

## PARTE II • GLI ELEMENTI DEL CONTRATTO

SEZIONE I  
LA CAUSA

- **SOMMARIO:** 1. Elementi essenziali ed elementi accidentali del negozio. – 2. La causa. – 3. Negozio astratto. – 4. I motivi. – 5. La presupposizione. – 6. Negozio in frode alla legge.

**1. Elementi essenziali ed elementi accidentali del negozio.**

L'art. 1325 c.c. individua gli elementi essenziali del contratto. L'essentialità di tali elementi è sottolineata dall'art. 1418 c.c., che, tra le varie cause di nullità del contratto, annovera la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 c.c. Gli elementi essenziali del contratto (*essentialia negotii*) sono: l'accordo delle parti; la causa; l'oggetto; la forma, quando è richiesta dalla legge a pena di nullità.

Accanto a tali elementi, l'autonomia negoziale può inserire nel regolamento contrattuale una serie di altri elementi, comunemente detti **accidentali** (*accidentalialia negotii*). Tali elementi, non essenziali per la configurazione di un valido contratto ai sensi dell'art. 1325 c.c., costituiscono esplicazione del potere, riconosciuto alla volontà contrattuale, di plasmare il contenuto e la struttura del contratto in modo da renderlo più confacente agli obiettivi concreti delle parti.

Come sottolineato da autorevole dottrina, occorre che la non essentialità di tali elementi sia correttamente intesa: essi non sono necessari in astratto, con riferimento allo schema contrattuale tipico previsto dall'ordinamento, ma lo diventano in concreto, con riferimento all'effettiva volontà delle parti che si esprime nel singolo accordo contrattuale.

I principali elementi accessori del contratto sono il **termine**, la **condizione** e il c.d. *modus* o onere.

**2. La causa.**

La causa costituisce elemento essenziale del contratto, di ogni contratto, tipico e atipico. Ogni spostamento patrimoniale deve essere sorretto da una valida giustificazione causale (c.d. principio causalistico).

La causa, dunque, costituisce il fondamento dell'autonomia negoziale delle parti, ma al contempo assolve anche la funzione di criterio di interpretazione e di qualificazione del contratto, oltre che di strumento di valutazione dell'impatto che circostanze sopravvenute (inadempimento, eccessiva onerosità sopravvenuta e impossibilità sopravvenuta) possono avere sullo stesso contratto.

Il codice civile non fornisce alcuna **definizione** della causa del contratto, intorno alla quale, nel silenzio normativo, sono state elaborate tre teorie: una **oggettiva**, una **soggettiva** e una c.d. della **causa in concreto**.

- Secondo la **teoria oggettiva** (BETTI) la causa si identifica con la **funzione economico-sociale** del contratto. Ogni tipo di contratto, infatti, ha la funzione di disciplinare situazioni ricorrenti nella pratica sociale e commerciale: lo scambio di beni contro denaro, lo svolgimento di un'attività economica in comune, l'assicurazione contro un

rischio, ecc.

La causa del contratto si risolve nella funzione, socialmente apprezzabile e ricorrente, che quel tipo di contratto è chiamato a svolgere ogni qualvolta si presenti la situazione tipica.

- La **teoria soggettiva** identifica la causa del contratto con le motivazioni per cui le parti assumono il vincolo contrattuale.

La principale critica mossa a questa teoria è quella di sovrapporre la causa del contratto con i motivi personali, normalmente irrilevanti (art. 1345 c.c.).

- La **teoria dello scopo pratico** o della **funzione concreta** del contratto (BIANCA) nasce come tentativo di superare i limiti delle due precedenti teorie, cercando in qualche modo una sintesi fra i rispettivi elementi caratterizzanti.

Tale teoria, accolta di recente dalla Corte di Cassazione (sentenza 8 maggio 2006, n. 10490), definendo la causa come funzione economico-individuale del contratto, riconduce la funzione economico-sociale, propria di tutti i contratti di uno stesso tipo, alla concretezza del singolo contratto e alla funzione realmente perseguita dalle parti nella singola fattispecie contrattuale. In tal modo la **funzione** da apprezzare è quella che le **parti intendono concretamente realizzare** ricorrendo o ad uno schema tipo, delineato dall'ordinamento, o ad uno schema originale, elaborato dalle stesse per il caso concreto. Tale teoria consente di **differenziare la causa dal tipo legale**. La causa, infatti, è un concetto dinamico, attinente alla realizzazione degli interessi delle parti, eventualmente anche attraverso il ricorso ad uno schema tipico. Il tipo, invece, è un concetto statico che descrive la struttura di certe tipologie contrattuali, individuate dal legislatore perché particolarmente ricorrenti nella prassi.

La conseguenza più immediata della differenziazione concettuale fra causa e tipo è che il **controllo sulla causa** non deve essere effettuato solo per i contratti atipici, ma anche per quelli tipici. Se la causa è l'interesse economico-sociale concretamente perseguito dalle parti, **l'uso di uno schema tipico non garantisce la rilevanza dell'interesse perseguito**, ma richiede di volta in volta una valutazione concreta.

Pertanto, sulla causa del contratto devono essere effettuati almeno tre tipi di controllo: il controllo sulla meritevolezza giuridica dell'interesse perseguito dalle parti, il controllo circa l'esistenza della causa in concreto e, infine, il controllo sulla liceità della causa. Il primo controllo rileva per i contratti atipici, mentre per quelli tipici può essere tralasciato, posto che la meritevolezza astratta è normalmente implicita nell'individuazione e nella disciplina del tipo da parte del legislatore.

Una particolare categoria di contratti atipici è quella del **contratto misto** che nasce dalla fusione di elementi propri di tipi contrattuali diversi, utilizzati per la realizzazione di una causa unica. Secondo la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza prevalente al contratto misto si applica la disciplina del contratto la cui funzione è in concreto prevalente (teoria dell'assorbimento). In senso critico taluni ritengono preferibile l'applicazione della teoria della combinazione.

Il **negozio complesso** ha in comune con il precedente l'unità della causa, ma se ne differenzia perché gli elementi di cui è formato, considerati singolarmente, non rappresentano segmenti negoziali, ma costituiscono essi stessi contratti autonomi.

Il **contratto collegato**, invece, si distingue da entrambe le precedenti figure per la presenza di una pluralità di cause tipiche, corrispondenti ai singoli contratti collegati, che mantengono la propria autonoma funzione, pur nel quadro di una interdipendenza funzionale.

L'art. 1418, comma 2, c.c. sanziona la **mancanza della causa** (quale elemento essenziale

del contratto) con la nullità del contratto.

Le ipotesi di mancanza della causa possono essere distinte in **mancanza totale, parziale, genetica e sopravvenuta**.

La **mancanza parziale** viene individuata nei contratti a prestazioni corrispettive e consiste in una **sproporzione fra le prestazioni** delle parti in grado di compromettere l'equilibrio sinallagmatico del contratto. Tale sproporzione è normalmente individuata nei presupposti che rendono il contratto rescindibile secondo la disciplina dettata dagli artt. 1447 e 1448 c.c.

- La **mancanza genetica** della causa è originaria, cioè sussiste fin dal momento di conclusione del contratto e rende nullo il contratto;
- la **mancanza sopravvenuta** sorge per effetto di vicende successive, che determinano il venir meno l'originaria giustificazione causale del contratto giustificano la domanda di risoluzione.

La causa costituisce elemento essenziale non solo nella fase di formazione del contratto (c.d. genetica), ma anche nella successiva fase di attuazione del rapporto (c.d. funzionale). Il **"sopravvenuto difetto dell'elemento funzionale"** del contratto e la questione dell'impatto che esso produce sull'efficacia del contratto sono stati recentemente sottoposti all'attenzione della Cassazione (Cass., sez. III, 24 luglio 2007, n. 16315) in un vicenda relativa ad un contratto di viaggio vacanza c.d. "tutto compreso" (al riguardo, si rinvia alla trattazione svolta in relazione all'impossibilità sopravvenuta della prestazione).

Per espressa previsione dell'art. 1418, comma 2, c.c. il contratto è nullo quando la **causa è illecita**. Ai sensi dell'art. 1343 c.c., la causa è illecita quando è **contraria a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume**.

**Norme imperative** sono le norme non derogabili dalla volontà negoziale privata perché finalizzate a tutelare interessi di rilievo pubblico o generale.

Si discute sull'individuazione dei criteri che consentono di qualificare una norma come imperativa.

Secondo un orientamento dottrinale, una norma si configura come imperativa in relazione al suo contenuto precettivo, quando cioè pone un comando o un divieto in contrapposizione alle norme ordinarie o di configurazione. Un diverso orientamento ritiene che imperatività sia sinonimo di inderogabilità, e che le norme inderogabili si differenziano dalle norme dispositive.

La causa è illecita anche se contraria all'**ordine pubblico**, cioè a principi giuridici fondamentali posti alla base dell'ordinamento giuridico nazionale e deducibili dall'assetto costituzionale.

La previsione della illiceità della causa per contrarietà all'ordine pubblico (e anche al buon costume) consente di valutare se l'operazione realizzata con il contratto si ponga in conflitto con i fondamentali valori di natura sociale, etica ed economica di cui è portatore l'ordinamento giuridico statale. I limiti così individuati costituiscono dei parametri di valutazione che, in quanto formulati in termini elastici, possono essere applicati ad una serie aperta di situazioni, non identificate preventivamente.

Infine, la causa è illecita se contraria al **buon costume**.

Da tempo la giurisprudenza ha superato la concezione tradizionale che assumeva il buon costume come limitato ai principi della libertà sessuale e dell'invulnerabilità del sentimento del pudore. La nozione è ora estesa sino a ricomprendere il "complesso dei principi etici costituenti la morale sociale", che sono quei principi cui la generalità delle persone corrette, di buona fede e di sani principi uniforma il proprio comportamento in un

determinato contesto storico-ambientale.

La conseguenza dell'illiceità della causa, come detto, è la nullità del contratto, che determina l'incapacità originaria del negozio di produrre effetti giuridici e, conseguentemente, il diritto alla ripetizione delle prestazioni eventualmente già eseguite. A questa regola fanno eccezione le prestazioni eseguite per uno scopo contrario al buon costume, le quali, secondo la previsione dell'art. 2035 c.c., sono irripetibili.

### 3. Negozio astratto.

Con l'espressione "negozio astratto" si indica il negozio privo di causa o, per meglio dire, si individuano quei fenomeni negoziali caratterizzati da una scissione dalla causa e, dunque, in grado di produrre effetti a prescindere dalla presenza o meno di una giustificazione causale.

Data l'operatività del principio di causalità, è molto discussa la configurabilità nel nostro ordinamento giuridico di una categoria di negozi astratti.

Secondo l'interpretazione dominante, nel nostro ordinamento giuridico non è configurabile un'astrattezza piena o assoluta dalla causa - e, pertanto, un negozio del tutto privo di giustificazione causale deve ritenersi nullo - essendo, invece, ammissibile un'astrattezza solo processuale, operante esclusivamente sul piano della prova, oppure un'astrattezza c.d. relativa, caratterizzata da un'eccezionale "separazione dei negozi dalla loro causa". Tali negozi si considerano pur sempre causali poiché l'esistenza della causa è rilevante, non in fase di produzione degli effetti, quanto piuttosto in fase di conservazione degli stessi. È il caso, ad esempio, dei titoli di credito, che legittimano il possessore a chiedere e ottenere l'adempimento, ma non escludono che l'assenza della causa dell'attribuzione possa essere fatta valere nei confronti dei soggetti legati da un rapporto extracartolare.

In due ipotesi, espressamente disciplinate dalla legge, si assiste ad una astrazione dalla causa avente natura meramente processuale. Si tratta della promessa di pagamento e della ricognizione del debito, disciplinate dall'art. 1988 c.c.

Non si verifica un fenomeno di astrazione causale laddove la causa esiste ma è esterna al contratto.

### 4. I motivi.

A differenza della causa, il motivo del contratto è soggettivo e attiene alle ragioni particolari per le quali le parti si sono determinate a contrarre.

La distinzione fra causa e motivo è rilevante per la stessa validità del contratto.

L'art. 1325 c.c. individua quale elemento essenziale del contratto la sola causa, mentre i motivi sono normalmente irrilevanti a meno che non abbiano influito sulla volontà negoziale "fuorviandola", come nel caso dei motivi illeciti comuni ad entrambe le parti del contratto o ai motivi erronei o illeciti nei negozi gratuiti (donazione e testamento).

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418, comma 2, e 1325 c.c. il motivo illecito rende nullo il contratto quando sia esclusivo, cioè determinante il consenso alla stipulazione negoziale e comune, cioè tale da muovere la volontà di entrambe le parti. Pertanto, non è causa di nullità il motivo illecito quando una parte sia spinta da più motivi, anche uno soltanto divergente, ovvero il motivo che fa capo ad una soltanto delle parti, quand'anche l'altra ne sia a conoscenza, diversamente è a dirsi nel caso in cui

anch'essa ne tragga un vantaggio, perché in questo caso entrambe le parti hanno interesse alla sua realizzazione.

Altro meccanismo che consente eccezionalmente di dare rilievo ai motivi è l'inserimento degli stessi fra le condizioni del contratto, anche implicitamente, come avviene, secondo un orientamento dottrinale, in caso di presupposizione.

### 5. La presupposizione.

La presupposizione si configura come una circostanza esterna che, senza essere prevista quale condizione del contratto, ne costituisce un presupposto oggettivo.

Ricorre la presupposizione quando una determinata situazione, di fatto o di diritto, passata, presente o futura, di carattere obiettivo - la cui esistenza, cessazione e verifica è del tutto indipendente dall'attività o dalla volontà dei contraenti e non costituisce oggetto di una loro specifica obbligazione - debba ritenersi, pure in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, essere stata 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.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, la presupposizione si caratterizza per la ricorrenza di tre requisiti:

1. la comune consapevolezza delle parti;
2. la certezza;
3. l'oggettività dell'evento.

Il primo requisito richiede che l'evento presupposto, per quanto non indicato espressamente nel contratto, sia considerato da tutte le parti del contratto come presupposto essenziale dello stesso.

Il secondo requisito attiene alla certezza dell'evento, che, in forza del terzo requisito, deve essere oggettivo, nel senso che la sua realizzazione deve dipendere da circostanze obiettive, estranee alla volontà delle parti, con la conseguenza che la mancata realizzazione dello stesso non può imputarsi all'inadempimento di una delle parti.

La funzione precipua della presupposizione è quella di soddisfare un'esigenza di giustizia sostanziale, eliminando la forza vincolante dell'impegno contrattuale ogni qualvolta tale vincolo risulti non più rispondente all'assetto inizialmente voluto dalle parti a causa dell'operare di eventi oggettivi.

La presupposizione attiene alla funzione concreta che le parti intendono realizzare con il contratto e che la mancanza dell'evento presupposto rende irrealizzabile, con la conseguenza che la sua mancata realizzazione frustra inesorabilmente la causa del contratto, rendendolo incapace di adempiere alla sua funzione.

Si è sviluppato, in seno alla giurisprudenza di legittimità, un orientamento di segno contrario che riconosce alla presupposizione autonomo rilievo di categoria unificante, assumendo specifico significato nell'ambito delle circostanze giuridicamente influenti sul contratto tra cui rientrano quei fatti e quelle circostanze che, pur non attenendo alla causa del contratto o al contenuto della prestazione, assumono (per entrambe le parti ovvero per una sola di esse, ma con relativo riconoscimento da parte dell'altra) un'importanza determinante ai fini della conservazione del vincolo contrattuale.

Secondo tale orientamento, è possibile ricorrere alla figura della presupposizione solo qualora non sia possibile inquadrare diversamente, fra gli elementi essenziali o

accidentali del contratto, i fatti che ad essa si riferiscano.

Una questione strettamente legata all'inquadramento sistematico della presupposizione attiene all'individuazione della **disciplina applicabile al contratto in caso di mancata realizzazione dell'evento presupposto**.

- Una prima soluzione prospettabile è quella di applicare alla presupposizione la medesima **disciplina della condizione**, a cui la stessa presupposizione è stata da taluni accostata sul piano strutturale.
- Una diverso orientamento ritiene applicabile la **disciplina della risoluzione per impossibilità sopravvenuta** (art. 1463 ss. c.c.), che consentirebbe di tenere conto degli effetti prodotti sul rapporto in essere da parte di vicende sopravvenute in grado di determinarne lo scioglimento.
- Un'ulteriore tesi fa leva sul rimedio della **risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta** (art. 1467 c.c.). Da una parte, infatti, la sopravvenuta eccessiva onerosità non si ricollega ad una impossibilità della prestazione, ma soltanto ad un mutamento della situazione fattuale tale da incidere sull'equilibrio contrattuale originario fissato dalle parti. Inoltre, sul piano prettamente disciplinare, la risoluzione non si realizza automaticamente, ma consente alle parti di valutare la possibilità di mantenere in vita il contratto, optando per il riequilibrio contrattuale.
- In contrasto con la descritta ricostruzione, la Cassazione (sentenza del 25 maggio 2007, n. 12235) ha recentemente escluso la percorribilità del rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, facendo ricorso alla tradizionale distinzione fra **presupposti specifici** e **presupposti generali** del contratto. Secondo la Cassazione, la presupposizione opera sui primi, in caso di alterazione della specifica situazione presa in considerazione dalle parti al momento della conclusione del contratto, mentre il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta opera in caso di alterazione dei presupposti generali, cioè del contesto socio-economico in cui operano i contraenti. Per la Cassazione, pertanto, l'unico rimedio esperibile in caso di alterazione dei presupposti specifici fissati implicitamente dalle parti al momento della stipula è costituito dal **recesso** del contraente interessato.

## 6. Negozio in frode alla legge.

Si ha frode alla legge quando le parti utilizzano un determinato **contratto**, in sé **lecito**, per realizzare un risultato vietato attraverso la combinazione di tale contratto con altri atti giuridici.

Con il negozio in frode alla legge si attua un'operazione economica complessa, caratterizzata dal modo con cui vengono collegati i negozi, ovvero dal modo con cui le parti costruiscono il regolamento contrattuale sul piano del contenuto.

L'art. 1344 c.c. utilizza l'espressione "*eludere l'applicazione di una norma imperativa*" per indicare il meccanismo indiretto con cui si persegue lo scopo vietato: si pongono in essere atti di per sé leciti e produttivi di effetti previsti e tutelati dall'ordinamento giuridico per realizzare concretamente un assetto di interessi che si pone in contrasto con la legge (SANTORO PASSARELLI).

Si discute sull'individuazione delle **caratteristiche identificative** del negozio in frode alla legge.

- Secondo la **teoria oggettiva**, la frode si configura allorché il contratto persegua, mediante patti aggiunti ovvero procedimenti indiretti od obliqui, lo stesso risultato

vietato da una norma imperativa.

Tale teoria postula una distinzione tra **norme materiali** e **norme formali**.

Le prime vietano il raggiungimento di un risultato con determinati mezzi, lasciando libere le parti di raggiungerlo con mezzi alternativi. In relazione a tali norme, pertanto, la frode è logicamente inconfigurabile.

Le norme formali, invece, vietano il raggiungimento di un risultato con qualsiasi mezzo e non solo mediante il comportamento espressamente stigmatizzato dalla norma. In relazione a tali norme la frode è configurabile, allorché i contraenti ottengano il medesimo risultato vietato dalla norma attraverso un percorso diverso da quello testualmente proibito, dando origine a un atto formalmente rispettoso della legge, ma contrario al suo spirito.

- La **teoria soggettiva**, invece, individua due requisiti in base ai quali decretare la sussistenza di un negozio in frode alla legge: un requisito **oggettivo**, consistente nel perseguimento non della stessa finalità vietata dalla norma, bensì di una finalità analoga o equivalente rispetto a quella espressamente stigmatizzata; un requisito **soggettivo**, consistente nel c.d. "intento fraudolento", ossia nella volontà dei contraenti di frodare la legge.

Il ruolo dell'art. 1344 c.c. è stato notevolmente "depotenziato" dalla c.d. teoria della causa in concreto, secondo cui anche i contratti tipici - e non solo quelli atipici - possono avere causa illecita o possono essere carenti di causa. Secondo tale teoria, dunque, il contratto tipico con causa illecita non sarebbe riconducibile nell'ambito della frode alla legge, ma nell'alveo della causa illecita, prevista dall'art. 1343 c.c.

Tuttavia, non tutti gli autori che aderiscono alle diverse teorie sulla causa in concreto giungono a negare autonoma esistenza alla figura del negozio in frode alla legge, ritenendo alcuni che essa si caratterizzi rispetto al contratto direttamente violativo della legge per le modalità indirette di violazione della disposizione normativa, ossia attraverso l'utilizzo di un negozio indiretto o di più negozi collegati (c.d. procedimento indiretto).

SEZIONE II  
L'OGGETTO DEL CONTRATTO

■ **SOMMARIO:** 1. L'oggetto del contratto. – 2. Il contratto di cosa futura. – 3. L'arbitraggio.

### 1. L'oggetto del contratto.

L'art. 1325, n. 3, c.c., senza fornirne una definizione, include l'oggetto tra gli elementi essenziali del contratto (art. 1325, n. 3, cc.).

L'assenza di una definizione normativa ha generato l'elaborazione di diverse tesi sulla nozione di oggetto del contratto, ravvisato ora nel bene che forma oggetto del regolamento contrattuale, ora nella prestazione, ora nel contenuto del contratto.

L'art. 1346 c.c. stabilisce che l'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile.

Tale disposizione va coordinata con l'art. 1418c.c., che sanziona con la nullità la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346 cc..

Il requisito della possibilità dell'oggetto va inteso in senso materiale (o fisico) e giuridico. L'oggetto è materialmente impossibile quando le parti non riescono ad assolvere, anche attraverso uno sforzo di diligenza superiore alla media, l'impegno derivante dalla regola contrattuale; l'impossibilità materiale si verifica anche quando il contratto ha per oggetto cose non esistenti in natura o attività materialmente irrealizzabili.

L'impossibilità giuridica si configura, invece, quando l'oggetto del contratto consiste in beni o comportamenti rispetto ai quali l'ordinamento non consente la costituzione di rapporti giuridici. La possibilità dell'oggetto va valutata nel momento della produzione degli effetti del contratto.

L'oggetto del contratto è illecito quando è contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume (v. *supra* in relazione alla causa del contratto).

Per la valutazione della liceità dell'oggetto – diversamente da quanto osservato con riferimento alla valutazione della possibilità – deve aversi riguardo al momento della conclusione del contratto e alla legge in quel momento vigente. Un'eventuale questione di illiceità sopravvenuta sarebbe risolta in base ai normali criteri di successione di leggi nel tempo.

Il requisito della determinatezza o determinabilità esprime un'esigenza di concretezza dell'atto contrattuale: è necessario, infatti, che le parti conoscano, nelle sue linee fondamentali, l'impegno che assumono.

L'oggetto è determinato quando, sebbene non indicato con estrema precisione, risulti chiara e univoca la volontà delle parti anche mediante il ricorso a regole interpretative. L'oggetto, invece, si ritiene determinabile quando lo stesso risulti tale mediante il ricorso a criteri legali o convenzionali, tra cui l'indicazione *per relationem*, con riferimento a fattori esterni cui le parti espressamente rimandano.

### 2. Il contratto di cosa futura.

Può essere dedotta in contratto anche la prestazione di cose future, salvi i particolari divieti stabiliti dalla legge (art. 1348 cc.).

La previsione della possibilità per i contraenti di negoziare in ordine a beni futuri, (salva la previsione legislativa di espressi divieti, come quelli di cui agli artt. 458 e 771 c.c.) rientra nel quadro del riconoscimento da parte del legislatore della più ampia e articolata autonomia privata.

Nell'ambito dei beni futuri si distingue tra **beni soggettivamente futuri** e **beni oggettivamente futuri**: i primi indicano le *res* esistenti *in rerum natura* ma non facenti parte del patrimonio del disponente e che tuttavia si prevede che in seguito possano appartenere; i secondi sono quelli che non esistono nel patrimonio né del disponente né di altra persona, ma di cui si prevede la futura esistenza *in rerum natura*. Solo rispetto a quest'ultima tipologia di beni futuri rileva l'art. 1348 c.c., dal momento che le cose soggettivamente future, in realtà, sono cose esistenti ma appartenenti ad un terzo, in relazione alle quali il legislatore predispone un'apposita disciplina.

Il negozio avente ad oggetto un bene futuro è **efficace dal momento della sua stipula**, con la sola peculiarità di impegnare la parte ad adoperarsi al fine di procurare la venuta ad esistenza della cosa. Se ciò non avviene, non si producono le conseguenze della nullità, bensì quelle dell'inadempimento contrattuale.

Le ipotesi di contratto di cosa futura più ricorrenti nella prassi hanno ad oggetto la permuta di cosa presente con cosa futura, attraverso la quale si trasferisce la proprietà di un'area da parte del proprietario contro il diritto di ottenere il trasferimento della proprietà dell'immobile che verrà costruita sull'area stessa.

### 3. L'arbitraggio.

L'art. 1349 cc. consente alle parti di deferire a un terzo la determinazione dell'oggetto del contratto (c.d. arbitraggio).

L'arbitraggio si distingue sia dall'**arbitrato**, sia dalla **perizia contrattuale**.

L'arbitrato si configura come composizione di una lite e non come integrazione del contenuto negoziale e, pertanto, assume una connotazione tipicamente processualistica. La perizia contrattuale, pur costituendo fonte di integrazione del contratto, si distingue dall'arbitraggio perché l'arbitro-perito non deve ispirarsi alla ricerca di un equilibrio economico secondo un criterio di equità mercantile, ma deve attenersi a norme tecniche, ai criteri tecno-scientifici propri della scienza, arte tecnica o disciplina nel cui ambito si iscrive la valutazione che è stato incaricato di compiere.

La disciplina dell'arbitraggio varia a seconda che le parti si siano rimesse all'**equo apprezzamento** (che si presume *juris tantum* in assenza di contrario accordo) o al **mero arbitrio del terzo**, in ragione della diversità dei poteri attribuiti all'arbitratore.

Nell'ipotesi di **mero arbitrio**, la valutazione viene affidata alla **libera discrezione dell'arbitratore**, che utilizza le proprie capacità cognitive, secondo i criteri ritenuti più opportuni.

In caso di **"equo apprezzamento"**, invece, la determinazione del terzo è vincolata a criteri tecnici di comune accezione, considerando tutte le circostanze di specie, note o conoscibili secondo la comune diligenza. L'equo apprezzamento si risolve in valutazioni che, pur ammettendo un certo margine di soggettività, sono ancorate a **criteri obiettivi**, desumibili dal settore economico nel quale il contratto incompleto si iscrive, in quanto tali suscettibili di dare luogo ad un **controllo in sede giudiziale** circa la loro applicazione.

Sia in caso di equo apprezzamento, sia in caso di mero arbitrio, la **valutazione del terzo deve essere obiettiva e indipendente**.

La determinazione del terzo effettuata sulla base dell'equo apprezzamento può essere impugnata, se manifestamente iniqua o erronea, davanti al giudice, il quale se rinviene il vizio o nell'ipotesi in cui la stessa manchi, provvede egli stesso ad operarla.

La determinazione fondata sul mero arbitrio del terzo può essere impugnata solo in caso di mala fede. Se la stessa manca, il contratto è nullo, a meno che le parti si accordino per sostituirlo.

### SEZIONE III LA FORMA DEL CONTRATTO

■ **SOMMARIO:** 1. La forma del contratto.

#### 1. La forma del contratto.

Tutti gli atti aventi rilevanza giuridica necessitano di una forma, di una modalità di estrinsecazione che li "riveli al mondo delle relazioni sociali e giuridiche".

La forma del contratto è il mezzo attraverso il quale le parti manifestano all'esterno il loro consenso.

##### A) Il principio della libertà di forma

Ai sensi dell'art. 1325 c.c., la forma costituisce uno degli elementi essenziali del contratto quando richiesta dalla legge a pena di nullità. In tutti gli altri casi, vige il **principio della libertà di forma**: il consenso delle parti può essere manifestato con qualsiasi mezzo in grado di essere apprezzato, da un punto di vista sociale, come accordo.

In forza di tale principio, un negozio può essere validamente stipulato in **forma espressa** oppure attraverso **fatti concludenti** (*per facta concludentia*), cioè attraverso comportamenti che fanno intendere in modo univoco la volontà (tacita) di porre in essere un determinato negozio giuridico.

Il fondamento positivo del principio di libertà delle forme risiede nella previsione di cui agli artt. 1325 c.c. - che individua la forma quale requisito essenziale del contratto solo quando è prescritta dalla legge a pena di nullità - e 1350 c.c., che individua gli specifici atti che devono stipularsi per iscritto.

Corollario del suddetto principio è il divieto di estensione analogica degli obblighi di forma (art. 14 delle preleggi).

##### B) La forma richiesta dalla legge

I contratti per la cui stipulazione è richiesta dalla legge una forma specifica sono detti "formali".

- Per alcuni negozi la legge richiede la **forma solenne** dell'atto pubblico, redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato (art. 2699 c.c.).
- L'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, delle dichiarazioni raccolte, della provenienza di tali dichiarazioni dalle persone identificate e di tutto quanto il pubblico ufficiale attesta essere avvenuto in sua presenza (art. 2700 c.c.).
- La scrittura privata, invece, fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta.

Si discute se anche per i negozi formali possa valere la regola generale che consente alle parti di rinviare per la determinazione del contenuto contrattuale a **elementi esterni** al contratto stesso (c.d. *relatio*).

Il problema non si pone nel caso in cui l'elemento richiamato sia contenuto in altro contratto formale stipulato fra le stesse parti, quanto piuttosto nei casi in cui si rinvii ad

un contratto non formale o ad un contratto stipulato da altri soggetti o persino ad un atto o ad un documento di natura non contrattuale.

La tesi prevalente è favorevole all'integrazione *de relato* dei contratti formali sulla base della regola generale secondo cui è sufficiente che la forma copra gli elementi essenziali del contratto e a patto che la clausola di rinvio sia a sua volta stipulata nella forma prescritta.

■ Nelle ipotesi in cui sia imposta dalla legge, si distingue il caso in cui la forma sia richiesta per la validità del contratto (forma *ad substantiam*) dal caso in cui sia richiesta esclusivamente ai fini della prova dello stesso (forma *ad probationem*).

1. Nel primo caso, l'onere formale è elevato a elemento costitutivo del negozio (art. 1325, n. 4, c.c.) e la mancata adozione della forma scritta per la conclusione del contratto ne importa la nullità. Se la forma è imposta per la validità del negozio, a maggior ragione essa è imposta per la sua prova, non essendo possibile provare con qualsiasi mezzo il fatto storico dell'avvenuta stipulazione di un contratto formale. L'unica deroga a tale regola è prevista nel caso di dimostrata perdita incolpevole del documento, cioè di sua distruzione o smarrimento che non sia causata da negligenza nella custodia (art. 2724, n.3, c.c.).
2. La forma richiesta *ad probationem* rappresenta, invece, un onere richiesto ai fini della prova dell'avvenuta stipulazione del contratto. In questi casi, la mancata adozione della prescritta forma non importa l'invalidità o inefficacia del contratto, ma solo limitazioni di prova in ordine all'esistenza dello stesso. Resta, peraltro, fermo che, in presenza di un contratto formale, è possibile fornirne la prova tramite una ricognizione ovvero una confessione.

#### C) Il documento informatico e la forma telematica.

Il documento informatico - secondo la definizione risalente al D.P.R. n. 513/97, adottato in attuazione della legge n. 59/97, e mantenuta anche nella legislativa successiva (D.Lgs. n. 82/05, c.d. codice dell'amministrazione digitale) - è "la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti".

- Il requisito della forma scritta può essere soddisfatto anche dal semplice documento informatico non sottoscritto, purché dotato di requisiti minimi di sicurezza e attendibilità. A norma dell'art. 20 del D.Lgs. n. 82/2005, infatti, la sua "idoneità a soddisfare il requisito della forma scritta è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità".
- I documenti sottoscritti con firma elettronica qualificata o firma digitale, invece, a norma dello stesso art. 20, soddisfano sempre e pienamente il requisito della forma scritta, purché siano formati nel rispetto di quelle regole tecniche, fissate dalla stessa normativa e in grado di assicurare l'identificazione dell'autore e l'integrità e immodificabilità del documento.
- Per quanto riguarda, invece, la prova, l'art. 21 prevede che il valore probatorio del documento informatico sottoscritto con firma semplice sia liberamente valutabile in giudizio, mentre attribuisce al documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata il valore probatorio della scrittura privata autentica o accertata giudizialmente ai sensi dell'art. 2702 c.c.

#### D) Le forme convenzionali.

L'onere della forma, oltre ad essere imposto dalla legge, può discendere dalla volontà delle parti, il cui accordo sulla forma ha natura normativa, avendo lo scopo di fissare tra le parti le regole per la stipulazione di negozi e non vincolando in alcun modo alla conclusione degli stessi, e necessita di essere stipulato in forma scritta (art. 1352 c.c.).

Il potere di statuire convenzionalmente la forma si esaurisce nella possibilità di imporre un onere formale a un negozio a forma libera, mentre è escluso che possa incidere sulle forme imperative fissate dalla legge, sottraendo all'onere formale un negozio a forma vincolata.

■ La forma convenzionale si presume pattuita *ad substantiam*, cioè ai fini della validità del contratto e non della sua prova. Si discute, tuttavia, se si tratti di una presunzione "iuris tantum" o "iuris et de iure".

Anche in relazione alla natura del vizio che affligge il contratto privo del requisito della forma convenzionale si contrappongono diversi orientamenti.

Secondo parte della dottrina, il contratto sarebbe affetto da nullità, al pari del contratto privo della forma legale *ad substantiam*.

Secondo un diverso orientamento, il difetto di forma convenzionale si sostanzia in un vizio di efficacia, non potendo la nullità discendere dall'inosservanza di una regola di origine privata.

SEZIONE IV  
GLI ELEMENTI ACCIDENTALI DEL CONTRATTO

■ **SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. La condizione. – 3. Il termine. – 4. Il *modus*.

### 1. Premessa.

La struttura del contratto si compone, oltre che di elementi essenziali, di elementi di natura accidentale, non necessari per la configurabilità in astratto di una tipologia contrattuale.

Gli elementi accidentali, ad ogni modo, confluiscono, insieme a quelli essenziali, a costituire la **volontà negoziale unitaria**, da cui origina l'accordo delle parti.

Tradizionalmente, appartengono alla categoria degli elementi accidentali del contratto la **condizione**, il **termine** e l'**onere** (*modus*).

Alcuni negozi giuridici attinenti all'ambito familiare o successorio non tollerano l'apposizione di elementi accidentali. Si tratta, in particolare e a titolo esemplificativo, del matrimonio (art. 108 c.c.), dell'accettazione e della rinuncia all'eredità (artt. 475 e 520 c.c.).

### 2. La condizione.

Con l'apposizione di una condizione al negozio giuridico le parti subordinano l'efficacia (condizione sospensiva) o la risoluzione (condizione risolutiva) a un avvenimento futuro e incerto (art. 1353 c.c.).

La condizione opera sul **piano degli effetti del contratto**, consentendo al contratto inefficace di produrli (condizione sospensiva) o impedendo al contratto efficace di continuare a produrli (condizione risolutiva).

Il contratto condizionato, dunque, è un **contratto perfetto**, i cui effetti però sono inibiti o provvisori, per volontà delle parti, durante la pendenza della condizione.

L'**avvenimento** dedotto in condizione deve essere (artt. 1353 e 1354 c.c.):

1) **incerto**: non si sa se l'evento si verificherà. È il requisito principale e vale a distinguere la condizione dal termine. Quest'ultimo, infatti, individua il momento a partire dal quale iniziano a decorrere o cessano gli effetti dell'atto, ma non implica alcuna incertezza circa l'*an* della sua realizzazione.

2) **futuro**: l'evento non si è ancora realizzato al momento della conclusione del contratto.

3) **lecito**: non contrario alle norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, analogamente a quanto previsto dall'art. 1343 c.c. per la causa del contratto.

Le conseguenze che derivano dall'apposizione di una **condizione illecita** sono diverse a seconda che la stessa venga apposta ad un negozio *inter vivos* (art. 1354 c.c.) o ad un negozio *mortis causa* (art. 634 c.c.). Nel primo caso, la condizione illecita è nulla e rende nullo l'intero negozio (*vitiatur et vitiatur*), nel secondo caso, invece, prevalgono le esigenze di tutela della volontà del *de cuius*, per cui la condizione illecita si considera come non apposta, salvo che abbia rappresentato l'unico motivo che ha determinato il testatore a disporre.

Nell'ipotesi, invece, di condizione illecita apposta ad una sola clausola del contratto e

non all'intero contratto, l'art. 1354 c.c. richiama la disciplina della nullità parziale (1419 c.c.).

4) **possibile**: la sua realizzazione deve essere giuridicamente e naturalisticamente possibile. Tale requisito è essenziale per valutare la serietà delle decisioni negoziali.

#### A) Condizione unilaterale e bilaterale

È di origine ermeneutica la distinzione tra **condizione unilaterale** e **condizione bilaterale**, fondata sull'interesse che la stessa condizione è diretta a realizzare: quella posta nell'interesse di uno solo dei contraenti è unilaterale, mentre quella posta nell'interesse di entrambi i contraenti è bilaterale.

La condizione si presume bilaterale e tale presunzione è superabile solo dalla presenza di una clausola contrattuale che sancisca espressamente la naturale unilaterale della condizione, o in presenza di un insieme concordante di elementi che possano suffragare il carattere unilaterale della stessa.

La condizione unilaterale è **rinunciabile** da parte del contraente nel cui esclusivo interesse la stessa è stata pattuita.

#### B) Condizione casuale e potestativa

Si distingue tra **condizione casuale** e **condizione potestativa**.

1. Tale distinzione si fonda sul **tipo di evento** dedotto in condizione: se si tratta di un fatto estraneo alla volontà delle parti la condizione si definisce **casuale**, se si tratta di un fatto dipendente dalla volontà di una delle parti la condizione si definisce **potestativa**; se, infine, il fatto dipende sia dalla volontà di una delle parti, sia da altri fattori estranei, la condizione viene definita **mista**.

2. La condizione **meramente potestativa**, invece, dipende dalla **mera volontà** della parte contrattuale, la quale può decidere a proprio piacimento se realizzarla o meno. Si distingue rispetto alla condizione potestativa, anch'essa rimessa alla volontà del contraente, perché la decisione di realizzare o meno la condizione meramente potestativa è rimessa al mero arbitrio dell'interessato, che **non sopporta alcun sacrificio** dalla sua realizzazione o mancata realizzazione. In sostanza la decisione fra realizzare la condizione o non realizzarla è, da un punto di vista oggettivo, indifferente per la parte, non essendo coinvolti suoi interessi apprezzabili.

La distinzione fra i due tipi di condizione rileva ai fini dell'applicazione dell'art. 1355 c.c., secondo cui è **nulla** l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata alla realizzazione di una **condizione sospensiva meramente potestativa**.

- Nel silenzio della norma, che disciplina esclusivamente la condizione sospensiva, gli interpreti si interrogano circa la validità della **condizione risolutiva meramente potestativa**.

La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritengono che la condizione risolutiva meramente potestativa sia **ammissibile**, in quanto l'art. 1355 c.c. commina la nullità solo per la condizione sospensiva meramente potestativa.

#### C) Condizione volontaria e legale

Sempre in via classificatoria, alla condizione di cui all'art. 1353 c.c. (condizione volontaria) si contrappone la c.d. **condizione legale** (*condicio iuris*) consistente nell'avvenimento futuro e incerto al quale è subordinata l'efficacia del negozio per volontà non delle parti, ma della legge.



L'individuazione della categoria della condizione legale o *condicio iuris* è frutto dell'elaborazione ermeneutica, che vi riconduce i casi in cui è la legge stessa a subordinare l'efficacia del contratto alla realizzazione di un determinato evento.

La Cassazione si è pronunciata sulla struttura della condizione legale riconoscendole "*natura di requisito essenziale o presupposto logico del negozio giuridico (rectius: requisito necessario di efficacia) del contratto*", in tal modo operando sul **piano degli effetti negoziali**, come la condizione volontaria, ma sulla base di una **valutazione di necessità legale**, che non si riscontra, invece, nella condizione volontaria, derivante unicamente dalla volontà delle parti.

**A.** Per **condizione di adempimento** si indica l'ipotesi in cui sia dedotto in condizione il fatto storico dell'adempimento o dell'inadempimento di una delle parti del contratto. In tal modo la controparte può tutelarsi dal mancato adempimento, avvantaggiandosi dell'inefficacia discendente dall'operare della condizione. Tale obiettivo può essere raggiunto subordinando l'efficacia del contratto all'adempimento (condizione sospensiva di adempimento) o subordinando la cessazione degli effetti del contratto al fatto dell'inadempimento (condizione risolutiva di inadempimento).

**B.** La **condizione di inadempimento** si configura come una **condizione a carattere potestativo e unilaterale**: subordinando l'efficacia del contratto all'adempimento di una delle prestazioni, i contraenti stanno, di fatto, rimettendo alla volontà della stessa parte la possibilità di scegliere se esercitare o meno un diritto di recesso unilaterale e poiché tale esercizio è rimesso ad una valutazione ponderata degli interessi della stessa parte, esso non costituisce una condizione meramente potestativa. Contemporaneamente, la condizione di adempimento, sia essa sospensiva che risolutiva, si presenta come una condizione unilaterale, cioè prevista nel solo interesse di una sola parte, che ha, pertanto, la possibilità di scegliere se rinunciarvi o meno.

#### **D) La pendenza della condizione**

La **fase di pendenza** della condizione è segnata dall'**incertezza** circa i futuri effetti del contratto e, pertanto, è regolata da una serie di norme la cui funzione è di **preservare le ragioni contrapposte** delle parti, in attesa che la verifica o meno dell'evento stabilisca il definitivo assetto degli interessi.

In pendenza della condizione, il **titolare del diritto pendente** può **disporre** sia giuridicamente, sia materialmente del diritto di cui è titolare, ma le sorti definitive di tali atti dispositivi sono subordinate alla realizzazione o mancata realizzazione della condizione.

Il **soggetto che diventa titolare del diritto in caso di avveramento della condizione**, invece, è titolare di una situazione giuridica di **aspettativa**, che corrisponde alla situazione di chi può acquisire un diritto a patto che si perfezioni la fattispecie giuridica necessaria per la sua acquisizione.

Le norme che regolano la fase di pendenza della condizione sono: l'art. 1356 c.c., che consente il compimento di atti conservativi, l'art. 1357 c.c., che subordina alla condizione gli atti dispositivi compiuti durante la sua pendenza, e l'art. 1358 c.c., che impone l'**obbligo di buona fede** in vista della conservazione delle ragioni della controparte.

Per quanto riguarda gli **atti conservativi**, l'art. 1356 c.c. riconosce il diritto di esercitarli al contraente che potrebbe conseguire il diritto a seguito del verificarsi della condizione e cioè all'acquirente sotto condizione sospensiva e all'alienante sotto condizione risolutiva. Lo scopo della norma è di natura cautelare.

L'art. 1357 c.c. riconosce a chi ha un diritto sottoposto a condizione la **facoltà di disporre** dello stesso, precisando che, a causa della situazione di incertezza determinata dalla condizione, gli effetti di ogni atto compiuto sono subordinati alla medesima condizione.

L'art. 1358 c.c. impone alla parte che, in pendenza della condizione, è titolare effettiva del diritto condizionato di **comportarsi secondo buona fede**, in modo da non pregiudicare le ragioni della controparte che, in caso di avveramento della condizione, succederebbe nella titolarità del diritto.

L'**obbligo di comportarsi secondo buona fede** si applica anche in pendenza di **condizioni dipendenti in tutto o in parte dalla volontà di uno dei contraenti**. La regola di buona fede "*costituisce ad un tempo criterio di valutazione e limite*" del comportamento discrezionale del contraente, impedendo che esso sconfini nell'arbitrio della condizione meramente potestativa ed approntando tutela alla parte esposta al rischio di abusi. L'obbligo di cui all'art. 1358 c.c. assume la sua massima pregnanza proprio in presenza di un potere del contraente di determinare il verificarsi della condizione, come avviene in caso di condizione potestativa o di condizione mista con riferimento alla parte non casuale della stessa. Il dovere di buona fede di cui all'art. 1358 c.c., pertanto, deve essere letto come parametro di valutazione del comportamento tenuto dalla parte da cui dipende la verifica dell'evento dedotto in condizione (Cass. S.U. 19 settembre 2005, n. 18450).

Il contratto sottoposto a una **condizione potestativa mista** è soggetto alla disciplina di cui all'art. 1358 c.c., dovendo la sussistenza dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede durante lo stato di pendenza della condizione essere riconosciuto anche per l'attività di attuazione dell'elemento potestativo della condizione mista.

In caso di **violazione** di tale precetto, il titolare della situazione di aspettativa:

- a) può esperire i **rimedi conservativi** previsti dall'ordinamento giuridico;
- b) può, qualora ne sussistano i presupposti, avvalersi della **finzione di avveramento della condizione** ex art. 1359 c.c., ottenendo che il contratto condizionato produca definitivamente effetti a suo favore;
- c) può avvalersi delle **ordinarie azioni** poste a tutela dei contraenti e, dunque, esperire l'azione di risarcimento del danno da responsabilità contrattuale e l'azione di risoluzione.

#### **E) L'avveramento della condizione**

L'**avveramento della condizione** consiste nella realizzazione dell'evento specifico dalla stessa previsto, che determina definitivamente il venir meno della situazione di incertezza circa gli effetti dell'atto condizionato.

Normalmente le parti prevedono che l'evento condizionante debba realizzarsi entro un termine stabilito, decorso il quale tale evento si considera non realizzato e le parti si sciolgono dall'impegno assunto.

- **L'art. 1359 c.c.** mira a vanificare gli effetti dell'attività scorretta di chi si adopera per impedire il verificarsi della condizione, introducendo una **finzione** e considerando, pertanto, avverata la condizione. Per opinione condivisa, per l'operatività della finzione è necessario che la parte si attivi con un comportamento attivo, in grado di ostacolare la realizzazione dell'evento, essendo normalmente irrilevante il comportamento meramente inerte.
- La finzione di avveramento si applica anche alla condizione potestativa o alla parte volontaria della condizione mista, mentre la dottrina prevalente è contraria alla sua applicazione in caso di condizione legale.
- Se la condizione non può più verificarsi, per fattori che prescindono dalla parte che aveva interesse contrario al suo avveramento, si realizza definitivamente il

mancato avveramento della condizione e la consolidazione della situazione esistente. Per cui, in caso di mancato avveramento della condizione sospensiva, il contratto rimane definitivamente privo di effetti; mentre, in caso di mancato avveramento della condizione risolutiva, il contratto diventa definitivamente efficace.

- Ai sensi dell'art. 1360 c.c. gli effetti dell'avveramento della condizione retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto, salvo che, per volontà delle parti o per la natura del rapporto, gli effetti del contratto o della risoluzione debbano essere riportati a un momento diverso.
- Il contratto sottoposto a condizione sospensiva si considera efficace fin dal momento della sua stipula e il contratto sottoposto a condizione risolutiva si considera inefficace fin dal momento della sua stipula.
- La retroattività agisce sia fra le parti, sia nei confronti dei terzi, i cui acquisti in pendenza della condizione sono anch'essi subordinati agli esiti della situazione di pendenza.
- L'art. 1360 c.c., tuttavia, contempla numerose eccezioni, consentendo alla volontà delle parti di derogare liberamente alla regola della retroattività e prevedendo al comma 2 che la retroattività della condizione risolutiva non opera rispetto alle prestazioni già eseguite nei contratti ad esecuzione continuata o periodica. Un altro limite all'operatività dell'ordinaria regola della retroattività concerne gli atti di amministrazione compiuti dalla parte cui spettava il diritto in pendenza della condizione (art. 1361 c.c., di cui si è detto *supra*).

### 3. Il termine.

Il termine del contratto è un elemento accessorio con cui le parti stabiliscono il momento a partire dal quale il contratto inizierà a produrre i suoi effetti (c.d. termine iniziale) o cesserà di produrli (c.d. termine finale).

Il termine, dunque, al pari della condizione, incide sugli effetti del contratto, segnandone il momento iniziale e quello finale. Il termine si differenzia dalla condizione per il carattere di **certezza della verifica dell'evento (l'an)**. Ciò che invece può essere incerto è il momento di verifica dell'evento (il *quando*).

Sulla base di tali criteri è possibile operare la seguente **quadripartizione**:

- a) *dies certus a net quando* (c.d. termine determinato);
- b) *dies certus an incertus quando* (termine indeterminato);
- c) *dies incertus an et certus quando* (c.d. condizione determinata);
- d) *dies incertus an et quando* (c.d. condizione indeterminata).

La condizione, essendo legata a un fatto incerto in ordine alla sua verifica, crea un'incertezza assoluta in ordine agli effetti del contratto. Il termine, invece, esclude ogni incertezza (nel caso di termine determinato) ovvero crea un'incertezza limitata al solo momento in cui l'evento si verificherà (nel caso di termine indeterminato).

Il termine, oltre che *certus an*, deve essere futuro, determinato o determinabile, lecito e possibile (vedi *supra*).

Al termine, in mancanza di una disciplina specifica, vengono estese, in quanto compatibili, gran parte delle norme dettate per la condizione.

Per quanto riguarda le conseguenze della mancanza dei requisiti, gli interpreti estendono al termine la medesima disciplina prevista per la condizione impossibile e illecita (art. 1354

c.c.): il vizio del termine iniziale rende nullo il contratto, mentre il vizio del termine finale non incide sulla validità del contratto e il termine si considera non apposto.

Per la fase di pendenza del termine trovano applicazione le disposizioni dettate per la pendenza della condizione (artt. 1356 c.c., 1357 c.c. e 1358 c.c.).

Durante la pendenza il diritto sottoposto a termine iniziale non può essere esercitato; tuttavia, qualora la controparte esegua ugualmente la prestazione, quest'ultima non può essere ripetuta (essendo comunque dovuta), salvo chiedere il rimborso del vantaggio derivante dall'aver ricevuto la prestazione anticipatamente.

Il termine di efficacia deve essere tenuto distinto dal termine di adempimento che attiene al momento esecutivo (art. 1183 c.c.).

### 4. Il *modus*.

Il *modus* è un onere che incombe sul soggetto **beneficiario di una prestazione gratuita**. Esso può consistere in una prestazione di dare, fare o non fare, da compiere a favore dello stesso soggetto beneficente o di un terzo dallo stesso indicato.

Il *modus* è disciplinato solo in materia di testamento (artt. 647 e 648 c.c.) e di donazione (artt. 793 e 794 c.c.), mentre manca una disciplina di carattere generale in ambito contrattuale.

In tale ambito, il campo di applicazione dell'onere è limitato ai negozi a titolo gratuito, atteso che nei contratti a titolo oneroso perderebbe la propria natura di onere accessorio per divenire un vero e proprio corrispettivo della prestazione ricevuta.

L'onere si configura tutte le volte in cui l'arricchito di un atto liberale – senza commistione di un elemento di onerosità – è tenuto a utilizzare ciò che ha ricevuto per compiere una data azione in favore del disponente o di un terzo. Da un punto di vista economico, dunque, l'onere riduce gli effetti dell'attribuzione patrimoniale, ma **esula da una logica di corrispettività**.

Il *modus* non incide, come la condizione e il termine, sull'efficacia del contratto, ma **determina la nascita di obbligazioni aggiuntive e accessorie** a carico del soggetto beneficiario di una prestazione gratuita. Per tale ragione il mancato adempimento dell'onere non determina automaticamente il venir meno dell'efficacia del contratto: l'inadempimento dell'obbligato, infatti, determina l'inefficacia del contratto cui accede solo se tale conseguenza sia stata espressamente prevista dal disponente e, in ogni caso, subordinatamente ad una pronuncia giudiziale di risoluzione.

L'obbligazione gravante sul beneficiario si sostanzia in una condotta (di dare, di fare o di non fare) a favore di un terzo, suscettibile di valutazione economica.

Tale obbligazione, sebbene non animata da una logica retributivo-sinallagmatica, costituisce un vero e proprio obbligo giuridico, suscettibile di pretesa giuridicamente azionabile (art. 648, comma 1, c.c., a tenore del quale "per l'adempimento dell'onere può agire qualsiasi interessato").