possibilità, per il giudicante, di spostare l'esame dalla singola operazione al complesso delle operazioni ogniqualvolta un atto sia inserito in un più ampio contesto economico sicché possa trovare un'adeguata contropartita, sia pur mediata, nel vantaggio finale raggiunto.

Anche in dottrina si afferma, nel diverso contesto della valutazione della non extrasocialità dell'interesse di gruppo, che tale giudizio è “di tipo economico funzionale, e non rigidamente quantitativo, reso, e quindi controllato a sudice, con riferimento al contesto temporale dell'operazione, avente ad oggetto la coerenza e la razionalità della scelta a breve termine negativa per la singola società rispetto ad una politica economico finanziaria di gruppo da cui, anche a medio o a lungo termine, è ragionevole attendersi un vantaggio compensativo, il quale, purché non insignificante, non deve essere necessariamente proporzionale al sacrificio subito”²¹⁰.

Il controllo del giudice sarebbe, quindi, utilizzando una terminologia cara agli amministrativisti, un controllo “debole”²¹¹ potendo egli solo censurare le scelte che appaiono senz'altro illogiche e scorrette, attraverso una valutazione di ragionevolezza e coerenza tecnica volta ad accertarne l'attendibilità sul piano delle scienze tecnico-gestionali d'impresa. Di qui, la conclusione della non censurabilità dell'indirizzo imprenditoriale ove, anche attraverso una consulenza, si metta in rilievo una diversità dell'opinione del giudice da quella del disponente, ma non “l'erroneità tecnica” dell'azione di quest'ultimo.

²¹⁰ MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 711.

²¹¹ Per opportuni riferimenti sul tema si rinvia a CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1223 ss.

Inoltre, di recente si è fatto notare come, annessa al requisito causale, vi sia una “funzione di controllo, non della direzione che i privati imprimono alla circolazione delle risorse (ed in tal senso essa non è un limite all’autonomia privata), ma del carattere economico, ovvero sia direttamente o indirettamente produttivo di ricchezza dell’operazione concordata dalle parti”²¹².

Di talché, il giudice, accerta la funzionalità dell’operazione economica alla produzione di ricchezza, dovrebbe arrestare la sua indagine, non potendo valutare il *quomodo* dello svolgimento dell’attività economica, se non nei limiti sopra indicati.

Una volta che si sia individuato un interesse economico alla base di un atto non oneroso, sembra doversi anche escludere l’applicabilità dell’art. 64 L. fallimentare, a tenore del quale “sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, gli atti a titolo gratuito, esclusi i regali d’uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale e sociale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante”.

Il legislatore, infatti, pur facendo un primo riferimento agli atti gratuiti, restringe chiaramente l’ambito di operatività della norma in esame agli atti di liberalità, ovvero a quelli che perseguono fini non economici, come tali esclusi dall’attività d’impresa: solo questi ultimi, dunque, saranno automaticamente privi d’efficacia verso i creditori del fallito.

Tale impostazione pare corroborata dalla recente novella all’art. 67 legge fallimentare attuata con l’art. 2 l. 80/05 ove si è, tra l’altro, previsto che “non sono soggetti all’azione revocatoria: gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell’impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione

²¹² BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 339.

finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata ai sensi dell'articolo 2501-bis, quarto comma, del codice civile” (art. 2, 3° comma, let. d).

Nel novero degli “atti idonei a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell’impresa” ben si potrebbe ricomprendere un atto gratuito effettuato al fine di ottenere dei futuri guadagni o di contenere delle spese di gestione. Si pensi, ad esempio, alle cessioni infragruppo tese a risollevarle le sorti della società madre: tali negozi, ove ragionevoli, non saranno suscettibili di revocazione in quanto aventi per scopo l’eliminazione dello stato passivo della società capogruppo²¹³.

Per quanto riguarda i profili della responsabilità contrattuale, il promittente sarà tenuto ad eseguire la prestazione promessa e se non adempie pone in essere una violazione fonte di responsabilità contrattuale secondo l’art. 1218 c.c. con applicazione l’eventuale analogica della regola fissata negli artt. 1710 e 1768 c.c. secondo cui nei contratti gratuiti la responsabilità va valutata “con minor rigore”²¹⁴, non potendosi applicare, quindi, l’art. 789 c.c. che limita la responsabilità del donante ai soli casi di dolo o colpa grave.

4. Il ruolo dell’art. 1333 c.c. nell’ambito dei negozi gratuiti atipici.

Il codice civile qualifica il contratto come l’accordo con cui due o più soggetti costituiscono, regolano o estinguono un rapporto giuridico patrimoniale (art. 1321 c.c.).

Appare evidente come, nell’ottica del legislatore, l’accordo contrattuale, consistente nel “reciproco consenso delle parti in ordine al programma contrattuale”²¹⁵, costituisca vera e propria pietra angolare della formazione del contratto: quest’ultimo potrà, infatti, dirsi concluso nel momento in cui si perfeziona l’accordo tra le parti.

²¹³ Il fatto che l’atto non riesca, nel concreto, a raggiungere i suoi obiettivi non conta ai fini dell’esperibilità dell’azione revocatoria.

²¹⁴ Per approfondimenti sul tema, si rinvia a quanto già detto nel capitolo I, par. III.

²¹⁵ Così BIANCA, *Il contratto*, cit., 206.

Lo schema contrattuale classico si articola nell'incontro della proposta e dell'accettazione, sulla natura giuridica delle quali non vi è unanimità di vedute²¹⁶.

Al di fuori di questo schema ordinario di formazione del consenso contrattuale, lo stesso legislatore ha individuato varie ipotesi alternative con riguardo alle quali si è parlato di "procedimentalizzazione"²¹⁷ della formazione del contratto: si ricordano gli schemi previsti dagli artt. 1327, 1331, 1333, 1776, 1803, 1813 c.c.

La dottrina²¹⁸ più recente ha, però, avanzato l'idea che la formazione del contratto non presupponga necessariamente l'esistenza dell'accordo, dovendosi al contrario ammettere la possibilità di una formazione unilaterale del contratto. Si adducono come esempi di ipotesi contrattuali in cui sarebbe una mera finzione parlare dell'incontro di due volontà, sia la figura del contratto con se stesso sia il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente.

L'accordo, infine, sembrerebbe mancante in tutte quelle ipotesi di rapporti contrattuali di fatto in cui la prestazione di beni o servizi è posta a disposizione del pubblico attraverso sistemi automatizzati. Pare, però, opportuno chiarire che la semplificazione delle modalità di contrattazione non implica necessariamente il venir meno del requisito dell'accordo quale manifestazione di volontà: "nell'autonomia privata esercitata attraverso la predisposizione unilaterale dell'assetto materiale è compreso il potere di decidere che la conclusione del contratto sia determinata attraverso un contegno materiale, sostitutivo di una espressa manifestazione di volontà negoziale"²¹⁹

²¹⁶ Per un'approfondita analisi del dibattito e per opportuni riferimenti si rinvia a BIANCA, *op. cit.*, 221 ss.

²¹⁷ CARINGELLA, *op. cit.*, 1623.

²¹⁸ SACCO, *Il contratto*, cit., 34 ss.; DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli-Camerino, 1982, 90 ss.

²¹⁹ GORGONI, *Parcheggio e custodia: tra negazione dell'utilità della disciplina contrattuale di diritto comune e svalutazione del consenso*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 719. Sul punto, v. anche BIANCA, *op. ult. cit.*, 217

La nostra indagine sul tema dei negozi gratuiti atipici non può non soffermarsi sulla figura di cui all'art.1333 c.c.²²⁰ a tenore del quale la proposta diretta a concludere un contratto con obbligazioni a carico del solo proponente è irrevocabile non appena giunge a conoscenza del destinatario, ed in mancanza di rifiuto del destinatario “il contratto è concluso”.

Tale figura, infatti, si presta ad assumere il ruolo “di schema generale idoneo ad assumere contenuti e funzioni diversi nell’ambito delimitato dai tratti che lo caratterizzano: precisamente come strumento per produrre un effetto favorevole nella sfera giuridica di un soggetto rimasto estraneo al negozio”²²¹.

Appare evidente che la peculiarità dello schema predisposto dall'art.1333 c.c. rappresenti un *vulnus* alla tradizionale ricostruzione dogmatica del contratto che vede, come sopra ricordato, nell'accordo l'elemento centrale ed indispensabile di quest'ultimo. Si è così sostenuto che “ciò che la nostra dottrina non vuole ammettere non è dunque l'acquisto involontario, ma è semplicemente il contratto con un'unica dichiarazione. E' in gioco non l'effettiva protezione di un interesse (l'interesse del soggetto a non vedere modificata la propria sfera giuridica), quanto un concetto (dogma): ciò spiega quanto possono essere accanite le resistenze alla regola pratica dell'art. 1333 c.c.”²²².

In giurisprudenza, al contrario, è sempre maggiore l'attenzione rivolta alla figura del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, tanto da far parlare, variamente, di “innamoramento...per quella norma un pò cabalistica dell'art.1333 c.c.”²²³, di “persistente

²²⁰ Per un'approfondita e recente analisi di tale istituto si rinvia a NAPOLILLO, *L'efficacia transitiva delle promesse unilaterali e la categoria generale dell'art. 1333 Codice Civile*, in *Contratti*, 2003, 715 ss. e F. ROSSI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, Napoli, 2004.

²²¹ BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 201, per il quale la fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. deve ricondursi alle ipotesi di negozio “unilaterale con struttura a rilievo bilaterale” (così a pag. 196).

²²² Così SACCO-DE NOVA, *I contratti*, I, cit., 39.

²²³ COSTANZA, *Contratti e negozi unilaterali*, in *Vita not.*, 1993, I, 56.

attrattiva che questo articolo esercita sulla nostra giurisprudenza, ormai forse più che non sulla nostra dottrina”²²⁴.

Il maggior utilizzo nella pratica di tale strumento è dovuto al fatto che, grazie alla sua particolare duttilità, si è dato ingresso nel nostro ordinamento a fattispecie di difficile classificazione al fine di individuare la disciplina applicabile: si pensi, ad esempio, alle *lettere di patronage*²²⁵ ed al c.d. pagamento traslativo²²⁶.

La giurisprudenza sembra così negare quell’orientamento dottrinale²²⁷ ostile alla possibilità di ritenere applicabile l’art. 1333 c.c., come anche l’art. 1411 c.c., in presenza di negozi ad effetti reali.

A sostegno di tale orientamento dottrinale militerebbe la lettera della legge che restringe il campo ai soli contratti da cui derivano “obbligazioni”, escludendo effetti di altro genere. Si obietta che tale dato semantico rappresenta un “residuo storico del linguaggio formatosi allorché tutti i contratti producevano effetti soltanto obbligatori”²²⁸. Ulteriore argomentazione posta a fondamento del limitato ambito di operatività della norma in questione, è rappresentata dal fatto che “l’acquisto della proprietà o dell’usufrutto possono nuocere all’oblato”²²⁹: le attribuzioni di diritti reali, infatti, importando oneri di custodia, di gestione, tributari o di eventuale responsabilità *ex art. 2053 c.c.*, non potranno mai produrre effetti

²²⁴ SACCO, *Conclusioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, 710.

²²⁵ V. *infra* cap. III, par.2.

²²⁶ Il cui *leading case* è individuato unanimemente in CASS., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Corr. giur.*, 1988, 144 ss.; in *Giust. civ.*, 1988, I, 1237 ss., con nota di COSTANZA, *Art.1333 e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, nonché in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1560 ss. *Contra v.* CAMARDI, *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, in *Diritto privato, casi e questioni*, collana diretta da BESSONE, Milano, 1999, 122, a parere della quale se il motivo che giustifica il ricorso all’art. 1333 c.c. è quello di garantire il beneficiario del negozio di attribuzione contro atti di disposizione non graditi, sembra che tale garanzia sia abbondantemente assicurata dall’aver lo stesso già espresso il suo assenso al momento della costituzione del rapporto obbligatorio.

²²⁷ BIANCA, *op. cit.*, 264 ss.; GRAZIANI, *Le promesse unilaterali*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO, Torino, 1999, 664 ss.

²²⁸ CARINGELLA, *op. cit.*, 1636.

²²⁹ BIANCA, *op. cit.*, 264

esclusivamente favorevoli, cosicché tali attribuzioni non possono essere ricondotte nell'alveo dell'art. 1333 c.c.

A queste osservazioni critiche si è replicato che “la *ratio* dell'art.1333 deve essere saggiata alla luce di quanto è contenuto all'interno del vincolo contrattuale e non di quanto da possa derivare come conseguenza ulteriore. La tecnica di formazione del contratto in esame sarà, quindi ,inammissibile ogniqualvolta sussista un vincolo di sinallagmaticità, vi siano cioè prestazioni a carico di entrambi i contraenti con conseguente produzione di effetti sfavorevoli in entrambe le sfere giuridiche. Non altrettanto si potrà affermare per effetti pregiudizievoli, quali obblighi ed oneri di manutenzione, che, lungi dal conseguire direttamente dal vincolo contrattuale, possono piuttosto derivare dalla natura del bene oggetto del contratto ed incombano, pertanto, anche sul beneficiario di una donazione senza che perciò venga meno la causa di liberalità”²³⁰.

I dati legislativi, del resto sembrano corroborare quest'ultimo orientamento, potendosi individuare nel sistema di diritto positivo fattispecie unilaterali produttive di effetti traslativi. Si può ricordare, infatti, che a norma dell'art.649 c.c. “il legato si acquista senza bisogno di accettazione salva la facoltà di rinunciare”, rappresentando, così, una chiara ipotesi in cui si assiste all'acquisto del diritto di proprietà o di un altro diritto reale, senza la necessità del consenso del beneficiario. Per quanto riguarda il campo degli atti *inter vivos* è possibile individuare nell'art. 785 c.c. un altro modello negoziale unilaterale ad efficacia traslativa: la donazione obnuziale si perfezionerebbe, addirittura, in virtù di un negozio unilaterale puro non essendo prevista alcuna possibilità di rifiuto da parte del destinatario²³¹.

Sembra, quindi, che il nostro ordinamento conosca l'esistenza di schemi procedimentali (tra cui non può non inserirsi l'art. 1333 c.c.) diretti

²³⁰ SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 540.

²³¹ Su cui v. CASTIGLIA, *op. cit.*, 339 ss.

al trasferimento della proprietà in cui all'atto dispositivo del cedente, corrisponda il potere di rifiuto del beneficiario.

Vero *punctum dolens* della fattispecie in esame rimane la sua ricostruzione strutturale, essendo state adottate, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, un ventaglio di “soluzioni alternative nelle quali si passa da una contrattualità piena, ad una contrattualità attenuata, ad una negozialità unilaterale”²³².

Secondo l'originario orientamento “contrattualista”²³³, sia pure con molteplici varianti al proprio interno, sarebbe possibile ricondurre la figura in esame allo schema consensualistico *ex art.1326 c.c.*, attraverso la qualificazione del mancato rifiuto come comportamento con valore dichiarativo di accettazione. Ed infatti, se per alcuni il mancato rifiuto equivarrebbe ad una dichiarazione tacita di accettazione²³⁴, per altri²³⁵ si tratterebbe di una accettazione presunta o di un silenzio tipizzato dal legislatore²³⁶.

²³² CARINGELLA, *op. cit.*, 1625.

²³³ *Ex plurimis*, v.: CAMPAGNA, *I “negozi di attuazione” e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958, 223 ss.; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 27 ss., il quale afferma che “se in generale non c'è bisogno di rifiutare una proposta a cui non si voglia aderire, perché basta il silenzio a farla cadere, circa il contratto unilaterale il rifiuto deve essere invece espresso perché il silenzio viene inteso come accettazione”; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, Milano, 1966, 341ss.

²³⁴ Il silenzio dell'oblato configurerebbe una dichiarazione tacita di accettazione per GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da CICU-MESSINEO, III, 1, Milano, 1988, 70.

²³⁵ SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale*, Bologna, 1946, 13, il quale ravvisa in tale silenzio un'accettazione presunta, considerando, tuttavia, la presunzione legale di conformità tra volontà del promittente e volontà dell'oblato come semplice espressione del valore eccezionale attribuito in tal caso alla semplice inerzia dell'oblato; v. anche VALERI, *Manuale di diritto commerciale*, II, Firenze, 1946, 65, il quale ipotizza una “presunzione di consenso”.

²³⁶ TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, 70 ss., per il quale “per presunzione assoluta di legge, chi tace dimostra inequivocabilmente la volontà di accettare: si parli di valore eccezionale del silenzio stabilito dalla legge o si parli di dichiarazione tacita, il significato è sempre lo stesso, che l'accettazione c'è, pur non essendo espressa, ed essa si congiunge, allo scadere del termine, alla proposta che è sempre viva ed efficace perché irrevocabile e si ha anche qui la conclusione del contratto”. V. anche SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, Milano, 1966, 164-165, secondo cui il contegno omissivo dell'oblato assume valore di elemento della fattispecie in virtù di una scelta del legislatore, non essendo “di per sé idoneo ad esprimere un consenso”. Per SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, 396, tuttavia, si sarebbe in presenza “di uno di quei casi in cui la legge attribuisce al silenzio di un privato un valore giuridico non corrispondente al suo significato obiettivo, e in cui di conseguenza (...) una volizione negoziale sussiste solo se il

Tale ricostruzione si fonda sia su argomenti esegetici (collocazione della norma nel contesto degli articoli del codice relativi alla formazione dell'accordo delle parti, rubrica della norma in cui la fattispecie è qualificata come *contratto*, definizione come "proposta" dell'atto che alla stregua della contraria opinione dovrebbe dar vita, da solo, al negozio) sia sul principio del *numerus clausus* delle promesse unilaterali, la cui *ratio legis*, come già visto in precedenza, consisterebbe nella tutela dell'intangibilità della sfera giuridica altrui al di là dei casi previsti dalla legge.

Appare evidente che lo sfondo teorico di tale impostazione, tutta ispirata dal "dogma del consenso", vada ricercato nella "totale identificazione del contratto con l'accordo, inteso come puro incontro delle volontà"²³⁷, nonché nei connessi corollari della relatività del contratto (art.1372 cc.) e tipicità delle promesse unilaterali (art.1987cc.).

Si è però rilevato che "è una finzione il ravvisare un'accettazione nel silenzio del promissario"²³⁸ o, ancora, che "la mancanza di rifiuto non può considerarsi come accettazione in quanto non può considerarsi né come presunzione di volontà, né come silenzio, né come inerzia colposa"²³⁹. Le tesi "contrattualiste" non sarebbero altro che il frutto del tentativo di salvare il principio per cui l'accordo sia insostituibile elemento per la configurabilità del contratto.

Secondo la tesi della "contrattualità attenuata", già precedentemente accennata, lo schema delineato dall'art.1333 c.c. sarebbe da configurare

soggetto che tace conosce gli effetti giuridici della propria inazione e tiene volontariamente e consapevolmente quel contegno". *Contra* v. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit. 356 ss. e GIAMPICCOLO., *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 783 ss., per i quali il significato legale di accettazione del silenzio *ex* art.1333 c.c. non può cedere dinanzi ad una valutazione diversa, anche se nel caso concreto sussistano circostanze oggettive atte ad escluderlo.

²³⁷ BENEDETTI, *op. cit.*, 81

²³⁸ BIANCA, *op. cit.*, 259.

²³⁹ PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Padova, 1963, 64.

come “contratto a formazione unilaterale”²⁴⁰, formato, cioè, dalla dichiarazione di una parte sola, il proponente, e sottoposto alla *condicio iuris* risolutiva dell’esercizio del potere di rifiuto dell’oblato: rifiuto, quindi, non impeditivo ma eliminativo degli effetti già prodottisi²⁴¹. A parere di tale dottrina la bilateralità nella formazione del contratto sarebbe indispensabile solo nel caso in cui gli effetti del contratto sono bilaterali, se cioè l’accettazione del promissario-oblato contiene a sua volta una repromissione, mentre non sarà più tale nell’ipotesi in cui (come nell’art.1333 c.c.) non vi è un contratto a prestazioni reciproche, ma, al contrario, vi è vantaggio soltanto in capo alla parte che beneficia dell’obbligazione assunta dall’altra.

Tale tesi ha suscitato aspre critiche²⁴², rilevandosi che andrebbe contro tutta una serie di norme (artt.1321, 1325 n.1 e 1326, 1° comma, c.c.), la cui centralità nell’ordito normativo appare indiscutibile, che configurano l’accordo quale elemento prodromico ai fini della formazione del contratto.

La tesi del Sacco sembra, però, aver ottenuto nuova linfa vitale a seguito di un recente²⁴³, col quale è stata fornita un’innovativa visione della fase di formazione del contratto. A parere di tale tesi la moderna economia di mercato, incentrata sull’assoluta purezza e “materialità” dello scambio, è tale che “il declino dell’accordo - derivante dalla crisi della parola e del dialogo - dissolve il contratto nella combinazione di due atti unilaterali”.

²⁴⁰ Su cui v. SACCO, *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, II, Padova, 1965, 953 ss.; ID., *Il contratto*, cit., 17 ss.; CARRESI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 393 ss.; ID., *Il contratto*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da CICU-MESSINEO, XXI, Milano, 1987, 93 ss.; DONISI., *Il contratto con se stesso*, cit., 96 ss.

²⁴¹ Su tale distinzione si rinvia a GAZZONI, *Manuale*, cit., 842.

²⁴² SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 164; BIANCA, *op. loc. cit.*; DELLA CORTIGLIA, *Il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, tra unilaterali e bilateralità, nelle applicazioni giurisprudenziali*, in www.judicium.it

²⁴³ IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss. *Contra*, v. BENEDETTI, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul diritto muto*, in *Europa e diritto privato*, 1999, I, 137 ss., ove si rileva che “lo schema della dualità di meri atti leciti, se esalta la solitudine del silenzio, non coglie l’essenza dello scambio, perché dimentica il tratto della conformità tra atti, sia pure muti, che deve sussistere perché essi assumano valore di scambio. Ma il canone della conformità, secondo l’ordine positivo (art.1326, ult. cpv., c.c.) caratterizza e domina proprio la formazione del contratto”.

Di recente, però, sempre più diffusa è l'idea²⁴⁴ che riconosce allo schema di cui all'art. 1333 c.c. natura di negozio unilaterale che si perfezionerebbe nel momento in cui la proposta diviene irrevocabile, in quanto l'eventuale rifiuto dell'oblato, innestandosi su una situazione già perfetta, avrebbe l'effetto di eliminare gli effetti già prodottisi.

Più in particolare si ritiene che la norma in parola costituisca l'archetipo del c.d. "negozio unilaterale con struttura a rilievo bilaterale"²⁴⁵ o "promesse individualizzate"²⁴⁶, intendendosi, per tale, "un negozio unilaterale che, fissando *ex se* un certo assetto di interessi, non postula l'abituale soggezione in capo al destinatario dell'atto, preservandone, tuttavia, la libertà di apprezzamento, in presenza di effetti favorevoli, tramite il riconoscimento di un potere di rifiuto, idoneo a ripristinare, ove necessario, lo *status quo ante*"²⁴⁷.

Si rende così necessaria una riformulazione del principio di relatività del contratto fissato nell'art. 1372 c.c., limitato in una simile prospettiva solo agli effetti sfavorevoli, che deve cedere il passo dinanzi a quello di pari dignità, ma di segno opposto, per cui una modificazione della sfera giuridica è possibile senza manifestazione di volontà del destinatario degli effetti tutte le volte in cui la modifica abbia carattere favorevole.

Anche la giurisprudenza si mostra ondivaga allorché deve qualificare la natura della figura di cui all'art. 1333 c.c. Secondo un orientamento più risalente, che sembra ricalcare la tesi contrattualista "nei contratti unilaterali, se la proposta diviene irrevocabile appena giunta a conoscenza del destinatario, è tuttavia necessaria l'accettazione, anche tacita di costui"²⁴⁸. Si è così affermato che "allorché taluno, in sede di separazione coniugale consensuale, assume l'obbligo di provvedere al

²⁴⁴ GAZZONI, *Manuale*, cit., 840 ss., CARINGELLA, *op. cit.*, 1629 ss.

²⁴⁵ Per un'approfondita analisi sul punto, anche con riferimento al contratto di donazione, si rinvia a FERRI, *Dall'economia della bontà*, cit. 53 ss.

²⁴⁶ CARINGELLA, *op. cit.*, 1633

²⁴⁷ DELLA CORTIGLIA, *op. ult. cit.*

²⁴⁸ CASS., 16 marzo 1951, n. 672, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, 858.

mantenimento di una figlia minore, impegnandosi a tal fine a trasferirle nel prossimo futuro un determinato bene immobile, pone in essere con il coniuge un contratto preliminare a favore di terzo. Quando poi, in esecuzione di detto obbligo, dichiara per iscritto di trasferire alla figlia tale bene, avvia il processo formativo di un negozio che, privo della connotazione dell'atto di liberalità, esula dalla donazione ma configura una proposta di contratto unilaterale, gratuito e atipico che, ai sensi dell'art. 1333 c.c., in mancanza di rifiuto del destinatario entro il termine adeguato alla natura dell'affare e stabilito dagli usi, determina la conclusione del contratto stesso e, quindi, l'irrevocabilità della proposta. A nulla rilevando che la volontà di accettazione non risulti da atto scritto, dovendosi ritenere assolto l'obbligo della forma attraverso le modalità con cui è stata formulata la proposta”²⁴⁹.

La giurisprudenza più recente²⁵⁰, invece, afferma che il silenzio non può valere come accettazione tacita poiché l'art. 1333 c.c. non prevede prova contraria. Ma se il rapporto giuridico si costituisce senza bisogno di accettazione, necessario corollario è quello della natura unilaterale della fattispecie *de quo*.

Si è così affermato che “di volontà tacita (o implicita, ovvero ancora presunta) è possibile parlare solo dove la legge ammette la possibilità di

²⁴⁹ CASS., 21 dicembre 1987, n. 9500, cit. Tuttavia la ricostruzione della fattispecie come contratto gratuito non pare convincente in quanto il trasferimento immobiliare è effettuato *solvendi causa*: la disposizione patrimoniale effettuata per estinguere un precedente obbligo non può considerarsi gratuita, in quanto chi la riceve non vede solo aumentare il proprio patrimonio, essendo legata ad essa anche l'estinzione del corrispondente diritto di credito. Propendono per la natura contrattuale della fattispecie anche CASS., 26 giugno 1995, n. 7216, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1061 ss. e CASS., 26 maggio 1997, n. 4646, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, 1135 ss. Nella giurisprudenza di merito, v. APP. ROMA, 15 giugno 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 3050 ss.

²⁵⁰ CASS., 27 settembre 1995, n. 10235, in *Corr. giur.*, 1996, 301 ss. V. anche CASS., 22 febbraio 1995, n. 2021, in *Riv. notar.*, 1996, 914 ss., con la quale si ribadisce che “la remissione del debito, ai sensi dell'art.1236 c.c., è strutturata quale negozio unilaterale recettizio e diventa pertanto operativa dei tipici effetti estintivi dal momento in cui la comunicazione perviene a conoscenza della persona alla quale è destinata, a meno che questa non dichiari in congruo termine di ricusarla e quindi di non volerne profittare”. Decisione significativa, non tanto perché, conformemente all'indirizzo oramai prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza, ricostruisce in chiave unilaterale la fattispecie, quanto piuttosto perché, una volta affermatane l'unilateralità, la riconduce allo schema generale *ex art.1333cc*.

provare che, nel caso concreto, tale volontà è mancata o non è desumibile dal comportamento del dichiarante (artt. 684, 686, 1237, secondo comma, c.c.). Se questa prova non può essere data, perché la legge ricollega invariabilmente un determinato effetto giuridico ad un comportamento (attivo o inattivo) di un soggetto (artt. 476, 477, 1237, primo comma, 1399, quarto comma, 1597, 1823, secondo comma, c.c.) deve riconoscersi che la volontà privata non ha, a tal fine, nessuna parte e che l'effetto non ha quindi natura negoziale”²⁵¹.

Il fatto che tale figura sia stata inserita nell'ambito della formazione del contratto, però, non deriverebbe da una svista legislativa, bensì dalla necessità di sottoporre ad un rigido controllo causale figure non caratterizzate dallo scambio di prestazioni: “il legislatore nel trattare questo negozio unilaterale alla stregua di un contratto, dal punto di vista dell'inserimento sistematico, vuole evidentemente, proprio evitare che si verifichi quel rischio che è alla base del tradizionale disfavore delle promesse cioè che la promessa possa essere avventata, possa essere ingiustificata o superficiale”²⁵².

Appare necessario chiarire che l'art. 1333 c.c., come già detto, rappresenta l'archetipo delle “promesse individualizzate”, individuando una categoria generale in maniera simile al contratto: così come possono esserci contratti tipici e atipici, così le promesse individuali possono essere realizzate tanto nei casi espressamente previsti dalla legge (fideiussione, opzione), quanto per fattispecie contrattuali atipiche (pagamento traslativo, lettere di patronage, offerte reclamistiche).

L'art. 1333 c.c. mostra, in tal modo, le sue vere origini che sono da rintracciarsi nell'art. 36, ultimo comma, dell'abrogato codice del commercio. Ciò significa che esso “appartiene alle razionalità del mercato e, quindi, a quelle logiche di essenzialità e rapidità, che ispirano quegli atti

²⁵¹ CASS., 27 settembre 1995, n. 10235, cit.

²⁵² CARINGELLA, *op. cit.*, 1633.

di autonomia privata che si manifestano e si realizzano nel mondo dei traffici e nel commercio”²⁵³: la sua precedente collocazione dimostra che non era sconosciuto anche nell’800 il fatto che attraverso l’utilizzo di strumenti gratuiti ben si poteva perseguire finalità lucrative.

Devono così ritenersi impegnative tutte quelle promesse che, in conformità dell’intento dell’autore, “costituiscono un rapporto giuridico principale, rivolgendosi al soddisfacimento di un interesse non liberale del promettente”²⁵⁴. Sarebbe, infatti, contrario al senso comune negare efficacia a qualunque impegno unilaterale diverso dalla donazione obbligatoria, persino quando fosse palese che l’assunzione dell’obbligo corrisponde ad un preciso interesse economico del promettente (come nel caso, ad esempio, in cui un centro abbronzante prometta ad un potenziale cliente un bonus per una seduta abbronzante o di una casa editrice che promette un abbonamento gratuito, per un determinato periodo, ad alcune riviste). In simili ipotesi, pur in assenza di un meccanismo di scambio, la promessa individuale di una prestazione di dare deve considerarsi vincolante ricadendo nello schema di cui all’art. 1333 c.c., che in combinato disposto con gli artt. 1322 e 1324 c.c., permette all’autonomia privata di ampliare il novero delle promesse di dare ove risultino corrispondenti ad interessi meritevoli di tutela.

5. Il Trust: una figura tra gratuità, liberalità, solidarietà e onerosità.

Il *trust* è un istituto di derivazione anglosassone che si comprende appieno solo ove venga calato nell’esperienza dei paesi di *Common Law*, costituendo una significativa espressione dell’*Equity*. La *law of trust* così come elaborata in Inghilterra presuppone, infatti, la compresenza di due distinti ordinamenti, la *Common Law* e l’*Equity*, che consentono lo

²⁵³ FERRI, *Dall’economia della bontà*, cit., 63.

²⁵⁴ CASTIGLIA, *op. cit.*, 362

sdoppiamento della proprietà in proprietà formale (tutelata dal *Common Law*) ed in proprietà sostanziale (tutelata, invece, dall'*Equity*)²⁵⁵.

Le origini storiche di questo istituto, infatti, non si rinvencono in una legge scritta, bensì in una prassi consolidata sorta nella giurisdizione di *Equity* tesa a colmare i vuoti di tutela presenti nel *Common Law* al fine di reprimere frodi e comportamenti contrari alla buona fede. L'*Equity* nasce nel '400 presso la Corte del Cancelliere del Re per dar tutela ai sudditi che, seppur non avessero la titolarità di un diritto, necessitavano comunque di protezione per ragioni di giustizia sostanziale. La sovrapposizione tra l'ordinamento di *Equity* e quello del *Common Law* vedeva la prevalenza del primo sul secondo in quanto, anche se solo in via sussidiaria, assicurava la tutela delle ragioni di moralità e di giustizia anche contro lo "stretto diritto".

La struttura genetica del *trust*, tuttavia, non si discosta molto da quella del negozio fiduciario in quanto i ruoli dei soggetti contemplati in tale istituto (*settlor*, *trustee*, *beneficiary*) sembrano speculari a quelli che si rinvencono nello schema della fiducia: il costituente del *trust* (*settlor*) trasferisce un beni o un complesso di beni al *trustee*, che ne acquisisce la proprietà *fiduciae causa*, con l'obbligo di amministrarli a favore del costituente medesimo o di un terzo beneficiario²⁵⁶. Vi è, quindi, un soggetto formalmente intestatario della proprietà²⁵⁷ (*trustee*) e un soggetto in favore della quale viene indirizzata l'attività gestoria.

²⁵⁵ Nella letteratura italiana circa il diritto inglese del trust, anche in una prospettiva comparatistica v. FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935; GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 548 ss.; LUPOI, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano, 1971; BUSATO, *La figura del trust negli ordinamenti di common law e di diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 309 ss.; GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995.

²⁵⁶ La fonte degli obblighi per il *trustee* è rappresentato dal *trust deed*, ovvero dal regolamento dell'atto di attribuzione con cui si fissano i limiti all'agire del *trustee*

²⁵⁷ Che può ben essere lo stesso *settlor*, in quanto, l'effetto segregativi opera anche nel caso in cui il disponente costituisca il *trust* in capo a se stesso: anche in tale ipotesi, quindi, qualora il *trustee* venga meno ai propri doveri sarà tenuto a risarcire il trust del danno arrecato. Tale fattispecie viene denominata "*trust* autodichiarato"

Caratteristica principale del *trust*, non rinvenibile nel negozio fiduciario, è rappresentata dalla cosiddetta segregazione patrimoniale²⁵⁸ del *found trust*²⁵⁹. Il *trustee* sarà, di fatto, titolare di due patrimoni separati, insensibili vicendevolmente alle sorti giuridiche dell'altro. Da tale segregazione deriva che i beni del *trust* non possono essere aggrediti dai creditori personali del *trustee* né da quelli del *settlor* (ai quali è però concessa l'azione revocatoria nei confronti del negozio istitutivo del *trust*), ma soltanto da coloro che diventano creditori del *trust* stesso “cioè coloro che diventano creditori in ragione di operazioni di gestione del bene dato in *trust* per finalità relative al *trust* medesimo”²⁶⁰. I beni del *trust* risultano così “marchiati” (secondo la terminologia anglosassone che utilizza il termine *earmarking*) in modo tale che le vicende personali del *trustee* (ad esempio il suo fallimento) non dispiegheranno alcuna efficacia su di essi²⁶¹.

Anche nel momento in cui si passa ad analizzare i rimedi approntati a favore del *beneficiary*, appaiono evidenti altre differenze rispetto alla disciplina del negozio fiduciario, essendo prevista una tendenziale opponibilità dei diritti del *beneficiary* non solo ai creditori ma anche, in certa misura, agli aventi causa dal *trustee* (c.d. *tracing*²⁶²).

Quest'ultimo, fino a quando non abusa della sua posizione, “si muove incontrastato nella sfera del *common law* in senso stretto”²⁶³ non essendo il beneficiario “legittimato a far valere un suo generico interesse

²⁵⁸ Per un'approfondita analisi sul più generale tema dei vincoli di destinazione patrimoniale, si veda, anche alla luce delle recenti innovazioni legislative, M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996 e R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004.

²⁵⁹ Con tale termine si indica il complesso dei beni costituenti il *trust*

²⁶⁰ Così CARINGELLA, *Studi*, cit., 2548.

²⁶¹ Si è così sostenuto che “la particolare utilità del *trust* sta quindi proprio nel vincolo imprescindibile che si crea sui beni: in questo modo, infatti, viene assicurata ai creditori di una qualsiasi prestazione (che vengano nominati beneficiari del *trust*), la garanzia che la medesima (anche se derivante da un'obbligazione morale) sarà effettivamente adempiuta” (MONEGAT, *Brevi considerazioni a margine di due recenti provvedimenti giurisdizionali in materia di trust*, in *Riv. notariato*, 2005, II, 861).

²⁶² V. sul punto, per tutti, LUPOI, voce *Trusts*, I, *Profili generali e diritto straniero*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1995, 7 ss.

²⁶³ GAMBARO, voce *Trust*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 453.

proprietario”²⁶⁴. Tuttavia, nel momento in cui il *trustee* abusa dei suoi poteri, l’*Equity* assicura una tutela di tipo reipersecutoria al beneficiario, esercitabile nei confronti di chiunque si trovi nel possesso dei beni fuoriusciti illegittimamente dal patrimonio costituente il *found trust*²⁶⁵.

Come, però, è stato giustamente rilevato, nella *law of trust* l’oggetto di tutela non sono tanto i singoli beni trasferiti al *trustee*, quanto la consistenza economica del *trust* considerato del suo complesso, in quanto la gestione dei beni affidati al *trustee* è normalmente dinamica, tanto ciò vero che ove quest’ultimo acquisti dei beni con soldi provenienti dal *trust found*, essi debbono essere ricompresi nel *trust* non potendo essere considerati come suoi beni personali.

Proprio per tale ragione, dall’esercizio vittorioso dell’azione reintegratoria²⁶⁶ del *trust found* non deriva l’effetto dell’acquisto della proprietà o di altro diritto reale in capo *beneficiary* sui beni fuoriusciti dal *found*, rimanendo, questi, sempre titolare di quei soli diritti che gli sono stati assegnati al momento della costituzione del *trust*.

Le differenze tra il *trust* ed il negozio fiduciario derivano, quindi, dal fatto che “il diritto inglese ha avuto meno esitazioni del nostro e degli altri diritti di *civil law*, a considerare che se un bene è affidato ad un terzo *fiduciae causa* con una destinazione di scopo, esso non entra nel patrimonio di costui al medesimo titolo di altri beni, e quindi non è a disposizione dei suoi creditori i quali possono aggredire solo i beni che appartengono a quest’ultimo nel senso che sono destinati a soddisfare il suo interesse al

²⁶⁴ GAMBARO, *op. loc. cit.* L’Autore inoltre precisa che il beneficiario, in base al *common law*, non era titolare di alcuna pretesa in quanto non si riconosceva alcun valore alle obbligazioni fiduciarie, mentre si dava pieno valore al trasferimento di proprietà tra *settlor* e *trustee*.

²⁶⁵ Il fiduciante o il beneficiario, nel caso di negozio fiduciario, avranno a loro disposizione, invece, soltanto un’azione in *personam* contro il fiduciario che si sia reso inadempiente al *pactum fiduciae*, in quanto la loro posizione può qualificarsi come diritto di credito e, come tale, risulta essere inopponibile ai terzi aventi causa dal fiduciario. Infatti, in caso di inadempimento dell’obbligo di ritrasferimento da parte del fiduciante, il fiduciario potrà unicamente agire per la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno o *ex art. 2932 c.c.*

²⁶⁶ Pare opportuno ricordare che l’*equitable tracing claim* che tutela il *beneficiary* cede dinanzi all’acquirente di un *legal interest* (ossia riconosciuto dal *common law*) di buona fede e a titolo oneroso: in tali ipotesi l’*equitable interest* si considera trasferito sul ricavato.

quale quello dei creditori è preferibile, mentre qualunque bene entri nella sfera formalmente proprietaria di un soggetto per essere da questo gestito al fine di soddisfare un interesse alieno rimane al servizio di quello scopo e non vi è ragione che ne sia distratto per soddisfare l'interesse dei creditori del suo occasionale gestore”²⁶⁷.

Per quanto riguarda il negozio istitutivo del *trust* ci si è chiesti se esso abbia natura unilaterale²⁶⁸ (essendo così sufficiente ai fini dell'effetto traslativo il semplice negozio di destinazione posto in essere dal *settlor*, il c.d. *agreement*) oppure contrattuale²⁶⁹ (essendo necessaria l'accettazione del *trustee*).

Nel caso in cui si accolga la tesi della natura contrattuale di tale negozio, il c.d. *trust* autodichiarato sembrerebbe corroborare quell'orientamento dottrinale²⁷⁰, in realtà minoritario, che ravvisa la possibilità della conclusione di un contratto senza accordo. A parere di tale tesi, infatti, se è vero che l'art. 1321 c.c., nel momento in cui afferma che “il contratto è l'accordo di due o più parti”, fotografa l'archetipo della modalità di conclusione di un contratto, è anche vero che sussistono ipotesi in cui, malgrado l'assenza di accordo (art. 1333 c.c. e art. 1395 c.c.), è possibile individuare la figura di una fattispecie contrattuale.

Nell'ordinamento anglosassone il *trust* è qualificato tradizionalmente, così come sembra anche nella Convenzione dell'Aja del

²⁶⁷ Così GAMBARO, *op. cit.*, 457

²⁶⁸ Sostiene la natura unilaterale, LUPOI, *I trust nel diritto civile*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da SACCO, Torino, 2003, 288.

²⁶⁹ Sul punto, v., tra gli altri, PALAZZO, *I trusts in materia successoria*, in *Vita not.*, 1996, 596, per il quale l'atto istitutivo di *trust* liberale non testamentario integrerebbe una donazione soggetta ad azione di riduzione ed anche a collazione ed imputazione. Contraria a tale ricostruzione è la GATT, *op. cit.*, 329, a parere della quale, simili fattispecie integrerebbero delle liberalità diverse dalle donazioni ex art. 809 c.c. Per TONELLI, *Il trust, brevi cenni ed aggiornamento giurisprudenziale*, in www.filodiritto.it, nella fase istitutiva il *trust* si configura come un atto unilaterale produttivo di effetti e recante una libera espressione di volontà capace di produrre una serie di conseguenze, anche patrimoniali. A questa fase iniziale però, segue un'altra fase in cui comunque il soggetto *trustee* accetta di diventare il legittimo - e solo - proprietario dei beni in *trusts* e di destinare gli stessi allo scopo indicato nell'atto istitutivo. In questa accettazione non può non vedersi una fattispecie di natura contrattuale, meritevole di protezione da ultimo, e se non diversamente possibile, anche in base all'art. 1322 c.c.

²⁷⁰ Per tutti v. DONISI, *Il contratto con se stesso*, cit., 90 ss.

1 luglio 1985, recepita in Italia con la legge 9 ottobre 1989 n. 364, come negozio unilaterale, non essendo necessaria alcuna accettazione, anche se nella moderna economia sono sempre più diffusi i *trust* di natura contrattuale²⁷¹.

Pare opportuno sottolineare come lo schema del *trust* sia molto duttile in quanto si piega al perseguimento di una molteplicità di scopi: ciò è tanto vero che “a rigore si dovrebbe parlare di *trusts* al plurale perché la concreta disciplina si riferisce a ciascuna singola figura”²⁷².

Il *trust* può essere usato come surrogato di disposizioni testamentarie, in direzione di sostituzioni fedecommissarie²⁷³, per fini di beneficenza o di solidarietà (*Charitable trusts*²⁷⁴), o per finalità economiche. Anzi, sembra che l'utilizzo del *trust* sia sempre più diffuso proprio nel mercato finanziario essendo tale istituto uno schema molto efficiente nell'area del *project financing*, del finanziamento, nella gestione professionale del pubblico risparmio, per incanalare le emissioni di titoli obbligazionari²⁷⁵. In particolare, attualmente la finalità di garanzia rappresenta “una delle funzioni più preziose che il *trust* svolge nel mondo degli affari ed uno dei principali motivi della corsa verso il *trust*”²⁷⁶. Si ricorre, infatti, sempre più spesso al *trust* al fine di segregare un insieme di beni a garanzia dei creditori, solitamente delle banche, che concedono finanziamenti di rilevante entità.

²⁷¹ Sostiene l'idea della possibilità di istituire un *trust* attraverso un contratto POCAR, La libertà di scelta della legge regolatrice del *trust*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di BENVENUTI, Milano, 1996, 6 ss.

²⁷² GAMBARO, *op. cit.*, 459

²⁷³ Per un'approfondita analisi sul tema si rinvia a PALAZZO, *Autonomia privata e trust protettivi*, in *T&AF*, 2003, 192 ss. e SPALLAROSSA, *Trust e soggetti deboli*, in *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, a cura di DOGLIOTTI-BRAUN, Milano, 2003, 143.

²⁷⁴ I *Charitable trusts* svolgono il medesimo ruolo delle nostre fondazioni, solo che si ricorre allo schema del patrimonio separato anziché a quello della “soggettivizzazione” per la persecuzione di finalità non lucrative. L'utilizzo del *trust* evita quei controlli che ogni ordinamento impone nel momento della creazione di nuovi soggetti di diritto dotati di una autonomia patrimoniale perfetta.

²⁷⁵ Sul punto, per maggiori approfondimenti, v. ANDREOLI, *Il trust nella prassi bancaria e finanziaria*, Padova, 1998, 215 ss.

²⁷⁶ GAMBARO, *op. loc. cit.*

Di recente, anche in Italia si è riscontrato un incremento dell'utilizzo del c.d. "trust interno"²⁷⁷ (malgrado la sua compatibilità con il nostro ordinamento sia tutt'altro che pacifica²⁷⁸) in quanto permette la risoluzione di "situazioni che, impiegando gli strumenti posti a nostra disposizione dall'ordinamento giuridico italiano, non troverebbero soluzioni altrettanto efficienti"²⁷⁹.

La giurisprudenza di merito²⁸⁰ pare sempre più orientata a ritenere legittimo il ricorso al *trust*, anche per finalità molto diverse tra loro. Si è, infatti, ritenuto omologabile tanto un verbale di separazione personale consensuale fra coniugi (redatto *ex art. 711 c.p.c.*) tra le cui condizioni era previsto che uno dei coniugi istituisse in *trust* (che prevedeva come *trustee* lo stesso disponente) un immobile di sua proprietà esclusiva al fine di

²⁷⁷ Il *trust* interno è quello posto in essere da cittadini italiani, residenti in Italia, su beni siti nel territorio nazionale, a favore di beneficiari italiani ed ivi residenti

²⁷⁸ Non essendo questa la sede opportuna per l'approfondimento di tale tematica, basti qui ricordare che sostengono la possibilità di istituire in Italia *trusts* interni: BUSATO, *La figura del trust negli ordinamenti di common law e di diritto continentale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1992, 330; GAMBARO-GIARDINA-PONZANELLI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Leggi civ. comm.*, 1993, 1211; LUPOI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985*, in *Vita Notar.*, 1992, 975 ss.; ID., voce *Trusts*, I) *profili generali e diritto straniero*, II) *Convenzione dell'Aja e diritto italiano*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1995; ID., *I trust nel diritto civile*, cit.; PICCOLI, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la Convenzione dell'Aja*, in *Riv. Notar.*, 1995, 37 ss.; CALÒ, *Dal probate al family trust, riflessi ed ipotesi applicative in diritto italiano*, Milano, 1996, 73 ss.; GAMBARO, *I trusts e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in *I trusts in Italia oggi*, cit., 57 ss.; ID., *Il "trust" in Italia e Francia*, in *Studi in onore a Rodolfo Sacco*, a cura di CENDON, Milano, 1994, I, 495; ID., voce "*Trust*", cit. 449 ss.; POCAR, *op. cit.*, 3 ss.; MOIA, *Trusts "interni" e società di capitali: un primo caso*, in *Giur. Comm.*, 1998, II, 764 ss. Sono, invece, contrari alla configurabilità nel diritto interno dell'istituto in esame: CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita Notar.*, 1998, 1323 ss.; BIANCA, *La proprietà*, Milano, 1999, 200 ss.; GAZZONI, *In Italia tutto è permesso, anche quello che è negato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle)*, in *Riv. not.*, 2001, I, 1247 ss.; ID., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. not.*, 2002, I, 1107 ss.; ID., *Il cammello, la cruna dell'ago e la trascrizione del trust*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 953 ss.; SCHLESINGER, *Una "novella" per il Trust*, in *Notariato*, 2001, 337 ss.; MARICONDA, *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*, in *Corr. giur.*, 2004, 76 ss.; R. QUADRI, *op. cit.*, 312 ss. il quale, in riferimento alla questione sulla trascrivibilità del negozio istitutivo di un *trust*, ritiene che "se la deviazione dagli assetti proprietari (e, in genere, reali) delineati dal legislatore non può che passare attraverso la necessaria mediazione di una previsione normativa, anche il profilo dell'opponibilità della situazione soggettiva venutasi eventualmente a creare per effetto di un negozio atipico di destinazione non può prescindere dalla stessa esigenza di una adeguata disciplina legislativa".

²⁷⁹ Così MONEGAT, *op.cit.*, 858.

²⁸⁰ V., ad esempio, TRIB. PISA, 22 dicembre 2001, in *Trusts*, 2002, 241 ss.; TRIB. VERONA, 08 gennaio 2003, *ibidem*, 2003, 409 ss.; TRIB. ROMA, 04 aprile 2003, *ibidem*, 2003, 411 ss.; TRIB. FIRENZE 7 luglio 2004, *ibidem*, 2004, 567 ss.; APP. FIRENZE, 09 agosto 2001, *ibidem*, 2002, 244.

adibirlo ad abitazione della figlia²⁸¹, quanto un concordato preventivo presentato da una s.p.a. che prevedeva, tra l'altro, la devoluzione in *trust* di beni immobili di proprietà dell'amministratore della società e di suoi congiunti con nomina a *trustee* del curatore fallimentare, con la previsione che le somme ricavate dalla vendita dei beni fosse indirizzata al soddisfacimento della massa dei creditori in concordato²⁸².

Proprio in tale ultima decisione si è affermato che l'utilizzo dell'istituto in questione “assicura alla procedura margini di certezza maggiori rispetto a quelli originariamente formulati (...) assicurando la meritevole composizione degli interessi coinvolti nella procedura concordataria, non unilateralmente definibili e valutabili con riferimento al solo debitore concordatario in quanto parallelamente assistiti dall'adempimento del terzo”.

Tradizionalmente si qualifica l'atto istitutivo del *trust*, al pari degli altri atti di destinazione patrimoniale, quale atto gratuito²⁸³. Tuttavia, alla luce di quanto sopra esposto, sembra particolarmente forte, in simili ipotesi, la necessità di utilizzare quella tetrapartizione, in precedenza formulata²⁸⁴, all'interno della categoria degli atti non onerosi: la classificazione come atto liberale, gratuito²⁸⁵ o di solidarietà²⁸⁶ del *trust*, infatti, dipende proprio dagli interessi concretamente perseguiti dalle parti, la cui meritevolezza giustifica l'utilizzo di tale strumento lontano dalla nostra tradizione

²⁸¹ TRIB. MILANO, decr. 23 febbraio 2005, in *Riv. notariato*, 2005, II, 850 ss.

²⁸² TRIB. PARMA, 03 marzo 2005, in *Riv. notariato*, 2005, II, 850 ss.

²⁸³ Per approfondimenti sul punto si rinvia a LUPOI, *I trust nel diritto civile*, cit., 200 ss. V., però, la delibera del Secit 11 maggio 1998, n. 37, *La circolazione dei trusts esteri in Italia* (delibera del Servizio Consultivo e Ispettivo tributario), in www.secit.finanze.it, la quale, argomentando dalle caratteristiche di liberalità del trasferimento di beni, che comporta anche, come effetto, la decurtazione definitiva del patrimonio del disponente, ha ritenuto che il *trust* sia attratto dalla disciplina sulle donazioni prevista dall'art. 809 c.c. e, sotto il profilo fiscale, assoggettabile all'imposta sulle donazioni.

²⁸⁴ V. *supra* pag.??? Sul punto v. LUPOI, *Trusts*, Milano, 1997, 607 ss., per il quale il negozio istitutivo del *trust* può essere a titolo gratuito, liberale o interessato, o a titolo oneroso.

²⁸⁵ Come nel caso preso in esame da TRIB. PARMA, 03 marzo 2005, cit.

²⁸⁶ Si pensi, ad esempio, ai su richiamati *Charitable trusts*.

giuridica²⁸⁷. Non v'è chi non veda come l'indagine sulla finalità del singolo *trust* incida, in maniera rilevante, sulla disciplina ad esso applicabile: se, ad esempio, “la distribuzione finale non solleva difficoltà nei *trust* di natura commerciale o finanziaria, perché si tratta o di attribuire un bene all'avente diritto (nei *trust* di garanzia) o di ripartire fra i soggetti interessati il risultato dell'attività del *trustee* (nei *trust* di investimento), nei *trust* familiari, specialmente con finalità successoria, le difficoltà sono tanto maggiori quanto più trasparente è la finalità del disponente”²⁸⁸.

Non può, però, sottacersi il fatto che alcuni *trusts* (ad esempio i *Pension trust*, gli *Investments trust* e le *Corporate trust*) sono, in realtà, costituiti a titolo oneroso in quanto a fronte del trasferimento di beni da parte del *settlor*, sorge un corrispettivo obbligo di ritrasferimento del capitale investito e degli utili conseguiti attraverso operazioni di mercato o di pagamento di una rendita vitalizia²⁸⁹: tali *trust*, infatti, sono diretti alla costituzione di una fonte di reddito, che deve essere assicurato a certi soggetti per un determinato periodo ed in certa misura.

Non si può, quindi, limitare l'indagine sulla natura onerosa o non onerosa dell'atto, dovendosi, al contrario verificare gli scopi perseguiti dalle

²⁸⁷ A parere di LUPOI, *I trust in diritto civile*, in *Vita not.*, 2003, 610 ss., per mezzo di tale istituto vengono creati assetti di interessi altrimenti non possibili, basati su legittime motivazioni, che indubbiamente contribuiscono al progresso dell'ordinamento stesso. Lo stesso Autore aveva in precedenza già sostenuto che “l'esperienza mostra (...) che si fa ricorso ai *trusts* interni quando il nostro strumentario tradizionale non offre soluzione idonea per il particolare assetto di interessi che il soggetto disponente vuole realizzare” (ID, *Aspetti gestori e dominicali, segregazione: trust e istituti civilistici*, in *Foro it.*, 1998, I, 3394).

²⁸⁸ Così LUPOI, *I trust nel diritto civile*, cit., 286. Nella sua relazione al convegno di studi su “*Trusts interni. Le principali applicazioni per la famiglia e per l'impresa*” tenutosi a Genova il 27 ottobre 2001 (di cui è possibile leggere una sintesi in www.giusligure.it), DIMUNDO, Presidente del Tribunale di Genova, ha osservato che ai fini dell'assoggettabilità alla revocatoria ordinaria bisogna accertare innanzitutto se l'atto di disposizione con cui i beni sono stati trasferiti al *trustee* abbia recato pregiudizio alle ragioni dei creditori e se il disponente ne sia stato consapevole; subito dopo bisogna accertare se il *trust* sia a titolo gratuito oppure a titolo oneroso, stabilendo quale sia la funzione del *trust* in concreto (se una funzione solutoria di una obbligazione da adempiere oppure se il trasferimento dei beni al *trustee* sia stato dettato da spirito di liberalità o comunque senza ricevere alcun corrispettivo).

²⁸⁹ V., sul punto, GAMBARO, *op. ult. cit.*, 459, per il quale “benché la *law of trust* sia considerata dagli scrittori di *common law* nel contesto dei trasferimenti a titolo gratuito, non sembra che questa corrisponda a realtà” in quanto i tipi di *trusts* attualmente più usati negli Stati Uniti sono i *commercial trusts*.

parti ricorrendo a tale istituto²⁹⁰. Ed infatti, non pare da condividere l'idea di chi²⁹¹, nell'ipotesi di *trusts* gratuiti (meglio dire non onerosi) ne limita poi la portata ai soli *trusts* liberali testamentari o non testamentari, con ciò confondendo la gratuità dell'atto istitutivo con l'intento liberale del *settlor*.

Infatti, la non onerosità dell'atto non sottopone automaticamente tale negozio, ad esempio, alle norme dettate in tema di azione di riduzione, in quanto nell'ipotesi in cui si perseguano interessi di tipo patrimoniale (*trust* a scopo di garanzia) sarà messa fuori gioco tutta la disciplina dettata in tema di liberalità.

6. Gli atti gratuiti all'interno della famiglia

Il problema relativo agli atti non onerosi effettuati all'interno della famiglia appare di non facile soluzione in quanto il trasferimento di ricchezza senza corrispettivo, in quella sede, non è dominato dalla vincolatività della promessa, è retto dalla irripetibilità del pagato ed è giustificato da un complesso di interessi tanto intricato da renderne quasi impossibile la comprensione nel caso concreto²⁹².

In questa sede appare opportuno incentrare l'attenzione su quegli atti comportanti l'attribuzione di beni, spesso immobili, che vengono posti in essere nella fase patologica della vita coniugale, ovvero in occasione della separazione o del divorzio²⁹³.

Non esiste settore all'interno di un ordinamento giuridico, in cui vengono in luce, in maniera tanto forte e a volte drammatica, situazioni

²⁹⁰ Per BARTOLI, *Il Trust*, Milano, 2001, 126, nei casi in cui vi sia un negozio istitutivo gratuito "dovrà ulteriormente distinguersi fra *trust* liberale e *trust* meramente interessato, a seconda che il disponente abbia o meno inteso" soddisfare un proprio interesse patrimoniale o effettuare una liberalità.

²⁹¹ GATT, *op. cit.*, 329.

²⁹² A parere di attenta dottrina, "di fronte ad una elargizione tra coniugi non è possibile accertare il quanto della gratuità pura, il quanto della funzione remuneratoria di servizi, il quanto del dovere di coscienza, il quanto dell'obbligazione naturale, il quanto della funzione risarcitoria, presenti nell'atto" (SACCO, *Attuazione di fatto di un regime patrimoniale diverso da quello corrispondente a diritto in Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1989, 93)

²⁹³ Per un'approfondita analisi sul tema più generale degli atti gratuiti posti in essere all'interno della famiglia si rinvia, anche per opportuni riferimenti, a GIANOLA, *op. cit.*, 355 ss.

sentimentali e di natura affettiva come nel diritto di famiglia. Ciò appare ancora più evidente quando ci si trova di fronte ad un momento estremamente critico, per il nucleo familiare, come quello in cui i coniugi decidono di porre fine al vincolo matrimoniale attraverso la separazione personale, soprattutto in presenza dei figli.

Alla luce di quanto avviene nelle aule di tribunale, si è sempre più orientati non a favorire una vana e utopistica ripresa di un rapporto ormai finito, quanto, piuttosto, il contenimento dei contrasti e l'attenuazione dei gravi disagi che essa comporta.

Solitamente la conflittualità che ha condotto le parti alla decisione di porre fine alla vita in comune trova un fattore di amplificazione nella procedura volta ad ottenere la separazione, rischiando di sfociare in scontri dannosi anche, e soprattutto, per l'eventuale prole.

Come, infatti, nota un attento Autore “la stessa tutela degli interessi dei figli, ritenuta da tempo, in tutti gli ordinamenti sovraordinata ad ogni altra esigenza nella disciplina della crisi familiare, consiglia appunto, l'adozione di modelli di risoluzione della crisi congegnati in modo tale da smussare l'esistente conflittualità, piuttosto che accentuarla”²⁹⁴. Apparendo spesso inadeguate le regole poste autoritativamente da un terzo estraneo al contesto familiare, è sempre più sentita l'esigenza di un maggiore riconoscimento all'autonomia familiare che, ormai, tende “ad allungare la sua ombra al di là di quell'aria dei rapporti familiari in senso stretto patrimoniale, nella quale, proprio per una simile caratterizzazione dei rapporti stessi, meno sforzato risulta di richiamo alla nozione di contratto”²⁹⁵.

In particolare, l'utilizzo degli accordi di separazione, facilitando l'incontro delle parti e la discussione sul loro futuro, fa sì che “i coniugi prendano coscienza dell'importanza dell'istituto matrimoniale e degli

²⁹⁴ V. QUADRI, *Problemi di diritto privato*, Napoli, 2002, 36.

²⁹⁵ V. QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1998, 83.

obblighi e delle responsabilità che da questo discendono, sicuramente in misura maggiore rispetto ad un semplice procedimento giudiziale di rapido esperimento e fondato esclusivamente sulla allegazione di colpa a carico di uno dei coniugi stessi”²⁹⁶.

Tale strumento, quindi, permette che le parti, mediando tra le originarie e contrastanti posizioni di partenza, addivengano alla conclusione di un accordo attraverso reciproche concessioni, evitando, in tal modo, lo stanco trascinarsi della crisi coniugale nelle aule giudiziarie.

Non essendo, certo, questa la sede opportuna per la disamina dei vari tipi di convenzioni stipulate dai coniugi in vista della separazione o del divorzio, è sembrato opportuno restringere il campo di analisi ai soli accordi traslativi raggiunti dai coniugi in sede di separazione consensuale e operanti con l’omologazione.

Infatti, il binomio contratto-crisi coniugale appare oggi più che mai attuale, in una realtà nella quale i coniugi sogliono, con sempre maggiore evidenza, fare “*de l’amour et de l’argent un paquet indivisible*”²⁹⁷. Appare necessario, però, distinguere preliminarmente tra i trasferimenti effettuati in attuazione dell’obbligo di mantenimento e quelli disancorati da tale obbligo.

Riguardo i primi, l’indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato²⁹⁸, rivisitando e ampliando le cause giustificative dei trasferimenti, ritiene che siano sorretti da una *causa solvendi*, che giustifica e rende valido il trasferimento stesso.

Appare, però, opportuno ricordare la nota sentenza della Cassazione n. 9500 del 1987²⁹⁹ avente ad oggetto un caso in cui padre e madre, in sede di separazione consensuale, avevano raggiunto un accordo in base al quale il padre si obbligava ad assolvere all’obbligo di mantenimento nei confronti

²⁹⁶ V. CRETNEY, *Family Law*, London, 1997, 50

²⁹⁷ Così CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous le Ve République*, Parigi, 1996, 227.

²⁹⁸ Per tutte, v. CASS. 17 giugno 1992, n. 7470, in *Dir. fam. pers.*, 1993, 70 ss. e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 808 ss. con nota di SINESIO, *Separazione di fatto e accordi tra coniugi*.

²⁹⁹ CASS., 21 dicembre 1987, n. 9500, cit.

della figlia attraverso il trasferimento di un terreno. La Suprema Corte ha qualificato tale accordo come contratto preliminare in favore di terzo e la successiva attribuzione del padre alla figlia quale contratto unilaterale atipico e gratuito concluso ai sensi dell'art. 1333 c.c.

Tale decisione non è apparsa condivisibile nel momento in cui qualifica l'atto di trasferimento come gratuito essendo, invece, da qualificarsi come *datio in solutum* e, in quanto tale, negozio a carattere oneroso³⁰⁰.

Maggiori problemi sorgono per quelle attribuzioni non sorrette dall'obbligo di mantenimento.

Secondo una prima impostazione³⁰¹ si dovrebbe richiamare in tali ipotesi la figura della transazione (in particolare la transazione complessa o mista).

Secondo la Suprema Corte sarebbero rinvenibili in tali fattispecie gli elementi strutturali della transazione. Le reciproche concessioni cui fa riferimento l'art. 1965 c.c. debbono, infatti, intendersi rapportate alle posizioni assunte dalle parti stesse non solo nella lite in atto, ma anche in vista di controversie che possono insorgere tra loro e che intendano prevenire; esse, inoltre, andrebbero commisurate rispetto alle rispettive pretese e contestazioni concretamente formulate e non ai diritti effettivamente spettanti in base alla legge³⁰².

Tale orientamento è stato di recente confermato in un'altra pronuncia, dove si riconosce “la validità dell'accordo transattivo con cui i coniugi abbiano posto fine ad alcune controversie patrimoniali tra loro insorte, senza alcun riferimento, esplicito o implicito, al futuro assetto dei rapporti economici scaturenti dall'eventuale pronuncia di divorzio”³⁰³.

³⁰⁰ Così GAZZONI, *Babbo natale*, cit., 2899.

³⁰¹ ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1319 ss.

³⁰² V. CASS. 15 marzo 1991, n. 2788, in *Foro it.*, 1991, I, 1787 ss. e CASS., 12 maggio 1994, n. 4647, in *Fam. dir.*, 1994, 660 ss.

³⁰³ Così CASS., 14 giugno 2001, in *Corr. giur.*, 2000, 1021

Tale impostazione non sembra, tuttavia, da condividere in quanto ci troviamo in materia di diritti indisponibili e, dunque, non transigibili. Si è, inoltre, rilevato³⁰⁴ come non sia sempre rinvenibile una *res litigiosa* o *dubia* che giustifichi l'accordo sul regime economico post-matrimoniale potendo questo porsi su un piano diverso e autonomo dal consenso alla risoluzione della crisi coniugale.

Secondo un altro orientamento, tali accordi tendono a regolare i rapporti tra i coniugi e tale sarebbe il supporto causale (*causa familiare*): le disposizioni tra coniugi in occasione della separazione o del divorzio possono rappresentare “la risposta sul piano giuridico alla complessità dei rapporti umani”³⁰⁵, con una causa autonoma rappresentata dalla sintesi delle istanze reciproche nascenti dal pregresso stato coniugale.

L'individuazione di una *causa familiare* autonoma e innominata comporta come diretta conseguenza, l'atipicità degli accordi tra coniugi sul regime giuridico-economico postmatrimoniale.

Anche alcune pronunce della Cassazione sembrano orientate in tal senso.

Infatti, dopo aver dichiarato la validità della clausola contenuta nel verbale di separazione con cui un coniuge attribuiva direttamente un immobile all'altro, espressamente si è affermato che “la natura attributiva del negozio è riconducibile (...) piuttosto ad una figura di contratto atipico, mediante il quale i coniugi, senza versamento di corrispettivo, si attribuiscono certi beni, anche immobili, ad integrazione del regolamento stabilito in funzione della separazione. Nella specie risulta rispettata la forma voluta dalla legge, non essendo necessario l'atto notarile per l'accennato negozio atipico, che non realizza, stante la sua causa, un intento di liberalità, né configura una convenzione matrimoniale”³⁰⁶.

³⁰⁴ V. DORIA, *Autonomia privata e “causa familiare”*. *Gli accordi traslativi tra coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, 254.

³⁰⁵ V. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, 1999, Milano, 710.

³⁰⁶ CASS., 11 novembre 1992, n. 12110, *Giur. it.*, 1993, I, 1, 303.

Tale impostazione non è condivisa da alcuni³⁰⁷, giacché l'interesse dei coniugi ad una determinazione dei loro rapporti in occasione della separazione sarebbe troppo generica, potendo ogni atto essere retto da tale causa, anche quelli posti in essere in costanza di matrimonio: “anche la stipula di una convenzione matrimoniale, o l'intestazione di un immobile durante la fase fisiologica dell'unione e senza alcuna attinenza con la crisi di quest'ultima potrebbero, infatti, presentare un'identica giustificazione”³⁰⁸.

Questi stessi Autori, invece, facendo leva sulla legislazione fiscale, sulle disposizioni del codice di rito e della legge sul divorzio, che attribuiscono esplicito rilievo al consenso fra i coniugi, definiscono tali accordi dei “contratti della crisi coniugale” aventi il fine di determinare l'assetto dei rapporti economici dopo la fine del matrimonio³⁰⁹.

Tali accordi, quindi, sarebbero da qualificarsi come contratti a titolo oneroso, stipulati dai coniugi per regolare i reciproci rapporti patrimoniali sorti nel corso della loro relazione ed a cui intendono condizionare la definizione consensuale della crisi coniugale, sempre che non sia presente una causa tipica diversa³¹⁰.

Infatti, dal momento che l'intento principe delle parti è quello di sistemare definitivamente, in considerazione della crisi coniugale, le “pendenze” che un più o meno lungo periodo di vita comune ha determinato, sembra appropriato parlare di una causa tipica di definizione

³⁰⁷ OBERTO, *op cit*, 650.

³⁰⁸ Esempi tratti da OBERTO, *op. loc. cit.*

³⁰⁹ V. CORTE COST., 25 febbraio 1999, n. 41 che, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 26 comma 1 del d.P.R. n. 131/86 laddove non ammette prova contraria della presunzione di liberalità dei trasferimenti immobiliari posti in essere tra coniugi, afferma che questi ultimi “possono assumere la veste di parti che addivengono ad un assetto dei propri interessi economici mediante la stipulazione di negozi giuridici nei quali, essendo assente ogni funzione di liberalità, prevalgono ragioni che consistono nella volontà di esaurire rapporti collegati a situazioni familiari oramai compromesse”.

³¹⁰ V. OBERTO, *op. loc.cit.*

della crisi coniugale o, più correttamente, di una causa tipica di definizione degli aspetti economici della crisi coniugale³¹¹.

Questo negozio potrà pertanto definirsi come “quel contratto a titolo oneroso che viene stipulato dai coniugi per regolare i reciproci rapporti giuridici patrimoniali sorti nel corso della loro relazione esistenziale, quando al regolamento di tali rapporti i coniugi stessi intendono condizionare la definizione consensuale della crisi coniugale o di una fase di quest’ultima. Tale regolamento di rapporti si attua attraverso la previsione di prestazioni vuoi unilaterali, vuoi reciproche, di carattere sia obbligatorio che reale, periodiche o istantanee”³¹².

Avuto riguardo, dunque, al profilo causale, i contratti della crisi coniugale sono quelli che si caratterizzano per la presenza o della causa tipica di definizione della crisi coniugale, o per la semplice presenza, accanto ad una causa tipica diversa (donazione, transazione, negozio solutorio) di un motivo “postmatrimoniale” rappresentato dal fatto che “quel particolare contratto viene stipulato in contemplazione della crisi coniugale, avuto riguardo all’intenzione delle parti di considerare la relativa pattuizione alla stregua di una delle condizioni della separazione, cioè di un elemento la cui presenza viene dai coniugi ritenuta essenziale al fine di acconsentire ad una definizione non contenziosa della crisi coniugale”³¹³.

Il carattere oneroso comporterebbe da un lato l’inapplicabilità della forma prevista per la donazione, dall’altra l’applicabilità delle norme previste per gli atti non gratuiti: si pensi, ad esempio che, in base all’art. 2901 c.c., tale negozio sarebbe revocabile solo ove risulti provata la complicità fraudolenta dell’altro coniuge e in caso di revocatoria fallimentare si applicherebbe l’art. 69 LF³¹⁴.

³¹¹ V. GIUNCHI, *I trasferimenti di beni fra coniugi nel procedimento di separazione personale nel diritto civile e nelle leggi fiscali*, in *Vit. not.*, 1993, 1053.

³¹² Così OBERTO, *op.cit.*, 706.

³¹³ Così OBERTO, *op. loc. cit.*

³¹⁴ Sul punto v. DORIA, *op. cit.*, 356.

7. Casistica negoziale

Pare opportuno, a questo punto, passare in rassegna, senza pretesa di completarla ma per evidenziare la portata economica del fenomeno qui in esame alcune fattispecie riconducibili all'istituto del negozio gratuito atipico³¹⁵.

In primo luogo si analizzeranno varie figure contrattuali utilizzate nel mondo dell'editoria.

1. *Distribuzione gratuita di giornali*. Tale prassi è sempre più utilizzata, soprattutto nelle grandi città, a fini pubblicitari in quanto garantisce una diffusione più capillare del messaggio a costi nettamente meno elevati rispetto a quelli derivanti da una pubblicità su quotidiani o periodici distribuiti a livello nazionale. Normalmente una società fornisce, dietro corrispettivo, uno spazio in cui inserire la pubblicità della propria azienda o del proprio prodotto, obbligandosi al contempo a distribuire un certo numero di copie in un'area territoriale delimitata a mezzo di suoi dipendenti.

La consegna del giornale rappresenta, quindi, per l'editore l'adempimento della propria obbligazione nei confronti dell'inserzionista, mentre per il singolo "ricevente" un'attribuzione gratuita interessata. E', evidente, infatti, che il lucro d'impresa deriva proprio dal *surplus* tra introiti pubblicitari e spese sostenute³¹⁶, mentre la distribuzione gratuita rappresenta il mezzo attraverso cui si ottiene la stipula del contratto pubblicitario, in quanto garantisce che il pubblico verrà in possesso del giornale (non comportando una spesa poche persone, di solito, rifiutano di prenderne una copia).

³¹⁵ Pare opportuno inserire, a fini di sistematicità del presente lavoro, anche fattispecie negoziali ad effetti obbligatori.

³¹⁶ I costi di stampa sono molto limitati: infatti la spesa per la stampa di 10000 copie di un giornale di 12 pagine a quattro colori ammontano a 3000 €.

2. *Inserzione gratuita su giornali.* I periodici che hanno per oggetto la pubblicazione di annunci economici, possono essere distinti tra quelli specializzati in un determinato settore (per esempio in quello immobiliare o automobilistico), e quelli che, invece, hanno un contenuto della più varia natura. Mentre l'inserzione su di essi di un annuncio da parte dei privati è gratuita, per le aziende è a pagamento. In tali fattispecie gli introiti dell'editore derivano dalla vendita del giornale, dai contratti pubblicitari e dagli annunci offerti a titolo oneroso. Tuttavia, se sol si pensa a questo tipo di stampa, apparirà evidente che la maggior parte degli annunci è relativo a offerte al pubblico di privati, e, molto spesso, chi acquista il giornale lo fa proprio per poter contrattare con questi ultimi e non con aziende. Pertanto, anche tale contratto gratuito, mostra un evidente un interesse economico del fornitore della prestazione (ovvero chi pubblica il periodico) perseguito attraverso la gratuità.

3. *Cessione dei diritti della proprietà intellettuale.* Molte riviste scientifiche non corrispondono un corrispettivo agli autori degli articoli ivi pubblicati, pur sfruttandoli economicamente (il prezzo per il loro acquisto è, infatti, di solito molto elevato). Anche in questo caso, si ritiene che il trasferimento gratuito dei diritti di utilizzo della propria opera intellettuale possa perseguire degli interessi di tipo indirettamente economico. Le pubblicazioni, infatti, hanno un certo peso se inserite in un *curriculum vitae*, necessario passaporto per l'inserimento professionale nel settore privato; sono valutate come punteggio in molti concorsi pubblici (ad esempio, quelli per titoli ed esame) o per la progressione in carriera; attribuiscono fama allo studioso, il cui valore economico è di certo imponderabile ma di chiara consistenza³¹⁷.

³¹⁷ Questi, a seguito della diffusione di un suo lavoro, potrà essere chiamato per relazioni (per la cui partecipazione potrà chiedere un onorario), potrà ottenere incarichi o potrà fare un'ulteriore pubblicazione (stavolta a titolo oneroso) la cui diffusione sarà assicurata dal nome dell'Autore. Appare, forse, lontano il tempo in cui si assegnava alle opere intellettuali (in particolare alla poesia) una funzione eternatrice: "Il sacro vate, placando quelle afflitte alme col canto, i prenci argivi eternerà per quante abbraccia terre il gran padre Oceàno. E tu onore di pianti, Ettore, avrai,

In argomento si può ricordare il risalente caso posto all'attenzione del tribunale di Firenze³¹⁸, avente ad oggetto un contratto in virtù del quale un artista (che non godeva di particolare notorietà) disponeva senza corrispettivo del diritto di riproduzione di una sua opera a favore di una società di cortometraggi di attualità. A causa di un disguido, però, l'opera fu attribuita ad altro autore, cosicché il disponente citò in giudizio la società al fine del risarcimento dei danni per la mancata pubblicizzazione del suo nome.

L'organo giudicante qualificò il rapporto come oneroso in quanto “un corrispettivo non venne espressamente stabilito ma è chiaro che esso consisteva (...) in quella pubblicità che, senza costituire l'obiettivo specifico, poteva considerarsi un risultato marginale della diffusione del documentario”. Appare, però, condivisibile l'idea di chi³¹⁹ ha sostenuto che, in tal caso, l'effetto pubblicitario non poteva considerarsi il corrispettivo della cessione dei diritti di sfruttamento economico dell'opera, in quanto frutto di una serie di circostanze, parte delle quali non dominabili dalla società cessionaria: “l'effetto pubblicitario attiene invece all'elemento causale, concretando quell'interesse patrimoniale necessario a giustificare e a rendere vincolante l'impegno gratuitamente assunto”

Il settore in cui maggiormente appare, attualmente, diffuso il negozio gratuito atipico è quello della telefonia cellulare, visto che gli operatori si contendono i clienti a suon di offerte promozionali, tese anche a sottrarre clientela l'un con l'altro.

Tra le varie promozioni si può ricordare, ad esempio, quella con cui, “associando” un cellulare UMTS ad una scheda sim della Vodafone, si ottengono ben 300 € di traffico telefonico. L'interesse della compagnia è quello di diffondere il più possibile tale nuova tecnologia che permette la

ove fia santo e lagrimato il sangue per la patria versato, e finché il Sole risplenderà su le sciagure umane” (FOSCOLO, *Dei Sepolcri*).

³¹⁸ TRIB. FIRENZE, 28 aprile 1958, in *Giur. tosc.*, 1958, 484, la cui citazione è tratta da MANZINI, *op. cit.*, 935.

³¹⁹ MANZINI, *op. loc. cit.*

possibilità di fruire di particolari servizi a pagamento (es. videochiamate) o di migliorarne alcuni già esistenti (collegamento alla rete internet).

Lo stesso operatore in un'altra offerta promette a coloro che hanno un contratto con aziende concorrenti, di passare ad utilizzare i suoi servizi senza cambiare il numero di telefono, grazie al servizio di Mobile Number Portabilità, con attribuzione, per le carte ricaricabili, dell'attivazione gratuita del servizio di portabilità, di una cospicua somma in omaggio da utilizzare in traffico telefonico verso tutti i cellulari e numeri di rete fissa (da utilizzare liberamente per un anno) e ulteriori ricariche omaggio per ogni ricarica effettuata nei 2 mesi successivi all'attivazione per chiamare chiunque e senza limiti di tempo.

L'utente, quindi, "trasferendosi" da un operatore ad un altro godrebbe di rilevanti benefici, senza che su di lui gravi alcun prestazione corrispettiva. Il fatto di dover rinunciare al suo precedente contratto, può, al più considerarsi come un onere, ma non certo come un corrispettivo sol se si pensi che qualora volesse ritornare al suo precedente operatore potrebbe giovare di ulteriori promozioni e attribuzioni gratuite³²⁰. Se, ad esempio, l'operatore originario fosse stata la Tim, nel momento in cui l'utente si sentisse un "figliol prodigo" e volesse tornare a stipulare un contratto con questa aziende dovrebbe, in caso di Servizio Ricaricabile, pagare una cifra irrisoria al momento della richiesta (che, peraltro, verrà totalmente rimborsato a portabilità completata, con un bonus di traffico) ricevendo subito un rilevante bonus per traffico voce e servizi, più la possibilità di ottenere alla prima ricarica, effettuata entro il 31 dicembre 2005, altri 200 € (di traffico e servizi).

Gli interessi economici delle varie aziende sono manifesti: 1) sottrarre con offerte allettanti i clienti alle aziende concorrenti; 2) dichiarare

³²⁰ Una nota trasmissione televisiva, recentemente, ha mandato in onda un servizio proprio sulla possibilità per l'utente di poter telefonare, effettuando una serie seriale di trasferimenti da un operatore ad un altro, per svariati mesi gratuitamente, sfruttando unicamente le attribuzioni effettuate al momento del passaggio stesso da ciascuna azienda del settore.

nei propri bilanci un numero più elevato di clienti, in modo tale da far guadagnare un maggior valore sul mercato alle azioni della società.

Ciò è apparso ancora più evidente quando, a causa dell'entrata in vigore prima del codice delle comunicazioni elettroniche e dopo del pacchetto Pisanu contro il terrorismo, molte schede della Tim hanno corso il rischio di essere bloccate in quanto appartenenti a clienti "non identificati". L'operatore, al fine di non perdere tali clienti ha inviato a tutti loro un sms col seguente contenuto "Per misure antiterrorismo è urgente comunicare i dati anagrafici. Recati subito ad un negozio Tim: eviterai blocchi alla tua carta e avrai un bonus di 10 €". L'azienda, quindi, pur di non veder diminuire il numero di contratti (si trattava di parecchie migliaia) ha investito una somma considerevole del suo budget per attribuzioni gratuite: queste, dunque, non solo permettono di sottrarre clientela ai concorrenti, ma vengono utilizzate anche per mantenere la propria.

Ulteriore ipotesi di contratto gratuito ad effetti reali è rappresentato dal trasferimento gratuito di calciatori. Tale negozio non è qualificabile come vendita "anomala"³²¹, ovvero come vendita il cui prezzo è rappresentato dall'accollo dell'ingaggio del calciatore, in quanto quest'ultimo dovrà stipulare un nuovo contratto con la società cessionaria, in cui sarà possibile prevedere anche un corrispettivo inferiore³²². La società cedente ha un interesse economico a tale trasferimento ove il giocatore non faccia più parte dei piani dell'allenatore o se sia utile ai fini del risparmio di spesa, vista anche la grave crisi in cui versano gran parte delle società calcistiche italiane.

Nel settore delle nuove tecnologie, si può far riferimento all'offerta della conclusione di un contratto per la visione di programmi satellitari a

³²¹ Su cui v. SANTINI, *Della compravendita con prezzo a carico del venditore e di altri scambi anomali con natura di servizi*, in *Contr. impr.*, 1987, 416 ss.

³²² E' il caso, ad esempio, del trasferimento di Edgar Davids, passato quest'anno dall'Inter al Tottenham

cui segue l'attribuzione gratuita del decoder e della parabola nonché la loro installazione.

Se si ricostruisce questa fattispecie come contratto unico ma a causa mista, la sua qualificazione non potrà che essere onerosa, rientrando le prestazioni gratuite nei servizi offerti nel contratto a prestazioni corrispettive. In un caso analogo, la Suprema Corte³²³ pare aver aderito a tale ricostruzione avendo qualificato come atipico e complesso un contratto di fornitura di un sistema informatico che comprendeva la vendita dell'hardware, del software e la prestazione, per un anno, dell'assistenza tecnica necessaria al buon funzionamento del personal computer.

Ricostruendo il fenomeno come ipotesi di collegamento negoziale, se ne dovrebbe, invece, dedurre la configurazione di un contratto di somministrazione a cui accedono un'attribuzione gratuita (del decoder e della parabola) ed un appalto di servizi a titolo gratuito (l'installazione della parabola).

Lo stesso problema qualificatorio sorge nel valutare l'offerta, di recente proposta da una nota casa automobilistica, che accanto all'acquisto di un veicolo accompagna in "regalo" l'assicurazione sullo stesso per due anni (ricomprensivo anche il furto e l'incendio). Se l'operazione negoziale deve qualificarsi unitaria, il dono rappresenterà uno sconto sul prezzo della vettura (cosicché il contratto dovrà comunque considerarsi oneroso, con accollo del premio assicurativo da parte dell'alienante). Se, invece, si propende per il collegamento negoziale tra la vendita e l'assicurazione, la seconda dovrà qualificarsi come contratto gratuito.

Di recente, poi, si assiste ad un'evoluzione verso una nuova frontiera dei consumi, essendo emerso che la nuova leva di acquisto per un numero

³²³ CASS., 22 marzo 1999, n. 1661.

sempre maggiore di utenti è rappresentata dalla c.d. “R.s.i.”, ovvero responsabilità sociale d’impresa³²⁴.

Al *marketing mix* tradizionale (prodotto, prezzo, promozione, distribuzione) va adesso aggiunto un quinto elemento, l’etica. Il consumatore non si accontenta più soltanto della qualità e della convenienza, vuole anche che il prodotto che acquista rispetti l’ambiente, i diritti dei lavoratori e i principi elementari di giustizia e solidarietà.

Tuttavia, a parere di chi scrive, dietro i contributi o le attribuzioni effettuate dalle aziende per il perseguimento di fini sociali, non si nasconde che il raggiungimento di ulteriori utili, attraverso il rafforzamento dell’immagine della società.

Non convince pertanto l’affermazione di chi³²⁵ sostiene che “non c’è nessuna prova che un comportamento etico conduca al successo economico. Ci sono imprese eticamente mal dirette che fanno grandi profitti e imprese eticamente ben dirette che invece falliscono. L’altra nozione ingannevole che certi accademici diffondono è quella della sovrapposizione fra reputazione ed etica. Il valore reputazionale, cioè l’immagine esterna di eticità, non è il valore etico. Si può farne uso attraverso una buona politica di *marketing* e di pubbliche relazioni, ma spesso ad altissimi valori reputazionali non corrisponde un comportamento morale. Enron aveva un codice etico strepitoso, passava per l’impresa che trattava meglio i suoi dipendenti, perché aveva costruito un *marketing* della propria immagine, ma di fatto il suo comportamento era tutt’altro che etico”.

Al contrario, leggendo uno studio svolto dalla Comunità Europea, i cui risultati sono stati resi pubblici sul suo sito istituzionale³²⁶, sui dieci più rilevanti casi di imprese che, attraverso l’impegno in materia di

³²⁴ Per un’approfondita analisi sul tale innovativa tematica si rinvia a FABRIS, *Impresa, comunicazione e mercato*, Milano, 2004, 100 ss.

³²⁵ SAPELLI, *Etica sì, ma a fondo perduto*, in www.caffeeuropa.it/pensareeuropa/247sapelli.html.

³²⁶ http://europa.eu.int/comm/enterprise/csr/campaign/documentation/index_it.htm

Responsabilità Sociale Aziendale hanno visto ad aumentare il loro successo, appare evidente il risvolto economico di tali operazioni³²⁷.

E', ad esempio, il caso della Telvill, società informatica (IT) certificata ISO 9001 e 14001, la quale “considera la tutela ambientale, il miglioramento dell’ambiente lavorativo e degli standard di vita come necessari al successo di un’azienda. Al di là della conformità a standard di gestione ambientale e qualitativi molto ristretti, l’industria offre il proprio sostegno ai gruppi della comunità locale, cercando di creare occupazione sostenibile. Telvill riconosce, inoltre, che il rispetto ambientale offra vantaggi commerciali tangibili, come la migliore reputazione tra i clienti ed nei rapporti con la comunità”³²⁸.

L’attività di questa società si è concretata nel sostegno al *Berekalja Conquest Park*, al fine di incoraggiare uno stile di vita ed un ambiente sani per le persone della comunità locale; nel finanziamento del *Miskolc Animal Park “Sculpture Park”*, un monumento alle specie locali estinte a causa delle attività umane; nell’aggiornamento e manutenzione costante del sistema informatico della scuola elementare, ed assistenza nei programmi di formazione.

Da tali investimenti è derivata “il rafforzamento della sua reputazione e del profilo aziendale costituiscono un valore inestimabile che si traduce immediatamente in guadagno”³²⁹.

Ulteriore ipotesi è quella della Matuszewicz, fornitore di prodotti e servizi industriali, la cui attività, tra l’altro, di realizzazione di centri

³²⁷ Pare opportuno ricordare quanto espresso dal SAPELLI in una recente intervista, attualmente pubblicata in www.misp.it, per il quale “Bisogna fare attenzione a distinguere tra reputazione e immagine. La reputazione è una cosa che l’impresa costruisce negli anni. C’è anche una reputazione che i dirigenti guadagnano con i propri dipendenti, con gli stakeholder. Lei pensi quanto è importante una buona reputazione del gruppo dirigente nei confronti dei sindacati. I sindacati apprezzano chi tiene fede alla parola data e disdegnano i mollaccioni. La reputazione è un qualche cosa che dura nel tempo e che un piccolo errore può far perdere. L’immagine è facile da costruire: faccio un po' di concerti, faccio un po' d'interventi, invito un pò di preti della Caritas. Ci sono delle imprese che non fanno nulla ma hanno dei buoni prodotti, erogano buoni servizi. Ecco, quella è la reputazione. Quindi da un certo punto di vista la reputazione è una delle componenti della CSR”.

³²⁸ Così, rapporto CE, cit. nota 8, 2

³²⁹ Così, rapporto CE, cit. nota 8, 5.

sportivi per il tempo libero per gli abitanti di Gryfow Slaski (sede dell'impresa) e di assistenza tecnica per i servizi locali dei vigili del fuoco e di ambulanza (riparazione veicoli, acquisto di condizionatori, ecc.) ha dato luogo ad un consenso generalizzato in tutta la regione in cui essa opera e, di conseguenza, ad un beneficio di immagine e di sostegno pubblico all'impresa.

Particolare è il caso riguardante la Koffie Kàn, la cui attività consiste nella tostatura del caffè. L'attività "sociale" di quest'impresa è consistita nel pagamento di prezzi più alti per garantire ai coltivatori una sicura fonte di reddito; nell'investimento dei profitti derivanti dalla vendita di altre miscele di caffè a sostegno di un progetto a favore delle donne in Honduras; nella donazione della vecchia macchina tostatrice ad un piccolo coltivatore di caffè del Messico (mentre clienti e fornitori della società stessa hanno fornito i fondi necessari al suo trasporto in Messico). La Koffie Kàn a seguito della sua azione sociale, "ha avuto un riscontro in termini di fedeltà della clientela"³³⁰, il che ha un indiscutibile significato economico.

Di recente, una nota azienda per lanciare il proprio prodotto sul mercato (nel caso di specie, un deodorante elimina odori per ambienti ed eco-compatibile) ha organizzato, in collaborazione con la FAI, una serie di giornate di sensibilizzazione ambientalista che prevedevano la pulizia di parchi urbani (a Napoli l'iniziativa ha riguardato il Bosco di Capodimonte). In tali occasioni, la società ha provveduto anche ad allestire degli spettacoli per bambini e, soprattutto, a distribuire ai passanti gadget e campioni del proprio prodotto: come insegna il noto proverbio si univa, così, "l'utile al dilettevole".

³³⁰ Così, rapporto CE, cit. nota 8, 7.

Proprio in riferimento agli “omaggi premio” il discorso appare abbastanza complesso, in quanto il fenomeno non si presenta in modo unitario³³¹.

Nel caso in cui l’omaggio è inscindibilmente collegato all’acquisto di un prodotto – la frequentissima offerta 3X2 nei supermercati – l’attribuzione non appare gratuita, in quanto il collegamento funzionale appare così stretto con il contratto oneroso da far dubitare che si sia in presenza di una pluralità di operazioni negoziali: l’attribuzione gratuita sembra, infatti, qualificabile come “elemento accessorio, una modalità di quel particolare tipo di compravendita”³³².

Per altra parte della dottrina³³³, invece, “il contratto avente ad oggetto l’omaggio si affianca a quello della compravendita con un proprio oggetto ed una propria causa autonomi e distinti. Non vale obiettare, per negare la gratuità dell’omaggio, che il valore di questo costituisce l’equivalente di uno sconto sul prezzo delle merci vendute: il fatto che due operazioni possano produrre risultati equivalenti sul piano economico non significa, per ciò solo, che ad esse debba attribuirsi identica natura sul piano giuridico”³³⁴.

Pare, però, opportuno precisare che la necessità che il cliente acquisti un prodotto al fine di ottenere il “dono” non assume valore decisivo, ai fini qualificatori dell’atto stesso di attribuzione, ove ci sia un manifesto squilibrio tra i valori delle prestazioni. Così, ad esempio nel caso posto all’attenzione del Tribunale di Roma³³⁵ avente ad oggetto la promessa

³³¹ In passato, si è ritenuto che fossero da qualificarsi donazioni “i doni offerti da ogni specie di commercianti ed industriali ai loro clienti nella speranza che adottino i loro prodotti o che li diffondano in una larga cerchia di persone” (così MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, 270).

³³² Così BOZZI, *op. cit.*, 235.

³³³ MANZINI, *op. cit.*, 932.

³³⁴ L’equiparazione fra l’attribuzione dell’omaggio e lo sconto sul prezzo è prospettata in PRET. PARMA, 16 febbraio 1961, in *Foro pad.*, 1962, 138 ss. e PRET. TORINO, 10 ottobre 1960, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 882 ss. In particolare, nella prima decisione si afferma che, in vista delle conseguenze patrimoniali dell’operazione, la dazione dell’omaggio “non si allontana dalla figura economica di scambio di beni”.

³³⁵ TRIB. ROMA, 11 gennaio 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 945 ss.

dell'assegnazione di un premio del valore di 30 milioni di Lire a fronte di un ordine di qualsiasi valore.

A parere del giudicante in tale fattispecie “ricorre appunto un'ipotesi di promessa unilaterale che non ha per oggetto una donazione, perché il promettente mira dichiaratamente ad ottenere da tale atto un vantaggio economico, rappresentato dalla penetrazione del proprio sistema di vendita, e dalla pubblicità che discende dal poter affermare di aver distribuito numerosi ed importanti premi”

Nel caso, invece, di omaggi conseguiti a seguito di una raccolta punti, bollini o prove di acquisto di vario genere, pare indubitabile che l'attribuzione è solo conseguenza indiretta dell'acquisto a titolo oneroso³³⁶, tanto ciò vero che la persona destinataria dell'omaggio può essere diversa da chi ha compiuto le singole compravendite³³⁷.

Ulteriore ipotesi è rappresentata dalla distribuzione gratuita di campioni di un prodotto a fini reclamistici. Una parte della dottrina ritiene che in tali ipotesi manchi un contratto, dovendo tale figura trovare collocazione nell'area delle promesse, ed in particolare nello schema dell'art. 1989 c.c., il quale, per la sua duttilità “si presenterebbe come uno schema negoziale idoneo a ricevere qualsiasi contenuto”³³⁸.

Tale ricostruzione non pare, però, condivisibile in quanto se è vero che il “soggetto che riceve l'attribuzione gratuita non assume alcun impegno” non è altrettanto vero che “non diventa, in fondo, parte di alcun rapporto”, in quanto il passante che accetta l'omaggio, conclude, per *facta concludentia*, un contratto gratuito atipico ad effetti reali.

Nell'ambito della c.d. “*net economy*”, pare opportuno segnalare quella prassi molto diffusa da parte dei nuovi operatori commerciali di mettere a disposizione dei possibili clienti versioni *demo* o di programmi

³³⁶ Sul punto, v. BIONDI, *Sull'indole dell'omaggio premio*, in *Foro pad.*, 1962, 137 ss.

³³⁷ Sempre più diffusi sono gli annunci attraverso cui si cercano persone per “permutare” prove d'acquisto relative a differenti promozioni commerciali.

³³⁸ BOZZI, *op. cit.*, 240.

*shareware*³³⁹ il cui *download* è gratuito: l'acquisto della "versione integrale", invece, è onerosa.

In particolare, si tratta di programmi che vengono rilasciati con alcune funzioni non attive (per esempio un programma di grafica che non permette di salvare ciò che è stato creato, un programma di disegno tecnico che non permette la stampa, un videogioco che non permette di andare oltre il primo livello e così via) o con limitazioni di tipo temporale, per cui il programma funziona sino ad una certa data e poi non è possibile riutilizzarlo, oppure permette un certo numero di esecuzioni o l'uso per un certo numero di giorni. Se dopo la prova si decide di acquistare il programma bisogna rivolgersi direttamente all'autore, il quale, dietro il pagamento del prezzo di registrazione, invierà via *email* un codice di registrazione, che inserito nell'apposita sezione del programma, attiverà le funzioni bloccate o ne permetterà l'uso anche dopo la scadenza.

Allo stesso modo, numerose case discografiche lanciano le nuove produzioni musicali attraverso la messa a disposizione (sempre gratuitamente) sui loro siti di un brano o di una parte di esso, con l'evidente scopo di pubblicizzare un disco in uscita.

³³⁹ Il termine anglosassone *shareware* indica la condivisione di qualche cosa, ma oramai nell'uso comune e sta ad indicare un qualcosa da provare prima di acquistare tanto che nel campo del software commerciale si usa il termine diretto "*try & buy*" (prova e poi compra).

Capitolo III

Atti gratuiti atipici e obblighi di fare

1. Il contratto di sponsorizzazione: in particolare la c.d. “sponsorizzazione interna”

Il contratto di sponsorizzazione è un contratto atipico (non disciplinato cioè dal codice civile) che va ricondotto nel più vasto fenomeno della pubblicità connessa, attraverso cui il soggetto sponsorizzato si obbliga, solitamente dietro corrispettivo, “a fornire prestazioni di veicolazione del marchio o di altri messaggi dello *sponsor*”³⁴⁰.

A differenza dei contratti di pubblicità, dove oggetto del negozio è la mera diffusione diretta di un messaggio finalizzato a promuovere le vendite di un determinato bene o servizio, nella sponsorizzazione lo *sponsee* cede all’azienda sponsor il diritto di abbinare il proprio marchio o il proprio prodotto alla manifestazione, evento o impresa sportiva realizzata, in maniera tale che quest’ultima possa sfruttarne il richiamo e la notorietà

³⁴⁰ Così, GATTI, voce *Sponsorizzazione*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 509.

presso il pubblico, per comunicare un'immagine forte e positiva del proprio marchio e amplificarne così, in maniera indiretta, le vendite³⁴¹.

Una definizione della sponsorizzazione può essere rintracciata nell'art. 8, n. 12, della L. 6 agosto 1990, n. 223 sulla disciplina del sistema radiotelevisivo, a tenore del quale “(...) per sponsorizzazione si intende ogni contributo di un'impresa pubblica o privata, non impegnata in attività televisive o radiofoniche o di produzione di opere audiovisive o radiofoniche, al finanziamento di programmi. allo scopo di promuovere il suo nome, il suo marchio, la sua immagine, la sua attività o i suoi prodotti”.

Appare evidente come la sponsorizzazione sia uno strumento particolarmente efficace di penetrazione nel mercato in quanto “si insinua nel contesto dell'evento. Non esiste, inoltre, alcuna difesa nei confronti della visualizzazione del marchio soprattutto se esso è posto in una posizione di buona visibilità. Nei confronti dello *sponsorship* non sono ancora state elaborate le resistenze difensive che si sono invece sviluppate rispetto alla pubblicità”³⁴².

Tale fenomeno ha origini antiche, visto che già nel periodo romano nobili e patrizi traevano vanto e fama da giochi e gare che, appunto, sponsorizzavano. Trovata nuova linfa vitale nell'età rinascimentale, durante la quale le varie casate nobiliari facevano a gara per ospitare artisti di chiaro valore, il contratto di sponsorizzazione ha visto la sua “genesì moderna” negli Stati Uniti, dove si è prevalentemente collegato al mondo radiotelevisivo, mentre nel vecchio Continente ha trovato il suo terreno d'elezione in quello sportivo³⁴³.

³⁴¹ Sulla distinzione tra contratto di pubblicità e di sponsorizzazione v. APP. BOLOGNA, 27 marzo 1997, in *Dir. Autore*, 1997, 482 ss.

³⁴² ASSUMMA, *Sponsorizzazione culturale*, in *Foro pad.*, 1989, II, 78 in nota 6.

³⁴³ Per INZITARI, *La sponsorizzazione: profili generali*, in AA. VV., *Sponsorizzazione e pubblicità*, Milano, 1989, 22, la sponsorizzazione rappresenta “l'evoluzione più recente della diffusione dell'emblema, del segno distintivo, cardine di una determinata impresa”.

La ragione di tale diversità dell'ambito di sviluppo può essere individuata³⁴⁴ nel fatto che, mentre in Europa radio e televisione sono state tradizionalmente oggetto di monopolio statale, negli Stati Uniti sono da sempre frutto dell'iniziativa privata.

Va comunque notata la circostanza che proprio le "Public Television" che, per principio e diversamente dalle reti private, rifiutavano – e rifiutano – i c.d. "spots", ricorrono da tempo risalente alla "più discreta sponsorizzazione"³⁴⁵.

Il contratto di sponsorizzazione non ha una fisionomia unitaria ed ogni tentativo di classificazione e di sistemazione dogmatica della sponsorizzazione è reso ancor più arduo dal significato ambivalente attribuito al termine in esame, utilizzato sia per individuare il negozio giuridico che intercorre tra sponsor e sponsorizzato, sia per rappresentare il risultato di esso.

Si è rilevato come la stessa locuzione sponsorizzazione sia "un vocabolo polisenso e viene utilizzato, sia nel linguaggio comune che in quello tecnico, per indicare fenomeni economico – giuridici così eterogenei tra loro, che il termine stesso ha finito per assumere scarsa efficacia distintiva, se non riferito ad uno specifico campo di applicazione"³⁴⁶.

Sembra, comunque, che si possano enucleare almeno tre differenti fattispecie:

La prima figura è individuabile in quei contratti di sponsorizzazione con cui lo *sponsor* attribuisce una somma o dei beni allo *sponsee* al solo fine di aiutarlo nell'impresa o nell'attività che si appresta a compiere, senza che questi debba fare, sopportare o dare nulla in cambio. Tale contratto, a volte definito "di mecenatismo" non è altro che una donazione, la cui causa è rappresentata dallo spirito di liberalità, o un atto di solidarietà se gli effetti

³⁴⁴ FRANCESCHELLI, *I contratti di sponsorizzazione*, in *Giur. comm.*, 1987, I, 289.

³⁴⁵ FRANCESCHELLI, *op. cit.*, 290.

³⁴⁶ BEZZI – SANVITI, *Accordi di collaborazione e contratti di sponsorizzazione*, Milano, 1998, 5.

dell'attività dello sponsorizzato saranno volti a favore di una collettività (es. attribuzione di danaro ad un ente di ricerca sulle malattie genetiche).

In secondo luogo bisogna ricordare la sponsorizzazione c.d. "interna" o "impura" che si configura allorquando lo *sponsor* effettua la sua prestazione ottenendo in cambio che lo sponsorizzato tolleri che tale notizia sia resa pubblica. Se a seguito di un'indagine poco approfondita tale contratto potrebbe qualificarsi gratuito, in quanto lo *sponsee* è tenuto solo ad un *pati*, soffermandosi sullo stesso appare evidente che debba, invece, annoverarsi tra i contratti a titolo oneroso³⁴⁷.

Infatti, la prestazione di *non facere* (consistente nel non opporsi alla divulgazione della notizia della contribuzione all'attività dello *sponsee*, che rappresenta una violazione alla riservatezza di quest'ultimo) è posta a fondamento causale dell'attribuzione dello *sponsor*, costituendone, in fondo, la sua ragione stessa³⁴⁸.

Tale tipo di contratto di sponsorizzazione è particolarmente utilizzato nella c.d. "sponsorizzazione culturale"³⁴⁹ attraverso cui un'azienda, più che incrementare i ritorni economici "intende lanciare o rilanciare la propria immagine, proponendo la visualizzazione del marchio ad un target mirato che in genere rimane impermeabile rispetto alla penetrazione della pubblicità tradizionale"³⁵⁰.

³⁴⁷ La possibilità di divulgazione della liberalità sarebbe da qualificarsi, secondo tale impostazione come *modus* (sul punto, tra gli altri v. AMATO, voce *Sponsorizzazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1993, XXX, 6)

³⁴⁸ *Contra* v. BIGLIAZZI GERI – BRECCIA – BUSNELLI - NATOLI, *Diritto civile*, III, Torino, 1989, 653, in cui si sostiene che, anche in assenza di apposita pattuizione, la divulgazione dell'attribuzione patrimoniale sarebbe da ritenersi pienamente consentita, in quanto sarebbe una facoltà del disponente rendere pubbliche le sue attività commerciali e non. Se così fosse, non si potrebbe configurare alcun *pati* in capo allo *sponsee*, cosicché la sponsorizzazione sarebbe da qualificare, in simili ipotesi, un contratto gratuito atipico, con obbligazioni a carico di una sola parte (in argomento v. M. BIANCA, *I contratti di sponsorizzazione*, Rimini, 1990, 168 ss.).

³⁴⁹ BIANCA, *op. ult. cit.*, 56 ss. distingue, poi, dalla sponsorizzazione culturale, tesa al "restauro dei beni culturali, alle manifestazioni artistiche, agli spettacoli teatrali, musicali, all'architettura, all'archivistica, all'editoria libraria", la sponsorizzazione sociale, in cui lo sponsor promuove "attività aventi carattere di utilità sociale" quali, ad esempio, ricerche mediche e scientifiche, tutela ambientale contro l'inquinamento.

³⁵⁰ ASSUMMA, *op. loc. cit.* Sul tema v. anche FRANZOSI, *La sponsorizzazione culturale, prime note*, in *Foro pad.*, 1988, II, 39 ss.

La sponsorizzazione culturale, solitamente, viene utilizzata per aumentare il prestigio dell'impresa attraverso il miglioramento della sua immagine (che rappresenta la sintesi delle opinioni che si sono consolidate intorno al marchio) e del “*concept*” (ovvero dell'immagine che l'impresa vuol costruire di sé nel tempo).

Lo sponsor farebbe leva “non sul desiderio dell'uomo comune di evasione e di divertimento, ma sul cittadino consapevole dell'importanza del restauro di un'opera d'arte, dell'essenzialità di finanziare enti che perseguono scopi scientifici, dell'opportunità di sistemare aree verdi. Il ritorno in termini di pubblicità e di immagine che lo sponsor ottiene attraverso interventi di questo tipo è analogo a quello che può giungere attraverso una sponsorizzazione sportiva o radio-televisiva”³⁵¹

Alcuni autori ritengono, malgrado ciò, che tale tipo di sponsorizzazione sia un'evoluzione moderna del mecenatismo e, in quanto tale, assimilabile ad una donazione modale³⁵², o comunque ad un atto di liberalità diverso dalla donazione³⁵³.

Una parte della dottrina³⁵⁴, invece, sostiene che dalla sponsorizzazione andrebbero distinte quelle attività che, sebbene capaci di richiamare l'attenzione del pubblico o idonee a formare una particolare e qualificata “immagine” dell'agente, vengono esercitate con finalità non lucrative quali, ad esempio, le attività di beneficenza, l'istituzione o la contribuzione di fondazioni culturali e di ricerca scientifica, l'organizzazione di eventi sportivi.

A ben vedere, quindi, si sostiene che gli atti di mecenatismo, pur in presenza di controprestazioni rappresentino delle liberalità modali in quanto impongono obblighi minimi al beneficiario, consistenti “nel patto implicito

³⁵¹ PICCININI, *Sponsorizzazione, tra onerosità e gratuità*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, 805.

³⁵² FRANCESCHELLI, *op. cit.*, 292.

³⁵³ INZITARI, *Sponsorizzazione*, in *Contr. impr.*, 1985, 248 ss.

³⁵⁴ V. DE GIORGI, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, in *Le sponsorizzazioni*, I, Padova, 1988, 4 ss..

e meramente consuetudinario che sia data notizia che quel bene è stato donato e da chi è stato donato”³⁵⁵.

Al contrario, secondo anche quanto già visto in tema di responsabilità sociale di impresa, appare più vicino a realtà ritenere che la decisione imprenditoriale di finanziare un evento culturale nasca a seguito di una precisa scelta di *marketing*³⁵⁶, dovendosi quindi considerare, al pari della sponsorizzazione sportiva o commerciale, un *business* e non un’opera di filantropia o mecenatismo³⁵⁷.

Sul punto, la letteratura di *Civil Law*³⁵⁸ nettamente distingue tale contratto dal mecenatismo o *patronage*, in quanto rappresenta un vero e proprio strumento di marketing, un vero e proprio investimento dell’azienda³⁵⁹.

Nel determinare, infatti, l’entità dell’attribuzione ai fini della manifestazione culturale, lo *sponsor*, ad esempio, tiene conto del flusso programmato di visitatori o, nel caso di un concerto, della partecipazione di un artista piuttosto che di un altro: “la mancata partecipazione del personaggio prescelto sarà causa di riduzione del compenso o addirittura di risoluzione”³⁶⁰.

Non pare, poi, neanche da doversi condividere l’idea³⁶¹ che, pur negando l’esistenza dello spirito di liberalità in simili fattispecie,

³⁵⁵ INZITARI, *La sponsorizzazione: profili generali*, in *Sponsorizzazione e pubblicità*, cit., 30.

³⁵⁶ DE NOVA, *Nuovi contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 443, qualifica la sponsorizzazione come “ogni forma di investimento di una impresa (...) in vista di un ritorno in termini pubblicitari”.

³⁵⁷ V., però, BARILI, *La sponsorizzazione nell’impresa*, in AA.VV., *Sponsorizzazione e pubblicità*, cit., 18, per il quale “la sponsorizzazione culturale non produce per comprovata esperienza un proporzionato ritorno di immagine con conseguente incremento del fatturato” e, pertanto, la sua utilizzazione deve essere rispettata i vincoli di bilancio aziendale.

³⁵⁸ TOWNLEY – GRAYSON, *Sponsorship of sport, arts and leisure*, Londra, 1984 (per la cui citazione v. ASSUMMA, *op. cit.*, 82, nota 21) in cui si sostiene che “the sponsor must intend to gain promotional benefit from the sponsorship relationship. This is one basis upon which sponsorship may be distinguished from patronage. A patron makes a gift, whereas a sponsor makes an investment”.

³⁵⁹ Tale strumento non serve tanto a far conoscere l’impresa, quanto “a dire come essa è”: BARILI, *op. cit.*, 16

³⁶⁰ ASSUMMA, *op. cit.*, 82.

³⁶¹ Tra gli altri v. CIMINIELLO, *Formazione...Dallo sportello allo stage*, in *La comunicazione*, 2004, 45.

ricostruisce la “sponsorizzazione interna” (che, come prima ricordato, ricorre nei casi in cui lo *sponsee* si obbliga a permettere la diffusione della notizia che la sua attività usufruisce del contributo altrì), quale negozio gratuito modale³⁶².

Si sostiene, infatti, che “nel caso proprio della sponsorizzazione interna il cd. ritorno pubblicitario se non può costituire di certo una controprestazione, tanto da qualificare il contratto come oneroso, ne esclude però il carattere liberale”. Il contratto, quindi, sarebbe “unilaterale in quanto, alla prestazione del mecenate non corrisponde (...) alcuna controprestazione, se non quella di non opporsi a che il fatto venga divulgato”³⁶³.

L’elemento discriminante tra sponsorizzazione onerosa e contratto di patrocinio, a parere di tali autori, dovrebbe, quindi, essere rintracciato “ nel comportamento più o meno quiescente dello *sponsee*: veri e propri obblighi cui è tenuto lo sponsorizzato, contro un semplice *pati* nel patrocinio e nessuna controprestazione”³⁶⁴.

Pare, invece, più corretto e conforme al dato di fatto qualificare come vero e proprio corrispettivo quell’obbligo di *non facere* assunto dallo *sponsee*, soprattutto ove si consideri il fatto che il ritorno pubblicitario per lo *sponsor* assume carattere preponderante e, in quanto tale, non può che costituire un elemento del sinallagma contrattuale: lo *sponsee* assumerebbe contrattualmente, attraverso il suo *pati*, la funzione di veicolo della comunicazione³⁶⁵.

Quindi tanto nel caso di sponsorizzazione onerosa quanto in quella “interna” l’attribuzione è compiuta con l’intento di ottenere un ritorno pubblicitario.

³⁶² Così MANZINI, *op. cit.*, 934.

³⁶³ DE GIORGI, *op. cit.*, 4.

³⁶⁴ PICCININI, *op. cit.*, 810. In particolare per BIANCA, *op. ult. cit.*, 35 sponsorizzazione e patrocinio differirebbero per il fatto che “il patrono non pretende come controprestazione la promozione pubblicitaria del suo nome” e pertanto nel patrocinio “manca il carattere di stretta commercialità del fenomeno” che caratterizzerebbe, invece, la sponsorizzazione.

³⁶⁵ AMATO, *op. cit.*, 3.

Anche in dottrina³⁶⁶, si è sostenuto che “è vero che nei mecenatismi la prestazione (ndr. del beneficiario) è per lo più costituita da un *patis* e nelle sponsorizzazioni onerose da un *facere*, ma questo non sembra possa costituire grande differenza se si pensa all’ingente valore economico che può essere attribuito ad una prestazione astensiva”³⁶⁷.

Inoltre, l’onere “non implica il concetto di reciprocità perché può andare, e normalmente va, a beneficio non del donante”³⁶⁸ ma di terzi: nel caso in esame, invece, la prestazione dello *sponsee* sarebbe tutta a vantaggio del disponente.

Del resto, proprio in tema di donazione modale, si è sostenuto³⁶⁹ che nel caso in cui l’onere risulti essere l’unico motivo dell’attribuzione l’atto dovrebbe qualificarsi a prestazioni corrispettive in quanto non costituirebbe più un elemento accidentale, bensì la controprestazione del donatario³⁷⁰: “se l’interesse al cui soddisfacimento è preordinato l’obbligo assume carattere di prevalenza, la prestazione viene subordinata all’altra, e, quindi, lo strumento idoneo a realizzare sul terreno giuridico le finalità empiriche perseguite il contratto è a prestazioni corrispettive. Se, invece, l’interesse in primo luogo perseguito consiste nell’arricchimento altrui e la soddisfazione dell’ulteriore pretesa ha un’importanza minore, l’attribuzione patrimoniale non dipende dall’obbligo, ma è questo, invece, che dipende da quella”³⁷¹.

Indice sintomatico della presenza della corrispettività sarebbe la presenza nel contratto di una clausola risolutiva espressa, testimoniando

³⁶⁶ PICCININI, *op. cit.*, 813

³⁶⁷ Del resto è opinione comune che anche le servitù negative, consistenti appunto in un *non facere*, possono essere oggetto di cessione contrattuale.

³⁶⁸ BIONDI, *Le donazioni*, cit., 656.

³⁶⁹ CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano, 1969, 215.

³⁷⁰ Da rilevare che in passato già l’ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, Milano, 1935, 218, aveva sostenuto che l’inserzione di una clausola modale, consistente nell’obbligo di spendere parte dello stesso oggetto donato, trasformasse la donazione da negozio gratuito a negozio parzialmente oneroso in cui coesisterebbero una causa gratuita ed una onerosa, riguardante la parte che impone l’obbligo modale, e che viene qualificata dall’autore quale causa di un mandato oneroso.

³⁷¹ TORRENTE, *La donazione*, cit., 277.

siffatta previsione contrattuale la volontà delle parti di voler legare tra loro le prestazioni³⁷².

Anche per la stessa Corte di Cassazione la sponsorizzazione si distingue dall'accordo di patrocinio "per il fatto che il soggetto, pubblico o privato, il quale consente che l'attività di altri si svolga sotto il suo patrocinio, non è un imprenditore commerciale, sicché quand'anche egli si impegni a finanziarne in qualche misura l'attività, tale obbligazione non trova corrispettivo nel vantaggio atteso dalla pubblicizzazione della sua figura di patrocinatore. Il contratto si atterrebbe piuttosto come una donazione modale che come un contratto a prestazioni corrispettive"³⁷³.

Tuttavia, nella stessa decisione della Suprema Corte, il criterio formale della qualità del soggetto disponente viene superato nel momento in cui è certo che questi agisca per fini economici.

Adoperando, di fatto, il criterio della causa in concreto, si è così sostenuto che, pur essendo la parte che aveva consentito a dare il suo patrocinio alla manifestazione, nel caso di specie, un'associazione *pro loco*, "ciò, però, non valeva ad impedire la riferibilità dell'accordo al quadro generale della sponsorizzazione prima indicato: fine di un tale tipo di associazioni è la promozione del turismo nell'ambito territoriale in cui esse operano, sicché resta tuttavia configurabile il rapporto di corrispettività tra impegno delle risorse dell'ente nel finanziamento della manifestazione sportiva e svolgimento di questa da parte degli organizzatori, essendo la manifestazione, in sé e per le particolari modalità pubblicitarie promesse, idonea a determinare, sia immediatamente con l'afflusso degli spettatori, sia indirettamente, un più ampio movimento turistico"³⁷⁴.

Non v'è chi non veda come, allorquando il fine pubblicitario sia l'interesse concreto principale perseguito dal disponente, gli eventuali

³⁷² Sul punto, anche per maggiori approfondimenti, v. CARNEVALI, *op. cit.*, 216 ss.

³⁷³ CASS., 21 maggio 1998, n. 5086, in *Gist. civ.*, 1998, I, 1833 ss.

³⁷⁴ CASS., 21 maggio 1998, n. 5086, cit.

obblighi gravanti sul soggetto beneficiario non possano essere qualificati come un semplice *modus*, bensì quali prestazioni corrispettive necessarie al fine del perseguimento dello scopo precipuo dell'atto. "L'accipiens, in questi casi, accetta di veicolare il nome o l'immagine dello sponsor, offrendo così una controprestazione certamente rilevante dal punto di vista economico in quanto proprio dalla connessione del proprio nome o marchio con l'attività dello sponsor deriveranno i vantaggi auspicati: questo è peraltro il principio su cui si fonda il fenomeno della moderna pubblicità"³⁷⁵

La ricostruzione della "sponsorizzazione interna" quale negozio gratuito atipico, è stata particolarmente utilizzata per qualificare alcune dell'attività svolte dalla P.A. per la realizzazione di specifici interventi pubblicitari.

In particolare, il fenomeno delle sponsorizzazioni riguardanti la P.A. ha trovato disciplina nelle disposizioni di carattere generale riguardanti i contratti di sponsorizzazione (art.43 della l. n.449/97 e art.119 T.U.E.L.), e in norme speciali riguardanti singole fattispecie negoziali (si pensi ad es. all'art.8 della l. n.223/90 o alla disciplina fiscale del mecenatismo culturale di cui all'art.38, l. n.342/2000), in alcuni casi introdotte anche dalla legislazione regionale³⁷⁶.

La ragione del progressivo ricorso della P.A. al contratto di sponsorizzazione va ravvisata nell'esigenza dell'amministrazione di reperire nuove fonti di finanziamento delle attività istituzionali, alternative ed aggiuntive rispetto a quelle ottenute attraverso i tradizionali meccanismi previsti dalla contabilità di Stato o degli Enti pubblici, ragione che spiega anche il diffondersi del c.d. *project financing* attualmente disciplinato dalla l. n. 109/94, come modificata dalla l. n. 415/98.

In particolare ai sensi dell'art. 43, l. 449/97 e dell'art.119 T.U.E.L La legittimazione alla stipula del contratto di sponsorizzazione è però

³⁷⁵ PICCININI, *op. cit.*, 828.

³⁷⁶ Per ampi riferimenti alle fonti normative in materia si rinvia ad AMATO, *op. cit.*, 8.

subordinata al ricorrere delle seguenti condizioni: a) il perseguimento degli interessi pubblici; b) l'esclusione di conflitti di interessi tra attività pubblica e privata; c) il perseguimento di risparmi di spesa.

Il problema principale sorto a seguito dell'utilizzazione di tale strumento negoziale da parte della p.a., consiste nello stabilire se quest'ultima possa ricorrere al contratto di sponsorizzazione anche per lo svolgimento di attività soggette all'applicazione della normativa in materia di lavori pubblici.

L'Autorità di vigilanza ha risposto positivamente al quesito con determinazione n.24 del 5.12.2001³⁷⁷, affermando che “gli interventi ricompresi nell'ambito di applicazione della normativa sui lavori pubblici possono formare oggetto di un contratto di sponsorizzazione ai sensi degli articoli 119 del testo unico, decreto legislativo 18 agosto 2000, 267, e dell'art.43 della legge 23 dicembre 1997, n.449”.

Qualificando l'atto come gratuito, si è così sostenuto che “da ciò deriva che esso prescinde dall'applicazione della normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici, che presuppone invece l'onerosità dell'accordo negoziale”. Al contrario la disciplina sugli appalti di opere pubbliche sarebbe applicabile solo ai contratti di sponsorizzazione c.d. propria, ovvero a quei contratti a titolo oneroso e a prestazioni corrispettive.

L'accoglimento della teoria del negozio gratuito atipico appare, però, dettata da ragioni di “politica giudiziaria” conforme, peraltro, al *favor* concesso dal legislatore agli atti di mecenatismo. Accertata, ormai, l'impossibilità per lo Stato e per gli altri enti pubblici di tutelare e promuovere adeguatamente il nostro patrimonio storico-artistico-culturale, si è, di fatto, aperto le porte agli investimenti dei privati per sopperire alla mancanza di fondi pubblici. Questo regime di favore è chiaramente

³⁷⁷ Tale decisione è stata pubblicata nella G.U. 10 Gennaio 2002 n. 8

manifestato attraverso una politica di sgravi fiscali³⁷⁸ (ad es. L. 2 agosto 1982, n. 512) sia sottoponendo i contratti in esame ad una disciplina giuridica meno “ingessata”, soprattutto per quanto riguarda la loro stipulazione (sottraendoli alla normativa comunitaria dei lavori pubblici).

Da ultimo, abbiamo la figura della sponsorizzazione “pura” da cui derivano per lo sponsorizzato delle vere e proprie controprestazioni consistenti in un *facere* ed è, quindi, qualificabile certamente come contratto a prestazione corrispettiva la cui analisi, pertanto, esula dal presente lavoro³⁷⁹.

2. Le lettere di patronage

Le lettere di *patronage* sono dichiarazioni in forma di lettera inviate da una società capogruppo ad un istituto bancario allo scopo di raffozzarne il convincimento che la società controllata, alla quale la banca ha accordato o accorderà o rinnoverà linee di credito, farà fronte ai propri impegni.

Da ciò emerge che le lettere di conforto non necessariamente devono precedere l'erogazione del credito da parte della banca alla società controllata ma possono intervenire anche dopo che il contratto di finanziamento sia stato concluso o nel momento della sua rinnovazione.

Pur non dando luogo ad un rapporto di garanzia tipico, le lettere di *patronage* assolvono ad una funzione di garanzia in senso ampio, in quanto determinano nella banca un maggiore affidamento nella circostanza che la società controllata provvederà ad adempiere gli obblighi assunti nei confronti della banca stessa³⁸⁰.

³⁷⁸ Sugli aspetti fiscali della sponsorizzazione si rinvia a: DE GIORGI, *op. cit.*, 69; PROPERSI – ROSSI, *La sponsorizzazione*, Milano, 1988, 61 ss.; BIANCA, *op. ult. cit.*, 215 ss.

³⁷⁹ Si rinvia, pertanto, per l'analisi di tale tematica e per opportuni riferimenti bibliografici, tra gli altri a: BIANCA, *I contratti di sponsorizzazione*, Rimini, 1990, 127 ss.; VERDE, *Il contratto di sponsorizzazione*, Napoli, 1989; GIACOBBE, *Atipicità del contratto e sponsorizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 399 ss.; AMATO, *op. cit.*, 4 ss.

³⁸⁰ V. GAZZONI, *Manuale*, cit., 658. Contra v. BIANCA, *La responsabilità*, 5, Milano, 1997, 527 ss., per il quale “la raccomandazione che, con varie formule è contenuta nella lettera di patronaggio non integra né assunzione di garanzia né assunzione del debito altrì. Il raccomandante non si costituisce infatti quale fideiussore del raccomandato né promette di pagarne i debiti”. L'Autore, però, afferma che in caso di inadempimento degli impegni presi o di false informazioni il *patronnant* deve risarcire il danno che va commisurato “al credito irrecuperabile che il creditore

Le ragioni che hanno indotto a sostituire al canale tradizionale del rapporto fideiussorio, la figura molto delicata e discussa delle lettere di conforto sono molteplici e distinguibili in due categorie: a) ragioni di natura economica; b) ragioni di ordine strettamente tecnico.

Per quanto riguarda il primo ordine di motivi sussiste l'esigenza di salvaguardare l'immagine di solidità finanziaria del gruppo che potrebbe in qualche subire un nocumento qualora dovesse risultare che, per consentire l'erogazione del credito ad una società controllata, si è costretti, da parte della società capogruppo, a prestare fideiussione (essendo quest'ultima, specie a livello transnazionale, segno di debolezza finanziaria).

Inoltre, non di rado, di fronte a gruppi particolarmente influenti, la banca che dovrà erogare o abbia già erogato il credito alla controllata, non può ottenere più di una semplice lettera di gradimento: infatti, in determinati casi è possibile individuare un'esigenza dello stesso istituto di credito di conservare rapporti con organismi economici di particolare rilievo rinunciando, in tal modo, alle garanzie tipiche.

Per quanto riguarda le ragioni di carattere tecnico, si è individuato un particolare interesse della società controllante a ricorrere alla lettera di *patronage* rispetto alla fideiussione in quanto quest'ultima, ai sensi dell'art 2424 c.c., va iscritta nel lato passivo del bilancio.

Un'altra esigenza di carattere tecnico è ravvisabile sul piano organizzativo e di speditezza dei rapporti commerciali: infatti per concedere fideiussione è necessario un atto collegiale, una delibera del CdA della società emittente, mentre la lettera di conforto viene considerata validamente fornita con la mera decisione e sottoscrizione dell'amministratore delegato.

Per quanto riguarda il problema della qualificazione giuridica, dottrina e giurisprudenza sono fortemente divise a causa anche dell'estrema

non avrebbe concesso o avrebbe tempestivamente revocato se il raccomandante avesse dichiarato la verità o ripetato i suoi impegni”: sembra, quindi, che la lettera assicuri, nella fase patologica del rapporto di credito, la stessa tutela di un contratto di garanzia.

varietà del contenuto che le lettere assumo nella prassi dei rapporti economici.

Si sono così distinte le lettere a contenuto meramente informativo o così c.d. “deboli” e lettere a contenuto impegnativo o c.d. “forti”³⁸¹.

Le prime hanno in comune la circostanza che si limitano all’asserzione di fatti, suggerendo al destinatario, pur senza assumere impegni, un messaggio di affidabilità capace di indurre il finanziatore a risolversi positivamente.

Tra queste ricordiamo quelle nelle quali il patrocinate si limita esclusivamente ad informare o a comunicare alla banca la misura della sua partecipazione azionaria nella società controllata che aspira ad ottenere credito dalla banca stessa: si limita cioè soltanto ad informare.

A questa dichiarazione si può aggiungere quella con cui il patrocinate si impegna a comunicare alla banca ogni eventuale mutamento della misura della sua partecipazione azionaria al capitale della società controllata.

Esistono, poi, dichiarazioni di approvazione dell’apertura di credito o di consapevolezza dell’esistenza del rapporto stesso; dichiarazioni con cui la società controllante afferma di conoscere e di avallare i dati relativi alla gestione della controllata, avendone riscontrato la correttezza e la rispondenza al vero; dichiarazione di fiducia in ordine al *management* della società patrocinata o di *policy* con cui si indicano le linee di “politica” di vigilanza sui rapporti della controllata con i creditori, al fine favorire il regolare adempimento delle obbligazioni.

Per quanto riguarda le c.d. lettere “forti” la casistica induce a suddividerle in due gruppi in base al tipo ed all’intensità dell’impegno che da esse deriva³⁸².

³⁸¹ Tale classificazione è ormai pacificamente accolta in dottrina per cui si rinvia, per tutti, a CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, Torino, 1992, 283 ss.

³⁸² Su cui v. CARINGELLA, *op. cit.*, 1244.

Si possono, così, individuare le lettere che rassicurano il destinatario della convenienza e del ridotto rischio imprenditoriale sotteso all'operazione: tra queste ricordiamo la dichiarazione di influenza, di futuro mantenimento della partecipazione, di non svuotamento di obbligo in caso di cessione della partecipazione³⁸³.

Nel secondo gruppo rientrano, invece, quelle dichiarazioni con le quali il dichiarante rassicura il destinatario assumendo specifici obblighi e determinate responsabilità. Appartengono a questo più incisivo genere di lettere di gradimento le seguenti ipotesi: dichiarazione di mantenimento della solvibilità generica, di mantenimento della consistenza patrimoniale, di solvibilità specifica, di assunzione del rischio di perdite³⁸⁴ o quelle con cui il *patronnant* obbliga a fornire alla società figlia le risorse finanziarie idonee a porla in grado di adempiere regolarmente ed esattamente alle sue obbligazioni.

Preliminarmente bisogna chiarire che appare ormai pacifico che tutte le lettere di *patronage*, siano esse forti o deboli, hanno una rilevanza giuridica, essendo del resto inverosimile, anche sul piano del buon senso, che una banca si accontenti di una dichiarazione priva di ogni rilievo giuridico nell'erogazione del credito.

In passato, al contrario, si era sostenuto³⁸⁵ che tale strumento fosse, per sua natura, destinato, ad esaurire la sua efficacia sul piano dell'etica dei rapporti fra operatori economici, per cui, in caso di loro violazioni, si riteneva che la sanzione non poteva che essere ricercata nell'ambito della categoria economica cui si riferivano: non, quindi, una sanzione giuridica, ma di carattere sociale (discredito della società controllante nell'ambito del

³⁸³ Si rinvia, per maggiori approfondimenti, a GALGANO, *Diritto commerciale*, I, Bologna, 1996, 237 ss.

³⁸⁴ Attraverso l'assunzione del "rischio di perdita" la società controllante si impegna ad evitare perdite alla banca in dipendenza del credito concesso alla società controllata.

³⁸⁵ V. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977, 178 ss. e MONTAGNANI, *Le garanzie prese sul serio: cortesia, pratiche generali interpretative e controlli nelle lettere di patronage*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1986, II, 450 ss.

settore di riferimento o derivante dalla comunicazione sugli organi di stampa del mancato rispetto degli impegni presi).

Allo stato, comunque, è convinzione comune che, in base al principio di presunzione di giuridicità, le parti diano vita ad un “rapporto regolato dal diritto e caratterizzato dalla rilevanza giuridica del vincolo che ne deriva; detta presunzione è vincibile con la prova contraria (quasi diabolica) che le parti abbiano voluto confinare le loro relazioni nella sola sfera della cortesia, ossia il comune ed in equivoco intento metagiuridico”³⁸⁶.

Sul punto anche la Cassazione ha, di recente, affermato che “le lettere di *patronage*, infatti, si sono diffuse proprio in sostituzione delle garanzie personali tipiche. Il che, beninteso, non porta a negare loro qualsiasi valore giuridico, al momento che esse sono spesso collegate con operazioni di notevole rilievo economico e non è quindi ragionevole supporre che con il loro rilascio le parti abbiano inteso da vita ad impegni rilevanti solo sul piano sociale, il cui rispetto sia quindi affidato esclusivamente a sentimenti di onore e di lealtà”³⁸⁷.

Affermata la rilevanza giuridica delle lettere di *patronage*, vi è da affrontare l’ulteriore problema relativo alle conseguenze giuridiche imputabili a queste dichiarazioni. Sorge, a questo punto, l’esigenza di tener ben separate le conclusioni in merito alle diverse categorie di lettere di conforto.

L’indagine non può che iniziare dalle lettere c.d. “deboli”.

In primo luogo, bisogna affermarne la loro natura di “dichiarazione di scienza”, che le porta al di fuori del novero degli atti negoziali in quanto non costituirebbero atti di volontà.

Nel caso in cui le informazioni racchiuse nella lettera siano false o incomplete, dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che il

³⁸⁶ CARINGELLA, *op. cit.*, 1235

³⁸⁷ CASS., 27 settembre 1995, n. 10235, cit.

patronnant sia tenuto al risarcimento del danno nei confronti della banca sempre che sussista il necessario rapporto di causalità fra la dichiarazione ed il danno subito (occorre cioè accertare che l'informazione fornita sia stata decisiva ai fini della concessione del credito da parte della banca alla società figlia).

Tale unanimità di vedute, però, non è riscontrabile allorché si passa ad analizzare la natura di tale responsabilità.

Secondo un primo orientamento³⁸⁸, poiché non si è in presenza di atti negoziali, le false informazioni possono dar luogo solo ad una responsabilità extracontrattuale. Lo stesso discorso va fatto per il caso in cui alla lettera informativa segua un comportamento contrario al contenuto della dichiarazione “posto che le lettere non hanno l'effetto di garantire l'adempimento, ma di fornire all'ente finanziatore elementi di giudizio”³⁸⁹.

Un altro orientamento, accolto anche dalla Suprema Corte, ritiene che la responsabilità del patrocinante sia fondata sugli artt. 1337 e 1338 c.c., dando foggia ad un'ipotesi di responsabilità precontrattuale per la lesione della libertà negoziale³⁹⁰. Si è così affermato che “il patrocinante viene infatti ad inserirsi nello svolgimento di trattative avviate tra altri soggetti proprio al fine di agevolarne la positiva conclusione, creando così ragionevoli aspettative sul buon esito dell'operazione; la sua posizione è quindi ben diversa da quella di un terzo che accidentalmente venga ad interferire in una vicenda precontrattuale a lui estranea, e tale diversità è sufficiente a giustificare l'applicazione di quelle regole di diligenza, di correttezza e di buona fede, dettate proprio al fine di evitare che gli interessi di quanti partecipano alle trattative possano essere pregiudicati da

³⁸⁸ MAZZONI, *Le lettere di patronage nei rapporti tra società madre e società figlia all'interno di un gruppo di società*, in AA.VV., *Le garanzie contrattuali*, Milano, 1994, 463ss.

³⁸⁹ CARINGELLA, *op. cit.*, 1239

³⁹⁰ I termini del problema appaiono simili alla questione sorta in tema di *factoring*, riguardante la delicata questione circa la sussistenza o meno dell'obbligo a carico del debitore ceduto di fornire esatte informazioni al *factor*. Sul punto, v. CASS., 15 giugno 1999, n. 5947, in

comportamenti altrui scorretti (art. 1337 c.c.) o anche negligenti (art. 1338)”³⁹¹.

Tuttavia, se si intende sostenere la tesi secondo cui il *patronnat*, quando fornisce informazioni false o inesatte, incorre in responsabilità per colpa in contraendo, bisogna essere disposti, evidentemente, ad ammettere che questo tipo di responsabilità è ipotizzabile anche quando il contratto è stato concluso³⁹².

Ulteriore precisazione da fare è quella per cui, ove così configurata tale fattispecie, si dovrebbe accettare quell’opinione secondo cui i destinatari del dovere di buona fede di cui all’art. 1337 c.c. non sarebbero esclusivamente le parti del contratto o del futuro contratto, ma anche dei soggetti non destinati a divenire parti del contratto che però assumono una posizione differenziata rispetto a qualunque altro terzo, in virtù della loro opera diretta alla conclusione del contratto.

Va infine ricordato che una parte della dottrina³⁹³ ritiene che la responsabilità nascente dalle dichiarazioni in esame sia di tipo contrattuale.

Tale ricostruzione³⁹⁴, estesa in senso generale anche alle false dichiarazioni rese da operatori professionali e dalle banche³⁹⁵, si fonda sul fatto che “il dichiarante non è terzo destinatario del mero precetto del *neminem laedere*, ma instaura con i protagonisti del contratto un contatto

³⁹¹ CASS., 27 settembre 1995, n. 10235, cit. V. anche CASS. 4 maggio 1982, n. 2756. APP. ROMA 17 ottobre 1989, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2652 ss. afferma, invece, che nella lettera di patronage non possano ravvisarsi né una fideiussione, né un mandato di credito, né una garanzia propria o impropria.

³⁹² Su cui, v. BIANCA, *Il contratto*, cit., 162

³⁹³ Di tale ipotesi ricostruttiva si dà conto in CARINGELLA, *op. cit.*, 1241.

³⁹⁴ La tesi della responsabilità contrattuale ha origini tedesche, e si spiega col fatto che nel BGB, essendo l’illecito aquiliano tipico, non era possibile far rientrare la libertà negoziale nei diritti presi in considerazione dal § 823 del BGB (a tenore del quale chi intenzionalmente o colposamente lede in modo contrario al diritto la vita, l’integrità fisica, la salute, la libertà, la proprietà o un “diritto ulteriore” di un altro è tenuto al risarcimento). Del resto già lo JHERING, cui si deve la teorizzazione della responsabilità precontrattuale (nel saggio *Culpa in contraendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*) aveva respinto l’idea che tale fattispecie fosse riconducibile nella responsabilità aquiliana ritenendola inadatta a tutelare l’interesse del contraente che confida sulla serietà della trattativa o sulla validità del contratto.

³⁹⁵ Sulla responsabilità della banca v., di recente, PIAZZA, *La responsabilità della banca per acquisizione e collocamento di prodotti finanziari “inadeguati” al profilo del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 2005, 1027 ss.

sociale qualificato, che gli impone un dovere specifico di rispetto dell'altrui sfera giuridica”³⁹⁶.

Per quanto riguarda le lettere c.d. “forti”, essendo la loro natura indiscutibilmente negoziale, il profilo più problematico attiene alla loro struttura.

Secondo un primo indirizzo³⁹⁷, le lettere di *patronage* (in particolare quelle contenenti la dichiarazione di solvibilità e l'assunzione del rischio delle perdite) sarebbero da ricondurre alla figura della promessa del fatto del terzo disciplinata dall'art. 1381 c.c.

Nelle dichiarazioni in esame “ricorrerebbe la caratteristica propria dell'art. 1381 c.c. di trasferire in capo al patrocinate i rischi relativi all'esito non positivo dell'operazione di finanziamento, senza che all'uopo assuma rilievo, in una logica sostanzialmente assicurativa, l'imputabilità dell'inadempimento al debitore, ovvero la negligenza dello stesso patrocinate”³⁹⁸.

Del resto, si aggiunge, bisogna osservare come il *patronnant* assuma un obbligo diverso da quello gravante da quello del debitore originario, di talché è ben possibile delineare una funzione indennitaria all'obbligazione di “garanzia” gravante sulla società capogruppo, così come prevede l'art. 1381 c.c.

A tale ricostruzione si è obiettato³⁹⁹ che l'impegno del *patronnant* non comporti la garanzia di un fatto altrui ma si assicura un fatto proprio

³⁹⁶ CARINGELLA, *op. cit.*, 1241

³⁹⁷ In dottrina v.: SEGNI, *La “lettre de patronage” come garanzia personale impropria*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, 126 ss.; DELI-GIARDINA, *Le lettere di patronage*, in *Dir. comm. int.*, 1987, 597 ss.; SEVERINI, *Il patronage tra la promessa unilaterale atipica e la promessa di fatto del terzo*, in *Dir. fall.*, 1991, 41 ss. In giurisprudenza v.: APP. ROMA, 4 dicembre 1979, in *Banca borsa tit. cred.*, 1981, II, 88 ss.; TRIB. MILANO, 30 maggio 1983, in *Banca borsa tit. cred.*, 1984, II, 383; TRIB. MILANO, 01 dicembre 1983, *Giur. it.*, 1985, I, 2, 362 ss.; TRIB. MONZA, 12 ottobre 1993, in *Contratti*, 1995, 511 ss.

³⁹⁸ CARINGELLA, *op. cit.*, 1250

³⁹⁹ MASTROPAOLO, *Promessa del fatto altrui, garanzie personali e sindacati di voto*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 1993, 747 ss. In giurisprudenza v. TRIB. ROMA, 18 luglio 1985, *Banca borsa tit. cred.*, 1986, II, 450 ss.

quale “obbligazione di fare tutto il possibile e di attivarsi perché la controllata sia solvibile, adempiendo così all’impegno di controllare”⁴⁰⁰.

La giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione⁴⁰¹ è, invece, nel senso di far rientrare le dichiarazioni in esame nello schema di cui all’art. 1333 c.c.

A parere della Suprema Corte “lo schema delineato dall’art. 1333 c.c. si adatta perfettamente alle lettere di *patronage* che abbiano carattere impegnativo, e non vi è quindi il motivo di dubitare della loro efficacia vincolante, posto che tali dichiarazioni, sia pure con strumenti diversi da quelli propri delle garanzie personali tipiche, sono pur sempre dirette a rafforzare la protezione dei diritti del creditore e, quindi, a realizzare interessi certamente meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico (art. 1322, secondo comma, c.c.)”⁴⁰².

In particolare, la Cassazione, dopo aver aderito alla tesi del *numerus clausus* degli atti unilaterali (“Il problema sorge, come è noto, perché nel nostro ordinamento esiste una norma, l’art. 1987 c.c., a tenore della quale la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge”), utilizza lo strumento di cui all’art. 1333 c.c. come grimaldello per vulnerare il dogma della tassatività degli atti unilaterali, consentendo, in tal modo, di inserire nella realtà giuridica negozi di cui gli operatori economici non possono ormai fare a meno.

Secondo una parte della dottrina⁴⁰³ non sarebbe assolutamente vero che sia sufficiente l’inerzia al fine dell’efficacia della dichiarazione, essendo necessario che, a tal fine, che il destinatario effettivamente eroghi il

⁴⁰⁰ TRIB. BOLOGNA, 14 settembre 1988, *Banca borsa tit. cred.*, 1990, II, 252.

⁴⁰¹ V. CASS., 27 settembre 1995, n. 10235, cit.; CASS., 3 aprile 2001, n. 4888, in *Giur. it.*, 2001, I, 1, 2254.; CASS., 25 settembre 2001, n. 11987, in *Studium iuris*, 2002, 393 ss. V. anche TRIB. PALERMO, 18 gennaio 2000, in *Danno resp.*, 2002, 640 ss. In dottrina, anche per opportuni riferimenti bibliografici, v. PALAZZO, *op. cit.*, 113 ss. *Contra* v. GALGANO, *Lettera di patronage e promesse unilaterali atipiche*, in *Contr. impr.*, 1996, 9 ss.

⁴⁰² CASS., 27 settembre 1995, n. 10235, cit. Conforme a tale decisione è APP. ROMA, 15 giugno 1998, in *Contr.*, 1999, 234.

⁴⁰³ DE BONIS, *Le lettere di patronage*, in *I nuovi contratti* a cura di NAPOLILLO, Piacenza, 2002, 361 ss.

credito alla società controllata. Diretto corollario di ciò è che si sarebbe in presenza di un contratto atipico a prestazioni corrispettive (la cui atipicità consisterebbe in un *facere* autonomo e infungibile), che si perfeziona secondo lo schema del comportamento concludente *ex art. 1327 c.c.*⁴⁰⁴.

Comunque, indipendentemente dalla scelta circa la struttura della lettera di *patronage*⁴⁰⁵ forte come atto unilaterale o come contratto, l'inosservanza degli obblighi da parte del *patronnant* lo esporrà ad una responsabilità contrattuale *ex art. 1218 c.c.*

Ai fini del presente lavoro è ora necessario interrogarsi sulla qualificazione gratuita o onerosa di questo negozio di garanzia.

Secondo un orientamento dottrinale⁴⁰⁶ esisterebbero fattispecie negoziali (tra cui rientrerebbero anche quelli di garanzia) che possono assumere indifferentemente il carattere oneroso o gratuito senza che ne consegua un alterazione della causa, la quale assumerebbe una colorazione neutra sotto questo profilo: la fideiussione avrebbe sempre una causa *cavendi* sia se prestata a titolo oneroso sia a titolo gratuito⁴⁰⁷.

Seppur quanto sopra esposto pare corretto, l'interprete non può però non indagare sulla natura onerosa o meno della prestazione di garanzia e, soprattutto, se questa persegua intenti liberali o economici.

Il carattere oneroso della garanzia potrebbe tanto scaturire dal contenuto stesso del negozio, sia nel caso in cui un corrispettivo venga espressamente previsto in un negozio casualmente distinto e stipulato tra debitore principale ed il datore di garanzia. E', infatti, unanimemente

⁴⁰⁴ V., in tal senso, TRIB. ROMA, 18 luglio 1985, cit. ove, però, non si esclude che l'impegno possa essere assunto anche unilateralmente.

⁴⁰⁵ Del dibattito sulla natura della fattispecie delineata dall'art. 1333 c.c. si è dato conto *supra* pag.

⁴⁰⁶ CAROPPO, *Gratuità e onerosità dei negozi di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 421 ss.

⁴⁰⁷ MANCINI, *Intorno alla causa della fideiussione*, in *Giust. civ.*, 1969, IV, 66 ss. In giurisprudenza v. TRIB. NAPOLI, 20 dicembre 1975, in *Dir. fall.*, 1976, 450 in cui si afferma che la fideiussione è incolore ed assume carattere gratuito o oneroso a seconda del concreto atteggiarsi del rapporto intercorrente fra il fideiussore ed il creditore. Tuttavia, la sentenza poi precisa che il fideiussore può assumere l'obbligazione di garanzia per spirito di liberalità, a titolo gratuito (quindi in modo interessato) o dietro corrispettivo, con ciò facendo riferimento al rapporto che lega il garante con il garantito: solo facendo riferimento a tale rapporto, infatti, pare possibile eventualmente individuare un intento liberale.

affermato⁴⁰⁸ che l'essere destinata una delle prestazioni in sinallagma ad un terzo non esclude l'onerosità del contratto: esempio tipico è il contratto a favore di terzo (art. 1411 c.c.).

Ove non sia previsto un corrispettivo bisogna indagare sugli interessi concretamente perseguiti dalle parti per individuare la disciplina applicabile alla singola fattispecie (es. se sia soggetta o meno alla revocazione fallimentare o necessiti del requisito della forma).

La Suprema Corte⁴⁰⁹, chiamata a pronunciarsi su di una promessa di fideiussione prestata da una società controllata a favore della controllante, ha escluso che la fattispecie in esame potesse qualificarsi come promessa di donazione in quanto era chiaro “l'interesse economico che, sia pure in via mediata, viene a realizzare la società che assume l'obbligazione”. La garanzia, infatti, era prestata a favore di una banca che forniva i fondi necessari alla capogruppo per svolgere la funzione di “polmone finanziario” a favore delle società controllate; sicché queste ultime, in tanto potevano espletare la loro attività, in quanto l'istituto di credito, garantita per il soddisfacimento dell'obbligazione contratta, erogasse alla capogruppo i mezzi finanziari necessari.

Non va, poi, dimenticata l'opinione⁴¹⁰ che esclude in radice la possibilità, in simili ipotesi, di configurare una donazione in quanto occorrerebbe sempre che il donante assuma un'obbligazione verso il donatario e non verso un terzo, così come avviene nei contratti di garanzia.

Per quanto più propriamente attiene alle lettere di *patronage*, appare evidente che queste ultime, essendo un mezzo fondamentale per il perseguimento delle strategie della *holding*, debbano qualificarsi come atti gratuiti atipici.

⁴⁰⁸ CARIOTA FERRARA, *Gratuità nei negozi di garanzia*, Sassari, 1926, 24; CAROPPO, *op. cit.*, 445; GAZZONI, *Manuale*, cit., 926 ss.; BIANCA, *Il contratto*, cit., 566 ss.

⁴⁰⁹ CASS., 5 dicembre 1998, n. 12325 in *Corr. giur.*, 1999, 1142 ss.

⁴¹⁰ AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 855 ss. *Contra v.* BIONDI, *op. cit.*, 965 che ravvisa una donazione indiretta nel caso in cui il fideiussore rinunci preventivamente, per spirito di liberalità, all'azione di regresso

Anche nel caso in cui l'erogazione del credito sia subordinato alla dichiarazione del *patronnant* (vi sia, quindi, una sorta di corrispettività tra l'apertura della linea di credito e l'emissione della lettera), l'oggetto della gratuità sarebbe pur sempre da individuarsi nel vantaggio giuridico-economico che ne deriva in capo alla società controllata e, in via mediata, all'intera *holding*⁴¹¹.

La capogruppo, infatti, ha un rilevante interesse di natura economica a che "l'affiliata ottenga il finanziamento richiesto utilizzabile, ad esempio, per realizzare l'espansione della stessa o semplicemente, per ottenere liquidità e vantaggi fiscali, ovvero, nell'ipotesi più grave, per evitare la crisi e mantenere in vita l'impresa; interesse economico che esclude la riconducibilità della figura alle donazioni indirette, che presuppongono la presenza dello spirito di liberalità nell'attribuzione"⁴¹². Vi sarebbe, quindi, attraverso le lettere di *patronage* il soddisfacimento di interessi economici in via mediata ed indiretta, in quanto, ad esempio, si potrebbe evitare la cessazione dell'attività per una crisi economica di una società collegata, che svolge un ciclo produttivo essenziale per l'attività della stessa società madre.

La stessa Cassazione ha riconosciuto la rilevanza giuridica dell'interesse di gruppo ritenendo che "la prestazione di garanzia per debiti di società collegate o il pagamento di debiti di queste ultime deve considerarsi rientrante nell'oggetto della società tutte le volte che l'atto è preordinato alla realizzazione di un interesse di gruppo"⁴¹³.

3. Casistica negoziale

⁴¹¹ Sul punto v. anche FIGONE, voce *Mandato di credito*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1995, 16 ss. per il quale la lettera di *patronage* ha la funzione di tutelare comuni interessi economici all'interno dei gruppi di società

⁴¹² PALAZZO, *op. cit.*, 114.

⁴¹³ CASS., 14 settembre 1976, n. 3150, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, 220 ss.

Sembra opportuno, anche per integrare quanto già detto in precedenza⁴¹⁴, soffermare l'attenzione su alcune fattispecie negoziali relative ad obblighi di faremolto diffuse o che sono state oggetto di decisione della Corte di Cassazione.

L'analisi non può non iniziare da quel contratto, oramai diffusissimo, attraverso cui “una parte, il fornitore di accesso a Internet (o Internet Service Provider), concede all'altro, il cliente, la connessione con Internet e fornisce ulteriori servizi verso un determinato corrispettivo”⁴¹⁵: il c.d. contratto di accesso⁴¹⁶.

Il fornitore di accesso è un imprenditore che gestisce un nodo connesso permanentemente con Internet ed è assegnatario di indirizzi IP, mentre il cliente può accedere per scopi professionali o imprenditoriali o per uso privato.

I servizi accessori più comuni sono la messa a disposizione di una casella di posta elettronica, l'utilizzo del *World Wide Web* (che permette di mettere a disposizione ipertesti) o del *File Transfer Protocol* (un protocollo di base che consente di trasferire dati da un computer all'altro).

Nel testo degli usi *Internet providers* a cura della Camera di Commercio di Milano, approvato con delibera n. 258 del 23 luglio 2003, il negozio in esame viene definito come “il contratto col quale una parte, il *provider*, concede ad un'altra, il cliente, l'accesso alla rete Internet e fornisce ulteriori servizi gratuitamente o verso un corrispettivo” (art. 1).

⁴¹⁴ V. *supra* cap. II, par. 7.

⁴¹⁵ DE NOVA, *I contratti per l'accesso ad Internet*, in *AIDA*, 1996, 39. Pare opportuno segnalare che l'Autore sottolinea il fatto che, nonostante le peculiarità che presenta il sistema di Internet, “ciò che importa è che si resista ad eventuali tentazioni di creare un diritto di Internet”.

⁴¹⁶ Per poter usufruire dei servizi connessi ad Internet è necessario ottenere un numero IP per rendere identificabile il proprio computer. I grossi provider chiedono l'assegnazione di una grande quantità di indirizzi agli enti internazionali creati proprio per svolgere tale funzione, per poi cederli ai providers minori, i quali, a loro volta, li cedono agli utenti finali attraverso il c.d. “contratto di accesso”. Per una più approfondita analisi su tale contratto e sulle varie tesi in ordine alla sua qualificazione giuridica si rinvia a ALBERINI, *I contratti di accesso ad Internet*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 95 ss.

Nella prassi il contratto di accesso è, di regola, a titolo gratuito mentre l'effettivo utilizzo dei servizi è a pagamento (con tariffe sia a consumo sia c.d. "flat").

Tuttavia, non v'è chi non veda come la gratuità sia spesso solo apparente, in quanto nei contratti sono solitamente previste altre forme di corrispettivo, come l'autorizzazione al trattamento, anche per scopi commerciali, dei dati personali forniti dall'utente⁴¹⁷.

Pare interessante sottolineare il fatto che, alcuni autori hanno ritenuto che tali contratti siano assoggettati alla disciplina degli artt. 1469 *bis* e seguenti, anche nei casi in cui siano stati conclusi da enti giuridici al fine di fornire tali servizi ad una collettività (studenti d'università, frequentatori di una biblioteca) trattandosi di contratti a favore di terzo⁴¹⁸ o "con effetti protettivi a favore di terzo"⁴¹⁹.

In tema di vendita, poi, appare molto rilevante quell'indirizzo giurisprudenziale a tenore del quale l'impegno assunto dall'alienante, dopo

⁴¹⁷ Si veda, ad esempio, la clausola contrattuale contenuta nelle condizioni generali di contratto relative alla fornitura di un servizio di accesso diretto alla rete Internet da parte della Master Web S.r.l.: art. 12, 5° comma "Il Cliente, con la sottoscrizione delle presenti Condizioni Generali fornisce il proprio consenso per la comunicazione di informazioni commerciali relative a nuove offerte di Servizi di Master Web S.r.l. e/o della controllante, di società controllate, collegate, controllate dalla comune controllante o partecipate e/o di società con le quali Master Web S.r.l. abbia stipulato accordi commerciali, per verificare il livello di soddisfazione della Clientela sui Servizi, e, infine, per la tutela del credito, anche attraverso l'impiego di terzi, e l'implementazione, sotto il controllo delle Autorità di settore, di sistemi di controllo e monitoraggio del credito condivisi anche con altri operatori licenziatari ai sensi del DPR 318/97. Per quanto indicato nel presente comma il consenso al trattamento dei dati dovrà essere debitamente espresso nell'apposito spazio allo scopo predisposto". Dello stesso tenore le clausole proposte da un altro operatore (relative al trattamento dei dati personali) che devono necessariamente essere accettate per la conclusione del contratto: "Preso atto delle informazioni ricevute mediante l'informativa resa dai titolari, Wind e Italia Online, e consapevole che ho piena libertà di scelta sul rilascio del mio consenso, ma che in caso di rifiuto dello stesso per fini sotto indicati Wind ed Italia Online non potranno erogarmi i rispettivi servizi esprimo il mio consenso al trattamento per le seguenti finalità:

- elaborazione da parte di Wind e di Italia Online dei miei dati personali, secondo le modalità e nei limiti indicati nelle rispettive informative, per il fine di definire il profilo commerciale;
- utilizzo dei profili elaborati da Wind e di Italia Online per finalità di marketing e promozionali proprie;
- elaborazione dei miei dati personali per scopi amministrativi contabili compresa l'eventuale trasmissione per posta elettronica di fatture commerciali da parte di Wind".

⁴¹⁸ DELFINI, *Il D.P.R. 513/1997 e il contratto telematico*, in *Contratti*, 1998, 305.

⁴¹⁹ ZENO ZENCOVICH, *I contratti di informatica e telecomunicazioni*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di ALPA e PATTI, II, Milano, 1997, 1282 ss.

la stipulazione del contratto, “di attivarsi per eliminare gli inconvenienti manifestatisi nell’utilizzazione della cosa negoziata, dà vita ad una obbligazione autonoma, avente il titolo in una promessa unilaterale e, quindi, da intendersi svincolata da quelle nascenti dal contratto primigenio, la quale, pertanto, non può essere ritenuta assoggettata agli speciali termini di decadenza e di prescrizione di cui all’art. 1495 cod. civ. (cfr., *ex multis*, Cass. Sez. II civ., sent. n. 3656 del 12 maggio 1988)”⁴²⁰.

Nel caso di specie⁴²¹, la Cassazione, condividendo l’opinione espressa dalla Corte territoriale, sostiene che tale promessa unilaterale gratuita sia giustificata causalmente dal fine di evitare il discredito che sarebbe potuto derivare, alla parte venditrice, dalla cattiva riuscita di un’opera realizzata con materiali dalla stessa commercializzati.

Tale orientamento pare focalizzare l’attenzione esclusivamente sulla non operatività dei termini di decadenza e di prescrizione di cui all’art. 1495 c.c. per effetto dell’impegno assunto dal venditore di eliminare i vizi, dando rilievo assorbente alla manifestazione unilaterale di quest’ultimo, non facendo alcun riferimento all’effetto estintivo-sostitutivo della precedente obbligazione, che in assenza di un accordo delle parti non potrebbe evidentemente prodursi.

In realtà, tali sentenze appaiono ispirate dall’esigenza di tutelare il compratore dai rigorosi termini di decadenza e prescrizione imposti dall’art. 1495 c.c., e, pertanto, l’impegno assunto dal venditore è stato considerato come svincolato da detti termini⁴²².

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno, invece, ritenuto che “l’impegno del venditore di eliminare i vizi che rendano la cosa inidonea all’uso cui è destinata (ovvero ne diminuiscano in modo

⁴²⁰ CASS., 14 novembre 1994, n. 9562, in *Giur.it*, 1995, I, 1, 1920 ss. Di recente, v. anche CASS. 13 dicembre 2001, n. 15758, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce “Vendita”, n. 64.

⁴²¹ La lite aveva ad oggetto la promessa del fornitore di eliminare a proprie spese i difetti dell’opera realizzata dal compratore per un terzo con i materiali da lui forniti.

⁴²² Del resto, la stessa legislazione in tema di tutela del consumatore e responsabilità del produttore (L. 21.12.1999, n. 526 e d.p.r. 24.5.1988, n. 244) incoraggia le posizioni interpretative favorevoli all’acquirente nel caso di consegna di cosa difettosa.

apprezzabile il valore economico) di per sé non dà vita ad una nuova obbligazione estintiva-sostitutiva (novazione oggettiva: art. 1230 c.c.) dell'originaria obbligazione di garanzia (art. 1490 c.c.), ma consente al compratore di essere svincolato dai termini di decadenza e dalle condizioni di cui all'art. 1495 c.c., ai fini dell'esercizio delle azioni edilizie (risoluzione del contratto o riduzione del prezzo) previste in suo favore (art. 1492 c.c.), sostanziandosi tale impegno in un riconoscimento del debito, interruttivo della prescrizione (art. 2944 c.c.)⁴²³.

Anche per quanto attiene le prestazioni eseguite da artisti o professionisti senza corrispettivo, pare necessario vagliare gli interessi che le sostengono per poter procedere alla loro esatta qualificazione. E' stato, così, deciso che “è ravvisabile non un normale contratto d'opera (art. 2222 c.c.), stante la mancanza di un corrispettivo (art. 2225 c.c.), bensì un contratto misto o atipico in cui ai prevalenti elementi del rapporto d'opera si affianca una clausola modale, in virtù della quale l'artista rinunciava al suo compenso perché fosse devoluto ad un'iniziativa benefica di natura sanitaria (la costruzione di un nuovo reparto radiologico per handicappati da intitolare al Maestro)”⁴²⁴.

In un'altra risalente pronuncia⁴²⁵, invece, è stata riportata nello schema della donazione la prestazione gratuita di un famoso artista obbligatosi a partecipare ad una recita teatrale.

Diversamente deve qualificarsi l'offerta, comparsa sui quotidiani, da parte di un noto avvocato napoletano di voler patrocinare “gratuitamente” un'eventuale causa di risarcimento dei danni non patrimoniali a favore di Diego Maratona jr contro il padre di quest'ultimo: la pubblicità per il professionista che deriverebbe da un simile processo, appare più che evidente.

⁴²³ CASS. SEZ. UN., 21 giugno 2005, n. 13294, in *Guida dir.*, n.28, 2005, 62 ss.

⁴²⁴ CASS. SEZ. UN., 18 marzo 1999, n.150, in *Foro it.*, 1999, I, 1822 ss.

⁴²⁵ TRIB. MILANO, 9 settembre 1957, in *Rep. Giust. Civ.*, 1958, voce “Donazione”, n. 7.

Tale ipotetico contratto non sarebbe neanche nullo perché in deroga ai minimi tariffari in quanto “la gratuità delle prestazioni professionali e la rinuncia al compenso non trovano ostacolo nella nullità dei patti in deroga ai minimi di tariffa, allorché siano fondate su specifici presupposti causali e non risultino, quindi, attuate per violare le norme sui minimi di tariffa. Di conseguenza al professionista è consentita la prestazione gratuita della sua attività professionale per considerazioni di ordine sociale e di convenienza, anche con riguardo ad un suo personale e indiretto vantaggio”⁴²⁶.

Parimenti deve considerarsi “interessata” la prestazione offerta senza corrispettivo dalle agenzie immobiliari di valutazione di immobili di proprietà di possibili clienti; tali operatori, infatti, offrono questo servizio al fine di poter stipulare successivamente il contratto di mediazione per la vendita o la locazione dell’immobile stesso.

La giurisprudenza ha, poi, qualificato come contratto atipico oneroso, risultante dalla commistione degli elementi del comodato e della somministrazione, la concessione degli impianti di distribuzione di carburanti con obbligo di acquistare i prodotti dalla sola società petrolifera

⁴²⁶ CASS., 30 dicembre 1993, n. 13008, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce “Professioni intellettuali”, n. 93. V. anche CASS., 3 dicembre 1994, n. 10393, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce “Professioni intellettuali”, n. 81 in cui è stato statuito che “al professionista è consentita la prestazione gratuita della sua attività professionale per i motivi più vari, che possono consistere nell’*affectio*, nella *benevolentia*, come anche in considerazioni di ordine sociale o di convenienza, anche con riguardo ad un personale ed indiretto vantaggio. Al di fuori di questa ipotesi sono nulli i patti in deroga ai minimi della tariffa professionale”. Nella specie, è stata dichiarata la nullità del patto con cui il compenso professionale di un ingegnere per un progetto di lottizzazione era stato subordinato all’approvazione del comune. Tale orientamento, però, non è stato accolto dalle Sezioni Unite della Cassazione (sentenza 19 settembre 2005, n. 18450, in www.ambientediritto.it) che hanno, invece, stabilito che “il primato della fonte contrattuale impone di ritenere che il compenso spettante al professionista, ancorché elemento naturale del contratto di prestazione d’opera intellettuale, sia liberamente determinabile dalle parti e possa anche formare oggetto di rinuncia da parte del professionista, salva l’esistenza di specifiche norme proibitive che, limitando il potere di autonomia delle parti, rendano indisponibile il diritto al compenso per la prestazione professionale e vincolante la determinazione del compenso stesso in base a tariffe”. Pertanto “la clausola con cui, in una convenzione tra un ente pubblico territoriale e un ingegnere al quale il primo abbia affidato la progettazione di un’opera pubblica, il pagamento del compenso per la prestazione resa è condizionata alla concessione di finanziamento per la realizzazione dell’opera, è valida in quanto non si pone in contrasto col principio d’inderogabilità dei minimi tariffari, previsto dalla legge 5 maggio 1976, n. 340, come interpretata autenticamente dall’art. 6, comma 1, della legge 1° luglio 1977, n. 404, normativa cui ha fatto seguito l’art. 12 bis del d.l. 2 marzo 1989, n. 65, convertito con modificazioni dalla legge 26 aprile 1989, n. 155”.

concedente e di osservare le sue direttive riguardanti le modalità di organizzazione di vendita, negando la possibilità di configurare due contratti separati. A parere della Suprema Corte, infatti, deve escludersi la ricorrenza, nei casi di specie, della figura del comodato modale in quanto il *modus* “non deve privare il rapporto del requisito essenziale della gratuità e non deve assumere, nel complessivo sinallagma, la funzione sostanziale di corrispettivo, incompatibile con la gratuità”⁴²⁷.

Di particolare interesse sono quegli accordi tra privati e p.a. aventi ad oggetto la trasformazione del territorio per la realizzazione di nuovi insediamenti. In particolare, la convenzione di lottizzazione ha la precipua funzione di regolamentare i rapporti fra il Comune e i lottizzanti e loro aventi causa relativamente agli interventi di edilizia privata che attueranno i lottizzanti medesimi e di definire, in particolare, gli obblighi di realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria, gli obblighi di cessione di aree, i tempi e le modalità di attuazione del piano, nonché la ripartizione fra i lottizzanti degli utili e degli oneri.

Va, infatti, dato atto che nella tipologia espressa dalla esperienza giuridica nelle convenzioni siffatte, normalmente si stabilisce la cessione gratuita di un terreno al comune onde consentirgli la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e di ottenere la licenza (ora permesso di costruire) per la costruzione da effettuare su suolo contiguo.

Tali accordi, per la parte riguardante l’obbligo del privato di concorrere alla realizzazione delle infrastrutture sociali e di cederli gratuitamente al termine della loro costruzione al Comune, non sono inquadrabili nel modello negoziale della donazione, in quanto l’autorizzazione alla lottizzazione dei terreni a scopo edilizio è subordinata proprio alla concessione gratuita delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione primaria e secondaria e all’assunzione da parte dei privati medesimi degli oneri relativi a tali opere. L’atto di trasferimento, quindi, si

⁴²⁷ CASS., 19 giugno 1982, n. 3772 in *Rep. Foro it.*, 1982, voce “Idrocarburi”, n. 28

deve inquadrare con certezza inquadrare “fra gli oneri di urbanizzazione imposti dalla legge ai privati”⁴²⁸.

Appare innegabile che la convenzione di lottizzazione, a causa dei profili di stampo giuspubblicistico che si accompagnano allo strumento dichiaratamente contrattuale, rappresenti un istituto di complessa ricostruzione, e tuttavia la giurisprudenza⁴²⁹ è concorde nel ritenere che esso rappresenti l’incontro di volontà delle parti contraenti nell’esercizio dell’autonomia negoziale retta dal codice civile.

La giurisprudenza ha ritenuto che possa validamente esplicitarsi anche in tale settore, tanto ciò vero che si sono ritenute legittime le convenzioni di lottizzazione in cui il privato si obblighi a costruire e a cedere opere ulteriori rispetto a quanto imposto dalla legge⁴³⁰. A parere della Suprema Corte in tali casi “il riconoscimento della bilateralità sinallagmatica della convenzione urbanistica si riflette sulla convenzione stessa nel suo complesso, attiene all’insieme delle pattuizioni. Pretendere di trovare un *tantudem* correlato all’assunzione dell’obbligo non soltanto di imprimere una destinazione a scuola materna a una parte dell’area, ma anche di provvedere alla costruzione, può trovare giustificazione sul piano dei motivi in funzione della interpretazione della clausola per inquadrarla nel sistema della pattuizione, individuandone la *ratio*. Ma, una volta inserita la clausola nel complesso della pattuizione come parte integrante della stessa, è contraddittorio pretendere di ravvisare un equilibrio delle prestazioni circoscritto in via esclusiva alla suddetta pattuizione, mentre sul piano logico della *ratio* l’assunzione dell’onere si spiega, e in questa prospettiva l’intuizione della Corte d’Appello appare esatta, proprio perché si è realizzata la destinazione del bene futuro come scuola materna di

⁴²⁸ CASS., 14 luglio 1989, n. 3322, nel Dvd *Iuris data* edito da Giuffrè, Milano, 2004.

⁴²⁹ Da ultimo, v. CONS. STATO, 10 gennaio 2003, n. 33, in www.ambientediritto.it

⁴³⁰ V., da ultimo, CONS. STATO, 10 gennaio 2003, n. 33, cit., che sostiene che “la finalizzazione alle esigenze di urbanizzazione dell’area, che caratterizza le prestazioni esplicitamente previste dall’art. 28 legge urbanistica, si riscontra anche nella prestazione aggiuntiva contemplata dalla convenzione, la quale pertanto, è sorretta dalla medesima causa meritevole di tutela secondo la previsione della legge”.

prefigurata consistenza limitata al piano terreno, permettendo al lottizzatore la costruzione di altri piani da utilizzare a suo libito”⁴³¹.

Pur non brillando per chiarezza espositiva, tale decisione appare molto importante in quanto afferma che l’assunzione dell’obbligo di costruire e quello di cedere parte dell’edificio alla p.a. trova un adeguato corrispettivo nella possibilità per il costruttore stesso di edificare in misura maggiore, perseguendo così un maggiore utile dalla convenzione stessa: di talché ne risulta esclusa, di fatto, la gratuità del trasferimento alla p.a.

Da ultimo, va evidenziata la mancanza di gratuità in tutti quei contratti in cui una parte di obbliga ad una prestazione assistenziale a fronte di un’attribuzione patrimoniale del soggetto “assistito”. Non pare quindi da condividere la decisione della Cassazione secondo cui, nel caso di concessione del godimento di un’abitazione ad una famiglia “vita natural durante” dei suoi membri contro la prestazione di assistenza, al fine di stabilire l’esistenza di rapporto di comodato occorre “mettere a confronto i sacrifici ed i vantaggi che dal negozio derivano alle parti, onde stabilire se, avuto riguardo alla causa del contratto, essi fossero in relazione sinallagmatica, ovvero, se, mancando fra loro un equilibrio, la prestazione a carico dei predetti convenuti fosse da considerare come un semplice onere”⁴³².

Ribadendo quanto si è già detto in precedenza in tema di “sponsorizzazione interna”, allorquando una prestazione viene effettuata al solo fine di ottenerne un’altra in cambio (in modo tale che questa diventi una *condicio sine qua non* dell’attribuzione) non potrà mai configurarsi un *modus*, sussistendo sempre un vincolo di reciprocità tra le obbligazioni.

⁴³¹ CASS., 14 luglio 1989, n. 3322, cit.

⁴³² CASS., 10 dicembre 1987, 9160, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce “Comodato”, n. 2.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Multiproprietà. Confronto a più voci*, a cura di BARBIERA, Milano, 1986.

AA.VV., *Sponsorizzazione e pubblicità*, Milano, 1989.

AA.VV., *Le garanzie contrattuali*, Milano, 1994.

ALBERINI, *I contratti di accesso ad Internet*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 95 ss.

ALESSI – GRISI, *Il contratto nella società moderna*, Milano, 2002.

AMATO, voce *Sponsorizzazione*, in *Enc. giur.*, Roma, XXX, 1993.

ANDREOLI, *Il trust nella prassi bancaria e finanziaria*, Padova, 1998.

ANGIELLO, *Dei versamenti a fondo perduto, in conto capitale e in conto futuro aumento di capitale*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1984, 1397 ss.

ARCERI, *Appunti in tema di liberalità e gratuità nei contratti*, in *Giur. merito*, 2004, IV, 513 ss.

ARLOTTA, *Il contratto di viaggio e le conseguenze del suo inadempimento: danno da vacanza rovinata e overbooking*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 456 ss.

ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, Milano, 1935.

ASSUMMA, *Sponsorizzazione culturale*, in *Foro pad.*, 1989, II, 76 ss.

AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990,

BALBI, in *Saggio sulla donazione*, Torino, 1942.

BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996.

BARTOLI, *Il Trust*, Milano, 2001.

BELFIORE, *Appunti in tema di prezzo nella compravendita*, in *Giur. merito*, 1975, I, 468 ss.

BENATTI *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1976, 479 ss..

BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969.

BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1967.

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960.

BEZZI – SANVITI, *Accordi di collaborazione e contratti di sponsorizzazione*, Milano, 1998.

BIANCA, *Il contratto*, 3, Milano, 2000.

BIANCA, *La responsabilità*, 5, Milano, 1997.

BIANCA, *La proprietà*, 6, Milano, 1999.

BIANCA M., *I contratti di sponsorizzazione*, Rimini, 1990.

BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996.

BIONDI, *Sull'indole dell'omaggio premio*, in *Foro pad.*, 1962, 137 ss.

BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. it.* diretto da VASSALLI, XII, Torino, 1961.

BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, Napoli, 1984.

BOCCHINI – QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2005.

BOZZI, *Alla ricerca del contratto gratuito atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 209 ss.

BRANCA, *Delle promesse unilaterali (artt. 1987-1991)*, nel *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1963.

BUSSANI, *I singoli contratti. Contratti moderni. Factoring. Franchising. Leasing*, Milano, 2005.

CAMARDI, *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, in *Diritto privato, casi e questioni*, collana diretta da BESSONE, Milano, 1999.

CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Torino, 1992.

CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996.

CARINGELLA, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici*, in *Foro it.*, 1993, I, 1506 ss.

CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2003

CARINGELLA, *Studi di Diritto Civile*, Milano, 2003.

CARIOTA FERRARA, *Gratuità nei negozi di garanzia*, Sassari, 1926.

CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano, 1969.

CAROPPO, *Gratuità e onerosità dei negozi di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 421 ss.

CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 273 ss.

CARRESI, *Corso di diritto civile sul contratto*, Bologna, 1961.

CARRESI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 393 ss.

CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da CICU-MESSINEO, XXI, Milano, 1987, 93 ss.

CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 327 ss.

CATAUDELLA, *Bilateralità, corrispettività ed onerosità del contratto*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Scaduto*, Padova, 1970.

CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970.

CATAUDELLA, *Donazione e liberalità*, in AA.VV., *Studi in onore di Rescigno*, Milano, 1998.

CESARO, *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969.

CHECCHINI, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1976, 254 ss.

CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977.

CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interesse delle parti*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1991, 253.

CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione << novativa >> del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968.

CONFORTINI, voce “*Multiproprietà*”, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990.

COLIN – CAPITANT – JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Traité de droit civil*, II, Paris, 1959,

COLUMBO, *Sulla rilevanza giuridica delle c.d. prestazioni di cortesia*, in *Foro pad.*, 1957, III, 26 ss.

COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Grassetti*, I, Milano, 1980,

COSTANZA, *Art.1333 e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1237 ss.

COSTANZA, *Contratti e negozi unilaterali*, in *Vita not.*, 1993, I, 50 ss.

COVIELLO, *Donazione*, Siracusa, 1927.

CRETNEY, *Family Law*, London, 1997.

D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999,

DE BONIS, *Le lettere di patronage*, in *I nuovi contratti* a cura di NAPOLILLO, Piacenza, 2002.

DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1959.

DE CUPIS, voce *Corpo (atti di disposizione del proprio)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, 1959, Torino.

- DE GIORGI, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, Padova, 1988.
- DELFINI, *Il D.P.R. 513/1997 e il contratto telematico*, in *Contratti*, 1998, 305.
- DELI-GIARDINA, *Le lettere di patronage*, in *Dir. comm. int.*, 1987, 597 ss.
- DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Familia*, 2002, 959 ss.
- DE NOVA, *Nuovi contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, 430 ss.
- DE NOVA, *I contratti per l'accesso ad Internet*, in *AIDA*, 1996, 30 ss.
- DE MARTINI, voce “*Deposito (dir. civ.)*”, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960.
- D’ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*, Padova, 1996.
- DISTASO, *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino, 1960.
- DI MAJO, voce “*Promessa unilaterale*” in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 67
- DOGLIOTTI, *Le persone fisiche* in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, II, 1, Torino, 1992.
- DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972.
- DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli-Camerino, 1982.

DORIA, *Autonomia privata e “causa familiare”*. *Gli accordi traslativi tra coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996,

FABRIS, *Impresa, comunicazione e mercato*, Milano, 2004.

FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità*, Napoli, 1996

FERRANDINI, *La nuova disciplina europea dell'abuso di mercato*, in *Riv. soc.*, 2004, 43 ss.

FERRANDO, “*Spirito di liberalità*” e “*motivi dell'attribuzione*” (*Appunti in margine alla definizione di “causa donandi”*), in *Giur. it.*, 1974, I, 2, 740 ss.

FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959.

FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

FERRI, voce *Negozio giuridico*, nel *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, sez. *civ.*, vol. XII, Torino, 1995.

FERRI, *Dall'economia della bontà all'economia del dolore*, Padova, 2002, 16 ss.

FORCHIELLI, *Deposito di cortesia o deposito gratuito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1943, 290 ss.

FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935.

FRANCESCHELLI, *I contratti di sponsorizzazione*, in *Giur. comm.*, 1987, I, 289 ss.

FRANZOSI, *La sponsorizzazione culturale, prime note*, in *Foro pad.*, 1988, II, 39 ss.

FUNAIOLI, *Deposito, Sequestro convenzionale. Cessione dei beni ai creditori*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da GROSSO – SANTORO PASSARELLI, Milano, 1961.

GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 713.

GALASSO, voce “*Deposito*”, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, V, Torino, 1989, 268.

GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da CICU-MESSINEO, III, 1, Milano, 1988.

GALGANO, *Diritto commerciale*, I, Bologna, 1996.

GALGANO, *Lettera di patronage e promesse unilaterali atipiche*, in *Contr. impr.*, 1996, 9 ss.

GAMBARO, voce “*Trust*”, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999.

GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995.

GATT, *La Liberalità*, I, Torino, 2002.

GATTI, voce “*Sponsorizzazione*”, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990.

GAZZONI, *Il contratto preliminare*, in *Il contratto in generale*, nel *Tratt. dir. priv.*, diretto da BESSONE, IX, 2, Torino, 2000.

GAZZONI, *Babbo Natale e l’obbligo di dare*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2896 ss.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000.

GAZZONI, *In Italia tutto è permesso, anche quello che è negato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle)*, in *Riv. not.*, 2001, I, 1247 ss.

GAZZONI, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. not.*, 2002, I, 1107 ss.

GAZZONI, *Il cammello, la cruna dell’ago e la trascrizione del trust*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 953 ss.

GHEZZI, voce “*Cortesia (prestazioni di)*”, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962.

GIACOBBE, *Atipicità del contratto e sponsorizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 399 ss.

GIACOBBE, voce “*Trapianti*”, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992.

GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell’atto di ultima volontà*, Milano, 1954.

GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959.

GIAMPICCOLO., *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 783 ss.

GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale*, Milano, 2002, 149.

GIUNCHI, *I trasferimenti di beni fra coniugi nel procedimento di separazione personale nel diritto civile e nelle leggi fiscali*, in *Vit. not.*, 1993, 1053 ss.

GORGONI, *Parcheggio e custodia: tra negazione dell'utilità della disciplina contrattuale di diritto comune e svalutazione del consenso*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 717 ss.

GORLA, *Il contratto (problemi fondamentali trattati con il metodo comparatistico)*, Milano, 1955.

GRASSETTI, *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, Milano, 1936.

GRAZIANI, *Le promesse unilaterali*, in *Trattato dir. priv.* diretto da RESCIGNO, Torino, 1999, 664 ss.

GRISI, *L'autonomia privata*, Milano, 1999.

INZITARI, *Sponsorizzazione*, in *Contr. impr.*, 1985, 248 ss.

IRRORA, *I prestiti dei soci alla società. Ricostruzione del fenomeno e prospettive di qualificazione e disciplina*, Padova, 1992.

IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.

IRTI, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà* in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 184 ss.

JEMOLO, *Lo spirito di liberalità (riflessioni su una nozione istituzionale)*, in *Scritti in memoria di Filippo Vassalli*, Torino, 1960

LAZZARO, voce *Rapporto giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967.

LEMME, *Osservazioni sulla vendita con prezzo irrisorio*, in *Temi*, 1964, 367 ss.

LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 427 ss.

LIPARI, *"Spirito di liberalità" e "spirito di solidarietà"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 1 ss.

LO CASCIO, *Gruppo di imprese, direzione unitaria e responsabilità della capogruppo*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1645

LUPOI, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano, 1971

LUPOI, voce *"Trusts, Profili generali e diritto straniero"*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1995.

LUPOI, *Trusts*, Milano, 1997.

LUPOI, *I trust nel diritto civile*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da SACCO, Torino, 2003.

MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2001,

MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, in *Contr. impr.*, 1986, 909 ss.

MANZINI, *Spirito di liberalità e controllo giudiziario sull'esistenza della causa donandi*, in *Contr. impr.*, 1989, 409 ss.

MARICONDA, *Trasferimenti atipici e nullità per mancanza di causa*, in *Corr. giur.*, 1993, 174 ss.

MARICONDA, *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*, in *Corr. giur.*, 2004, 76 ss.

MASTROPAOLO, *Deposito*, in *Trattato dir. priv.* diretto da RESCIGNO, 12, Torino, 1985.

MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, 1 ss.

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1954.

MESSINEO, voce "Contratto", in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961.

MESSINEO, *Il contratto in generale*, Milano, 1968.

MIRABELLI, *Dialoghi in tema di liberalità*, in AA.VV., *Studi Gorla*, Milano, 1994, 1941 ss.

MONEGAT, *Brevi considerazioni a margine di due recenti provvedimenti giurisdizionali in materia di trust*, in *Riv. notariato*, 2005, II, 861.

MONTAGNANI, *Le garanzie prese sul serio: cortesia, pratiche generali interpretative e controlli nelle lettere di patronage*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1986, II, 450 ss.

MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 711 ss.

MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano, 1998.

MOROZZO DELLA ROCCA, *Promessa di fideiussione e interesse del gruppo: sulla distinzione tra atti di liberalità e attribuzioni gratuite interessate*, in *Corr. giur.*, 1999, 1149.

MOSCARINI, *I negozi giuridici a favore di terzo*, Milano, 1970.

MOSCATI, *Trapianti di organi*, in *Dizionario del Diritto Privato* a cura di IRTI, I, Milano, 1980.

NAPOLILLO, *L'efficacia transitiva delle promesse unilaterali e la categoria generale dell'art. 1333 Codice Civile*, in *Contratti*, 2003, 715 ss.

OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999.

OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947.

ORIGLIA, *Considerazioni sulla causa del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 344 ss.

PALAZZO, *I trusts in materia successoria*, in *Vita not.*, 1996, 590 ss.

PALAZZO, *I singoli contratti, 2, Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. a cura di SACCO*, Milano, 2000.

PALAZZO, *Le donazioni*, Milano, 2000.

PALAZZO, *Promesse gratuite ed affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 181 ss.

PALAZZO, *Autonomia privata e trust protettivi*, in *T&AF*, 2003, 192 ss.

PANUCCIO, voce “*Cortesia (prestazioni di)*”, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988.

PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972.

PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 565 ss.

PICCININI, *Sponsorizzazione, tra onerosità e gratuità*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, 790 ss.

PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, Napoli, 2000.

PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Padova, 1963.

POTHIER, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro civile*, trad. italiana a cura del sig. BERNABEI, Napoli, 1842.

PROPERSI – ROSSI, *La sponsorizzazione*, Milano, 1988.

PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici, in Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica*, Milano, 1951

QUADRI E., *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1998.

QUADRI E., *Problemi di diritto privato*, Napoli, 2002.

QUADRI E., *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Famiglia*, 2005, 1 ss.

QUADRI R., *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004.

RANOUIL, *L'autonomia de la volonté*, Parigi, 1980.

RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, Milano, 1966.

RESCIGNO₂, voce “*Contratto*”, in *Enc. dir.*, IX, Milano.

ROMANO, *Autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc.*, VI, 1956, 803 ss.

ROMANO, *L'accordo fiduciario e il problema della sua rilevanza*, in *Econ. e cred.*, 1967, 280 ss.

ROSSI F., *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, Napoli, 2004.

ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001.

SACCO, *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, II, Padova, 1965, 953 ss .

SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* a cura di VASSALLI, VI, Torino, 1975.

SACCO, *Conclusioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, 710.

SACCO, voce “*Autonomia nel diritto*”, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987.

SACCO, *Attuazione di fatto di un regime patrimoniale diverso da quello corrispondente a diritto* in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1989.

SACCO – DE NOVA, *I contratti*, I, in SACCO, *Trattato di Diritto Civile*, Torino, 1993.

SACCO, *Recensione a Antonio Palazzo*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 545 ss.

SANTINI, *Della compravendita con prezzo a carico del venditore e di altri scambi anomali con natura di servizi*, in *Contr. impr.*, 1987, 416 ss.

SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966.

SAPELLI, *Perché esistono le imprese e come sono fatte*, Milano, 1999.

SCALFI, *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, Milano-Varese, 1962.

SCHLESINGER, *Una "novella" per il Trust*, in *Notariato*, 2001, 337 ss.

SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 540 ss.

SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, Milano, 1966.

SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969.

SCOZZAFAVA, *La qualificazione di onerosità o gratuità del titolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, 68.

SESTA, *Contratto a favore di terzo e trasferimento dei diritti reali*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1993, 950 ss.

SEVERINI, *Il patronage tra la promessa unilaterale atipica e la promessa di fatto del terzo*, in *Dir. fall.*, 1991, 41 ss.

SICCHIERO, *Osservazioni sul contratto gratuito atipico*, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 945 ss.

SINESIO, *Separazione di fatto e accordi tra coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 808 ss.

SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 745 ss.

SPADA, *Reintegrazione del capitale reale senza operare sul nominale*, in *Giur. comm.*, 1978, I, 48 ss.

SPALLAROSSA, *Trust e soggetti deboli*, in *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, a cura di DOGLIOTTI-BRAUN, Milano, 2003.

STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961

TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954.

TANTINI, *I versamenti in conto di capitale tra conferimenti e prestiti*, Milano, 1990.

TILOCCA, *Onerosità e gratuità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 53 ss.

TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da CICU – MESSINEO, Milano, 1956.

TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2001.

VERDE, *Il contratto di sponsorizzazione*, Napoli, 1989.

VILLANI, *Brevi note sulla distinzione tra donazione e negozio gratuito*, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, 2019 ss.

VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 403 ss.

ZENO ZENCOVICH, *I contratti di informatica e telecomunicazioni*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di ALPA e PATTI, II, Milano, 1997.

ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1319 ss.

.