



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO PRIVATO E DEL
LAVORO

CICLO: XXX

LA “RIQUALIFICAZIONE” DELLE DONAZIONI AI CONFINI DEL POTERE CONFIGURATIVO

Coordinatore: Ch.ma Prof.ssa Manuela Mantovani

Supervisore: Ch.mo Prof. Giuseppe Amadio

Dottorando : Davide Lapis

INDICE

Capitolo I: Il potere configurativo: approcci tradizionali e recenti proposte ..3

1. Origine del concetto: il potere configurativo nell'ambito dell'autonomia privata procedimentale.....	3
1.1. La proposta di Salvatore Romano.....	3
1.2. Gli sviluppi successivi: dalla configurazione del procedimento di formazione del contratto alla configurazione del contratto	9
1.3. (<i>Segue</i>)..Profili critici.....	15
2. Le moderne elaborazioni in tema di potere configurativo: la '(ri)qualificazione negoziale'	17
2.1. La prima elaborazione dell'accordo configurativo avente contenuto di 'qualificazione': lo spunto di Mengoni e la tesi di Caredda. L'accordo configurativo di una liberalità non donativa	20
2.2. Il 'negozio di qualificazione' come strumento di 'modificazione' della causa: l'ipotesi della novazione del contratto	29
2.3. Il 'negozio di qualificazione' come strumento di 'modificazione' della causa: l'ipotesi della 'riqualificazione della causa'	35

Capitolo II: I limiti esterni del 'negozio di qualificazione': le differenze rispetto alle figure affini41

1. Una premessa: la 'qualificazione' come scopo pratico dei privati.....	41
1.1 Il contenuto di qualificazione.....	41
2. Distinzioni: 'negozio di qualificazione' e novazione.....	50
3. Distinzioni: 'qualificazione' e dichiarazioni ricognitive	56
3.1 La natura delle dichiarazioni ricognitive... ..	56
3.2....e la loro interferenza con la 'riqualificazione causale'	61
3.3 Il ruolo ambiguo dell' <i>expressio causae</i>	64
4. Distinzioni: 'qualificazione' e negozi modificativi.....	73

Capitolo III: I limiti interni del ‘negozio di qualificazione’: l’intento; il fondamento positivo; il rapporto tra interessi ed effetti.....87

1. Prime coordinate: il 'negozio di qualificazione' come ‘tipo’ e la sua collocazione nel rapporto tra autonomia ed ordinamento statale.....87

2. La classificazione del ‘negozio di qualificazione’ come ‘tipo’: la categoria del c.d. negozio sugli effetti giuridici97

3. Gli indici di diritto positivo109

- 3.1. Il patto di convertibilità dell’obbligazione in azione ai sensi dell’art. 2420-bis c.c. 109
 - 3.1.1. L’interpretazione della disposizione 109
 - 3.1.2. La rilevanza rispetto all’ipotizzata attività di qualificazione 116

- 3.2. La “clausola di trasferimento della proprietà vincolante per ambedue le parti” nella locazione-vendita ex art 1526, ult. comma, c.c..... 120
 - 3.2.1. L’interpretazione della disposizione 120
 - 3.2.2. Irrilevanza della recente disciplina concernente il c.d. *rent to buy* (art. 23 L. 12 settembre 2014, n. 133)..... 125
 - 3.2.3. La rilevanza rispetto all’ipotizzata attività di qualificazione 127

- 3.3. Il patto sulla forma ai sensi dell’art. 1352 c.c 129
 - 3.3.1. L’interpretazione della disposizione 129
 - 3.3.2. La rilevanza rispetto all’ipotizzata attività di qualificazione 136

- 3.4. Il regolamento convenzionale di compensazione 139
 - 3.4.1. L’interpretazione della disposizione 139
 - 3.4.2. La rilevanza rispetto all’ipotizzata attività di qualificazione 150

4. Conseguenze: quale spazio per il ‘negozio di qualificazione’?153

- 4.1. L’efficacia del ‘negozio di qualificazione’ 153
- 4.2. Rapporto tra interessi ed efficacia nel ‘negozio di qualificazione’: specificità della figura e conseguenti limiti 164
- 4.3. Implicazioni della soluzione proposta 175
- 4.4. Un chiarimento: la dinamica della 'qualificazione' successiva 177
- 4.5. Brevi cenni operativi (i soggetti, l’oggetto, gli elementi accidentali, la pubblicità-opponibilità, la dimensione temporale dell’effetto) 180

Capitolo IV: La ‘riqualificazione’ delle donazioni.....	183
1. Precisazioni preliminari	183
2. La 'riqualificazione' di condotte negoziali in generale	184
2.1. Le fattispecie e i problemi.....	184
2.2. Le possibili soluzioni	191
2.2.1. 'Qualificazione' di effetti negoziali relativi ad atti non coincidenti, sul piano soggettivo, con le parti del rapporto nascente dal ‘negozio di qualificazione’	191
2.2.2. 'Qualificazione' di effetti negoziali relativi ad atti coincidenti, sul piano soggettivo, con le parti del rapporto nascente dal ‘negozio di qualificazione’	209
2.3. Conclusioni	230
3. La 'riqualificazione' delle donazioni: le singole proposte dottrinali	232
3.1. 'Riqualificazione' di donazione immobiliare in vendita o attribuzione fiduciaria	232
3.2. 'Riqualificazione' di donazione in attribuzione <i>ex pacto</i> , ai sensi dell’art. 768 bis c.c.	233
BIBLIOGRAFIA.....	239

ESPOSIZIONE RIASSUNTIVA

Diversi interventi di dottrina e di prassi hanno recentemente portato all'attenzione degli interpreti un nuovo e particolare atteggiarsi dell'attività negoziale dei privati, definito di 'riqualificazione causale' di precedenti donazioni.

Pur nella varietà delle strutture in cui tale attività ha trovato proiezione, in ragione delle diverse ricostruzioni proposte, può senz'altro affermarsi che esso affondi le proprie radici nell'idea di un potere dei privati di definire il significato giuridico della propria condotta; quel potere che la teorica del procedimento giuridico ha definito, sin dalle sue prime elaborazioni, come potere di configurazione.

È, quindi, obiettivo dello studio concentrare l'attenzione sui presupposti e sui limiti di ammissibilità di quell'atto negoziale, oggetto di tali proposte, attraverso la cui implementazione si vuole consentire ai privati di riqualificare (per esempio, a titolo di vendita o come attribuzione interna ad un patto di famiglia) situazioni giuridiche soggettive aventi origine da un precedente negozio, già recepito dall'ordinamento nella veste di donazione, così portando alle sue più estreme applicazioni quella stessa idea di potere configurativo, in origine confinata all'interno della materia dei procedimenti di formazione del contratto.

In questa prospettiva, il lavoro prende avvio ripercorrendo l'evoluzione del concetto di accordo di configurazione, svolgendo una ricognizione delle teorie che ne hanno offerto la prima elaborazione, nel contesto dello studio del procedimento nel diritto privato, nonché delle più recenti posizioni dottrinali, che ne hanno declinato l'utilizzo nei termini di negozio configurativo della causa negoziale, al fine di individuare, in particolare, quali profili di maggiore criticità richiedano l'attenzione dell'interprete.

Ricostruito l'intento empirico alla base dell'ipotizzato 'negozio di qualificazione' come volontà di soddisfare un sopravvenuto conflitto di interessi mediante la modifica della disciplina di situazioni giuridiche preesistenti, il lavoro prosegue cercando, in primo luogo, di segnare i contorni della figura in negativo, attraverso una più precisa delimitazione dei suoi confini rispetto ad altre figure che vi sono affini o che ad essa si sovrappongono (quali in particolare il negozio novativo, la dichiarazione ricognitiva – soprattutto nella forma della c.d. *expressio causae* – e il negozio modificativo).

Successivamente, l'indagine si focalizza sugli indici di diritto positivo (quali gli artt. 1252, 1352, 1526 e 2420-bis c.c.) che, di un simile intento empirico, possano fondare un riconoscimento normativo.

Tale percorso di ricerca conduce ad affermare la legittimità di un atto negoziale che, per conseguire un determinato assetto di interessi, si limiti a modificare la

disciplina di situazioni giuridiche preesistenti, sebbene entro i limiti segnati, da un lato, dalla necessità che la disciplina corrispondente all'assetto di interessi di cui si voglia dettare la qualificazione non richieda la contestuale produzione di vicende di situazioni giuridiche, e, dall'altro, che tale disciplina si presenti compatibile con quella originariamente dettata per le situazioni giuridiche oggetto di qualificazione (ravvisandosi, diversamente, un intento diretto anche alla previa rimozione della regola incompatibile).

Alla luce di tali risultati, il lavoro si chiude con la verifica, in primo luogo, della possibilità, in generale, di applicare il modello individuato anche alla qualificazione di situazioni giuridiche nascenti da condotte negoziali, e, in secondo luogo, della correttezza, nello specifico, delle recenti proposte dottrinali in tema di riqualificazione delle donazioni.

ABSTRACT

Various doctrine and practice interventions have recently brought to the attention of the interpreters a new and particular attitude of private negotiation, called "causal re-qualification" of previous gifts.

Although in the variety of structures in which this activity has been projected, it may undoubtedly states its roots in the idea of a private power to define the juridical meaning of its conduct; that power that the doctrine of legal proceedings has defined, since its early elaboration, as "power of configuration".

It is therefore the aim of the study to focus attention on the conditions and limits of admissibility of that negotiating act, which is the subject of such proposals, through which implementation is intended to allow individuals to re-qualify rights originating from a previous deed already received as a donation (for example, by way of a sale or attribution to a family covenant), thus bringing to its most extreme applications that same idea of configuration power, originally confined within the matter of the contract formation procedures.

From this point of view, the work begins with a review of the evolution of the concept of configuration agreement, by reconsidering the theories that offered it the first processing, in the context of the study of the procedure in private law, as well as the most recent doctrinal positions, in order to identify, in particular, which most critical profiles require the attention of the interpreter.

Reconstructed the empirical intent behind the hypothesised 'qualifying agreement' as the need to meet a conflict of interest by changing the discipline of pre-existing legal situations, the work continues, seeking first to mark the contours of the figure in negative, through a more precise delimitation of its boundaries in respect of other figures that are similar or overlapping to it (such as the novation, the recognitive statement - especially in the form of the so-called *expressio causae* - and the modifying agreement).

Subsequently, the investigation focuses on positive law indices (such as articles 1252, 1352, 1526, and 2420-bis c.c.) by means of which, such an empirical purpose can be normative recognized.

Such a search path leads to the affirmation of the legitimacy of an agreement which, in order to achieve a certain set of interest, merely modifies the pre-existing legal framework, albeit within the limits laid down on the one hand by the necessity that corresponding discipline does not require the simultaneous production of specific effect, and, on the other hand, that such discipline is compatible with the one originally chosen for the legal situations subsequently being qualified.

In the light of these results, work ends with the verification, first of all, of the possibility, in general, of applying the model to qualify legal situations arising from previous agreement, and, secondly, of fairness of the recent doctrinal proposals on the subject of “causal re-qualification”

NOTE INTRODUTTIVE

L'oggetto della presente ricerca è rappresentato dall'analisi dei presupposti e dei confini delle più recenti manifestazioni di autonomia in tema di potere configurativo.

Più in particolare, come messo a fuoco dal titolo proposto (“*La riqualificazione delle donazioni*”), obiettivo precipuo dello studio è vagliare la legittimità di alcune recenti proposte interpretative, per il cui tramite, in dottrina, e nella prassi notarile, si sono prospettati nuovi rimedi per sterilizzare, o quanto meno contenere, i problemi legati alla circolazione degli immobili aventi provenienza donativa (come noto, di difficile gestione a causa del rischio che gli stessi, una volta aperta la successione, divengano oggetto delle iniziative giudiziarie dei legittimari, tese alla reintegrazione, normalmente in natura, dei diritti loro riservati sul patrimonio del *de cuius*).

Nello specifico, il concetto della ‘riqualificazione’, più volte evocato nel corso dei dibattiti specialistici (soprattutto, come ovvio, di iniziativa notarile), e solo in ultimi contributi dottrinali espressamente introdotto nel lessico scientifico, è stato proposto al fine di designare quell'atto negoziale la cui funzione risiede nel consentire ai privati di ridefinire la causa di una data condotta già assunta dalla legge come autonomo negozio, e, ancor più nello specifico, come negozio donativo, al fine di attribuirvi, attraverso, appunto, una sua nuova qualificazione – ad esempio in un negozio oneroso, come la vendita, o in un'attribuzione interna ad un patto di famiglia, ai sensi degli artt. 768-bis ss. c.c. – una nuova disciplina.

La struttura sottesa, cioè quella di un negozio che si rivolge verso rapporti giuridici consolidati, venuti ad esistenza in forza di altre condotte, per darvi una nuova qualificazione, se, da un lato, evoca con forza l'idea antica, elaborata dalle dottrine del procedimento giuridico nel diritto privato, dell'esistenza, in capo ai privati, di un potere configurativo, cioè di un potere per il cui tramite agli stessi è consentito dettare i criteri da cui discende la rilevanza e il significato giuridico della propria condotta, dall'altro, porta, questa idea, ai suoi confini più estremi, ossia quelli di una volontà privata che, pur mantenendo fermi i rapporti giuridici già venuti in essere in forza di un precedente negozio (rapporti conformemente già recepiti, di conseguenza, dall'ordinamento), ne muti, anche radicalmente, il titolo.

La centralità degli ambiti in cui l'emergente elaborazione dottrinale della ‘riqualificazione causale’ ne colloca le potenziali proiezioni pratiche; la varietà delle costruzioni teoriche cui si è fatto ricorso per offrire, alla stessa, una concreta veste giuridica (ora guardando alla dinamica sostitutiva della novazione, ora affidandosi alla dimensioni della continuità, propria della modificazione); infine,

le possibilità operative che si dischiudono a fronte dell'eventuale riconoscimento di un così peculiare atto di autonomia, segnano le principali ragioni da cui si è preso spunto per dare avvio alla presente indagine.

Capitolo I

Il potere configurativo: approcci tradizionali e recenti proposte

1. Origine del concetto: il potere configurativo nell'ambito dell'autonomia privata procedimentale

1.1. La proposta di Salvatore Romano

L'idea di un "effetto configurativo" è esposta in modo organico, per la prima volta, nella letteratura giuridica, all'interno delle pagine che Gianfranco Palermo dedica all'istituto del contratto preliminare¹, nella monografia² che, di tale figura, intende offrire un'analisi innovativa, in quanto calata nel contesto delle dottrine del procedimento giuridico, e della sua applicazione nel diritto privato³.

Come lo stesso Autore non manca di dare conto, tuttavia, l'elaborazione concettuale e l'inquadramento sistematico di questo particolare effetto negoziale⁴ affonda le radici nel pensiero di Salvatore Romano⁵, e, in particolare, nei lavori che l'autorevole studioso ha dedicato alla tematica del procedimento nel diritto privato⁶.

Invero, la compiuta formulazione di tale peculiare categoria (di potere, di effetti o di negozi)⁷, entrata ormai in uso nella dogmatica civilistica italiana⁸, non può

¹ Costante è il tributo a tale autore negli scritti che intrecciano la tematica *de qua*. A titolo di esempio si veda G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, *Riv. Dir. Civ.*, 2013, p. 491 ss.; G. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima "per equivalente")*, *Riv. Dir. Civ.*, 2009, p. 705 nota 65; V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 223 ss. e in particolare p. 226-227.

² Il riferimento è a G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Cedam, Padova, 1991, p. 108 ss..

³ Interessanti spunti in materia possono indubbiamente cogliersi dalla recente sentenza delle Sezioni Unite, 6 marzo 2015, n. 4628, che, superando un consolidato orientamento (vedi, in giurisprudenza, Cass. 2 aprile 2009 n. 8038 e Cass. 10 settembre 2009, n. 19557), ha in ultimo, ammesso la validità del c.d. preliminare di preliminare. Ad opinione di G. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, *Giur. It.*, 2015, p. 1071, infatti, "la sentenza resa dalle Sezioni unite riveste particolare interesse, in quanto diretta a eliminare, in via giudiziale, gli ostacoli di natura concettuale che, pur destinati a un progressivo superamento, rendono tuttora ardua la riconduzione dei procedimenti formativi dei contratti all'ambito dell'autonomia privata; ciò che i principî, sui quali si fonda l'ordinamento costituzionale, richiedono in modo deciso".

⁴ Di cui proprio il contratto preliminare pare rappresentare, per Palermo, il più rilevante esempio, come meglio sarà chiarito nel prosieguo del capitolo.

⁵ Si rinvia, naturalmente, a Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 77 ss..

⁶ Il debito verso le pagine del Romano è più volte ribadito, in tempi distinti. Si veda, PALERMO, *Contratto preliminare*, (2), p. 108 ss.; G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 28 nota 55.

⁷ Ne dà una definizione in tal senso L. MEZZANOTTE, *Il negozio configurativo: dall'intuizione alla categoria (Storia di un pensiero)* in AA.VV., *Studi in onore di G. Benedetti*, II, ESI, Napoli, 2008, p. 1155 ss..

ascriversi al pensiero di Romano, né degli autori⁹ che, successivamente, prendendo le mosse dalla prospettiva procedimentale (e tentando di svolgerne alcuni sviluppi, dando corso a quell'auspicio – di un maggior approfondimento del “*procedimento come metodo di studio*”¹⁰ – che lo stesso Romano aveva affidato al proprio scritto) hanno ripreso la figura del “*potere configurativo*”¹¹, per analizzarne l'applicazione in alcuni ambiti del diritto civile.

⁸ Si fornisce qui una panoramica generale degli autori che hanno fatto riferimento – in maniera espressa - all'istituto che nell'opera di Palermo ha trovato la più estesa formulazione, rimandando al prosieguo della trattazione per una più ampia descrizione dei diversi ambiti e modi in cui lo stesso è penetrato nel pensiero dottrinale. Si rifanno, pertanto, alla categoria del “*negozio configurativo*” o “*negozio di configurazione*”, I. RAPISARDA, *La cassazione torna a occuparsi del c.d. pegno rotativo sui titoli di credito., Banca, borsa e titoli di credito*, 2016, p. 418 ss.; L. FOLLIERI, *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel "prisma" del contratto*, *Contr. Impr.*, 2015, p. 1099 ss.; A. TORRONI, *Liberalità indiretta non negoziale e collazione: l'accessione non impedisce la collazione del valore dell'immobile*, *Riv. Not.*, 2015, p. 142 ss.; M. TEODORO, *L'intervento del notaio negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *Riv. Not.*, 2014, p. 33 ss.; AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (1), p. 491 ss.; A. AZARA, *Le disposizioni testamentarie sull'acquisto dell'eredità e del legato e sulla rinuncia all'eredità e al legato*, *Fam. Pers. Succ.*, 2012, p. 7 ss.; R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, Cedam, Padova, 2012, p. 119 ss. e 300 ss.; A. FUSARO, *In tema di liberalità non donative: ricognizione della casistica e analisi della prassi*, *Obbl. Contr.*, 2012, p. 864 ss.; E. GABRIELLI, *Forma "e" realtà "nel diritto italiano delle garanzie reali*, *Riv. Dir. Civ.*, 2012, p. 457; E. GABRIELLI, *Il contratto e il suo oggetto nel diritto italiano*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2012, p. 23 ss.; D. RESTUCCIA, *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis l. fall.*, *Riv. Not.*, 2012, p. 1257 ss.; P. EDOARDO MERLINO, *Sisifo, zeus e la rotatività del pegno: riflessioni su corte di cassazione iii sezione civile*, 26 gennaio 2010, n. 152, *Riv. Not.*, 2011, p. 165 ss.; U. CARNEVALI, *Donazioni indirette e successione necessaria*, *Fam. Pers. Succ.*, 2010, p. 11 ss.; G. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima "per equivalente")*, (1), p. 683 ss.; G. AMADIO, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative.*, *Riv. Not.*, 2009, p. 838 ss.; V. CAREDDA, *Casa familiare e godimento: spunti in tema di situazioni di fatto*, *Fam. Pers. Succ.*, 2009, p. 6 ss.; D. CAVICCHI, *Spunti in tema di usucapione, liberalità e tutela dei legittimari e degli eredi*, *Giur. It.*, 2004, p. 3 ss.; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 237 ss. e 425 ss.; V. CORRIERO, *Preliminare, definitivo e coeva scrittura negoziale*, *Contratti*, 2002, p. 437 ss.; E. GABRIELLI, *Pinocchio, il grillo parlante e il problema del pegno rotativo: spiegazioni... a richiesta (fra il serio e il faceto)*, *Riv. Not.*, 2002, p. 547 ss.; G. AMADIO, *Liberalità non donativa e collazione*, *Contratti*, 2000, p. 523 ss.; G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, *Riv. Dir. Comm.*, 2000, p. 133 ss.; G. SCHIAVONE, *Il contratto con se stesso stipulato in adempimento di un preliminare*, *Corr. Giur.*, 2000, p. 923 ss.; G. ENRIQUEZ, *Il preliminare di compravendita e l'art.40 legge n. 47/1985*, *Contratti*, 1999, p. 1122 ss.; CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 226 ss.; U. LA PORTA, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, *Rass., Dir. Civ.*, 1993, p. 529 ss.; Nella manualistica v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2015, p. 878-879.

⁹ Tra gli autori che, prima dell'opera di Palermo, hanno fatto applicazione dell'idea di Romano, si ricordano E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Cedam, Padova, 1990, p. 138 ss.; B. TROISI, *La prelazione volontaria come regola privata, integrativa del procedimento di formazione del contratto*, *Riv. Dir. Civ.*, 1984, II, p. 580 ss.; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 140 ss.; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 19 ss..

¹⁰ In questi termini si esprime, infatti, ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, (5), in più luoghi della sua opera.

¹¹ L'espressione è utilizzata da G. PALERMO, *Rent to buy e locazione di scopo - l'autonomia negoziale nella recente legislazione*, *Giur. It.*, 2015, p. 495; Vi ricorre, seppure al fine di opporvi

Indubbiamente, però, è nell'opera di Romano che l'idea sottesa alla figura del negozio configurativo, ossia la costruzione di un potere delle parti di imprimere alla condotta i "presupposti della sua stessa giuridica rilevanza"¹² – il cui contenuto, in altri termini, risiede "nell'escludere valore concludente a dichiarazioni che, secondo parametri legali, lo possiederebbero; ovvero nell'attribuire tale valore a dichiarazioni o comportamenti che, altrimenti, ne sarebbero privi"¹³ – trova, per la prima volta, esplicita formulazione.

È per primo il Romano, in sostanza, ad affermare "con sicurezza"¹⁴, l'esistenza di un "principio di autonomia di configurazione", ricorrendo al quale le parti, sul piano teorico quanto pratico¹⁵, tramite atti unilaterali (quali promesse e dichiarazioni di irrevocabilità) o convenzionali, sono in grado di disciplinare, in modo autonomo, l'esercizio dei poteri negoziali, nonché di introdurre una variazione del "corso del procedimento giuridico"¹⁶.

A fondamento di questo riconoscimento si pone quel principio di autonomia da cui deriva, in ossequio ad una fragile, ma insopprimibile, analogia con la potestà regolamentare operante nel dominio della norma pubblicistica, che "i privati possano regolamentare l'esercizio dei propri poteri e che quindi abbiano dei poteri in ordine al procedimento"¹⁷.

Pur nel contesto, quindi, di "un'attribuzione di competenza la cui giustificazione già non agevole in campo pubblicistico lo è ancor meno, per la scarsità dell'indagine, in materia privata"¹⁸, Salvatore Romano per primo ammette la potestà regolamentare della sfera giuridica privata nei medesimi limiti in cui la si ammette nell'ambito delle istituzioni pubblicistiche, ossia nella misura in cui essa concerne "una materia che non sia totalmente precisata da altre norme giuridiche, specialmente legislative"¹⁹ occorrendo, in altri termini, "che queste non esistano affatto oppure siano suscettibili di essere interpretate o integrate"²⁰.

una serrata critica, anche F. GAZZONI, *Il vestito dell'imperatore (replica «ossessiva» sul pegno rotativo)*, Riv. Not., 2002, p. 566.

¹² PALERMO, *L'autonomia negoziale*, (6), p. 29.

¹³ BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, (8), p. 427.

¹⁴ ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, (5), p. 80, da cui è tratta anche la citazione che segue nel testo.

¹⁵ Cfr. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, (5), p. 81.

¹⁶ ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, (5), p. 81.

¹⁷ ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, (5), p. 77.

¹⁸ ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, (5), p. 78.

¹⁹ ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, (5), p. 79, il quale richiama testualmente le parole utilizzate da Santi ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1912, p. 286.

²⁰ Vedi nota 19.

Tuttavia, da un lato, questa prima elaborazione del potere configurativo, è considerata come incidente sullo svolgimento dell'azione giuridica sostanziale²¹ limitatamente al momento di formazione della regola contrattuale.

In altre parole, è vincolata, quanto al suo utilizzo, alla fase che precede il perfezionamento del contratto, o, meglio, che precede il raggiungimento di quella conformazione dell'azione giuridica che risponde alle condizioni di riconoscimento poste dall'ordinamento statale²².

Non a caso, nell'enucleare le disposizioni codicistiche che di tale potere possono dirsi espressione, l'argomentare si rivolge a quelle norme che disciplinano le modalità di formazione della volontà contrattuale (quali gli artt. 1329, 1331, 1341, 1352, 1520 c.c.²³)

Al contrario, come sarà meglio chiarito, nell'ulteriore approfondimento svolto da Palermo, l'accordo configurativo assume il valore di perno centrale dell'operazione negoziale, la quale, quindi, può realizzarsi, in via gradata, a prescindere dal suo consacrarsi in un corrispondente contratto (ossia a prescindere dal porsi di un accordo da cui discendano gli effetti tipici contemplati dall'art. 1321 c.c.); in questa prospettiva, infatti, l'operazione negoziale viene ad esistenza attraverso una sequenza di comportamenti attuativi, già riconducibili al suo contenuto regolamentare, proprio in conseguenza della previa predisposizione dell'accordo configurativo²⁴.

²¹ Nel quadro dello studio del procedimento giuridico, da intendersi, nel campo del diritto privato, e nella sua accezione sommaria, come “*successione di atti e di situazioni giuridiche, che iniziano con l'esercizio del potere normativo e si concludono con l'ultimo atto esecutivo, che segna l'esaurimento del ciclo [dell'autonomia privata]*”, si distingue l'azione giuridica sostanziale o costruttiva di ordinamento (ossia l'azione mediante cui si esplica la posizione della regola privata) dall'azione giuridica in conflitto (ossia l'azione mediante cui si determina la conservazione e l'attuazione dell'ordinamento posto). Per questi concetti vedi ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, (5), p. 6-7 e *passim* lungo lo svolgimento di tutta la riflessione.

²² La quali segnano, infatti, il limite esterno allo svolgimento del potere di configurazione, e all'operare dell'autonomia privata “*in senso dispositivo del procedimento*”; tale autonomia, non a caso, è definita “*libera tra le maglie, per così dire, della rete di quelle condizioni*”, ed è, al contrario, negata “*dove le condizioni di efficacia sono disposte in configurazioni precise ed inderogabili*” e, di conseguenza, “*il procedimento appare obbligato senza possibilità di azioni divergenti dal regime legale*”. In questi termini v. sempre ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, (5), p. 78 ss., in particolare p. 80.

²³ I riferimenti si trovano in ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, (5), p. 80.

²⁴ Come chiarisce PALERMO, *L'autonomia negoziale*, (6), p. 28 “*l'effetto configurativo non solo è tale da conferire unità all'operazione negoziale, semplice o complessa, più o meno articolata che essa sia; tale effetto dà vita, anzitutto, all'operazione stessa, alla quale imprime i caratteri, anche formali, voluti dall'autore o dagli autori, come altrettanti presupposti della sua stessa giuridica rilevanza e realizzabilità sul piano dell'ordinamento*”; in altre parole, “*è in virtù di tale effetto che il programmato assetto di interessi viene ad essere perseguito e realizzato attraverso le previste modalità di formazione della “regola”, nonché nel più ampio contesto, caratterizzato dalla sintesi di tutti gli atti e comportamenti, che contraddistinguono la specifica vicenda negoziale*”.

Dall'altro lato, nella costruzione proposta dal Romano, l'accordo configurativo non conquista una specifica autonomia concettuale: nel descrivere le modalità con cui può avere legittima manifestazione il potere dei privati di configurare lo svolgersi dell'azione giuridica, infatti, l'illustre studioso ricorre, in modo espresso, alla figura, dibattuta, dell'accordo normativo²⁵.

Diversamente, l'evoluzione del pensiero dottrinale in materia di negozio configurativo conduce a ricavare, per tale figura, uno spazio del tutto autonomo.

Anticipando quanto sarà meglio precisato oltre, nella parte del presente lavoro intesa a delimitare lo spazio di operatività dell'accordo/negozio configurativo²⁶ rispetto a tutte quelle figure che, con lo stesso, rischiano di confondersi e sovrapporsi²⁷, si può osservare che, a differenza dell'accordo normativo²⁸, il negozio configurativo, anche nella sua prima formulazione nel campo dell'autonomia privata procedimentale²⁹, non ha come scopo quello di dettare le clausole da utilizzare in futuri contratti³⁰, eventualmente obbligando le parti all'osservanza delle stesse³¹, quanto quello di “*determinare (...) un significato al loro futuro comportamento*”³² e, correlativamente, di sancire l’“*inefficacia degli atti posti in essere in violazione del negozio configurativo stesso*”³³.

Ad una più attenta analisi, infatti, se, da una parte, il contratto normativo può essere giustapposto all'accordo configurativo, per la ragione che, alla pari di

²⁵ Vedi ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, (5), p. 81. Segue questa impostazione anche BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, (8), p. 426-427;

²⁶ La promiscuità nell'uso dei due termini è diffusa. Per tutti v. RESTUCCIA, *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis l. fall.*, (8), p. 1266 ss..

²⁷ A titolo indicativo, si segnala fin d'ora la necessità di distinguere il negozio configurativo, nella veste qui indagata di 'riqualificazione causale', da tutte quelle figure limitrofe cui potrebbe essere ricondotto, al fine di negarne l'autonomia concettuale, quali il negozio modificativo, la confessione, il negozio di accertamento etc...

²⁸ Secondo F. MESSINEO, *Voce 'Contratto normativo'*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, p. 116 ss., deve escludersi che il negozio normativo possa essere ricondotto alla categoria del contratto, sul presupposto che “*poiché il contratto è accordo delle parti, che disciplina un rapporto giuridico (patrimoniale), non può identificarsi con quest'ultimo, il congegno che assuma quale propria materia, regolare futuri comportamenti. La materia sulla quale opera il contratto, secondo l'art. 1321 c.c. non è la formulazione o la creazione di una disciplina giuridica*”. Su tali questioni si tornerà ampiamente nei capitoli che seguono.

²⁹ Vedi in particolare ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, (5), p. 82-83.

³⁰ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto* in G. IUDICA-F. ZATTI (curr.), *Trattato di diritto privato*, XI, Giuffrè, Milano, p. 526; MESSINEO, *Voce 'Contratto normativo'*, (28), p. 117-118.

³¹ È discusso se alla stipulazione dell'accordo normativo, segua una qualche forma di efficacia costitutiva, come quella diretta a rendere obbligatorio l'utilizzo della disciplina concordemente predisposta. Per un quadro di sintesi del problema v. M. BALESTRIERI, *I contratti preparatori: il contratto normativo* in P. FAVA (cur.), *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1418.

³² BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, (9), p. 36.

³³ PALERMO, *Contratto preliminare*, (2), p. 116.

questo, risulta tendenzialmente privo di efficacia costitutiva³⁴, mirando, piuttosto, a regolare anticipatamente futuri – e non ancora costituiti – rapporti contrattuali³⁵; dall'altra, dallo stesso si differenzia³⁶, collocandosi all'esterno del complesso degli atti che, nella dimensione procedimentale, conducono alla formazione del regolamento contrattuale, conseguentemente assolvendo la propria funzione indipendentemente dalla circostanza che, del predetto regolamento contrattuale, si giunga all'effettiva perfezionamento (funzione – quella di dettare anticipatamente il contenuto di futuri rapporti contrattuali – che risulta, infatti, pienamente conseguita anche se i predetti rapporti restano del tutto eventuali)³⁷.

Al netto di questi rilievi, l'impostazione di Salvatore Romano rimane certamente la pietra miliare, e il fondamento, di tutte le successive riflessioni in materia.

Molti autori, non a caso, hanno continuato a fare riferimento a tale ricostruzione della figura, anche quando il successivo approfondimento dottrinale ha in ultimo condotto, come già accennato, ad un mutamento della sua complessiva fisionomia.

Così è, certamente, per gli studi che hanno basato parte del proprio apparato argomentativo sulla prospettazione di un potere configurativo dei privati, tratteggiandone i caratteri nel solco dei profili che di esso hanno fornito le pagine di Salvatore Romano.

³⁴ Cfr. nota 31.

³⁵ Senza anticipare temi che saranno trattati con maggior approfondimento nel prosieguo del lavoro, può fin d'ora anticiparsi che anche nel contratto configurativo, a ben vedere, può essere ravvisata una efficacia regolativa, in senso lato, del futuro rapporto contrattuale, essendo per il tramite di quello determinate, in via anticipata, le condizioni della relativa venuta ad esistenza.

³⁶ Non manca chi abbia espressamente evidenziato la possibile distanza tra le due figure. Così, MESSINEO, *Voce 'Contratto normativo'*, (28), p. 124 nel punto in cui, dopo aver precisato che “secondo taluno, figura di contratto normativo sarebbe quella di cui all'art. 1352 c.c.”, ovvero sia l'istituto che più di tutti incarna la figura del negozio configurativo, secondo i canoni dettati dalla dottrina del procedimento, evidenzia che “forse una spiegazione un poco più elaborata si conviene a tale caso”; similmente per BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, (8), p. 427, nota 9 il negozio configurativo si caratterizza per una forza normativa superiore a quella dei contratti normativi c.d. sostanziali, non potendo, infatti, essere neutralizzato dal mero ripensamento posto in essere dalle parti. Per un approfondimento sui caratteri addotti per differenziare il negozio configurativo da quello normativo v. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, (8), p. 346 ss..

³⁷ Per R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale* in A. SCIALOJA-V. BRANCA (curr.), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1970, p. 456, la qualificazione del patto sulla forma, ai sensi dell'art. 1352 c.c. quale contratto normativo, è inaccettabile, non essendo tale patto diretto a regolare una pluralità di contratti, quanto un unico successivo negozio. Così anche G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale* in AA.VV., *Commentario del codice civile*, Utet, Torino, 1980, p. 219; G. GUGLIEMETTI, *I contratti normativi*, Cedam, Padova, 1969, p. 33-34.

Diverse voci dottrinali³⁸, infatti, hanno parlato di negozio configurativo per riferirsi a quell'accordo, riconducibile alla categoria dei negozi normativi, il cui ambito applicativo è rigorosamente delimitato dal procedimento di formazione della volontà contrattuale, e la cui funzione è quella di consentire alle parti di incidere sulle regole relative alla fase formativa del contratto, piegandone *l'iter* in relazione ai più disparati interessi, di cui le stesse si facciano portatrici.

Ma anche tra gli autori che hanno accolto l'estensione degli ambiti e delle funzioni del negozio configurativo, al di là di quelli originariamente segnati dalla dottrina del procedimento, non mancano, certamente, richiami alle importanti coordinate che tale dottrina ha, nei tempi passati, contribuito a definire³⁹.

1.2. Gli sviluppi successivi: dalla configurazione del procedimento di formazione del contratto alla configurazione del contratto⁴⁰

³⁸ Secondo BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, (9), p. 149 “la proposta ferma è caratterizzata (...) dal sorgere, in capo all'oblato, di un potere determinante, destinato a svolgere, quale diritto potestativo, una funzione puramente strumentale in ordine alla conclusione del contratto (...) sotto questo profilo la proposta ferma si pone alla stregua di quei negozi, come ad es. il patto sulla forma (art. 1352 c.c.), che in relazione al contenuto e alla natura degli effetti prodotti, potremmo chiamare di configurazione. Essa opera su una situazione giuridica strumentale rispetto a quella che deriva dal contratto: foggilandola in maniera determinata, ne appresta, in certo senso, lo stampo”; per BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, (8), p. 427 “il negozio configurativo, dunque, è parte del più ampio genus degli accordi normativi, entro cui si connota in ragione di proprie caratteristiche che discendono dalla natura procedimentale della sua funzione: che è quella di regolare lo svolgimento del procedimento formativo di un contratto che deve essere ancora concluso (...) la regola formativa che nasce dall'accordo configurativo è regola privata, la cui ratio risiede, come si è ricordato in più occasioni, in un interesse delle parti a che il procedimento formativo si svolga secondo un determinato iter”; ad opinione di FOLLIERI, *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel "prisma" del contratto*, (8), p. nota 46 il negozio configurativo non è idoneo alla produzione di effetti giuridici e alla modificazione delle sfere soggettive delle parti “inserendosi esso, tipicamente, nel complesso sistema dei meccanismi di formazione del contratto”; secondo TROISI, *La prelazione volontaria come regola privata, integrativa del procedimento di formazione del contratto*, (9), p. 584-585 il negozio di configurazione è “un negozio regolatore del procedimento di formazione del contratto, nel senso che integra lo schema legale tipico, che è essenzialmente generale e astratto, foggilandolo in maniera determinata: ad esempio, mediante la predisposizione, in aggiunta alla serie normale degli atti procedimentali (di per sé necessari e sufficienti), di ulteriori atti prenegoziali”.

³⁹ A titolo di esempio, in FUSARO, *In tema di liberalità non donative: ricognizione della casistica e analisi della prassi*, (8), p. 865 anche laddove si parla di negozio configurativo come “accordo sulla causa” se ne definisce la natura come “sorta di contratto normativo”.

⁴⁰ Si ricorre qui alla polisemia del termine contratto, posta in evidenza da P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso e unità del negozio contrattuale*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1964, p. 1352 ss., alludendo, nel primo caso, al contratto come “fattispecie”, vale a dire il complesso di atti necessari per la stipulazione di un accordo giuridicamente vincolante”, nel secondo, al contratto come “ciò che con terminologia moderna viene chiamato il precetto (o la “disposizione”) negoziale”. Per il superamento dell'identificazione tra contratto e accordo, e, più in generale, per la distinzione, nella fluidità del lemma contratto, tra ‘fatto’ (*rectius* accordo) e ‘valore’, v. C. DONISI, *Il contratto con sé stesso*, ESI, Napoli, 1982, p. 34 ss. e in particolare nota 46.

Come anticipato, è solo con lo studio di Gianfranco Palermo che l'inquadramento sistematico del negozio configurativo inizia a disvelare una più complessa fisionomia; quella stessa fisionomia che si ritrova (forse inconsapevolmente, come vedremo) nelle recenti affermazioni dottrinali in materia di 'riqualificazione'⁴¹.

Invero, già altri, pur non affrontando *ex professo* la materia, aveva contribuito a muovere i primi passi lungo il percorso di emancipazione della figura dalla materia del procedimento di formazione del contratto.

Prima, infatti, che fosse proposta la ricostruzione del contratto preliminare come accordo con efficacia meramente configurativa, idonea a convertire l'ordinaria conclusione del rapporto contrattuale, basata sullo scambio dei consensi, in una forma di "contrattazione reale"⁴², alla figura dell'accordo di configurazione si era fatto ricorso⁴³ per ipotizzare la creazione di una garanzia pignorizia che consentisse la sostituibilità e mutabilità nel tempo del relativo oggetto senza comportare, ad ogni mutamento, la rinnovazione del compimento delle procedure richieste per la costituzione della garanzia o per il sorgere del diritto di prelazione, ovvero sia senza che si desse luogo alle condizioni per la revocabilità dell'operazione economica, in tal modo posta in essere⁴⁴.

La predetta costruzione dottrinale, cui si ricollega la nota espressione di "pegno anomalo" o quella, altrettanto invalsa, di "pegno rotativo", ha prospettato il ricorso ad un collegamento negoziale tra un ordinario contratto di pegno e un negozio configurativo (qualificato in termini di "patto di rotatività"⁴⁵) al fine di legittimare le parti a dar vita ad una operazione economica unitaria e complessa, nell'ambito della quale sia possibile, mediante successivi atti di sostituzione,

⁴¹ Senza anticipare qui quanto verrà meglio chiarito *infra* nel testo, circa i rapporti tra le più recenti opinioni in tema di 'riqualificazione' e la dottrina del negozio configurativo, può segnalarsi come, emblematicamente, ad opinione di G. BARALIS_ *Osservazioni e casistica in tema di trasferimenti fiduciari* in AA.VV., *Analisi interpretative e novità della circolare 3E/2008 dell'Agenzia delle Entrate*, Il Sole24ore, Milano, 2008, p. 73 quando un rapporto contrattuale è fatto oggetto di una successiva modifica, tanto mediante l'introduzione di un elemento accessorio quanto per il tramite di un ipotetico contratto di 'riqualificazione della causa', il relativo effetto possa essere definito come "ricfigurato".

⁴² PALERMO, *L'autonomia negoziale*, (6), p. 25. Sulle peculiarità di tale diverso modello di contrattazione vedi PALERMO, *Contratto preliminare*, (2), p. 101 ss.

⁴³ Il riferimento è a GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, (9), p. 138 ss.. Il pensiero dell'autore è stato ribadito in plurimi scritti successivi, tra cui v. ID., *Le garanzie rotative* in F. GALGANO (cur.), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Utet, Torino, 1995, p. 853 ss.; ID., *I negozi costitutivi di garanzie reali, Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, p. 168; ID., *Sulle garanzie rotative*, ESI, Napoli, 1998, ID., *Voce 'Rotatività della garanzia'*, *Digesto Disc. Priv. Sez. civ.*, vol. XVIII, Utet, Torino, 1998, ID., "Pinocchio", *il "grillo parlante" e il problema del pegno rotativo: spiegazioni... a richiesta (fra il serio e il faceto)*, (8), p. 547 ss..

⁴⁴ Cfr. GABRIELLI, *Le garanzie rotative*, (43), p. 853.

⁴⁵ Per tutti v. GABRIELLI, "Pinocchio", *il "grillo parlante" e il problema del pegno rotativo: spiegazioni... a richiesta (fra il serio e il faceto)*, (8), p. 552.

determinare una modifica dell'oggetto della garanzia, senza comportarne la contestuale novazione (in particolare, ai fini dei presupposti per l'esperimento della azione revocatoria, ordinaria ma, soprattutto, fallimentare).

In questo contesto, il patto di rotatività, nella sua veste di accordo configurativo, avrebbe la funzione di ricondurre ad unità le plurime attività sostitutive; in altri termini, avrebbe la funzione di incasellare gli atti esecutivi, tramite cui si realizza il mutamento dell'oggetto, all'interno di una complessiva ed unitaria operazione economica, con funzione di garanzia, al fine di conservarne l'integrità e l'originarietà (e, quindi, al fine di escludere, per predetti atti, una qualsivoglia efficacia novativa)⁴⁶.

Come nella prospettiva procedimentale, il patto di rotatività varrebbe, dunque, ad attribuire un significato ai futuri comportamenti delle parti, ossia agli atti di sostituzione.

Innovativa, però, è l'idea che quel significato non si colleghi al momento di formazione della regola contrattuale, alla sua costruzione, quanto, piuttosto, alle attività, che, a quella regola, danno attuazione.

Attraverso una riflessione ben più organica, ad analogo risultato perviene anche la trattazione di Palermo sulla (controversa⁴⁷) fattispecie del contratto preliminare.

Il perno su cui ruota l'intera elaborazione è l'asserita inderogabilità dell'art. 1376 c.c..

La norma che fonda, per il nostro ordinamento, il principio del c.d. consenso traslativo, è dalla dottrina in esame qualificata come inderogabile⁴⁸ in ragione di superiori esigenze di tutela dei terzi: rilevando, il contratto, anche quale titolo di acquisto per gli aventi causa dalle parti, si reputa non ammissibile che lo stesso generi incertezza su chi sia definitivamente investito del diritto trasferito; conseguenza è che le parti non possano mai prevedere una dissociazione tra regolamento ed effetto traslativo, non essendo mai possibile rendere conoscibile

⁴⁶ Il patto di rotatività, per poter determinare l'effetto di surrogazione reale, con efficacia nei confronti dei terzi, oltre a dover rispettare il requisito di forma previsto dall'art. 2787, comma 3, c.c., dovrà regolare e indicare, fin dal momento costitutivo del diritto, ex artt. 2787 e 2800 c.c., sia il meccanismo di rotatività (e quindi di persistenza nel tempo) del vincolo, sia le indicazioni necessarie per individuarne, nei successivi passaggi e trasformazioni, gli oggetti (vale a dire i singoli beni) sui quali la garanzia verrà nel tempo ad insistere, mantenendo così inalterati gli originari valori dell'operazione economica e, quindi, la sua unità formale (cfr. la ricostruzione di M. FOSCHINI, *Pegni anomali e revocatoria fallimentare*, *Dir. Fall.*, 1999, p. 1210).

⁴⁷ Sull'evoluzione del dibattito dottrinale in ordine alla natura giuridica dell'istituto v. G. LA ROCCA, *Un secolo di teorie sul contratto preliminare*, *Contr. Impresa*, 2015, p. 656 ss..

⁴⁸ Con riferimento ai contratti tipici che l'ordinamento configura con effetti reali e di natura consensuale, come la vendita. Come chiarito (cfr. PALERMO, *Contratto preliminare*, (2), p. 35 nota 11), è fatta sempre salva la volontà delle parti di concludere un contratto diverso da quello disciplinato dall'art. 1376 c.c., ossia un contratto atipico simile al *Leistungsgeschäft* di diritto austriaco.

tale diversa configurazione, nemmeno mediante le formalità di trascrizione⁴⁹.

Sulla base di tali premesse, l'opinione in parola ritiene che dal preliminare non possa mai nascere una obbligazione di trasferire la proprietà (in spregio alla statuizione del predetto art. 1376 c.c.) quanto solo il vincolo giuridico di un dover essere, che non obbliga le parti (in senso proprio) ma che, contestualmente, le impegna, in virtù del carattere di irretrattabilità del regolamento, dal negozio stesso inevitabilmente espresso⁵⁰.

Il preliminare diventa, quindi, atto di programmazione di un contratto finale (il definitivo) attraverso la posizione di una serie di conegni conformi al regolamento che tramite lo stesso è posto in essere.

Attraverso il preliminare questo regolamento – coincidente, quindi, con il regolamento del c.d. contratto definitivo – si proietta nel futuro, senza produrre attuali modificazioni nella sfera giuridica delle parti: solo così, allora, viene meno qualsiasi ragione di contrasto con il disposto dell'art. 1376 c.c., ed ogni questione relativa alla possibilità di una sua deroga.

In ultima analisi, il c.d. contratto preliminare altro non è, per questa opinione, che il primo passaggio di una formazione progressiva del rapporto⁵¹, in forza della quale le parti sono vincolate ad attribuire ai successivi atti esecutivi un significato conforme alla causa che nello stesso è delineata, di guisa che quegli atti, proprio

⁴⁹ Si ricorda che, al tempo della pubblicazione dello scritto e dei commenti successivi (tra cui v. soprattutto LA PORTA, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, (8)) non era ancora stata introdotta la norma di cui all'art. 2645bis c.c., relativa alla trascrivibilità del preliminare, ed era discussa la trascrivibilità, in via interpretativa, dei c.d. contratti preparatori.

⁵⁰ Cfr. PALERMO, *Contratto preliminare*, (2), p. 76.

⁵¹ Secondo LA PORTA, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, (8), p. 545 il preliminare, in quest'ottica, rappresenterebbe il primo passo di una "fattispecie a formazione progressiva". È noto, invero, quanto la dottrina del procedimento giuridico tenda a rivendicare l'assoluta indipendenza del concetto di procedimento da quello di fattispecie a formazione progressiva (ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, (5), p. 12 ss., espressamente rifacendosi agli studi sulla continuità e sulla causalità in F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Il Foro It., Roma, 1951, p. 191 ss.): contrariamente a quanto affermato usualmente della dottrina privatistica (per tutti v. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1985, p. 103-104; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Giuffrè, Milano, 1957, p. 458) circa l'identificazione di questi due concetti, si difende, infatti, l'autonomia del procedimento, quale teoria ma quale anche metodo, posto che laddove la teoria della fattispecie guarda all'atto posto (in un'ottica tendenzialmente normativista) la teoria del procedimento considera l'azione sostanziale nel suo svolgersi, la potestà di darsi l'ordinamento – che l'ordine statale riconosce ai privati (nel solco della dottrina istituzionalista) – nel suo "farsi". Isolata la voce di chi nega qualsiasi compatibilità tra negozio e procedimento (A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1941, p. 189 ss.) – laddove il procedimento si compone di una serie di atti che concorrono all'atto finale ma che restano estranei alla relativa struttura, valendo solo come determinanti – e di chi, invece, ravvisa il *proprium* del procedimento nella obbligatorietà dell'attività in successione, che il fatto di impulso mette in moto (S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 93 ss.), in questo modo limitandone fortemente l'applicazione per quanto riguarda il campo dell'autonomia privata.

dalla determinazione iniziale delle parti, ripetono la propria funzione⁵².

Se correttamente inteso, il procedere dell'esposta teoria pare potersi riassumere nei termini che seguono.

L'art. 1376 c.c., per le precisate ragioni di tutela dell'affidamento, collega inderogabilmente l'effetto reale alla conclusione del contratto, il quale, per il principio consensualistico, cristallizzato nella norma, si traduce nell'accordo; alla luce degli studi dottrinali in tema di procedimento nel diritto privato, non si dubita dell'ammissibilità di modalità atipiche nella formazione del regolamento contrattuale, alternative all'accordo; se si ammette, quindi, la possibilità di configurare in modo divergente dai *pattern* di legge, la formazione del contratto, si ammette, nei medesimi termini, la possibilità di configurare in modo divergente il realizzarsi dell'effetto traslativo che, come detto, viene in essere con la formazione del contratto, normalmente veicolata dall'accordo; nell'equivalenza tra accordo/consenso e modalità atipiche, liberamente fissate dai privati, ai fini della formazione del contratto (ossia ai fini dell'imputazione del regolamento contrattuale⁵³) si svela l'equivalenza tra art. 1376 c.c. e contrattazione reale, e, di conseguenza, il rispetto di quelle ragioni di tutela dei terzi, che hanno indotto il legislatore a prevenire, mediante tale disposizione, qualsiasi tentativo di dissociazione fra effetto reale e conclusione del contratto.

Nel prefigurare, però, il negozio configurativo quale strumento di programmazione del regolamento traslativo, senza attuale modificazione delle sfere giuridiche – e, pertanto, si ribadisce, senza violazione delle inderogabili disposizioni di legge – la tesi in esame si connota per una certa ambiguità.

Da un lato, infatti, intende collocarsi nel solco della dottrina tradizionale sul procedimento, recuperando l'immagine del potere configurativo quale potere che permette ai privati di “*regolamentare l'esercizio dei propri poteri*”⁵⁴: l'autonomia di chi stipula un contratto preliminare, infatti, si esercita, sul piano procedurale, nel predisporre gli atti di formazione del negozio (traslativo); nel predeterminare momenti od elementi che rendono completo e definitivo l'accordo che vi è sotteso⁵⁵.

Al tempo stesso, però, questa tesi sembra presupporre che, con la posizione del preliminare, il centro causale sia già previsto nella completezza dei suoi aspetti

⁵² Commenta in questi termini LA PORTA, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, (8), p. 545.

⁵³ Cfr. le osservazioni di SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso e unità del negozio contrattuale*, (40), p. 1345 ss..

⁵⁴ ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, (5), p. 77.

⁵⁵ Vedi ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, (5), p. 83. Non è un caso, che, anche secondo PALERMO, *Contratto preliminare*, (2), p. 125 ss., la responsabilità per la violazione della condotta programmata dia luogo a responsabilità precontrattuale e non contrattuale.

soggettivi ed oggettivi, ovvero, in altri termini, guardando al caso di studio, la compravendita, che la “*predisposizione dello scambio sia già avvenuta*”⁵⁶.

Non a caso, infatti, si afferma che “*dal valore, attribuito dalle parti ai singoli atti e ai relativi comportamenti che formano in concreto l’operazione negoziale, discende la loro idoneità a convergere nella produzione degli effetti in vista dei quali l’operazione viene posta in essere*”⁵⁷, rappresentando “*questo il risultato di un processo di qualificazione, che, ove l’operazione sia strutturalmente semplice perché destinata ad esaurirsi in un unico contesto, può essere assorbito dalla immediatezza, con il quale il processo stesso viene a compiersi; ma già nell’ipotesi di operazione imperniata su un negozio causalmente tipico, epperò complessa nelle sue articolazioni, è da escludere che il rilievo da attribuire a tale negozio, al fine del rinvenimento della disciplina in concreto applicabile, possa essere colto in modo esaustivo senza considerare nella sua globalità l’assetto di interessi programmato dalle parti, al quale vanno commisurati gli effetti che quel negozio tipicamente produce*”⁵⁸.

Invero, dati tali presupposti, è la stessa dottrina di Salvatore Romano, da cui, come detto, si alimenta la tesi in esame, a negare la ricorrenza di un negozio puramente configurativo, e a riconoscere l’avvenuto perfezionamento di un vero e proprio contratto⁵⁹.

D’altronde, la segnalata ambiguità emerge in modo evidente nel momento in cui si afferma che esempio paradigmatico di questo modo procedere dell’autonomia negoziale, sia rappresentato dalla “*traditio, consistente in un comportamento oggettivamente neutro, il cui indice di rilevanza negoziale è dato, per l’appunto, dall’”accordo configurativo di base”, che venga a contemplarla come comportamento attuativo, da porre in essere in accordanza con la specifica finalità perseguita*”⁶⁰.

Il riferimento ai comportamenti delle parti – ai momenti del procedimento –

⁵⁶ ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, (5), p. 85.

⁵⁷ PALERMO, *L’autonomia negoziale*, (6), p. 35.

⁵⁸ PALERMO, *L’autonomia negoziale*, (6), p. 35.

⁵⁹ Secondo ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, (5), p. 85 “*il carattere normativo di un atto deriva dal suo riferirsi ad un altro atto, nel senso che il primo regola, in qualche modo, la produzione del secondo (...) può essere unilaterale, o assumere la figura dell’accordo, o della convenzione o del patto e questa è la regola nella fase di formazione negoziale, quando ancora non c’è contratto (...) ma quando si parla di contratto preliminare siamo già arrivati ad un contratto, nel senso che una predisposizione dello scambio è già avvenuta, e quindi l’elemento causale è già previsto nella completezza dei suoi atteggiamenti soggettivi e oggettivi. (...) la funzione normativa del contratto preliminare si esaurisce nel prevedere e nell’obbligare alla formazione di un’altra norma, e cioè il contratto, detto, per l’appunto, definitivo*”.

⁶⁰ PALERMO, *L’autonomia negoziale*, (6), p. 34.

come atti di esecuzione dell'assetto di interessi già fissato dalle parti⁶¹, e all'accordo configurativo quale "atto fondamentale"⁶² che non solo conferisce unità all'operazione negoziale, ma vi dà vita, imprimendo i caratteri voluti dalle parti, come altrettanti presupposti della sua stessa giuridica rilevanza e realizzabilità sul piano dell'ordinamento⁶³, rivela che è proprio dalla costruzione di Palermo che scaturisce, e prende avvio, quella metamorfosi dell'idea del "negozio configurativo", da strumento di regolamentazione dell'azione – della potestà – normativa, destinata a sfociare nel contratto, che dà vita al rapporto, a, esso stesso, strumento di regolamentazione del rapporto, ovvero, di determinazione degli elementi costitutivi del centro causale, in cui si individua l'operazione contrattuale⁶⁴.

1.3. (Segue)..Profili critici

La teorica di Palermo, nelle sue diverse applicazioni⁶⁵, ha indubbiamente

⁶¹ Emblematiche di tale ambiguità appaiono anche le osservazioni in tema di mandato svolte in PALERMO, *L'autonomia negoziale*, (6), p. 36-37, laddove si precisa che "è in accordanza con la previsione delle parti che, una volta intervenuta l'esecuzione dell'incarico, va individuato il contenuto dell'ulteriore obbligo – gravante in capo al mandatario – di trasferire le cose "acquisite", come disposto dall'art. 1706, secondo comma, c.c. *Quel che genera e viene a modulare le modalità di assolvimento di tale obbligo non può invero essere costituito puramente e semplicemente dal "contratto di mandato" – così come contemplato, nel suo schema tipico, dall'art. 1703 c.c., quale contratto costitutivo dell'impegno, gravante su una parte (mandatario), di porre in essere (con i terzi) "atti giuridici per conto dell'altra" – e tantomeno essere ricondotto ad una astratta valutazione di carattere normativo. Ciò in quanto le parti, in sede di programmazione, potrebbero non aver contemplato un puro e semplice obbligo di ritrasferimento da assolvere in base a norme di legge, ma avere invece stabilito che esso divenga operante solo in costanza di determinati presupposti, in assenza dei quali l'obbligo stesso sia da rimanere sospeso ovvero da ritenere estinto, in ragione del nesso funzionale con le altre prestazioni". Più in generale si osserva (PALERMO, *L'autonomia negoziale*, (6), p. 28) che nell'ambito dell'attività negoziale "sono suscettibili di assumere distinto rilievo, da un lato, l'atto, con cui viene inizialmente foggato il tipo di operazione da porre in essere secondo determinati caratteri, sia procedurali che sostanziali, e, dall'altro, gli atti (non solo logicamente) successivi, volti ad attuare quanto programmato". Già Salv. ROMANO, *L'atto esecutivo nel diritto privato (appunti)*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 67 precisava che "quando si parla di sfera esecutiva dell'autonomia privata si intende che preesiste logicamente, anche se non cronologicamente, una sfera normativa e si enuncia, nel tempo stesso, la subordinazione della prima alla seconda. Questa preesistenza logica postula che ogni azione è attuazione di una determinazione e questa, in senso tecnico, è norma".*

⁶² PALERMO, *L'autonomia negoziale*, (6), p. 28.

⁶³ In questi termini si esprime PALERMO, *L'autonomia negoziale*, (6), p. 28.

⁶⁴ Cfr. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, (5), p. 70 ss..

⁶⁵ Alla categoria del negozio configurativo, così come ridefinita dagli studi di Palermo, è stato fatto riferimento, infatti, non solo per offrire una nuova qualificazione all'istituto del contratto preliminare (nell'opera già più volte citata PALERMO, *Contratto preliminare*, (2)), ma anche per giustificare la riconduzione al diritto italiano del c.d. *trust* interno (v. PALERMO, *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, (8), p. 142 ss.; G. PALERMO,

riscosso il favore della comunità scientifica: più di una volta, infatti, ne è stato riproposto l'utilizzo e ne sono stati condivisi i risultati⁶⁶.

Essa, tuttavia, non è rimasta esente da critiche, qualunque sia il campo in cui vi è stato il tentativo di avvalersene⁶⁷.

Su un piano generale, la posizione che investe le parti del potere di configurare la realizzazione di un determinato assetto di interessi (lo scambio di prezzo contro cosa, la prestazione di una garanzia reale) non mediante lo scambio di consensi (ed, eventualmente, mediante la consegna della cosa) bensì attraverso un procedimento, ossia attraverso un'attività dinamica, destinata a formalizzarsi per atti successivi, singolarmente privi di una propria autonomia funzionale, perché destinati ad assumere rilevanza giuridica solo in conseguenza del loro essere riconducibili al programma che il negozio (appunto, configurativo) predispone, è stata accusata di "surrealismo giuridico"⁶⁸ e di incompatibilità con il sistema positivo⁶⁹.

Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano, Riv. Dir. Comm., 2001, p. 395 ss.) per rafforzare le argomentazioni a favore dell'ammissibilità del pegno con patto di rotatività (v. GABRIELLI, "Pinocchio", il "grillo parlante" e il problema del pegno rotativo: spiegazioni... a richiesta (fra il serio e il faceto), (8), p. 552-553 e 555 ss.), nonché per giustificare l'estensione dell'ambito di operatività delle liberalità non donative al campo degli atti non negoziali (così CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 226 ss.).

⁶⁶ Si richiamano qui gran parte dei riferimenti di cui alla nota 8.

⁶⁷ A quanto consta, l'unica voce di argomentato dissenso rispetto alla categoria del negozio configurativo si deve a Francesco Gazzoni, in plurimi scritti (ID., *Il contratto preliminare*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 18 ss.; ID., *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni)*, Riv. Not., 2000, p. 1469 ss.; ID., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista 'non vivente' su trust e trascrizione)*, Riv. Not., 2001, p. 33 ss.; ID., *Il vestito dell'imperatore (replica 'ossessiva' sul pegno rotativo)*, Riv. Not., 2002, p. 566). Non manca, tuttavia, chi, pur senza farsi carico di articolate obiezioni, sollevi dubbi sulla legittimità teorica e sulla compatibilità, con il nostro diritto positivo, della figura del negozio configurativo così come rielaborata dalla dottrina che qui si discute; cfr. ad esempio FOLLIERI, *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel "prisma" del contratto*, (8), p. 116 nota 47 secondo il quale sussisterebbero delle "perplexità circa la diretta rilevanza sostanziale del negozio di configurazione in ordine alla produzione di effetti giuridici ed alla modificazione delle sfere soggettive delle parti, inserendosi esso, tipicamente, nel complesso sistema dei meccanismi di formazione del contratto"; SCHIAVONE, *Il contratto con se stesso stipulato in adempimento di un preliminare*, (8), p. 927 nota 26 ad opinione del quale qualificare il preliminare come un "«negozio configurativo» con il quale le parti stabiliscono i comportamenti strumentali alle future attribuzioni patrimoniali reciproche, le quali però si realizzano non con la stipulazione del definitivo o con la sentenza ex art. 2932, bensì con quella che viene chiamata «contrattazione reale», coincidente con l'esecuzione delle prestazioni programmate con il preliminare" comporta ritenere che "l'effetto traslativo scaturirebbe da un contratto reale, contravvenendo in modo palese a quanto previsto dall'art. 1376 e il contratto preliminare, qualificato come configurativo, degraderebbe a rapporto precontrattuale, con la conseguenza che la sua violazione darebbe luogo solo a risarcimento del danno ex art. 1337".

⁶⁸ GAZZONI., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista 'non vivente' su trust e trascrizione)*, (67), p. 33.

⁶⁹ Così GAZZONI., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista 'non vivente' su trust e trascrizione)*, (67), p. 33; ID., *Il vestito dell'imperatore (replica 'ossessiva' sul pegno rotativo)*, (67), p. 566.

Guardando alle fattispecie particolari, l'impossibilità di ammettere, con efficacia verso terzi, lo svolgimento di un regolamento di interessi (la vendita o la costituzione della garanzia pignoratizia) in spregio alle disposizioni codicistiche che collegano il trasferimento del diritto al consenso (e non all'attuazione di comportamenti esecutivi, quali la consegna⁷⁰) o gli effetti della garanzia reale alla conservazione del possesso⁷¹, ha condotto l'interprete ad ammettere, tuttalpiù, la meritevolezza del patto configurativo ai soli effetti *inter partes*⁷².

D'altro canto, si è osservato⁷³, la costruzione del negozio configurativo così proposta rivela una intrinseca limitatezza, in quanto mostra la sua potenzialità esclusivamente con riguardo alle ipotesi in cui l'assetto di interessi dinamicamente programmato concerna un negozio ad effetti reali: laddove, invece, si volesse tentare di accostare un siffatto potere configurativo ad un negozio ad effetti obbligatori, "*l'esame concreto degli interessi in gioco non può esimere dal dubbio circa la concreta utilità dello schema di contrattazione reale*".

Tutti questi rilievi critici, evidenziano, *in nuce*, alcuni degli aspetti più controversi che la teorica del potere configurativo, svolta nella dimensione del 'negozio di riqualificazione', pone all'attenzione dell'interprete⁷⁴.

Gli stessi, tuttavia, non hanno impedito, come detto, che questa costruzione, per così dire allargata, del potere configurativo trovasse terreno fertile in diversi campi di indagine, gettando le basi per la sua ulteriore evoluzione.

2. Le moderne elaborazioni in tema di potere configurativo: la '(ri)qualificazione negoziale'

Nei paragrafi precedenti si è, dunque, brevemente delineato quale è stato l'approccio tradizionale di dottrina e giurisprudenza rispetto alla tematica che qui ci occupa, ovvero quella della idoneità dell'autonomia privata a dettare regole

⁷⁰ La qual cosa, infatti, finirebbe per violare l'art. 1376 c.c., trasfigurando la compravendita da contratto consensuale a contratto reale. Cfr. GAZZONI, *contratto preliminare*, (67), p. 20.

⁷¹ Il quale, invece, verrebbe meno per effetto degli atti di sostituzione programmati dal patto di rotatività. Cfr. GAZZONI, *Il vestito dell'imperatore (replica 'ossessiva' sul pegno rotativo)*, (67), p. 564.

⁷² Ipotesi, invero, avanzata solo con riferimento al patto configurativo nella garanzia pignoratizia. Cfr. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni)*, (67), p. 1469; ID, *Il vestito dell'imperatore (replica 'ossessiva' sul pegno rotativo)*, (67), p. 566.

⁷³ Vedi le osservazioni di LA PORTA, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, (8), p. 546 nota 53 da cui è tratta la citazione che segue nel testo.

⁷⁴ Aspetti controversi su cui il presente lavoro intende contribuire a far luce.

vincolanti, per il giudice – e, di riflesso, per l’ordinamento statale – in ordine al significato e alla rilevanza giuridica delle proprie condotte.

Come anticipato, però, oggetto della presente indagine vuole essere una valutazione critica delle più recenti tendenze interpretative, che, più o meno consapevolmente, hanno dato nuova vitalità al tema del c.d. potere configurativo dei privati.

In particolare, la formula mediante cui questa peculiare forma di espressione dell’autonomia privata è tornata all’attenzione degli studi dottrinali, ma anche della prassi professionale, soprattutto di stampo notarile⁷⁵, può essere ricondotta all’espressione ‘qualificazione causale’⁷⁶ ovvero “*riqualificazione causale*”⁷⁷.

Variante lessicale che si giustifica a seconda del fatto che la volontà ‘configurativa’ dei privati sia indirizzata (come nel caso della “*riqualificazione*”) o meno (come nel caso della ‘qualificazione’ *tout court*) verso precedenti manifestazioni di autonomia privata, già oggetto di ricezione all’interno dell’ordinamento, sotto una particolare veste negoziale.

Ancor più nello specifico, il campo di indagine del presente lavoro vuole essere l’ipotesi che è stata definita della “*riqualificazione*”, ossia della volontà configurativa che si esprima nei riguardi di un precedente regolamento di autonomia; in altre parole, della volontà configurativa in cui trovi espressione lo scopo pratico (*i.e.* l’interesse) delle parti a ritornare sulla propria precedente dichiarazione dispositiva, al fine di attribuire all’operazione economico-individuale⁷⁸ un significato, e, di conseguenza, una disciplina⁷⁹, differenti.

⁷⁵ Come vedremo, di “*contratto modificativo atipico della causa negoziale*” si parla anche nella prassi notarile: cfr. il Quesito CNN n. 617-2013/C “*L’interesse delle parti di “modificare” la causa del contratto di vitalizio assistenziale: strumenti negoziali a confronto, fra esigenze assiologiche e coerenze sistematiche*” a cura di A. MUSTO, CNN Notizie del 13 febbraio 2015, p. 10-11.

⁷⁶ Può con questa espressione compendiarsi l’idea di “*un atto di autonomia alla radice della qualificazione*”, prospettata da CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 233.

⁷⁷ La locuzione si ritrova in A. BUSANI, *Il contratto di “riqualificazione” della donazione di partecipazioni sociali in patto di famiglia*, Società, 2016, p. 536, 538 e 540; D. ACHILLE, *Limiti alla circolazione dei beni di provenienza donativa e rimedi negoziali* in V. CUFFARO (cur.), *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 371; AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (1), p. 491 ss.; BARALIS, *Osservazioni e casistica in tema di trasferimenti fiduciari*, (41), p. 69 ss..

⁷⁸ Il richiamo al concetto di “*operazione economica*” (definita da E. GABRIELLI, *Il contratto e l’operazione economica* in AA.VV., *Studi in onore di G. Benedetti*, II, ESI, Napoli, 2008, p. 757-787 come “*sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano*”) tenta di indicare, con maggior chiarezza, la prospettiva entro cui vorrebbe muoversi l’attività configurativa dei privati.

⁷⁹ Sul rapporto tra qualificazione e attribuzione di disciplina si veda sin d’ora, per tutti, R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, R. SACCO (cur.), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2004, p. 386 ss.

Non pare, infatti, che la diversa proiezione del potere configurativo nella veste di “*qualificazione*” di un atto giuridico in senso stretto, ovvero di un mero fatto, sollevi problematiche della medesima ampiezza di quelle che possono venire in rilievo nella prospettiva della riqualificazione.

Già da tempo, come sarà meglio chiarito nel prosieguo della trattazione, si afferma l’ammissibilità di una manifestazione di autonomia diretta ad attribuire a precedenti condotte delle parti, non qualificabili *ex se* nei termini di attività negoziali, un significato, appunto, negoziale.

In particolare, il campo in cui si è dato spazio, e si è, quindi, riconosciuta piena legittimità a simili momenti di autonomia, è quello delle c.d. liberalità indirette o non donative.

Anticipando quanto sarà *infra* più ampiamente tratteggiato, circa il percorso ermenutico che, muovendo dalla norma (materiale) di cui all’art. 809 c.c., ha portato all’attuale e compiuta definizione delle liberalità non donative, deve considerarsi un’acquisizione incontestabile che, in presenza di condotte delle parti cui l’ordinamento ricollega determinati effetti a prescindere dalla volontà delle stesse (appunto, quelle condotte che possono essere designate con il termine di atti giuridici in senso stretto ovvero meri fatti) sia possibile attribuire a tali condotte un significato negoziale, nei termini di una liberalità diversa dalla donazione, proprio per il tramite di un distinto (e imprescindibile) accordo delle parti.

Nulla sembra ostare, in sostanza, a che un determinato effetto ricollegato direttamente dalla legge ad un comportamento dei privati, sia dagli stessi integrato all’interno di in uno specifico programma negoziale, tra loro posto in essere.

Maggiori dubbi sussistono, invece, in ordine alla possibilità per le parti di ridefinire il contenuto e gli effetti di una operazione economica che sia stata già recepita dall’ordinamento, il quale vi abbia già attribuito effetti conformi a quella che, secondo le regole di interpretazione codificate, è stata la relativa volontà; il dubbio, in particolare, investe tanto il se quanto il come di questa supposta legittimazione a “*riqualificare*” quanto già manifestato sotto altra veste tipica, od atipica.

L’utilizzo della suddetta locuzione – “*riqualificazione*” e sue diverse declinazioni – è, invero, certamente diffuso⁸⁰, sebbene vi sia anche chi⁸¹, pur

⁸⁰ Vedi riferimenti in nota 77.

⁸¹ Rimandando al prosieguo della trattazione per un’analisi della tesi che ha proposto la figura della c.d. novazione causale del contratto, si può segnalare, sin da ora, che secondo F. ANGELONI, *Ancora sulla novazione della donazione in vendita: optima repetita iuvant?*, *Diritto e giustizia*, 4 ottobre 2013, p. 4-5 “è corretto parlare di *qualificazione del contratto o del negozio*, e non della causa dello stesso, in quanto appunto la *qualificazione del negozio giuridico* consiste nella “*sussunzione della fattispecie nel tipo astratto*”, mentre non ha alcun senso fare riferimento alla *qualificazione della causa del negozio giuridico*”; di conseguenza, non appare corretto

facendo riferimento ad un medesimo, seppure embrionale, concetto di fondo (ossia il concetto di una volontà negoziale che si reitera⁸² – nel senso che ritorna su una distinta/precedente sua manifestazione – al fine di rimodularne il significato e, dunque, la rilevanza tra le parti e per i terzi) respinga il ricorso a tale condivisa terminologia.

Come si cercherà di evidenziare, tale tentativo di differenziare le soluzioni operative rispetto all'idea portante di una volontà privata il cui scopo pratico altro non sia se non quello di attribuire, alla precedente dichiarazione, una rilevanza giuridica differente da quella originariamente espressa, non sembra portare ad esiti condivisibili.

In ogni caso, tale circostanza dà conto dell'attuale fluidità ed incertezza degli interpreti nel dare una identità, una fisionomia, a questo particolare intento dei privati che viene ricondotto all'area semantica sottesa all'espressione "riqualificazione".

Pertanto, pare quanto mai opportuno iniziare la valutazione critica qui prospettata partendo proprio dai diversi modi in cui la figura della '(ri)qualificazione' è stata, ad oggi, proposta.

2.1. La prima elaborazione dell'accordo configurativo avente contenuto di 'qualificazione': lo spunto di Mengoni e la tesi di Caredda. L'accordo configurativo di una liberalità non donativa

Si è detto, dunque, che ad alimentare la riflessione in tema di negozio configurativo, e a favorirne lo sviluppo nella prospettiva di un "accordo sulla causa"⁸³, sono stati soprattutto gli studi dottrinali in materia di liberalità diverse dalla donazione formale⁸⁴.

classificare come "riqualificazione causale" l'ipotesi del contratto di novazione (causale) della donazione, tanto più che, continua l'Autore "in nessuna parte del nostro saggio abbiamo fatto riferimento a tale discutibile ed apotiddica classificazione (al riguardo precisiamo che abbiamo utilizzato per ben dieci volte il termine "qualificazione" ma come riferito espressamente ed esclusivamente solo al contratto o al negozio)".

⁸² Evidente è la sovrapposizione della presente indagine con le tematiche classiche della reiterazione/ripetizione negoziale, così come, infatti, messo in luce da AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (1), p. 504-505; P. LAMBRINI, *Novazione del contratto o contratto rinnovativo?* in R. FIORI (cur.), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Jovene, Napoli, 2008, p. 265 ss..

⁸³ Ritroviamo questa ulteriore e suggestiva locuzione in FUSARO, *In tema di liberalità non donative: ricognizione della casistica e analisi della prassi*, (8), p. 865.

⁸⁴ Tra i più recenti scritti in materia, vedi, oltre alla già citata opera di CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1); G. IACCARINO, *Liberalità indirette*, Ipsoa, Milano, 2011; AA.VV., *Liberalità non donative ed attività notarile*, Il Sole24ore, Milano, 2008. Per un catalogo delle

Impulso rilevante in questa direzione, ha avuto origine dall'esigenza, insita nel disposto problematico della norma materiale di cui all'art. 809 c.c.⁸⁵, di conciliare l'applicazione degli istituti (o, meglio, dei frammenti⁸⁶) della disciplina della donazione tipica, con tutte le ipotesi di fatto in cui, per il tramite di atti o procedimenti, siano essi negoziali o non negoziali, intercorrenti tra le medesime parti o tra parti differenti, si realizzi l'arricchimento disinteressato⁸⁷ di un soggetto.

In particolare, ad offrire le prime suggestioni si presta l'analisi delle modalità operative dell'azione di riduzione, nei casi in cui la stessa sia rivolta, dal legittimario leso, nei confronti di una liberalità non donativa, che abbia determinato il particolare effetto di far conseguire, al beneficiario della liberalità, un bene originariamente non appartenente al patrimonio di colui che della liberalità deve considerarsi il disponente (ossia colui che è mosso dall'intento liberale di determinare l'arricchimento del beneficiario, sopportando il peso economico della relativa attribuzione)⁸⁸.

Anche nello studio di Luigi Mengoni in materia di successione necessaria, infatti, in quella parte dell'opera dedicata al principale strumento di tutela dei

ipotesi di liberalità non donative espressamente riconosciute dalla giurisprudenza v. Cass. SS.UU., 27 luglio 2017, n. 18725.

⁸⁵ Cfr. le osservazioni ed i riferimenti in AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (1), p. 497.

⁸⁶ Non vi è, infatti, concordia di opinioni in merito a quali regole previste dal legislatore in materia di donazione, diverse da quelle individuate esplicitamente dall'art. 809 c.c., siano suscettibili di applicazione allargata, a tutte quelle fattispecie catalogabili all'interno delle "liberalità diverse dalla donazione". Per un approfondimento v. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 245 ss.; B. BIONDI, *Le donazioni* in F. VASSALLI (cur.), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1961, p. 925 ss.; IACCARINO, *Liberalità indirette*, (84), p. 169 ss..

⁸⁷ La formula è ripresa da CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 1; di essa, come chiarito dalla stessa Autrice, è, però, fatto utilizzo, in veste di tributo alla storia delle dottrine in tema di donazione (e, soprattutto, in tema di causa della donazione – v. ID, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (8), p. 29 ss. e p. 31 ss. ove il riferimento ai noti studi di G. GORLA, *Il contratto, I. Lineamenti generali*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 81 ss.) non essendo revocabile in dubbio che sussista sempre un "interesse a donare" (ne esalta la rilevanza A. PALAZZO, *Le donazioni (Artt. 769-809)* in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 5 ss.), che le dottrine più moderne (v. A. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, *Riv. Dir. Civ.*, 1976, p. 254 ss.; C. MANZINI, *Spirito di liberalità" e controllo sull'esistenza della "causa donandi"*, *Contr. impr.*, 1985, p. 419 ss.; A. CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione* in M. BESSONE (cur.), *Trattato di diritto privato*, V, Giappichelli, Torino, 2005, p. 19 ss.; AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (1), p. 501) identificano non tanto nel mero effetto di attribuzione in assenza di corrispettivo, quanto nella volontà di arricchire per il perseguimento di un interesse di natura non patrimoniale.

⁸⁸ Il tema è indubbiamente vasto; ai fini della presente trattazione, si rimanda al quadro di sintesi offerto da AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima "per equivalente")*, (1), p. 690 ss.; AMADIO, *Liberalità non donativa e collazione*, (8), p. 523 ss.; A. TORRONI, *La reintegrazione della quota riservata ai legittimari nell'impianto del codice civile*, *Riv. Not.*, 2011, p. 683 ss..

diritti dei legittimari, si accenna all'esistenza di un “*rapporto interno da cui risulta la causa donandi*”⁸⁹.

L'autorevole studioso, infatti, nel delineare l'impatto dell'impugnativa in riduzione di quella struttura liberale complessa, tradizionalmente inquadrata nella formula della c.d. intestazione di beni sotto nome altrui⁹⁰, si interroga sugli effetti che da tale iniziativa potrebbero derivare sulla relazione (il “*rapporto*”, appunto) tra il beneficiario dell'acquisto e la parte che economicamente se ne fa carico.

Come puntualmente osservato⁹¹, non può certo dirsi che già nelle pagine qui considerate debba scorgersi un espresso richiamo alla categoria del negozio configurativo: all'evidenza, l'aver enucleato, nelle trame dell'operazione negoziale globale (in cui si sostanzia il coordinamento, ad esempio, tra la compravendita dell'immobile e l'intervento del terzo – nella prassi professionale quotidiana⁹², e nella casistica giurisprudenziale⁹³, il genitore del donatario) l'esistenza di un rapporto tra l'autore della liberalità e il soggetto che è destinato a beneficiarne, non può certo comportare, per consequenzialità logica, che tale rapporto debba necessariamente avere origine in un apposito accordo, intercorrente tra quei medesimi soggetti⁹⁴.

L'individuazione del “*rapporto interno da cui risulta la causa donandi*” deve ragionevolmente leggersi come un portato della non contestabile qualificazione del risultato dell'attività negoziale in termini di liberalità, l'operare della quale lascia del tutto impregiudicata la questione concernente le modalità tramite cui

⁸⁹ L. MENGONI, *Successione necessaria* in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 257.

⁹⁰ Su cui v. le pagine di U. CARNEVALI, *Voce* ‘Intestazione di beni sotto nome altrui’, *Enc. Giur.*, Istituto Enc. It., Roma, 1996.

⁹¹ Cfr. AMADIO, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, (8), p. 838 nota 48 ad opinione del quale “*il riferimento è limitato al «rapporto» e non mostra in alcun modo di presupporre la necessità di un accordo, autonomo rispetto all'attribuzione e diretto a qualificarla causalmente*”.

⁹² Vedi le osservazioni di IACCARINO, *Liberaltà indirette*, (84), p. 45 ss..

⁹³ Emblematicamente, è questo il caso concreto sottoposto all'attenzione della nota sentenza delle SS. UU., 5 agosto 1992, n. 9282, cui si deve il principio di diritto secondo cui, in caso di intestazione di beni sotto nome altrui, la collazione della liberalità ha ad oggetto il bene immobile e non il denaro speso per il suo acquisto (cfr. però, le recenti sentenze di Cass., 16 aprile 2015, n. 7822 e 31 gennaio 2014, n. 2149 secondo cui tale individuazione dell'oggetto della liberalità, ai fini della collazione, sia possibile solo qualora il denaro messo a disposizione per l'acquisto copra l'intero costo del bene, ricadendo, nell'ipotesi contraria, in un caso di semplice donazione diretta del denaro).

⁹⁴ Sebbene lo stesso autorevole Autore (MENGONI, *Successione necessaria*, (89), p. 257 nota 89) adombri il riferimento ad un accordo sottostante ritenendo, in un caso giurisprudenziale di intestazione liberale di beni, realizzata mediante acquisto diretto dell'immobile da parte del donante, in nome della persona beneficiata, che “*nei rapporti interni l'assenso del beneficiario (minorenne) alla liberalità indiretta era supplito dal potere di sostituzione nella cura dei suoi interessi spettante al donante nella qualità di genitore esercente la patria potestà*”.

tale ulteriore qualificazione debba innestarsi nel preesistente esercizio di autonomia⁹⁵.

Al tempo stesso, però, l'annotazione svela e conferma l'esistenza di un rapporto ulteriore e distinto da quello nascente dal tipo di operazione adottata⁹⁶, rapporto della cui presenza non può farsi a meno, perché è soprattutto da tale rapporto ulteriore (e non dal restante negozio) che la *causa donandi*, ossia l'interesse all'attribuzione liberale, “risulta”⁹⁷.

Quanto osservato è ancor più importante se si considera, come già detto, che il negozio tipico utilizzato non intercorre necessariamente tra il disponente la liberalità e il soggetto beneficiario (così è nell'intestazione di beni sotto nome altrui, ma il rilievo può essere esteso, *a fortiori*, all'ipotesi in cui la liberalità sia veicolata da attività non negoziali, da cui, dunque, non può nascere, per definizione, alcun rapporto avente tale natura).

In sostanza, la puntualizzazione sull'esistenza del rapporto liberale, se per certo non può di per sé implicare, indefettibilmente, la ricorrenza, tra le parti della donazione indiretta, di un apposito accordo, impone il doveroso quesito concernente quale sia, di tale rapporto, l'effettiva fonte.

E se, dunque, il rapporto liberale si identifica in un diverso profilo, in un particolare atteggiarsi, degli interessi della medesima operazione complessiva, ossia della medesima articolazione di effetti – che non muta – la fonte, che ne è alla base, permette, in sostanza, di attribuire alla predetta operazione ulteriore rilevanza, ai fini della disciplina di cui agli artt. 769 c.c. e ss., e, quindi, in ultima analisi, di consentirne la qualificazione anche in termini di liberalità⁹⁸.

Un tentativo di fornire risposta all'interrogativo sopra sollevato, si è sviluppato all'interno dell'ampia indagine che recente dottrina ha dedicato al fenomeno delle liberalità diverse dalla donazione tipica⁹⁹.

Per le donazioni indirette derivanti da fattispecie di natura non negoziale, in particolare, si è posto l'analogo quesito, relativo alla possibilità che i privati

⁹⁵ Su tale problema v. le osservazioni di CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 175 ss. ed, in particolare, p. 186 ss..

⁹⁶ Utilizzato, qui, nell'accezione di schema negoziale astrattamente predisposto dalla legge, conformemente alla nota distinzione tra causa e tipo su cui v. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1968.

⁹⁷ È stata attentamente messa in luce (vedi AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (1), p. 492-493; CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 4 ss.) la varietà di formule lessicali tramite cui è veicolato, a livello codicistico, il concetto di liberalità: da quelle che lo accostano all'atto (così, ad esempio, nella rubrica dell'art. 809, c.c.); a quelle che lo sovrappongono al risultato di esso (come rivela il comma 1 della stessa norma) o ad un elemento latamente soggettivo, in ragione del quale l'atto è compiuto (lo spirito, di cui è parola nella norma definitoria della donazione contrattuale).

⁹⁸ Come rileva CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 192, per effetto “della sfaccettatura causale che caratterizza l'atto, questo è oggetto di diverse qualificazioni normative”.

⁹⁹ Trattasi della più volte citata opera di CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1),

contemplino un effetto acquisitivo previsto, in via legislativa, ad altre finalità¹⁰⁰, prendano atto della sua coincidenza con gli scopi che le stesse si prefiggono e vi ricorrano, in quanto tale, attribuendovi un significato ulteriore¹⁰¹.

Il problema, sotto una diversa prospettiva, concerne la possibilità di ravvisare nel complessivo comportamento delle parti, la cui volontà sia di piegare ad una finalità ulteriore il risultato di una fattispecie acquisitiva legale, un “*regolamento di privati interessi*”¹⁰².

È innegabile che al centro del meccanismo della liberalità non negoziale si collochi l'intento soggettivo, che “*dà impulso all'operazione, la anima e le attribuisce l'ulteriore significato che serve a caratterizzarla come liberalità*”¹⁰³.

Le parti, infatti, mirano a realizzare la fattispecie acquisitiva così come prevista dalla legge, riconoscendone la perfetta coincidenza con quanto loro necessario per dare attuazione ad un determinato assetto di interessi.

Le parti, in altri termini, colorano il comportamento assunto dalla legge come presupposto degli effetti, con la corrispondente volontà di tenerlo ed indirizzarlo alla realizzazione di interessi non patrimoniali¹⁰⁴.

Il riferimento alla volontà, si osserva¹⁰⁵, pur evocando l'immagine del negozio giuridico (nella variabilità delle sue configurazioni) non può essere di appiglio per affermare la rielaborazione delle fattispecie acquisitive legali in fattispecie, per l'appunto, negoziali: la natura delle fattispecie non muta, nemmeno nell'ipotesi in cui, ad integrazione delle stesse, si affiancasse una specifica volontà dei privati.

Piuttosto, si configura il farsi di un comportamento, normalmente valutato agli effetti di un acquisto *ex lege*, che assume un'ulteriore (e, quindi, duplice) rilevanza quale liberalità, in conseguenza di una volontà che tale significato intende attribuirvi.

È nella suggestione, quindi, di una volontà il cui contenuto sia quello di assegnare un determinato significato giuridico ad un comportamento, di colui cui la stessa è imputabile, che la dottrina in esame segna la continuità con la dottrina del negozio configurativo.

Perché è mediante un atto di autonomia “*che le parti determinano la ragione giustificativa delle prestazioni da attuarsi liberamente, fissando, per così dire, la*

¹⁰⁰ Si prospetta l'esempio dell'usucapione o dell'accessione.

¹⁰¹ Così CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 213.

¹⁰² CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 213

¹⁰³ CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 223.

¹⁰⁴ Cfr. le precisazioni in nota 87.

¹⁰⁵ Vedi CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 224-225.

causa contractus “senza elevare la causa stessa – oggetto di pura e semplice declaratoria – al rango di *lex contractus*”¹⁰⁶.

Anche negli atti di liberalità che possono definirsi non negoziali, quindi, si riscontra lo svolgimento di un'attività negoziale, che, però, ha valore meramente configurativo, nella misura in cui è diretta esclusivamente ad attribuire una particolare rilevanza giuridica ai contegni dalla stessa previsti¹⁰⁷; detti contegni, dunque, non si atteggiavano certo come obbligatori, rimanendo, al contrario, del tutto spontanei¹⁰⁸, in quanto inseriti in una sequenza procedimentale che solo al momento della sua conclusione è idonea a determinare la realizzazione dell'interesse¹⁰⁹.

Tuttavia, la circostanza che tali contegni, pur spontanei, acquistino già autonoma rilevanza ai fini del perfezionamento di una fattispecie legale, conduce, inevitabilmente, ad una sostanziale differenziazione.

Per la dottrina del negozio configurativo, infatti, “una volta attuati i comportamenti realizzativi dell'intento, l'assetto di interessi trova la propria fonte nell'attuazione medesima, e non nell'accordo che, ab initio, si limita a configurarla fornendole un certo significato” di guisa che “sopravvenuto l'atto definitivo, l'originaria previsione delle parti – quella che, sotto il profilo causale, giustifica i comportamenti attuativi instaurati medio tempore dalle parti stesse – viene ad essere automaticamente assorbita dal negozio, che conclude il procedimento”¹¹⁰..

Risulta evidente, invece, che nel caso delle liberalità non negoziali “l'acquisto del “beneficiario” è pur sempre un acquisto ex lege, sia pure configurato come acquisto liberale, e non un effetto negoziale in senso stretto”¹¹¹.

Laddove, per conservare il legame con la teorica del procedimento, l'originaria prospettazione del negozio configurativo è costretta a limitarne l'operatività allo svolgimento della fase dinamica, fino al momento in cui sono compiutamente posti in essere quei comportamenti che, per il tramite dell'accordo stesso, sono configurati quali requisiti di rilevanza sostanziale del negozio da concludere, la dottrina qui esaminata è vincolata a riconoscere che l'attribuzione di significato abbia ad oggetto contegni assunti dalla legge come meri fatti e che il

¹⁰⁶ CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 227.

¹⁰⁷ La soluzione offerta dalla dottrina in esame, in ordine alle liberalità da comportamenti non negoziali, vede l'adesione dello stesso MENGONI, *Successione necessaria*, (89), p. 255.

¹⁰⁸ Con la conseguenza che un'eventuale interruzione dei predetti contegni potrà comportare, come unica conseguenza, il mancato conseguimento del risultato previsto, salva l'applicazione, ove ritenuta compatibile con gli atti di liberalità, del principio di buona fede.

¹⁰⁹ Così CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 229.

¹¹⁰ PALERMO, *Contratto preliminare*, (2), p. 112.

¹¹¹ CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 230.

procedimento conduca al perfezionamento di qualcosa che non è certo valutabile in termini negoziali; da ciò discende l'impossibilità, dunque, di ricondurre integralmente a questo 'qualcosa' la rilevanza della complessiva fattispecie alla stregua di una liberalità¹¹².

Nella consapevolezza di proporre un ulteriore avanzamento della categoria del negozio configurativo verso “*espressioni “limite” dell'autonomia*”¹¹³, si precisa¹¹⁴, in altri termini, che nelle ipotesi di un accordo sul significato di una liberalità non negoziale, non si intende configurare futuri comportamenti quali tappe di un procedimento che conduce alla conclusione di un contratto o alla realizzazione di un assetto negoziale di interessi, né si configurano (quando il negozio incida sul piano della fattispecie) le condizioni di rilevanza di un futuro contratto; ciò che le parti mirano a conseguire, piuttosto, data la produzione di determinati effetti legali, è l'aggiunta, agli stessi, di un'ulteriore disciplina¹¹⁵.

Detto altrimenti, le parti “*nient'altro fanno che enunciare (in senso lato) l'interesse perseguito*”¹¹⁶ e “*la rilevazione dell'interesse ispiratore consente la qualificazione dell'operazione, una volta raggiunto il risultato, come liberalità*”¹¹⁷, con conseguente applicazione della disciplina propria degli atti ispirati alla realizzazione di quell'interesse.

Ma, allora, se “*vi è, insomma, un atto di autonomia alla radice della qualificazione in termini di liberalità*”¹¹⁸ di una fattispecie che è, e rimane, puramente legale, l'ipotesi di studio delle liberalità non negoziali, può segnalarsi

¹¹² Cfr. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 231.

¹¹³ CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 231.

¹¹⁴ Vedi CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 231-232.

¹¹⁵ Il pensiero dell'Autrice, soprattutto nelle parti volte a segnare le differenze esistenti tra il negozio configurativo di liberalità non negoziali e quello elaborato nel contesto degli studi sul procedimento giuridico, prospetta il perfezionamento dell'accordo tra beneficiante e beneficiario in un momento anteriore rispetto alla realizzazione delle condotte materiali, in cui trovano attuazione le fattispecie legali di acquisto, da qualificare in termini liberali. Tuttavia, come evidenziato in più luoghi (vedi, ad esempio, CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 201-202, 208-209, 211, 222 nota 64, 238-239) non è per nulla escluso che il predetto accordo possa intervenire in un momento successivo rispetto alla configurazione della fattispecie legale, e che, di conseguenza, in base ad una indagine rivolta alla scrutinio della volontà effettiva delle parti, esso si sostanzi non tanto nella rinuncia ad eventuali pretese *ex lege*, dirette a riequilibrare gli assetti patrimoniali, quanto nella attribuzione di rilevanza liberale all'acquisto già perfezionatosi, essendo senz'altro possibile, infatti, che “*i privati “contemplino” un effetto acquisitivo previsto dalla legge per sue proprie finalità, constatino che esso coincide perfettamente con scopi che loro si prefiggono e lo utilizzino in tal quale, ma arricchendolo di nuovi significati*” (ivi, p. 213; conformi PALAZZO, *Le donazioni (Artt. 769-809)*, (87), p. 642-643; MENGONI, *Successione necessaria*, (89), p. 255). Quanto osservato, consente, in ultima analisi, e come meglio puntualizzato nel prosieguo del lavoro, di confermare che l'attività di qualificazione contemplata dalla dottrina in esame possa collocarsi sul medesimo piano di indagine di quella prospettata nelle recenti proposte dottrinali in tema di 'riqualificazione'.

¹¹⁶ CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 233.

¹¹⁷ CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 232.

¹¹⁸ CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 233.

non tanto per l'ambito in cui va ad operare la determinazione dei privati quanto "per le peculiarità della determinazione stessa"¹¹⁹.

Peculiarità che può, quindi, cogliersi nel rendere la 'qualificazione del fatto' oggetto e contenuto della volontà delle parti.

Si compie, così, l'annunciata epifania della figura del 'negozio di qualificazione' di cui si è fatto cenno in apertura del paragrafo.

Figura che, in questa sua prima apparizione, rimane ancora fortemente in ombra, in quanto, veicolata attraverso l'immagine 'classica' del potere di configurazione (pur collocandosi lunga la linea che idealmente ne tratteggia il confine estremo¹²⁰).

Questa annotazione conclusiva richiede, invero, un'ulteriore precisazione.

Alla figura che, per convenzione, chiamiamo 'negozio di qualificazione', la dottrina fin qui sommariamente enunciata ricorre al solo fine di costruire una teoria coerente del fenomeno delle liberalità diverse dalla donazione, avendo a mente, in particolare, il problema della configurazione in termini di liberalità di fattispecie previste dalla legge *sub species* di atti non negoziali o finanche meri fatti¹²¹.

Coerenza che si intende garantire¹²², in sostanza, escludendo che sussista, di per sé, totale identità tra la fattispecie acquisitiva legale e quella liberale, sul presupposto, innegabile, che, per poter dar vita ad un fenomeno liberale, il comportamento da cui scaturisce la fattispecie acquisitiva legale richieda sempre un elemento di volontarietà, riconducibile all'*animus donandi*, e si arricchisca, in altri termini, di un contenuto volitivo ulteriore, tramite cui l'atto possa essere deliberatamente indirizzato verso un dato risultato (quello, appunto, liberale) e verso un dato soggetto.

¹¹⁹ CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 232.

¹²⁰ Vedi quanto precisato *supra* circa gli elementi distintivi che la stessa Caredda individua tra il negozio configurativo riconducibile all'elaborazione di Palermo, e quello dalla stessa Autrice proposto, in materia di liberalità non donative.

¹²¹ Il problema relativo alla possibilità di configurare quali liberalità anche queste ipotesi di effetti *ex lege* era stato posto in dottrina già sotto il vigore del Codice del 1865, pur in difetto di una disposizione indicativa come il vigente art. 809 c.c., considerando, soprattutto, che il coinvolgimento di simili fattispecie all'interno della categoria delle liberalità si scontrava con la diffusa teorizzazione delle liberalità non donative in veste di negozi indiretti. Non è un caso che, in contrapposizione all'orientamento che ammette la possibilità di perfezionare una liberalità mediante atti non negoziali, si ponga chi riconduca tutte le prospettabili fattispecie (usucapione, accessione etc..) a ipotesi di negozi indiretti, realizzati per il tramite di un collegamento tra la fattispecie base e una rinuncia abdicativa (all'indennità di cui all'art 936 c.c., al diritto di interrompere la prescrizione etc...) ovvero chi neghi, per le stesse, qualsiasi compatibilità con la disciplina positiva, essendo il campo delle liberalità necessariamente limitato alla ipotesi degli acquisti a titolo derivativo. Per un quadro di sintesi, v. sempre CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 199 ss..

¹²² Vedi per le osservazioni che seguono CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 204 ss..

Ciò comporta che, spostando il punto di vista, dal campo delle liberalità non negoziali e quello delle liberalità derivanti da combinazioni di negozi, non necessariamente tale elemento vivificatore debba essere ricercato in un apposito accordo di configurazione.

Così, infatti, si afferma¹²³ che nell'ipotesi in cui la volontà donativa emerga all'interno di una sequenza di atti negoziali (il pensiero è, ancora una volta, all'intestazione di beni sotto nome altrui) è proprio la stessa operazione complessa in sé, comprensiva di più elementi o, se si vuole, di più negozi collegati, a dar luogo alla liberalità¹²⁴.

In queste ipotesi, si vuole dire, è proprio il coordinamento tra due negozi dotati ciascuno di qualifica autonoma a produrre la qualificazione complessiva in termini di atto di liberalità.

In ultima analisi, questa constatazione – cioè quella secondo cui sussisterebbe, in tali casi, un interesse unitario, cui ricondurre la causa concreta dei contratti collegati, consentendo di attribuire all'operazione complessiva la qualifica di atto di liberalità – sembra mettere alle porte qualsiasi tentativo di ricavare, per l'accordo configurativo, un qualche minimo spazio di operatività.

In realtà, nello statuire che la natura di liberalità degli atti negoziali diversi dalla donazione sia apprezzabile unicamente come “*profilo della loro più complessa causa*”¹²⁵ (la quale può conservare pure una certa indipendenza tra le proprie diverse componenti¹²⁶) la tesi in esame sembra celare un'insopprimibile ambiguità.

Ed, in effetti, nel momento stesso in cui si ammette questa scindibilità, e se ne ravvisa il maggior grado nella situazione in cui la liberalità sia indirizzata verso un soggetto estraneo al negozio utilizzato per conseguire l'effetto di arricchimento, a causa della diversità soggettiva dei relativi profili¹²⁷, non si può non ammettere, di conseguenza, che, anche nelle liberalità negoziali, il profilo della liberalità non inerisca, sempre e comunque, al negozio ‘mezzo’ (ad esempio, proprio perché intercorrente tra soggetti diversi da quelli coinvolti dall'interesse donativo) e, quindi, richieda di trovare, altrove, il fondamento del suo operare quale strumento di qualificazione e disciplina.

¹²³ Cfr. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 183 ss..

¹²⁴ Secondo le SS.UU., n. 9282/92 ricorrerebbe, in questa ipotesi, un “*complesso procedimento di attuazione della donazione indiretta*”.

¹²⁵ CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 192.

¹²⁶ Al punto che non necessariamente l'eventuale caduta di uno dei profili (quale, ad esempio, proprio quello che connota la fattispecie in termini di liberalità) comporti la caducazione di quelli concorrenti (ad esempio, nel c.d. *negotio mixtum cum donatione*, il profilo dello scambio).

¹²⁷ Vedi CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 194, nota 183.

Ecco, dunque, che può considerarsi ancora aperto l'interrogativo sopra sollevato, circa la necessità o meno di un apposito accordo a fondamento della qualificazione liberale di una fattispecie negoziale normalmente retta da un autonomo profilo funzionale¹²⁸.

Al contrario, non pare suscettibile di contestazione quanto proposto rispetto alle liberalità di natura non negoziale¹²⁹.

Ricostruito il *proprium* delle liberalità non donative nel perseguimento di un interesse non patrimoniale mediante una struttura effettuale diversa dalla disposizione di un diritto e dall'assunzione di un obbligo¹³⁰, non è possibile negare la necessità che al perfezionarsi della fattispecie acquisitiva legale si accompagni una manifestazione di autonomia delle parti (la si chiami, se si vuole, configurativa), affinché a tale fattispecie sia assegnata una rilevanza, in senso lato, dispositiva¹³¹.

Eventualmente, in quest'ottica, il quesito può essere opportunamente riformulato nel senso di verificare se una siffatta fattispecie negoziale possa essere ricondotta ad una più ampia ed omogenea categoria di 'negozi di qualificazione', che proprio questo lavoro si prefigge di indagare.

2.2. Il 'negozio di qualificazione' come strumento di 'modificazione'¹³² della causa: l'ipotesi della novazione del contratto

¹²⁸ Pur concludendo in senso negativo, si pone il dubbio circa l'utilità di ricorrere alla figura del negozio configurativo per ricostruire il meccanismo liberale risultante dall'intestazione di beni sotto nome altrui anche AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima "per equivalente")*, (1), p. 705. Su tale questione si tornerà ampiamente a conclusione dell'indagine (v. Cap. IV).

¹²⁹ La costruzione è, infatti, stata ampiamente recepita dalla dottrina in materia: *ex multis v.* FUSARO, *In tema di liberalità non donative: ricognizione della casistica e analisi della prassi*, (8), p. 865; IACCARINO, *Liberalità indirette*, (84), p. 88 ss.; S. DELLE MONACHE, *Liberalità atipiche, donazioni occulte e tutela dei legittimari*, *Famiglia*, 2006, p. ; 677 ss.; PALAZZO, *Le donazioni (Artt. 769-809)*, (87), p. 708-709. In giurisprudenza vedi la recente Cass. 20 maggio 2014, n. 11035 secondo cui è configurabile una donazione indiretta dell'immobile, nel caso di nuova edificazione sul terreno del figlio, utilizzando denaro del genitore, a ciò non ostando che l'acquisto sia mediato dal meccanismo legale dell'accessione "tutte le volte in cui, tenendo conto degli aspetti sostanziali della vicenda negoziale (nella specie alternativamente indicata dal giudice del merito come appalto o come contratto a favore di terzi) e dello scopo ultimo perseguito dal disponente, l'impiego del denaro a fini edificatori sia compreso nel programma negoziale perseguito dal genitore donante".

¹³⁰ Vedi quanto osservato in nota 87 circa la ricostruzione della *causa donandi*.

¹³¹ La manifestazione negoziale, infatti, non è diretta alla costituzione di rapporti giuridici, ma, come chiarito, alla configurazione del significato giuridico della fattispecie legale, ai fini dell'instaurazione di un determinato regolamento d'interessi (cioè quella della liberalità). In questi termini v. anche CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (1), p. 217.

¹³² La scelta grafica nasce dall'esigenza di non voler prendere posizione in merito alla natura giuridica (modificativa o meno) del negozio di riqualificazione, intendendo fare riferimento ad un generico intento empirico di mutamento dell'originaria causa negoziale.

Ampiamente recepita dalla dottrina che successivamente ha trattato la materia delle liberalità e dei connessi problemi successori¹³³, la costruzione del negozio configurativo, come negozio diretto alla qualificazione della causa di una distinta condotta, è stata portata nuovamente all'attenzione degli studiosi, questa volta si assumendone l'utilizzo verso una condotta parimenti di natura negoziale, nei più recenti tentativi di individuare dei rimedi negoziali, atti a prevenire le conseguenze negative derivanti dalla circolazione dei beni di provenienza donativa¹³⁴.

In realtà, come già accennato, non sempre le soluzioni proposte hanno espressamente ammesso di ricorrere all'idea di un atto di autonomia che abbia come contenuto la 'qualificazione causale'.

Così è per la proposta teorica avanzata da Francesco Angeloni, in un recente saggio¹³⁵, dedicato all'istituto dallo stesso definito nei termini di "novazione della donazione"¹³⁶.

L'Autore, muovendo dalla considerazione dell'inadeguatezza delle tecniche normalmente oggetto di studio in dottrina, come in giurisprudenza¹³⁷, per soddisfare le esigenze di tutela dei soggetti che acquistano beni aventi provenienze di natura donativa, richiama alla mente dell'interprete l'istituto della novazione di cui agli artt. 1230 e ss. c.c., proponendo di estenderne il campo di applicazione, dalla materia delle obbligazioni a quella dei contratti.

A sostegno della predetta interpretazione, è dato rilievo, anzitutto, al dato testuale dell'art. 1230 c.c., il quale, prevedendo la novazione del titolo dell'obbligazione, e, quindi, anche del contratto obbligatorio, sembra delineare una figura di applicazione generale (definibile nei termini di novazione del contratto) valevole anche nei confronti dei contratti ad effetti reali (soprattutto tenendo a mente che il c.d. principio consensualistico disciplinato dall'art. 1376 c.c. altro non è se non il risultato di una lunga evoluzione normativa che trae le sue origini dalla scissione tra l'obbligazione di dare – *il titulus* – ed il suo atto di

¹³³Vedi sempre riferimenti in nota 129.

¹³⁴ Questione ben nota, condizionata dall'ancora – irragionevolmente – pervasiva disciplina a tutela dei diritti degli eredi necessari (in particolare, in ragione della c.d. efficacia reale dell'azione di restituzione, di cui agli artt. 561 e 563 c.c.). Per una denuncia circa la necessità di una riforma della materia vedi, tra i vari, G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposta di abrogazione ed istanze di riforma*, Riv. Not., 2007, p. 803 ss.; F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.)*, Giust. Civ., 2006, p. 3 ss..

¹³⁵ Cfr. F. ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, Contr. Impresa, 2007, p. 933 ss..

¹³⁶ ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, (135), p. 933 e 946 ss..

¹³⁷ Per una panoramica v. tra i contributi più recenti G. IACCARINO, *Rinuncia all'azione di restituzione prima della morte del donante: soluzioni operative*, Notariato, 2012, p. 395 ss.; ACHILLE, *Limiti alla circolazione dei beni di provenienza donativa e rimedi negoziali*, (77).

adempimento - il *modus acquirendi* – e che ha condotto alla progressiva spiritualizzazione di quest'ultimo, fino al suo assorbimento nel consenso)¹³⁸.

Ulteriormente, si precisa¹³⁹ che una siffatta ipotesi di novazione non sarebbe affatto sconosciuta, né alla giurisprudenza¹⁴⁰, che variamente ne ha affrontato la configurabilità, in più ambiti, né, tanto meno, alla dottrina civilistica tradizionale¹⁴¹.

La proposta estensione (probabilmente analogica) del campo di applicazione dell'art. 1230 c.c.¹⁴², pur non essendo rimasta isolata¹⁴³, non ha incontrato il favore dei commentatori più attenti¹⁴⁴.

¹³⁸ Cfr. ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, (135), p. 948-949; ANGELONI, *Ancora sulla novazione della donazione in vendita: optima repetita iuvant?*, (81), *passim*.

¹³⁹ Vedi ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, (135), p. 947 nota 21.

¹⁴⁰ L'Autore (ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, (135), p. 947 nota 21) si avvale del richiamo ad una nutrita giurisprudenza, che, si dice, ammetterebbe espressamente la novazione del contratto (con particolare frequenza per le ipotesi di novazione dei rapporti di locazione o di lavoro subordinato). Si censura, tuttavia, l'inadeguatezza di tale richiamo, a fornire un argomento decisivo, per la circostanza che le pronunce esaminate, al di là delle formule linguistiche utilizzate, affrontino sempre casi di novazione di un singolo rapporto obbligatorio nascente dal contratto (FRANCO, *Dell'ammissibilità della novazione causale post-moderna. La sua pretesa pervasività sistemica. Ovvero della novazione della donazione*, (144), p. 388 e *ivi*, nota 23; AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (1), p. 509-510; indicazioni in tal senso, anche se non rivolte direttamente a critica del contributo dottrinale in LAMBRINI, *Novazione del contratto o contratto rinnovativo?*, (82), p. 262-263).

¹⁴¹ In particolare, l'Autore cita le posizioni di C.M. BIANCA, *Diritto civile, 4. L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 455-456; ID., *Diritto civile, 4. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 295-296; F. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1950, p. 257 ss., 441 ss. e nota 38.

¹⁴² In risposta all'obiezione secondo cui l'affermazione dell'ammissibilità della novazione della donazione si rivelerebbe apodittica (così AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (1), p. 509), ANGELONI, *Ancora sulla novazione della donazione in vendita: optima repetita iuvant?*, (81), p. 5-6, fa constare che "la disciplina giuridica di un determinato istituto può e deve ricavarsi anche da disposizioni normative che disciplinano istituti diversi, come avviene, ad es. con riferimento alla disciplina della rappresentanza apparente, istituto relativo al contratto in genere ma che viene ritenuto ammissibile in base alla disposizione normativa di cui all'art. 1189 c.c., che disciplina il pagamento a creditore apparente, ossia in base ad una disposizione che disciplina letteralmente solo l'obbligazione e non il contratto. La stessa tecnica argomentativa, a nostro avviso, è applicabile alla fattispecie della novazione contrattuale (o negoziale), che, pur non essendo prevista da una precisa disposizione normativa, è considerata valida anche sulla base della normativa sulla novazione dell'obbligazione di cui agli artt. 1230 ss."

¹⁴³ Seppure con alcune precisazioni (su cui vedi più *amplius* nel testo), essa incontra il favore di G. SANTARCANGELO, *La novazione di donazione*, *Notariato*, 2011, p. 696 ss.; ne valuta positivamente l'ammissibilità anche Quesito CNN n. 617-2013/C "L'interesse delle parti di "modificare" la causa del contratto di vitalizio assistenziale: strumenti negoziali a confronto, fra esigenze assiologiche e coerenze sistematiche", (75), p. 7-8. Ambiguamente, anche F. VALENZA, *Novazione oggettiva e donazione*, *Federnotizie*, 2011, VI, p. 248 ss. il quale, dopo aver chiarito che nel contratto di novazione "i due momenti, quello estintivo e quello costitutivo, per quanto astrattamente dissociabili in senso logico ed in senso cronologico, costituiscono effetti inscindibili ed interdipendenti della novazione" e che, pertanto, la peculiarità della novazione di una donazione in un'altra con oggetto diverso, risiede "nella interdipendenza della risoluzione-estinzione della precedente donazione rispetto alla nuova donazione avente ad oggetto un altro

Anche a non voler dare peso all'obiezione nascente dalla chiara collocazione del fenomeno novativo all'interno dei modi di estinzione dell'obbligazione¹⁴⁵, da più parti, infatti, si evidenziano molteplici ragioni di incompatibilità della teorica in esame, con le più rilevanti acquisizioni della sistematica civilistica.

Così, si annota, anzitutto, che il contratto di novazione, quandanche assumesse ad oggetto un rapporto giuridico più complesso di quello delineato dal solo vincolo obbligatorio, richiederebbe la perdurante pendenza di tale rapporto¹⁴⁶, il quale, peraltro, nella veste di relazione tra situazioni giuridiche soggettive contrapposte, non potrebbe mai essere identificato con il diritto reale¹⁴⁷.

In tale prospettiva non varrebbe nemmeno fare appiglio a quelle teoriche che ammettono la novazione dei 'rapporti' di carattere reale¹⁴⁸, ponendosi, queste,

immobile o una somma di denaro" – interdipendenza dei due momenti che "ne rispetta, tuttavia, la loro distinta natura giuridica di momento negoziale risolutorio il primo e di nuova donazione il secondo" – asserisce che nella novazione causale di una precedente donazione in un negozio oneroso "l'effetto reale rimarrebbe fermo, ma soltanto troverebbe la sua giustificazione causale (...) in un rapporto oneroso" e che non sarebbe consentito "mettere in dubbio l'ammissibilità di tale ultimo possibile atteggiarsi del fenomeno novativo, in quanto in tutte le ipotesi esemplificate fatte dalla dottrina con riferimento alla novazione causale, il fenomeno novativo è proprio un fenomeno evolutivo-trasformativo, che mantiene ferme le situazioni effettuali già prodottesi". Condivide l'ammissibilità della tipologia negoziale in esame anche G. PETRELLI, *Il problema della circolazione degli immobili di provenienza donativa e la novazione causale*, Riv. Not., 2012, p. 971 ss., il quale ne affronta, in maniera approfondita, i profili pubblicitari, ritenendola trascrivibile agli effetti, seppur in casi limitati, dell'art. 2644 c.c. (in ragione del principio di verità, di una interpretazione sistematica delle disposizioni in materia, nonché per la trascrivibilità, generalizzata, ai sensi degli artt. 2643 e 2645 c.c., delle modificazioni alla proprietà o agli altri diritti immobiliari); in questi termini anche Trib. Avellino, 31 maggio 2012 in Riv. Not., 2012, p. 968. Stante l'assenza di un effetto reale, prevede esclusivamente l'adempimento di una trascrizione in rettifica, per correggere le risultanze della precedente nota ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, (135), p. 951.

¹⁴⁴ Alle critiche di AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (1), p. 508 ss. si possono affiancare quelle di R. FRANCO, *Dell'ammissibilità della novazione causale post-moderna. La sua pretesa pervasività sistemica. Ovvero della novazione della donazione*, Contr. Impresa, 2014, p. 384 ss.; F. ALCARO-A. ALEMANNI, *Art. 1230 c.c.* in V. CUFFARO (cur.), *Commentario del Codice civile. Delle obbligazioni. Artt. 1218-1276*, Utet, Torino, 2013, p. 415 ss..

¹⁴⁵ Vedi FRANCO, *Dell'ammissibilità della novazione causale post-moderna. La sua pretesa pervasività sistemica. Ovvero della novazione della donazione*, (144), p. 408; ALCARO-ALEMANNI, *Art. 1230 c.c.*, (144), p. 416; AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (1), p. 510; LAMBRINI, *Novazione del contratto o contratto rinnovativo?*, (82), p. 261-262.

¹⁴⁶ Vedi FRANCO, *Dell'ammissibilità della novazione causale post-moderna. La sua pretesa pervasività sistemica. Ovvero della novazione della donazione*, (144), p. 400; ALCARO-ALEMANNI, *Art. 1230 c.c.*, (144), p. 416-417.; AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (1), p. 510.

¹⁴⁷ L'osservazione, che riprende gli esiti di un noto dibattito classificatorio, è di AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (1), p. 511; *contra* VALENZA, *Novazione oggettiva e donazione*, (143), p. 250 traendo argomento dall'ammissibilità di un mutuo dissenso relativo a contratti i cui effetti reali si siano già esauriti.

¹⁴⁸ Ipotesi fortemente avversata dalla giurisprudenza, come testimoniato da Cass. 4 novembre 2002, n. 15393, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Obbligazioni in genere*, n. 69; cfr. anche Cass., 14 gennaio 1964, n. 82, in *Mass. Foro it.*, 1964, c. 23; Cass., 19 aprile 1972, n. 1263, in *Foro it.*, 1972, I, c. 2839.

sempre nei termini di una novazione del profilo soggettivo – in alternativa alla successione nel diritto – o del profilo oggettivo – in alternativa alla surrogazione dell’oggetto – e giammai quale novazione del profilo funzionale¹⁴⁹.

In sostanza, solo con evidente forzatura, potrebbe ammettersi un fenomeno novativo nei riguardi di un contratto ad effetti reali che abbia già avuto integrale esecuzione.

Sotto un altro profilo, si osserva, invece, che la novazione c.d. causale, si consideri essa operante in via sostitutiva soltanto sul titolo del rapporto (cioè sulla sua causa giustificatrice), ovvero anche sulla fonte (ossia la fattispecie che allo stesso ha dato vita)¹⁵⁰, non potrebbe mai innestarsi su una più ampia struttura contrattuale, per la ragione che questa, dovendo conservare la causa originaria¹⁵¹, per la parte di rapporto non novata, andrebbe incontro ad evidenti problemi di incompatibilità tra i profili funzionali, nonché conseguenti incongruità di disciplina¹⁵².

La critica, più interessante, ai fini che qui rilevano, è, però, quella che mette in luce la contraddittorietà insita in una volontà che ricorra all’istituto della novazione, e, quindi, ad un fenomeno di contestuale estinzione-costituzione, per conseguire l’obiettivo di conservazione degli effetti già prodotti, all’interno di un quadro funzionale rinnovato (ed antitetico).

Tale intento, infatti, lungi dal collocarsi nel solco del fenomeno novativo sembra presupporre, piuttosto, una vicenda di natura modificativa¹⁵³, la quale,

¹⁴⁹ Così FRANCO, *Dell’ammissibilità della novazione causale post-moderna. La sua pretesa pervasività sistemica. Ovvero della novazione della donazione*, (144), p. 401-402.

¹⁵⁰ Sulla duplice prospettiva di lettura del fenomeno novativo v. FRANCO, *Dell’ammissibilità della novazione causale post-moderna. La sua pretesa pervasività sistemica. Ovvero della novazione della donazione*, (144), p. 399 ss..

¹⁵¹ Il richiamo al concetto di causa pone in rilievo, infatti, l’ulteriore problema evidenziato da FRANCO, *Dell’ammissibilità della novazione causale post-moderna. La sua pretesa pervasività sistemica. Ovvero della novazione della donazione*, (144), p. 403, circa l’irriducibilità tra il concetto di causa dell’obbligazione (cui fa riferimento il “titolo” di cui all’art. 1230 c.c.) e causa del contratto, quale fonte unitaria ed inscindibile dell’effetto traslativo.

¹⁵² Cfr. FRANCO, *Dell’ammissibilità della novazione causale post-moderna. La sua pretesa pervasività sistemica. Ovvero della novazione della donazione*, (144), p. 411 e *ivi*, nota 119 il quale cita la stessa dottrina addotta quale orientamento favorevole alla novazione del contratto (nello specifico, trattasi di BIANCA, *Diritto civile, 4. L’obbligazione*, (141), p. 455). Per LAMBRINI, *Novazione del contratto o contratto rinnovativo?*, (82), p. 262, “quando si intenda novare una delle obbligazioni nascenti da un contratto con prestazioni che gravano su entrambe le parti, si interrompe il rapporto tra le obbligazioni corrispettive”. La critica è colta anche da Quesito CNN n. 617-2013/C “L’interesse delle parti di “modificare” la causa del contratto di vitalizio assistenziale: strumenti negoziali a confronto, fra esigenze assiologiche e coerenze sistematiche”, (75), p. 8.

¹⁵³ Vedi ALCARO-ALEMANNI, *Art. 1230 c.c.*, (144), p. 417.; AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (1), p. 510-511; LAMBRINI, *Novazione del contratto o contratto rinnovativo?*, (82), p. 273 ss.. Anche SANTARCANGELO, *La novazione di donazione*, (143), p. 647 osserva che “se la novazione è un modo di estinzione di una precedente obbligazione, la novazione di contratto dovrebbe consistere in un nuovo contratto che estingue quello precedente e si sostituisce ad esso. Il passaggio delicato è proprio questo: come faccio ad estinguere un

però, a sua volta, verrebbe ragionevolmente¹⁵⁴ esclusa dall'alterazione radicale del profilo causale e, di conseguenza, dalla trasformazione irreversibile dell'interesse sotteso, che alla ipotizzata 'novazione della donazione' conseguirebbe¹⁵⁵.

Questa critica, ad una più attenta analisi, mette a nudo la possibile, seppur negata, influenza della teorica del 'negozio di qualificazione', ma, soprattutto, delle esigenze pratiche che ne sono alla base.

Si vuole, dire, cioè, che il tentativo di legittimare una larga applicazione dell'istituto della novazione, miri a rispondere, per il tramite di un istituto noto, a quello stesso scopo pratico che è riscontrabile in un negozio avente contenuto di qualificazione.

La differenza, il passaggio ulteriore rilevante, è dato, però, dal fatto che tale contenuto di qualificazione intende muoversi verso un atto di autonomia che, è già stato recepito dall'ordinamento, e che, dunque, ha già ricevuto un trattamento giuridico conforme agli interessi inizialmente manifestati.

In altri termini, di fronte alla difficoltà, di conciliare conservazione degli effetti già prodotti, rideterminazione degli interessi perseguiti e ridefinizione della disciplina del rapporto, la tesi in esame ritiene di poter individuare un approdo sicuro nel quadro giuridico della novazione, in realtà, assumendo come nucleo effettuale tipico quello che, della stessa, sarebbe, invece, un effetto meramente indiretto¹⁵⁶.

*precedente contratto traslativo che abbia già prodotto i suoi effetti, tenendo in piedi gli effetti già prodotti? (...), allora, se per un originario contratto in cui una parte ha trasferito un suo diritto a un'altra, senza corrispettivo (= causa donandi), le parti convengono successivamente un corrispettivo in denaro (= vendendi causa), fermo restando gli effetti traslativi già prodotti, non è che abbiamo semplicemente modificato il precedente contratto? Non sostituito un nuovo contratto a quello vecchio (= novazione?), ma cambiato alcuni elementi del precedente contratto (= atto modificativo?)". L'ambiguità, pur non esplicitata, si ritrova anche in PETRELLI, *Il problema della circolazione degli immobili di provenienza donativa e la novazione causale*, (143), p. 973 ss., ove si parla di "modificazione – a mezzo della novazione causale – del diritto immobiliare".*

¹⁵⁴ Il punto verrà meglio approfondito nel capitolo che segue.

¹⁵⁵ L'obiezione è condivisa, v. FRANCO, *Dell'ammissibilità della novazione causale post-moderna. La sua pretesa pervasività sistemica. Ovvero della novazione della donazione*, (144), p. 414-415; ALCARO-ALEMANNI, *Art. 1230 c.c.*, (144), p. 418.; AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (1), p. 511.

¹⁵⁶ Illuminano l'inversione logica sottesa alla tesi qui esaminata, le parole critiche di ALCARO-ALEMANNI, *Art. 1230 c.c.*, (144), p. 417 nella parte in cui precisano che "proprio perché la novazione non mira di per sé ad una revisione causale del rapporto, la riqualificazione causale può essere solo l'esito dell'intervenuto mutamento del titolo o dell'oggetto (...) pertanto anche qualora si abbia in conseguenza di tale modifica una rideterminazione del centro causale, ciò rappresenterebbe solo una indiretta conseguenza dell'operazione de qua"; il punto pare colto anche da FRANCO, *Dell'ammissibilità della novazione causale post-moderna. La sua pretesa pervasività sistemica. Ovvero della novazione della donazione*, (144), p. 386 laddove chiarisce che "gli studiosi della novazione usano frequentemente la formula 'novazione causale' per delineare quella incidenza dell'istituto sul 'titolo' dell'obbligazione (e, dunque, sulla sua ragione giustificatrice), là dove l'originale ricostruzione della novazione della causa donativa in causa oneroso di compravendita discute tecnicamente di 'novazione della causa' per spiegare un'incidenza delle parti sulla causa del precedente contratto. Pertanto, sia qui detto in breve giro di parole: altro è la causa dell'obbligazione, altro è la causa del contratto".

Non è un caso, d'altronde, che tutte le voci contrarie, nel confutare la tenuta dell'ipotizzata 'novazione del contratto' abbiano dedicato parte delle proprie argomentazioni per sottoporre ulteriormente a verifica la suddetta proposta teorica, qualora se ne avanzasse una rielaborazione¹⁵⁷ sotto la prospettiva del negozio, in senso lato, modificativo o di "riqualificazione"¹⁵⁸.

Veicolata, quindi, dalle critiche alla configurabilità di una novazione della donazione, quale mezzo tecnico per mantenere inalterati gli effetti attributivi già prodottosi, conferendovi un mutato titolo, nonché alimentata dai dibattiti dottrinali in ordine alle novità legislative più controverse¹⁵⁹, la figura del contratto – ora si – di 'riqualificazione', alla fine di una lunga parabola, ha trovato espressa consacrazione nel linguaggio della scienza civilistica.

2.3. Il 'negozio di qualificazione' come strumento di 'modificazione'¹⁶⁰ della causa: l'ipotesi della 'riqualificazione della causa'

L'interesse, e il fervente susseguirsi di opinioni e commenti dottrinali, suscitati dagli scritti in tema di novazione della donazione, considerata anche la particolare incidenza, nella prassi professionale quotidiana, della materia vocata a promuoverne l'applicazione¹⁶¹, rivelano, dunque, che lo scopo pratico sotteso all'idea della 'riqualificazione', intercetti interessi vivi ed attuali della collettività e degli operatori economici.

¹⁵⁷ Per FRANCO, *Dell'ammissibilità della novazione causale post-moderna. La sua pretesa pervasività sistemica. Ovvero della novazione della donazione*, (144), p. 415 trattasi di "sforzo recuperatorio".

¹⁵⁸ Vedi FRANCO, *Dell'ammissibilità della novazione causale post-moderna. La sua pretesa pervasività sistemica. Ovvero della novazione della donazione*, (144), p. 413; ALCARO-ALEMANNI, *Art. 1230 c.c.*, (144), p. 417.; AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (1), p. 508 ss. e p. 512.

¹⁵⁹ Che la tematica della 'riqualificazione' sia emersa, in particolare, nei primi dibattiti in tema di patto di famiglia (specificatamente con riguardo alla percorribilità di un recupero postumo al patto, di donazioni pregresse) è testimoniato da AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (1), p. 505, nota 45 e BARALIS *Osservazioni e casistica in tema di trasferimenti fiduciari*, (41), p. 71 Sulla rilevanza del tema della 'riqualificazione', anche nell'ambito della disciplina del c.d. *rent to buy* (quale possibile mezzo per spiegare l'imputazione dei canoni di locazione ad acconto prezzo) v. per tutti G. PETRELLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili (rent to buy)*, visionabile in www.gaetanopetrelli.it, p. 7 e 12.

¹⁶⁰ La scelta grafica nasce dall'esigenza di non voler prendere posizione in merito alla natura giuridica (modificativa o meno) del negozio di riqualificazione, intendendo fare riferimento ad un generico intento empirico di mutamento dell'originaria causa negoziale.

¹⁶¹ Trattasi, si ripete, della delicata questione concernente le tecniche imbastite dai professionisti per aggirare i problemi nella circolazione degli immobili, a causa delle pretese dalla legge riconosciute ai legittimari, nei confronti dei beni donati.

Ad ulteriore riprova, come già anticipato, si osserva che i primi tentativi di enunciazione dei tratti distintivi del ‘negozio di riqualificazione’ si collochino, ancora, sulla scia delle problematiche relative alla circolazione dei beni acquistati per effetto di donazione¹⁶².

Nel prospettare il recupero di una provenienza donativa, attraverso la sua ‘conversione’ in una cessione gratuita non liberale, in quanto di natura fiduciaria, un’opinione valuta come ammissibile “*che il precedente negozio possa qualificarsi in maniera causalmente diversa nel senso che i suoi effetti, consolidati oppure futuri, rimangono come sono avvenuti o sono previsti ma vengano qualificati, etichettati diversamente*”¹⁶³.

Sforzandosi di recuperare l’idea sottesa alla novazione della donazione, per il tramite di un utilizzo più ortodosso delle categorie civilistiche, altri ritiene “*possibile concludere che rientra nell’autonomia delle parti il potere di modificare il precedente contratto anche in elementi che incidono sulla struttura dello stesso (=modificandone la causa)*”¹⁶⁴.

Ad accomunare i punti di vista, l’argomento secondo cui, ammesso che per disposizione generale (e segnatamente l’art. 1321 c.c.) un contratto possa anche “*regolare*”, e cioè modificare, un rapporto giuridico preesistente, ovvero che sia possibile mutare la causa in concreto di un contratto già stipulato, attraverso la successiva aggiunta di un elemento accidentale (quale può essere la condizione risolutiva¹⁶⁵ o il patto di riscatto¹⁶⁶) deve reputarsi legittimo che le parti mantengano fermo il regolamento di effetti precedentemente concluso, conferendovi una diversa causa.

È la figura del negozio modificativo, dunque, la chiave di volta sulla base della quale si ritiene, negli studi più recenti, di poter avallare la figura del ‘negozio di riqualificazione’.

L’impostazione, ripresa anche da successivi scritti che ne hanno allargato l’orizzonte operativo¹⁶⁷, guarda alla vicenda che nasce dalla ‘riqualificazione’

¹⁶² Si richiamano qui BARALIS *Osservazioni e casistica in tema di trasferimenti fiduciari*, (41); SANTARCANGELO, *La novazione di donazione*, (143).

¹⁶³ BARALIS *Osservazioni e casistica in tema di trasferimenti fiduciari*, (41), p. 72.

¹⁶⁴ SANTARCANGELO, *La novazione di donazione*, (143), p. 648.

¹⁶⁵ L’ipotesi può essere quella dell’inserimento o della modifica di una condizione risolutiva nell’interesse di una sola parte (BARALIS *Osservazioni e casistica in tema di trasferimenti fiduciari*, (41), p. 72-73).

¹⁶⁶ L’ipotesi è quella del patto di riscatto apposto ad uno solo dei trasferimenti posti in essere nell’ambito di una permuta, il cui esercizio conduce, in ultima analisi, alla sostituzione della permuta con una vendita (SANTARCANGELO, *La novazione di donazione*, (143), p. 648).

¹⁶⁷ Trattasi di BUSANI, *Il contratto di “riqualificazione” della donazione di partecipazioni sociali in patto di famiglia*, (77), p. 536 ss. che ipotizza l’utilizzo del negozio di riqualificazione per recuperare agli effetti del patto di famiglia pregresse donazioni di partecipazioni sociali (così riprendendo in modo più organico la proposta teorica più volte avanzata in dottrina durante le iniziative convegnistiche – come già precisato in nota 159 – inizialmente prospettata in A.

della causa come una ipotesi di continuità del rapporto giuridico preesistente, che rimane immutato negli effetti, pur conseguendo un diverso titolo, ed una diversa disciplina (rispetto alla cui concreta applicazione si dibatte se sia opponibile ai terzi¹⁶⁸ e se intervenga *ex nunc*¹⁶⁹ ovvero *ex tunc*¹⁷⁰).

Prospettiva della continuità, e, dunque, degli effetti modificativi, che si appoggia all'ulteriore argomento di economia dei mezzi giuridici¹⁷¹, e, cioè, all'osservazione che se alle parti è consentito porre nel nulla il contratto preesistente mediante un mutuo dissenso (con l'effetto di ricostituire le titolarità dei beni trasferiti nella situazione di diritto antecedente) e stipulare immediatamente dopo, un nuovo contratto traslativo (relativo al medesimo bene già oggetto del primo contratto) sorretto da una causa differente da quella del contratto risolto, pare a maggior ragione meritevole un contratto con il quale i contraenti si limitino a modificare l'assetto di interessi tra loro già posto in essere, conseguendo in maniera diretta il medesimo risultato che potrebbero realizzare ponendo in essere una concatenazione di – inutili ed artificiosi – trasferimenti e ritrasferimenti di diritti.

Prospettiva della continuità che si ritiene di proiettare anche sul piano delle formalità pubblicitarie, ipotizzando, un'applicazione atipica dell'art. 2643 c.c., perché invocata a prescindere da una vicenda circolatoria (non operando, per

BUSANI, *Patto di famiglia e governance dell'impresa trasferita - Primi spunti di riflessione sulla "attrazione" nel Patto di famiglia delle donazioni anteriori alla legge 14 febbraio 2006 n. 55 in AA.VV., Patti di famiglia per l'impresa, Il Sole24ore, Milano, 2006*). Vedi anche il Quesito CNN n. 617-2013/C "L'interesse delle parti di "modificare" la causa del contratto di vitalizio assistenziale: strumenti negoziali a confronto, fra esigenze assiologiche e coerenze sistematiche", (75), p. 10-11, ove si prospetta il ricorso al "contratto modificativo atipico della causa negoziale" per trasformare un vitalizio assistenziale in una donazione dell'immobile.

¹⁶⁸ La dottrina in modo unanime sembra escludere che il sopravvenuto mutamento di causa possa pregiudicare i diritti acquistati dai terzi: v. BUSANI, *Il contratto di "riqualificazione" della donazione di partecipazioni sociali in patto di famiglia*, (77), p. 539; SANTARCANGELO, *La novazione di donazione*, (143), p. 648; BARALIS *Osservazioni e casistica in tema di trasferimenti fiduciari*, (41), p. 71 e 74.

¹⁶⁹ Così parrebbe per BUSANI, *Il contratto di "riqualificazione" della donazione di partecipazioni sociali in patto di famiglia*, (77), p. 539 e SANTARCANGELO, *La novazione di donazione*, (143), p. 648, quanto meno con riferimento all'efficacia naturale del negozio di qualificazione.

¹⁷⁰ Vedi BARALIS *Osservazioni e casistica in tema di trasferimenti fiduciari*, (41), p. 71 ss. e 74 ove si parla di "retroattività obbligatoria". Ammettono che possa operare anche *ex tunc* se così è previsto dalle parti BUSANI, *Il contratto di "riqualificazione" della donazione di partecipazioni sociali in patto di famiglia*, (77), p. 539 e SANTARCANGELO, *La novazione di donazione*, (143), p. 648.

¹⁷¹ A questo argomento ricorrono, in particolare, BUSANI, *Il contratto di "riqualificazione" della donazione di partecipazioni sociali in patto di famiglia*, (77), p. 538; Quesito CNN n. 617-2013/C "L'interesse delle parti di "modificare" la causa del contratto di vitalizio assistenziale: strumenti negoziali a confronto, fra esigenze assiologiche e coerenze sistematiche", (75), p. 11; ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, (135), p. 953.

manca di risoluzione, un doppio trasferimento)¹⁷².

3. Conclusioni di sintesi: il punto di partenza dell'indagine

Stante la limitatezza dei contribuiti che fino ad oggi si sono occupati, *ex professo*, del 'negozio di riqualificazione', e di cui si è fin qui dato conto, non può dirsi, ancora, che siano state individuate, rispetto a tale figura, delle criticità insuperabili.

D'altro canto, proprio attraverso il presente studio si vuole condurre lo sforzo ricostruttivo atto a comprendere più chiaramente la tipologia negoziale proposta, al fine di fissarne, con maggior nitore, confini e contenuti.

Certo è che sono state già avanzate alcune obiezioni, delle quali, nel corso del presente studio ci si dovrà fare carico.

In primo luogo, ed in termini più generali, si mette in luce l'impossibilità di ricondurre alla competenza dell'autonomia privata la determinazione del significato giuridico della regola contrattuale, e dell'operazione economica che con la stessa realizza, in quanto potere di principio riservato solo alla legge e al giudice¹⁷³.

In sostanza, un primo problema pare risiedere nell'esigenza di comprendere in quale spazio nei rapporti tra autonomia e autorità (dell'ordinamento statale) possa collocarsi una volontà che sia diretta alla qualificazione del fatto.

Problema vieppiù aggravato dalla circostanza che, superata la visione atomistica che guardava alla causa delle singole prestazioni, ed identificata, di conseguenza, la causa dell'attribuzione traslativa nella stessa causa del contratto, ovvero sia della regola di autonomia, non appare comprensibile come possa mettersi in discussione la predetta causa, senza rimettere contestualmente in discussione l'intero effetto ad essa collegato¹⁷⁴.

Inoltre, con specifico riferimento all'inquadramento nel modello del negozio modificativo, si osserva che il mutamento del profilo causale, nella misura in cui va ad alterarne in modo radicale la natura, a fatica consente di conservare l'omogeneità e la continuità del precedente rapporto¹⁷⁵.

¹⁷² Così BARALIS, *Osservazioni e casistica in tema di trasferimenti fiduciari*, (41), p. 74, secondo una soluzione che si avvicina, anche nei probabili fini di pubblicità verso i terzi, a quella ipotizzata da PETRELLI, *Il problema della circolazione degli immobili di provenienza donativa e la novazione causale*, (143), p. 973 ss., su cui v. nota 143.

¹⁷³ Così AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (1), p. 512.

¹⁷⁴ Vedi AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (1), p. 512.

¹⁷⁵ FRANCO, *Dell'ammissibilità della novazione causale post-moderna. La sua pretesa pervasività sistemica. Ovvero della novazione della donazione*, (144), p. 414-415; ALCARO-ALEMANNI, *Art. 1230 c.c.*, (144), p. 418; AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (1), p. 510-511; anche BARALIS, *Osservazioni e casistica in tema di trasferimenti*

Da queste prime osservazioni, ed intuizioni, tuttavia, pare, poter prendere opportunamente avvio un discorso critico che guardi alla figura del ‘negozio di qualificazione’, avendo a mente tutto il percorso storico e dottrinale, che, nei tempi recenti, ha portato alla sua emersione.

fiduciari, (41), p. 73-74 sebbene non escluda del tutto la legittimità di una riqualificazione causale anche in presenza di un mutamento del tutto incompatibile con la causa preesistente.

Capitolo II

I limiti esterni del ‘negozio di qualificazione’: le differenze rispetto alle figure affini

1. Una premessa: la qualificazione come scopo pratico dei privati

Prima di addentrarci nella parte del presente lavoro dedicata alla ricostruzione dei caratteri positivi del negozio di ‘(ri)qualificazione causale’, al fine di chiarirne i relativi limiti (e, quindi, in ultima analisi, di saggiarne l’effettiva potenzialità applicativa nei confronti di precedenti manifestazioni di autonomia negoziale)¹, appare opportuno svolgere una attività di preliminare delimitazione – questa volta, in negativo – della relativa categoria.

Partendo da una più chiara identificazione dello scopo pratico perseguito dai privati, nel momento in cui accedono ad un accordo definito di ‘(ri)qualificazione causale’, s’intende in questa sede individuare i caratteri che permettano di differenziarne il contenuto rispetto ad altre *species* di dichiarazioni, che, conformemente all’intento dei soggetti che vi hanno preso parte, possono muoversi verso analoghi obiettivi.

In altri termini, prima di delineare i profili strutturali, funzionali e di efficacia del negozio qui oggetto di studio, si rende necessario, in queste pagine, scandire quei caratteri che consentono di affermarne l’autonomia rispetto ad altre fattispecie, che allo stesso possono dirsi affini, a fronte di una certa analogia, sul piano della struttura, ovvero di una apprezzabile sovrapposibilità, quanto alle finalità avute di mira.

L’analisi delle fattispecie interessate può, dunque, essere graduata partendo da quelle che più recisamente mostrano la propria distanza dall’intendimento alla base dell’ipotizzato ‘negozio di qualificazione’, per proseguire verso quelle in cui tale distanza si fa decisamente più sfumata.

1.1. Il contenuto di qualificazione

Passaggio preliminare imprescindibile è, come detto, una più precisa identificazione dell’intento pratico perseguito dalle parti, nel momento in cui si

¹ In sostanza, al fine di valutare la bontà delle recenti proposte in tema di intervento nei privati nel processo di qualificazione (causale) delle proprie condotte negoziali.

accordano per attribuire una data ‘qualificazione’ a certe modificazioni della realtà giuridica.

Come concetto di teoria generale del diritto, il termine ‘qualificazione’ evoca due diverse operazioni di natura logico-razionale, da taluno distinte in qualificazione di I grado e qualificazione di II grado².

Anzitutto, si può parlare di qualificazione rispetto all’operazione mentale compiuta dal giudice nel processo di c.d. sussunzione del fatto concreto, posto alla sua attenzione, all’interno della fattispecie positiva³ prevista dalla norma giuridica.

Che sia questo il significato, cui deve ricondursi l’intento dei privati di fronte alla volontà che sorregge il modello di negozio, delineato nelle precedenti pagine, è, tuttavia, ipotesi da sottoporre a verifica.

Non può negarsi, infatti, che, presupponendo la volontà di ‘qualificazione’ dei privati come diretta ad enucleare gli interessi concretamente perseguiti, al fine di attribuire agli effetti giuridico-economici una data impronta funzionale, e una specifica disciplina, potrebbe collocarsi al di fuori dal campo della presente indagine, qualsiasi accordo che abbia come obiettivo quello di regolare, quanto meno tra le parti, l’interpretazione del ‘testo’⁴ contrattuale⁵.

In questa prospettiva, infatti, il concetto di qualificazione assume il significato di momento dell’interpretazione⁶, da identificarsi, tendenzialmente, con quella

² Così A. CATANIA, *Voce* ‘Qualificazione giuridica (teoria generale)’, *Enc. Giur.*, Istituto Enc. It., 1991, p. 1.

³ Sul ruolo centrale della fattispecie, quale strumento per veicolare, all’interno dei sistemi giuridici (e della cultura giuridica) di stampo continentale, l’esigenza di prevedibilità e organizzazione del divenire per “attribuire all’evento un significato e trarre da esso una linea di condotta, un dover fare o un non fare degli uomini”, v. N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2014, p. 36 ss..

⁴ L’utilizzo della parola è volutamente in un’accezione più tecnica, nella consapevolezza che la forma tramite cui può manifestarsi la dichiarazione negoziale non si limiti, certamente, alla parola scritta, come chiaramente precisa F. CARRESI, *Il contratto in A. CICU-F. MESSINEO* (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XII t.1, Giuffrè, Milano, 1987, p. 500 ss.; vedi anche N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 11, secondo cui “il testo è un fenomeno di linguaggio, cioè implica il richiamo ad un sistema o codice di segni che viene socialmente adottato e che rientra nell’uso comune”.

⁵ Per una recente ricostruzione della figura in esame v. M. ONORATO, *L’accordo d’interpretazione*, Milano, Giuffrè, 2009.

⁶ Invero, la distinzione logica e cronologica tra interpretazione e qualificazione, sostenuta dalla tradizionale dottrina (vedi, per tutti, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (ristampa della corretta della II edizione), ESI, Napoli 1994, p. 87-88; F. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1966, p. 729-730) e supportata da una costante giurisprudenza (ex multis vedi Cass., 22 giugno 2005, n. 13399 in *Contratti*, 2006, p. 239; Cass., 3 novembre 2004, n. 21064 in *Contratti*, 2005, p. 564) è da tempo, e da più voci, messa in dubbio (vedi, anche per gli ulteriori riferimenti, E. CAPOBIANCO, *L’interpretazione del contratto in V. ROPPO* (cur.), *Trattato del contratto*, II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 304-305, ed *ivi* nota 46; M. GRONDONA, *Interpretazione e qualificazione del contratto tra merito e legittimità*, *Notariato*, 1998, p. 516 ss.; G. PIAZZA, *Il rapporto tra interpretazione e qualificazione*, *Contratti*, 1998, p. 341 ss. entrambi in nota a Cass., 16 giugno 1997, n. 5387 *ivi*, p. 512 ss. e *ivi*, 337 ss.) stante la difficoltà, e la scarsa utilità, di isolare, in modo netto, le due predette operazioni;

fase della ricostruzione del regolamento contrattuale – ovvero sia, della ricostruzione del significato giuridicamente rilevante dell'accordo⁷ – atta a delineare il modello legale astratto, di contratto, entro cui ricondurre quanto in concreto convenuto dai paciscenti⁸.

Nel contempo, però, portando la 'qualificazione', sul piano della ricostruzione, obiettiva e consapevole, ad opera delle parti, dell'interesse che riconduce ad unità una pluralità di strutture semplici⁹ può certamente scorgersi una sovrapposizione con quella attività di ricerca del raccordo tra l'operazione economica e gli autori di essa – l'interpretazione, appunto – che, non a caso, avviene sul piano della ricostruzione dell'interesse, quale obiettivamente e consapevolmente strutturato e determinato dalle parti, lungo l'itinerario tracciato dalla regole positive di cui agli artt. 1362 ss.¹⁰.

Diversi rilievi supportano la convinzione che l'attività di qualificazione, nel senso che tale termine acquista nell'ambito della teoria dell'interpretazione, non sia pienamente coincidente con lo scopo pratico avuto di mira nel negozio qui chiamato di 'qualificazione'.

La qualificazione, come attività interpretativa, presuppone, per necessità logica, che il procedimento di formazione linguistica-materiale del contratto sia giunto alla sua conclusione; che le manifestazioni, oggetto dell'indagine conoscitiva, in veste di 'contenitori' del regolamento contrattuale, in tutte le sue componenti essenziali (segnate dall'art. 1325 c.c.), siano complete ed irretrattabili¹¹; che il

esse, infatti, compongono un'unitaria attività conoscitiva, definita di natura circolare, in quanto caratterizzata da continui rimandi tra interpretazione, qualificazione e integrazione. Il rilievo, oltre ad avere riscontro nella pratica quotidiana (nel momento in cui l'interpretazione di alcune clausole secondo una determinata qualificazione, consente di perfezionare e correggere la qualificazione stessa, in un continuo percorso di tappe intermedie, fino al conseguimento del risultato finale) trova conferma nelle regole codicistiche, le quali, ad esempio, vincolano ad interpretare le espressioni contrattuali in relazione alla "natura e all'oggetto del contratto" (art. 1369 c.c.) ovvero ne condizionano la portata a seconda della qualificazione onerosa o gratuita dell'atto (art. 1371 cc.).

⁷ Cfr. V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, ESI, Napoli, 1985, p. 135-136, 242. In questa accezione è stato anche detto (M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 6) che l'interpretazione "si risolve, così, nella determinazione della stessa efficacia contrattuale, come si desume dalla finalizzazione del criterio di conservazione previsto dall'art. 1367 c.c. alla produzione di effetti". Nei medesimi termini v. CIAN, *Forma solenne ed interpretazione del negozio*, (19), p. 48.

⁸ Questa lettura della fase c.d. di qualificazione è avallata da una costante giurisprudenza, su cui v., tra le tante, Cass. 10 febbraio 2003, n. 1928 in *Rep. Foro. It.*, 2003, *Voce* 'Contratto in genere', p. 423; Cass., 10 ottobre 1970, n. 1917 in *Giur. It.*, 1972, I, 1, p. 818.

⁹ Mutuando la formula utilizzata da C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto ed interessi dei contraenti*, Cedam, Padova, 1992, p. 430-431.

¹⁰ Così SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto ed interessi dei contraenti*, (9), p. 430.

¹¹ Cfr. L. BIGLIAZZI-GERI, *L'interpretazione del contratto (Artt.1362-1371)* in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 11.

fatto concreto¹² sia già recepito dall'ordinamento, nella sua integrità, nella veste di fatto giuridico¹³.

La qualificazione, come attività interpretativa, concorre alla determinazione del significato dell'atto umano posto (e, cioè, al disvelamento del suo 'valore' nel sistema), non solo attraverso la percezione del significato esteriore e formale della regola, ma valutando in concreto l'operazione economica, alla luce dei principi generali dell'ordinamento e, soprattutto, della qualità degli interessi oggetto di regolazione¹⁴.

L'interpretazione, quindi, anche se riletta in chiave più moderna, superando, cioè, la rigida dicotomia tra accertamento del fatto e sua sussunzione nella norma di legge¹⁵, presuppone indefettibilmente, la compiuta venuta ad esistenza di una "realtà fenomenica ed obiettiva"¹⁶ – l'atto di autonomia – su cui insiste l'accertamento fattuale, riservato al giudice di merito; un fatto che, in quanto compiuto, si colloca, per necessità, nella dimensione del passato, di ciò che è stato¹⁷.

Se così è, però, può cogliersi con forza la differenza rispetto ad una attività di 'qualificazione' che, al contrario, è diretta ad attribuire un'unità causale, una funzione – detta con il linguaggio comune, un senso – ad una serie di condotte, e alle correlate modificazioni del mondo giuridico, che, diversamente, di tale

¹² Parla di "fatto-negozio" BIGLIAZZI-GERI, *L'interpretazione del contratto (Artt.1362-1371)*, (11), p. 11.

¹³ Il termine non è qui usato in senso classificatorio, quanto, piuttosto, per evocare la componente materiale del negozio, in cui si disvela il valore pregiuridico assunto in considerazione dal diritto, secondo l'impostazione teorica di Angelo Falzea, per una esposizione sintetica della quale vedi *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, Riv. Dir. Civ., 1996, p. 1 ss..

¹⁴ In questi termini si esprime BIGLIAZZI-GERI, *L'interpretazione del contratto (Artt.1362-1371)*, (11), p. 12, nota 12 e p. 14, ove si ribadisce che "assai discutibile risulta la riduzione dell'indagine al solo momento dell'accertamento del fatto-negozio (dei suoi elementi costitutivi, delle sue componenti strutturali, ecc.) con conseguente obliterazione di quella che dovrebbe avere ad oggetto, in una visione dinamica della realtà, l'apprezzamento, complessivo e finale, della sua obiettiva portata e quindi il senso, oggettivo e reale, del c.d. ordinamento del caso concreto tenuto conto degli interessi dallo stesso "ordinati"". D'altronde, come chiarisce F. MESSINEO, Voce 'Contratto (dir. priv.)', *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 948, "l'interpretazione dell'atto giuridico non ha finalità di conoscenza mera (conoscenza teoretica o conoscenza storica), sibbene di conoscenza, ma in vista di un dato risultato pratico: appunto, l'applicazione o, rispettivamente, l'esecuzione e gli effetti dell'atto giuridico (nel nostro caso il contratto)".

¹⁵ Sul progredire delle convinzioni in ordine al fondamento del procedimento ermenutico, da strumento di indagine dell'intento delle parti, del loro interno volere, considerato il motore pulsante dell'autonomia negoziale, per la tesi volontaristica, a strumento di ricostruzione della dichiarazione, come strumento di posizione della regola, per la teoria precettiva v. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione*, (7), p. 5.

¹⁶ Cass., 18 marzo 2005, n. 5954 in *Rep. Foro it.*, 2005, Voce 'Contratto in genere', n. 504.

¹⁷ Osserva N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale* in N. IRTI (cur.), *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, Cedam, Padova, 2000, p. 617-618 "L'interprete ha il dovere di indagare "quale sia stata la comune intenzione delle parti". Il "quale sia stata" designa un fatto del passato: del "passato prossimo" (si direbbe con i grammatici), ma sempre del passato. L'art. 1362 considera la comune intenzione come un che di concluso nell'ieri, che l'interprete debba ricostruire in modo retrospettivo".

funzione sarebbero prive; un'attività che, nella sostanza, si fa portatrice di un valore dispositivo di determinati interessi, fino a detta attività privi di qualsivoglia rilievo¹⁸, e, a seguito della stessa, oggetto di regolamentazione attraverso quelle modificazioni giuridiche, che alle predette condotte sono ascrivibili.

Riprova di ciò si può cogliere, d'altro canto, guardando alle relazioni negoziali, non più nella loro fase statica, di posizione dell'accordo, quanto in quella processuale, di conflitto tra le parti.

È ponendo attenzione a questo momento di esecuzione, ed eventualmente di crisi, del regolamento contrattuale, che può, con più probabilità, evidenziarsi la maggiore distanza tra le figure qui considerate.

Non è dubitabile, infatti, che il compito di interpretare il contratto spetti anche, se non preminentemente (o, secondo alcuni, esclusivamente¹⁹), all'organo giudiziario, il quale è destinatario delle prospettazioni di parte, di tutto quanto le stesse si sono dette a voce o per iscritto, e, quindi, dell'allegazione dell'assetto che ciascuna di esse ritiene di aver dato, mediante tali segni, ai propri interessi²⁰.

L'attività di interpretazione, dunque, dovendo poter essere espletata anche da un soggetto terzo rispetto alle parti, non può che rivolgersi verso qualcosa che è, ad opera delle stesse, già compiuto e definito, in tutti i suoi elementi essenziali.

Indagando questo *quid* già compiuto e definito, alla luce delle narrative, delle allegazioni e delle prove addotte dalle parti, il giudice deve potersi rendere conto di quale sia il regolamento da esse concordato, ovvero sia “*il risultato pratico*”²¹ complessivo, al fine di stabilire il tipo di contratto venuto ad esistenza.

Questo *quid* compiuto e definito, per consentire al giudice lo svolgimento del proprio compito, deve necessariamente includere, già in sé, la dinamica degli

¹⁸ E' questo il rilievo anche di R. FRANCO, *Dell'ammissibilità della novazione causale post-moderna. La sua pretesa pervasività sistemica. Ovvero della novazione della causa donazione, Contr. e Impresa*, 2014, p. 416, secondo cui “*qualora si evocasse una figura riconducibile all' 'accordo di interpretazione' (...) Sarebbe, invero, agevole rilevare che la divisata ri-qualificazione non si tratterebbe al di qua dei limiti concettuali e semantici (...) dell'accordo di interpretazione, in quanto idonea a superarne inevitabilmente i rispettivi confini funzionali, per provare ad incidere sul titolo negoziale ed accedere ad una nuova dinamica dispositiva degli interessi*”.

¹⁹ E' discusso, invero, se le norme di interpretazione, qualificate in via maggioritaria come vere e proprie norme giuridiche, debbano essere osservate anche dalle parti (per le quali l'attività di interpretazione nel rispetto dei criteri legali, al fine di ricostruire il proprio impegno giuridicamente vincolante, costituisce la prima proiezione dell'obbligo di procedere all'esecuzione del contratto con diligenza e buona fede) o si rivolgano esclusivamente all'attività del giudice, quale limite insuperabile alla sua cognizione sul fatto-contratto. Su tali questioni v. G. CIAN, *Forma solenne ed interpretazione del negozio*, Cedam, Padova, 1969, p. 70 ss.; C. GRASSETTI, *Voce 'Interpretazione dei negozi giuridici "inter vivos" (Diritto civile)'*, *Nov. Dig. It.*, Utet. Torino, 1968, p. 905-906.

²⁰ Sulla prova dell'esistenza del fatto-contratto, come operazione preliminare al momento dell'interpretazione v. A. GENTILI, *Senso e consenso: storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, Giappichelli, Torino, 2015, p. 490; CARRESI, *Il contratto*, (4), p. 508-509.

²¹ CARRESI, *Il contratto*, (4), p. 501.

interessi regolati e, dunque, può certamente conservare la propria portata di regolamento anche in assenza di qualsivoglia successiva dichiarazione delle parti.

Da tali ulteriori osservazioni può, trarsi, pertanto, la conclusione che l'operazione oggetto di un accordo di interpretazione, non possa che considerarsi un fatto giuridico autosufficiente, ai fini della sua ricostruzione in termini di regolamento di interessi, come tale, inoltre, suscettibile di allegazione e prova in giudizio; e che, al contrario, l'operazione cui si rivolge l'ipotizzato 'negozio di qualificazione', costituisca un complesso di modificazioni giuridiche, in sé inidoneo a divenire oggetto di una domanda giudiziaria, mancando l'individuazione dell'interesse, che la relativa azione dovrebbe avere l'obiettivo di tutelare. Interesse, che, invece, proprio per il tramite del 'negozio di qualificazione', verrebbe ad essere posto a fondamento dell'operazione.

Ciò anche quando l'operazione oggetto del 'negozio di qualificazione' valga, già in sé, come regolamento negoziale, atteso che, in tale eventualità, l'operazione sarebbe stata sì già recepita dall'ordinamento, ma in vista della soddisfazione di un interesse diverso, da quello che invece le parti vorrebbero, in un secondo e successivo momento, porre a suo fondamento.

Precisato in questi termini, lo scopo perseguito dai contraenti del 'negozio di qualificazione' pare, molto più, avvicinarsi al fine cui è preordinata l'attività logica²² ricondotta al concetto di qualificazione di I grado.

Con questa espressione, infatti, si identifica il processo di ascrizione della qualità giuridica a certi condotte umane²³, ossia, in altri termini, il processo di riconduzione al sistema del diritto, di tutto quello che è nella dimensione del fatto.

La qualificazione, analizzata sotto questa veste, coincide, in ultima analisi, con la posizione dello stesso ordinamento²⁴: è la costituzione della norma, che assume

²² Senza addentrarsi nelle intricate implicazioni filosofiche del problema, è possibile, però, segnalare la natura razionale del procedimento di qualificazione qui indagato, posto che, come affermato da CATANIA, *Voce* 'Qualificazione giuridica (teoria generale)', (2), p. 3, "che senso può avere l'ipotetica formulazione di una norma fondamentale che costituisce sì, crea senz'altro un sistema, ma non ci mette in condizione, non ci indirizza verso una possibile ermeneutica conoscitiva degli accadimenti? La teoria della norma fondamentale attiene al procedimento conoscitivo; essa teoria vuole costituire un tentativo logico per carpire ciò che avviene". Sulla natura logica del procedimento di qualificazione, che sottende la rilevanza giuridica del fatto, v. anche N. IRTI, *Voce* 'Rilevanza giuridica', *Nov. Dig. It.*, Utet. Torino, 1968, p. 1108.

²³ Così CATANIA, *Voce* 'Qualificazione giuridica (teoria generale)', (2), p. 1; per un uso del concetto di qualificazione in tali termini v. anche F. TERRE', *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Richon ed Durand-Auzias, Paris, 1957, p. 505 ss..

²⁴ Vedi, sempre, CATANIA, *Voce* 'Qualificazione giuridica (teoria generale)', (2), *passim*; TERRE', *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, (23), p. 511 secondo il quale "à cette difference des organes, peut correspondre une difference quant à l'objet des diverses qualifications: le particulier qualifie l'acte juridique que il passe et l'objet de celui qui; le juge qualifie les situations qui lui sont soumises et le jugement que il rend; le législateur qualifie n'importe quoi" precisandosi che "en revanche, le législateur est tout puissant vis à vis de la qualification, qu'il s'agisse de qualifier la règle légale elle même ou les situations que cette règle va régir".

ad oggetto la realtà fenomenica, per esprimere l'obbligatorietà giuridica di un determinato comportamento.

In via di estrema sintesi, pare potersi affermare, ancora, che la qualificazione giuridica, considerata sotto questa sua seconda accezione, consista nella posizione di una disciplina, e, quindi, di un sistema di norme.

Tale ultima notazione ha un rilievo affatto peculiare: guardando alle ipotesi di fatto, e alla casistica, oggetto di attenzione negli studi di cui si è brevemente riportata l'evoluzione, nel capitolo precedente, appare difficilmente negabile che sia proprio questo il preciso intento sottostante alle varie forme di intervento dei privati sul "significato"²⁵ dell'operazione economica: che sia il negozio configurativo diretto ad unificare, nella veste dello scambio, comportamenti di mera esecuzione ovvero ad attrarre nell'area della liberalità fattispecie già fatte oggetto di una valutazione puramente legale; o sia la novazione della causa contrattuale, che, conservando l'effetto traslativo già prodottosi, "determinerà tutti gli effetti essenziali della vendita"²⁶; ovvero ancora, sia la 'riqualificazione negoziale della causa', per attrarre alla normativa di cui agli artt. 768-bis e ss. c.c. le donazioni pregresse; sia uno qualsiasi di questi modi di atteggiarsi, lo scopo perseguito dai privati sembra proprio essere quello di assegnare una determinata funzione (e, cioè, instaurare un certo rapporto tra le strutture effettuali e gli interessi che le stesse sono deputate a realizzare²⁷) al fine di conseguire l'applicazione di una determinata disciplina legislativa.

Se così è, non appare conclusione priva di fondamento quella secondo cui, osservata dalla prospettiva, qui indagata, dell'accordo privato, l'attività di 'qualificazione' altro non sia se non lo stesso esercizio dell'autonomia privata, la stessa attuazione della dinamica dispositiva degli interessi singolari, che in questa si esprime²⁸.

²⁵ Ricorre a tale termine G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 36.

²⁶ F. ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, *Contr. Impresa*, 2007, p. 950.

²⁷ Tale concetto di funzione si deve, in particolare, a A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale ed interessi delle parti*, *Riv. Dir. Civ.*, 1991, p. 251 ss. e p. 256.

²⁸ Cfr. A. PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 14 nota 5 secondo cui "la posizione di una norma è per noi caratteristica saliente, anzi l'essenza del negozio giuridico (...) se non vi è negozio giuridico che non si risolva in una posizione di volontà normativa, ogni distinzione circa la natura del soggetto da cui tale posizione può essere effettuata in concreto, non potrà essere in realtà che una distinzione esteriore e formale, di modalità e di grado, non già di sostanza. Per questa via, in altre parole, sembra si sia logicamente condotti a riconoscere la possibilità, e quindi da un punto di vista logico la necessità, di affinare la dogmatica della volontà e rispettivamente il concetto di norma in cui la volontà si traduce ad esistenza obbiettiva, fino a raggiungere, con un progressivo processo di astrazione, quelle note comuni che trascendono la distinzione del diritto pubblico e privato, ed a raccogliere sotto un paradigma unico tutte le molteplici manifestazioni di volontà normativa, dalla legge al negozio giuridico, nel suo significato tradizionale". Significative le parole di G. PALERMO, *Autonomia*

Lo svolgimento tocca, evidentemente, temi centrali e questioni fondamentali della teoria generale e, più ampiamente, della filosofia del diritto²⁹.

Piani di indagine che esulano dal presente lavoro, e dalle capacità di chi scrive.

Tuttavia, pur non essendo obiettivo dello studio affrontare proprio su questi piani, la ricostruzione della figura del ‘negozio di qualificazione’, si ritiene imprescindibile cogliere, di questi, le implicazioni che possano reputarsi rilevanti, ai fini di un’analisi che guardi ai profili di stampo più strettamente civilistico.

In particolare, il tentativo di sgrezzare l’iniziale, e informe, prospettazione del ‘negozio di qualificazione’, proponendo un primo abbozzo del suo possibile contenuto – si ripete, il riferimento è alla qualificazione come esercizio di autonomia, mediante posizione di una disciplina –se, fornendo una prima e più chiara identificazione dell’intento pratico perseguito dalle parti, traccia le basi di una struttura che necessariamente abbisogna di un ulteriore approfondimento, in sede di definizione positiva della figura³⁰, permette, nel contempo, di conseguire già un duplice, importante, risultato.

Anzitutto, consente di mettere fuori causa quella che potrebbe essere l’obiezione di più immediata formulazione, davanti ad un atto di autonomia che abbia come obiettivo quello di dettare la qualificazione giuridica di una data condotta, ossia l’obiezione di ritenere un simile intento sottratto alla disponibilità delle parti, in quanto lesivo di una prerogativa che è attribuita inderogabilmente al giudice³¹.

negoziale, Giappichelli, Torino, 2014, p. 28 secondo cui ”a base della rilevanza giuridica dell’operazione qualificabile in senso negoziale, si anzitutto l’”effetto configurativo” della stessa, ascrivibile all’esercizio del potere di disporre, attraverso un “atto fondamentale” , che ne costituisce la prima manifestazione, avente carattere di essenzialità”. In una prospettiva meno ideologica e più tecnica v. anche M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto* in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 31, laddove si afferma che “tra le funzioni che al contratto sono attribuite dall’art. 1321 c.c. c’è quella di regolare un rapporto giuridico (...) ogni contratto, essendo espressione dell’autonomia privata, è un autoregolamento”; F. ALCARO-L. BANDINELLI-M. PALAZZO, *Effetti del contratto* in P. PERLINGIERI (cur.), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, ESI, Napoli, 2011, p. 11 ove si dà conto dell’”elasticità della funzione regolativa del contratto, interpretabile in senso lato come sinonimo di atto incidente o conformativo del potere dispositivo oppure, in senso più specifico, come esprime una funzione di pura normazione di aspetti del procedimento formativo o dell’attuazione del contratto”.

²⁹ Questi temi, in particolare, si allacciano al rapporto tra autonomia e autorità, tra c.d. “ordinamento dei privati” e ordine statale, tra riconoscimento sovraordinato dello scopo empirico dei singoli e attribuzione di tutela ad una regola privata, su cui v. tra gli altri PASSERIN D’ENTREVES, *Il negozio giuridico*, (28); W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano, 1963; A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del “fatto” nell’esperienza giuridica* in A.E. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico: studi*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 247 ss.; L. FERRI, *L’autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1959.

³⁰ Oggetto del capitolo che segue.

³¹ Questa critica emerge, ad esempio, dalle pagine di G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, *Riv. Dir. Civ.*, 2013, p. 512 il quale, però, sembra non considerare la distinzione tra i due diversi modi di atteggiarsi del concetto di ‘qualificazione’, precisati nel testo, laddove si afferma che “la qualificazione (intesa come attribuzione di significato e valore

Come si è cercato di chiarire nelle righe che precedono, la prerogativa che questa critica ritiene lesa dalle scelte di autonomia compiute dai privati per il tramite del ‘negozio di qualificazione’, non coincide, in realtà, con il vero intento che al predetto negozio è sotteso, facendo la stessa riferimento, ad essere rigorosi, ad un concetto di qualificazione che è riconducibile, come detto, all’ambito dell’attività di interpretazione.

Vero è che, per posizione dominante (anche se non pacifica³²), alle parti non è dato modo di vincolare il giudice nello svolgimento di quel dovere di interpretazione che allo stesso spetta adempiere, libero da qualsivoglia condizionamento, in sede di risoluzione della controversia, applicando i criteri ermeneutici stabili dal legislatore (al fine di ricostruire l’autentico regolamento privato che l’ordinamento ha recepito e cui ha garantito tutela giurisdizionale).

Ma proprio perché la fissazione di un tale vincolo non rappresenta, come si è cercato di dimostrare, lo scopo che anima la volontà destinata ad essere veicolata dal ‘negozio di qualificazione’, può certamente escludersi che lo stesso possa essere, per tale motivazione, assoggettato a censura.

Ulteriormente, come anticipato in apertura del presente capitolo, l’individuazione, pur se sommaria, o, se si vuole, meramente descrittiva, della funzione e del contenuto del ‘negozio di qualificazione’, rappresenta il primo e necessario passo per poter procedere ad una delimitazione in negativo della figura, e, quindi, poter cogliere la distanza tra questa e tutte quelle fattispecie, già note ai testi legislativi, o all’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, che, per la peculiare finalità perseguita, si pongono, rispetta alla stessa, come affini o, ad una lettura superficiale, come alternative.

Alla precisazione delle puntuali differenze tra queste fattispecie e l’ipotesi negoziale qui indagata, sul piano della struttura come, anche, su quello della funzione, è, pertanto, dedicato, il prosieguo del lavoro.

*impegnativo) della regola privata è competenza esclusiva della norma (o, in caso di conflitto, del giudice chiamato ad applicarla)”. Che alle parti del contratto, o, più generalmente, del negozio, non sia dato “dettar regole per la qualificazione” è opinione tralatizia, su cui vedi, ad esempio, P. SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, *Riv. Dir. Civ.*, 1978, I, p. 680; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974, p. 81-83.*

³² Cfr. la disamina offerta da GENTILI, *Senso e consenso: storia, teoria e tecnica dell’interpretazione dei contratti*, (20), p. 456-457.

2. Distinzioni: negozio di qualificazione e novazione³³

La figura senza dubbio più distante dal negozio di qualificazione è il contratto di novazione reale³⁴ (ossia di novazione dei profili oggettivi dell'obbligazione).

Delle relative differenze, facilmente intuibili sin da un piano meramente descrittivo³⁵, si è già trattato nel capitolo precedente³⁶, nella parte in cui si è dato conto di quella opinione dottrinale, che attraverso il tipo della novazione di cui all'art. 1230 c.c., aveva tentato di veicolare, in forma negoziale, quella volontà empirica, sopra più puntualmente delimitata, che sta alla base della 'riqualificazione causale'.

In questa sede, può essere opportuno riprendere tali differenze, per segnare, con maggiore chiarezza, ed in una prospettiva più generale³⁷, le ragioni che precludono, ai fini ipotizzati, il ricorso allo strumento codicistico della novazione.

³³ Per una bibliografia essenziale, anche per l'approfondimento dei molteplici snodi problematici della figura (la discussa distinzione tra novazione espressa e novazione tacita; la natura giuridica controversa, tra negozio tipico e disciplina di effetti; la dialettica tra *animus novandi* e *aliquid novi* etc..) qui non trattati, in quanto non rilevanti rispetto all'obiettivo avuto di mira, si rimanda a F. ALCARO-A. ALEMANNI, *Art. 1230 c.c.* in V. CUFFARO (cur.), *Commentario del Codice civile. Delle obbligazioni. Artt. 1218-1276*, Utet, Torino, 2013, p. 383 ss.; C. CICERO, *Le obbligazioni. I modi di estinzione delle obbligazioni* in M. BESSONE (cur.), *Trattato di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 35 ss.; C. ROMEO, *I modi di estinzione delle obbligazioni. La novazione* in R. SACCO (cur.), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2012, p. 1 ss.; G. DORIA, *La novazione dell'obbligazione* in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2012; P. LAMBRINI, *La novazione* in A. BURDESE-E. MOSCATI (cur.), *I modi di estinzione*, L. GAROFALO-M. TALAMANCA (curr.), *Trattato delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 2008, p. 453 ss.; A. MAGAZZU', *Voce 'Novazione (dir. civ.)'*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 779 ss.; e in particolare 811 ss.; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni (art. 1230-1259)* in A. SCIALOJA-G. BRANCA (curr.), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, p. 58 ss.; O. BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Giuffrè, Milano, 1968; G. LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Utet, Torino, 1950, p. 227 ss.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, VII. Estinzione delle obbligazioni*, Utet, Torino, 1927, p. 456 ss.; M. MARTORANA, *La novazione nel diritto civile italiano*, Fiorenza, Palermo, 1924.

³⁴ Per l'utilizzo di tale terminologia v. già LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, (33), p. 228; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, VII. Estinzione delle obbligazioni*, (33), p. 463.

³⁵ Nel momento in cui, da un lato, istituzionalmente, si presenta il contratto di novazione come il contratto mediante cui le parti di un rapporto obbligatorio possono realizzarne la sostituzione con un altro avente un diverso oggetto o titolo e, dall'altro, si rappresenta la volontà delle parti del 'negozio di riqualificazione' come diretta a conservare effetti già prodotti, al fine di attribuirvi una diversa giustificazione causale.

³⁶ Vedi Cap. I, par.2.2.

³⁷ In quella sede, si è tentato, invece, soprattutto, di delegittimare una particolare proposta di novazione del titolo dell'obbligazione, definita dalla dottrina che ne è fautrice come "contrattuale", quale possibile modello per conseguire il mutamento della ragione giustificatrice – da liberalità a compravendita – di un effetto traslativo, già prodottosi. Tale proposta, si ricorda, intendeva conseguire tale mutamento, senza passare per la sostituzione degli effetti già prodotti, e, quindi, conservando integro il risultato del negozio (in termini di variazione delle situazioni giuridiche soggettive facenti capo alle parti interessate) ricorrendo, però, ad un fenomeno di consequenziale estinzione e costituzione.

Come anticipato, per poter ipotizzare di intervenire sulla qualificazione dell'atto di autonomia attraverso la fattispecie della novazione, è giocoforza selezionare, tra le due opzioni che l'art. 1230 c.c. prospetta, quella che consenta di intervenire sull'elemento causale del contratto.

Così, si rende necessario ricorrere alla figura della novazione causale³⁸, valutandone l'applicazione ai rapporti contrattuali, che, per il suo tramite, dovrebbero essere oggetto di sostituzione.

Su un piano generale, la prospettata estensione dell'istituto della novazione si pone in contrasto, anzitutto, con la regolamentazione testuale del suo campo di applicazione (limitato, a tenore di codice, alla materia dei rapporti obbligatori); peraltro, la considerazione dei riflessi operativi del relativo meccanismo di efficacia, induce, a livello sistematico, a negare, nello specifico, la sua compatibilità con le fonti contrattuali dell'obbligazione.

Su un piano più particolare, invece, sono le caratteristiche dell'oggetto della vicenda novativa a non trovare corrispondenza nella peculiarità dei rapporti che dovrebbero essere interessati dall'ipotizzata novazione causale.

Procedendo con ordine, può, dunque, in primo luogo, darsi conto dell'opinione da reputare prevalente³⁹, secondo cui il contratto di novazione individuerrebbe, nelle obbligazioni, il proprio riferimento oggettivo esclusivo⁴⁰.

³⁸ Invero, oggetto di scarso approfondimento, ad opera della dottrina e della giurisprudenza, come chiariscono ALCARO-ALEMANNI, *Art. 1230 c.c.*, (33), p. 405; ROMEO, *I modi di estinzione delle obbligazioni. La novazione*, (33), p. 17.

³⁹ Vedi E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Giappichelli, 2015, p. 277 ss. ed in particolare, p. 282; ALCARO-ALEMANNI, *Art. 1230 c.c.*, (33), p. 416 ss.; CICERO, *Le obbligazioni. I modi di estinzione delle obbligazioni*, (33), p. 50; LAMBRINI, *La novazione*, (33), p. 475; sotto il codice del 1865 v. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, VII. Estinzione delle obbligazioni*, (33), p. 462; MARTORANA, *La novazione nel diritto civile italiano*, (33), p. 15-16. Invero sussiste un ampio catalogo di pronunce giurisprudenziali (in tema di contratti di lavoro, di compravendita o di locazione) che si rifanno ad un supposto meccanismo di novazione del contratto, e che sono addotte come rilevante argomento a supporto della sua ammissibilità (v. per tutti ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, (26), p. 947 nota 21). Molti commentatori (ALCARO-ALEMANNI, *Art. 1230 c.c.*, (33), p. 416-417 e 468 ss.; AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (31), p. 510; LAMBRINI, *La novazione*, (33), p. 505 ss.; P. TOSI *Considerazioni in tema di novazione oggettiva del rapporto di lavoro, Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 195 ss.;), tuttavia, annotano le molteplici ragioni che danno conto dell'inadeguatezza del riferimento fatto in tali sentenze all'istituto *de quo* – dall'incompatibilità dell'istituto con gli specifici rapporti oggetto di considerazione, alla tendenziale negazione, da parte di quelle stesse pronunce, della sua ammissibilità – atteso, peraltro, che, già nella impostazione adottata dai giuristi romani, il c.d. contratto sostitutivo altro non era che una risoluzione per mutuo dissenso del previgente rapporto, seguito da una sua rinnovata costituzione. Contestata è, anche l'ipotizzata previsione di modelli di novazione contrattuale aventi titolo nella legge, quali la c.d. conversione dei contratti agrari ai sensi dell'art. 25 della L. n. 203 del 1982 (sui cui si sono espresse le Sezioni Unite 28 novembre 1994, n. 10130, definitivamente negandone l'assimilazione all'istituto di cui agli artt. 1230 ss. c.c.): v. ALCARO-ALEMANNI, *Art. 1230 c.c.*, (33), p. 418 ss.; DORIA, *La novazione dell'obbligazione*, (33), p. 27-28.

⁴⁰ Per quel che concerne l'impossibilità di configurare un contratto novativo rispetto ad un effetto reale, si vedano anche le indicazioni riportate nel paragrafo 2.2. del capitolo precedente.

Oltre alla collocazione all'interno del titolo I del libro IV, è reputata decisiva la formulazione scelta dal legislatore, il quale espressamente lo qualifica come mezzo di estinzione di un'obbligazione isolatamente considerata⁴¹.

Ulteriormente rilevante è la circostanza che, in un simile contesto, taluno metta perfino in dubbio la sua utilizzabilità nell'ipotesi in cui l'obbligazione da novare abbia titolo in un pregresso rapporto contrattuale⁴².

Si evidenzia, infatti, che il ricorso alla novazione causale, nell'ipotesi in cui l'obbligazione abbia titolo in un contratto, da cui origini un più complesso rapporto, di cui l'obbligazione sostituita fa parte, risulti ostacolato dall'impossibilità tecnica di applicare contemporaneamente le due fonti concorrenti (il negozio originario e il contratto di novazione) attesa l'incompatibilità, assunta in tesi⁴³, tra i relativi titoli.

Per effetto del mutamento del titolo, infatti, ha luogo l'interruzione del legame tra la singola obbligazione contrattuale e il restante rapporto (da cui discende, eventualmente, anche il venir meno del vincolo sinallagmatico); poiché, però, la funzione complessiva del regolamento contrattuale non può prescindere dall'integrità dei suoi effetti essenziali⁴⁴, è giocoforza sostenere che, per effetto

⁴¹ Cfr. ALCARO-ALEMANNI, Art. 1230 c.c., (33), p. 416; P. LAMBRINI, *Novazione del contratto o contratto rinnovativo?* in R. FIORI (cur.), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Jovene, Napoli, 2008, p. 261-262.

⁴² Così FRANCO, *Dell'ammissibilità della novazione causale post-moderna. La sua pretesa pervasività sistemica. Ovvero della novazione della donazione*, (18), p. 408 ss; ALCARO-ALEMANNI, Art. 1230 c.c., (33), p. 404 ss.; a certe condizioni (meglio precisate in nota 45) anche BIANCA, *Diritto civile, 4. L'obbligazione*, (45), p. 455. La maggioranza degli interpreti, invero, non si pone alcun problema del genere, tralattivamente corroborando l'ipotesi della novazione causale diretta alla sostituzione di una singola obbligazione di fonte contrattuale (tipicamente attraverso l'esempio della novazione dell'obbligazione pecuniaria di prezzo in obbligazione da mutuo o deposito): v. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, (39), p. 294; CICERO, *Le obbligazioni. I modi di estinzione delle obbligazioni*, (33), p. 56-57; ROMEO, *I modi di estinzione delle obbligazioni. La novazione*, (33), p. 17 ss. e 65 ss.; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni (artt. 1230-1259)*, (33), p. 74-75 (pur riconoscendo che "v'è dunque, nei negozi a prestazioni corrispettive, qualche complicazione rispetto a quelle fonti, negoziali o no, che hanno come effetto unico la nascita dell'obbligazione"; BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, (33), p. 33; MARTORANA, *La novazione nel diritto civile italiano*, (33), p. 15-16. Afferma senz'altro la legittimità della sostituzione di un contratto ad un altro, nel titolo di una obbligazione M. ANDREOLI, *La novazione tacita obbiettiva*, Maglione, Roma, 1929, p. 43-44. In giurisprudenza è senz'altro ammessa la novazione del titolo rispetto alla singola obbligazione contrattuale: vedi per tutte Cass., 5 ottobre 1959, n. 2651, in *Giur. it.*, 1962, I, p. 124.

⁴³ Visto che, per posizione maggioritaria, come sarà meglio chiarito nel prosieguo della trattazione, il *discrimen* tra una vicenda modificativa ed una vicenda novativa risiede proprio nel porsi, tramite quest'ultima, una variazione del rapporto incompatibile con la conservazione della sua precedente identità.

⁴⁴ Come già chiarito dalla formula di S. PUGLIATTI su cui v. tra i vari lavori *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica: saggi*, Gluffrè, Milano, 1951, p. 75 ss. 105 ss.. Con specifico riferimento all'essenzialità dell'effetto sostitutivo nella novazione v. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, (39), p. 289; BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, (33), p. 18, 24 e 120 ss..

della predetta interruzione, quel che resta del rapporto non possa più avere svolgimento⁴⁵.

Si ribadisce, in sostanza, l'inscindibilità del profilo causale del contratto e degli effetti che dallo stesso scaturiscono, in uno con la conseguente impossibilità di isolare, tra questi, un singolo frammento, al fine di operarne la sostituzione.

Dalle argomentazioni sopra svolte, si ricava, quindi, non solo che l'istituto della novazione causale è, per conformazione normativa, legato alle vicende del singolo rapporto obbligatorio, ma anche che il peculiare atteggiarsi dei suoi effetti, ossia l'operare sul piano della causa dell'obbligazione, potrebbe comportarne l'inutilizzabilità, ogniqualvolta questa causa sia assorbita dalla funzione unitaria di un più ampio rapporto contrattuale.

Il che metterebbe fuori gioco l'istituto della novazione, anche nelle ipotesi in cui, volendosene fare uso nell'asserita prospettiva di 'riqualificazione' del contratto, si diriga l'effetto sostitutivo bensì verso una singola obbligazione, ma considerata isolatamente, e, quindi, smembrata, rispetto al restante rapporto negoziale.

Ipotizzando, comunque, che anche il rapporto contrattuale, nella sua integrità, possa essere oggetto del meccanismo costitutivo-sostitutivo che prende vita con la novazione causale, è necessario farsi carico dell'ulteriore obiezione nascente dalla considerazione delle caratteristiche specifiche dell'oggetto, su cui tale meccanismo è destinato a spiegare la propria efficacia.

Dalla lettura degli artt. 1230 e ss. c.c. (tra cui si ricorda, in particolare, l'art. 1234 c.c.⁴⁶) e dalla ricostruzione più condivisa degli effetti che da tali norme sono descritti (si ribadisce, le contestuali vicende di estinzione della preesistente obbligazione, e di costituzione di una obbligazione differente, per l'oggetto o per il titolo) si ricava, infatti, la regola secondo cui la novazione, per poter esplicare i propri effetti, richiede che l'obbligazione sia ancora pendente, ovvero, in altri termini, che non sia già adempiuta o estinta⁴⁷.

Adattando tali posizioni interpretative, alla prospettiva qui indagata, si deve concludere nel senso che, per consentire la novazione causale di un rapporto

⁴⁵ Così per ALCARO-ALEMANNI, Art. 1230 c.c., (33), p. 404 i quali precisano che *“la modifica del titolo di un’obbligazione non sia un fenomeno isolabile dal contesto del rapporto contrattuale complessivamente inteso, ma che, al contrario, si presenti denso di implicazioni in termini di coordinamento con la restante disciplina direttamente non oggetto di novazione”*; precisa anche C.M. BIANCA, *Diritto civile, 4. L’obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 455 che *“la creazione della nuova obbligazione può tuttavia escludere la sopravvivenza del rapporto contrattuale. Ciò ha luogo quando il mutamento del rapporto è incompatibile con la causa del contratto originario”*.

⁴⁶ A tenore del quale, *“la novazione è senza effetto se non esisteva la obbligazione originaria”*.

⁴⁷ Cfr. AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (31), p. 510; LAMBRINI, *La novazione*, (33), p. 461; BIANCA, *Diritto civile, 4. L’obbligazione*, (45), p. 457-458.

giuridico contrattuale, appare condizione necessaria che tale rapporto non abbia già avuto integrale esecuzione e non abbia già esaurito la propria funzione, dando vita alle situazioni giuridiche finali, alla cui realizzazione era preordinato.

Questo, però, appare inconciliabile con lo scopo pratico che normalmente le parti di un 'negozio di riqualificazione' si prefiggono.

A ben vedere, infatti, la diversa qualificazione causale presuppone, in genere, che le modificazioni giuridiche preesistenti abbiano già raggiunto il loro assetto definitivo.

Non a caso, la circostanza che non siano più pendenti situazioni strumentali, e che proprio alle situazioni giuridiche finali, ormai definitivamente cristallizzate, le parti vogliano attribuire una nuova giustificazione causale e una nuova disciplina, è ciò che preclude la possibilità di intervenire sul rapporto con gli ordinari strumenti messi a disposizione dall'ordinamento giuridico⁴⁸.

Se così è, tuttavia, si pone immediatamente all'attenzione dell'interprete la distanza che intercorre tra le due figure messe a confronto⁴⁹.

Distanza che esce rafforzata se il confronto, sul piano dell'intento pratico delle parti, già svolto guardando alla prospettiva dell'oggetto, è considerato, dal punto di vista, più ampio, della vicenda effettuale.

Quandanche, cioè, si voglia ammettere la percorribilità della proposta ermeneutica che legittima il ricorso alla novazione causale rispetto a rapporti contrattuali, già compiutamente attuati, appare evidente che la vicenda dalla stessa prodotta non collimi con l'intento pratico che sorregge la 'riqualificazione causale'.

Come si è già precisato nel capitolo precedente, infatti, di fronte ad una volontà che mira a preservare gli effetti ormai definitivamente prodotti nella sfera giuridica delle parti, al fine di attribuirvi un diverso significato, e, quindi, una nuova rilevanza causale, appare di tutta evidenza la contraddittorietà insita nella

⁴⁸ Riprendendo la proposta di utilizzo del 'negozio di riqualificazione' come strumento per sterilizzare i rischi della circolazione immobiliare conseguenti alla provenienza donativa, appare emblematica la problematicità, sul piano civile e fiscale, del ricorso all'alternativa tipica costituita dal mutuo dissenso, ai sensi dell'art. 1372, comma 2, c.c., su cui v. tra i vari D. ACHILLE, *Limiti alla circolazione dei beni di provenienza donativa e rimedi negoziali* in V. CUFFARO (cur.), *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 372 ss.; A. TORRONI, *Acquisti immobiliari potenzialmente pericolosi: con provenienza donativa, mortis causa, o per usucapione non accertata giudizialmente. Tutela dell'acquirente*, *Riv. Not.*, 2009, p. 245 ss.; F. MAGLIULO, *L'acquisto del donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, *Notariato*, 2002, p. 93 ss.; M. IEVA, *Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa del donatario tra presente e futuro*, *Riv. Not.*, 1998, p. 1129 ss..

⁴⁹ Sebbene alcuni spunti presenti in ALCARO-ALEMANNI, Art. 1230 c.c., (33), p. 414-415 e MAGAZZU', *Voce 'Novazione (dir. civ.)'*, (33), p. 814-815, su cui saranno dati maggiori ragguagli nel prosieguo dell'indagine, aprono ad una possibile sovrapposizione tra il contratto di novazione causale e la fattispecie qui definita di 'riqualificazione negoziale'.

scelta di uno strumento che, all'opposto, preclude qualsivoglia identità e continuità tra le posizioni delle parti⁵⁰.

Puntualmente la critica⁵¹ dà conto dell'antinomia in cui scivola chi, per aggirare le difficoltà sostanziali, e di prassi, cui va incontro la soluzione tradizionale (articolata nella sequenza data dalla risoluzione per mutuo dissenso del precedente vincolo e costituzione successiva del nuovo contratto⁵²) prende a prestito un istituto che prevede come effetto tipico, e caratterizzante, proprio quello che si vorrebbe evitare, ossia la cancellazione del preesistente rapporto, e la sua sostituzione con uno nuovo.

In breve, è nella categoria empirica della sostituzione, piuttosto che in quella della conservazione – con tutto quel che ne discende in termini di eterogeneità delle fonti e dei contenuti, e di incompatibilità con lo scopo di 'qualificazione causale' – che trova più correttamente collocazione la volontà dei privati, di cui si ha proiezione in sede di conclusione di un accordo novativo⁵³.

⁵⁰ Anche nell'ambito degli studi sulla novazione, invero, viene spesso chiamato in causa il concetto di continuità (v. per esempio ALCARO-ALEMANNI, Art. 1230 c.c., (33), p. 397 ss.; R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale* in AA.VV., *Commentario del Codice civile*, Utet, Torino, 1982, p. 400 ss.), tuttavia, in tale contesto, esso è evocato esclusivamente per rafforzare la costruzione del profilo causale della novazione, inteso come interdipendenza, consequenzialità logica (secondo un nesso, cioè, di causa-effetto) e non solo cronologica, degli effetti in cui si sostanzia la sostituzione, al fine di consentire una più precisa distinzione di questo istituto dalla semplice successione temporale di due autonomi negozi, l'uno estintivo, l'altro costitutivo. A titolo di sintesi, possono riproporsi le parole di ALCARO-ALEMANNI, Art. 1230 c.c., (33), p. 400, ove si precisa che “*continuità e compatibilità causale non vogliono significare la conservazione di qualche elemento della pregressa obbligazione nella nuova obbligazione. La continuità opera all'interno di quella unitarietà del fenomeno novativo come limite qualitativo, indicando essenzialmente che la nuova obbligazione, pur approdando ad una nuova fonte, scaturisce dal “vecchio”, poiché nella novazione la sostituzione del “vecchio” al “nuovo” non avviene attraverso un fenomeno di mera continuità temporale (...) pertanto, affermando che la continuità sia ciò che caratterizza la novazione e la distingue dai fenomeni di estinzione e ricostituzione di un nuovo rapporto non si ritiene né che sia necessaria la conservazione di un quid dell'originaria obbligazione, né tanto meno far coincidere la novazione con la modifica del rapporto*”.

⁵¹ Così efficacemente AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (31), p. 510.

⁵² *Ex multis* v. ALCARO-ALEMANNI, Art. 1230 c.c., (33), p. 416-417; LAMBRINI, *Novazione del contratto o contratto rinnovativo?*, (41), p. 262 ss. e 273.

⁵³ Come afferma MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, (39), p. 290 “*sul piano funzionale, dunque, la novazione oggettiva si configura come un contratto tipico, il quale, attraverso il meccanismo della sostituzione dell'obbligazione preesistente con una nuova obbligazione, consente di adeguare l'originario assetto di interessi alle sopravvenute esigenze delle parti. A questo punto se si ha riguardo alle finalità della novazione oggettiva, risulta evidente che la funzione novativa può concretamente attuarsi solo in forza della compenetrazione tra il momento estintivo dell'obbligazione originaria e il momento della nascita della nuova obbligazione*”; v. anche DORIA, *La novazione dell'obbligazione*, (33), p. 71-72 e PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni dall'adempimento (artt. 1230-1259)*, (33), p. 67 i quali declinano il concetto di sostituzione nell'idea della “*reciprocità*” e della “*corrispettività*” tra l'estinzione della preesistente obbligazione e la costituzione della *nova obligatio*; BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, (33), p. 18 secondo cui “*l'interdipendenza disposta dalla legge tra l'effetto estintivo e l'effetto costitutivo è coerente alla volontà delle parti diretta a “sostituire” all'obbligazione primitiva una obbligazione nuova. L'animus novandi è il fondamento dell'efficacia novativa: non esprime una mera volontà abdicativa, ma estintiva e*

3. Distinzioni: qualificazione e dichiarazioni ricognitive

Alla luce di quanto detto nel paragrafo che precede, non sembra possano porsi fondati dubbi circa l'impossibilità di raccogliere gli spunti della recente dottrina e legittimare l'utilizzo della novazione causale come proiezione, sul piano giuridico, dello scopo pratico sottostante alla 'riqualificazione della causa'.

Maggiori incertezze iniziano, però, ad affacciarsi nel momento in cui si prova a differenziare lo scopo di chi intenda dichiarare quale causa regga le modificazioni che hanno interessato la propria sfera giuridica, e quello che anima, invece, chi pone in essere dichiarazioni aventi ad oggetto il riconoscimento dell'esistenza e della natura di determinati fatti o diritti.

3.1. La natura delle dichiarazioni ricognitive...

Per chiarire meglio la problematica appare opportuno, in questa sede, ripercorrere brevemente qual è l'inquadramento che dottrina e giurisprudenza forniscono delle c.d. dichiarazioni a contenuto ricognitivo.

All'interno di questa più ampia categoria, si distinguono, anzitutto, le dichiarazioni di scienza. Esse possono definirsi come rappresentazioni soggettive, in qualsiasi forma, di fatti storici o della loro efficacia giuridica e presuppongono la certezza, da parte dell'autore, circa l'esistenza di un dato fatto storico o di un dato rapporto giuridico⁵⁴.

costitutiva, in senso unitario". Profili di ambiguità emergono in MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, (50), p. 400 ss. laddove si afferma che è "la legge stessa che dispone l'interdipendenza tra l'effetto estintivo e l'effetto costitutivo, mentre peraltro l'amimus novandi, non esprime soltanto una volontà abdicativa, ma estintiva e costitutiva allo stesso tempo" e, nel contempo, che è elemento essenziale della novazione "la connessione tra il vecchio e il nuovo obbligo (...) che (...) si sostanzia, appunto, in una parziale identità tra i due rapporti, e che tale identità parziale deve afferire alla sostanza del vecchio rapporto".

⁵⁴ La possibilità che una dichiarazione di scienza abbia ad oggetto situazioni giuridiche e non esclusivamente fatti è testimoniata, ad esempio, dalla circostanza che il codice del 1865 ammettesse la ritrattabilità della confessione per errore di diritto (art. 1360, comma 3) e che lo stesso riconoscimento di debito di cui all'art. 1988 c.c. si ricolleggi alla tradizione della *cautio indiscreta* (su cui v. anche nota 87) considerata tratatamente quale 'confessione di debito' (ed infatti la stessa giurisprudenza, sotto la vigenza del codice postunitario, assoggettava il riconoscimento di debito alla stessa disciplina prevista per la confessione). Su questi profili vedi C.A. GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali: contributo alla teoria dell'atto ricognitivo*, Cedam, Padova, 1979, p. 147; M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 299 ss.; *contra* M. ORLANDI, *Note sugli atti di ricognizione*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2003, p. 435 ss.

A tali dichiarazioni, solo in quanto relative ad un fatto o ad un diritto la cui esistenza è contrastante con l'interesse dell'autore⁵⁵ (c.d. *pronuntiationes contra se*), è riconosciuta rilevanza giuridica⁵⁶, nei termini di atto giuridico in senso stretto⁵⁷.

A riguardo, è possibile tracciare una partizione tra atti ricognitivi in senso stretto⁵⁸ e atti confessori.

L'atto ricognitivo è quella *pronuntiatio contra se* avente ad oggetto l'asseverazione di una qualsiasi situazione giuridica soggettiva, tanto di natura personale che di natura reale⁵⁹.

⁵⁵ Per l'esistenza di un principio di irrilevanza delle dichiarazioni a sè favorevoli (al di fuori della fattispecie del giuramento, che, non casualmente, è assistita, per l'ipotesi di non veridicità, da sanzioni penali ex art. 371 c.p.) vedi Cass. SS.UU., 9 maggio 2014, n. 12065; Cass. SS.UU. 3 aprile 2003, n. 5167; Cass. 23 luglio 2010 n. 17358.

⁵⁶ Diversamente, le dichiarazioni convergenti con l'interesse dell'autore devono considerarsi confinate nella sfera dei meri giudizi, delle opinioni, apprezzabili, tutt'al più, sul piano della prova presuntiva (per l'attribuzione, alle dichiarazioni di scienza su fatti favorevoli al dichiarante, del valore indiziario e presuntivo, anche con riferimento all'art. 116 c.p.c., v. Cass., 23 ottobre 2008, n. 25623). La contrarietà all'interesse dell'autore consente di distinguere la *pronuntiatio* giuridicamente rilevante da quella che non è tale; infatti, solo la prima, consistendo "nell'affermazione di una situazione di vincolo del proprio autore" manifesta, in tal modo, che quegli ne ha "piena coscienza" (così C. GRANELLI, *Voce* 'Confessione e ricognizione nel diritto civile', *Dig. Disc. Priv. sez. Civ.*, Utet, Torino, 1991, p. 444). Sembra evocare questo principio come discriminatore della attendibilità di una rappresentazione anche ORLANDI, *Note sugli atti di ricognizione*, (54), p. 434 e 453.

⁵⁷ Come emerge anche dalle considerazioni di cui alla nota 54, atti ricognitivi e atti confessori possono porsi sul medesimo piano e la disciplina dei secondi può essere utilizzata ad integrazione, nei limiti della compatibilità, di quella dei primi (così GRANELLI, *Voce* 'Confessione e ricognizione nel diritto civile', (56), p. 444; vedi anche C.A. GRAZIANI, *Le promesse unilaterali* in P. RESCIGNO (cur.), *Trattato di diritto privato*, IX, Utet, Torino, 1984, p. 671); similmente alle due categorie di dichiarazione può essere riconosciuta la medesima natura giuridica (cfr. anche FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, (54), p. 307, in una prospettiva, tuttavia, di più ampio respiro nell'ambito della quale si costruisce una categoria unitaria dell'accertamento giuridico). Per la natura giuridica di tali dichiarazioni di scienza quale atto giuridico in senso stretto vedi F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2015, p. 107 e 701; V. CARBONE, *Il riconoscimento del debito nell'ambito dell'attività ricognitiva*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1977, p. 1020 nota 10, e *ivi* per ulteriori riferimenti.

⁵⁸ In senso proprio, potendosi intendere la categoria dell'atto ricognitivo come comprensiva di tutte le ipotesi di dichiarazioni "contra se" (per tutti v. M. DI PAOLO, *Voce* 'Negozio di accertamento', *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, Utet, Torino, 1995, p. 57).

⁵⁹ Vedi GRANELLI, *Voce* 'Confessione e ricognizione nel diritto civile', (56), p. 444. L'ammissibilità degli atti ricognitivi di diritti reali è, invero, ancora discussa; in particolare la giurisprudenza è orientata, in via prevalente, sulla soluzione negativa. Peraltro, anche la dottrina di ascendenza giurisprudenziale (cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile. Le obbligazioni*, Dike giuridica, Roma, 2011, p. 1154-1155-1156) sottolinea come l'efficacia probatoria e non sostanziale dell'atto ricognitivo consenta di superare le obiezioni tradizionalmente opposte, ossia il problema dell'aggravamento del principio causale dei trasferimenti di diritti nonché della previsione di eventuali requisiti formali del negozio; d'altronde, al di là del fatto che il medesimo risultato possa realizzarsi in ipotesi di mancata contestazione, da parte del convenuto, del fatto costitutivo della domanda petitoria (l'art. 115 c.p.c., impone, infatti, al giudice di porre a fondamento della domanda i fatti non specificatamente contestati), appare rilevante che la stessa giurisprudenza ammetta affievolimenti dell'onere probatorio, nei giudizi petitori, in caso di dichiarazioni parzialmente ammissive (cfr. le osservazioni sugli orientamenti della Cassazione a riguardo di GRANELLI, *Voce* 'Confessione e ricognizione nel diritto civile', (56), p. 441-442).

Sul piano sostanziale, esso assume l'efficacia che, nell'ambito di singoli istituti, la legge gli riconosce (si pensi alla disciplina della ricognizione dell'enfiteusi – art. 969 c.c. – o all'efficacia interruttiva della prescrizione o della decadenza di qualsiasi atto di riconoscimento di un diritto – artt. 2944 e 2966 c.c.)

Sul piano processuale, l'atto ricognitivo, se indirizzato alla controparte processuale, al di fuori dello stesso⁶⁰, determina l'inversione dell'onere della prova, esonerando quella dalla necessità di provare (e financo allegare⁶¹) il fatto posto a fondamento della propria domanda o della propria eccezione⁶².

L'atto confessorio è, invece, quella *pronuntiatio contra se*, avente ad oggetto un fatto, espressamente disciplinata dall'ordinamento agli artt. 2730 ss. c.c.⁶³.

Esso ha una valenza esclusivamente processuale: se reso alla controparte processuale, nel processo o al di fuori dello stesso, vale come prova legale, di guisa che il giudice è vincolato a ritenere provato il fatto posto a fondamento della domanda o della eccezione ed oggetto della dichiarazione.

L'efficacia legale della confessione, in particolare, non è preclusa dalla non veridicità del fatto rappresentato, potendo la stessa essere invalidata esclusivamente in caso di errore o violenza.

La necessità del c.d. *animus confitenti*, peraltro, non esclude la natura di atto non negoziale; anzi, proprio la circostanza che tale requisito sia espressamente

⁶⁰ Eventualmente lo si potrebbe immaginare anche nel processo, toccando così il dibattuto tema del c.d. riconoscimento della domanda giudiziale, su cui, in generale, v. E.B. LIEBMAN, *Sul riconoscimento della domanda* in ID. (cur), *Problemi del processo civile*, Morano, Napoli, 1962.

⁶¹ Cfr. Cass. 853/1976.

⁶² Tale efficacia, si ricava, in via di interpretazione sistematica, dall'art. 1988 c.c. in tema di riconoscimento di debito, il quale, infatti, è assunto a paradigma degli atti ricognitivi di diritti. L'efficacia di mera astrazione processuale, più limitata rispetto a quella di prova legale propria della confessione, si giustifica in considerazione del fatto che gli atti ricognitivi implicano “*un giudizio di diritto, sulla giustizia del quale si può fare minore affidamento*”. (F. CARNELUTTI, *Confessione e ricognizione*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1942, p. 236). In questi termini anche SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, (31), p. 678 nota 12 ad opinione del quale “*a seconda che referente dell'asserzione sia il fatto o il valore giuridico del fatto, deciderei per l'applicazione dell'art. 1988 o dell'art. 2732 c.c. E l'alternativa ha (...) una sua coerenza in termine di interessi: in questi termini è naturale che la parte (“laica”) debba “stare” alle sue dichiarazioni d'esistenza più di quanto non sia vincolata dai suoi giudizi giuridici*” e IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, (4), p. 66-67 secondo cui “*a) la dichiarazione confessoria consiste in un giudizio storico con cui si assevera l'esistenza del negozio (...) b) la dichiarazione di accertamento consiste in un giudizio storico-normativo con cui si assevera il contenuto di un rapporto giuridico (...) Distinguere tra confessione del fatto e accertamento del rapporto è, nei singoli casi, non agevole. D'altro lato, l'accertamento del rapporto contiene (di massima: cfr. art. 1988 cod. civ.) la confessione di un fatto*”. Come precisato alla nota 57, la restante disciplina dell'atto ricognitivo (come, ad esempio, la sua efficacia se resa ad un terzo e non alla controparte) può essere ricavata, invece, dalla normativa in tema di confessione.

⁶³ Cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove* in P. RESCIGNO (cur.), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1985, p. 327, 334, 340-341; Cass., 5 dicembre 2003, n. 18655.

richiesto, ne testimonia la naturale estraneità ai fenomeni di autonomia, e ne delimita la portata probatoria mediante la previsione di un requisito psicologico⁶⁴.

Tanto gli atti ricognitivi quanto quelli confessori hanno, secondo l'orientamento prevalente⁶⁵, natura di atti recettizi. Di conseguenza, la necessità che, per esplicare i propri effetti, siano 'resi' alla controparte, sembra tradursi nella necessità che siano portati a conoscenza di quella, conformemente alle regole previste per tale categoria di atti dagli artt. 1334 e 1335 c.c.

Alle dichiarazioni di scienza si contrappongono le dichiarazioni di volontà; le dichiarazioni di volontà, quando hanno ad oggetto il riconoscimento di fatti o diritti sono assunte nella definizione di negozi di accertamento⁶⁶.

In termini estremamente sintetici, ricorre tale figura negoziale in tutti quegli atti di autonomia mediante cui uno o più soggetti fissano ambiti ed effetti di una situazione giuridica preesistente; essi, a differenze degli atti ricognitivi, presuppongono l'incertezza⁶⁷ circa l'esistenza della data situazione di diritto (o quella di fatto su cui la prima si fonda), e, quale interesse meritevole ai sensi dell'art. 1322 c.c., mirano a porvi fine, vincolando le parti ad osservare quanto nello stesso stabilito⁶⁸.

Si parla a riguardo di efficacia dichiarativa ovvero preclusiva, sebbene sia la dottrina che la giurisprudenza si dividono circa la ricostruzione della sua effettiva portata.

Secondo una tesi risalente⁶⁹, mediante questo tipo di negozio le parti assumerebbero l'obbligazione di intendere la realtà accertata in base a quanto stabilito nel regolamento d'autonomia⁷⁰.

⁶⁴ Sulla irrilevanza di un'indagine dell'intento del soggetto, e, dunque, della volontà di produrre i determinati effetti probatori v. Cass., 5 dicembre 2003, n. 18655; Cass., 11 ottobre 1996, n. 8923; Cass., 5 marzo 1990, n. 1723. Peraltro, si sostiene che l'esistenza di tale elemento fattuale soggettivo debba ricavarsi esclusivamente dalle stesse dichiarazioni, senza necessità di ulteriori conforti probatori, v. Cass., 17 gennaio 2003, n. 607.

⁶⁵ Vedi i riferimenti in GRANELLI, *Voce* 'Confessione e ricognizione nel diritto civile', (56), p. 444 nota 110.

⁶⁶ Si ritiene ormai superata la critica di inammissibilità del negozio di accertamento, su cui, in particolare, v. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1985, p. 177-178.

⁶⁷ E' discussa la natura soggettiva od oggettiva dell'incertezza rilevante, anche se pare convincente l'opinione secondo cui l'affermazione di una incertezza oggettiva delle situazioni giuridiche contrasti con la logica stessa del diritto. Sul tema dell'incertezza cfr. E. MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del "negozio di accertamento"*, *Rass. Dir. Civ.*, 1986, p. 583 ss.

⁶⁸ In termini simili Cass. 27 aprile 1982, n. 2634.

⁶⁹ Cfr. R. NICOLO', *Il riconoscimento e la transazione nel fenomeno della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in R. NICOLO', *Raccolta di scritti*, I, Giuffrè, Milano, 1980, p. 389 ss. e in particolare 394.

⁷⁰ Questa impostazione, tuttavia, avrebbe la conseguenza di rendere inidoneo il negozio a svolgere la sua funzione tipica: non vi sarebbe alcuna possibilità di imporre il contenuto dell'accertamento, quanto esclusivamente, e più limitatamente, di conseguire il risarcimento del danno in caso di mancata sua osservanza.

Ad opinione di altri autori⁷¹, l'accertamento avrebbe efficacia costitutiva della stessa situazione accertata; in altri termini, il negozio si porrebbe come titolo di una nuova situazione giuridica ovvero come nuovo titolo della posizione giuridica precedente. In questa prospettiva, viene negata la legittimità di un negozio di accertamento relativo a fatti: l'efficacia costitutiva in tanto è concepibile in quanto determini la modificazione di una situazione giuridica preesistente.

Ancora, è stato sostenuto⁷², nell'ambito di una più generale rimediazione della teoria dell'effetto giuridico, che il negozio di accertamento avrebbe l'effetto di rendere irrilevanti le vicende giuridiche pregresse. L'effetto così configurato, definito preclusivo, si distinguerebbe tanto da quello costitutivo, diretto ad innovare la situazione giuridica anteriore, quanto da quello dichiarativo, diretto a conservare la situazione giuridica preesistente (in tale contesto oggetto di modificazioni meramente interne) ma, al tempo stesso, ne determinerebbe l'assorbimento: mediante la cesura con le antecedenti modificazioni giuridiche, infatti, l'effetto preclusivo includerebbe l'effetto di conservazione come quello di innovazione della situazione giuridica, a seconda della conformità o meno della situazione accertata con quella preesistente.

In ultimo⁷³, è stato affermato che il negozio di accertamento avrebbe sì degli effetti costitutivi, ma sul piano prettamente processuale: mediante detto regolamento le parti vincolerebbero l'organo giurisdizionale ad attenersi alla configurazione della realtà preesistente contenuta nell'accertamento, similmente a quanto accade con le prove legali.

Qualunque sia l'efficacia che si ritenga di dover riconoscere al negozio di accertamento, è opinione condivisa⁷⁴ che lo stesso possa costruirsi tanto con una convezione plurilaterale quanto con una dichiarazione unilaterale.

In questa ultima ipotesi, tuttavia, si ritiene che, in applicazione di quel principio, già evidenziato, dell'irrelevanza delle dichiarazioni unilaterali a se favorevoli, esso potrebbe valere esclusivamente in quanto manifestato da un soggetto che ha un interesse contrario all'affermazione di quanto accertato.

⁷¹ Tra i vari vedi CARRESI, *Il contratto*, (4), p. 62; R. CORRADO, *Voce* 'Negozio di accertamento', *Nov. Dig. It*, Utet, Torino, 1965, p. 198 e 201.

⁷² Trattasi di A. FALZEA, *Voce* 'Efficacia giuridica', *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 503 ss. (cui pare aderire S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 575 ss.).

⁷³ Vedi M. GIORGIANNI, *Voce* 'Accertamento (negozi di)', *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, p. 233-235 e 237; FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, (54). Parrebbe anche GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, (57), p. 101.

⁷⁴ Per tutti v. GIORGIANNI, *Voce* 'Accertamento (negozi di)', (73) p. 237-238. In giurisprudenza, in ultimo, v. Cass., 20 maggio 2004, n. 9651.

3.2.e la loro interferenza con la ‘riqualificazione causale’

Atteso il quadro sopra delineato, potrebbe avanzarsi qualche riserva sull’effettiva contiguità delle varie ipotesi qui chiamate di ‘dichiarazione ricognitiva’, con la condotta che le parti pongono in essere per dettare la qualificazione causale di un dato assetto di modificazioni giuridiche.

Per un verso, si rende subito evidente la differenza di struttura ed effetti rispetto all’attività ricognitiva di mera rappresentazione (ossia, la dichiarazione di scienza), se si tiene a mente che il negozio di qualificazione, nel suo atteggiarsi come atto di autonomia, si perfeziona, al contrario, attraverso delle manifestazioni di volontà, direttamente rilevanti sul piano sostanziale e non solo processuale.

Per l’altro, balza all’occhio, con altrettanta immediatezza, la diversità di contenuto che, in generale, le dichiarazioni ricognitive rivelano: laddove la volontà rivolta alla qualificazione intende attribuire un dato significato giuridico, una data funzione, a determinate vicende, la ricognizione (anche per il tramite di un negozio di accertamento) di un fatto o di una situazione giuridica si esaurisce nel dar conto, con efficacia più o meno vincolante, dell’esistenza del tal fatto o della tale situazione giuridica.

Se la critica sopra accennata coglie certamente nel segno, e già individua quei profili di disciplina che si rivelano dirimenti per segnare la differenza tra le figure in esame, non è così scontato, nel concreto, in che misura a tali profili sia possibile fare affidamento per accertare in quale caso ci si trovi dinanzi all’una piuttosto che all’altra.

Anzi, una considerazione più approfondita dei caratteri delle dichiarazioni ricognitive, e dei riflessi che, sulle relazioni tra le parti, essi sono in grado di produrre, può senz’altro compromettere il nitore delle argomentazioni testé svolte.

Non è contestabile, in primo luogo, il fatto che, analogamente ad un’accordo sull’interpretazione e ad un ‘negozio di qualificazione’, anche le dichiarazioni ricognitive intervengano normalmente in un momento successivo rispetto al verificarsi di date modificazioni delle sfere giuridiche delle parti.

In altri termini, è evidente che tanto le dichiarazioni ricognitive di una data vicenda attinente alle posizioni giuridiche delle parti, quanto il negozio che di tale vicenda intenda precisare la funzione, si caratterizzano per una dinamica tendenzialmente diacronica, mirando a perseguire un intento ‘chiarificatore’ normalmente successivo rispetto ai fatti che ne sono oggetto⁷⁵.

⁷⁵ Nulla esclude, invero, che, tali dichiarazioni siano rese anche nel medesimo contesto temporale in cui si esprimono quelle che ne costituiscono oggetto. Si veda l’esempio delle c.d. controdichiarazioni del negozio simulato, per interpretazione prevalente (per tutti v. G. BIANCHI, *Vizi del contratto e simulazione*, Cedam, Padova, 2007, p. 959; Cass., 1 ottobre 2003, n. 14590;

Si può ragionare, poi, sulla circostanza che nell'ambito delle ricognizioni aventi ad oggetto situazioni giuridiche, alle parti sia concesso non solo dichiarare l'esistenza di un dato rapporto tra loro, ma anche definirne la rilevanza sul piano della disciplina, precisandone, cioè, anche il titolo (questo è il principio, infatti, che si ammette senza eccezioni o distinguo in merito alle c.d. dichiarazioni titolate, tipicamente trattate nell'ambito delle fattispecie contemplate dall'art. 1988 c.c.⁷⁶)

Così, è certamente possibile, che le parti, o una sola di esse, riconoscano che la dazione di una data somma non solo sia effettivamente avvenuta, ma anche che abbia trovato giustificazione in una attribuzione a titolo di mutuo (quando, magari, all'opposto, nel programma originario, la stessa integrava un trasferimento liberale – in ipotesi, avente forma indiretta⁷⁷, stante le problematiche derivante dalla mancata utilizzazione dell'atto pubblico).

D'altronde, si deve anche essere avvertiti della posizione di quella giurisprudenza che ammette la prova in giudizio e, quindi, anche per il tramite di una dichiarazione di scienza, della causa di un determinato negozio⁷⁸.

Cass., 4 maggio 1998, n. 4410; Cass., 22 maggio 1997, n. 4565; Cass., 9 giugno 1992, n. 7094) ricondotte ad un'ipotesi di (tipicamente contestuale) confessione dell'intesa simulatoria.

⁷⁶ Cfr. M. MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 217 ss. e in particolare 233 ss.; A. LENER, "Expressio causae" e astrazione processuale in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, III, Jovene, Napoli, 1972, p. 3 ss.; A. DONATI, *La dichiarazione ricognitiva di debito*, Riv. Dir. Civ., 1979, p. 534 ss.; C. FURNO, *Promessa di pagamento e ricognizione di debito (a proposito dell'art. 1988 cod. civ.)*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1950, p. 95 ss. e in particolare 105 ss..

⁷⁷ Per esempio, si può fare riferimento al versamento unilaterale in un conto corrente cointestato, sulla cui qualifica come liberalità indiretta v. la recente Cass. SS.UU., 27 luglio 2017, n. 18725.

⁷⁸ Cfr. Cass., 7 giugno 1966, n. 1495 in *Giust. Civ.*, 1966, I, p. 2220 ss. e soprattutto p. 2222 ove si precisa che "la forma scritta quando è richiesta ad substantiam è elemento costitutivo del contratto nel senso che il documento deve essere la estrinsecazione formale e diretta della volontà delle parti di concludere quel determinato contratto avente quella causa, quell'oggetto e quelle pattuizioni: quindi, da un lato, è necessario che il documento sia stato creato al fine specifico di manifestare per iscritto la volontà delle parti diretta alla conclusione del contratto e, dall'altro, che il documento contenga gli elementi essenziali che configurano dal punto di vista giuridico la validità del negozio. Di guisa che violerebbe i principi suddetti l'accertamento del giudice del merito che metta esclusivamente in risalto come da un determinato atto scritto risulti la attribuzione pura e semplice ad un determinato soggetto come proprietario dell'immobile medesimo, senza che si aggiunga risultare direttamente dallo scritto gli elementi essenziali e la causa del negozio attributivo: né vale dire che la volontà di trasferire risulterebbe "implicitamente" e sarebbe chiarita dalle risultanze di una prova testimoniale, perché, dovendo la volontà di attribuzione risultare direttamente dal documento, in realtà la prova orale non servirebbe più a chiarire lo scritto ed a precisarlo, ma a porre in essere essa la dimostrazione, oltre e senza lo scritto, dell'esistenza degli elementi del negozio. Ciò anche se si volesse ritenere che con quella affermazione di attribuzione di proprietà si fosse voluto dar atto della sussistenza di un negozio attributivo, di un accordo diretto al trasferimento; mancherebbe pur sempre la specificazione, attraverso il documento, degli elementi del negozio e, soprattutto, della causa attributiva, la cui determinazione è essenziale"; analoghe indicazioni in Cass., 23 ottobre 1968, n. 3421 in *Giust. Civ.*, 1968, I, p. 1830-1831 secondo cui "quando la legge impone, come nel caso di specie, la forma scritta ad substantiam per la formazione di un contratto, il requisito formale investe tutti gli elementi costitutivi del negozio".

È affermazione istituzionale, infatti, che il diritto dedotto nella domanda giudiziale nel processo civile possa trovare il suo fatto costitutivo (ai sensi dell'art. 2697 c.c.) in un atto di autonomia.

Ciò significa, lo si è già accennato in precedenza, che anche il negozio giuridico deve essere oggetto di prova, e ciò è coerente, anzitutto, con l'esistenza di un substrato materiale dell'atto di autonomia⁷⁹, costituito dalla dichiarazione proveniente da un soggetto, avente un certo contenuto e una certa forma, per la soddisfazione di un proprio interesse o bisogno⁸⁰.

Ma, come affermato dalla giurisprudenza⁸¹, la prova di un atto negoziale concerne la prova degli elementi di fatto che si richiedono per l'esistenza di una fattispecie qualificabile come contratto, ossia gli elementi costitutivi contemplati dall'art. 1325 c.c. (dichiarazione, accordo, causa, oggetto⁸²). Ciò, in piena sintonia con il principio per cui oggetto di prova possono essere solo fatti obiettivi e non opinioni e giudizi⁸³ (il che implica, ovviamente, che spetti comunque all'autorità giudiziaria stabilire, alla luce degli elementi costitutivi provati, tra cui, si ricorda, anche la causa, e quindi gli interessi, quale sia la qualificazione più corretta del fatto confessato).

In un simile contesto, può, quindi, ammettersi che una dichiarazione mediante cui, a posteriori, i soggetti di un dato negozio esplicitino la causa che ne è a fondamento, possa valere come dichiarazione in relazione a quell'elemento di fatto, costituito dall'interesse delle parti, o quanto meno, come dichiarazione dell'esistenza dei complessivi elementi, tra loro integrati, in cui tale negozio si è realizzato: se essi si rivelano coerenti, non si può dubitare che la qualificazione del giudice sarà allineata a quella della parte e permetterà di ricostruire il negozio negli stessi termini in cui è stato inteso dalle parti. D'altro canto, espressamente si riconosce che il fatto oggetto di confessione possa indifferentemente inserirsi in una delle categorie delineate dall'art. 2697 c.c. (costitutivo ovvero impeditivo,

⁷⁹ Non casualmente, in materia di revoca del negozio si esclude la possibilità di porre completamente nel nulla il contratto, che non può che continuare ad esistere quale fatto storico.

⁸⁰ In generale, sulla natura fattuale dell'accordo da cui scaturisce il contratto, vedi tra i molti M.C. BIANCA, *Diritto civile 3. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 206 e 731; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale* in AA.VV., *Commentario del codice civile*, Utet, Torino, 1980, p. 8-9; A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 165.

⁸¹ Vedi Cass. 17 gennaio 1998, n. 366 secondo la quale (conformemente a Cass., 11 giugno 1983, n. 4012) per l'accertamento dell'avvenuta conclusione di un atto negoziale i fatti obiettivi devono essere presi in considerazione solo al fine di una verifica dell'esistenza dei singoli elementi costitutivi del negozio, nella loro materialità, e non già in quanto espressivi di giudizi o convincimenti circa l'avvenuta conclusione del negozio o la sua qualificazione giuridica.

⁸² Da escludere invece la forma, in quanto, se è richiesta una *ad substantiam* o anche solo *ad probationem*, non può essere sostituita dalla confessione. Vedi Cass., 15 gennaio 2007 n. 621; Cass., 13 aprile 2001, n. 5565; Cass. SS. UU., 18 settembre 1978, n. 4167.

⁸³ Cfr. Cass., 18 ottobre 2011, n. 21509.

modificativo od estintivo) sia nei termini di elemento materiale in sè, che di rapporto giuridico considerato *sub specie facti*⁸⁴.

La vischiosità delle categorie si fa allora lampante non appena si considera che tanto nel caso di un ‘negozio di qualificazione’ quanto nel caso di una ricognizione degli interessi perseguiti (come prospettata dalla giurisprudenza) le parti altro non fanno che ‘dichiarare la causa’.

Ed è proprio l’immagine così evocata, quella della ‘dichiarazione della causa’, che introduce, anche per l’assonanza della formulazione lessicale, l’ultimo ma più rilevante elemento di potenziale promiscuità tra dichiarazioni ricognitive e qualificazione negoziale, ossia l’elaborazione del concetto di *expressio causae*⁸⁵.

3.3. Il ruolo ambiguo dell’*expressio causae*

In termini descrittivi, come già precisato nelle pagine che precedono, per *expressio causae* può intendersi quella dichiarazione imputabile all’autore del negozio tale da esplicitare – e, dunque, manifestare – la rilevanza di una determinata condotta sul piano della sua giustificazione causale.

Invero, la complessità di questa nozione e degli ambiti in cui ad essa si è fatto ricorso, hanno portato la dottrina che più approfonditamente ne ha scandagliato origini ed applicazioni⁸⁶, a differenziare vari modi di intenderne l’operatività: da indicazione della fonte all’interno dell’atto ricognitivo del debito⁸⁷, ad indicazione

⁸⁴ Vedi COMOGLIO, *Le prove*, (63), p. 330, in cui, si ribadisce, come giù evidenziato anche nel testo, che la qualificazione (nel senso, già chiarito, di qualificazione di II grado) del rapporto spetti comunque al giudice.

⁸⁵ Imposta l’indagine sulla natura della *expressio causae* partendo dall’immagine del “dichiarare la causa” anche MARTINO, *L’expressio causae. Contributo allo studio dell’astrazione negoziale*, (76).

⁸⁶ La letteratura con puntuale interesse per questo argomento appare limitata. Vedi per tutti MARTINO, *L’expressio causae. Contributo allo studio dell’astrazione negoziale*, (76), 2011; LENER, “*Expressio causae*” e astrazione processuale, (76), p. 3 ss.

⁸⁷ L’analisi del legame tra la figura dell’*expressio causae* e quelle della promessa di pagamento e della ricognizione di debito, disciplinate entrambe, all’art. 1988 c.c., nel titolo del Codice civile dedicato alle “*promesse unilaterali*” non può prescindere da una sommaria ricostruzione storica dei fenomeni giuridici da cui le stesse hanno avuto origine. Il riferimento è, in particolare, alla c.d. *cautio indiscreta* (o *quae indiscrete loquitur*) di epoca romana e ai *Billets non causé*, di ascendenza francese, nella cui esperienza è rifluita una certa evoluzione (divergente da quella di area germanica) di quella prima figura. Il più remoto antecedente, la *cautio indiscreta*, si sviluppa come precipitato documentale (*chyrographum*) della progressiva erosione del carattere bilaterale della *stipulatio*, inizialmente reputata inidoneo (come testimoniato dalla tradizione della Glossa) a legittimare l’immediata condanna del debitore, cui era consentito ricorrere all’*exceptio non numerate pecuniae*, a causa della mancata indicazione del titolo della promessa (c.d. *expressio causae*), che di quell’eccezione costituiva fatto impeditivo (in termini non tecnici, non essendo chiaro il piano sostanziale o processuale del suo operare); successivamente, anche grazie alla più chiara distinzione, operata da Bartolo da Sassoferrato, tra esistenza della causa, da cui origina la promessa, e sua esplicitazione, a fini meramente probatori, dichiarata valida e di efficacia tale da determinare un’inversione dell’onere della prova, a carico del convenuto che, mediante *exceptio*

della volontà di imputare ad un dato scopo una attribuzione attuale (valga essa come promessa o come atto di disposizione del diritto); da esternazione degli elementi contenutistici che consentono di ravvisare, in un atto di autonomia o in una pluralità di atti di autonomia, uno schema contrattuale tipico, una fattispecie atipica e meritevole od un collegamento negoziale, all'esplicita indicazione, in vari luoghi del contratto, di quella serie di elementi (finalità, scopi, interessi) aventi valore esplicativo del precetto e rilevanti per la qualificazione dell'atto come valido, in quanto dotato di causa.

In ciascuna di queste aree di emersione dell'*expressio causae*, l'orientamento in esame ha ritenuto di ravvisare diversi modi e forme del suo atteggiarsi.

Se nella dinamica generale dell'autonomia contrattuale si nega che l'*expressio causae* possa svolgere un ruolo autonomo rispetto all'esternazione del contratto *tout court*⁸⁸ – non potendo la dichiarazione di volontà, per definizione 'manifestazione' (ossia destinata all'esternazione mediante simboli⁸⁹), in uno con la propria struttura e il proprio contenuto⁹⁰, non essere già di per sé idonea rendere

doli, volesse, della predetta premessa, contestare il fondamento. Da tale ultima tradizione, nella mediazione che di essa fu offerta dall'opera dei *Parliaments* francesi ha avuto origine l'ulteriore precedente storico, quello del *Billet non causé*, ossia della promessa documentale muta quanto a *causa debendi*, considerata, di per sé sola, *efficax ad condemnationem* la cui prassi è poi rifluita, pur con alcune imprecisione terminologiche (in particolare in merito al significato del termine "*convention*") negli articoli 1131 e 1132 del Code del 1804, e nelle corrispondenti disposizioni del Codice civile del 1865 c.c. (artt. 1120-1121), in quali prescrivevano, in sostanza, che il contratto rimanesse valido, nonostante la mancata enunciazione della causa (della cui prova, quindi, si esonerava l'attore). Sul punto v. *amplius* MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, (76), p. 220 ss.; SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, (31), p. 687 ss.; FURNO, *Promessa di pagamento e ricognizione di debito (a proposito dell'art. 1988 cod. civ.)*, (76), p. 99 nota 27; G. DEIANA, *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*, *Riv. Dir. Civ.*, 1938, p. 6 ss.

⁸⁸ Così MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, (76), p. 180.

⁸⁹ Cfr. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, (13), p. 22.

⁹⁰ Detto altrimenti, "in una visione unitaria del contratto come accadimento, come *factum*, le distinzioni tra contenuto, forma e causa non sono altro che piani di analisi diversificati, "prospettive diverse" di un medesimo sostrato" sì che "nei contratti ad effetti bilaterali la chiara identificazione di cosa sia la causa da enunciare conduce a ritenere superflua ogni elaborazione di una regola concernente la menzione del requisito di cui all'art. 1325 n. 2 c.c., in quanto semplicemente illogica e riproduttiva della necessità che il contenuto contrattuale sia in sé completo; le ipotesi marginali in cui il requisito potrebbe essere invocato richiedono piuttosto la piana applicazione di regole già esistenti e riconducibili alle prescrizioni di forma ovvero – in altra prospettiva, in parte legata alla documentazione del contratto (...) – alla disciplina del collegamento contrattuale tra contratti già autonomamente dotati di causa. In ogni caso, intesa in questi termini, l'*expressio causae* perderebbe di utilità, dal momento che i profili che essa vorrebbe descrivere, finirebbero assorbiti dall'area di operatività delle regole in materia di forma ad *substantiam* nonché in ragione dell'interferenza tra l'oggetto del contratto e il contenuto minimo necessario ad individuare il tipo contrattuale o, aliunde, la causa delle attribuzioni realizzate con il contratto" (MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, (76), p. 160-161).

espressa anche la causa⁹¹ –una limitata incidenza di tale requisito, è ritagliata, al contrario, in alcune fattispecie negoziali (i rapporti trilateri, i contratti di garanzia, la novazione, il negozio di accertamento)⁹² nell’ambito delle quali all’esplicita individuazione del rapporto, su cui si fonda la promessa o verso cui si indirizzano gli effetti del negozio, si riconosce l’attitudine a specificare la disciplina dell’obbligazione, in un caso⁹³, ovvero a condizionare la determinabilità della rappresentazione dell’oggetto, nell’altro⁹⁴.

Ancora, laddove l’emersione della giustificazione causale è fattispecie legalmente tipizzata nell’ambito delle dichiarazioni unilaterali titolate di cui all’art. 1988 c.c. (la ricognizione di debito o la promessa di pagamento che diano prova del “*rapporto fondamentale*”⁹⁵), la sua presenza diventa parimenti centrale nel momento di formalizzazione ed individuazione della causa delle c.d. prestazioni isolate⁹⁶, si identifichi la stessa nell’attestazione della funzione esecutiva della attribuzione – cui non può dirsi estraneo un momento logico e ineliminabile di ricognizione/asseverazione, presupponendo l’imputazione, per

⁹¹ La soluzione data risente ovviamente delle diverse concezioni in tema di causa che l’autore ha cura di passare in rassegna nello svolgimento del proprio discorso (e che in questa sede non è necessario ripercorrere integralmente); tuttavia, essa viene considerata tendenzialmente applicabile tanto nella visione unitaria della causa funzione quanto in quella atomistica della causa come giustificazione delle singole prestazioni dedotte in contratto. Sul punto v. MARTINO, *L’expressio causae. Contributo allo studio dell’astrazione negoziale*, (76), p. 70 e 159 ss..

⁹² Vedi MARTINO, *L’expressio causae. Contributo allo studio dell’astrazione negoziale*, (76), p. 197 ss.

⁹³ Questo è il ruolo che può essere riconosciuto all’*expressio causae* nelle ipotesi di rapporti trilateri (quali quelli nascenti dalle modificazioni soggettive dell’obbligazione – i.e. delegazione, espromissione e accollo) ove l’individuazione delle ragioni della promessa ne condiziona la disciplina, ora esclusivamente nell’ambito del rapporto di provvista (e, dunque, nei rapporti tra terzo e debitore), ora anche all’interno del rapporto tra terzo e creditore, come accade agli effetti delle eccezioni opponibili.

⁹⁴ Il punto di contatto tra *expressio causae* e puntuale rappresentazione dell’oggetto si rende evidente, invece, nel caso dei contratti di garanzia, nella novazione o nel negozio di accertamento, laddove l’enunciazione del rapporto “*che si pone quale presupposto logico dell’agire giuridico (tipico od atipico) pare imprescindibile, per quanto esso finisca per risolversi nella compiuta descrizione dell’oggetto*” (così MARTINO, *L’expressio causae. Contributo allo studio dell’astrazione negoziale*, (76), p. 216).

⁹⁵ Questa l’espressione cui ricorre testualmente l’art. 1988 c.c. nel richiamare la natura titolata della ricognizione di debito o della promessa di pagamento.

⁹⁶ In tema v. M. GIORGIANNI, *Voce ‘Causa (dir. priv.)’*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 565 ss., la cui elaborazione in tema di causa esterna è stata poi ampiamente ripresa da E. MOSCATI, *Del pagamento dell’indebito* in A. SCIALOJA-G. BRANCA (curr.), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981, p. 180 ss. e E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Giuffrè, Milano, 2000. Vedi anche gli spunti in F. GAZZONI, *L’attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Giuffrè, Milano, 1974; G. BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1976, p. 479 ss.; G.B. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni*, *Riv. Soc.*, 1970, p. 939 ss.; P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell’attribuzione*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, p. 11 ss..

necessità, una minima cognizione di ciò che si esegue – ovvero nell’indicazione puntuale del rapporto fondamentale, a valere quale *titulus acquirendi*⁹⁷.

In ogni caso, qualunque sia il contesto in cui viene in rilievo l’operare dell’*expressio causae*, alla stessa si attribuisce carattere ricognitivo, pur

⁹⁷ La parabola del concetto del *titulus acquirendi* nelle c.d. prestazioni isolate, traccia la propria origine nella figura romana della *iusta causa traditionis*. Nel mondo romano, infatti, la *traditio* (a differenza della *iure cessio* e della *mancipatio*) era considerata un atto causale: la *traditio*, cioè, costituendo semplice consegna, messa a disposizione della cosa (al fine di trasmettere la proprietà o anche solo il possesso *in bonis*), doveva accompagnarsi ad un accordo delle parti sul fondamento da attribuire al relativo gesto (appunto la c.d. *iusta causa traditionis*). Tale giustificazione, tuttavia, poteva atteggiarsi in due diversi modi. Poteva ricollegarsi, anzitutto, ad un precedente contratto di vendita: in tal caso la *traditio* mirava a trasmettere il possesso *ad usucapionem* (non obbligandosi, il venditore, a porre in essere un atto di trasferimento della proprietà di *res Mancipi*) e nella vendita trovava la propria ragione di esistenza, in assenza della quale non poteva verificarsi il trasferimento. Ulteriormente, però, la *traditio* poteva essere giustificata dalla volontà di estinguere una *stipulatio* con cui si fosse assunta una obbligazione di dare: in tal caso, la *iusta causa* non era identificata nella *stipulatio* in sé, né nell’obbligazione di dare, ma era data dall’accordo sul significato della *traditio* come atto di esecuzione, come atto solutorio. Conseguenza di quest’ultima impostazione era che, pur in mancanza della *stipulatio* o dell’obbligazione di dare, la *iusta causa* doveva considerarsi comunque ferma, e, quindi, il recupero del bene poteva darsi solo con la *condictio*. In ogni caso, in entrambe le prospettate applicazioni, la figura della *iusta causa* sembrava risolversi, essenzialmente, nell’accordo delle parti circa il significato del trasferimento (la vendita o l’accordo solutorio). Con l’avvento del diritto medievale si arriva, invece, ad estendere il modello della vendita a tutte le ipotesi di distinzione tra assunzione di un obbligo di dare ed esecuzione della *traditio*. Si arriva a dire, cioè, sulla base di una lettura di Ulpiano di un passo di Paolo (D.41.1.31pr) che *iusta causa traditionis* è accordo sul titolo del trasferimento (e non più sul suo valore esecutivo). *Iusta causa traditionis* si traduce, in altri termini, nella giustificazione della definitività dell’effetto, e si sovrappone completamente al *titulus* dell’acquisto. In questo contesto, l’esigenza di conciliare l’intervenuta sovrapposizione tra *iusta causa* e *titulus* con il modello tradizionale romano che, nel caso di *traditio* esecutiva di *stipulatio*, individuava nella *condictio* il rimedio da esperire per l’ipotesi dell’assenza di causa, si ricorre all’idea della causa putativa: il trasferimento si reputa valido e la sua rimozione richiede la dimostrazione, mediante *condictio*, dell’errore sul titolo. Con l’ulteriore elaborazione dei giuristi intermedi (in particolare di Donello) la causa putativa si abbandona a favore dell’astrazione della causa, anche per ipotesi che, per lo stesso diritto romano, erano causali (come la vendita): in ultimo, dunque, si arriva ad affermare che nel *modus* (cioè nell’atto di trasferimento) è sufficiente la volontà di trasferire. L’elaborazione fin qui brevemente sintetizzata trascorre successivamente nella teoria del Savigny e viene, quindi, recepita anche dal BGB, ai parr. 925-929. Questa particolare evoluzione del diritto continentale oblitera completamente l’idea medievale del *titulus* come *causa traditionis*, e alla rivendicazione della giustificazione causale dello spostamento patrimoniale offre spazio esclusivamente sul piano della *causa condiciendi*. D’altro canto, se il *rechtgrund* di un trasferimento è l’accordo sullo scopo solutorio, questo non può dirsi mai mancante. Al massimo, se viziato da errore, sarà titolo per la *condictio* (mentre non sarà ripetibile se il consenso al trasferimento era stato prestato nella consapevolezza della mancanza del *titulus*). Nel sistema tedesco, la cui influenza sulla ricerca svolta in materia dai nostri giuristi è nota, l’*expressio* diventa, a ben vedere, mera indicazione dello scopo (c.d. *Zweck*), cioè imputazione al pagamento (e non indicazione del titolo, come sarebbe nella diversa idea di identificazione tra *iusta causa* e *titulus*) e, quindi, pura documentazione di una volontà che, però, è irrilevante ai fini degli effetti (in ogni caso fermi, infatti, pur in assenza di una ragione giustificativa). Diversamente, la riaffermazione, in un sistema causalistico, della necessaria presenza della causa del trasferimento, e, cioè, del *titulus* (secondo quell’impostazione già fatta propria dal diritto intermedio, anche nell’ipotesi di *traditio* esecutiva) conduce altra parte degli interpreti ad identificare nell’*expressio* la puntuale affermazione della ragione del trasferimento. Per la ricostruzione storica vedi *amplius* MARTINO, *L’expressio causae. Contributo allo studio dell’astrazione negoziale*, (76), p. 119 ss.; MOSCATI, *Del pagamento dell’indebito*, (96), p. 195 ss.; SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, (31), p. 687 ss.

nell'irriducibilità della sua natura giuridica tanto alle dichiarazioni di volontà quanto a quelle di scienza⁹⁸.

Di particolare rilevanza, ai fini del presente studio, la circostanza che tale carattere ricognitivo sia stato fatto oggetto di indagine soprattutto nelle recenti analisi dottrinali (soprattutto di stampo notarile) che hanno tentato di svolgere il tema dell'*expressio causae* guardando alla dinamica delle liberalità indirette⁹⁹.

E' certamente in questo ulteriore ambito che l'interesse per una più chiara individuazione del fenomeno, e per i suoi specifici profili di disciplina, ne ha segnato con maggior forza la sovrapposizione con le dichiarazioni ricognitive.

La teorica della causa esterna e delle prestazioni isolate, e, quindi, le opere dei maestri in cui con maggior eco ci si è confrontati con la c.d. "enunciazione della causa"¹⁰⁰ di una dichiarazione negoziale, non hanno rappresentato l'occasione per un adeguato approfondimento in ordine alla natura di questo particolare 'frammento' della dichiarazione.

In particolare, la necessaria contestualità (a pena di nullità del negozio) tra perfezionamento della prestazione isolata ed enunciazione dello scopo perseguito¹⁰¹ (definita anche "causa esterna in senso soggettivo"¹⁰²) ha sterilizzato, come intuibile, qualsiasi interesse per un'analisi separata ed autonoma dell'*expressio causae*, in sé e per sé considerata¹⁰³.

Una prospettiva completamente diversa, invece, si schiude nel momento in cui si volge lo sguardo alla tematica delle liberalità indirette.

Dato che, come noto, e come già chiarito nelle pagine che precedono, le liberalità non negoziali si articolano per il tramite di combinazione di attività,

⁹⁸ Ciò perché, come precisa MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, (76), p. 59 ss. ed in particolare 70 ss. l'*expressio causae*, qualunque sia l'ambito (tra quelli indicati nel testo) in cui ad essa si ricorre, si risolve in una "formulazione non equivoca" o in una forma di "documentazione" (riconducibile, con graduata intensità, in relazione alle diverse ipotesi, ad un contenuto ricognitivo in senso tecnico) della causa.

⁹⁹ Vedi L. BOZZI, *Liberalità non donative, contratto a favore di terzo ed "expressio causae" successiva*, Riv. Dir. Comm., 2016, p. 305 ss.; G. IACCARINO, *Liberalità indirette*, Ipsa, Milano, 2011, p. 155 ss.; A. TORRONI, *Accertamento negoziale di precedenti liberalità*, Riv. Not., 2011, p. 442 ss.; G.A.M. TRIMARCHI, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile* in AA.VV., *Liberalità non donative e attività notarile*, Ipsa, Milano, 2008, p. 161 ss.. Per la prassi v. Studio CNN n. 107-2009/I "Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle movimentazioni e degli atti ricognitivi delle liberalità", a cura di M. KROGH.

¹⁰⁰ Vedi, per tutti, V. ROPPO, *Il contratto* in G. IUDICA-P. ZATTI (curr.), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 362.

¹⁰¹ *Ex multis* v. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, (96), p. 200; GIORGIANNI, *Voce 'Causa (dir. priv.)'*, (96), p. 570.

¹⁰² Dà conto dell'utilizzo di questa espressione F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile, II. Il contratto*, Dike, Roma, 2011, p. 189. Per un suo utilizzo in una fattispecie puntuale (nello specifico, il negozio traslativo dal mandatario al mandante) v., ad esempio, A. BALDASSARRI-M. MAGRI-F. SANTI, *Artt. 1703-1765. Mandato - Commissione - Spedizione - Agenzia - Mediazione* in P. CENDON (cur.), *Commentario al Codice civile*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 231.

¹⁰³ Salvo, come detto sopra, il riconoscimento dell'esistenza di un momento ricognitivo preliminare.

materiali o negoziali, che normalmente vedono l'intervento di un soggetto terzo, e, il più delle volte, l'assenza di un rapporto diretto tra beneficiante e beneficiario¹⁰⁴ (in questo, in fondo, risiede l'identificazione della liberalità non donativa come 'risultato' di arricchimento) ci si rende immediatamente conto di quale rinnovato spazio di operatività conquistò il momento della *expressio*, autonomamente considerata.

In altre parole, l'*expressio causae* delle liberalità non donative, non trovando collocazione nel contesto di una ordinaria struttura negoziale – anche in ragione del fatto che non ricorre, il più delle volte, un interesse delle parti a darvi manifestazione nello stesso momento in cui è realizzata la liberalità¹⁰⁵ – acquista importanza normalmente in una fase successiva, in risposta a un sopravvenuto bisogno (tipico delle sistemazioni patrimoniali familiari¹⁰⁶) di pubblicità e trasparenza¹⁰⁷.

Ciò, ovviamente, ha costretto gli interpreti ad indagarne con maggiore profondità la natura giuridica.

Sul punto, presupposto il carattere fattuale di quanto reso oggetto di *expressio causae* successiva¹⁰⁸ (nella misura in cui è identificato, in termini semplificati, con l'“*accordo e, quindi, un fatto storico riconducibile alla volontà di entrambi i soggetti*”¹⁰⁹ ovvero con “*da una parte, l'arricchimento del donatario ed il corrispondente impoverimento del donante, e dall'altra parte l'animus donandi*”

¹⁰⁴ Si rinvia ai riferimenti indicati in sede di esposizione del paragrafo 2.1. del Cap. I.

¹⁰⁵ Cfr. le osservazioni di IACCARINO, *Liberalità indirette*, (99), p. 213; TRIMARCHI, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile*, (99), p. 164-165.

¹⁰⁶ Così IACCARINO, *Liberalità indirette*, (99), p. 155; Studio CNN n. 107-2009/I “*Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle movimentazioni e degli atti ricognitivi delle liberalità*”, (99), p. 18-19.

¹⁰⁷ Fortemente sentito nella prassi notarile, anche alla luce dei doveri gravanti in capo al notaio quale pubblico ufficiale, come testimoniato da IACCARINO, *Liberalità indirette*, (99), p. 155 ss.; TRIMARCHI, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile*, (99), p. 163-164; Studio CNN n. 107-2009/I “*Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle movimentazioni e degli atti ricognitivi delle liberalità*”, (99), p. 18 ss..

¹⁰⁸ *Contra* BOZZI, *Liberalità non donative., contratto a favore di terzo ed “expressio causae” successiva*, (99), p. 329 e 333 la quale, ritiene del tutto inconferente il riferimento alla confessione o, più in generale, all'atto ricognitivo con contenuto di scienza, essendo l'*expressio causae* successiva diretta a qualificare il fatto, piuttosto che a fornire una sua qualche rappresentazione, e, quindi, non riconducibile ad una qualsiasi forma di ricognizione atipica o tipica (nemmeno quella prevista dall'art. 1988 c.c., che, a detta dell'autrice, ha come scopo quello di “*dispensare il terzo beneficiario dall'onere di provare il rapporto fondamentale*”, o quella disciplinata dall'art. 2720 c.c., che mira ad attestare l'esistenza di un documento, e non di un rapporto liberale). Invero, l'opinione qui riportata pare esporsi a rilevanti critiche: oltre a non avvedersi della contraddizione insita nell'ammettere che ciò che si afferma essere qualificazione riservata al giudice, e per tale ragione non perseguibile mediante una dichiarazione di scienza (*ivi*, p. 331) possa essere, al contrario, realizzata mediante una dichiarazione di volontà (negozio di accertamento) – proveniente, cioè, comunque sempre dai privati, in deroga alla supposta riserva di competenza – pare confondere la struttura della ricognizione ex art. 1988 c.c. (necessariamente ricognitiva di un rapporto, e del suo titolo) con i suoi effetti (di natura processuale).

¹⁰⁹ Studio CNN n. 107-2009/I “*Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle movimentazioni e degli atti ricognitivi delle liberalità*”, (99), p. 21.

dell'autore della liberalità”¹¹⁰) si è ritenuto di poter distinguere la dichiarazione resa da entrambi i soggetti coinvolti nella liberalità (beneficente e beneficiario) da quella proveniente esclusivamente da uno di essi.

Così, è diffusa convinzione che mentre l'esplicitazione condivisa del carattere liberale configuri, senza possibilità di alternative, un negozio di accertamento bilaterale¹¹¹ (vuoi per la struttura essenzialmente unilaterale delle dichiarazioni ricognitive di scienza¹¹², vuoi per lo scopo perseguito, ragionevolmente riconducibile ad una esigenza di certezza compromessa dalla mancata *expressio* all'atto di perfezionamento della liberalità¹¹³) la natura della dichiarazione resa da una sola delle parti della liberalità sia destinata a mutare la propria qualificazione, a seconda del soggetto dalla cui prospettiva tale dichiarazione si assume.

Nell'ipotesi in cui l'esistenza della precedente liberalità sia attestata dal beneficente, si afferma che l'atto di riconoscimento dallo stesso posto in essere valga necessariamente come dichiarazione di scienza, essendo fondato sulla certezza del suo autore circa le ragioni dell'arricchimento realizzato a vantaggio del beneficiario, e mutui le proprie caratteristiche da quella particolare *pronuntiatio contra se* disciplinata dall'art. 2735 c.c., ossia la confessione stragiudiziale¹¹⁴ (ricavandosi l'interesse contrario dagli effetti preclusivi che la dichiarazione comporterebbe rispetto a qualsiasi eventuale pretesa restitutoria che

¹¹⁰ TORRONI, *Accertamento negoziale di precedenti liberalità*, (99), p. 444.

¹¹¹ Così BOZZI, *Liberalità non donative, contratto a favore di terzo ed "expressio causae" successiva*, (99), p. 336-337; TORRONI, *Accertamento negoziale di precedenti liberalità*, (99), p. 444; Studio CNN n. 107-2009/I "Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle movimentazioni e degli atti ricognitivi delle liberalità", (99), p. 22-23. *Contra* IACCARINO, *Liberalità indirette*, (99), p. 158 sul presupposto che una dichiarazione proveniente da entrambi i soggetti interessati si radichi sulla comune certezza circa la natura dei loro rapporti.

¹¹² Cfr. Studio CNN n. 107-2009/I "Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle movimentazioni e degli atti ricognitivi delle liberalità", (99), p. 21-22 e *ivi* nota 53; TRIMARCHI, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile*, (99), p. 164-165 e 167.

¹¹³ Secondo BOZZI, *Liberalità non donative, contratto a favore di terzo ed "expressio causae" successiva*, (99), p. 336-337 e Studio CNN n. 107-2009/I "Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle movimentazioni e degli atti ricognitivi delle liberalità", (99), p. 22-23, infatti, alla base dell'intento di donante e donatario (indiretti) di procedere alla chiarificazione dell'esistenza della liberalità vi sarebbe proprio l'esigenza di porre fine ad una situazione di incertezza (non soggettiva bensì) oggettiva, in quanto derivante da un fatto che, sebbene non contestato (e, cioè, riconosciuto sussistente da tutti gli interessati) è difficilmente ricostruibile o documentabile nella sua esatta portata, posto che "il non poter dimostrare l'esistenza di un fatto a cui si ricollegano posizioni giuridiche soggettive che si riflettono nelle altrui sfere giuridiche rende lo stesso fatto oggettivamente incerto perché contestabile" (Studio CNN n. 107-2009/I "Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle movimentazioni e degli atti ricognitivi delle liberalità", (99), p. 23).

¹¹⁴ Così IACCARINO, *Liberalità indirette*, (99), p. 162; TORRONI, *Accertamento negoziale di precedenti liberalità*, (99), p. 445; Studio CNN n. 107-2009/I "Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle movimentazioni e degli atti ricognitivi delle liberalità", (99), p. 21-22; TRIMARCHI, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile*, (99), p. 165-166.

il confitente avesse successivamente ad avanzare¹¹⁵).

Diversamente, nell'ipotesi in cui l'esistenza della precedente liberalità sia attestata dal solo beneficiario, l'interpretazione assolutamente prevalente¹¹⁶ ritiene che essa si collochi nell'orizzonte del negozio di accertamento unilaterale, non essendo possibile imputare al donatario indiretto una condizione di certezza in merito al significato dell'arricchimento ricevuto e alla natura dell'interesse perseguito dal beneficiante¹¹⁷.

Dal quadro così delineato, possono, in conclusione, trarsi due indicazioni di rilievo.

La prima è che, qualunque sia il modo di qualificarne il contenuto (di scienza o di volontà), l'atto di dichiarare la causa è ricostruito, per opinione unanime, come atto di natura ricognitiva, avente funzione essenzialmente accertativa di un pregresso rapporto.

La seconda, però, è che, nel contempo, tale dichiarazione ricognitiva sia considerata del tutto distinta dell'intesa sottostante alla liberalità non donativa, da quell'"*accordo configurativo delle parti*"¹¹⁸ che nello svolgimento del presente lavoro si è identificato con il 'negozio di qualificazione' stesso¹¹⁹ e che non può

¹¹⁵ Diversamente BOZZI, *Liberalità non donative, contratto a favore di terzo ed "expressio causae" successiva*, (99), p. 330-331, nega, per un verso, che il donante indiretto possa esprimere, nella dichiarazione ricognitiva, un qualsivoglia interesse *contra se* (con la conseguenza che ad accedere al riconoscimento della liberalità debba essere solo il beneficiario) e, per un altro, come già precisato (nota 108), che l'*expressio causae* successiva possa qualificarsi come dichiarazione di scienza.

¹¹⁶ Così BOZZI, *Liberalità non donative, contratto a favore di terzo ed "expressio causae" successiva*, (99), p. 344-345 (sebbene con alcune riserve in merito alla configurabilità di un negozio di accertamento a struttura unilaterale); IACCARINO, *Liberalità indirette*, (99), p. 162; TORRONI, *Accertamento negoziale di precedenti liberalità*, (99), p. 444-445; TRIMARCHI, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile*, (99), p. 166-167. *Contra* Studio CNN n. 107-2009/I "Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle movimentazioni e degli atti ricognitivi delle liberalità", (99), p. 21-22, secondo cui la dichiarazione ricognitiva della precedente liberalità, se imputabile ad una sola delle parti, assume indefettibilmente natura confessoria di un fatto pregresso.

¹¹⁷ La qual conclusione lascia perplessi, considerato che, ad opinione degli stessi autori che aderiscono alla tesi qui riportata (vedi TORRONI, *Accertamento negoziale di precedenti liberalità*, (99), p. 443; Studio CNN n. 107-2009/I "Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle movimentazioni e degli atti ricognitivi delle liberalità", (99), p. 19; TRIMARCHI, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile*, (99), p. 161-162), a fondamento della liberalità non donative deve ravvisarsi, in ogni caso, un accordo in ordine al significato dell'arricchimento, imprescindibile per legittimare, anche rispetto alla sfera giuridica del beneficiario, l'applicazione dello statuto complessivo delle liberalità non donative, delineato, in positivo, dagli artt. 737 e 809 c.c.. Come già anticipato nel precedente capitolo, l'affermazione della necessità che nelle liberalità negoziali sussista apposito accordo sul significato dell'operazione è questione su cui si dovrà tornare nell'ultima parte della presente indagine, quale passaggio preliminare per trarre le conclusioni in ordine alla ammissibilità delle varie ipotesi, prospettate in dottrina, di riqualificazione delle donazioni.

¹¹⁸ Studio CNN n. 107-2009/I "Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle movimentazioni e degli atti ricognitivi delle liberalità", (99), p. 19.

¹¹⁹ In questi termini evidentemente TORRONI, *Accertamento negoziale di precedenti liberalità*, (99), p. 443, parlando dell'*expressio causae* come "formalizzazione successiva dell'accordo diretto a realizzare la donazione indiretta, accordo che certamente potrebbe essere contenuto nello stesso

mai mancare al fine di consegnare al particolare assetto di modificazioni giuridiche, avuto a mente dalle parti, la specifica valenza dispositiva dei relativi interessi non patrimoniali.

Ciò conduce, dunque, a riprendere in mano le segnalate ragioni di divergenza tra ‘negozio di qualificazione’ e dichiarazioni ricognitive e dare definitivamente conto delle motivazioni che sono alla base di una distinzione – come visto – mai posta in dubbio, nemmeno dagli autori che con maggior approfondimento si sono misurati con gli incerti confini delle figure qui analizzate.

Laddove l'*expressio causae*, o, più in generale, l'attività ricognitiva degli interessi regolati da una data vicenda negoziale o non negoziale, esaurisce la sua funzione nel rafforzare le posizioni giuridiche di una o più parti, conferendovi certezza (sul piano processuale o sostanziale), il ‘negozio di qualificazione’ intende, invece, determinare, per la prima volta, il sorgere delle predette posizioni.

La qual cosa, evidentemente, vuol dire che, nelle situazioni interessate da *expressio causae*, anche mancando l'immediata esplicitazione della causa, i rapporti giuridici in essere possano dirsi già pienamente corrispondenti alla regolamentazione operata dalle parti, le quali, anzi, sono incentivate, e legittimate, all'enunciazione ricognitiva proprio sul presupposto della piena consapevolezza delle loro relazioni giuridiche, o dell'esistenza di un conflitto in ordine alla rappresentazione che, di tali relazioni, ciascuna si fa portatrice.

D'altro canto, la distanza tra i due tipi di dichiarazioni si fa ancor più evidente nel momento in cui si considera l'ipotesi qui definita della ‘riqualificazione’.

In tale ultima eventualità, infatti, si assiste alla posizione di una dichiarazione cui le parti addivengono bensì nella perfetta conoscenza e consapevolezza dell'assetto di interessi, in precedenza compiutamente soddisfatto attraverso la realizzazione di una data vicenda negoziale, ma con l'obiettivo di rideterminarne il centro causale, e di asservire le medesime situazioni soggettive già conseguite, al soddisfacimento di un intento pratico differente, se non finanche opposto.

In sostanza, alla luce di quanto detto, in nessun caso la dichiarazione diretta alla qualificazione può essere assimilata ad una dichiarazione ricognitiva; nemmeno quando tale dichiarazione dia vita a quella forma di esplicitazione degli assetti di interesse già in essere, cui si riconduce, nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, il fenomeno dell'*expressio causae*.

negozio mezzo”; TRIMARCHI, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile*, (99), p. 163 nella parte in cui esclude l'esistenza di una norma che “imponga, nell'utilizzazione di uno degli schemi negoziali sopra indicati come esemplificazioni possibili di liberalità non donative, il richiamo alla causa liberale o donativa al fine della qualificazione degli effetti e della relativa disciplina”.

4. Distinzioni: qualificazione e negozi modificativi

Tanto detto rispetto alle dichiarazioni ricognitive, rimane da chiarire quali differenze intercorrono tra l'atto di autonomia che in queste pagine si va indagando e il negozio modificativo.

Il primo punto da chiarire è che, indubbiamente, nel confronto con la fattispecie del negozio modificativo il termine da assumere a riferimento non può che essere, in via esclusiva, il negozio qui definito di 'riqualificazione'.

Poiché, infatti, come sarà chiarito, il negozio modificativo è definibile nei termini di un negozio di secondo grado, la cui funzione tipica risiede nel dettare una diversa regolamentazione di una data operazione economica instaurata tra le parti, senza stravolgerne l'identità, ed i relativi caratteri essenziali¹²⁰, appare senz'altro evidente che motivi di affinità con lo stesso possano porsi solo rispetto a quel 'negozio di qualificazione' che, similmente, si rivolga verso gli effetti aventi fonte in un precedente atto di autonomia; appunto quella figura che è stata qui definita 'negozio di riqualificazione'.

In secondo luogo, è importante annotare, e ricordare, che proprio la categoria dei negozi modificativi è stata quella che più ha ispirato l'inquadramento proposto dai commentatori recenti, in punto di 'qualificazione negoziale'.

Pertanto, l'attenzione per l'individuazione puntuale dei caratteri differenziali si rende ancora più importante ai fini del confronto con le prime proposte interpretative che di tale 'funzione' negoziale hanno cercato di tracciare i confini (in vista, soprattutto, del loro eventuale superamento).

Sotto altro profilo, peraltro, la suggestione dell'efficacia modificativa del 'negozio di riqualificazione' si salda con il dibattuto tema della reiterazione del negozio giuridico, cioè, in termini empirici, di quel fenomeno che si verifica quando le parti di un atto di autonomia ritornano sullo stesso per dare al loro precedente rapporto una nuova regolamentazione¹²¹.

Fenomeno che indubbiamente potrebbe essere vagheggiato anche nella

¹²⁰ Per tutti sin d'ora v. G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, *Giust. Civ.*, 1957, I, p. 850-851.

¹²¹ Cfr. le osservazioni di C. GRANELLI, *Voce* 'Riproduzione del negozio', *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 1049 ss. e in particolare 1050-1051, il quale, denunciando il rischio di un'eccessiva generalizzazione del fenomeno, non manca di osservare che "nella pratica, sotto l'apparenza esteriore di una dichiarazione reiterativa di una precedente dichiarazione negoziale, si celano non di rado fattispecie concrete che integrano gli estremi, volta a volta, della confessione dell'avvenuta stipulazione e del tenore di un determinato negozio; della ricognizione del documento primitivo; della rinnovazione del negozio anteriore; dell'accertamento della situazione giuridica conseguente al pregresso atto di autonomia; dell'interpretazione autentica dell'originaria manifestazione di volontà; e via dicendo".

descrizione del modo di atteggiarsi della volontà dei privati in sede di ‘riqualificazione’¹²²..

Invero, in dottrina è stata già attentamente messa in luce¹²³ la distanza che intercorre tra il fenomeno della reiterazione negoziale¹²⁴ e quello dei negozi modificativi, nonché, per tornare a quanto trattato nei paragrafi che precedono, quello degli atti di natura ricognitiva.

Rispetto a questi ultimi, in questa sede, può essere opportuno ricordare¹²⁵ che la ragione della netta diversità si ritrova già sul piano della struttura: laddove il negozio reiterato, non contenendo alcun giudizio sul passato, cioè sul negozio ripetuto, può evocare solo l’idea di sé medesimo, al limite richiamando quella del primo negozio sulla base di una valutazione estrinseca che implica, di tale primo atto, la conoscenza – in altri termini, sulla base di un mero momento psicologico dell’attività ripetitiva – la dichiarazione ricognitiva si riferisce, per definizione, ad un fatto del passato e contiene la rappresentazione che ne genera l’immagine, e lo surroga, determinando tanto l’idea di sé (il fatto rappresentativo) quanto l’idea del fatto rappresentato.

In altri termini, se nella dichiarazione ricognitiva l’immagine del primo negozio costituisce il contenuto proprio della dichiarazione, nel negozio ripetuto tale carattere rappresentativo può aversi solo nella misura in cui sia effettuato un richiamo espresso al primo negozio, potendosi comunque, in tale ultimo caso, distinguere, per la parte interessata, il contenuto enunciativo di carattere ricognitivo, da quello dispositivo.

Certo, non è mancato chi¹²⁶ ha parlato di ripetizione del negozio anche con scopo di accertamento, ma non pare revocabile in dubbio che l’indirizzo finalistico impresso alla dichiarazione successiva non possa in alcun modo condizionarne la struttura, di guisa che in tanto potrà parlarsi di ripetizione in quanto il negozio ripetitivo conservi il carattere di autonomia rispetto quello

¹²² Annota come la tematica del ‘negozio di qualificazione’ rievochi le dottrine della reiterazione negoziale AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (31), p. 504-505. Tale contiguità si riscontra anche in Quesito CNN n. 617-2013/C “*L’interesse delle parti di “modificare” la causa del contratto di vitalizio assistenziale: strumenti negoziali a confronto, fra esigenze assiologiche e coerenze sistematiche*” a cura di A. MUSTO, CNN Notizie del 13 febbraio 2015, p. 12, laddove si pone a fondamento del “*contratto modificativo atipico della causa negoziale*” l’intento “*di ritornare nuovamente sul contratto per assoggettarlo ad una diversa regolamentazione*”.

¹²³ Vedi IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, (4), 1970, p. 43 ss.

¹²⁴ Intesa, in questa sede, come comprensiva della ripetizione negoziale e della rinnovazione negoziale. Sulle questioni terminologiche sottese all’utilizzo dei termini anzidetti, v. *amplius* nota 131

¹²⁵ Per le osservazioni che seguono, e per gli ulteriori riferimenti, v. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, (4), p. 65 ss.

¹²⁶ Così M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 177, 181, 187-188; F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1926, p. 191 e 205 ss.

ripetuto; il che equivale a dire che il rapporto fra le due figure rimane sul piano dell'alternatività, nel senso che o il secondo negozio succede al primo, ma non lo assume ad oggetto, e allora si avrà ripetizione o il secondo negozio assume ad oggetto il primo e allora potrà aversi, se del caso, anche l'accertamento negoziale.

Più sfumata è, al contrario, la delimitazione del fenomeno reiterativo se posto a confronto con la fattispecie del contratto modificativo¹²⁷.

Ciò perché è innegabile che la modificazione, presupponendo una parziale conservazione del precedente negozio, e del precedente rapporto, possa suggerire che della parte non mutata, soprattutto nell'ipotesi in cui la stessa sia riportata integralmente all'interno del testo del nuovo contratto, si detti una disciplina rinnovata.

La stessa immagine del 'ritorno' delle parti sulla precedente determinazione di autonomia, ben si attaglia allo scopo perseguito dai privati nel momento in cui, al sopravvenire di esigenze non precedentemente considerate, si prefiggano di ampliare, restringere o variare i termini della dichiarazione già emessa¹²⁸.

La confusione, sul piano della costruzione sostanziale delle categorie, è senz'altro accresciuta dall'uso del tutto arbitrario che la giurisprudenza, soprattutto di legittimità, fa della variegata terminologia sopra considerata e che conduce ad una indiscriminata sovrapposizione tra i concetti di rinnovazione e modificazione¹²⁹.

¹²⁷ Non obliterata dalla stessa giurisprudenza di legittimità: per Cass., 12 luglio 1967, n. 1726, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 1326 "il negozio riproduttivo o meramente rinnovativo deve avere, dal punto di vista obbiettivo, il medesimo oggetto ed il medesimo contenuto del negozio riprodotto o rinnovato. Esso, pertanto, va distinto dal negozio modificativo, che importa un mutamento parziale del contratto, in riferimento a determinati elementi. Il determinare la natura del negozio, in riferimento al suo contenuto, involge un'indagine di fatto, riservata al giudice di merito".

¹²⁸ L'eventualità è espressamente considerata da CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, (120), p. 853, il quale ritiene che a) se le pattuizioni del precedente negozio sono contenute integralmente in quello successivo, la fattispecie debba ricostruirsi nel senso di un negozio rinnovativo contenente anche prescrizioni aggiuntive di natura modificativa; b) se le pattuizioni dell'originario negozio sono contenute nel successivo solo in parte, e da un'interpretazione complessiva emerge la volontà di non mantenere in vita quelle non richiamate trattasi di negozio rinnovativo integrato da prescrizioni modificative; c) se le pattuizioni dell'originario negozio sono contenute nel successivo solo in parte, e da un'interpretazione complessiva emerge la volontà di conservare l'efficacia anche delle clausole non richiamate, trattasi di negozio puramente modificativo. Prospettiva in parte diversa è assunta, invece, da IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, (4), p. 43-44, il quale considera la ripetizione di tutte o di parte delle clausole del precedente negozio non tanto come contenuto ulteriore del negozio modificativo quanto come possibile modalità di manifestazione di un intento modificativo; ciò, quindi, lo conduce a ritenere che tale riproduzione, se caratterizzata dall'enunciazione di solo alcune clausole, configuri più correttamente una dichiarazione confessoria; se concernente la totalità del precedente regolamento possa valere o come rinnovazione, se le modifiche mirano ad aggiungere pattuizioni, ovvero come esclusiva modificazione, qualora le modifiche mirino ad eliminare o variare gli accordi precedenti.

¹²⁹ Se per un verso, Cass. 16 dicembre 1952, n. 3202 qualifica la rinnovazione come la sopravvivenza di un rapporto contrattuale oltre il termine inizialmente previsto di scadenza, accompagnata da modifiche che non importano novazione, e tanto Cass., 13 maggio 1952, n. 1396 quanto Cass. 17 aprile 1951, n. 948 accomunano novazione e rinnovazione per la dipendenza di

Fortunatamente, la dottrina più attenta¹³⁰ non ha mancato di segnalare le ragioni centrali che fanno giustizia di una considerazione autonoma dei due fenomeni.

Pur nell'incertezza cagionata dal catalogo indifferenziato di vocaboli cui la dottrina attinge per descriverne la dinamica¹³¹, si conviene¹³² che il fenomeno della reiterazione negoziale non possa prescindere dalla successione nel tempo¹³³ di due dichiarazioni aventi contenuto identico, ossia due dichiarazioni legate da un rapporto di equivalenza¹³⁴, tale per cui, cioè, la sostituzione dell'una all'altra non possa in alcun modo influire sul tipo e sulla struttura dell'effetto giuridico prodotto.

Da ciò si ricava l'impossibilità di assecondare una volontà rinnovativa

entrambe (sul piano soggettivo od oggettivo) da un vincolo obbligatorio preesistente, per altro verso, le Sezioni Unite 10 maggio 1950, n. 1196 in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1951, I, n. 802 segnano con chiarezza il confine tra dichiarazioni riproduttive o ricognitive, aventi valore di mera prova, e negozi rinnovativi: questi ultimi, pur non determinando delle modifiche tali da realizzare una novazione, si pongono in posizione autonoma rispetto al negozio rinnovato, che, viene, infatti, estinto per sostituire alla fonte originaria del rapporto giuridico, che si conserva inalterato, una nuova fonte.

¹³⁰ Cfr. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, (120), p. 850-851; IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, (4), p. 43-44.

¹³¹ Come riporta IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, (4), 1970, p. 35-36 variegato è lessico cui, nel tempo, la dottrina ha fatto ricorso nell'affrontare la tematica in esame: dal riferimento alla 'riproduzione' (su cui, in particolare, v. G. GORLA, *La riproduzione del negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1933), spesso confusa con il fenomeno della 'rappresentazione', e del giudizio narrativo che risveglia l'idea dell'evento, surrogandosi ad esso, all'idea della 'rinnovazione' (su cui, in particolare, v. C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla rinnovazione del negozio giuridico*, *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1950, p. 447 ss.; CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, (126), p. 181 ss.), genericamente evocato per indicare il risultato del processo ripetitivo (per lo stesso Irti tecnicamente da riferire al solo, specifico, fenomeno della ripetizione, ossia della *renovatio contractus*); passando per l'uso del lemma 'ripetizione', tradizionalmente utilizzato per designare l'attività dei contraenti, ossia l'agire da cui nasce il secondo negozio, appunto riprodotto/rinnovato/ripetuto.

¹³² Vedi GRANELLI, *Voce 'Riproduzione del negozio'*, (121), p. 1052; IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, (4), p. 7 ss.; CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, (120), p. 859;

¹³³ Il fenomeno della ripetizione, insegna, infatti, la dottrina (cfr. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, (4), p. 32; NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel fenomeno della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, (69), p. 405 ss.; GORLA, *La riproduzione del negozio giuridico*, (131), p. 11-12; CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, (126), p. 210-211) non può prescindere dalla successione nel tempo delle due manifestazioni di volontà, presupponendo necessariamente l'intenzione delle parti di reitare, con la seconda, il significato della prima; tale intenzione non può, evidentemente sussistere, non solo laddove le parti non avessero a mente la preesistenza del negozio, ma anche laddove i negozi siano contestuali, e, quindi, emerga una antinomia tra i regolamenti, da risolvere con la prevalenza dell'uno o dell'altro (non solo nell'ipotesi più intuitiva di un conflitto tra i contenuti, ma anche nel caso di contenuto identico). Che l'indagine sul fenomeno reiterativo coinvolga un potenziale giudizio di antinomia tra i negozi è testimoniato dal contenuto dell'art. 2720 c.c., il quale, come evidenziato da R. SACCO, *Voce 'Riproduzione, rinnovazione, ripetizione, reiterazione dei contratti'*, *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, Utet, Torino, 1998, p. 15, ha esattamente come scopo quello di regolare il conflitto tra dichiarazioni potenzialmente incompatibili, attraverso la prescrizione della prevalenza dell'ultima dichiarazione, laddove non si provi che la stessa avesse funzione meramente riproduttiva.

¹³⁴ Per il concetto di equivalenza o fungibilità tra i negozi v. M. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 113-114.

ogniqualevolta l'intento si riveli, al contrario, diretto ad alterare il contenuto e gli effetti di quanto in precedenza pattuito.

Intento che, già intuitivamente, e prima, dunque, di un'analisi tecnica dei presupposti e dei caratteri costitutivi, può identificarsi con lo scopo pratico che spinge le parti verso la conclusione di un negozio modificativo.

D'altro canto, che si risolva l'attività ripetitiva-rinnovativa sul piano meramente documentale o della forma negoziale¹³⁵, ovvero su quello della successione di negozi autonomi, con funzione sostitutiva della sola fonte del rapporto¹³⁶, del solo rapporto, immutata la fonte, o di entrambi¹³⁷, non può negarsi che presupposto indefettibile della stessa, in tutte queste sue possibili proiezioni, sia la conservazione dell'identità del contenuto negoziale inizialmente convenuto.

In sostanza, assunta l'equivalenza di effetti quale condizione della reiterazione negoziale, tale identità di effetti non può che radicarsi o sulla causa unitaria del negozio, di cui è riprodotta esclusivamente una forma documentale successiva, o sulla perfetta sovrapposibilità tra le cause dei due negozi successivi.

Equivalenza di effetti che certamente può escludersi se, come è per la dottrina unanime¹³⁸, il fondamento positivo del negozio modificativo è ravvisato nella disciplina posta dagli artt. 1231 e 1321 c.c..

Il negozio modificativo, infatti, pur non essendo espressamente disciplinato a livello codicistico quale tipo negoziale (diversamente, quindi, da quanto accade nell'ordinamento tedesco, ove tale figura, al contrario della fattispecie novativa, riceve espressa disciplina, al par. 305 del BGB¹³⁹), pare fattispecie presupposta,

¹³⁵ Per questa opinione v. in particolare MESSINEO, Voce 'Contratto (dir. priv.)', (14), 1961, p. 893-894; CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, (126), p. 181 ss.; F.D. CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, Tipografia Parmense, Parma, 1925, p. 67 ss.; L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, Riv. Dir. Comm., 1919, I, p. 442-444.

¹³⁶ Così CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, (120), p. 848.; GORLA, *La riproduzione del negozio giuridico*, (131), p. 29 ss. ed in particolare p. 46.

¹³⁷ Per questa posizione v. per tutti IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, (4), p. 135 ss..

¹³⁸ Cfr. G. DORIA, *Negozi sull'effetto giuridico*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 122; CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, (120), p. 848; A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento: fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 66 e 99.

¹³⁹ La scelta del codice tedesco non fa che formalizzare il ruolo secondario che, nel tempo, l'istituto della novazione ha inevitabilmente assunto, al punto da far parlare di "crisi della novazione" (LAMBRINI, *La novazione*, (33), p. 471). Affermatasi per realizzare delle variazioni soggettive della medesima obbligazione (come testimoniato soprattutto dal requisito, richiesto fino al periodo classico, del c.d. *idem debitum*) la novazione ha perso centralità con la graduale affermazione di fattispecie concorrenti, dirette a perseguire la medesima funzione, quali la cessione del credito o la successione nel debito, non a caso puntualmente regolati anche dal B.G.B. negli istituti del *Forderungsabtretung* (par. 398 ss) e della *Schuldubernahme* (par. 414 ss.). Invero, anche nel contesto del diritto tedesco, pur in mancanza di una apposita previsione codicistica, non si esclude l'eventualità che le parti, attraverso l'introduzione di una variazione del rapporto intendano estinguere quello preesistente tra loro. Su tutti questi profili v. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento: fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, (138), p. 137 ss..

nella sua configurazione generale, dalle disposizioni sopra citate, nonché, quale applicazione puntuale, da singole prescrizioni legislative (di cui sono esempio gli artt. 1659¹⁴⁰, 1350, n. 4 e 2643, n. 4¹⁴¹ c.c.).

Nello specifico, l'art. 1231 c.c., esclude che ricorra la novazione del rapporto quanto la modifica dell'obbligazione pregressa concerna elementi meramente accessori (quale l'apposizione o l'eliminazione di un termine); l'art. 1321 c.c., ammette che il contratto possa avere lo scopo di “regolare”¹⁴², oltre che costituire od estinguere, situazioni giuridiche di natura patrimoniale.

Dal combinato disposto delle norme esaminate, si ricava, dunque, la possibilità che le parti, a soddisfazione dell'interesse meritevole (ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.) di poter adeguare, al sopravvenire di mutate esigenze, il precedente regolamento del rapporto tra loro in essere, incidano, con un negozio di secondo grado¹⁴³ e accessorio¹⁴⁴, sul relativo contenuto, senza che ciò importi novazione, e, dunque, sostituzione delle situazioni giuridiche soggettive di cui sono titolari.

Questa annotazione, oltre ad allontanare definitivamente ogni accostamento con il fenomeno della ripetizione negoziale, mette subito in evidenza il motivo per cui diversi commentatori, come chiarito nelle pagine che precedono, hanno contestato l'inquadramento anche del ‘negozio di riqualificazione’ nell'ambito della categoria del negozio modificativo.

Attraverso il ‘negozio di riqualificazione’, infatti, le parti intendono determinare una nuova disciplina giuridica degli effetti consolidati e futuri derivanti da un precedente negozio tra loro concluso, mediante il mutamento del relativo centro causale.

Di contro, il negozio di modificazione muove dalla conservazione dell'identità del rapporto al fine di introdurre una variazione rispetto a quei termini che, nell'economia dello stesso, rivestono un ruolo accessorio, o, comunque, non

¹⁴⁰ L'articolo in esame, nel disciplinare le “*variazioni concordate del progetto*” nell'appalto, stabilisce, infatti, che “*l'appaltatore non può apportare variazioni alle modalità convenute dell'opera se il committente non le ha espressamente autorizzate*”.

¹⁴¹ I quali disciplinano forma *ad substantiam* e trascrizione de “*i contratti che (...) modificano servitù prediali, il diritto di uso sopra beni immobili, il diritto di abitazione*”.

¹⁴² Invero, si ritiene che l'efficacia regolativa sia più ampia di quella meramente modificativa. In particolare, laddove l'efficacia modificativa viene identificata con l'incidenza puntuale e specifica sulla struttura di una singola situazione giuridica, all'interno dell'efficacia regolativa viene ricondotta anche la categoria del negozio regolamentare o normativo, tramite cui le parti sono in grado di predeterminare la disciplina giuridica di una certa classe di loro futuri rapporti. Sul punto, v. G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Cedam, Padova, 1994, p. 45; ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento: fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, (138), p. 66 e *ivi* per altri riferimenti; nonché *infra* nel prossimo capitolo.

¹⁴³ Cfr. DORIA, *Negozi sull'effetto giuridico*, (138), p. 123; CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, (120), p. 855-856.

¹⁴⁴ Così CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, (120), p. 855-856.

essenziale.

Le cause del fraintendimento che sembra condurre il ragionamento alla base della posizione interpretativa qui criticata sono diverse, ma non tutte ugualmente fondate.

Un primo, e del tutto fuorviante, motivo di sovrapposizione deriva dalla considerazione del meccanismo della ‘riqualificazione’ come fenomeno di ‘conservazione’ degli effetti pregressi.

Tale conservazione, per i fautori dell’opinione *de qua*¹⁴⁵, coinciderebbe perfettamente con quella continuità che è presupposta dall’attività negoziale modificativa.

In realtà, può facilmente avvedersi del fatto che ad essere conservati (o, meglio, a non essere oggetto di vicende) sono esclusivamente le situazioni giuridiche finali, ossia le variazioni determinate dal primo negozio nella sfera giuridica dei soggetti interessati, non anche il rapporto contrattuale, ossia il legame tra le predette variazioni, che è segnato dal particolare titolo in base a cui le stesse erano state originariamente programmate¹⁴⁶, e, quindi, il regolamento, e ciò perché, per definizione, la ‘riqualificazione’ mira a rideterminare la natura e la disciplina delle relazioni giuridiche tra le parti¹⁴⁷.

Né questa logica della continuità pare convincentemente argomentata sulla base di una surrettizia applicazione del principio di economia dei mezzi giuridici¹⁴⁸.

Di difficile comprensione è, infatti, come possa essere affermato che “*se non si dubita che alle parti contraenti sia consentito di porre nel nulla il contratto di donazione mediante un “mutuo dissenso” (con l’effetto di far tornare il bene donato nella titolarità del donante) e di stipulare, immediatamente dopo, un*

¹⁴⁵ Implicitamente v. Quesito CNN n. 617-2013/C “*L’interesse delle parti di “modificare” la causa del contratto di vitalizio assistenziale: strumenti negoziali a confronto, fra esigenze assiologiche e coerenze sistematiche*”, (122), p. 12; più ambiguo G. BARALIS_ *Osservazioni e casistica in tema di trasferimenti fiduciari* in AA.VV., *Analisi interpretative e novità della circolare 3E/2008 dell’Agenzia delle Entrate*, Il Sole24ore, Milano, 2008, p. 72-74.

¹⁴⁶ Laddove si accolga la più moderna distinzione tra situazioni giuridiche soggettive, isolatamente considerate, e rapporto giuridico quale nesso di funzionalità tra le stesse, non può non ravvisarsi nell’unitarietà dell’interesse il perno attorno cui ruota la delimitazione dei confini del rapporto, e, di conseguenza, non riconoscere che, mirando la ‘riqualificazione causale’ a mutare l’interesse alla base del rapporto, essa contraddica quella continuità che, come chiarito meglio *infra* nel testo, segna il *proprium* della modificazione. Su tale definizione di rapporto giuridico v. P. STANZIONE, *Voce* ‘Rapporto giuridico II. Diritto civile’, *Enc. Giur.*, Istituto Enciclopedia italiana, Roma, 1993, p. 6-7; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni (art. 1230-1259)*, (33), p. 29-30; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 10 ss..

¹⁴⁷ Cfr. A. BUSANI, *Il contratto di “riqualificazione” della donazione di partecipazioni sociali in patto di famiglia*, *Società*, 2016, p. 537.

¹⁴⁸ Strettamente intrecciato con il principio di conservazione degli atti giuridici, che si riannoda alla volontà legge di preservare la volontà negoziale, fin dove possibile, nei limiti della meritevolezza degli interessi perseguiti. Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, (66), p. 146-147; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni (art. 1230-1259)*, (33), p. 20.

nuovo contratto traslativo (avente ad oggetto lo stesso bene già oggetto di donazione) sorretto da una causa differente rispetto a quella del contratto risolto, a maggior ragione non pare potersi negare la meritevolezza di un contratto con il quale le parti contraenti (senza risolvere il precedente contratto e stipularne uno nuovo, con ciò dando vita a due trascrizioni di diritti) si limitino a modificare il loro assetto d'interessi già posto in essere, evitando così di provocare tra esse inutili trasferimenti e ritrasferimenti di diritti, i quali tanto più si palesano artificiosi quanto più si pensi al fatto che al medesimo risultato (l'acquisto del bene da parte dell'avente causa non più "infettato" dalla causa di donazione) si può appunto giungere senza porre in essere trasferimenti di diritti ma, solamente, riconfigurando la causa del trasferimento già effettuato"¹⁴⁹ ovvero, con maggior breviloquenza, che "il contratto modificativo consente di realizzare in maniera diretta un effetto che le parti potrebbero ugualmente conseguire, anche se attraverso una concatenazione di atti negoziali (mutuo dissenso e donazione successiva)"¹⁵⁰.

Il vizio dell'assunto sopra riportato risiede, come intuibile, nella postulazione dell'identità del risultato conseguibile.

Si è più volte ripetuto nello svolgimento di queste prima parte dell'indagine che il *proprium* del negozio modificativo è dato dal suo innestarsi sul rapporto preesistente senza che questo, o il negozio da cui ha avuto origine, vengano meno.

Individuata, perciò, la funzione economica del negozio modificativo nella modificazione del regolamento preesistente¹⁵¹, tra negozio modificato e negozio modificativo viene ad essere instaurato un collegamento negoziale tale da delineare la funzione dell'unitaria operazione economica nei termini di una corrispondenza alla causa del primo negozio, integrata, però, dalle variazioni successivamente effettuate, per il tramite della modificazione¹⁵².

Diversamente, il percorso teorico disegnato dalla successione tra risoluzione consensuale del preesistente vincolo, ai sensi dell'art. 1372, comma 2, c.c. e stipula del contratto di cui si vuole la diversa disciplina, si caratterizza per l'elisione dal mondo giuridico del preesistente rapporto.

La supposta coincidenza del risultato conseguibile, pertanto, pare riscontrabile, tutt'al più, su un piano meramente descrittivo, posto che in entrambi i casi il bene

¹⁴⁹ BUSANI, *Il contratto di "riqualificazione" della donazione di partecipazioni sociali in patto di famiglia*, (147), p. 538.

¹⁵⁰ Quesito CNN n. 617-2013/C "L'interesse delle parti di "modificare" la causa del contratto di vitalizio assistenziale: strumenti negoziali a confronto, fra esigenze assiologiche e coerenze sistematiche", (122), p. 13.

¹⁵¹ Così CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, (120), p. 850-851; DORIA, *Negozi sull'effetto giuridico*, (138), p. 123.

¹⁵² Espressamente CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, (120), p. 850-851.

verrebbe, in ultimo, ad essere assoggettato ad una disciplina diversa da quella originaria (nelle ipotesi considerate in dottrina, dalla disciplina della donazione a quella della vendita¹⁵³, dalla disciplina del vitalizio assistenziale a quello della donazione¹⁵⁴ ovvero dalla disciplina della donazione a quella del patto di famiglia¹⁵⁵ o del vincolo fiduciario¹⁵⁶), ma non certo su quello degli strumenti tecnici utilizzati, e delle loro conseguenze, soprattutto per quel che riguarda la circolazione dei beni.

Laddove, infatti, il negozio modificativo permette la variazione del rapporto senza soluzione di continuità nei profili che dello stesso possono dirsi essenziali, il passaggio articolato attraverso il ricorso al mutuo dissenso del precedente negozio, implica una duplice vicenda, di natura estintiva-costitutiva, incompatibile, per definizione, con la sopravvivenza dell'identità del rapporto.

Se, all'evidenza, quindi, seguendo quanto detto, il 'negozio di riqualificazione', *sub specie* del negozio modificativo, non potrebbe mai portare al medesimo assetto raggiungibile attraverso l'espedito di un previo *contrarius consensus*, dalla legittimità di tale ultimo procedimento non potrebbe mai ricavarsi un argomento a favore dell'ammissibilità del negozio modificativo della causa, nei termini, appunto, di una struttura precettiva più economica per il conseguimento di un risultato già reputato coerente con il sistema.

Invero, a sostegno dell'assimilazione tra 'negozio di riqualificazione' e negozio modificativo, anche alla luce del predetto argomento di economica dei mezzi giuridici, potrebbe essere addotta la peculiare ricostruzione del negozio modificativo come *species* del *contrarius consensus*¹⁵⁷.

Si potrebbe pensare, infatti, che la lettura dell'efficacia regolativa come forma di mutuo dissenso implicito delle clausole anteriori incompatibili, superi l'obiezione sopra formulata in ordine alla eterogeneità del mezzo tecnico utilizzato, permettendo più agevolmente di sostenere (a fronte della totale sovrapposibilità dello strumento utilizzato) la perfetta l'identità del risultato raggiungibile.

¹⁵³ Cfr. G. SANTARCANGELO, *La novazione di donazione*, *Notariato*, 2011, p. 646 ss.

¹⁵⁴ Cfr. Quesito CNN n. 617-2013/C "L'interesse delle parti di "modificare" la causa del contratto di vitalizio assistenziale: strumenti negoziali a confronto, fra esigenze assiologiche e coerenze sistematiche", (122), p. 13.

¹⁵⁵ Cfr. BUSANI, *Il contratto di "riqualificazione" della donazione di partecipazioni sociali in patto di famiglia*, (147), p. 535 ss..

¹⁵⁶ Cfr. BARALIS, *Osservazioni e casistica in tema di trasferimenti fiduciari*, (145), p. 69 ss..

¹⁵⁷ Parlano di *contrarius consensus* come fondamento della vicenda modificativa R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale* in G. GROSSO-F. SANTORO PASSARELLI (curr.) *Trattato di diritto civile.*, IV. t. 2, Giuffrè, Milano 1972, p. 210 ss.; CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, (120), p. 848; G. DEIANA, *Contrarius consensus*, *Riv. Dir. Priv.*, 1938, p. 111; CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, (126), p. 191 e 208 ss.

In una prospettiva più generale, peraltro, la costruzione dell'effetto modificativo come proiezione di un *contrarius consensus* più limitato, permetterebbe di conferire alla vicenda modificativa un nuovo inquadramento funzionale, idoneo a ricomprendere in sé tanto i tratti della modificazione in senso stretto, come sopra delineata, quanto quelli della vicenda sostitutiva.

Portando il ragionamento alle conclusioni estreme, potrebbe, dunque, avanzarsi, e ribadirsi, la perfetta aderenza del 'negozio di riqualificazione' al modello della modificazione, sul presupposto che quest'ultima configuri una struttura negoziale idonea a conservare le variazioni del mondo giuridiche già prodotte, pur attuando, nel contempo, una totale sostituzione del precedente rapporto, alla pari di quanto conseguibile attraverso la sequenza fondata sulla previa risoluzione consensuale¹⁵⁸.

Anche a non voler considerare la contraddittorietà logica, prima ancora che giuridica, in cui si risolverebbe l'affermazione dell'atteggiarsi della riqualificazione come vicenda modificativa e nel contempo sostitutiva, l'equivoco da cui si alimenta il ragionamento sopra proposto è facilmente svelato se si considera che il meccanismo del *contrarius consensus* è assunto, dalle posizioni dottrinali sopra riportate, nella misura strettamente necessaria per giustificare il tradizionale svolgersi del momento modificativo; ed, infatti, sono quegli stessi autori¹⁵⁹ che hanno elaborato la costruzione in esame a ribadire con forza la distinzione strutturale tra modificazione e novazione, ossia tra modificazione del rapporto e sua complessiva sostituzione¹⁶⁰.

In altre parole, alla luce delle teoriche dottrinali in materia, può precisarsi che non è tanto la modificazione negoziale a servirsi dello strumento tecnico del

¹⁵⁸ Prospettiva che pare, forse inconsapevolmente emergere, nel momento in cui si parla (BARALIS *Osservazioni e casistica in tema di trasferimenti fiduciari*, (145), p. 70-72) di "modifica causale", come modifica di un singolo elemento della struttura del rapporto, idoneo, però, a far sì che "i suoi effetti, consolidati oppure futuri, rimangono come sono avvenuti o sono previsti ma vengano qualificati, etichettati diversamente".

¹⁵⁹ Per tutti v. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, (120), p. 848-849.

¹⁶⁰ Invero, diverse voci (*ex multis* v. ALCARO-ALEMANNI, Art. 1230 c.c., (33), p. 384 e 437; DORIA, *Negozi sull'effetto giuridico*, (138), p. 122-123; ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento: fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, (138), p. 183 ss) riconducono anche la novazione nel novero dei negozi modificativi (sulla scorta, a ben vedere, dello stesso dettato legislativo, il quale all'art. 1231 c.c. parla di modificazioni che non importano novazione); l'utilizzo del termine, tuttavia, non pare qui inteso nel suo senso tecnico, e, cioè, come formula per qualificare la novazione alla stregua di una *species* di un più ampio *genus*, la qual eventualità comporterebbe il paradosso di ridurre all'efficacia regolatrice anche gli effetti costitutivi ed estintivi, ossia gli effetti in cui si sostanzia la vicenda sostitutiva che nasce dalla novazione; effetti che, invece, nell'art. 1321 c.c. da quella sono nettamente distinti. L'inquadramento della novazione come negozio modificativo pare probabilmente inteso, in senso atecnico, come formula per precisare la natura di negozio di secondo grado, ovvero, più precisamente, di negozio "sugli effetti giuridici" (su questa categoria v. in particolare lo studio di DORIA, *Negozi sull'effetto giuridico*, (138) nonché *amplius* nel prossimo capitolo).

contrarius consensus quanto il *contrarius consensus* a qualificarsi come modificativo – e, cioè, a dar vita alla modificazione – nella misura in cui interviene su singoli aspetti del rapporto la cui sostituzione non è tale da stravolgere, di questo, la sostanza.

Il che lascia fundamentalmente impregiudicata la questione concernente la possibilità o meno di configurare una vicenda modificativa al ricorrere di una variazione del centro causale del rapporto.

Quanto in ultimo affermato merita, certamente, un ulteriore approfondimento, e introduce la problematica di maggior rilievo ai fini della distinzione tra negozio modificativo e ‘riqualificazione negoziale’, ossia quella relativa all’identificazione del limite oltre il quale la variazione dei termini del rapporto si traduce nella sua definitiva sostituzione.

Lo sviluppo dell’argomentazione ha, finora, data per scontata la tralatizia presa di posizione¹⁶¹ secondo cui al ricorrere di una variazione degli aspetti essenziali del regolamento, debba negarsi la sopravvivenza del rapporto.

Se tale posizione corrisponde, senza dubbio, all’orientamento prevalente, non può omettersi di considerare che, però, la stessa non specifichi dove debba collocarsi la soglia della predetta essenzialità¹⁶², la cui esatta individuazione è, conseguentemente, oggetto di dibattito fra gli interpreti.

Tradizionalmente, si afferma in giurisprudenza¹⁶³ che debba sempre intendersi per essenziale la modifica del titolo o dell’oggetto, secondo un principio ricavabile direttamente dall’art. 1230 c.c. (che assegna a tale modifica il profilo della novazione) e, *a contrario*, dall’art. 1231 c.c. (il quale, come già sottolineato, esclude la novazione ogniqualvolta ricorra “*il rilascio di un documento o la sua rinnovazione, l’apposizione o l’eliminazione di un termine e ogni altra modificazione accessoria*”).

Tuttavia, è considerata centrale, soprattutto in dottrina¹⁶⁴ la necessità di procedere ad una verifica caso per caso della natura accessoria o meno della variazione introdotta, tenendo conto del concreto contesto di riferimento, in cui vive il rapporto che da tale variazione è interessato¹⁶⁵.

¹⁶¹ Che si tratti di un insegnamento istituzionale è facilmente provato da una veloce scorsa delle pagine manualistiche: v. tra i vari G. AMADIO-F. MACARIO (curr.), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, I, il Mulino, Bologna, 2014, p. 443; A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 441; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, (57), p. 597.

¹⁶² Parla di “soglia di identità” ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell’adempimento: fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, (138), p. 185.

¹⁶³ Cfr. *ex multis* Cass., 9 marzo 2010, n. 5665; Cass., 6 luglio 2010, n. 15980; Cass., 21 gennaio 2008, n. 1218; Cass., 21 maggio 2007, n. 11672; Cass., 17 maggio 2005, n. 10318.

¹⁶⁴ Per tutti v. ALCARO-ALEMANNI, Art. 1230 c.c., (33), p. 437 ss..

¹⁶⁵ Compendiando le opinioni delle dottrine più attente ALCARO-ALEMANNI, Art. 1230 c.c.,

In questa prospettiva di indagine, che predilige una valutazione concreta ed effettiva del carattere dell'essenzialità, tenendo conto delle circostanze specifiche in cui l'indagine si colloca, vi è chi¹⁶⁶, sulla scorta degli studi della dottrina tedesca in materia, ha sostenuto che anche il mutamento del titolo, e, quindi, ai fini che qui interessano, del centro causale del rapporto, possa mantenere l'intento negoziale all'interno dei confini del fenomeno modificativo.

Di prima battuta, questa soluzione pare certamente apportare ulteriori argomenti a supporto delle recenti tesi che vedono nel 'negozio di riqualificazione' una *species* del negozio modificativo.

Tale impressione, tuttavia, può essere subito fugata non appena si consideri che per la costruzione proposta, come già negli studi di matrice comparatistica dalla quale la stessa ha preso spunto, il criterio guida per segnare il passaggio dalla vicenda modificativa a quella novativa, è dato, oltre che dalla volontà delle parti e dalla generale considerazione del traffico giuridico (in altre parole, dall'analisi del concreto contesto di riferimento) dalla percezione del significato economico che la modificazione assume, in rapporto alla struttura del contratto.

Non è un caso che le ipotesi che tali orientamenti adducono quali esempi della natura modificativa della vicenda, nonostante la variazione del tipo negoziale, sono quelle in cui tale variazione concerne elementi differenziali considerati di 'secondo piano', ossia considerati non attinenti alla configurazione essenziale dei rapporti stessi (come accade, si afferma, quando le parti 'convertono' il proprio rapporto da quello di affitto a quello di locazione).

Il presupposto assunto dalla teorica in parola è, dunque, che la classificazione per tipi legali (e, quindi, la differenziazione dei titoli) non corrisponda necessariamente ad una alterazione dei caratteri economici fondamentali dell'operazione posta in essere, i quali richiedono di essere sempre considerati in una dimensione sostanziale e non formale.

Ciò significa, in ultima analisi, che anche per la tesi in esame, e, quindi, anche per chi nega che il mutamento del titolo dell'operazione negoziale abbia di per sé

(33), p. 450-451 precisano che *"l'accessorietà va, in altre parole, riferita non ad un paradigma astratto, ma al contesto della singola obbligazione, quindi alla diversa funzione svolta dal nuovo assetto regolamentare dell'obbligazione (...)* Sotto questo profilo si può rilevare come una visione statica della fattispecie risulti insufficiente rispetto all'adozione di un criterio funzionalistico che abbia di mira l'effettiva funzione svolta dal nuovo assetto regolamentare", di guisa che, in ultima analisi *"applicando il criterio sopra indicato, non si può propendere automaticamente per una mera modifica dell'obbligazione, piuttosto che per una qualificazione del fenomeno in termini di novazione, ma tale esito dovrà dipendere in concreto dall'incidenza che nel caso concreto la condizione determini sulla funzione della nuova obbligazione e sugli interessi perseguiti"*.

¹⁶⁶ Per questa posizione v. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento: fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, (138), p. 187 ss..

valore essenziale, debba farsi luogo a novazione, ogniqualvolta la modifica del rapporto snaturi lo scopo economico perseguito dalle parti.

Il che è perfettamente coerente con le opinioni più ortodosse cui le dottrine in tema di novazione fanno ordinariamente riferimento, per individuare dei criteri discretivi idonei ad individuare il punto oltre il quale l'alterazione del rapporto sconfini nel campo della innovazione.

Autorevolmente si afferma, infatti, che sussista il c.d. *aliquid novi*, sul piano formale, ogniqualvolta la modifica introduca all'interno del rapporto obbligatorio un elemento di estraneità che si ponga in contrasto con la previgente disciplina¹⁶⁷; sul piano sostanziale, ogniqualvolta il fatto modificativo condizioni il sistema di interessi comportando una trasformazione incidente sul suo nucleo fondamentale¹⁶⁸.

Poiché non pare revocabile in dubbio che attraverso la qui indagata volontà di 'riqualificazione' le parti mirino proprio a rideterminare, con maggiore o minore portata, il significato dell'operazione economica complessiva tra loro in essere¹⁶⁹, sembra trovare ulteriore, e definitiva, conferma il più volte accennato indirizzo interpretativo che recisamente respinge il ricorso alla categoria del negozio modificativo come chiave ermeneutica-ricostruttiva per dare voce ai tentativi di razionalizzazione della particolare figura negoziale che nella predetta volontà, e nelle istanze della prassi, ha origine.

Certo, si ribadisce, potrà ancora parlarsi di negozio modificativo anche con riferimento alla struttura precettiva qui definita di 'riqualificazione', per alludere al suo particolare operare quale negozio che assume ad oggetto effetti già riconosciuti dall'ordinamento.

¹⁶⁷ Vedi MAGAZZU', *Voce* 'Novazione (diritto civile)', (33), p. 811 ss. ed in particolare 812 e 815.

¹⁶⁸ Così FALZEA, *Voce* 'Efficacia giuridica', *Enc. Dir.*, (72), p. 492.

¹⁶⁹ L'osservazione non richiede alcuna dimostrazione, se si considera l'ipotesi più 'famosa', concernente la 'riqualificazione' della donazione in una compravendita; sulla sua fondatezza potrebbe avanzarsi qualche dubbio qualora si considerasse l'ipotesi, certamente più interessante, del recupero della donazione pregressa quale assegnazione interna ad un patto di famiglia. In tale ultimo caso, infatti, come è stato notato (AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (31), p. 506) la volontà delle parti non sarebbe diretta a mutare il titolo della precedente attribuzione, ma anzi a muovere da quello per determinare la disapplicazione della disciplina ordinaria delle liberalità. Il punto è di notevole importanza, e su di esso si tornerà nel prosieguo dello studio; ciò che in questa sede appare importante sottolineare è che neanche dal punto di vista di tale particolare ipotesi di studio potrebbe dirsi corretta l'adozione della categoria del negozio modificativo (come precisato dallo stesso AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (31), p. 506), poiché questa, infatti, postulerebbe l'unicità del tipo negoziale e dell'operazione economica – da cui discenderebbe, a sua volta, l'identità soggettiva delle parti (circostanza, questa, che pare indubbiamente assente, nel momento in cui la prospettata 'riqualificazione' mira, attraverso un negozio strutturalmente distinto, anche sul piano soggettivo, a rimuovere la disciplina successoria delle liberalità, onde facilitare la circolazione dei beni oggetto di attribuzione).

Ciò, però, dovrà avvenire nella consapevolezza che con l'utilizzo di tale qualificazione non possa mai intendersi la riconduzione al negozio di riqualificazione di un'efficacia modificativa in senso tecnico, nei termini sopra precisati, quanto, piuttosto, come detto, l'inquadramento di quello nella categoria dottrinale, di contenuto eterogeneo, avente funzione essenzialmente ordinante, dei c.d. negozi di secondo grado, da cui potrà muovere, nel prossimo capitolo, il tentativo di offrire una precisa struttura negoziale, all'intento empirico fin qui definito di qualificazione¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Infatti, per DORIA, *Negozi sull'effetto giuridico*, (138), p. 123-124, il dato normativo posto dall'art. 123 pare assegnare un "duplice significato" all'attività negoziale modificativa: se, con il predetto articolo, il codice distingue la novazione da "ogni altra modificazione accessoria dell'obbligazione" che non produce novazione, all'evidenza assume un concetto generale di attività modificativa, comprensivo della stessa novazione; tuttavia, appare conseguentemente esatto precisare che se "l'atto negoziale modificativo del contenuto di una situazione giuridica è, sul piano generale, un atto negoziale dispositivo di una determinata situazione giuridica pregressa" e "l'esercizio del potere di disposizione comporta, infatti, il mutamento della configurazione originaria della situazione giuridica: mutamento che potrà rivestire natura non estintiva, estintiva ovvero estintivo-costitutiva" è altrettanto innegabile che "l'atto negoziale modificativo del contenuto di determinata situazione giuridica può assumere, inoltre, una valenza concettuale specifica e particolare: esso costituisce un atto di disposizione che provoca una modifica di carattere accessorio del contenuto di una situazione giuridica preesistente. L'atto negoziale modificativo rappresenta, in questa accezione, un atto negoziale dispositivo che realizza un mutamento del contenuto di una determinata situazione giuridica pregressa senza provocarne l'estinzione".

Capitolo III

I limiti interni del ‘negozio di qualificazione’: l’intento; il fondamento positivo; il rapporto tra interessi ed effetti

1. Prime coordinate: il ‘negozio di qualificazione’ come ‘tipo’ e la sua collocazione nel rapporto tra autonomia ed ordinamento statale

Il percorso argomentativo che vuole prendere avvio, a questo punto dell’indagine, assume come obiettivo quello di fissare le coordinate per l’identificazione della natura giuridica e del contenuto regolamentare (e, conseguentemente, dell’efficacia) della proiezione sul piano negoziale di quello scopo pratico cui nel capitolo precedente si è fatto riferimento ricorrendo alla categoria di teoria generale della c.d. qualificazione di I grado.

A tal fine, detto percorso non può che fondarsi, essenzialmente, sull’analisi di quegli indici di diritto positivo, che gli studi in materia di negozio configurativo hanno messo in luce quali chiavi di lettura privilegiate per la definizione del relativo potere.

Un simile approfondimento non può prescindere, tuttavia, dallo svolgimento di alcune precisazioni preliminari.

In primo luogo, appare opportuno ricapitolare, sempre in termini tendenzialmente descrittivi (ed, inevitabilmente, ancora, provvisori), le caratteristiche salienti del qui ipotizzato ‘negozio di qualificazione’ (sempre senza distinguere, ulteriormente, tra ‘negozio di qualificazione’ *tout court* e ‘negozio di riquilificazione’) guardando tanto agli aspetti strutturali, quanto a quelli funzionali, al fine di compendiare i risultati dell’indagine fino a questo momento raggiunti.

Seguendo questo proposito, possiamo, pertanto, affermare che l’analisi da svolgere nei paragrafi a venire intende assumere ad oggetto quell’accordo¹ mediante cui le parti perseguono l’obiettivo di regolare un determinato conflitto di interessi (in altri termini, di disporre delle posizioni di interesse, a ciascuno

¹ L’utilizzo del termine ‘accordo’ persegue l’obiettivo di non prendere posizione, in questa fase iniziale dell’analisi, sulla natura dell’ipotizzato ‘negozio di qualificazione’, soprattutto per quel che riguarda, non tanto il suo ricondursi ad una manifestazione di autonomia privata, quanto gli effetti che dallo stesso possono scaturire. Sulla problematicità delle nozioni di negozio e di accordo in relazione agli effetti da ricondurre alla volontà delle parti v. F. MESSINEO, *Voce* ‘Contratto normativo e contratto tipo’, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 116 ss. ed in particolare 121 ss.; G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Cedam, Padova, 1969, p. 99 ss.. Più recentemente, sul punto v. V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto* in E. GABRIELLI-P. RESCIGNO (curr.), *Trattato dei contratti, I. I contratti in generale*, Utet, Torino, 2006, p. 181 ss..

riferibili²), rendendovi applicabile una determinata disciplina di legge, senza produrre, con il medesimo accordo, quegli effetti giuridici che sarebbero conseguenti al tipo di disposizione realizzata, bensì utilizzando, a tal fine, gli effetti già conseguiti (in via legale ovvero negoziale³) per il tramite di una loro precedente condotta, sulla quale, tramite la suddetta disposizione, esse intendono ritornare.

Ad esempio, un simile intento si ritrova, lo si è detto più volte, in tutti quei casi in cui due soggetti addivengano ad un accordo al fine di attribuire un significato di liberalità a fattispecie legali che abbiano come effetto quello di incrementare il patrimonio dell'uno a danno del patrimonio dell'altro, quali il decorso del termine di prescrizione del credito o l'operare del meccanismo di accessione dell'opera costruita sopra il fondo, alla titolarità dello stesso.

In tutti questi casi, infatti, al ricorrere di un accordo per attribuire alla liberazione dal debito o all'acquisto della titolarità dell'opera il significato di atto liberale, non corrisponde l'effetto di eliminazione, dal patrimonio del debitore, della situazione giuridica di svantaggio; ovvero di attribuzione, al patrimonio del titolare del fondo, dell'analogia titolarità sull'opera che ad esso viene incorporata.

Questa ipotesi di lavoro nella costruzione del tipo⁴ cui è riconducibile il 'negozio di qualificazione', porta alla luce un'ulteriore preliminare esigenza.

² Il concetto di disposizione è qui (ed in altri luoghi) utilizzato nel senso di esplicazione dell'atto di autonomia (si affermi o meno la natura originaria del corrispondente potere normativo) conformemente all'insegnamento di R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale* in G. GROSSO-F. SANTORO PASSARELLI (curr.), *Trattato di diritto civile*, Milano, Vallardi, 1972, p. 27; Salv. ROMANO, *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1955, p. 1017 ss. ed in particolare p. 1022; L. MENGONI, *L'acquisto a non domino*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 28. Esprime in questi medesimi termini la disposività del negozio configurativo R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, Cedam, Padova, 2012, p. 350. Invero, si deve dar conto del fatto che non sussista, unanimità di vedute sul significato del concetto di disposizione, e sul relativo potere, e che ciò comporti, come si vedrà a suo tempo, alcuni ostacoli anche allo svolgimento della presente indagine.

³ Con queste espressioni non si vuole fare propria una certa opzione ermeneutica in ordine alla fonte degli effetti che scaturiscono dalle condotte private, a seconda del loro appartenere alle categorie dei meri fatti, dei c.d. atti giuridici in senso stretto o degli atti negoziali (in sostanza, manifestando una qualche preferenza rispetto alle varie prospettazioni teoriche tese ad illuminare il rapporto che sussiste tra efficacia giuridica e contenuto di volontà dell'atto, da cui quella origina, su cui v. in particolare A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti*, *Riv. Dir. Civ.*, 1996, p. 1 ss.) quanto, più limitatamente, distinguere, ricorrendo ad una *communis opinio* le due ipotizzate situazioni empiriche (rispettivamente di qualificazione *tout court* o di riqualificazione) che, nella figura qui in esame, possono essere ordinate.

⁴ Come noto, per 'tipo' si intende (ex multis v. R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1966, p. 786; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 249 ss.) una figura negoziale-contrattuale avente una predeterminata disciplina legale. Ovviamente in questa fase non si vuole offrire una tipizzazione in senso proprio della volontà diretta alla 'qualificazione', per la circostanza che proprio alla ricostruzione della struttura degli effetti che da tale volontà possono derivare vogliono essere dedicate le presenti pagine. Tuttavia, il richiamo al tipo pare qui giustificato per compendiare uno schema ricorrente (per quanto tecnicamente non definito) che possa essere assunto a riferimento in luogo delle singole manifestazioni concrete che a quello schema possono essere riportate.

Quella di giustificare un'analisi, sul piano tecnico puntualmente limitata al campo del diritto civile, e scevra da qualsivoglia implicazione filosofica in ordine al rapporto tra atto di definizione della regola privata e struttura dell'ordinamento⁵.

Si potrebbe essere portati a pensare, infatti, che solo aderendo ad una concezione del diritto (appunto, a livello di teoria generale) di stampo fortemente soggettivistico⁶ sia possibile concludere che ai privati spetti, senza preclusioni di sorta, il potere di intervenire sul 'significato' della propria condotta, al fine di 'determinarne la qualificazione' rilevante sul piano giuridico, quale conseguenza del fatto che tale qualificazione sia un portato necessario della determinazione di autonomia, cui lo stesso ordinamento presta tutela.

Si può essere inclini a sostenere, in altri termini, che, solo ponendosi nella prospettiva assiologica che esalta il *proprium* dell'autonomia dei privati, nella sua dimensione fondamentale⁷, come atto di posizione di una disciplina, di una regola vincolante, concepibile, in sé, come regola giuridica, si possa prospettare l'ammissibilità di un accordo il cui unico obiettivo sia quello di fissare la disciplina del rapporto, sulla base di preesistenti situazioni giuridiche venute ad esistenza per effetto di autonome condotte⁸.

Nella misura in cui, infatti, si riconosce che la disciplina del rapporto, la regola intercorrente tra le parti, trovi nell'atto di autonomia la propria fonte prima ed esclusiva, appare conclusione coerente ricondurre nella dimensione di libertà garantita al privato quella manifestazione del potere normativo, a lui spettante,

⁵ Partendo dalla constatazione, già emersa nelle pagine che precedono (vedi in particolare cap. II, par. 1.1), dei profili di sovrapposizione tra il concetto di qualificazione e quello di disposizione, limpidamente messi in luce da G. DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 101 laddove si precisa che "un aspetto contenutistico è immanente in ogni qualificazione, la quale indica i meccanismi attraverso i quali l'ordinamento tende ad assicurare il soddisfacimento di un bisogno umano specificatamente identificato".

⁶ Con tale termine si intende designare (cfr. W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 9 ss. e soprattutto p. 13) quella concezione del diritto che individua nella volontà ordinante di ciascun individuo il fondamento della giuridicità, e che afferma, di conseguenza, la natura essenzialmente giuridica della norma negoziale, al pari di quella legislativa.

⁷ Così G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 28.

⁸ La questione non ha un rilievo meramente filosofico se, come ci dice A. PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 32 ss. (ristampa dell'edizione del 1934, con prefazione di N. IRTI) "il problema dell'autonomia della norma, quale si pone per il giurista e rispettivamente per la costruzione dogmatica alla quale egli intende, non è un problema di natura filosofica; e seppure esso finisca per capo (...) ad un problema di ordine metagiuridico, e cioè speculativo, esso si presenta al giurista anzitutto su di un piano empirico, e precisamente come il problema della sistemazione logico-formale di quelle norme oggettive che costituiscono (...) il mondo della sua esperienza. In altre parole, e per usare un'immagine vieta ma pur sempre efficace, mentre il problema dell'autonomia del diritto non può porsi, in sede filosofica, se non a parte subiecti, come problema dell'autonomia o rispettivamente dell'eteronomia dell'azione giuridica e cioè in generale della volontà, il problema si pone, per la scienza giuridica, a parte obiecti: e sia pure l'indagine estesa dal giurista oltre che al diritto in senso obiettivo all'esame di situazioni soggettive, tali situazioni non hanno e non possono avere per lui interesse se non in quanto si riconducano alla disciplina di una norma oggettiva".

che si limiti a fissare il perimetro della rilevanza giuridica della relazione dallo stesso instaurata nei confronti di una controparte⁹.

Nella misura in cui, ancora, la giuridicità della norma è fatta discendere dalla volontà privata che la pone, in sé, e non dall'essere questa volontà oggetto di considerazione da parte di un'autorità esterna (quella che detta la norma legislativa)¹⁰ può risultare perfettamente compatibile con la struttura dell'ordinamento un atto di volontà che si limiti a definire, appunto, la rilevanza giuridica di determinate condotte, pur già produttive di effetti giuridici, per effetto di una valutazione autonoma imposta dal legislatore.

All'opposto, facendo propria una concezione oggettivistica del diritto¹¹ e dell'ordinamento, e ritenendo, di conseguenza, che l'unica relazione tra posizioni correlative di diritto e di obbligo¹² che possa fregiarsi del carattere di giuridicità sia quella fondata sulla norma legislativa, parrebbe giocoforza affermare che, essendo l'attribuzione di rilevanza giuridica prerogativa esclusiva della norma di legge, giammai tale attribuzione possa assurgere a contenuto (oltretutto esclusivo) di una manifestazione di volontà dei privati¹³.

Invero, una più attenta analisi degli svolgimenti delle predette posizioni teoriche, svela che non vi sono fondate ragioni per ritenere che le osservazioni e le proposte ricostruttive avanzate nelle pagine a seguire debbano considerarsi condizionate all'esplicita condivisione di un determinato presupposto tecnico-filosofico¹⁴.

⁹ Emblematiche le parole di PALERMO, *L'autonomia negoziale*, (7), p. 76-77 secondo il quale "come l'operazione concretamente posta in essere non si può considerare come mera "operazione economica", dalla quale il diritto statale sia legittimato a enucleare, e tradurre in altrettanti nomina juris, gli elementi ritenuti essenziali (...) così non è detto che ciascun atto di autonomia, nel quale l'operazione viene a tradursi, debba necessariamente riflettersi negli stampi formali, che il diritto statale risulti avere apprestato in via normativa, ovvero, attraverso l'attività dei suoi interpreti venga, a volta a volta, a confezionare nell'ambito del cosiddetto procedimento di riconduzione del negozio al tipo. L'opinione tradizionale, secondo la quale il negozio posto in essere dalle parti potrebbe generare un vincolo giuridicamente tutelabile, nonché azionabile, solo in quanto suscettibile di essere preventivamente tipizzato dall'ordinamento non può dunque essere recepita, risultando incompatibile, rispetto al sistema delle fonti, il ruolo del tutto secondario, e addirittura servente, che, in tale prospettiva, la libertà di determinazione – sulla quale si impernia l'autoregolamento di interessi – verrebbe ad assumere".

¹⁰ Cfr. PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico*, (8), p. 55 ss. e in particolare p. 68 ss..

¹¹ Vedi PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico*, (8), p. 34 ss.; CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, (6), p. 6-9.

¹² Cfr. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, (6), p. 11-12.

¹³ Parla di appropriazione del compito del legislatore MESSINEO, *Voce 'Contratto normativo e contratto tipo'*, (1), p. 117.

¹⁴ Seppure con riferimento alla diversa, benché connessa, problematica dell'ammissibilità di un contratto con funzione meramente normativa, in questi termini si esprimono anche MESSINEO, *Voce 'Contratto normativo e contratto tipo'*, (1), p. 118 secondo il quale "la giustificazione dogmatica del fatto che un contratto, il quale è opera di soggetti privati, sprovvisti – in quanto tali – di potestà normativa, abbia, ciononostante, funzione di fonte di diritto oggettivo, ossia la virtù di creare norme, può essere duplice. Per coloro che considerano esaurita la potestà normativa in quella dello Stato – o negli enti pubblici ad esso subordinati, ma dotati di cosiddetta

Da un lato, infatti, la scelta di legare l'ammissibilità del 'negozio di qualificazione' al riconoscimento, in capo ai privati, di un potere di 'autonomia' inteso come "forza creatrice"¹⁵ ovvero come "sovranità"¹⁶, non tiene in debito conto il fatto che le posizioni inquadrabili nel filone soggettivista non fondano la propria costruzione dell'autonomia privata sulla negazione di qualsiasi spazio di intervento per l'ordinamento statale.

Al contrario, pressoché tutti gli Autori¹⁷ che rivendicano l'appartenenza al predetto filone, non mancano di precisare che l'autonomia privata, pur valendo, certamente, quale fonte di norme a pieno titolo qualificabili come giuridiche¹⁸ non possa prescindere dal riconoscimento – *rectius* dall'attribuzione di giuridica rilevanza – che nei suoi confronti promana dall'ordinamento dello Stato, il quale, infatti, costituisce non solo un ordinamento autonomo e concorrente, ma,

autonomia – il contratto normativo trova fondamento, in una delegazione di potestà normativa. Invece, per i seguaci della tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici, il contratto normativo sarebbe, intanto, una riprova di tale pluralità e trarrebbe la propria efficacia dalla potestà – originaria e indipendente dall'autorità dello Stato – di ogni nucleo sociale (istituzione) di darsi un particolare ordinamento giuridico, di regola coesistente e concorrente con l'ordinamento statale"; G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Cedam, Padova, 1994, p. 180, il quale interrogandosi "sulla natura giuridica delle regole fissate dalla contrattazione collettiva" precisa che "non ci interessa accertare se queste regole costituiscano o meno la trama normativa di altrettanti ordinamenti giuridici autonomi e paralleli rispetto a quello statale".

¹⁵ PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico*, (8), p. 35.

¹⁶ *Ivi*.

¹⁷ Sembra assumere un diverso approccio PALERMO, *L'autonomia negoziale*, (7), p. 55 ss., laddove egli insiste sulla necessità di rimeditare il modo (tradizionalmente imputabile alla dottrina che afferma essere parte della corrente di pensiero in esame) di concepire il rapporto tra diritto dei privati e diritto dello Stato; rapporto usualmente inteso come "confronto tra sistemi esterni l'uno rispetto all'altro" destinato a risolversi nell'assorbimento dell'uno all'interno dell'altro, nel rispetto dei principi posti da quest'ultimo a presidio degli interessi di rango più elevato rispetto a quelli dei singoli; in particolare, secondo questo Autore, sussiste, nel tempo attuale, una "esigenza (...) ineludibile, anche se non lucidamente avvertita – di cogliere l'unità di un ordinamento che raccolga e racchiuda in sé tutte le istanze individuali e sociali, così come le une e le altre si manifestano all'interno della collettività, disciplinandole ed elevandole a sistema perfetto", il cui perno è rappresentato dal "principio di ragione", la cui attuazione ad opera dell'ordinamento statale "altro non può rappresentare, se non l'evoluzione di quel principio verso una "ragione pratica" chiamata a chiudere, attraverso la calibrata assunzione delle regole poste dal "diritto dei privati", il processo circolare, nel quale l'unità del sistema, decantandosi, si cristallizza". L'aspirazione ad unità del sistema, professata da Palermo, si pone, invero, come posizione coerente con il rigore che, secondo PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico*, (8), p. 28 ss. deve accompagnare qualsiasi costruzione dogmatica del negozio giuridico e della norma negoziale, implicando, "la scelta del criterio di riferimento", ossia, la risposta alla domanda "se cioè l'attributo della giuridicità ad essa derivi dalla volontà o dalle volontà che la pongono in essere o (...) da una norma superiore, estranea alla volontà del soggetto o del soggetto del negozio", "l'unicità e l'esclusività del sistema sulla base di esso edificato".

¹⁸ Icastica la critica di Salv. ROMANO, *Prefazione a CESARINI SFORZA, Il diritto dei privati*, (6), p. XII allo studioso tradizionale del diritto privato, cui si imputa di aver "abdicato, riducendo a termini di mera fattispecie di una norma la determinazione del privato che è, al contrario, creatrice di *regulae juris*".

soprattutto, l'ordinamento riconducibile alla più forte organizzazione politica (in punto di effettività nell'applicazione delle relative regole)¹⁹: lo Stato, appunto²⁰.

Vero è che, definito il concetto di 'ordinamento' nei termini di istituzione ed organizzazione²¹, chi ammette l'esistenza, in capo ai privati, di un potere normativo originario, certamente identifica il senso della 'giuridicità' nella "semplice regolarità di rapporti sociali"²², sul presupposto che "il rapporto giuridico [ossia, come detto, quella interdipendenza tra le azioni di due soggetti, stabilita da un norma in guisa che tra gli stessi si instauri un nesso di diritto ed obbligo²³] costituisce il nucleo primitivo di ogni realtà sociale" e che, di conseguenza, "non c'è realtà sociale che non sia realtà giuridica, perché se anche altri elementi possono combinarsi col rapporto giuridico, così come i rapporti giuridici possono combinarsi in mille modi tra loro fino a costituire l'enorme complessità della vita, almeno un rapporto giuridico è tuttavia necessario, affinché possa parlarsi di organizzazione sociale, ossia di vita sociale organizzata, regolata, ordinata"²⁴.

¹⁹ Tale può definirsi lo Stato in quanto organizzazione dotata di un ordinamento indipendente, cioè in grado di assicurare la giustiziabilità delle proprie regole (e, dunque, di garantirne l'esecuzione, in via coattiva, in caso di mancata loro osservanza spontanea). Sul punto v. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, (14), p. 181.

²⁰ Cfr. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, (6), p. 7.

²¹ Cioè, precisa Sant. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1946, p. 15-16, come "entità che si muove in parte secondo le norme, ma soprattutto muove, quasi pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura".

²² CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, (6), p. 13; F. MODUGNO, *Voce 'Ordinamento giuridico (dottrine)'*, Enc. Dir., Giuffrè, Milano, 1980, p. 679.

²³ Vedi CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, (6), p. 11, il quale definisce il rapporto giuridico come "nucleo irriducibile di ogni realtà sociale"; irriducibile per il pensiero scientifico-giuridico, al di là del quale "si aprono i campi della filosofia, che sola può dar ragione del perché il nucleo di ogni realtà sociale abbia codesta struttura, e il rapporto giuridico si configuri, per vocazione spontanea della coscienza degli uomini, precisamente come relazione tra un diritto e un obbligo che si condizionano a vicenda". Per l'idea del rapporto giuridico come "struttura originaria del diritto" che "sorge dal rapporto intersoggettivo di libertà confliggenti" cfr. anche S. PALAZZOLO, *Voce 'Rapporto giuridico'*, Enc. Dir., Giuffrè, Milano, 1987, p. 289 ss. e in particolare p. 300.

²⁴ CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, (6), p. 12. Che l'instaurazione della regola giuridica nasca dall'emersione e dalla posizione dei rapporti sociali reciproci è pensiero condiviso anche da PALERMO, *L'autonomia negoziale*, (7), p. 9 ss. il quale, peraltro, giunge ad individuare nel pensiero razionale il principio che governa tale processo, e che, dunque, riconduce ad unità tutte le manifestazioni del giuridico, anche quella che, in ultimo, si concretizza nel sorgere dell'istituzione statale: "anche le istituzioni, quelle private e pubbliche, sono, e debbono essere considerate, frutto del "pensiero" e di quell'elemento che presiede alla sua formazione, al suo sviluppo e al suo cristallizzarsi nella forma dell'azione", ed infatti, data "la ragionevolezza del disporre", come principio ordinante di tutte le relazioni intersoggettive" emerge come "il principio di ragione (...) presuppone, ed al tempo stesso implica, stante la forza espansiva ad esso consustanziale, l'unità di tutte le possibili valutazioni da ricondurre a sistema; sicché il sistema non può che essere, anch'esso, unitario e tale da dover essere concepito". Sul valore della "vita giuridica immediata", ossia dell'attività pratica con cui l'individuo esplica le proprie aspirazioni e il proprio fine di vita, come fondamento del diritto e come dato della scienza giuridica v. già G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Foro Italiano, Roma, 1937, p. 28 ss..

Tuttavia, nel contempo, questa opinione non nega che, dall'angolo visuale della regola o della preposizione normativa, la giuridicità discenda dall'appartenenza, della regola stessa, al sistema normativo facente capo al potere più forte²⁵.

Se quanto detto giustifica *“la parte preminente che lo Stato, ha, di fatto, nella vita giuridica”*²⁶, contemporaneamente permette di affermare che tale preminenza non escluda, ma anzi presupponga l'esistenza di altri ordinamenti, e l'esistenza di altre norme qualificabili come giuridiche.

Nella prospettiva soggettivistica, infatti, *“la superiorità statale consiste non nella negazione delle altre possibili fonti del diritto, ma nell'essere lo Stato quell'ente che applica la parte più grande e più importante di questo diritto”*²⁷.

La sovranità riconosciuta all'autonomia privata²⁸, in questo contesto, non è negata dal concorrente riconoscimento della sovranità dello Stato in relazione ai suoi poteri giurisdizionali; ciò che contraddice la concezione soggettivistica del diritto è, piuttosto, la fondazione di un concetto di sovranità dello Stato in relazione ai suoi poteri di creazione giuridica.

Si afferma, in altri termini, che *“il momento della creazione giuridica, nella vita del diritto, è dato dal sorgere del rapporto giuridico, dal combinarsi di due volontà secondo una certa relazione caratteristica; che poi sia necessario, a volte, l'intervento di un potere estraneo alle due volontà tra le quali la relazione è sorta, è un fatto logicamente distinto da quello della creazione giuridica, e materialmente posteriore”*²⁹.

Pertanto, appare pienamente coerente con la rivendicazione dell'esistenza di un diritto dei privati³⁰ affermare che la garanzia statale della realizzazione dell'autonomia giuridica individuale presupponga in ogni caso l'individuazione, da parte dell'ordinamento statale, dei criteri di rilevanza³¹ al ricorrere dei quali lo stesso possa valutare come meritevole di tutela il risultato della attività creatrice in cui si sostanzia l'esercizio della predetta autonomia giuridica individuale (e,

²⁵ Cfr. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, (6), p. 13; PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico*, (8), p. 12-13.

²⁶ CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, (6), p. 15.

²⁷ *Ivi*.

²⁸ Allude all'idea del negozio giuridico privato come *“atto sovrano”* anche F. CARNELUTTI, *Negozio giuridico, atto illecito, atto dovuto*, *Riv. dir. comm.*, I, 1923, p. 356.

²⁹ CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, (6), p. 16.

³⁰ Inteso, cioè, come quel complesso di norme giuridiche dirette a regolare i rapporti tra persone private (e, qualche volta, gli stessi rapporti che sono già regolati dal diritto statale, privato o anche pubblico) che non emana dallo Stato, né immediatamente né mediamente. Così CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, (6), p. 2.

³¹ In questi termini: CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, (6), p. 33; ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, (21), p. 144 ss. e 183 ss..

quindi, il risultato dell'attività creatrice in cui si proietta l'esercizio del relativo potere normativo)³².

Concetto di rilevanza che si traduce nell'importanza di fatto che l'ordinamento statale attribuisce all'ordinamento giuridico privato, il cui riconoscimento non può concretarsi altrimenti che nell'efficacia giuridica assegnata dallo Stato alle regole dell'ordinamento extrastatale.

In conclusione, alla luce di quanto detto, può senz'altro convenirsi su questo punto, e cioè che, anche ponendosi nella prospettiva soggettivista, l'analisi del 'negozio di qualificazione' non possa prescindere da una considerazione dei limiti entro cui il contenuto del regolamento privato è destinato a 'migrare', per acquisire efficacia, nell'ordinamento dello Stato, il quale, per uno studio interamente confinato nel campo del diritto civile, non può che costituire, inevitabilmente, il campo di indagine naturale.

Dall'altro lato, un'eventuale presa di posizione a favore dell'approccio opposto, ovvero sia, si ripete, quello oggettivista, non conduce, incondizionatamente, alla negazione della legittimità ad un accordo privato che si atteggi nei termini sopra brevemente descritti.

Secondo questa diversa concezione, è cosa nota³³, la volontà dei privati, lungi dal porsi come "*potere di darsi un ordinamento*"³⁴, è ridotta ad un mero dato di fatto la cui venuta ad esistenza comporta l'integrazione e il perfezionamento di una determinata fattispecie, cui l'ordinamento statale (*rectius* la norma giuridica statale) ricollega il prodursi di un certo effetto.

L'autoregolamento negoziale³⁵, nell'insegnamento istituzionale che da tale orientamento deriva, dunque, pur essendo sempre riconducibile ad una iniziativa

³² Così CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, (6), p. 15 ss.. Anche secondo PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico*, (8), p. 64-64, pur nell'ottica di una analisi parallela dell'impostazione oggettivistica (dallo stesso definita nei termini di sistema dell'eteronomia) e di quella soggettivistica (dallo stesso definita come sistema dell'autonomia) che presuppone logicamente il carattere esclusivo del sistema assunto a riferimento, "*il fatto che, nello Stato moderno, sia negato ogni diritto, come si suol dire, a rendersi giustizia da sé, non significa necessariamente una negazione dell'autonomia giuridica individuale: ché anzi al contrario sarà sempre possibile costruire un sistema che, muovendo da questa, consideri appunto l'apparato coattivo statale come un semplice meccanismo per la realizzazione di essa*"; tale apparato coattivo, tuttavia, proprio per la prospettata esclusività del sistema scelto, deve trattarsi alla stregua di "*un sistema interamente eteronomo, perché determinato e starei per dire "manovrato" dall'autonomo comando individuale*".

³³ Per il suo rappresentare la tesi "*statisticamente maggioritaria*", come già evidenziava FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti*, (3), p. 36.

³⁴ PALERMO, *L'autonomia negoziale*, (7), p. 26.

³⁵ Il termine utilizzato nel testo, si deve, essenzialmente, alla sistemazione dogmatica offerta da Emilio Betti (vedi ID., *Istituzioni di diritto romano*, I, Cedam, Padova, 1942, p. 99). L'autorevole studioso attraverso l'adozione della formula "*regolamento impegnativo di propri interessi*" (cfr. ID., *Teoria generale del negozio giuridico (ristampa corretta della II edizione)*, ESI, Napoli, 1994, p. 52 ss.), aveva inteso mettere in luce la distinzione tra la prescrizione del contenuto impegnativo programmatico operata dal soggetto e la sua traduzione, mediata dalla legge, nel precetto

privata, non si atteggia a potere diretto di definizione delle regole giuridiche di realizzazione dell'interesse, quanto a semplice momento, di fatto, della determinazione degli interessi da portare a realizzazione nonché, attraverso la definizione di un programma di azione, dei mezzi e dei modi per realizzarli³⁶.

Tuttavia, proprio perché è sulla base di tale determinazione che l'ordinamento giuridico statale è chiamato a modulare l'effetto giuridico, secondo il principio di convenienza del fatto all'effetto³⁷ - principio che nel campo negoziale assume la forma di vera e propria "variazione concomitante"³⁸ - non può negarsi l'insuperabile condizionamento che la volontà individuale è in grado di sprigionare nella creazione dei valori giuridici, suscettibili di attuazione all'interno del sistema giuridico statale.

La fattispecie negoziale, infatti, qualunque sia il modo di ricostruirne la sostanza (prescindendo, pertanto, dall'espressione di una puntuale preferenza nella diatriba tra i sostenitori della tesi volontaristica, quelli della tesi dichiarativistica e quelli della tesi precettiva³⁹) si colora di un contenuto di libertà che, pure nella prospettiva della sua qualificazione eteronoma ad opera di una fonte esterna, quale è la legge dello Stato, è elevato a fonte indiretta, e mediata⁴⁰, dell'efficacia giuridica⁴¹.

giuridico, e, dunque, nell'effetto. In altri termini, nella costruzione di Betti, l'autonomia rappresenta sì il potere di disporre delle regole giuridiche per la realizzazione dei propri interessi, ma essa opera in via esclusivamente indiretta, per il tramite della volontà statale che commisura l'effetto al contenuto del regolamento negoziale. Autoregolamento, dunque, come potere di disporre dei propri interessi, a differenza dell'autonomia, come potere di disporre in via indiretta delle regole giuridiche di realizzazione del predetto interesse.

³⁶ Così FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti*, (3), p. 37.

³⁷ Quello che sul piano empirico, e dell'esperienza pratica, può definirsi come principio di corrispondenza della soluzione al problema, in punto di sistema giuridico deve definirsi come principio di rispondenza (e, dunque, di convenienza come convergenza) dell'effetto giuridico al fatto che il diritto è chiamato a regolare, e, dunque, alla situazione di interesse che quel fatto mette in evidenza o su cui lo stesso è destinato ad incidere. Sul punto v., *amplius*, FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti*, (3), p. 5 ss.; A. FALZEA, *Voce 'Efficacia giuridica'*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 456-457.

³⁸ FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti*, (3), p. 6.

³⁹ Come noto, ai primi fanno capo coloro che riconducono l'essenza del negozio, e il suo contenuto condizionante l'effetto, alla volontà; ai secondi, coloro che, evidenziata, in particolare, la ricorrenza di ipotesi in cui la produzione dell'effetto negoziale prescinde dalla formazione di una corrispondente volontà (come accade per i casi di errore non riconoscibile o di incapacità) riconducono l'essenza del negozio, e il suo contenuto condizionante l'effetto, alla dichiarazione; agli ultimi, quelli che, messa in luce l'irrelevanza, ai fini del diritto, della dichiarazione, cioè della mera forma linguistica, che non riveli la realtà sottostante, quella su cui è destinata ad incidere, riconducono l'essenza del negozio, e il suo contenuto condizionante l'effetto, alla precettività, ossia al contenuto dispositivo di interessi - e cioè di valori - che la dichiarazione esprime. Per gli opportuni riferimenti si rimanda alle trattazioni generali in materia di contratto, su cui, per tutti, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile 3. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 18 ss.

⁴⁰ Come chiaramente messo in luce già da PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico*, (8), p. 11 ss. e in particolare p. 37.

⁴¹ Denuncia, non a caso, l'ambiguità delle maggior parte delle opinioni dottrinali riconducibili al filone oggettivista PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico*, (8), p. 36 ss..

Contenuto di libertà che, d'altronde, non potrebbe mai essere obliato nemmeno nella prospettiva eteronoma dell'autonomia negoziale: il sistema dell'eteronomia, infatti, altro non è che quel sistema culturale (del diritto) che consente agli individui, dalla cui iniziativa ha origine, unitamente agli altri sistemi culturali (religione, etica, etc.), di organizzare la vita sociale e conseguentemente potenziare i vantaggi individuali. Tale sistema, pertanto, non può considerarsi del tutto svincolato dal sistema dell'autonomia (che si riconduce all'ordine legale, insopprimibile, della libertà naturale⁴²), trovandosi, piuttosto, in ragione del suo stesso fondamento, in una situazione di reciproca dialettica e condizionamento⁴³.

Anche in questo caso, quindi, pure adottando, cioè, quella concezione della giuridicità che fonda il sistema del diritto privato sull'eteronomia della potestà regolamentare negoziale, non appare in alcun modo possibile negare a priori l'ammissibilità del riconoscimento, nell'ordinamento statale, di un intento empirico foggato sulla falsariga di quello che si è venuto a delineare portando alla luce l'ipotizzato 'tipo' del 'negozio di qualificazione'.

Si vuol dire, al termine di questa preliminare precisazione, che, superata ogni eventuale obiezione basata su un pregiudizio strutturale, di origine gius-filosofica, ciò che in queste pagine si intende indagare risiede tutto nel valutare se la volontà manifestata nella forma del 'negozio di qualificazione', alla luce dei dati di diritto positivo, e dei principi su cui si regge il sistema civilistico, possa assurgere a modello idoneo di regolamentazione di interessi privati e possa, conseguentemente, produrre effetti giuridici conformi; si intenda tale contenuto di volontà come atto di programmazione di regole di azione *ab origine* giuridiche, cui l'ordinamento è chiamato a conferire esclusivamente tutela, ovvero come intento empirico – operante sul piano del mero fatto – assunto dall'ordinamento

⁴² FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti*, (3), p. 39-40. La rilevanza del collegamento tra autonomia e libertà naturale o morale, nelle teoriche sull'autonomia privata, è posto in luce anche da L. FERRI, *L'autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 3-4.

⁴³ Precisa FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti*, (3), p. 40-41 che "*L'autonomia individuale è condizionata all'eteronomia sociale in quanto senza le norme del diritto non conseguirebbe il potenziamento di cui ha necessità per rendere più sicura la realizzazione delle sue regole e degli interessi che le sostanziano. L'autonomia individuale, a sua volta, condiziona l'eteronomia sociale per almeno due ordini di ragioni. In linea di principio: anzitutto: la coscienza spirituale dell'individuo, nella sua incoercibile libertà, resta giudice ultimo delle azioni da compiere; giudice ultimo, anche, di accettare o di rifiutare lo stesso sistema giuridico e le sue norme. Se poi, da questa posizione essenzialmente morale si passa a considerare l'autonomia individuale all'interno del sistema giuridico e quindi in termini di stretta giuridicità, si constata che essa ed essa soltanto può evidenziare quegli interessi individuali che, nella ricerca di una loro più estesa e più efficace realizzazione, hanno dato origine alla formazione della società e che, a società formata, hanno sempre conservato, pur quando hanno dovuto attraversare le epoche più ostili all'antividualismo, un largo spazio nel sistema culturale del diritto*".

nella veste di fattispecie, condizionante l'adeguamento dell'efficacia giuridica statutale al piano del suo contenuto dispositivo⁴⁴.

2. La classificazione del 'negozio di qualificazione' come 'tipo': la categoria del c.d. negozio sugli effetti giuridici

Per poter procedere nell'indagine dei dati di diritto positivo, appare opportuno fare un primo passo oltre la descrizione dei caratteri strutturali e funzionali del 'negozio di qualificazione', sopra proposta, al fine di fornire un inquadramento generale, sul piano tecnico, all'interno del quale ritagliare, per passaggi successivi, la costruzione della figura.

Nelle pagine precedenti si è più volte osservato come una delle caratteristiche centrali del 'negozio di qualificazione' sia data dalla circostanza che, per il suo tramite, la volontà delle parti si indirizzi verso effetti giuridici già prodotti, in via legale ovvero negoziale, in forza di precedenti condotte, alle stesse imputabili.

Muovendo da tale caratteristica si è evocata, di conseguenza, la suggestione di un'attività negoziale che abbia come scopo quello di 'ritornare' su una propria precedente manifestazione giuridicamente rilevante⁴⁵.

Tale suggestione, come immediatamente annotato anche da chi per primo vi ha dato voce⁴⁶, appare certamente fuorviante qualora si riannodi al tentativo di ricondurre il 'negozio di qualificazione' nell'ambito della categoria dogmatica della ripetizione ovvero della rinnovazione negoziale⁴⁷.

⁴⁴ Così, sostanzialmente, anche MESSINEO, *Voce* 'Contratto normativo e contratto tipo', (1), p. 118; GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, (14), p. 180 ss..

⁴⁵ Così G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e "riqualificazione della causa"*, *Riv. Dir. Civ.*, 2013, p. 504-505; Quesito CNN n. 617-2013/C "L'interesse delle parti di "modificare" la causa del contratto di vitalizio assistenziale: strumenti negoziali a confronto, fra esigenze assiologiche e coerenze sistematiche" a cura di A. MUSTO, CNN Notizie del 13 febbraio 2015, p. 12.

⁴⁶ Quanto meno rispetto ad una ipotesi specifica di ipotizzata 'riqualificazione causale', ossia quella prospettata per recuperare al patto di famiglia donazioni pregresse, su cui v. AMADIO, *Attribuzioni liberali e "riqualificazione della causa"*, (45), p. 506-507.

⁴⁷ Partendo dalla reiterazione del negozio come categoria empirica entro cui ricondurre le molteplici forme che la condotta delle parti può assumere, nel momento in cui queste tornino a manifestare un intento negoziale già precedentemente espresso (così C. GRANELLI, *Voce* 'Riproduzione (e rinnovazione) del negozio giuridico', *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 1048-1049), nonostante le difficoltà di ricondurre ad insiemi omogenei costruzioni dottrinali articolate su scelte lessicali spesso contrastanti, per orientamento maggioritario (*ivi*, p. 1050-1052; N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 62 ss; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2015, p. 935 ss.) è opportuno distinguere l'ipotesi della ripetizione-rinnovazione in senso proprio, quale nuova manifestazione di natura negoziale, dall'ipotesi della riproduzione-ricognizione, avente, al contrario, valore essenzialmente rappresentativo (per la cui distinzione rispetto al 'negozio di qualificazione' può rimandarsi, pertanto, a quanto già detto nel capitolo precedente al par. 3).

Il punto è già stato toccato nel capitolo precedente⁴⁸, ma appare opportuno, in questa sede, riprendere le conclusioni in quell'occasione raggiunte, per segnare con maggiore chiarezza le ragioni che portano ad abbandonare un simile approccio, senza del tutto svalutare una suggestione, da cui è ugualmente possibile trarre indicazioni importanti per il lavoro che si è prefissi.

In primo luogo, puntualizzazione non scontata è che una possibile sovrapposizione tra 'qualificazione negoziale' e ripetizione negoziale non postuli necessariamente una delimitazione del campo di indagine alla fattispecie qui definita della 'riqualificazione': a fronte della natura non negoziale (della fonte) degli effetti di una condotta (situazione normalmente pertinente all'ipotesi del contegno oggetto di una valutazione legalmente tipica), non appare corretto ritenere del tutto preclusa la possibilità di perfezionare un atto negoziale che riproduca, nei medesimi termini, il regolamento già venuto ad esistenza per il tramite della diversa fonte.

Infatti, non vi è chi non veda⁴⁹ come alle parti non possa essere impedito di prendere atto della circostanza che dalla precedente condotta sia scaturito un assetto del tutto analogo a quello raggiungibile mediante un determinato negozio tipico, e di concludere, in un momento successivo, un accordo di identico contenuto.

In presenza di una simile eventualità, laddove, dunque, *“il risultato finale sarebbe quello della coesistenza di due distinte fonti - l'una non negoziale, l'altra negoziale - del medesimo regolamento giuridico di interessi; coesistenza non casuale, ma voluta dalla parte o dalle parti sulla scorta dell'idea di essere già assoggettate a quei medesimi effetti che dovrebbero scaturire dall'atto negoziale che le stesse vanno a porre in essere”*⁵⁰ è giocoforza riconoscere l'emergere di problemi analoghi a quelli ricorrenti nella successione del negozio ripetitivo a quello ripetuto; problemi che, proprio nella medesima elaborazione teorica della ripetizione negoziale, possono trovare adeguata disciplina.

Certo è, tuttavia, che al fenomeno della ripetizione negoziale la fattispecie della 'qualificazione' sia, in termini generali, del tutto estranea, per la dirimente ragione che, per aversi ripetizione-rinnovazione, appare imprescindibile l'identità di

⁴⁸ Vedi par. 4.

⁴⁹ Così GRANELLI, *Voce* 'Riproduzione (e rinnovazione) del negozio giuridico', (47), p. 1057. Parrebbe anche IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, (47), p. 22-23 sebbene opinione contraria potrebbe ricavarsi laddove si annota (p. 22, nota 56c) come *“il contegno legalmente tipizzato solleva un problema (qui appena accennato): si tratta di un contegno, che assume, in forza della illazione legale, il rango di un negozio giuridico di un dato tipo; o piuttosto di un contegno, a cui la norma ricollega un effetto ulteriore, proprio di un negozio giuridico di un dato tipo? Nel secondo caso, la ripetizione non sarebbe concepibile per mancanza del negozio da ripetere”*.

⁵⁰ GRANELLI, *Voce* 'Riproduzione (e rinnovazione) del negozio giuridico', (47), p. 1057.

contenuto del regolamento negoziale⁵¹ che le parti si determinano a porre nuovamente in essere⁵².

Qualsiasi sia il modo di configurare tale attività reiterativa delle parti, infatti – la si riconduca ad una attività con funzione meramente documentale del preesistente regolamento⁵³, ad una sostituzione della fonte⁵⁴ o della disciplina⁵⁵ dell'originario rapporto, che rimane immutato, ovvero ad una successiva manifestazione, inefficace, dell'identica volontà negoziale⁵⁶ – tra le condizioni che consentono di accertarne la ricorrenza non può mancare la totale coincidenza del regolamento su cui, in momenti successivi, le parti scelgono di convenire.

È proprio dall'identità di regolamento che discende l'esigenza di qualificare la relazione tra le due successive manifestazioni di volontà⁵⁷, e, quindi, di predicare

⁵¹ Il termine intende genericamente evocare la perfetta sovrapposibilità tra le conseguenze giuridiche dell'atto: come precisato da GRANELLI, *Voce* 'Riproduzione (e rinnovazione) del negozio giuridico', (47), p. 1062 l'identità di contenuto, infatti, può ricorrere tanto nel caso in cui le parti del negozio ripetuto reiterino il "precetto negoziale" anteriormente manifestato, quanto nel caso in cui diano spazio, in via successiva, ad "una volontà integralmente modellata non già sul primitivo 'precetto', bensì sul complessivo regolamento concretamente discendente, anche in virtù di dette fonti eteronome, dal singolo atto negoziale". Sul punto si veda ancora, Cap. II, par. 4.

⁵² Per tutti v. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, (47), p. 2 ss.; GRANELLI, *Voce* 'Riproduzione (e rinnovazione) del negozio giuridico', (47), p. 1053 ss. e in particolare p. 1061-1062

⁵³ Con questa espressione si intende ricomprendere tanto il caso in cui alla successiva formalizzazione del regolamento si attribuisca il valore di una attività rappresentativa (o di ritrazione) della precedente volontà (F.D. CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, Tipografia Parmense, Parma, 1925, p. 67 ss.; L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, Riv. Dir. Comm., 1919, I, p. 442-444; G. GORLA, *La riproduzione del negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1933, p. 8-9 con riferimento al concetto di ripetizione) quanto quello in cui il regolamento successivamente formato venga qualificato come mera forma, priva di un effettivo contenuto di volontà e di causa (F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, Riv. Dir. Proc. Civ., 1926, p. 194-197).

⁵⁴ Cfr. GORLA, *La riproduzione del negozio giuridico*, (53), p. 41 ss. e soprattutto p. 48-49, in relazione al concetto di rinnovazione. Non parla di sostituzione, quanto, piuttosto, di aggiunta di un'ulteriore fonte GRANELLI, *Voce* 'Riproduzione (e rinnovazione) del negozio giuridico', (47), p. 1075.

⁵⁵ Si può a riguardo ricordare l'ulteriore teoria di CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, (53), p. 191 ss. e soprattutto 199-200 sulla rinnovazione come ripetizione negoziale finalizzata allo spostamento del tempo del regolamento dell'atto negoziale.

⁵⁶ Secondo IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, (47), p. 169 ss. ed in particolare p. 181-185 l'esatta categoria entro in cui dovrebbe essere ricondotto il fenomeno della reiterazione sarebbe data da quella del negozio c.d. inutile, ossia del negozio inefficace, in cui la concausa di efficacia, non ancora integrata, non ha possibilità di verificarsi: nello specifico, il negozio ripetuto dovrebbe intendersi quale negozio inutile essendo la sua efficacia impedita dall'efficacia del preesistente negozio, avente identico contenuto. In questa prospettiva, il negozio ripetuto rivestirebbe importanza a fini diversi, come quelli legati alle esigenze pubblicitarie (cfr. *ivi*, p. 187 ss.), laddove la legge consente, ad esempio, che le formalità dei registri pubblici siano fondate su un titolo di contenuto equivalente a quello che si vuole pubblicizzare, anche se non idoneo, in sé, a determinare la variazione sostanziale. Nei medesimi termini pare anche GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, (47), p. 936.

⁵⁷ Che il fenomeno della ripetizione possa interessare anche manifestazione di volontà non rappresentate da dichiarazioni in senso tecnico è posizione consolidata; per tutti v. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, (47), p. 9 ss.; GRANELLI, *Voce* 'Riproduzione (e rinnovazione) del negozio giuridico', (47), p. 1055-1056).

la natura della manifestazione ripetitiva nel contesto del rapporto che la stessa instaura con la manifestazione ripetuta.

Qualora, al contrario, il confronto tra le due determinazioni di autonomia rivelasse una divergenza nel contenuto, ciò sarebbe indice o dell'indipendenza della successiva manifestazione di volontà, e, cioè, del suo essere diretta ad incidere su un oggetto differente, ovvero di una alternatività tra successivi regolamenti aventi il medesimo oggetto. Alternatività destinata a risolversi nel senso della loro integrazione, ovvero della prevalenza dell'uno sull'altro⁵⁸.

Peraltro, la considerazione del punto di incidenza della seconda manifestazione di autonomia mette vieppiù in evidenza la distanza che intercorre tra l'intento che sorregge il 'negozio di qualificazione' e quello su cui trova fondamento il negozio ripetuto.

Ponendosi nella prospettiva della volontà reiterativa, infatti, appare evidente come lo scopo perseguito dalle parti sia quello *"di ritornare, con una nuova manifestazione di volontà, sull'assetto di interessi scaturito dal precedente atto di autonomia"*⁵⁹, al fine di dettarvi una (quanto meno sul piano temporale⁶⁰) nuova regolamentazione.

Diversamente, nell'ipotesi della 'qualificazione', la scelta che guida le parti nell'ulteriore espressione di autonomia sembra nascere dalla valutazione di un bisogno differente rispetto a quello cui tende a fornire risposta il primo comportamento; valutazione che, in termini di contenuto della regola, si traduce nella programmazione di condotte, in cui trova espressione la soluzione ad un conflitto di interessi del tutto sopravvenuto⁶¹.

Laddove, in altri termini, la reiterazione negoziale, nelle sue diverse declinazioni, non conduce all'enunciazione di un nuovo interesse pratico che il

⁵⁸ Problema analogo può porsi anche rispetto ai negozi a contenuto identico, ma conclusi senza l'intenzione di reiterare la precedente volontà (ad esempio per dimenticanza o ignoranza): in tal caso la dottrina (v. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, (47), p. 32-33) afferma darsi luogo al fenomeno dei contratti c.d. incompatibili, fenomeno destinato a risolversi nella reciproca elisione dei regolamenti, ovvero nella prevalenza di uno sull'altro.

⁵⁹ GRANELLI, *Voce* 'Riproduzione (e rinnovazione) del negozio giuridico', (47), p. 1064.

⁶⁰ Vedi nota 55.

⁶¹ Tale osservazione, difficilmente contestabile nel caso di 'qualificazione' avente quale scopo il recupero della donazione pregressa alla disciplina del patto di famiglia (laddove l'applicazione, a fini successori, della disciplina prevista dagli artt. 768 bis ss. c.c. sembra presupporre che si mantenga ferma la regolamentazione del conflitto di interessi anteriore, ossia l'attribuzione di diritti secondo il modello della donazione, la cui conservazione, pertanto, non è in questa sede oggetto di discussione) non pare fuori luogo anche in ipotesi meno lineari quali la 'riqualificazione' della donazione in vendita: anche in tale caso, infatti, la volontà delle parti non appare diretta a tornare sulla passata regolamentazione (relativa ad interessi non patrimoniali) quanto, piuttosto, ad utilizzare l'effetto giuridico che da questa è scaturito per dettare una distinta e successiva regolamentazione (questa volta relativa ad interessi di natura patrimoniale). È ragionevole ritenere, d'altronde, che, se successivamente al perfezionamento di una donazione le parti mirino a porre in essere una vendita, mantenendo fermo l'effetto attributivo già prodotto, siano mosse da una ragione pratica sopravvenuta, e, per tale ragione, completamente differente.

fatto giuridico negoziale eleva a valore, ai fini della determinazione dell'effetto, con l'attività di 'qualificazione', al contrario, le parti intendono rivelare una sopravvenuta situazione di interesse cui si vuole garantire, per il tramite di una nuova programmazione, piena realizzazione⁶².

Nel succedersi – logico e cronologico – della regolamentazione di distinti conflitti di interesse (rilevabile anche in presenza di condotte ad effetti legalmente tipici⁶³) non viene, tuttavia, meno la suggestione, poc'anzi ricordata, di una volontà che torna su quanto da essa già programmato.

Ciò perché, non sfuggirà, nella dinamica dell'attività di 'qualificazione', la regolamentazione del conflitto sopravvenuto presuppone, e non può fare a meno della regolamentazione del conflitto preesistente, e, cioè, degli effetti che alla condotta precedente l'ordinamento ricollega.

Questa osservazione permette di cogliere la ragione del collegamento, ben più importante e determinante, che la ricordata suggestione permette di instaurare tra il tipo del 'negozio di qualificazione' e la categoria dottrinale dei c.d. negozi sugli effetti giuridici⁶⁴.

Collegamento cui può affidarsi, come anticipato a conclusione del precedente capitolo, il primo inquadramento tecnico dell'intento negoziale di 'qualificazione' (nei limiti in cui, a tale classificazione, si riconosca legittimità).

Con l'espressione 'negozi sugli effetti giuridici' si usa⁶⁵ individuare, infatti, un insieme di atti negoziali accomunati dalla circostanza di essere destinati, per funzione intrinseca, ad instaurare una relazione con una posizione giuridica già precedentemente in essere tra le parti. Trattasi, più precisamente, di negozi in cui l'intento delle parti si profila come diretto, in termini essenziali – e, per questo motivo, tipizzanti – ad intervenire su una precedente programmazione di effetti, al fine di determinarne una certa variazione (la quale può, in concreto, assumere le forme più varie⁶⁶).

Invero, la categoria del negozio sugli effetti giuridici, in un primo momento, ha trovato collocazione non autonoma all'interno della classificazione, parimenti di ascendenza dottrinale, dei c.d. negozi di secondo grado.

⁶² Cfr. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti*, (3), p. 12 ss. e 35 ss..

⁶³ Come già chiarito in nota 37, il legame tra effetto giuridico e interesse, che lo stesso è chiamato, a regolare è caratteristica costante di ogni fatto giuridicamente rilevante, anche di quello che non ha natura negoziale, secondo l'annotato principio di convenienza del fatto all'effetto.

⁶⁴ La cui compiuta elaborazione si ritrova nell'opera di DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, (5).

⁶⁵ Ricorre a tale espressione anche E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, Riv. Dir. Civ., 2001, p. nota 17.

⁶⁶ Nell'esemplificazione proposta da DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, (5), p. 99 ss. rientrano in tale categoria le variazioni che si traducono nell'estinzione della situazione giuridica preesistente, nella sua modificazione soggettiva od oggettiva nonché quelle che operano sul relativo grado di intensità.

Questa più ampia categoria è stata inizialmente elaborata dalla dottrina tradizionale⁶⁷, già sotto il vigore del precedente codice, al fine di offrire adeguata sistemazione a tutte quelle ipotesi di contratti o negozi aventi per oggetto immediato un rapporto giuridico preesistente e, cioè, quelle ipotesi di contratti o negozi che “anziché essere volti a disciplinare direttamente rapporti della vita, sono diretti, per lo meno immediatamente, a regolare (fissare, far valere, assorbire) preesistenti rapporti giuridici”⁶⁸. Successivamente, è stata ampliata fino a ricomprendere, assieme ai negozi determinanti vicende di precedenti situazioni giuridiche, anche quelli “diretti a regolare in qualsiasi senso (fissare, confermare, interpretare, risolvere, riassorbire, ecc.) negozi giuridici in precedenza conclusi fra le parti stesse”⁶⁹.

Come è stato notato⁷⁰, all’esito della sua complessiva definizione, la categoria del negozio di secondo grado è giunta ad articolarsi fra due diversi – nel senso di eterogenei – atteggiamenti della volontà: il primo, teso a incidere direttamente sul precetto di autonomia privata, in cui si sostanzia il contenuto del negozio precedente⁷¹; il secondo, avente quale precipuo riferimento oggettivo non tanto il precetto quanto l’effetto, ossia la situazione giuridica da esso scaturita, e della quale si vuole cagionare una data vicenda⁷².

La difficoltà di ricondurre ad effettiva unità, sul piano della disciplina concretamente applicabile, una così vasta congerie di negozi, ha portato parte della dottrina⁷³ a criticare l’effettiva utilità della categoria in esame e a riconoscerle un valore meramente conoscitivo, quale strumento di organizzazione,

⁶⁷ Essenzialmente v. E. BETTI, *Inefficacia del rapporto cambiario e reazione del rapporto causale*, Riv. Dir. Comm., 1927, II, p. 374; E. REDENTI, *Natura giuridica della cambiale e dell’obbligazione cambiaria*, Riv. Dir. Comm., 1912, I, p. 938-939. Per la dottrina tedesca, che a tale categoria ha dato impulso v. in particolare COHN, *Zur Lhere von Wesen deri abstrakte Geschafte*, Arch. Fur civil. Praxis, 1932, p. 71 ss.

⁶⁸ BETTI, *Inefficacia del rapporto cambiario e reazione del rapporto causale*, (67), p. 374.

⁶⁹ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico (ristampa della corretta della II edizione)*, (35), p. 244.

⁷⁰ Cfr. DORIA, *I negozi sull’effetto giuridico*, (5), p. 42; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1966, p. 323; pur con maggiore vaghezza anche R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Artigianelli, Torino, 1942, p. 135.

⁷¹ All’interno di questa categoria si vorrebbero riportare, ad esempio, (cfr. tra i vari BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico (ristampa della corretta della II edizione)*, (35), p. 244 ss.; M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, Riv. It. Sc. Giur., 1937, p. 52) tutte le ipotesi di collegamento negoziale come anche le ipotesi di modificazione, revoca, conferma, rinnovazione o interpretazione di un precedente negozio.

⁷² Mediante il ricorso a questa distinta sotto-classificazione si è pensato (cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico (ristampa della corretta della II edizione)*, (35), p. 250 ss.) di raggruppare, invece, le fattispecie comportanti fenomeni di risoluzione, di cessione, di novazione, di ricognizione e di accertamento.

⁷³ Così DORIA, *I negozi sull’effetto giuridico*, (5), p. 44; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, (70), p. 322-323; CORRADO, *Il negozio di accertamento*, (70), p. 134-135.

a fini puramente descrittivi, di fenomeni del tutto differenti sebbene accomunati della ricorrenza di alcuni tratti comuni, sul piano strutturale ed esteriore.

Al contrario, si è riconosciuto meritevole di approfondimento esclusivamente il gruppo di negozi riconducibili a quell'atteggiamento della volontà che individua l'oggetto immediato del proprio operare nel rapporto che scaturisce dall'atto di autonomia, e non nel programma dispositivo che, di tale rapporto, costituisce l'antecedente logico-giuridico.

Ciò, per alcuni⁷⁴, per l'interferenza che una simile manifestazione di autonomia potrebbe rivelare rispetto alla sfera esecutiva dell'autonomia privata; per altri⁷⁵, per la maggiore riducibilità di tutte le ipotesi individuabili all'interno di tale gruppo ad una disciplina unitaria, soprattutto per quel che concerne la fase patologica conseguente all'inesistenza del rapporto giuridico, che le parti si rappresentano ed assumono come preesistente.

A questa specifica sotto-categoria, elaborata a partire dal *corpus* dei negozi c.d. di secondo grado, nelle più recenti trattazioni, si è attribuito il nome sopra già evidenziato, di c.d. negozi sull'effetto giuridico.

Espressione, questa, che mira a valorizzare le peculiarità che la figura tende a presentare, tanto sul piano strutturale quanto su quello funzionale.

Quanto al primo aspetto, si rileva, infatti, quale elemento costante, la proiezione della volontà verso una situazione giuridica soggettiva pregressa, e, quindi, verso un effetto giuridico assunto "*quale valore giuridico "polarizzato" e "cristallizzato" in soggetti determinati"*⁷⁶.

In questa prospettiva, si esalta la direzione della volontà verso un oggetto che non appartiene alla realtà naturale e che si risolve, al contrario, in sole "*valutazione giuridiche*"⁷⁷ (ovvero, in altri termini, nell'effetto giuridico fotografato nella dimensione statica di situazione attribuita a determinati soggetti⁷⁸).

Quanto al secondo aspetto, invece, si pone l'accento sull'idoneità della modificazione giuridica, realizzata sulla situazione pregressa, a soddisfare di per sé lo scopo delle parti, a prescindere, in altri termini, dall'effettivo conseguimento del bene della vita che è sotteso ai rapporti risultanti dall'intervenuta variazione. Il conseguimento di tale bene, infatti, pur essendo legato agli svolgimenti successivi delle situazioni giuridiche modificate, rimane del tutto indipendente dall'interesse

⁷⁴ Così Salv. ROMANO, *L'atto esecutivo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 35 ss..

⁷⁵ Così DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, (5), p. 8 e 44.

⁷⁶ DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, (5), p. 9 nota 17.

⁷⁷ DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, (5), p. 179.

⁷⁸ FALZEA, *Voce 'Efficacia giuridica'*, (37), p. 295-296.

che vivifica il negozio sugli effetti giuridici, e che è dall'ordinamento tipizzato nel "puro e semplice operare su un determinato effetto giuridico originario"⁷⁹.

È, dunque, l'interesse alla realizzazione di "specifiche modalità logico-operazionali su determinati effetti giuridici preesistenti"⁸⁰ a definire, in termini costanti, seppur non esaustivi⁸¹, il requisito causale dei negozi sull'effetto giuridico.

Si tratta, all'evidenza, di caratteri strutturali e funzionali certamente ricorrenti anche nella casistica qui proposta in materia di 'negozio di qualificazione'.

Così, se si guarda alla più volte ricordata figura dell'accordo configurativo di liberalità non donative (o all'accordo di recupero al patto di famiglia di pregresse liberalità), non può che convenirsi sulla facilità con cui è possibile ravvisare la presenza della prima delle caratteristiche sopra enunciata: pare incontestabile, infatti, che l'accordo configurativo di liberalità non donative (o l'accordo di recupero al patto di famiglia di pregresse liberalità), si rivolga essenzialmente alla ridefinizione della rilevanza di un dato effetto giuridico precedentemente venuto ad esistenza, e, quindi, alla rideterminazione della disciplina delle situazioni giuridiche soggettive in cui tale effetto si è, da ultimo, concretizzato.

Nondimeno, anche nell'accordo configurativo di liberalità non donative (o nell'accordo di recupero al patto di famiglia di pregresse liberalità), è possibile scorgere quel 'frammento' causale costituito dall'interesse al conseguimento di una variazione nelle situazioni giuridiche che, dallo stesso accordo, sono assunte ad oggetto.

È senz'altro vero che, stante quanto detto nei capitoli che precedono, attraverso il 'negozio di qualificazione' le parti perseguono essenzialmente un'attività dispositiva di interessi, al fine di assoggettare ad una nuova e distinta disciplina le posizioni giuridiche di cui le stesse, in forza di precedenti condotte, sono divenute titolari.

Ed è altrettanto vero, di conseguenza, che il 'negozio di qualificazione' ripeta la propria principale funzione dalla natura degli interessi che attraverso lo stesso sono oggetto di regolazione. Così non potrà negarsi, come sarà meglio chiarito oltre, che la funzione dell'accordo configurativo di liberalità non donative sia corrispondente, in tutto e per tutto, alla funzione riconducibile al *genus* della

⁷⁹ DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, (5), p. 15-16.

⁸⁰ DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, (5), p. 241.

⁸¹ Secondo DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, (5), p. 206, infatti, il riconoscimento di una "configurazione strutturale costante" del requisito causale "non procede, certo, dall'idea che la categoria dei negozi sull'effetto giuridico presenta una "causa" per così dire unitaria". Al contrario "ogni singola figura negoziale, riconducibile nell'ambito della categoria in esame, è connotata, ovviamente, da un profilo causale suo proprio e specifico che la caratterizza e la distingue, e che è suscettibile di essere autonomamente analizzato". Sul punto v. anche *infra* nel testo.

liberalità, e, cioè, al perseguimento di un interesse non patrimoniale mediante la realizzazione di un'attribuzione gratuita⁸²; ancora, che la funzione dell'accordo di recupero di una liberalità pregressa al patto di famiglia, si identifichi, essenzialmente, con la funzione dallo stesso tipizzata, ossia la disattivazione dell'ordinaria rilevanza successoria dell'attribuzione donativa, al fine di sottoporre i beni produttivi assegnati al discendente preferito ad un fenomeno di anticipata successione⁸³.

Ciò non toglie, tuttavia, che l'interesse alla base dell'ipotizzato 'negoziato di qualificazione' non possa ridursi, in via esclusiva, al medesimo interesse che sorregge il tipo di disposizione realizzata (negli esempi sopra fatti, la liberalità ovvero l'anticipata successione⁸⁴). Questo perché, con il 'negoziato di qualificazione', le parti non si limitano a perseguire il risultato economico-giuridico, corrispondente alla soddisfazione del predetto interesse, mediante le strutture effettuali a ciò ordinariamente adibite, bensì fanno ricorso ad uno specifico meccanismo di 'variazione' – possiamo dire, ad una specifica 'vicenda'⁸⁵ – avente ad oggetto situazioni giuridiche di cui le stesse sono già titolari.

Nell'ipotesi della 'qualificazione', in altri termini, può scorgersi un fenomeno di integrazione dell'interesse corrispondente alla natura della disposizione realizzata con l'interesse a perseguire tale disposizione mediante una specifica attività "logico-operazionale", incidente su posizioni giuridiche preesistenti.

D'altro canto, come già segnalato, è la stessa dottrina in materia di negoziati sull'effetto giuridico a riconoscere che l'interesse al conseguimento di un dato risultato economico-giuridico, per il tramite di una variazione immediata degli effetti giuridici preesistenti, non possa mai dirsi di per sé sufficiente per

⁸² Cfr. V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 226-228.

⁸³ Secondo G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, *Riv. Dir. Civ.*, 2009, p. 508 "l'ammissibilità dell'accordo liquidativo posteriore discende, de plano dal riconoscimento normativo del patto, e dall'attribuzione di rilevanza anticipata (e di negoziabilità) degli interessi successori collegati alle attribuzioni liberali. L'operazione di recupero troverà dunque il suo primo confine nei limiti del nuovo tipo legale, di cui l'accordo ulteriore dovrà rispettare tutti i requisiti".

⁸⁴ È opinione condivisa che l'introduzione dell'istituto del patto di famiglia abbia concorso a tipizzare, sul piano normativo, la categoria funzionale dell'anticipata successione. Su tale rilevanza della novella legislativa v. G. AMADIO, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati* in AA. VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, Sole24ore, Milano, 2006, p.; A. ZOPPINI, *L'emersione delle categoria della successione anticipata (note sul patto di famiglia)* in AA. VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, Sole24ore, Milano, 2006, p..

⁸⁵ Stante la peculiarità dell'effetto che dovrebbe conseguire al riconoscimento dell'intento di qualificazione, di cui a breve dovrà essere indagata la natura, è evidente che il termine "vicenda" è qui, e nelle pagine successive, utilizzato in modo del tutto atecnico, e, come intuibile, senza voler richiamare le formule e le categorie elaborate dagli autori cui si deve l'approfondimento delle tematiche relative alle vicende del rapporto giuridico o delle singole situazioni giuridiche, di cui lo stesso si compone.

identificare, in modo compiuto, il requisito causale caratterizzante i negozi appartenenti a tale categoria. È espressamente affermato, in altre parole, che tale primo profilo causale sia inevitabilmente destinato a saldarsi allo specifico interesse che sorregge ciascuna singola manifestazione di autonomia, che alla predetta categoria è ascrivibile⁸⁶.

Così, si afferma, in termini generali, che *“nei negozi sull’effetto giuridico, qualunque sia la ragione oggettiva che sta a base dell’atto di autonomia, essa involge, necessariamente, una determinata situazione giuridica, assunta come preesistente, sulla quale si programma di operare e di incidere in via immediata (secondo la funzione propria e specifica dell’atto posto in essere)”*⁸⁷.

Seguendo questa prospettiva, si arriva a rivendicare l’appartenenza alla categoria dei negozi sull’effetto giuridico di figure tra loro certamente eterogenee, quanto meno per ciò che riguarda la specifica funzione che ciascuna di esse è chiamata a veicolare. Che si tratti della divisione come della novazione, della *datio in solutum*⁸⁸ come della fideiussione, la circostanza che a ciascuno di questi istituti sia attribuita una propria ed autonoma causa non impedisce di ravvisare, nell’intento che ne è alla base, quella peculiare direzione della volontà che si sostanzia nel postulare *“l’assunzione, da parte degli autori del negozio, di una situazione giuridica pregressa sulla quale operare ed incidere in via immediata”*.

In conclusione, secondo l’opinione qui riportata, tutte le strutture normative che presentino come requisiti costanti dell’atto volitivo che li sorregge, la rappresentazione, sul piano oggettivo, di puntuali *“modalità logico-operazionali”* di incidenza su posizioni giuridiche preesistenti, e la ricorrenza, quanto all’elemento causale, di *“specifiche ragioni oggettive (...) che giustificano l’operare, in via immediata, su un determinato effetto giuridico assunto come preesistente”*⁸⁹ per ciò solo sono suscettibili di essere ordinate (anche) per il tramite della categoria dei negozio sull’effetto giuridico, e di essere assoggettate,

⁸⁶ Ribadisce, ancora, DORIA, *I negozi sull’effetto giuridico*, (5), p. 217, nota 26, *“nella sua configurazione (strutturale) costante, dunque, la “causa” dei negozi sull’effetto giuridico consiste nella specifica funzione oggettiva dell’atto di autonomia (singolarmente considerata) “connotata” dalla pura e semplice assunzione, da parte dell’agente, della preesistenza di una determinata situazione giuridica sulla quale operare, in via immediata, secondo quella funzione; ed in questa linea, la (per così dire) combinazione funzionale tra la ragione che fonda, oggettivamente e concretamente, la programmazione negoziale (propria di ciascun atto riconducibile nell’orbita della categoria dei negozi sull’effetto giuridico), e la obiettiva ed astratta assunzione della preesistenza di una determinata situazione giuridica (sulla quale si programma di operare, in via immediata, secondo la funzione specifica di ciascun atto), è, di per sé, idonea a giustificare, sotto l’aspetto della esistenza della “causa”, l’operazione negoziale”*.

⁸⁷ DORIA, *I negozi sull’effetto giuridico*, (5), p. 215.

⁸⁸ Cfr. il catalogo offerto da DORIA, *I negozi sull’effetto giuridico*, (5), p. 3 ss..

⁸⁹ DORIA, *I negozi sull’effetto giuridico*, (5), p. 223.

conseguentemente, al peculiare regime di disciplina che la relativa elaborazione, partendo dal dato positivo, ha permesso di enucleare.

Decisivo, ai fini che qui ci occupano, è constatare, peraltro, che, nell'elaborazione della categoria, sia stata espressamente registrata la non necessità che l'effetto su cui la volontà 'di secondo grado' intende operare, e cioè la situazione giuridica soggettiva preesistente, scaturisca, a sua volta, da una fonte contrattuale o, più latamente negoziale; ciò che conta è che venga ad esistere un legame tra la situazione pregressa e il negozio attuale, tale per cui la predetta situazione giuridica possa definirsi materia "*immediata ed esclusiva dell'intento negoziale*"⁹⁰, quantunque l'effetto, che nella stessa si sostanzia, abbia avuto origine da fattispecie ad effetti legalmente tipizzati.

È parimenti rilevante annotare che il tentativo qui proposto di ricondurre la figura del 'negozio di qualificazione' nell'ambito dei negozi sull'effetto giuridico non incontri ostacolo nel fatto che la disposizione conseguente all'esercizio dell'attività di 'qualificazione' non si esaurisca nella 'modifica'⁹¹ della situazione giuridica pregressa, ma si caratterizzi per la produzione di effetti ulteriori e, quindi, per la determinazione di un programma di condotta di cui si richiede successiva esecuzione, al fine di portare a compiuta realizzazione l'interesse sotteso.

Volendo riprendere gli esempi sopra proposti, non dovrebbe considerarsi di ostacolo per l'inquadramento nell'ambito dei negozi sull'effetto giuridico, la circostanza che la stipulazione dell'ipotizzata riqualificazione delle donazioni pregresse come donazioni *ex pacto*, ai sensi degli artt. 768 bis e ss. c.c., programmi non solo la 'variazione'⁹² della rilevanza della situazione giuridica soggettiva conseguente alla donazione (tendenzialmente, l'acquisto della titolarità delle partecipazioni sociali o dell'azienda) ma anche l'obbligo di liquidazione dei legittimari non preferiti, e, di conseguenza, affianchi all'effetto configurativo altri effetti di natura obbligatoria, ossia costitutivi di obbligazioni, alle quali dovrà successivamente (o anche contestualmente) darsi esecuzione⁹³.

Similmente, non dovrebbero sorgere dubbi circa la possibilità di qualificare come negozio sugli effetti l'accordo mediante cui le parti attribuiscano significato di liberalità ad una data condotta non negoziale, nell'ipotesi in cui all'effetto

⁹⁰ DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, (5), p. 39.

⁹¹ Si ripete, ulteriormente, che l'uso del generico termine "*variazione*" mira a non prendere ancora posizione in ordine al modo con cui il 'negozio di qualificazione' è in grado di incidere sulla posizione giuridica che ne è oggetto.

⁹² Vedi, però, quanto osservato alla nota 91.

⁹³ Cfr. la costruzione degli effetti del 'contratto di riqualificazione' delle donazioni pregresse in patto di famiglia ipotizzata da A. BUSANI, *Il contratto di "riqualificazione" della donazione di partecipazioni sociali in patto di famiglia*, Società, 2016, p. 542.

attributivo previsto *ex lege* si aggiunga l'imposizione, a carico del gratificato, di un *modus*, e, pertanto, si arricchisca la qualificazione ulteriore del comportamento legalmente tipico con la programmazione di regole obbligatorie destinate a successiva esecuzione⁹⁴.

Tutto quanto detto, dunque, permette di dare avvio al proposito di definire i caratteri positivi del 'negozio di qualificazione' partendo da un primo modello di riferimento, cui potersi appoggiare qualora si renda necessario risolvere eventuali situazioni patologiche, allo sviluppo e alla soluzione delle quali, nell'economia del presente lavoro, non è possibile prestare adeguato approfondimento.

D'altronde, il modello qui adottato, quello dei c.d. negozi sull'effetto giuridico, è *ab origine* costruito avendo a mente due profili di disciplina che, in misura assorbente, possono acquisire rilievo autonomo rispetto alla disciplina propria di ciascuna figura tipica, che a tale modello è riconducibile⁹⁵: il rapporto che si instaura tra la situazione giuridica preesistente e gli elementi costitutivi dell'accordo negoziale (segnatamente, la causa e l'oggetto); la patologia del negozio a fronte di eventuali vizi concernenti la (fonte della) situazione giuridica preesistente.

Pertanto, portando a definitivo svolgimento la suggestione proposta nelle pagine iniziali, anche a fronte dell'attività negoziale di 'qualificazione' è legittimo parlare di soggetti che "ritornano" *su quanto convenzionalmente statuito in passato*⁹⁶ con la consapevolezza, però, che tale peculiare atteggiarsi della volontà si traduce, al più, nella riconduzione di tale attività negoziale alla categoria (ove riconosciuta dogmaticamente rilevante) dei negozi sull'effetto giuridico, alla quale potrà utilmente farsi ricorso laddove sorga la necessità di superare quegli aspetti patologici del 'negozio di qualificazione', che conseguono alle eventuali disfunzioni delle fattispecie da cui ha origine la situazione giuridica soggettiva,

⁹⁴ Cfr. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (82), p. 268 dove si ipotizza, nell'ipotesi di liberalità veicolata mediante lo schema del contratto a favore di terzo o dell'adempimento del debito altrui (ovvero, più in generale, in ogni caso di intestazione liberale di beni a nome altrui), che il beneficiante gravi di un *modus* l'attribuzione al beneficiario. In termini generali, nella misura in cui si riconosce che l'applicazione alle liberalità non negoziali della disciplina della donazione tipica non coinvolga solo gli istituti della revocazione, della riduzione e della collazione, secondo il disposto positivo degli artt. 737 e 809 c.c., ma si estenda, secondo un giudizio di compatibilità da condurre caso per caso, a tutte le altre regole legali, tra cui è espressamente ricompreso il corpo normativo relativo alla disposizione modale (lo afferma CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (82), p. 257) e che, nel contempo, tale applicazione dipenda dalla determinazione di autonomia in cui si sostanzia l'accordo configurativo (per quanto nei precedenti capitoli si è detto), appare giocoforza affermare che l'unica possibilità di concepire l'apposizione di un onere ad una liberalità non negoziale dipenda dall'imputare tale apposizione all'atto di autonomia cristallizzato nella stessa volontà configurativa.

⁹⁵ Cfr. DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, (5), p. 8 ss..

⁹⁶ C. GRANELLI, *Voce* 'Confessione e ricognizione nel diritto civile', *Dig. Disc. Priv. sez. Civ.*, Utet, Torino, 1991, p.

che le parti intendono ‘qualificare’, ovvero ‘riqualificare’ (quali l’inefficacia o l’invalidazione sopravvenuta).

3. Gli indici di diritto positivo

Fatta chiarezza sulla prospettiva che l’indagine qui proposta intende fare propria, è possibile dar corso a quel primo momento di studio, già segnalato in apertura di capitolo, da cui la ricostruzione dei caratteri positivi del ‘negozio di qualificazione’ non può prescindere.

Appare passaggio ineludibile, infatti, quello di esplorare e verificare il dato legislativo positivo, al fine di accertare se l’intento sotteso al predetto atto di autonomia non riceva già un riconoscimento, ed una regolamentazione di effetti conforme, nell’ambito di alcuni istituti, i quali possano, pertanto, porsi, dello stesso, come indici normativi significativi.

In quest’ottica, l’indagine non può che concentrarsi su quelle figure che le diverse opinioni dottrinali, di cui si è dato conto nei capitoli che precedono, hanno individuato come momenti di emersione dell’ipotizzato potere di configurazione dei privati.

Nel fare ciò, si è scelto, in ogni caso, di procedere a ritroso nella numerazione codicistica, al fine di proporre un percorso logico che consenta, al termine dell’analisi, di individuare, il più chiaramente possibile, quali spazi di manovra il dato positivo conceda al tentativo di definire quegli elementi di struttura su cui è possibile fondare la costruzione del ‘negozio di qualificazione’.

3.1. Il patto di convertibilità dell’obbligazione in azione ai sensi dell’art. 2420-bis c.c.

3.1.1. L’interpretazione della disposizione

Nelle più recenti proposte dottrinali, si è ritenuto di poter avere conferma in ordine alla legittimità dell’attività privata di ‘riqualificazione della causa’, dalla lettura dell’art. 2420-bis c.c.⁹⁷.

⁹⁷ Così F. ANGELONI, *Ancora sulla novazione della donazione in vendita: optima repetita iuvant?*, *Diritto e giustizia*, 4 ottobre 2013, p. 8-9. Ipotizza il collegamento tra la disposizione in parola e l’attribuzione, in capo a soggetti privati, di un “*diritto di configurazione*” del titolo di un rapporto (nel caso specifico, quello societario) già J.G. DE ENTIERRA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 165-166.

Tale disposizione, che trova collocazione in un ambito distante da quello interessato dal tipo di indagine qui svolta, ossia quel ramo del diritto societario dedicato alle società di capitali (Libro V, Titolo V, Capo V, Sezione VII) disciplina la fattispecie delle c.d. obbligazioni convertibili in azioni.

L'istituto delle obbligazioni convertibili rientra nel più ampio fenomeno dei c.d. titoli convertibili⁹⁸, tali intendendosi quei titoli mobiliari caratterizzati dalla possibilità di essere scambiati con altri titoli, tendenzialmente aventi carattere maggiormente speculativo, e, dunque, meno sicuro quanto ai diritti di rendita e di restituzione del capitale investito⁹⁹.

Più nello specifico, l'obbligazione convertibile in azione è quello strumento finanziario che, tra i diritti riconosciuti al soggetto che ne è titolare, incorpora non solo quello di ottenere, alla scadenza prestabilita, il rimborso di un ammontare pari al capitale versato e agli interessi, ma anche il diritto di convertire tale importo in capitale "proprio" della società le cui azioni sono offerte in conversione¹⁰⁰.

Tale diritto di conversione, attribuito all'obbligazionista in forza di un'apposita clausola di convertibilità, si sostanzia nel privilegio, allo stesso accordato, di potere operare una scelta, in periodi e con modalità predeterminati, tra l'originaria posizione di creditore, e quella di titolare di partecipazioni ordinarie o privilegiate¹⁰¹.

Il particolare meccanismo che assiste il diritto di conversione, e cioè l'automatica "*sostituzione di un titolo obbligazionario con un titolo azionario*"¹⁰² per effetto della sola manifestazione di volontà riconducibile all'obbligazionista convertibile¹⁰³, ha rappresentato lo spunto per ravvisare, nella figura in esame, un'ipotesi normativamente tipizzata di quell'intento empirico sotteso alla

⁹⁸ Cfr. G. DOMENICHINI, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 1; DE ENTIERRA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (97), p. 4.

⁹⁹ Nota definizione che diversi autori (per tutti v. DOMENICHINI, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (98), p. 1) riprendono integralmente da A.S. DEWING, *The financial policy of corporations*, Ronald Press, New York, 1953, p. 256. In realtà, come dimostra la disamina storica proposta da P. CASELLA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 13 ss. il meccanismo della 'conversione' ebbe origine da esigenze di protezione dell'investimento (soprattutto se proveniente dal potere pubblico, ancor più se di stampo monarchico) del tutto contrapposte a quelle che sottendono l'attuale previsione di un meccanismo di conversione che assume come titoli mobiliari di destinazione quelli azionari; meccanismo di conversione, quest'ultimo, la cui emersione e definitiva prevalenza può probabilmente additarsi alla crescente fiducia nel "valore della proprietà produttiva (rappresentata dalle azioni)" che ha accompagnato, a cavallo tra il secolo XIX e il secolo XX, lo sviluppo industriale, soprattutto americano.

¹⁰⁰ Così F. GIANCOLA, *Art. 2420-bis* in G. GRIPPO (cur.), *Commentario delle società*, I, Utet, Torino, 2009, p. 723.

¹⁰¹ In questi termini v. R. CAVALLLO BORGIA, *Delle obbligazioni* in A. SCIALOJA-G. BRANCA (curr.), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2005, p. 200-201.

¹⁰² R. CAVALLLO BORGIA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 229.

¹⁰³ Il dato è pacifico, per tutti v. CAVALLLO BORGIA, *Delle obbligazioni*, (101), p. 312.

‘riqualificazione causale’, in quel più ampio senso, enunciato nelle prime pagine del presente lavoro, di rideterminazione del significato (e della disciplina) di una preesistente situazione giuridica soggettiva; ovviamente, nel caso specifico, tale situazione giuridica sarebbe rappresentata dal rapporto venuto ad esistenza tra società e obbligazionista, per effetto della sottoscrizione del titolo obbligazionario.

Si è sostenuto¹⁰⁴, in altre parole, che nella figura delle obbligazioni convertibili in azioni di cui al vigente art. 2420-bis c.c. trovi puntuale riconoscimento la possibilità di modificare pattiziamente il titolo di una proprietà acquisita e, quindi, la possibilità di ‘riqualificare’ la causa del contratto che di tale proprietà ha consentito l’acquisto.

Presupposto che tali obbligazioni “*secondo il prevalente orientamento, andrebbero configurate come obbligazioni con la contestuale presenza di un’opzione di novazione di un rapporto di mutuo in un rapporto di società*” si è affermato, infatti, che “*nel caso delle obbligazioni convertibili in azioni viene addirittura consentito di sostituire pattiziamente al titolo di un’obbligazione il titolo di una proprietà, in quanto appunto le azioni, secondo il prevalente orientamento, sono dei veri e propri beni di proprietà degli azionisti*”¹⁰⁵.

Prima di valutare la bontà di tale impostazione, appare imprescindibile procedere ad una ricognizione preliminare delle diverse proposte interpretative che hanno tentato di ricostruire la natura giuridica tanto del rapporto intercorrente tra obbligazionista convertibile e società quanto dello specifico meccanismo che, nell’ambito di tale rapporto, consente la ‘conversione’ della posizione creditizia in posizione azionaria.

Secondo un primo filone¹⁰⁶, l’obbligazione convertibile, e, di conseguenza, i diritti riconosciuti al relativo possessore, avrebbero origine da una unitaria operazione di finanziamento *sui generis*, in quanto caratterizzata dall’attribuzione al soggetto sottoscrittore del diritto di scegliere tra la restituzione del capitale e l’attribuzione di partecipazioni sociali, e, per tale ragione, distinta tanto dall’operazione di finanziamento riconducibile all’ordinario rapporto obbligazionario quanto a quella sottesa all’investimento azionario.

In una diversa prospettiva, la tesi dell’unitarietà dell’operazione di finanziamento è stata ripresa da quegli autori che hanno ritenuto di poter

¹⁰⁴ Il riferimento, si ripete, è a ANGELONI, *Ancora sulla novazione della donazione in vendita: optima repetita iuvant?*, *Diritto e giustizia*, (97), p. 8-9.

¹⁰⁵ ANGELONI, *Ancora sulla novazione della donazione in vendita: optima repetita iuvant?*, *Diritto e giustizia*, (97), p. 9.

¹⁰⁶ Così E. SIMONETTO, *Le obbligazioni convertibili in azioni. Alcune questioni di base in AA.VV., Bilancio di esercizio*, Cedam, Padova, 1976, p. 193 ss.

identificare, nella fattispecie in esame, un'ipotesi di obbligazione alternativa¹⁰⁷, tramite cui la società si vincolerebbe, a scelta dell'obbligazionista, a rimborsare il capitale ovvero a rilasciare azioni di nuova emissione ovvero, secondo una variante non molto dissimile, ad un'ipotesi di obbligazione con facoltà alternativa¹⁰⁸, tramite cui si attribuirebbe alla società la facoltà di liberarsi dall'obbligazione restitutiva mediante attribuzione all'obbligazionista di azioni di nuova emissione.

Maggior consenso ha ricevuto, invece, quell'orientamento che scompone la vicenda che si realizza con l'adesione alla delibera di emissione (in forza dell'atto di sottoscrizione del prestito) nella nascita di due distinti rapporti, oggetto di un collegamento negoziale volontario: l'uno fondato sull'ordinario contratto di mutuo obbligazionario, l'altro fondato su un distinto contratto, attributivo del diritto di convertire l'obbligazione in partecipazione societaria.

Invero, quest'ultima ricostruzione dei profili negoziali connessi all'emissione dell'obbligazione convertibile si è prestata all'elaborazione di diverse varianti, ciascuna condizionata dal diverso modo di qualificare la natura giuridica di quel contratto collegato “*destinato a progredire in definitiva partecipazione sociale*”¹⁰⁹.

Secondo un'opinione minoritaria¹¹⁰, tale contratto presenterebbe i caratteri di un contratto preliminare unilaterale avente ad oggetto la conclusione del contratto societario, vincolante la sola società alla successiva manifestazione di consenso¹¹¹, a fronte della richiesta di conversione avanzata dall'obbligazionista, a valere quale proposta di adesione.

¹⁰⁷ Così A. PAVONE LA ROSA, *Le obbligazioni in serie speciali della SO.F.I.S.*, Riv. Soc., 1963, p. 903 nota 21; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Utet, Torino, 1995, p. 422-423; B. VISENTINI, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, Rass. Ass. Banc. It., 1947, p. 343. In giurisprudenza v. App. Firenze, 26 luglio 1955 in Riv. Not., 1955, III, p. 478 ss..

¹⁰⁸ Cfr. G. AULETTA-N. SALANITRO, *Diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 190-191. In questi termini la maggioranza della dottrina tedesca su cui v. per tutti F. MEYER, *Wandelshuldverschreibungen, Der Betriebs-Berater*, 1955, p. 549.

¹⁰⁹ CAVALLLO BORGIA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (102), p. 242.

¹¹⁰ Così R. NOBILI-M. VITALE, *La riforma delle società per azioni: commento alla legge 7 giugno 1974, n. 216 e ai decreti delegati*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 235-236.

¹¹¹ Identificata nell'attività esecutiva di emissione delle azioni assegnate in conversione. Invero, come evidenziato da CAVALLLO BORGIA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (102), p. 242 e DOMENICHINI, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (98), p. 270, nota 29, tale tesi aveva trovato il favore della dottrina nel periodo precedente l'entrata in vigore della riforma delle società di capitali del 1975, laddove, nel silenzio della legge, si affermava la legittimità della deliberazione di emissione delle obbligazioni convertibili separata da quella relativa all'aumento a servizio, di cui si ipotizzava l'adozione in un momento successivo, quale atto di adempimento dell'impegno a contrarre assunto con il *pactum de ineunda societate*, che all'emissione del prestito obbligazionario convertibile era sotteso.

Sulla scorta delle indicazioni provenienti dal dato normativo positivo¹¹², il quale, da un lato, richiede, *per tabulas*, che contestualmente all'emissione del prestito sia deliberato anche l'aumento a servizio della conversione, e dall'altro, sembra configurare il diritto di conversione nei termini di un diritto potestativo, idoneo, per effetto del solo suo esercizio unilaterale, ad opera dell'obbligazionista, a realizzare la trasformazione del titolo mobiliare (e la correlativa estinzione del credito restitutorio), in assenza di qualsivoglia ulteriore manifestazione di volontà da parte della società¹¹³, un diverso indirizzo¹¹⁴ ha, invece, ravvisato nella fattispecie in parola, la ricorrenza di un contratto di opzione.

Quale sia, però, il contratto finale che l'obbligazionista ha il potere di concludere, mediante esercizio della scelta discrezionale di procedere con la conversione, è, per tale filone, ulteriore motivo di discussione.

Per un primo gruppo di interpreti, infatti, il patto di opzione altro non avrebbe ad oggetto che la conclusione di un contratto di sottoscrizione di azioni.

Secondo tale tesi, più precisamente, attraverso l'esercizio della conversione, all'obbligazionista sarebbe concessa la facoltà di sottoscrivere le azioni offerte in concambio e di ottenerne la liberazione, o in denaro, mediante compensazione del credito da conferimento con quello vantato verso la società, a titolo di rimborso del capitale finanziato¹¹⁵, o in natura, tramite il conferimento diretto del medesimo

¹¹² Al contrario, però, secondo A. GIANNELLI, *Art. 2420-bis* in P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI (curr.), *Commentario alla riforma delle società*, Egea, Milano, 2006, p. 259 “*le modifiche apportate all’art. 2420-bis non forniscono elementi nuovi al fine di dirimere il dibattito afferente alla natura giuridica del patto di conversione; per quanto si tratti di questione non necessariamente foriera di conseguenze pratiche sul piano applicativo, in assenza di indicazioni da parte del legislatore dell’ultima riforma il relativo dibattito dottrinale continuerà a porsi nei medesimi termini che in passato*”.

¹¹³ Il collegamento tra i due citati aspetti è chiaramente messo in luce da DE ENTIERRA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (97), p. 158.

¹¹⁴ Cfr. R. CAVALLO BORGIA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 267 ss.; M. SANDULLI, *Le obbligazioni convertibili in azioni* in G. MINERVINI (cur.), *La recente riforma delle società per azioni*, Cooperativa Economia e Commercio, Napoli, 1976, p. 108-110; A. DE MARTINI, *Profilo giuridico delle obbligazioni convertibili in azioni*, *Banca, borsa e tit. cred.*, 1957, I, p. 537 ss.; G. SCORZA, *Le obbligazioni convertibili*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 81 ss. e 124 ss.; CASELLA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (99), p. 180 ss.; DOMENICHINI, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (98), p. 274-275; M. BUSSOLETTI, *Obbligazioni convertibili, con warrant, con partecipazione agli utili*, *Riv. Dir. Comm.*, 1988, I, p. 264; G. FERRI, *Le società* in F. VASSALLI (cur.), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1985, p. 514-515; F. GALGANO, *La società per azioni* in F. GALGANO (cur.), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, VII, Cedam, Padova, 1987, p. 405; G. PIAZZA, *Se la società possa acquistare proprie obbligazioni convertibili in azioni*, *Contr. Impr.*, 1987, p. 784; G. FRÈ, *Società per azioni* in A. SCIALOJA-G. BRANCA (curr.), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1982, p. 627;. Implicitamente pare anche G. MINERVINI, *Obbligazioni convertibili in azioni ed opzione*, *Riv. Dir. Comm.*, 1946, p. 545 ss.;

¹¹⁵ Vedi tra i vari CAVALLO BORGIA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (114), p. 267 ss.; DE MARTINI, *Profilo giuridico delle obbligazioni convertibili in azioni*, (114), p. 532-533; MINERVINI, *Obbligazioni convertibili in azioni ed opzione*, (114), p. 545-546.

credito restitutorio, destinato ad estinguersi per compensazione¹¹⁶, ovvero tramite la sua rinuncia¹¹⁷.

Altri autori¹¹⁸, al contrario, ritengono che l'opzione concessa al sottoscrittore concernerebbe la stipulazione di un "*contratto modificativo della causa del rapporto*"¹¹⁹, riconducibile, per i più, al tipo della novazione reale¹²⁰, per effetto del quale verrebbe ad essere mutato il titolo del rapporto e, di conseguenza, la giustificazione della ricchezza attribuita alla società, destinata, in via automatica, dal momento della conversione, a rimanere acquisita al patrimonio sociale non più a titolo di finanziamento, bensì a quello di conferimento.

A sostegno di tale interpretazione, si evidenzia come l'articolazione dell'operazione in due fasi logicamente successive, ossia quella dell'emissione del prestito e quella dell'aumento mediante compensazione/conferimento del debito, oltre a scontare, sotto un primo profilo, un certo grado di artificiosità, non corrispondente all'unitarietà economica del meccanismo di conversione predisposto dal legislatore¹²¹, risulterebbe senz'altro contrastante con il dato normativo, il quale, all'art. 2420-bis, comma 2, c.c., vincola il divieto di disaggio alla corrispondenza tra prezzo di emissione e valore nominale delle azioni offerte in conversione, senza considerare il valore di rimborso, come avrebbe richiesto, al contrario, la tutela del capitale nella prospettiva della liberazione mediante compensazione o conferimento in natura¹²².

¹¹⁶ Così CASELLA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (99), p. 180 ss.. SANDULLI, *Le obbligazioni convertibili in azioni* (114), p. 108-110.

¹¹⁷ Per questa tesi v. SCORZA, *Le obbligazioni convertibili*, (114), p. 81 ss. e 124 ss.

¹¹⁸ Ex multis v. DOMENICHINI, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (98), p. 274-275; DE ENTIERRA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (97), p. 165-166; BUSSOLETTI, *Obbligazioni convertibili, con warrant, con partecipazione agli utili*, (114), p. 263-264; FERRI, *Le società*, (114), p. 514-515; GALGANO, *La società per azioni*, (114), p. 405; PIAZZA, *Se la società possa acquistare proprie obbligazioni convertibili in azioni*, (114), p. 792-793; FRÈ, *Società per azioni*, (114), p. 627. Pur senza alcun argomentazione in merito anche C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 456.

¹¹⁹ DOMENICHINI, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (98), p. 274.

¹²⁰ Propende, invece, per una "*fattispecie autonoma*" caratterizzata dal riconoscimento, in capo all'obbligazionista, di un "*diritto di configurazione*" DE ENTIERRA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (97), p. 165-166.

¹²¹ Oltre che problematica con riferimento alla possibile applicazione delle regole codicistiche previste, a tutela dell'integrità del capitale sociale, per l'ipotesi di conferimento in natura, su cui le norme in materia di obbligazioni convertibili rimangono del tutto silenti.

¹²² Appare, invece, come una petizione di principio la critica avanzata da DE ENTIERRA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (97), p. 165 secondo cui la teorica del conferimento mediante compensazione "*trascura il fatto che il rapporto obbligazionario e quello di società non coesistono in nessun momento, ma si susseguono nel tempo; in modo tale che l'estinzione del primo ed il sorgere del secondo avvengono nel contempo, ad opera della manifestazione unitaria di volontà dell'obbligazionista. Vale a dire che il possessore di obbligazioni convertibili e la società non si trovano mai reciprocamente in posizioni debitorie antitetiche. Quindi, solo ricorrendo ad una finzione si può affermare che questa situazione giuridica si riscontra all'atto della conversione*". Non sembra revocabile in dubbio, infatti, che l'asserita inapplicabilità dell'istituto della compensazione, a vantaggio della tesi che vede nella conversione un fenomeno

Invero, nessuna delle predette ricostruzioni sopra brevemente riportate è andata esente da rilievi critici.

Così, si è rilevato¹²³ che la tesi secondo cui l'obbligazione convertibile costituisce un titolo obbligazionario *sui generis* non troverebbe alcun riscontro, né sul piano economico – laddove l'obbligazione convertibile è percepita come titolo 'di transizione', e non come un titolo 'misto' – né su quello giuridico, essendo incontestabile, quanto a quest'ultimo profilo, che la posizione dell'obbligazionista convertibile, fino a che non è esercitata la conversione, sia in tutto e per tutto assimilabile a quella di un obbligazionista ordinario e che il credito allo stesso spettante rappresenti, per la società, un debito oneroso da iscrivere, alla pari di ogni altro, nelle passività reali. A ben vedere, infatti, l'attribuzione del diritto di conversione, qualunque sia il modo di definirne l'operatività, "arricchisce la posizione dell'obbligazionista, ma non la snatura"¹²⁴.

Similmente, alla ricostruzione dell'obbligazione convertibile come obbligazione alternativa o con facoltà alternativa si è obiettato¹²⁵, per un verso, di non essere compatibile con la circostanza che la società, già prima dell'esercizio della scelta (ossia prima dell'esercizio del diritto di conversione) sia comunque tenuta ad adempiere la prestazione relativa al rapporto obbligazionario, nella forma del pagamento degli interessi dovuti sul capitale versato¹²⁶; per un altro, che la prestazione alternativa, costituita dall'assegnazione delle azioni di nuova emissione, appare fondata su una causa (il rapporto societario) distinta da quella su cui poggerebbe il rimborso del capitale (il rapporto obbligazionario), di talché l'ipotizzata alternativa, più che riguardare le prestazioni dedotte in obbligazione, riguarderebbe i rapporti giuridici su cui le stesse sono fondate.

Infine, alla posizione, probabilmente maggioritaria, che qualifica la clausola di convertibilità come un'opzione di novazione, è stata mossa la critica¹²⁷ di

di riconfigurazione del titolo, dal tipo obbligazionario a quello societario, risulta argomentata in base ad una supposta successione dei rapporti che, lungi dall'evidenziare il dato normativo di partenza, rappresenta proprio quel fenomeno di riconfigurazione che l'Autore sarebbe chiamato a dimostrare.

¹²³ Cfr. DOMENICHINI, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (98), p. 267-268

¹²⁴ DOMENICHINI, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (98), p. 268.

¹²⁵ Vedi DOMENICHINI, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (98), p. 267-268. Critica a riguardo anche CAVALLLO BORGIA, *Delle obbligazioni*, (101), p. 321 la quale, tuttavia, ritiene di poter ricavare la confutazione delle tesi in parola dalla "linearità della soluzione" offerta dalla tesi che ravvisa nel patto di convertibilità un'opzione di contratto di società con conferimento mediante compensazione.

¹²⁶ La qual cosa appare incompatibile con la struttura dell'obbligazione alternativa o di quella con facoltà alternativa, in primo luogo, per l'impossibilità di concepire, nell'ambito di tali fattispecie, un adempimento di entrambe le prestazioni (essendo per definizione tali obbligazioni caratterizzate da un unico adempimento, relativo alla prestazione determinata per effetto della scelta); in secondo luogo, per l'irretrattabilità della scelta implicita, che l'accettazione di tale adempimento da parte del creditore comporterebbe.

¹²⁷ Così DE ENTIERRA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (97), p. 163-164.

ricorrere in modo del tutto improprio all'istituto della novazione, nella misura in cui ne prevede l'utilizzo in un caso in cui, ad una più attenta analisi, il rapporto di successiva costituzione non presenta alcun legame con quello precedente, essendo mutato non tanto nell'oggetto o/e nel titolo ma nella natura stessa.

Si ricorda, infatti, che per interpretazione prevalente¹²⁸, non possa mai darsi novazione in senso tecnico del rapporto obbligatorio (e, *a fortiori*, di qualsiasi altro rapporto cui si ritiene di poter estendere tale istituto) ogniqualvolta il mutamento che connota la *nova obligatio*, non sia limitato alla previsione di un *aliquid novi* ma si traduca nel totale stravolgimento della sua natura.

Stravolgimento che renderebbe sostanzialmente inapplicabile quella stessa disciplina cui, nel contempo, si vorrebbe fare ricorso (e di ciò si può avere facile riprova se si ragiona sulla impossibilità, ad esempio, di conservare pattiziamente, quali accessori del nuovo rapporto societario, le originarie garanzie del credito).

3.1.2. La rilevanza rispetto all'ipotizzata attività di qualificazione

Tale essendo lo stato del dibattito in cui si inserisce la proposta di individuare nel patto di convertibilità una trasposizione normativa dell'accordo configurativo della causa negoziale, può ora trarsi, con maggior contezza, qualche conclusione utile all'indagine in queste pagine svolta.

Anzitutto, alla luce delle obiezioni sopra riportate, appare ragionevole dubitare della effettiva possibilità di ricondurre il meccanismo di conversione, cristallizzato nell'art. 2420-bis c.c., ad una ipotesi di novazione della causa¹²⁹.

¹²⁸ Secondo F. ALCARO-A. ALEMANNI, *Art. 1230 c.c.* in V. CUFFARO (cur.), *Commentario del Codice civile. Delle obbligazioni. Artt. 1218-1276*, Utet, Torino, 2013, p. 400 (pur in una prospettiva che esalta la dimensione di continuità che l'istituto della novazione esprime) ciò che distingue la novazione da altre ipotesi di estinzione e consequenziale costituzione di un rapporto risiede nella circostanza che, nella novazione, *“la posizione economica-giuridica delle parti rimane sostanzialmente invariata nei termini correlativi del dover-dare e del dover-avere”*; per A. MAGAZZU', *Voce 'Novazione (dir. civ.)'*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 820 *“il rapporto obbligatorio, nella sua struttura elementare, come puro vinculum iuris che lega le parti nelle posizioni correlative del dover-dare e del dover-avere, rimane fermo e giustifica la tutela del nuovo interesse; con la novazione se ne sostituisce l'oggetto. La «modificazione» va dunque intesa non già nel senso che si conservi «qualche elemento» del vecchio rapporto che peraltro si estinguerebbe, come talvolta genericamente e imprecisamente si afferma, ma nel senso che permane in vita lo stesso rapporto, seppur con diverso oggetto. Del resto, vi è chi, nonostante pensi che nella novazione il rapporto originario «si estingue, per rinascere ex novo», più avvedutamente, non esclude una «linea di continuità» tra i «due» rapporti ed immagina «un certo nesso di derivazione e di filiazione» tra gli stessi rapporti”*.

¹²⁹ Come ovvio, nessun apporto al tema qui indagato potrebbe derivare dalla lettura dell'art. 2420-bis c.c., qualora se ne interpretasse il contenuto conformemente alle tesi che individuano l'oggetto dell'opzione a favore dell'obbligazionista nella conclusione di un contratto di sottoscrizione. Di tale tesi, pertanto, in questa sede, è possibile disinteressarsi.

E le riserve sulla bontà della predetta ricostruzione escono senz'altro rafforzate dalla valutazione della sua inidoneità a giustificare, al contrario delle altre tesi, il meccanismo di conversione nel caso di procedura c.d. indiretta (ossia nell'ipotesi in cui le azioni da assegnare in concambio provengano da una società terza rispetto alle parti del rapporto obbligazionario)¹³⁰.

Tale soluzione, peraltro, apporterebbe ben pochi argomenti a favore del riconoscimento generalizzato di un ipotetico 'negoziato di qualificazione', quantunque se ne volesse veicolare l'operatività per il tramite della dinamica sostitutiva¹³¹ delineata dagli artt. 1230 e ss. c.c..

Se è difficilmente contestabile, infatti, che la totale ridefinizione della natura del rapporto, oggetto della vicenda sostitutiva in esame, sia incompatibile con la ricostruzione della fattispecie nei termini di una novazione contrattuale, ancor meno è contestabile che tale ricostruzione, in ogni caso, non possa attagliarsi a quell'intento di variazione della rilevanza causale di determinate situazioni giuridiche soggettive, assunte come immutate, che si colloca alla base dell'attività negoziale di 'qualificazione'.

Infatti, la supposta novazione/riconfigurazione della causa del titolo mobiliare, considerate le caratteristiche che alla stessa sono state riconosciute, non offrirebbe all'interprete un modello avente struttura tale da potersi prestare alla ricercata generalizzazione.

Atteso che, nella fisionomia che di tale figura è proposta, non si assisterebbe affatto alla modifica del significato e della rilevanza causale di una situazione giuridica preesistente, bensì alla sostituzione integrale (leggasi successione cronologica¹³²) tra due rapporti completamente differenti¹³³, questo equivale a dire che la stessa sarebbe, comunque, del tutto inutile a fini che qui rilevano.

¹³⁰ Valutazione inevitabile se si tiene a mente che, in caso di procedimento indiretto, il carattere trilaterale della fattispecie e la diversità dei soggetti tra cui intercorre il prestito obbligazionario, da un lato, e il patto di conversione, dall'altro (come analiticamente evidenziato da B. QUATRARO-R. ISRAEL-S. D'AMORA-G. QUATRARO, *Trattato teorico-pratico delle operazioni sul capitale*, t. II, Giuffrè, 2001, p. 1590-1592) si presentano del tutto incompatibili con lo strumento novativo. Puntualmente chiarisce, infatti, DOMENICHINI, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (98), p. 276 che, in presenza del procedimento indiretto di emissione "ferma restando la natura di patto d'opzione ed il collegamento con il rapporto di mutuo obbligazionario, deve convenirsi che oggetto del patto di conversione è la sottoscrizione di azioni da emettersi dalla società che ha all'uopo deliberato l'aumento di capitale".

¹³¹ Sulle caratteristiche più salienti del fenomeno novativo, ai fini della presente indagine, si rimanda alle considerazioni svolte nel Cap. II, par. 2.

¹³² In questi termini DE ENTIERRA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (97), p. 165. Parrebbe anche DOMENICHINI, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (98), p. 273 nella parte in cui definisce il meccanismo di conversione come "una evoluzione interna di un'unica operazione economica" ed afferma che "i mezzi finanziari, cui la società fa appello, sono quelli stessi potenzialmente destinati, per una scelta fatta ed un vincolo assunto fin dall'origine, a tradursi in nuovo capitale".

¹³³ Tale circostanza sarebbe indiscutibilmente testimoniata dal concreto meccanismo di attuazione della conversione, basato sull'annullamento del titolo obbligazionario e sulla successiva

All'eliminazione totale del rapporto precedente (il mutuo), infatti, farebbe da contraltare l'instaurazione del rapporto successivo (la società), senza che, all'interno di tale avvicendamento, possa mai, in alcun momento, ravvisarsi un fenomeno di rideterminazione del centro causale di una situazione giuridica preesistente, destinata, pur nell'identità del proprio contenuto, alla soddisfazione di un diverso e sopravvenuto interesse (quel fenomeno che, all'opposto, come emerso nel corso dell'analisi svolta in precedenza, costituisce il fulcro della struttura tipica in cui si sostanzia l'intento qui definito di 'qualificazione')¹³⁴.

Né sarebbe accettabile l'obiezione secondo cui, in tale ipotesi, potrebbe, in un certo qual modo, accertarsi una variazione del titolo della proprietà del denaro versato¹³⁵.

Al di là della difficoltà tecnica di qualificare la proprietà del denaro¹³⁶, è evidente che per effetto della conversione prenderebbero vita, al contrario, due

assegnazione delle azioni di nuova emissione. Emblematiche, a riguardo, le parole di M. SARALE, *Art. 2420 bis* in G. COTTINO-G.BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI (curr.), *Nuovo diritto societario*, Zanichelli, Bologna, 2008, p. 1295 ove si definiscono convertibili quelle "obbligazioni (...) caratterizzate dalla possibilità offerta al sottoscrittore del titolo di ottenere in luogo del rimborso azioni rappresentative di una partecipazione sociale".

¹³⁴ Come è riconosciuto dagli stessi sostenitori della tesi qui avversata, laddove si afferma (cfr. DE ENTIERRA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (97), p. 160 nota 12) che "oggetto del patto di conversione deve quindi ritenersi la complessiva vicenda costitutiva del rapporto societario ed estintiva del rapporto di credito" ovvero che (DOMENICHINI, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (98), p. 275) "il meccanismo (...) che si è visto caratterizzare il contenuto economico dell'operazione di prestito convertibile (...) in termini giuridici, si traduce nella sostituzione di un rapporto che si estingue (il prestito obbligazionario) con un rapporto nuovo che si costituisce (il rapporto di partecipazione sociale)".

¹³⁵ Come potrebbe forse alludere DOMENICHINI, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, (98), p. 272 parlando di "idoneità a mutare il vincolo del finanziamento da temporaneo (di credito) in duraturo (di rischio)".

¹³⁶ Come precisa B. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie* in A. SCIALOJA-G. BRANCA (curr.), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2011, p. 6 ss. "dapprima il mezzo di pagamento si manifesta quale "mezzo pesatore" (...) almeno fino a questa fase, peraltro ormai da anni ovunque ampiamente superata, l'oggetto del debito di denaro consisteva effettivamente nella prestazione di cose, le quali, per il loro valore intrinseco o per il fatto di essere realmente rappresentative di concrete e tangibili valori (attraverso il meccanismo della convertibilità) senz'altro potevano essere giustificatamente assimilate all'obbligazione di dare cose generiche (...) Finché, infatti, i prezzi monetari si caratterizzavano per loro bonitas intrinseca, e quindi erano immediatamente rapportabili con i valori del mondo fisico universalmente accettati (quali, appunto, i metalli preziosi) l'oggetto del debito di somma di denaro appariva realmente consistere nella prestazione di fornire tanti pezzi monetari (...) Venuta meno successivamente la possibilità di considerare ciascun pezzo monetario un valore in se stesso, data la progressiva "smetallizzazione" e "smaterializzazione" di questi, l'oggetto della prestazione pecuniaria venne a consistere non più in un insieme di distinti pezzi monetari (...) bensì in un oggetto dai caratteri assai più astratti, cioè in una somma di danaro che rappresentava unicamente l'indicazione numerico-quantitativa di una unità che, non essendo più concretamente tangibile ed appropriabile, venne descritta attraverso l'aggettivazione di "ideale" (...) Una volta affievolito e venuto meno il collegamento tra unità monetaria e valore intrinseco del pezzo monetario, l'unica possibilità per percepire una proiezione in termini di valore del denaro è nella sua concreta utilizzazione nel mercato come strumento di scambio, di misurazione dei valori e di universale collettore di scambio. Non a caso la dottrina più recente parla del debito pecuniario come debito di somma di denaro ("die Geldschuld ist Betragschuld"). Con siffatte espressioni si tende principalmente a sottolineare il contenuto sostanzialmente astratto della

vicende eterogenee, quali l'estinzione di un credito pecuniario e l'acquisto delle partecipazioni sociali (e il correlativo acquisto, in piena proprietà, del titolo che le rappresenta).

Che non si possa in alcun modo parlare di 'riqualificazione' delle proprietà del denaro, sarebbe poi facilmente argomentabile dalla circostanza che, rispetto alla relazione tra società e risorse finanziarie in essa investite (appunto il rapporto proprietario di cui si assumerebbe la 'riqualificazione') nulla cambierebbe per effetto della conversione, dal momento che, tanto prima quanto dopo tale momento, le predette risorse dovrebbero considerarsi definitivamente apprese al patrimonio societario (il che vorrebbe dire non esserci, in ogni caso, alcun mutamento nel contenuto della relazione di titolarità che consente alla società di disporre di tali risorse¹³⁷). Ciò che verrebbe a mutare, piuttosto, sarebbe rappresentato, esclusivamente, dalla natura delle pretese che l'obbligazionista convertito socio potrebbe, nella fase successiva, avanzare.

Certo, potrebbe ulteriormente replicarsi che, se con il modello di negozio sotteso al patto di convertibilità è possibile mutare completamente titolo ed oggetto del rapporto, tanto più sarà possibile determinare una variazione minore, relativa al solo titolo¹³⁸ (e, quindi, per ipotesi, 'riqualificare' una data situazione di proprietà, che si assume invariata nel contenuto).

In realtà, nemmeno tale osservazione appare decisiva per rivalutare il ruolo della disposizione di legge in materia di obbligazioni convertibili.

Anche fosse corretta l'ipotizzata limitazione degli effetti alla variazione al solo titolo, dovrebbe sempre collocarsene l'operatività all'interno della struttura designata dal dato normativo, il quale, in ossequio alla logica sostitutiva, presuppone, in ogni caso, per quel che si è detto, un meccanismo di estinzione e successiva costituzione.

Ciò porta anche questa ipotetica variante della novazione/riconfigurazione della causa ad esporsi alle medesime obiezioni, già svolte nelle pagine precedenti, avverso la ricostruzione del 'negozio di riqualificazione' come una applicazione, allargata all'ambito contrattuale, della dell'istituto tipico della novazione reale.

*prestazione oggetto del debito pecuniario: non dazione di un quid rilevante di per sé sul piano dei valori". Sul punto v. anche gli studi classici di T. ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 37 ss..*

¹³⁷ La provenienza dal capitale di debito delle somme acquisite rilevarebbe esclusivamente sul piano dei meccanismi societari di bilancio e dei correlati sistemi di allarme, a garanzia dei rischi di eccessivo indebitamento. D'altro canto, non v'è dubbio che, per principi generali, la società non sarebbe certo vincolata a restituire al sottoscrittore quelle medesime somme inizialmente da lui versate; il che sarebbe ulteriore riprova del fatto che in nessun caso la natura della relazione tra sottoscrittore e società possa influire sulla natura della titolarità delle risorse investite.

¹³⁸ Secondo il noto argomento logico secondo cui nel più (il mutamento di titolo e di oggetto) deve ritenersi compreso il meno (il mutamento del solo titolo).

Alla luce di tutto quanto fin qui detto, quindi, possono considerarsi pienamente confermati i dubbi circa l'utilità, per l'interprete, di fare appiglio alla disposizione qui esaminata, per tentare di cogliere, dal dato normativo positivo, dei punti di emersione di quell'attività negoziale qui definitiva di '(ri)qualificazione causale'.

3.2. La “*clausola di trasferimento della proprietà vincolante per ambedue le parti*” nella locazione-vendita ex art 1526, ult. comma, c.c.

3.2.1. L'interpretazione della disposizione

Ulteriore disposizione venuta all'attenzione di quegli interpreti che si sono recentemente interessati alle possibili applicazioni pratiche della 'riqualificazione negoziale' – nello specifico, quelle legate alla predisposizione di schemi contrattuali potenzialmente agevolativi dell'acquisto della proprietà immobiliare¹³⁹ – è racchiusa all'interno della disciplina del noto istituto della vendita con riserva di proprietà, di cui agli artt. 1523 e ss. c.c. (e, delle norme tributarie che di tale istituto dettano il regime fiscale).

L'art. 1526, ult. comma, c.c., infatti, nello stabilire che quanto disposto nei due primi commi del medesimo articolo “*si applica nel caso in cui il contratto sia configurato come locazione, e sia convenuto che, al termine di esso, la proprietà della cosa sia acquistata al conduttore per effetto del pagamento dei canoni pattuiti*” individua una speciale fattispecie contrattuale, formalmente appartenente al *genus* della locazione, e definita, in dottrina, nei termini di “*locazione-vendita*”¹⁴⁰, di “*vendita in forma di locazione*”¹⁴¹ o di “*locazione a scopo di vendita*”¹⁴².

Rispetto a una ipotesi ordinaria di locazione, la peculiarità di tale figura, come specificato dalla normativa tributaria di cui agli artt. 2, comma 2, n. 2) del D.P.R.

¹³⁹ Il riferimento, come ovvio, è alle proposte teoriche in materia di c.d. *rent to buy*, su cui, anche per quel che concerne il legame con il tema qui indagato, v. le pagine introduttive.

¹⁴⁰ Per questa definizione v. A. LUMINOSO, *La vendita* in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 705; D. RUBINO, *La compravendita* in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 445.

¹⁴¹ Cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita. Corso di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 14; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta* in F. VASSALLI (cur.), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1993, p. 56.

¹⁴² Cfr. M. DOGLIOTTI-A. FIGONE, *La locazione. Disciplina generale-le locazioni abitative* in P. CENDON (cur.), *Il diritto privato oggi*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 47; G. MIRABELLI, *La locazione* in F. VASSALLI (cur.), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1972, p. 116.

n. 633/1972 (Decreto Iva)¹⁴³ e 109, comma 2, let. a) del D.P.R. n. 917/1986 (Testo Unico delle Imposte sui Redditi)¹⁴⁴, risiederebbe nella previsione pattizia di “una clausola di trasferimento della proprietà vincolante per ambedue le parti”¹⁴⁵, da cui discenderebbe, in ossequio alla prescrizione codicistica, l’automatica attribuzione in proprietà della cosa locata, a favore del conduttore, per effetto del (solo) pagamento integrale dei canoni pattuiti.

Come nella fattispecie della conversione delle obbligazioni in azioni, ai sensi dell’art. 2420-bis c.c., anche nell’ipotesi della locazione-vendita il meccanismo predisposto dal legislatore sembra ricalcare, quanto meno ad una prima lettura, quel particolare atteggiarsi della volontà che si è qui ritenuto di poter individuare come fondamento del ‘negozio di qualificazione.’

Anche nell’ipotesi della locazione-vendita, si vuole dire, sembra possibile riscontrare una tipizzazione di quella particolare attività dispositiva consistente nella rideterminazione del significato e della disciplina di una precedente condotta delle parti (il pagamento del canone), al fine di regolamentare un sopravvenuto conflitto di interesse (lo scambio di bene contro prezzo), distinto da quello (il godimento temporaneo del bene contro corrispettivo) cui la regola in precedenza posta (la locazione) aveva dato soluzione.

Non può sfuggire, infatti, che il pagamento integrale dei canoni pattuiti finisca, in ultima analisi, una volta realizzatosi il trasferimento automatico previsto dalla clausola, per valere quale pagamento integrale del corrispettivo dovuto per l’acquisto a titolo definitivo della proprietà della cosa locata¹⁴⁶.

Ciò spiega perché, con riferimento all’effetto di rideterminazione del significato dei versamenti periodici di denaro (da canone locatizio a rata di prezzo), si sia parlato di una “nuova qualificazione dell’intero contratto destinata a sostituire la precedente”¹⁴⁷.

Invero, questa interpretazione, che non rappresenta certo una posizione isolata, trovando il favore di altra parte della dottrina¹⁴⁸, anche più risalente¹⁴⁹, non appare

¹⁴³ A tenore del quale “Costituiscono inoltre cessioni di beni: (...) 2) le locazioni con clausola di trasferimento della proprietà vincolante per ambedue le parti”.

¹⁴⁴ A tenore del quale “Ai fini della determinazione dell’esercizio di competenza [dei componenti del reddito di impresa]: (...) La locazione con clausola di trasferimento della proprietà vincolante per ambedue le parti è assimilata alla vendita con riserva di proprietà”.

¹⁴⁵ La formula si ritrova ora anche nell’art. 23, comma 7 del D.L. 12 settembre 2014, n. 133.

¹⁴⁶ Cfr. R. LUZZATTO, *La compravendita*, Utet, Torino, 1961 (ed. postuma a cura di G. PERSICO), p. 547.

¹⁴⁷ F. TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziale*, *Contratti*, 2014, p. 826.

¹⁴⁸ Parla di un’autonoma ipotesi di contratto anche A. ALBANESE, *Vendita con riserva di proprietà* in V. ROPPO (cur.), *Trattato dei contratti*, I. *Vendita e vendite*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 503-504.

¹⁴⁹ Già secondo LUZZATTO, *La compravendita*, (146), p. 547 non è inverosimile ipotizzare che la clausola di trasferimento automatico possa determinare una vera e propria “trasformazione

del tutto ingiustificata, se si guarda agli elementi interpretativi offerti dal dato normativo legislativo.

Anzitutto, è indiscutibile che l'articolo in esame, nel disciplinare tale fattispecie, presupponga il carattere assolutamente unitario della manifestazione negoziale imputabile alle parti¹⁵⁰.

In altri termini, è indiscutibile che la fattispecie in esame non faccia in alcun modo riferimento ad una ipotesi di collegamento negoziale tra un contratto di locazione e un contestuale, ma distinto, contratto di vendita. D'altronde, la dottrina sul punto è unanime¹⁵¹ nel contrapporre l'ipotesi della locazione-vendita a quella della "locazione convertibile in vendita"¹⁵², altresì detta "locazione con patto di futura vendita"¹⁵³, ossia della locazione che si accompagni ad un collegato contratto preliminare (o di opzione) di vendita, la cui clausola di determinazione del prezzo preveda un'operazione di scomputo, dall'ammontare di questo, di tutta o di parte della somma già versata dal conduttore-acquirente, fino al momento di conclusione del definitivo, quale corrispettivo della locazione¹⁵⁴.

A ben vedere, poi, a corroborare l'impostazione qui riportata è il fatto che la legge detti, per la fattispecie considerata, una disciplina del tutto particolare, richiamando, per implicito, le norme sulla locazione e prevedendo, a loro integrazione, esclusivamente l'applicazione dei primi due commi dell'art. 1526 c.c.¹⁵⁵.

condizionata (e retroattiva) del contenuto del contratto" e che, quindi, le parti "vogliono veramente un tipo di contratto complesso, misto di locazione e di vendita, nel senso che, verificandosi l'evento incerto e futuro del pagamento integrale da parte del locatario per tutto il tempo stabilito, le somme pagate a titolo di locazione debbano considerarsi come rate di prezzo e la cosa passi perciò nella proprietà del compratore".

¹⁵⁰ Basta tenere a mente, infatti, che l'art. 1526, ult. comma, c.c. fa riferimento al caso in cui "il contratto" preveda l'automatico trasferimento al pagamento integrale dei canoni.

¹⁵¹ Così *ex multis* LUMINOSO, *La vendita*, (140), p. 706; TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziale*, (147), p. 826; DOGLIOTTI-FIGONE, *La locazione. Disciplina generale-le locazioni*, (142), p. 47; BIANCA, *La vendita e la permuta*, (141), p. 58; MIRABELLI, *La locazione*, (142), p. 117-118.

¹⁵² Cfr. LUMINOSO, *La vendita*, (140), p. 706

¹⁵³ Cfr. Studio CNN n. 102-2015/C "Rent to buy - tecniche redazionali" a cura di G. RIZZI, p. 4; MIRABELLI, *La locazione*, (142), p. 117-118.

¹⁵⁴ Su questa fattispecie v. in particolare L. STUCCHI, *Contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. La nuova fattispecie e le tecniche contrattuali tradizionali in AA.VV., Tecniche contrattuali e attività notarile*, Sole24ore, Milano; TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziale*, (147), p. 823 ss..

¹⁵⁵ Lo evidenziano, in particolare, ALBANESE, *Vendita con riserva di proprietà*, (148), p. 503-504; TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziale*, (147), p. 826; B. CARPINO, *Vendita con riserva della proprietà* in P. RESCIGNO (cur.), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1985, p. 328.

Nonostante questi rilievi, la tesi che pare assolutamente prevalente¹⁵⁶ è nel senso di considerare la disposizione di legge come una forma di riqualificazione *ex lege* del contratto di locazione, in cui sia previsto l'automatico trasferimento della proprietà al pagamento integrale dei canoni, in un contratto di vendita con riserva della proprietà.

L'imposizione di un meccanismo così incisivo rispetto alla volontà delle parti troverebbe giustificazione nella necessità di prevenire un "*abuso del sottotipo contrattuale, perpetrato dalla parte forte allo scopo di secondare il proprio progetto di aggiramento dei limiti dell'autonomia privata racchiusi nei primi due commi*"¹⁵⁷ dell'art. 1526 c.c., che ricorreva, già nella prassi anteriore all'entrata in vigore del nuovo codice¹⁵⁸, nella stipulazione di vendite a rate dissimulate¹⁵⁹ sotto la veste formale di locazioni.

In effetti, la previsione di un meccanismo di riqualificazione *ex lege* del contratto di locazione-vendita potrebbe essere ragionevolmente spiegata dall'esigenza, sentita dal legislatore del 1942, di prevenire la dissimulazione di vendite usuraie sotto forma di locazione. Non a caso, come precisa la stessa Relazione al Codice civile¹⁶⁰ l'intera disciplina della vendita con riserva di proprietà era stata pensata con il fine di contrastare la diffusione di "*patti che assumevano o potevano assumere, in fatto, carattere usuraio ai danni del compratore*" ricorrendo all'"*applicazione di principii di portata più generale o mercé l'introduzione di principii nuovi, che peraltro si adeguano al bisogno di una concorrente tutela del venditore*".

Né pare legittimo, in contrario, obiettare che la qualificazione di un atto di autonomia non possa mai essere oggetto di una prescrizione normativa¹⁶¹: che al

¹⁵⁶ Cfr. R. CALVO, *Diritto civile. La vendita*, Zanichelli, Bologna, 2016, p. 51 nota 86; LUMINOSO, *La vendita*, (140), p. 704-705; M. MALTONI, *La nuova disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili (art. 23 D.L., 12 settembre 2014, n. 133)*, *Riv. Not.*, 2014, p. 1068; G. D'AMICO, *La compravendita. Tomo I* in P. PERLINGIERI (cur.), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, ESI, Napoli, 2013, p. 291; F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili* in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 729-730; BIANCA, *La vendita e la permuta*, (141), p. 56-57; MIRABELLI, *La locazione*, (142), p. 116-117; RUBINO, *La compravendita*, (140), p. 445-446.

¹⁵⁷ CALVO, *Diritto civile. La vendita*, (156), p. 52 nota 86.

¹⁵⁸ Ne danno conto RUBINO, *La compravendita*, (140), p. 445; LUZZATTO, *La compravendita*, (146), p. 546.

¹⁵⁹ Secondo LUZZATTO, *La compravendita*, (146), p. 547 si tratterebbe, in realtà, di una simulazione solo parziale, essendo espressamente ostentata la clausola di trasferimento automatico della proprietà al pagamento del prezzo. D'altro canto, sostengono l'estraneità della riqualificazione in oggetto al fenomeno della simulazione BIANCA, *La vendita e la permuta*, (141), p. 57; MIRABELLI, *La locazione*, (142), p. 117 nota 7.

¹⁶⁰ Cfr. paragrafo n. 673.

¹⁶¹ Non sembra insuperabile, quindi, la critica di TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziale*, (147), p. 826 ad opinione del quale "(I) la qualificazione degli istituti giuridici è materia di competenza dell'interprete, per la quale il

legislatore sia consentito imporre la riqualificazione dell'intento pratico perseguito dai privati all'interno di schemi predeterminati, laddove ravvisi degli interessi superindividuali meritevoli di maggiore tutela, rispetto a quelli privati da cui derivano i tratti di divergenza dal tipo imposto, è senz'altro un dato acquisito del nostro ordinamento, come testimoniato, ad esempio, dalla riqualificazione di tutti i contratti *“aventi per oggetto la concessione di fondi rustici o tra le cui prestazioni vi sia il conferimento di fondi rustici”* in contratti di affitto agrario, ai sensi dell'art. 27 della L. 3 maggio 1982, n. 203¹⁶².

Peraltro, l'ulteriore argomento opposto al meccanismo della riqualificazione, fondato sulla diversità di disciplina cui sarebbe sottoposta la fattispecie della locazione-vendita, rispetto alla vendita con riserva della proprietà *tout court*, stante il limitato richiamo posto dall'art. 1526, ult. comma, c.c., parrebbe parimenti smentito dalla lettura dei documenti accompagnatori, nei quali si ribadisce l'imperatività degli artt. 1525 e 1526 c.c. e si paventa l'applicazione di entrambi nelle ipotesi in cui la riserva di proprietà sia mascherata da altra veste contrattuale¹⁶³.

D'altro canto, posto che l'art. 1526 c.c. si fa carico di disciplinare, in maniera imperativa e speciale, le conseguenze dell'inadempimento rilevante, in punto di risoluzione del contratto, lo stesso non può che collegarsi alla disposizione che di

legislatore non può intervenire; (II) la riqualificazione in oggetto dovrebbe comunque fondarsi sulle norme generali in tema di interpretazione del contratto di cui agli artt. 1362 ss. c.c., senza alcuna possibilità di una norma ad hoc che potrebbe porsi con quelle in contrasto”. Piuttosto, il problema potrebbe essere posto nel senso di valutare se la riqualificazione in esame (di locazione-vendita in vendita con riserva della proprietà) rispetti veramente quel requisito costituito dalla coincidenza tra gli interessi comparativamente prevalenti, tale da richiedere la sottoposizione alla medesima disciplina. Essendo l'analisi degli interessi coinvolti dalle figure in esame un tema che esorbita da quanto di rilievo per la presente trattazione, si rimanda alle approfondite disamine di TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziale*, (147), p. 822 ss.; C. CAMARDI, *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 55 ss..

¹⁶² Vedi le osservazioni di E. DEL PRATO, *Contratti misti: variazioni sul tema*, Riv. Dir. Civ., 2012, p. 97 (e *ivi*, nota 42 dove parla di *“riconduzione” al tipo imperativo*). Ulteriori fenomeni di riqualificazione *ex lege* di rapporti contrattuali si riscontrano, ad esempio, anche nel campo del diritto del lavoro: per fattispecie recenti si vedano G. MIGNONE, *La terza riforma dell'apporto d'opera nell'associazione in partecipazione*, Contr. Impresa, 2016, p. 723 ss. (pur se in toni critici verso la soluzione adottata dal legislatore); M. PERSIANI, *I nuovi contratti di lavoro*, Utet, Torino, 2011, p. 218. Costituisce fattispecie di qualificazione *ex lege* di un contratto di godimento di immobili (come locazione di immobile destinato ad attività alberghiera in luogo dell'affitto di azienda alberghiera) anche quella la regolata dall'art. 1, comma 9-septies, del D.L. 7 febbraio 1985, n. 12, su cui v. F. LAZZARO-R. PREDEN, *Codice delle locazioni*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 27-28.

¹⁶³ Pur nell'ambiguità delle parole utilizzate, in questo senso sembra essere la Relazione al Codice, al medesimo paragrafo n. 673, secondo cui *“le disposizioni anzidette sono cogenti, il che, dichiarato espressamente nell'art. 1525, si ricava implicitamente anche dal terzo comma dell'art. 1526, in base al quale le norme che regolano la risoluzione del contratto sono estese all'ipotesi in cui, sia pure senza lo scopo di frodare la legge, la riserva di proprietà sia configurata come locazione, e sia stabilito che, al termine del contratto, la proprietà della cosa resti acquisita al conduttore per effetto del pagamento dei canoni pattuiti”*

tale inadempimento fornisce, in modo analogamente imperativo e speciale, la definizione, ossia l'art. 1525 c.c.¹⁶⁴, di guisa che, a fatica, risulta ragionevole, e coerente, sul piano sistematico, disporre l'applicazione dell'una norma, in assenza dell'applicazione dell'altra.

Con il che, verrebbe a maggior ragione posta in dubbio la legittimità di una lettura restrittiva del richiamo contenuto all'art. 1526, ult. comma, c.c., che la contraria dottrina assume, lo si è detto, come dirimente¹⁶⁵.

3.2.2. Irrilevanza della recente disciplina concernente il c.d. *rent to buy* (art. 23 L. 12 settembre 2014, n. 133)

Invero, la rivendicazione dell'autonomia della fattispecie della locazione-vendita, e del correlato meccanismo di riqualificazione dei canoni, non pare poter essere adeguatamente supportata nemmeno dalla recentissima tipizzazione del contratto di c.d. *rent to buy* (*rectius* del “contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili”)¹⁶⁶ di cui all'art. 23 del D.L. 12 settembre 2014, n. 133.

¹⁶⁴ Mette espressamente in luce tale essenziale collegamento CAMARDI, *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, (161), p. 58.

¹⁶⁵ Afferma espressamente che, nonostante il limitato rinvio contenuto nell'art. 1526, ult. comma, c.c., alla locazione-vendita debba applicarsi l'intera disciplina della vendita con riserva di proprietà BIANCA, *La vendita e la permuta*, (141), p. 57. Per MIRABELLI, *La locazione*, (142), p. 117 tale conclusione appare scontata nella misura in cui “la stessa riduzione giudiziale del corrispettivo in tanto può trovare giustificazione, in quanto si ammetta che il contenuto effettivo del contratto non sia l'attribuzione di un godimento, in cambio di un corrispettivo periodico, ma sia il trasferimento di una cosa per un prezzo complessivo” potendosi dire “dunque, che con la norma dell'ultimo comma dell'art. 1526, in effetti, non è stata operata l'estensione di una norma propria della compravendita ad un contratto di contenuto diverso, ma è stato riconosciuto che la locazione a scopo di vendita ha sostanziale contenuto di compravendita, e come tale va qualificata e regolata”.

¹⁶⁶ Sui profili generali del quale v., in particolare, D. POLETTI, *L'accesso graduale alla proprietà immobiliare (ovvero sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2015, p. 32 ss.; E. GUARDIGLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, *Corr. Giur.*, 2015, p. 798 ss.; V. CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili*, *Corr. Giur.*, 2015, p. 7 ss.; AA.VV. *Rent to buy e locazione di scopo*, *Giur. It.*, 2015, p. 491 ss.; TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziale*, (147), p. 824; L. IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. Prime considerazioni*, *Contratti*, 2015, p. 189 ss.; A. TESTA, “Sblocca Italia”: gli effetti sulla disciplina del rent to buy, *Imm. Prop.*, 2015, p. 34 ss.; E. FABIANI, *Rent to buy, inadempimento del conduttore e rilascio dell'immobile*, *Notariato*, 2015, p. 381 ss.; Studio CNN n. 102-2015/C “Rent to buy - tecniche redazionali”, (153); STUCCHI, *Contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. La nuova fattispecie e le tecniche contrattuali tradizionali*, (154); MALTONI, *La nuova disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, (156), p. 1067 ss.

Anche in tale contratto, infatti, è stata espressamente prevista la possibilità che, nel contesto di un'unitaria operazione contrattuale¹⁶⁷, il versamento dei canoni del godimento valga anche quale corrispettivo, in vista della futura, seppure eventuale¹⁶⁸, vendita.

La circostanza, tuttavia, che nella fattispecie in esame si sia di fronte ad un contratto tipico con causa complessa, già idonea, di per sé, a compendiare tanto l'interesse al godimento temporaneo quanto quello all'acquisto¹⁶⁹ (come d'altronde testimoniato dalla particolare rubrica dell'art. 23 in parola), impedisce di considerare operante un analogo meccanismo di riconfigurazione del titolo delle prestazioni pecuniarie¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Trattasi di affermazione indiscussa, su cui, per tutti, v. Studio CNN n. 102-2015/C “*Rent to buy - tecniche redazionali*”, (153), p. 5.

¹⁶⁸ Si ricorda che nella struttura di *default* del c.d. *rent to buy* legislativo il compratore ha la facoltà, e non l'obbligo, di procedere all'acquisto definitivo.

¹⁶⁹ Così POLETTI, *L'accesso graduale alla proprietà immobiliare (ovvero sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, (166), p. 41-43 la quale precisa espressamente che tra “*i due principali problemi che i contratti preordinati alla cessione di immobili con immediato conferimento del godimento avevano sollevato*” mediante la novella, il legislatore sia riuscito a risolvere anche quello relativo alla “*giustificazione causale del frazionamento del corrispettivo*”; Studio CNN n. 102-2015/C “*Rent to buy - tecniche redazionali*”, (153), p. 5, laddove si riconosce come “*causa propria del contratto in esame*” il consentire il “*godimento del bene dietro corrispettivo, il tutto finalizzato all'acquisto dello stesso da parte dell'utilizzatore con imputazione a prezzo di tutto o parte del canone*”; STUCCHI, *Contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. La nuova fattispecie e le tecniche contrattuali tradizionali*, (154) ad opinione del quale “*il Rent to buy è figura complessa sia sotto il profilo della natura tipologica, in quanto la fattispecie si compone di prestazioni specifiche in ciascuna delle due fasi, che, almeno stando alla lettera della disposizione, continuano a mantenere la propria specificità anche dopo il trasferimento del diritto di proprietà e il pagamento dell'intero corrispettivo dovuto, sia sotto il profilo strutturale e procedimentale, in quanto è proprio con l'articolazione in due distinti negozi giuridici che i contraenti riescono a realizzare i propri scopi*”; V. CUFFARO, *La locazione di scopo* in AA.VV. *Rent to buy e locazione di scopo*, Giur. It., 2015, p. 504 secondo cui “*nel nuovo ed autonomo schema contrattuale, il diritto di godimento che il conduttore consegue per effetto del contratto non è esclusivamente collegato sul piano sinallagmatico al pagamento del canone, bensì è funzionale al successivo trasferimento della proprietà dell'immobile*”; MALTONI, *La nuova disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, (156), p. 1069-1070 laddove si afferma che “*essenziale, per il funzionamento del “meccanismo” negoziale, è altresì la predeterminazione della parte di canone imputabile a corrispettivo (prezzo) in assenza della quale si deve pensare di essere fuori dalla fattispecie di cui all'art. 23 del D.L. 133/2014. A tal fine mi pare discutibile la possibilità per le parti di stabilire l'imputazione dell'intero canone a corrispettivo dell'acquisto: ne scaturirebbe un assetto di interessi diverso da quello immaginato e disciplina dal legislatore nell'art. 23 in esame, e quindi una diversa fattispecie. Infatti, la scelta di imputare a corrispettivo l'intero ammontare dei canoni tradisce la loro effettiva funzione economica: altro non sono che acconti-prezzo, poiché non è contemplata di fatto la remunerazione del godimento del bene di cui ha fruito il potenziale acquirente*”.

¹⁷⁰ In termini contrari parrebbe solo G. PETRELLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili (rent to buy)* visionabile in www.gaetanopetrelli.it, p. 7 il quale, nell'affrontare “*con riferimento alla parte dei canoni imputata a corrispettivo, come si giustifica dogmaticamente questa duplice e contraddittoria qualificazione*” posto che “*l'identificazione del “titolo” del pagamento in un senso o nell'altro ha evidenti riflessi di disciplina, sia sul piano civilistico che su quello tributario*” ritiene “*piuttosto utilmente impiegabile – come pure sostenuto da autorevole dottrina – il congegno della retroattività della condizione. Ipotizzando che nello schema contrattuale tipico la successiva imputazione al corrispettivo consegua all'avveramento di un evento condizionale futuro ed incerto (collegato*

Non a caso, infatti, la disposizione di legge richiede espressamente che il contratto indichi quale parte del canone sia da imputare a godimento e quale da acconto prezzo, prevedendo, *ab origine*, per ciascuna di esse, una distinta disciplina¹⁷¹, coerentemente con quell'unitaria causa che, per *ratio legis*, è idonea ad assommare l'interesse al godimento temporaneo con quello all'acquisto definitivo, e che è idonea a giustificare, nello stesso contesto, logico e temporale, una dazione a titolo di prezzo e una dazione a titolo di corrispettivo per il godimento temporaneo.

Tanto è vero questo che si è perfino dubitato¹⁷² della possibilità di eliminare tale ripartizione, e di prevedere che il canone, versato durante la fase del mero godimento, sia imputato, per intero, ad una funzione piuttosto che all'altra (ad acconto di prezzo ai fini dell'esercizio del diritto all'acquisto, ovvero a corrispettivo, ai fini del godimento temporaneo) essendo in una eventualità o nell'altra eccessivamente compressa, o meglio, del tutto obliata, quella concorrente causa di godimento, o di acquisto, che in modo tipico caratterizza l'istituto di nuova formulazione.

3.2.3. La rilevanza rispetto all'ipotizzata attività di qualificazione

Adottando la prospettiva fatta propria dall'interpretazione prevalente, è evidente che, ai fini della costruzione della figura del 'negozio di qualificazione', nessuna indicazione rilevante, potrebbe essere tratta dalla fattispecie considerata dall'art. 1526, ult. comma, c.c., posto che la stessa dovrebbe risolversi nell'istituto tipico della vendita con riserva della proprietà (nell'ambito della disciplina del

all'esercizio del diritto all'acquisto), la retroattività della condizione farebbe sì che il pagamento a suo tempo legittimamente trattato (anche ai fini fiscali) come canone del godimento sia riquilibrato retroattivamente come acconto sul corrispettivo. Con tutte le conseguenze del caso agli effetti della disciplina di tali pagamenti". L'aspetto che rende non rilevante l'osservazione in parola è, tuttavia, dato dal fatto che, secondo la predetta opinione, non sia la disciplina del *rent to buy* ad aver previsto il meccanismo di qualificazione, ma l'interprete a doverlo porre a base del predetto istituto (riproponendo, in sostanza, gli stessi problemi che si agitavano, nelle discussioni dottrinali, esistenti prima dell'avvento della novella legislativa).

¹⁷¹ Cfr., in particolare, il quadro di sintesi e le osservazioni offerte da GUARDIGLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, (166), p. 805 ss..

¹⁷² Vedi POLETTI, *L'accesso graduale alla proprietà immobiliare (ovvero sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, (166), p. 42; STUCCHI, *Contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. La nuova fattispecie e le tecniche contrattuali tradizionali*, (154); GUARDIGLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, (166), p. 809; MALTONI, *La nuova disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, (156), p. 1070.

quale, come ovvio, in nessun caso sarebbe possibile ravvisare un fenomeno di ‘riqualificazione’ analogo a quello qui indagato).

Tuttavia, l’obiettivo di queste pagine, come probabilmente già emerso, è quello di valutare quali spunti il dato normativo fornisca all’elaborazione della figura del ‘negozio di qualificazione’, al di là dell’adozione preferenziale di una specifica sua interpretazione.

Appare necessario, pertanto, dar conto del fatto che, in realtà, anche ponendosi dal punto di vista di quegli autori che riconducono la fattispecie della locazione-vendita ad una figura negoziale a sé stante, la costruzione del ‘negozio di qualificazione’ non ne trarrebbe giovamento alcuno.

Per tali autori, infatti, il fenomeno di rideterminazione del significato della prestazione pecuniaria inizialmente eseguita a titolo di canone, collegato alla previsione della clausola di trasferimento automatico, deriverebbe, pur sempre, da una particolare applicazione, estesa all’intero contenuto contrattuale, dell’istituto della novazione causale¹⁷³.

Il che, come intuibile, espone questa distinta opinione ai medesimi rilievi critici, già avanzati in sede di commento di quella dottrina che ha tentato di ricondurre alla novazione causale l’intento qui definibile di ‘qualificazione’¹⁷⁴.

Ad una più attenta analisi, tale precisazione, e più in generale, la posizione assunta dalle predette dottrine, sono pienamente sintomatiche del perché, in ogni caso, l’art. 1526, ult. comma, c.c. non possa essere fruttuosamente utilizzato ai fini della ricostruzione dei caratteri strutturali del ‘negozio di qualificazione’.

¹⁷³ Cfr. TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziale*, (147), p. 826 ove si parla di “*applicazione [de]ll’istituto novativo tale da riconoscere che la novazione oggettiva di un rapporto obbligatorio possa determinare, dal momento in cui l’effetto si produce, una riqualificazione dell’intero contratto, a quel punto da ricondurre ad un tipo diverso rispetto a quello che costituisce la fonte dell’obbligazione novata*”; LUZZATTO, *La compravendita*, (146), p. 546 nota 2 il quale nel chiedersi “*se ragioni di carattere tecnico ostino ad ammettere tale figura*” risponde che “*la legge prevede senza dubbio una trasformazione del contenuto del contratto per volontà delle parti, sotto il nome di novazione (sostituzione all’obbligazione con titolo diverso, art. 1230)*” essendo al più dubbio “*se questa trasformazione possa esser stabilita a priori, fin dalla conclusione del contratto e subordinata ad un fatto incerto e futuro (qui l’adempimento)*” e pur riconoscendo che “*la soluzione positiva potrebbe forse trovar fondamento nell’autonomia contrattuale (art. 1322), presupposta, s’intende, la mancanza di un contenuto illecito, ad es., perché usurario*”.

¹⁷⁴ Si rimanda, ancora, alle osservazioni svolte nel Cap. I par. 2.2. e Cap. II, par. 2. In questa sede, può essere utile solo segnalare quali risvolti critici, di più immediata evidenza, discenderebbero dall’applicazione, al caso di specie, dell’istituto della novazione: in primo luogo, se ne dovrebbe ammettere l’applicazione rispetto ai canoni, i quali, tuttavia, rappresentando delle obbligazioni già adempiute, e cioè estinte, non potrebbero, per definizione, essere oggetto di un fenomeno novativo; ancora, l’applicazione dell’istituto previsto dagli artt. 1230 ss. c.c., comportando il ricorso alla dinamica sostitutiva scandita dai successivi fenomeni di estinzione-costituzione, si inserirebbe in una logica puntuale, che è quella della estinzione della locazione e della successiva costituzione di una distinta vendita (eventualmente con regolamenti compensativi nei rapporti tra prestazioni restitutorie e di pagamento del prezzo) a fatica coincidente con quella corrispondente al tipo di interessi che le medesime opinioni qui criticate ritengono essere alla base della fattispecie della locazione-vendita.

In altri termini, quand'anche si volesse far rientrare nel suo perimetro dispositivo, in luogo di un mero meccanismo di riqualificazione *ex lege* della volontà contrattuale, una fattispecie a sé stante (quella sopra definita nei termini di locazione-vendita), in realtà, lo stesso non sarebbe in alcun modo dirimente, ai fini della rilevazione della presenza di un indice normativo del 'potere di qualificazione'.

La disposizione, infatti, nel prevedere un'autonoma fattispecie, e nel dettare per essa un'apposita disciplina (come già evidenziato, quella prevista dai primi due commi dell'art. 1526 c.c. in aggiunta allo statuto normativo della locazione), presupporrebbe, certamente, un fenomeno (si vorrebbe dire, un effetto) di riconfigurazione del titolo dei canoni pagati, ma non lo disciplinerebbe affatto.

Pertanto, essa lascerebbe del tutto aperto l'interrogativo su quale potrebbe essere il modo, per i privati, di realizzare tale riconfigurazione.

Ecco perché, appunto, le dottrine sopra citate, nel ritenere non percorribile, evidentemente, un (atipico) accordo di 'riqualificazione' delle prestazioni periodiche a titolo di canone, abbiano preferito fare ricorso al (tipico) istituto della novazione reale del titolo dell'obbligazione, estendendone l'applicazione al campo contrattuale.

Se così è, ribadito che il ricorso all'istituto della novazione non pare, a chi scrive, adeguato a spiegare il fenomeno sotteso all'ipotizzata figura della locazione-vendita, l'alternativa può essere formulata nei termini che seguono: o si arriva a reputare come legittima (sulla base, però, di altre disposizioni di legge) l'attività negoziale di riqualificazione di pregresse situazioni giuridiche, ed allora, se possibile¹⁷⁵, se ne estenderà l'applicazione anche alla figura qui esaminata, o si arriva a negare la legittimità di tale attività negoziale, e allora, in mancanza di altri strumenti idonei a consentire il medesimo risultato pratico e giuridico, si dovrà abbandonare tale lettura della disposizione, in favore di quella che, con maggior coerenza e compatibilità rispetto al sistema, ne ridefinisce il valore nei termini di una (più limitata) riqualificazione *ex lege* della natura dell'accordo negoziale.

3.3. Il patto sulla forma ai sensi dell'art. 1352 c.c.

3.3.1. L'interpretazione della disposizione

¹⁷⁵ La precisazione discende dall'ovvia considerazione della previa necessità di indagare con quali limiti sia possibile operare la 'riqualificazione', e, quindi, di valutare se la stessa sia effettivamente applicabile all'ipotesi della locazione-vendita.

La più importante disposizione che, ai fini del presente lavoro, viene all'attenzione dell'interprete, è, senza dubbio, quella contenuta nell'art. 1352 c.c., nella prescrizione codicistica dedicata alle c.d. forme volontarie¹⁷⁶, ossia quelle ipotesi di forma vincolata¹⁷⁷ la cui previsione trova fondamento in un atto di autonomia privata.

L'analisi del materiale positivo offerto da tale previsione di legge non rappresenta un mero tributo alle dottrine del procedimento che, per prime, si sono occupate del potere configurativo, e che, proprio in tale disposizione, ne hanno individuato la più limpida espressione¹⁷⁸.

Al contrario, tale disposizione (unitamente a quelle che al medesimo contenuto precettivo possono essere ricondotte, come l'art. 1326, comma 4, c.c.¹⁷⁹), come si è più volte ribadito nella parte iniziale del presente lavoro, fornisce un momento inequivocabile di emersione del potere dei privati di condizionare la rilevanza giuridica delle proprie condotte.

L'approfondimento in merito all'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale del contenuto della disposizione, e dei suoi possibili riflessi sulla materia qui indagata, si pone, di conseguenza, come passaggio argomentativo necessitato.

È importante ricordare, allora, che, il legislatore del 1942, con l'introduzione della norma in questione, ha inteso porre fine ad una disputa dottrinale¹⁸⁰ relativa

¹⁷⁶ Per tutti v. R. SACCO, *Il contratto* in F. VASSALLI (cur.), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1975, p. 431.

¹⁷⁷ Il termine è utilizzato per esaltare la contrapposizione tra il c.d. principio di libertà delle forme, in forza del quale alle parti di un negozio è riconosciuta la più ampia libertà nella scelta dei mezzi di espressione della propria volontà, e le regole che tale principio, e tale libertà, intendono comprimere; norme normalmente di fonte legale, ma che la legge, nella disposizione in esame, ricollega eccezionalmente anche alla stessa intesa dei privati. Cfr. F. CARRESI, *Il contratto* in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXI t.1, Giuffrè, Milano, 1987, p. 366; M. GIORGIANNI, *Voce* 'Forma degli atti', *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 990. È noto, invero, il dibattito relativo all'effettiva vigenza, nel nostro ordinamento, del principio di libertà delle forme, la cui contestazione più forte si deve a N. IRTI, *Idola libertatis: tre esercizi sul formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1985 successivamente, con ulteriori riflessioni, anche in N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, Padova, 1997.

¹⁷⁸ Cfr. Cap. I, par. I.

¹⁷⁹ Sulla sostanziale omogeneità di contenuto tra patto sulla forma del contratto, ai sensi dell'art. 1352 c.c., e vincolo unilaterale sulla forma dell'accettazione, ai sensi dell'art. 1326, comma 4, c.c. v. per tutti E. PALMERINI, *Art. 1352 c.c.* in E. NAVARRETTA-A. ORESTANO, *Dei contratti in generale (Artt. 1350-1386)*, Utet, Torino, 2011, p. 202. Più in generale, possono considerarsi manifestazioni di autonomia omogenee al patto sulla forma tutte quelle manifestazioni di autonomia considerate dalla dottrina civilistica, ed, in particolare, da quella del procedimento, come aventi efficacia regolamentare, nei termini che nel prosieguo saranno chiarito, in funzione della futura conclusione di uno o più rapporti contrattuali (come gli artt. 1329, 1331, 1341, 1352, 1520 c.c.). Per ragioni di economia, in questa sede si analizzerà esclusivamente l'art. 1352 c.c., quale norma che, più di altre, anche per ragioni di tradizione, incarna il modello del potere configurativo dei privati.

¹⁸⁰ In particolare, come riporta G. GENNARI, *Brevi note sugli effetti della forma convenzionale*, *Corr. Giur.*, 1997, p. 446, se non si dubitava che le parti avessero facoltà di prevedere delle forme per la conclusione di futuri negozi, non altrettanto certo era se le parti avessero voluto adottare la

all'ammissibilità, e alla rilevanza, dei requisiti formali prescritti, in via convenzionale, dai privati; disputata alimentata dal silenzio serbato, in materia, dal Codice civile del 1865 e frutto dell'altrettanto lacunosa impostazione, seguita dal *Code Napoléon*¹⁸¹.

A tal fine, quindi, si è prevista la presunzione¹⁸² secondo la quale, qualora le parti abbiano convenuto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, tale forma debba intendersi prevista “*per la validità di questo*”.

Tuttavia, assorbito dall'obiettivo di prendere posizione in ordine al predetto dibattito, l'intervento legislativo si è rivelato, a detta dei commentatori¹⁸³, eccessivamente superficiale nella redazione della norma, al punto che la sua previsione, nel mettere fine ad una controversia interpretativa (quella relativa alla rilevanza – sostanziale ovvero a fini esclusivamente probatori – delle forme volontarie), ne ha generate diverse altre, tra le quali si segnalano, in particolare, quelle aventi ad oggetto la natura della forma volontaria e, correlativamente, il trattamento del negozio concluso in violazione del patto, nonché la legittimità, e la forma, di una revoca consensuale del patto.

data forma, quale elemento strutturale, o per imporre uno documento scritto, con finalità probatorie.

¹⁸¹ La lettura della *Relazione al Codice Civile* (n. 617) conferma il disegno del legislatore, e rivela l'intento di dettare, sul punto, una normativa conforme alle soluzioni adottate nel diritto romano, così come tramandateci dalla compilazione giustiniana. In realtà, gli studi romanistici (v. F GALLO, *Riflessioni sulla funzione della scriptura in C. 4, 21, 17* in AA.VV., *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Giuffrè, Milano, 1965, p. 413; V. VERDICCHIO, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, ESI, Napoli, 2002, p. 16 ss.) hanno escluso che i frammenti richiamati dalla Relazione riguardassero, e disciplinassero, il formalismo convenzionale, precisando, peraltro, che, in ogni caso, l'interpretazione del testo giustiniano, da parte della dottrina di diritto comune, fosse in un senso diametralmente opposto a quello accolto dalla codificazione del 1942; in ultima analisi, si può dire che la scelta del legislatore italiano sia stata, piuttosto, quella di adottare la soluzione interpretativa dei frammenti del *Corpus*, offerta dalla Pandettistica di fine ottocento (cfr. le osservazioni di F. ADDIS, *Il paradosso delle forme convenzionali*, *Obbl. Contr.*, 2007, p. 296 ss.).

¹⁸² Invero, il riferimento alla presunzione è parso, ad una certa dottrina (cfr., tra i vari, G. ALPA-U. BRECCIA-A. LISERRE, *Il contratto in generale* in M. BESSONE (cur.), *Trattato di diritto privato*, XIII, 3, Giappichelli, Torino, 1999, p. 473; R. FAVALE, *Forme extralegali e autonomia negoziale*, ESI, Napoli, 1994, p. 165; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale (Artt. 1321-1469)* in AA.VV., *Commentario del codice civile*, Utet, Torino, 1980, p. 215) del tutto inconferente: tecnicamente, la presunzione è un mezzo di prova atto a consentire l'accertamento di un fatto ignoto, risalendo da uno noto; nella previsione dell'art. 1352 c.c., invece, la presunzione opererebbe sul significato giuridico del patto, e, quindi, più correttamente, dovrebbe essere qualificata come una regola di interpretazione oggettiva. Al contrario la pressoché unanime giurisprudenza (v. Cass. 5024/2004; C. 4347/1998; C. 10121/1994), ed alcuni autori (cfr. F. DI GIOVANNI, *La forma* in E. GABRIELLI-P. RESCIGNO (curr.), *Trattato dei contratti, I. I contratti in generale*, Utet, Torino, 2006, p. 925; SACCO, *Il contratto*, (176), p. 433-434), convengono con l'incidenza (anche) probatoria della regola in esame: nel dettare la presunzione interpretativa, la disposizione inciderebbe, infatti, anche sulla ripartizione dell'onere probatorio, consentendo al giudice di ritenere dimostrata la scelta della forma *ad substantiam* senza possibilità di ricorrere a mezzi di prova alternativi al documento.

¹⁸³ Secondo SACCO, *Il contratto*, (176), p. 432 “*la legge lascia aperti numerosi quesiti*”.

Indubbiamente, le prime due questioni sono quelle che maggiormente hanno interessato gli interpreti, in sede di commento della norma.

Secondo un primo orientamento¹⁸⁴, probabilmente minoritario¹⁸⁵, quanto meno in giurisprudenza, la disposizione in esame, nel riferirsi alla forma *ad substantiam*, intenderebbe collegare alla volontà dei privati la determinazione dei requisiti di rilevanza giuridica, e, quindi, di esistenza del negozio.

Quest'opinione, sviluppata, come anticipato, in seno agli studi sui procedimenti di formazione del contratto, e sugli spazi concessi, in tale ambito, all'autonomia privata¹⁸⁶ ricostruisce il patto sulla forma alla stregua di un negozio configurativo ovvero regolamentare¹⁸⁷, tramite cui sono predeterminate convenzionalmente le modalità di manifestazione della volontà contrattuale, e, quindi, in altri termini, gli indici al ricorrere dei quali può essere ravvisata, nelle dichiarazioni delle parti, l'intenzione di assumere un vincolo giuridicamente rilevante.

Secondo questa prospettiva, in presenza di una manifestazione di volontà negoziale veicolata da una forma differente da quella pattuita, non potrebbe che sancirsi l'inesistenza dell'atto, ovvero sia la sua irrilevanza per l'ordinamento, per mancata corrispondenza a quei criteri di giuridicità del potere di autonomia, che le parti si erano imposte.

¹⁸⁴ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto* in G. IUDICA-P. ZATTI (cur.), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 237; DI GIOVANNI, *La forma*, (182), p. 925; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 425; FAVALE, *Forme extralegali e autonomia negoziale*, (182), p. 254; G. MINNITI, *Il formalismo negoziale tra procedimento e fattispecie*, *Quadrimestre*, 1993, p. 469; G. PALERMO, *Il contratto preliminare*, Cedam, Padova, 1991, p. 119; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 77; Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 80 ss.; G. TEDESCHI, *Forme volontarie nei contratti* in AA.VV., *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Principato, Messina, 1931, p. 210 ss.. Parrebbe anche PALMERINI, *Art. 1352 c.c.*, (179), p. 189 ss..

¹⁸⁵ L'affermazione della natura configurativa ovvero normativa del patto sulla forma, ha trovato certamente consenso in dottrina, ed è spesso adottata quale formula tralatizia; tuttavia, raramente da questa qualificazione ne sono tratte le dovute conseguenze (come osserva A. RENDA, *Forme convenzionali (art. 1352 c.c.)* in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 109 nota 113), restando l'invalidità la sanzione che, in via maggioritaria, si ritiene di dover comminare al contratto posto in violazione di un accordo ai sensi dell'art. 1352 c.c. (come sarà meglio chiarito *infra* nel testo).

¹⁸⁶ Per tutti v. le fondamentali pagine di ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento nel diritto privato*, (184) e BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, (184).

¹⁸⁷ Per l'utilizzo di questo termine, che trova meno favore nelle produzioni dottrinali, rispetto al patto ex art. 1352 c.c. v. FAVALE, *Forme extralegali e autonomia negoziale*, (182), p. 254.. Più diffuso, ma riconducibile al medesimo concetto, è l'utilizzo della categoria del contratto normativo, su cui v. ROPPO, *Il contratto*, (184), p. 237; TEDESCHI, *Forme volontarie nei contratti*, (184), p. 210 ss.. Parla, invece, di un patto con "forza privativa o negativa (...) di togliere rilevanza giuridica ad un atto che per legge lo possiede", probabilmente avvicinabile ad un contratto regolamentare (con efficacia negativa) R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale (Artt. 1321-1352 c.c.)* in A. SCIALOJA-V. BRANCA (curr.), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1970, p. 449.

Parimenti minoritario, è l'orientamento¹⁸⁸ che ha individuato nella condizione, ossia nel requisito volontario di efficacia del negozio, il modello entro cui ricondurre l'imposizione di una forma convenzionale¹⁸⁹.

In sostanza, alla stregua di un elemento accidentale, la forma ex art. 1352 c.c. condizionerebbe esclusivamente il profilo dell'efficacia, ossia l'unico profilo che ai privati sarebbe consentito modulare, in ragione dei propri interessi.

Maggiormente diffusa è, invece, l'opinione¹⁹⁰ secondo cui l'art. 1352 c.c. conceda alle parti la facoltà di introdurre, nella fattispecie contrattuale, un requisito ulteriore, direttamente rilevante sul piano della validità.

È, controverso, tuttavia, quale tipo di invalidità consegua al contratto che venga posto in essere, privo di quell'ulteriore requisito formale.

Una prima ricostruzione¹⁹¹, di limitato seguito¹⁹², opta per il trattamento giuridico dell'annullabilità.

A favore, si argomenta, con valore assorbente, dalla natura del tutto particolare e relativa degli interessi in gioco, ossia quelli dei soggetti aderenti al patto, segnalando, in aggiunta, l'indubbia compatibilità della soluzione con la terminologia adottata dal codice.

Tuttavia, tale ricostruzione non convince chi¹⁹³, sottolineando la natura testuale della sanzione dell'annullabilità (in contrapposizione al carattere virtuale della

¹⁸⁸ Trattasi di BIANCA, *Diritto civile 3. Il contratto*, (39), p. 299.

¹⁸⁹ Sulla scia di questo orientamento, vi è chi (A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Cedam, Padova, 1949, p. 194 ss.) parla di inefficacia nei termini di "mancata produzione degli effetti giuridici voluti, in seguito alla mancata formazione di quella fattispecie che unicamente poteva produrli", precorrendo, piuttosto, la prospettiva dell'irrelevanza ovvero dell'inesistenza.

¹⁹⁰ Per una formulazione generale v. CARRESI, *Il contratto*, (177), p. 58; SACCO, *Il contratto*, (176), p. 581.

¹⁹¹ Vedi G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte intorno ai patti sulla forma di futuri contratti*, *Riv. Dir. Civ.*, 2004, II, p. 258; O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, *Riv. Dir. Comm.*, 1976, I, p. 208-209; per talune ipotesi anche P. TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, *Temi*, 1955, p. 212 ss.

¹⁹² Invero, di fatto, alla stessa sembra potersi assimilare quell'opinione (BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, (184), p. 348; GIORGIANNI, *Voce 'Forma degli atti'*, (177), p. 1002 ss.; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, ESI, Napoli, 1990, p. 139 ss.) che sottopone il contratto mancante del requisito della forma contrattuale ad una invalidità *sui generis*, caratterizzata dall'inapplicabilità di tutte quelle norme, dello statuto della nullità, che trovano fondamento sulle ragioni di ordine pubblico, e, quindi, parametrata sulla natura disponibile e particolare degli interessi coinvolti (una invalidità, in ultima analisi, non dissimile, quanto a disciplina, dal regime dell'annullabilità). Ovviamente, tale impostazione si scontra con il forte limite, dato dall'impossibilità per i privati di costruire figure atipiche di invalidità, ovvero di derogare al regime della nullità, soprattutto al fine di tutelare interessi già adeguatamente regolati mediante fattispecie tipiche (cfr. i rilievi di CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte intorno ai patti sulla forma di futuri contratti*, (191), p. 249).

¹⁹³ Vedi V. PARENTI, *Sulla riduttiva considerazione della forma convenzionale ex art. 1352 c.c.*, *Giust. Civ.*, 1999, II, p. 181; FAVALE, *Forme extralegali e autonomia negoziale*, (182), p. 283.

nullità), esclude, a livello sistematico, che la stessa possa essere causata da un vizio di struttura.

Largo consenso ha, invece, la tesi¹⁹⁴ che, conformemente al tenore letterale della disposizione codicistica, considera affetto da nullità il contratto che disattenda quanto stabilito mediante il patto sulla forma.

Tale soluzione si giustifica, anzitutto, sulla base del parallelismo che in questo modo si verrebbe instaurare tra le forme legali e le forme convenzionali¹⁹⁵.

Inoltre, essa si presenta coerente, sul piano sistematico, con il principio codicistico, sancito dal combinato disposto degli artt. 1325 e 1418, comma 2, c.c., che sanziona con la nullità la mancanza, nel negozio, di un elemento di struttura (c.d. nullità strutturale).

A chi obietta, poi, che la definizione degli elementi della fattispecie, e delle cause di nullità, dovrebbe considerarsi prerogativa sottratta al potere dispositivo delle parti, la tesi in esame non manca di rilevare che, quandanche tale prerogativa non fosse contestabile, essa sarebbe certamente delegabile, e nel senso di una delega ai privati dovrebbe, appunto, leggersi la disposizione contenuta nell'art. 1352 c.c..

Non tutte le criticità, tuttavia, sembrano essere così agevolmente superate.

In primo luogo, a livello testuale, si pone in evidenza il diverso peso che nelle formule legislative, rivestono le forme legali, da un lato, e le forme convenzionali, dall'altro¹⁹⁶.

Così, mentre l'art. 1325 c.c., nel collegarsi alla norma sulla nullità strutturale, prevede come requisito del contratto solo la forma “*quando risulta prescritta dalla legge sotto pena di nullità*”, l'art. 1352 c.c., nel qualificare come condizione di validità la forma convenzionale, utilizza un riferimento generico – la validità, appunto – che in altri contesti (ad esempio gli artt. 1361, 1398 e 2113 c.c.) assume

¹⁹⁴ Cfr. RENDA, *Forme convenzionali (art. 1352 c.c.)*, (185), p. 118 ss. e 286 ss.; PARENTI, *Sulla riduttiva considerazione della forma convenzionale ex art. 1352 c.c.*, (193), p. 179 ss.; F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 308 ss.; GENNARI, *Brevi note sugli effetti della forma convenzionale*, (180), p. 451 ss.; D. MAFFEIS, *Autonomia privata, formalismo volontario e nullità del contratto*, *Contr.*, 1996, 418 ss.; N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, *Contr. Impresa*, 1987, p. 549; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, (70), p. 460; F. MESSINEO, *Dottrine generali del contratto*, Giuffrè, Milano, 1948, p. 154.

¹⁹⁵ Parallelismo che si ritiene di poter ulteriormente confermare sulla base dell'art. 2275, che, nel primo comma richiama l'ipotesi in cui “*secondo la legge o la volontà delle parti un contratto deve essere provato per iscritto*”, estendendo la medesima regola, nel secondo comma, ai “*casi in cui la forma scritta è richiesta sotto pena di nullità*”. Sul punto vedi PARENTI, *Sulla riduttiva considerazione della forma convenzionale ex art. 1352 c.c.*, (193), p. 180.

¹⁹⁶ Cfr. CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte intorno ai patti sulla forma di futuri contratti*, (191), p. 244.

un significato non coincidente con quello che il termine sembrerebbe, nell'immediato, evocare¹⁹⁷.

Secondariamente, si mina alla radice il supposto parallelismo tra le forme vincolate, osservando l'innegabile diversità di funzione cui le stesse sono preordinate¹⁹⁸: laddove le forme legali guardano alla tutela di interesse generali, ponendosi come limite all'autonomia negoziale (con tutto quello che questo comporta, sul piano degli effetti nei confronti dei terzi), le forme convenzionali, rappresentano, al contrario, espressione dei poteri di autoregolamento, e mirano alla realizzazione di interessi che, pur se meritevoli, restano del tutto confinati alla sfera giuridica dei paciscenti.

Nonostante i rilievi testé esposti, la tesi della nullità resta, allo stato attuale, la più diffusa, ma, soprattutto, quella che ha fatto maggior breccia nell'interpretazione della giurisprudenza di legittimità¹⁹⁹.

Così, nel quadro complessivo, che anche tale giurisprudenza concorre a delineare, l'art. 1352 c.c. diviene presidio di un allargamento dell'ambito di incidenza delle regole di autonomia, all'interno di una materia tendenzialmente riservata alla discrezionalità del legislatore, e sottratta all'intervento dei privati; allargamento suscettibile, peraltro, di incidere con la medesima forza riconosciuta alle equivalenti prescrizioni legali, in ragione della peculiare funzione che è chiamato a svolgere.

Questa funzione, più precisamente, trae origine dalle esigenze di aggravamento degli oneri procedurali e di precostituzione di fonti documentali di prova, tipicamente connaturate alla materia contrattuale, e che hanno come finalità quella di prevenire le situazioni di potenziale conflitto, e il conseguente incremento dei costi delle transazioni²⁰⁰.

¹⁹⁷ L'esempio più noto è dato dal caso del contratto stipulato dal *falsus procurator*, il quale, considerato inficiato sul piano della validità, dalla lettera dell'art. 1398 c.c., viene pacificamente qualificato, per ragioni sistematiche, come meramente inefficace.

¹⁹⁸ Vedi CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte intorno ai patti sulla forma di futuri contratti*, (191), p. 256-257; GIORGIANNI, *Voce* 'Forma degli atti', (177), p. 993 il quale precisa che "la cosiddetta forma ad substantiam – per la sua stessa natura eccezionale – deve essere ristretta ai casi espressamente indicati dal legislatore".

¹⁹⁹ Vedi le sentenze riportate da F. ADDIS, *Art. 1352 c.c.* in G. BONILINI-M. CONFORTINI-M. GRANELLI (curr.), *Codice civile commentato*, Utet, Torino, 2012, p. 3074.

²⁰⁰ Cfr. per tutti SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale (Artt. 1321.1352 c.c.)*, (187), p. 449. In questa prospettiva, lo scopo perseguito con il patto sulla forma mostra una certa affinità con la funzione assegnata al c.d. neoformalismo di stampo comunitario (su cui, per un collegamento con la materia *de qua*, v. RENDA, *Forme convenzionali (art. 1352 c.c.)*, (185), p. 35 ss.) e rivela anche una corrispondenza con gli obiettivi di politica del diritto perseguiti dalla costituzione giustiniana che, superando il sistema tradizionale romano, e la relativa concezione del documento come mezzo di prova del tutto equipollente a quelli concorrenti, aveva introdotto, in materia contrattuale, il requisito della forma *ad substantiam*, anche per volontà delle parti, e la conseguente valorizzazione dello scritto come mezzo di prova privilegiato (su questi profili v. RENDA, *Forme convenzionali (art. 1352 c.c.)*, (185), p. 49 ss.).

3.3.2. La rilevanza rispetto all'ipotizzata attività di qualificazione

Il quadro così delineato è decisivo nel rappresentare le diverse ragioni che limitano il ricorso anche a tale disposizione quale norma fondativa per la costruzione del 'negozio di qualificazione'²⁰¹.

Quantunque vi si riconosca, in termini generici, un rilievo 'configurativo', infatti, il patto sulla forma, ai sensi dell'art. 1352 c.c., trova collocazione su un piano completamente differente da quello interessato dall'attività di 'qualificazione' dei privati, qui indagata.

Si può qui prescindere dal problema concernente la definizione in termini di dispositività del regime di efficacia del patto sulla forma²⁰² (invero, il problema della natura dispositiva o meno della stessa efficacia 'configurativa' dovrà essere oggetto di apposita analisi, in sede di ricostruzione del plausibile regime degli effetti conseguenti all'attività di 'qualificazione').

Infatti, la distanza tra le due ipotesi risiede, piuttosto, nel punto di incidenza del precetto negoziale: laddove, il patto sulla forma partecipa della regolamentazione del medesimo conflitto di interesse oggetto del contratto di cui è imposta la forma volontaria²⁰³, il 'negozio di qualificazione' intende, come più volte detto, spostare la rilevanza di determinate situazioni giuridiche soggettive, da un certo piano di interessi ad un altro, al fine di assoggettarle ad una differente disciplina.

Con ciò si intende dire, sostanzialmente, che in nessun modo, il patto sulla forma possa prefigurare uno strumento di autonomia che consente alle parti di rideterminare il centro causale di contestuali condotte giuridicamente rilevanti, in quanto fatte già oggetto di considerazione da parte dell'ordinamento, per la produzione di determinati effetti giuridici.

²⁰¹ Nonché alle altre disposizioni ad essa omogenea, su cui v. nota 179.

²⁰² Opta decisamente in questo senso PALMERINI, *Art. 1352 c.c.*, (179), p. 189.

²⁰³ Annotano A. LISERRE-A. JARACH, *Formalismo volontario* in M. BESSONE (cur.), *Trattato di diritto privato*, XIII.III, Giappichelli, Torino, 1999, p. 468 che "il legislatore del 1942 ha fatto seguire immediatamente all'art. 1352 c.c., pur se sotto un diverso Capo, la previsione dei contratti condizionabili (art. 1353). Questa vicinanza aiuta a specificare il significato dell'ammissibilità dei patti in esame evidenziando il sicuro riconoscimento, da parte dell'ordinamento, del potere dell'autonomia privata di arricchire di nuovi elementi, ritenuti non necessari dal sistema positivo, le fattispecie legali in modo da renderle più confacenti ai privati interessi delle parti". Per FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, (2), p. 390 il patto sulla forma, in quanto patto procedimentale, è diretto a soddisfare "interessi strumentali" rispetto a quelli il cui soddisfacimento rappresenta "oggetto di conseguimento (id est: interessi finali) da parte dei contraenti".

Ciononostante, che la norma in esame possa fornire qualche elemento utile per l'indagine qui svolta, ad una attenta analisi, non è certamente revocabile in dubbio.

Può osservarsi, infatti, che tale disposizione, sebbene, come detto, non possa svolgere il ruolo di espresso riconoscimento normativo dell'accordo configurativo, nel senso più volte ricordato, contempla un tipo di efficacia che può senz'altro venire in rilievo anche ai fini di una costruzione coerente dell'effetto di 'qualificazione'.

Qualunque sia il modo di intendere il vincolo che detto patto è in grado di generare, sul piano della forma dell'atto negoziale su cui è destinato ad operare, non pare contestabile che lo stesso si manifesti, in ogni caso, come definizione di una specifica disciplina²⁰⁴, e mai come una efficacia costitutiva, estintiva o modificativa²⁰⁵ di situazioni giuridiche soggettive.

Che tramite lo stesso si imponga la nullità, l'annullabilità, l'inefficacia, ovvero finanche l'irrelevanza, del negozio concluso senza l'osservanza della forma pattuita, è conclusione non priva di fondamento quella secondo cui tale imposizione, si risolva, in tutti i casi, nella determinazione di una disciplina normativa (anche nel caso della irrilevanza, cui si può dire corrisponda,

²⁰⁴ Coglie questa aspetto anche RENDA, *Forme convenzionali (art. 1352 c.c.)*, (185), p. 113, nota 123, il quale, però, ambiguamente, da un lato, nega che l'effetto conseguente al patto sulla forma possa considerarsi dispositivo, nel senso di determinativo degli effetti giuridici delle proprie condotte, dall'altro, per riaffermare la negozialità del patto sulla forma, precisa che *"la circostanza che le forme volontarie rientrano nel fenomeno dell'autonomia privata, e negoziale in specie, non esclude che esse siano forme legali liberamente scelte, ed in particolare elette attraverso un patto che onera a conformare ad esse un futuro contratto. La negozialità del patto si manifesta nell'essere esso espressione di un potere di scelta che produce un vincolo inter partes, cioè impegna le parti, se e fintantoché esse non lo sciolgono o non lo modificano. Tale impegno consiste nella soggezione delle parti del futuro contratto alla valutazione di (in)validità dello stesso, che l'ordinamento pone in essere alla stregua della (scilicet propria) disciplina sulla mancanza di forma"*. Tali affermazioni, nonché, quella secondo cui *"poiché il patto verte sulla forma di un futuro contratto, l'effetto suo proprio consiste nell'effetto discendente dalla mancata assunzione da parte del futuro contratto della forma divisata"* di guisa che *"tale effetto dipende bensì dalla funzione della forma scelta dalle parti (...) ma non è prodotto dalla volontà delle parti"* lasciano perplessi se si considera che, qualunque sia il modo di ricostruire il rapporto tra autonomia privata e regole dell'ordinamento (su cui v. *supra* nel testo) pare proprio che, anche per questa tesi, stante il rapporto di variazione concomitante dell'effetto alla volontà, dalla stessa non certo negato ed, anzi, implicitamente ribadito, il patto sulla forma si risolva nel disporre della disciplina del contratto. Questo perché l'effetto discendente dalla mancata assunzione della forma scelta, alla pari di ogni altro effetto – leggasi, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di rapporti – che l'ordinamento fa discendere dalla volontà delle parti, trova il proprio antecedente nel contenuto del negozio dalle stesse posto in essere (precisano, d'altronde, F. ALCARO-L. BANDINELLI-M. PALAZZO, *Effetti del contratto* in P. PERLINGIERI (cur.), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, ESI, Napoli, 2011, p. 3 *"se il contenuto indica sinteticamente ciò che le parti determinano in ordine ad certo assetto di interessi, quindi ciò che dichiarano e stabiliscono, gli effetti rappresentano le modifiche e le vicende di diritti e obblighi che conseguono in ordine a quell'assetto, per cui l'efficacia "rappresenta fundamentalmente l'attuazione di ciò che le parti hanno voluto, ossia di ciò che esse hanno disposto mediante il loro atto di autonomia negoziale"*).

²⁰⁵ Nel senso chiarito nel Cap. II, par. 4.

ragionevolmente, il modo più estremo di dettarla, ossia quello di escludere l'atto da qualsiasi disciplina rilevante per l'ordinamento²⁰⁶).

È pur vero che tale effetto sarebbe pur sempre previsto, appositamente, da una disposizione di legge, potendosi obiettare, di conseguenza, che lo stesso debba, allora, restare rigorosamente confinato nei limiti in cui è stato disegnato e consentito dal legislatore²⁰⁷.

A riguardo, tuttavia, è stato acutamente osservato²⁰⁸ che, in linea di principio, non esistono impedimenti di natura tecnico-procedimentale che si oppongano a che un effetto, ricondotto ad un certo fatto dalla legge, possa essere ugualmente determinato dalle parti, in assenza di divieti espressi, per il tramite della loro autonomia negoziale²⁰⁹, nel rispetto, come è ovvio, dei limiti alla stessa posti, in via generale, dall'ordinamento.

Su questo specifico punto si dovrà certamente tornare con maggiore approfondimento, nel prosieguo del lavoro. Però, quello che può sin d'ora evidenziarsi, all'esito dell'analisi della fattispecie contenuta all'art. 1352 c.c., e che costituisce il primo risultato rilevante, per l'indagine svolta, è che l'ordinamento, anche nella materia regolata dal Libro IV del Codice civile²¹⁰, riconosce quale possibile effetto di un atto di autonomia la mera determinazione di una disciplina, anche in assenza, quindi, della produzione degli altri effetti

²⁰⁶ Interessanti, in questi termini, le più recenti osservazioni in tema di rilevanza dei *Gentlemen's agreement* e, più in generale, del c.d. intento giuridico negativo svolte in U. PERFETTI, *Il contratto in generale. La conclusione del contratto* in A. CICU-F. MESSINEO (cur.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 106 ss. laddove, seppure con alcuni distinguo, si ammette la legittimità di un "intento delle parti di non costituire affatto un rapporto giuridico dando vita a un fenomeno che, senza alcun limite, sfugge alla dimensione del giuridicamente rilevante" pur con l'individuazione di un "limite nella valutazione dissenziente dell'ordinamento, quale conseguenza, non tanto, o non solo, dell'esito negativo dell'esame, di coerenza delle sue modalità espressive in termini di non contraddizione, o dell'esame di sufficienza in termini di sua adeguata estrinsecazione, quanto dell'eventualità di doverlo attrarre nella dimensione della giuridicità per evitare, attraverso la sanzione giuridica negativa, che il comportamento possa produrre effetti, seppur nella dimensione sociali in cui le parti hanno inteso confinarne la rilevanza, quando ciò non possa essere approvato dall'ordinamento".

²⁰⁷ Assume questa posizione, ad esempio, L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1966, p. 282, il quale, nel contesto di una più generale negazione dell'efficacia regolamentare-normativa del negozio giuridico (su cui v. *infra* nel testo) osserva che i patti sulla futura forma, ai sensi dell'art. 1352 c.c. sono, sì, negozi normativi "regolandosi il requisito formale, essenziale di altri negozi. Essi, però, si possono ammettere in quanto la legge con disposizione eccezionale li ammette".

²⁰⁸ Cfr. S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Giuffrè, Milano, p. 274 ss..

²⁰⁹ Coerentemente a quel principio sancito dall'art. 1327 c.c. secondo cui "il contratto ha forza di legge tra le parti".

²¹⁰ Invero, all'interno di altri settori del diritto civile non mancano esempi di negozi aventi simile contenuto (si pensi, su tutti, alle convenzioni matrimoniali, per la definizione del cui contenuto in termini essenzialmente regolamentari si veda E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali (artt. 159-166-bis)* in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 81 ss. e soprattutto p. 88). Stante la peculiarità degli interessi sottesi, in questi diversi ambiti, non pare possibile, tuttavia, ricavare da tali fattispecie elementi determinanti per ammettere una generalizzazione, del relativo effetto, nella materia *de qua*.

tipicamente collegati al regolamento contrattuale, ai sensi dell'art. 1321 c.c..

3.4. Il regolamento convenzionale di compensazione

3.4.1. L'interpretazione della disposizione

Conferma della correttezza dello spunto fornito dall'art. 1352 c.c. può ricavarsi, d'altronde, da un'altra disposizione ugualmente richiamata, seppure in modo molto più marginale²¹¹, dagli studi sul negozio configurativo: l'art. 1252, in materia di regolamento convenzionale di compensazione²¹².

Come noto, l'articolo in esame, rubricato “*compensazione volontaria*”²¹³, disciplina le due ipotesi operative tramite cui, per accordo negoziale, è possibile dare vita agli effetti estintivi propri della fattispecie della compensazione, pur nella circostanza in cui non ricorrano tutti i suoi presupposti di legge²¹⁴.

Anzitutto, ai sensi del primo comma, le parti che sono attualmente titolari di crediti reciproci²¹⁵ ma non liquidi od esigibili, possono convenire di procedere ugualmente alla loro estinzione tramite compensazione, accordandosi, in altri termini, per rimuovere gli ostacoli che, di questa, impediscono l'applicazione (c.d. *compensatio in preteritum*).

Ulteriormente, ai sensi del secondo comma, le parti possono prevedere anticipatamente che tutti o taluni dei crediti reciproci destinati a venire in essere

²¹¹ Vi fa riferimento, infatti, solo FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, (2), p. 373 ss..

²¹² Su tale definizione dottrinale v. per tutti P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni (art. 1230-1259)* in A. SCIALOJA-G. BRANCA (curr.), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, p. 388.

²¹³ Nonostante la rubrica segnali quale carattere peculiare della figura in parola il suo essere riconducibile alla volontà delle parti, in luogo di quella della legge o del giudice, le dottrine più moderne (cfr. A. RENDA, *La compensazione volontaria e impropria* in M. PALADINI (cur.), *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*, Utet, Torino, 2010, p. 257-258; M.C. DALBOSCO, *La compensazione convenzionale*, *Riv. Dir. civ.*, 1996, I, p. 179-180) hanno ormai riconosciuto che, stante la riconducibilità di qualsiasi meccanismo compensativo alla volontà privata, che vi dà impulso, eventualmente in via di eccezione (come era già evidente sin dal primo momento in cui l'istituto della compensazione, nella fisionomia ad oggi tramandata, è stato introdotto dalla riforma Giustiniana del 531 d.c. su cui v. G. ASTUTI, *Voce 'Compensazione (storia)'*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 1 ss.), la distinzione tra le figure della compensazione debba essere rivisitata per sostituire alla triade tradizionale (compensazione legale, giudiziale, volontaria) la coppia “*compensazione per atto unilaterale*” (cui ricondurre le ipotesi della legale e della giudiziale) e “*compensazione contrattuale*” (cui ricondurre le ipotesi previste dall'art. 1252 c.c.).

²¹⁴ Cfr. R. PELEGGI, *La compensazione: profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Jovene, Napoli, 2009, p. 129.

²¹⁵ Non si vuole in questa sede prendere posizione in ordine al dibattito circa la derogabilità del requisito della reciprocità dei crediti, per il cui esame si rimanda alle trattazioni fin qui già citate. Per comodità d'esposizione, e coerentemente con i fini di indagine qui perseguiti, può, senza problemi, presupporre la sua conservazione.

tra loro si estinguano automaticamente per compensazione, al momento del loro sorgere, pur in mancanza dei requisiti oggettivi che ne consentono l'operatività (c.d. *pactum de compensando*).

La prima delle due figure di compensazione convenzionale non riveste alcun interesse per lo studio qui portato avanti.

In modo unanime²¹⁶, infatti, si afferma che l'accordo ad essa sotteso ha natura di mero contratto estintivo bilaterale, il cui scopo – analogamente alla compensazione legale e a quella giudiziale – è quello di realizzare una economia degli adempimenti, permettendo alle parti di conseguire in pari tempo la liberazione dai rispettivi debiti e la soddisfazione dei reciproci crediti (si discute se ciò avvenga in ossequio, o meno, a quella funzione di autotutela che caratterizza il fondamento dell'istituto sin dalla sua origine²¹⁷, attestata dalle istituzioni gaiane²¹⁸, e che ne ha decretato il ruolo centrale, soprattutto quanto alla forma convenzionale, nel campo delle relazioni economiche, di stampo commerciale²¹⁹).

Attesa, in sostanza, questa pressoché pacifica ricostruzione degli effetti del patto, e, dunque, il suo inquadramento in un'ordinaria figura contrattuale, ai sensi dell'art. 1321 c.c., è evidente che lo stesso non possa fornire elementi di rilievo per fare maggior luce su quell'efficacia, diciamo, per ora, meramente 'modificativa'²²⁰, sopra considerata.

²¹⁶ Cfr. tra i vari C. CICERO, *I modi di estinzione delle obbligazioni* in M. BESSONE (cur.), *Trattato di diritto privato*, VIII t. II, Giappichelli, Torino 2013, p. 166; FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, (2), p. 377; RENDA, *La compensazione volontaria e impropria*, (213), p. 259; S. MASCIANGELO-F. MORCAVALLO-F. VOMERO, *La compensazione* in A. BURDESE-E. MOSCATI (cur.), *I modi di estinzione*, L. GAROFALO-M- TALAMANCA (curr.), *Trattato delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 2008, p. 238; DALBOSCO, *La compensazione convenzionale*, (213), p. 177; M. PETRONE, *La compensazione tra autotutela e autonomia*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 114; G. ZUDDAS, *Voce 'Compensazione'*, *Enc. Giur.*, Ist. Enc. It., Roma, 1988, p. 4; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni (art. 1230-1259)*, (212), p. 391; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni. III L'attuazione*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 155.

²¹⁷ Tale funzione di autotutela ha dato adito, fin dai tempi passati, alla ricostruzione della compensazione come "surrogato del pagamento" (cfr. G. RAGUSA-MAGGIORE, *Voce 'Compensazione (dir. civ.)'*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 18-19). Sul dibattito circa la sua ricorrenza, anche nel caso di compensazione convenzionale, v. in particolare PETRONE, *La compensazione tra autotutela e autonomia*, (216), p. 114 ss..

²¹⁸ Cfr. sempre ASTUTI, *Voce 'Compensazione (storia)'*, (213), p. 1 ss..

²¹⁹ Come testimoniato dall'ampia disamina in merito proposta, tra i vari, da D. MAFFEIS, *La compensazione* in R. SACCO (cur.), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2012, p. 168 ss.. Nonostante questo successo, come puntualizzato da RENDA, *La compensazione volontaria e impropria*, (213), p. 257 l'istituto non ha conquistato un ampio riconoscimento normativo né nell'ambito dei *Principles on European Contract Law* né in quello del *Draft of the Common Frame of Reference*, ove ha ottenuto disciplina un'unica fattispecie (il c.d. *set-off*) sostanzialmente corrispondente all'istituto della compensazione legale.

²²⁰ Come intuibile il termine non è qui inteso nel senso tecnico, in più luoghi specificato, ma a fini meramente allusivi di quell'incidenza sulla disciplina di un istituto, nel precedente paragrafo considerata.

Al contrario, la figura che in questa sede merita un maggiore approfondimento è, senz'altro, quella del c.d. regolamento preventivo di compensazione²²¹.

A livello testuale, la disposizione, dopo aver statuito, nel primo comma, che “*per volontà delle parti può aver luogo compensazione anche se non ricorrono le condizioni previste*” si limita a precisare, in quello successivo, che “*le parti possono anche stabilire preventivamente le condizioni di tale compensazione*”.

Apparentemente la formulazione dell'articolo sembra lasciare all'interprete ampia libertà nell'elaborazione della struttura del regolamento preventivo.

Non è un caso che rispetto a questa seconda fattispecie di compensazione convenzionale siano state avanzate, in dottrina, diverse letture.

Così, a fronte di quell'orientamento pressoché unanime²²² che riconosce al regolamento preventivo di compensazione l'attitudine ha incidere sulle condizioni al ricorrere delle quali è chiamata ad operare la compensazione legale su futuri rapporti, un'isolata dottrina²²³ ha sostenuto, al contrario, che il regolamento preventivo parteciperebbe della stessa natura del patto di compensazione convenzionale “*ad effetti estintivi corrispettivi*”²²⁴, di cui al primo comma, e, quindi, dovrebbe essere ricondotta ad una reciproca remissione di debiti futuri, idonea a decretarne la relativa estinzione, sin dal momento della loro venuta ad esistenza (e, dunque, prescindendo dalla necessità di una apposita eccezione, al contrario di quanto previsto in caso di compensazione legale).

Altri propone²²⁵, invece, di distinguere, all'interno della fattispecie del regolamento compensativo, due possibili manifestazioni della volontà negoziale: una corrispondente, nella sostanza, a quella che l'interpretazione dominante qualifica nei termini di contratto diretto a dettare le condizioni della futura

²²¹ Per tutti v. PELEGGI, *La compensazione: profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, (214), p. 132

²²² Così FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, (2), p. 378 ss. e in particolare p. 381; PELEGGI, *La compensazione: profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, (214), p. 132; MASCIANGELO- MORCAVALLO-VOMERO, *La compensazione*, (216), p. 240; N. DI PRISCO, *Altri modi di estinzione. Compensazione* in P. RESCIGNO (cur.), *Trattato di diritto privato*, 9.I, Utet, Torino, 1999, p. 419; PETRONE, *La compensazione tra autotutela e autonomia*, (216), p. 114-115 e 159 ss.; ZUDDAS, *Voce 'Compensazione'*, (216), p. 4-5; pur se in modo ambiguo parrebbe anche R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale* in AA.VV., *Commentario del Codice civile*, Utet, Torino, 1982, p. 436; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni (art. 1230-1259)*, (212), p. 385 ss. e 390 ss., E. REDENTI, *La composizione dei debiti nei nuovi codici*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1947, p. 37-38.

²²³ Cfr. P. SCHLESINGER, *Voce 'Compensazione (Diritto civile)'*, *Nov. Dig. It.*, Utet, Torino, 1967, p. 730;

²²⁴ PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni (art. 1230-1259)*, (212), p. 388.

²²⁵ Così RENDA, *La compensazione volontaria e impropria*, (213), p. 290-291, il quale, tuttavia, rivendica l'ascendenza di tale sistemazione alle intuizioni di PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni (art. 1230-1259)*, (212), p. 390 ss.); DALBOSCO, *La compensazione convenzionale*, (213), p. 218-219.

compensazione²²⁶; l'altra, avente, al contrario, contenuto direttamente estintivo delle posizioni debitorie reciproche²²⁷.

Dall'analisi dei diversi sviluppi cui conduce l'adozione dell'una tesi piuttosto che dell'altra, emerge in modo nitido come i diversi modi di ricostruire il modello di regolamento preventivo siano largamente condizionati dall'esigenza di giustificare l'individuazione di un dato momento, o di un dato presupposto, per il prodursi dell'effetto estintivo²²⁸.

Tuttavia, non pare revocabile in dubbio, alla luce di plurimi argomenti, che si andranno ora meglio ad evidenziare, la correttezza dell'intendimento prevalente che ammette la configurabilità di un regolamento di compensazione non avente efficacia direttamente estintiva delle obbligazioni reciproche.

Tralasciando, peraltro, di esporre gli argomenti che, come già da altri²²⁹ dimostrato, rendono giustizia della impossibilità di definire l'accordo di compensazione alla stregua di una remissione reciproca²³⁰: è evidente, infatti, che il problema dell'autonomia del regolamento di compensazione non direttamente estintivo si porrebbe anche qualora l'unica tesi contraria, sopra menzionata, riconducesse la convenzione di cui all'art. 1252, comma 2, c.c. ad un autonomo contratto bilaterale estintivo.

Fondamentale appare, in quest'ottica, prendere le mosse dal dato testuale.

La lettura coordinata dei due commi della norma rende chiaro come la stessa definisca puntualmente i tratti caratterizzanti della fattispecie in esame: essa è riconducibile ad un atto di volontà delle parti, idoneo ad incidere sulle condizioni cui è subordinato l'“*aver luogo*” della compensazione, anche in via preventiva rispetto al loro verificarsi.

²²⁶ La dottrina in esame parla, nello specifico, di “*contratto meramente modificativo della disciplina legale (o anche convenzionale) della compensazione, il quale – per così dire – ad essa si integra ma non si sovrappone, così da non influire sul meccanismo compensativo, che (se non diversamente stabilito) si produce secondo le regole proprie della specie di compensazione sulla quale ha inciso in via modificativa*”.

²²⁷ A questo pare alludere la dottrina *de qua*, quando, con tale diversa ipotesi, designa, invece, un “*contratto costitutivo del regolamento estintivo (cioè integralmente disciplinante l'estinzione per compensazione dei crediti futuri), che produce effetti nel momento in cui, sorti in crediti, viene in essere la situazione di compensabilità ivi disciplinata*”.

²²⁸ Emblematiche, in questo senso, le parole di SCHLESINGER, *Voce* ‘Compensazione (Diritto civile)’, (223), p. 730 secondo cui, nel caso dell'accordo preventivo di cui all'art. 1252, comma 2, c.c., “*sorti i due crediti, si verifica senz'altro la loro reciproca estinzione. Considerando, invece, l'accordo soltanto come un mezzo per permettere l'operare della compensazione legale, l'estinzione dei crediti si verificherebbe non al momento della loro coesistenza, ma solo quando una delle parti facesse valere la compensazione*”. Cfr. anche le citazioni in nota 226 e 227.

²²⁹ Vedi RENDA, *La compensazione volontaria e impropria*, (213), p. 260 nota 14; RAGUSA-MAGGIORE, *Voce* ‘Compensazione (dir. civ.)’, (217), p. 19.

²³⁰ Considerata da CICERO, *I modi di estinzione delle obbligazioni*, (216), p. 166, una vera e propria “*forzatura*”.

In primo luogo, qualora si volesse affermare che tale dato normativo rifletta una duplicità di ipotesi, non si comprende quale sarebbe l'utilità di affermare l'appartenenza di entrambe al *genus* dei contratti estintivi.

Nel sostenere che l'ipotesi del primo comma detti le coordinate di un contratto bilaterale ad effetti corrispettivi estintivi, significa di per sé ammettere, per i principi generali in materia contrattuale, e di determinabilità dell'oggetto del contratto, che lo stesso possa rivolgersi anche verso rapporti futuri.

La previsione del secondo comma, a ben vedere, in questa prospettiva, si paleserebbe come inutile.

In secondo luogo, assecondando un'interpretazione scevra da precomprensioni e suggestioni interpretative, può rilevarsi come il contenuto prescrittivo della disposizione appare delineare, all'opposto, per entrambe le ipotesi, una efficacia del tutto diversa da quella meramente estintiva (come intuitivamente suggerisce l'uso di una terminologia completamente nuova)²³¹.

La norma riferisce, infatti, dell'idoneità della volontà delle parti ad incidere sulle condizioni della compensazione; e, in questa direzione, anche la Relazione al Libro delle Obligazioni²³² commenta entrambe le fattispecie ricomprese nella *"ipotesi della compensazione volontaria"* nei termini di *"disponibilità successiva e preventiva delle regole concernenti i presupposti della compensazione"*.

²³¹ Interessante è osservare che, in questi termini, parrebbero anche le posizioni di alcuni autori più risalenti: si veda REDENTI, *La composizione dei debiti nei nuovi codici*, (222), p. 37-37 e *ivi* nota 31 ove si riconduce il contratto di cui all'art. 1252, comma 1, c.c. ad una *"dichiarazione di volontà dispositiva delle parti, con cui si modificano o si concretano le modalità, o il contenuto dei rispettivi rapporti"* con la precisazione, però, che *"la rinuncia o la modificazione nell'ipotesi dell'art. 1252 non hanno scopo od effetto autonomo, bensì coordinato e limitato all'effetto estintivo al quale in definitiva si intenda pervenire"* di guisa che *"se all'effetto estintivo sopravvenga un qualunque altro ostacolo, l'accordo perde qualsiasi efficacia anche sul punto della modificazione o della convenzione"*, e che *"il negozio, anche se costitutivo, non si risolve mai in un dare a scopo satisfattivo, ma nel far cessare la ragione di esigere il pagamento dei due debiti-crediti"*, dovendosi scartare, quindi, *"i tentativi di riduzione del negozio ad una duplice remissione o ad altre categorie di atti o di negozi estintivi"*; M. CANTILLO, *Le obbligazioni. II* in W. BIGIAMI (cur.), *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Utet, Torino, 1992, p. 1013 (il quale si richiama all'impostazione di Redenti); G. LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Utet, Torino, 1950, p. 265, secondo cui *"la compensazione volontaria si basa sulla privata convenzione cui spetta di determinarne, in tutto o in parte, la portata e l'efficacia (...) i presupposti della compensazione volontaria sono, infatti, disponibili sia preventivamente che successivamente dalle parti. Queste possono, pertanto, regolare come meglio credono le norme sulla omogeneità, reciprocità, liquidità, esigibilità dei crediti e come meglio credono, derogarvi (...) la compensazione volontaria si concreta normalmente in un negozio inter vivos, cioè in un contratto, ma non è da escludere che essa possa anche derivare da un atto mortis causa, configurando cioè l'ipotesi, verificabile in pratica, che essa sia disposta da un testatore per il regolamento di rapporti obbligatori fra coeredi e collegatari. Il contratto di compensazione volontaria può avere come oggetto rapporti obbligatori già costituiti in precedenza (...) Il contratto di compensazione può anche concernere rapporti giuridici futuri e in fase di svolgimento"*.

²³² Cfr. paragrafo 147.

Con ciò non si vuole certo contestare che la norma possa fare riferimento anche ad un contratto estintivo bilaterale; è innegabile, però, che il dato normativo, nel suo tenore letterale, non possa essere limitato a questo unico contenuto.

Per dare riprova di ciò posso avanzarsi due considerazioni, una di ordine sistematico, l'altra di ordine storico.

Guardando al piano sistematico, è possibile comprendere perché nel caso della compensazione convenzionale diretta ad incidere su obbligazioni già in essere tra le parti si tenda a ricostruire la natura giuridica dell'accordo secondo il modello del contratto estintivo: al di là della circostanza che vi è, in questo caso, difetto del requisito testuale della preventiva predisposizione del regolamento difforme²³³, è la corrispondenza tra l'intento e l'effetto a non poter essere declinata nei termini di una volontà meramente modificativa delle condizioni di legge: nella misura in cui lo scopo pratico delle parti consista nel far sì che la compensazione abbia luogo, rispetto a singole obbligazioni già in essere, nonostante la mancanza delle condizioni di legge, essa non può che tradursi, nell'effetto più conveniente, dato dalla loro estinzione immediata, in ossequio ad una regola contrattuale, che affida agli effetti estintivi corrispettivi la soddisfazione dell'interesse ad essa sotteso²³⁴.

Al contrario, laddove il bisogno cui l'accordo tende a dare risposta assume ad oggetto la stabilizzazione, secondo date regole, di rapporti futuri meramente eventuali e non ancora individuati (proprio perché rispetto alla loro venuta ad esistenza detto accordo si pone in termini preventivi) non è nella vicenda estintiva che lo stesso può trovare conveniente regolamentazione²³⁵.

Questa conclusione si palesa in modo ancor più evidente se si considera che laddove l'"aver luogo" della compensazione (art. 1525, comma 1, c.c.) non può che consistere nell'estinzione delle reciproche posizioni, lo "*stabilire preventivamente le condizioni*" (art. 1252, comma 2, c.c.) può tradursi anche in un aggravamento dei presupposti di operatività del fenomeno, e, dunque, in una vicenda potenzialmente opposta a quella estintiva²³⁶.

²³³ Rileva così RENDA, *La compensazione volontaria e impropria*, (213), p. 290-293. Enfatizza il valore euristico dell'avverbio "preventivamente" anche FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, (2), p. 374.

²³⁴ Cfr. PETRONE, *La compensazione tra autotutela e autonomia*, (216), p. 134.

²³⁵ Cfr., quanto al diverso interesse emergente nell'ipotesi dell'art. 1252, comma 2, c.c. PETRONE, *La compensazione tra autotutela e autonomia*, (216), p. 135.

²³⁶ Precisa che il regolamento preventivo di compensazione può stabilire regole più rigorose di quelle legali, al fine del verificarsi dell'effetto estintivo, DALBOSCO, *La compensazione convenzionale*, (213), p. 217 nota 110. D'altronde, la generalità della formulazione normativa e le stesse posizioni della dottrina sul punto non sembrano opporsi ad ammettere una simile eventualità.

In altri termini, nel contrapporre un regolamento convenzionale che mira, *hic et nunc*, all'elisione compensativa di rapporti obbligatori reciproci già in essere²³⁷, a quello che tale elisione intende condizionare esclusivamente per il futuro, l'articolo in esame sembra ellitticamente individuare due diverse direzioni della volontà: una retta da un intento la cui più corretta traduzione sul piano dell'efficacia è data dall'estinzione di un dato rapporto obbligatorio; l'altra che, in quanto programmaticamente diretta verso una indeterminata serie di rapporti, trova la sua ragione d'essere (i.e. la sua causa) nell'esigenza di regolare preventivamente la dinamica e l'evoluzione (ossia la disciplina) della relazione giuridicamente rilevante instaurata con una certa controparte.

Guardando al piano storico²³⁸, tutte le osservazioni qui svolte escono ulteriormente rafforzate.

È noto come il Codice del 1942, prevedendo espressamente l'istituto della compensazione volontaria, abbia innovato il diritto codificato, che, fino a quel momento, su tale istituto era rimasto silente. È altrettanto noto che, nel porre tale innovazione, il Codice si sia limitato a recepire quella che era una figura assolutamente ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza anteriore²³⁹.

L'avvento di tale figura, tuttavia, ha rappresentato una peculiare innovazione nella tradizione giuridica dell'istituto.

Nel mondo romano classico, infatti, con il termine *compensatio* si identificava un istituto di applicazione puntuale – in quanto limitata ad una serie di casi speciali – la cui attuazione era rimessa agli ampi poteri di cui era investito l'*officium iudicis*, negli specifici contesti processuali in cui, rispetto alle obbligazioni derivanti da *eadem causa*, ne era ammessa l'operatività.

In origine, quindi, il sistema giuridico romano conosceva esclusivamente il modello di compensazione che potrebbe essere oggi definito, al di là della diversità di requisiti, della compensazione giudiziale.

Il graduale ampliamento degli ambiti di intervento della compensazione, prima già nel processo formulare grazie all'utilizzo, nei *iudicia* di stretto diritto, dell'*exceptio doli*, e, quindi, nel contesto della *cognitio extra ordinem*, con l'avvento del sistema delle *mutuae petitiones*, pose, però, le premesse per una successiva trasformazione dell'istituto, ad opera della legislazione giustiniana.

È Giustiniano, infatti, per primo, a spostare l'incidenza della compensazione, ormai istituto di rilevanza generalizzata, dal piano processuale (dell'eccezione che

²³⁷ Come suggerisce il tempo verbale dell'infinito presente in cui si proietta l'"*aver luogo*" della compensazione, in assenza dei suoi presupposti, ai sensi dell'art. 1252, comma 1, c.c.

²³⁸ Per le notazioni successive si rimanda alla ricostruzione storica più volte citata di ASTUTI, *Voce* 'Compensazione (storia)', (213), p. 1 ss..

²³⁹ Vedi per tutti RENDA, *La compensazione volontaria e impropria*, (213), p. 256.

paralizza la pretesa) a quello sostanziale (della norma che dispone l'estinzione), introducendo il principio della *compensatio ispo iure* – ossia dell'estinzione di diritto dell'obbligazione opposta – e, però, mantenendo il requisito, recepito dalla originaria caratterizzazione processuale, della sua rilevazione solo a seguito di eccezione di parte.

Sempre all'interno delle fonti riportate nella compilazione giustiniana fa, inoltre, comparsa, per la prima volta, l'accordo di compensazione volontaria, ossia quell'accordo avente lo scopo di permettere la compensazione tra debiti anche laddove manchino i requisiti legali. Detto accordo, tuttavia, coerentemente, per un verso, con la dimensione sostanziale, in cui l'istituto trova nuova sistemazione, e, per un altro, con la funzione immediatamente estintiva imputabile all'esercizio della relativa eccezione, si atteggiava, in questa prima fase, per lo più, come un patto accessorio ad altri contratti tipici (quali la vendita o il pegno), riconducibile all'incontro tra reciproche remissioni (*pacta de non petendo*); similmente al modello, quindi, che oggi potremmo definire della compensazione contrattuale ad effetti estintivi corrispettivi.

Il diritto intermedio, nel periodo altomedievale, segna, tuttavia, una fase di declino ed oblio dell'istituto, il cui successo è, all'evidenza, strettamente legato ad una realtà economico-sociale caratterizzata da molteplicità ed intensità dei rapporti obbligatori, di natura pecuniaria. La compensazione rimane a lungo sconosciuta ai diritti consuetudinari di origine barbara, e subisce un'involuzione anche nella prassi delle popolazioni a legge romana.

Solo l'avvento della Glossa permette la sua rinnovata conoscenza ed offre, nel contempo, nuovo impulso alla sua evoluzione, al centro della quale si pone, però, l'insolubile antinomia, di origine giustiniana, tra il principio dell'efficacia *ipso iure* ed il requisito dell'attività di parte.

Alle soglie del fiorire della pratica commerciale e bancaria, pertanto, l'istituto della compensazione è conosciuto esclusivamente come un mezzo di estinzione dell'obbligazione, inevitabilmente oscillante tra la dimensione volontaria del *exceptio* e quella legale dell'estinzione *ipso iure*.

Ma è proprio a questo punto che lo stesso trova una – del tutto nuova – vitalità.

Con il moltiplicarsi dei rapporti di credito cambiario e l'estendersi dell'uso dei regolamenti bancari la compensazione dei reciproci rapporti di credito e debito assume, infatti, un ruolo centrale tanto nella legislazione statutaria quanto nei *mores* mercantili: nascono le formule di accreditamento nei libri dei banchieri e dei mercanti o di vero e proprio conto corrente; la compensazione entra negli usi come strumento di semplificazione del pagamento di una pluralità di rapporti

commerciali; in ossequio al canone dell'*aequitas*, la giurisprudenza giunge ad ammetterne l'applicazione anche al fuori dei requisiti riconosciuti come legali.

Emerge, in sostanza, una nuova dimensione dell'istituto, legata non più alla soddisfazione di interessi interni ad una relazione singolare, e alla correlata contrapposizione tra due pretese, ma alle esigenze di celerità, semplificazione, standardizzazione che la realtà dei traffici commerciali, con la sua ulteriore evoluzione nell'età moderna, pone in primo piano.

Ed è questo contesto che vede riemergere, e definitivamente riaffermarsi, nella prassi, anche la fattispecie della compensazione volontaria.

Tuttavia, ad essa si fa nuovamente ricorso non più alla stregua di un accordo estintivo, basato su reciproche remissioni, quanto agli effetti di un vero e proprio 'regolamento', norma per le future relazioni mercantili, concernenti, il più delle volte, una pluralità di soggetti. Alla pari, quindi, di quella legale, ormai entrata a pieno titolo nelle consuetudini poste alla base delle decisioni dei grandi tribunali commerciali e in analogia a quel modello che oggi potremmo definire del regolamento preventivo di compensazione.

La compensazione volontaria, infatti, *“in seguito allo sviluppo della circolazione fiduciaria, cambiaria e bancaria, trovò normale attuazione e speciale disciplina dapprima nelle grandi fiere e quindi nell'istituzione delle stanze di compensazione, diretta precisamente al regolamento di rapporti a catena mediante periodiche liquidazioni, con l'estinzione di una molteplicità di debiti reciproci tra diversi soggetti variamente legati tra loro, previa l'eventuale cessione dei correlativi titoli di credito, in vista della compensazione finale, che consentiva di pagare in denaro contante solo il saldo dei rispettivi conti”*²⁴⁰.

Questa lunga digressione mostra, in definitiva, come le forme oggi conosciute della compensazione si riannodino tutte, in un modo o nell'altro, alla lunga evoluzione storica dell'istituto.

Nel contempo, essa mostra come la differenziazione della stessa compensazione volontaria, nelle due tipologie di accordo ricondotte all'art. 1252 c.c., non rappresenti un mero esercizio esegetico, ma trovi preciso fondamento, non solo nel dato letterale e sistematico, ma anche nelle radici storiche dell'istituto, e nelle differenti esigenze cui hanno dato risposta quelle prassi che, della norma positiva, costituiscono, come sopra detto, l'antecedente.

Tanto è vero quanto fin qui detto che in dottrina²⁴¹ si ammette la possibilità che l'estinzione di obbligazioni attuali discenda anche dalla conclusione di un

²⁴⁰ ASTUTI, *Voce* 'Compensazione (storia)', (213), p. 16.

²⁴¹ Così MASCIANGELO-MORCAVALLO-VOMERO, *La compensazione*, (216), p. 241-242; DALBOSCO, *La compensazione convenzionale*, (213), p. 217; PERLINGIERI, *Dei modi di*

regolamento ‘preventivo’, nel senso di un accordo sulle modalità della compensazione.

È ben possibile, infatti, che le parti abbiano interesse a concluderlo anche in presenza di attuali obbligazioni “*non soltanto per mantenere la vigenza dell’accordo, a prescindere dalla validità delle obbligazioni (...) per le reciproche future obbligazioni, ma anche perché possono essere incerte sull’esistenza di obbligazioni reciproche al momento dell’accordo, o persino (...) non conoscerle*”²⁴², ovvero, ancora, perché si tratta “*di obbligazioni già esistenti ma alla cui immediata estinzione le parti non hanno interesse*”²⁴³.

Né persuadono le argomentazioni addotte dall’unica tesi, che espressamente, tale possibilità ha ritenuto di dover negare, riportando l’ipotesi del regolamento di compensazione ex art. 1252, comma 2, c.c. su rapporti attuali ad un negozio modificativo delle caratteristiche o delle modalità dei rapporti stessi²⁴⁴.

Anzitutto, non risulta decisivo il riferimento alla necessaria anteriorità del regolamento, presupposta dall’art. 1252, comma 2, c.c..

Come sopra precisato, l’introduzione di tale requisito appare funzionale a suggerire, per questo accordo, una direzione della volontà distinta da quella sottesa all’accordo contemplato dal primo comma del medesimo articolo, ossia la volontà di incidere esclusivamente sul piano della disciplina della compensazione; tuttavia, tale requisito, non può certamente considerarsi essenziale per accertare la ricorrenza di un simile volontà, essendo la programmazione dell’effetto distinta dalla definizione dell’oggetto (i rapporti futuri) in relazione a cui tale effetto deve aver luogo. Inoltre, non appare contestabile che il requisito dell’anteriorità possa essere certamente letto nel senso dell’anteriorità della posizione della disciplina rispetto all’operare della compensazione, e non rispetto ai rapporti che tale

estinzione delle obbligazioni (art. 1230-1259), (212), p. 392; LONGO, Diritto delle obbligazioni, (231), p. 265.

²⁴² PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni (art. 1230-1259), (212), p. 392.*

²⁴³ DALBOSCO, *La compensazione convenzionale, (213), p. 217* (l’ipotesi si ricollega alla possibilità che le parti dettino delle condizioni più restrittive rispetto alla compensazione legale).

²⁴⁴ Precisamente, secondo RENDA, *La compensazione volontaria e impropria, (213), p. 292-293* “*Qualora le parti abbiano disciplinato le condizioni di compensazione di crediti reciproci già esistenti (...) se si guarda alla sostanza dell’accordo, è revocabile in dubbio la sua stessa riconducibilità ad una convenzione compensativa: le parti, infatti, non derogano alla disciplina legale della compensazione, nel senso di prevedere condizioni di compensazione diverse da quelle della legge, ma fanno sì che i crediti esistenti soddisfino le condizioni di legge (per esempio, un credito inesigibile sia reso esigibile e/o un debito inadempibile sia reso adempibile) e risultino pertanto compensabili in virtù di una futura compensazione legale*”; ciò porta ulteriormente ad affermare (ivi nota 10) che “*sembra venire in rilievo, quindi, un accordo con il quale le parti modificano taluni profili di uno o più rapporti obbligatori reciproci (senza novarli, in virtù dell’art. 1231 c.c.) in vista di una futura – peraltro meramente possibile – compensazione legale dei reciproci crediti*”.

disciplina assume ad oggetto²⁴⁵. D'altro canto, è evidente come non sussistano interessi indisponibili tali da giustificare la limitazione dell'intento suddetto, in via imperativa, a rapporti esclusivamente futuri.

In secondo luogo, un approccio di tal genere appare non intendere, in modo adeguato, lo scopo sotteso ad un regolamento che sia volto a modificare la disciplina della compensazione di rapporti già in essere.

Invero, delle due l'una: o il regolamento è diretto a determinare le future condizioni di compensazione, e allora non vi sarà alcun interesse a dettare delle modifiche alle caratteristiche o alle modalità dei rapporti reciproci, laddove tali modifiche non risponderebbero ad altro interesse se non quello di consentire la compensazione, e, pertanto, solo contestualmente a tale effetto potrebbero, al più, venire in rilievo, o il regolamento è diretto a modificare le caratteristiche o le modalità dei rapporti reciproci, con la conseguenza, però, che l'eventuale applicazione dell'effetto compensativo risulterebbe un effetto solo indiretto, e, tendenzialmente, non voluto (posto che per definizione l'intento rivolto alla modificazione muove dalla volontà di conservare il rapporto, piuttosto che di estinguerlo).

Infine, non appare fuori luogo osservare come l'inquadramento del regolamento di compensazione *sub specie* di un contratto modificativo del rapporto non potrebbe mai consentire – per ovvie ragioni tecniche²⁴⁶ – l'aggravamento delle condizioni della compensazione, variazione, al contrario, sicuramente riconducibile a quell'ampio interesse a “*stabilir[ne] preventivamente le condizioni*”, individuato dall'art. 1252, comma 2, c.c.

²⁴⁵ Questo argomento è considerato dallo stesso RENDA, *La compensazione volontaria e impropria*, (213), p. 293, nota 109, il quale, però, ritiene di poterlo superare osservando che “*tale interpretazione toglie rilevanza alla normale possibilità dei contraenti di dissociare il momento della produzione degli effetti da quello della stipula*” e che “*non può non apparire comparativamente più giustificabile che il legislatore abbia avvertito l'esigenza di esplicitare il potere delle parti di stipulare un contratto con oggetto futuro (benché anch'esso dotato di un fondamento generale nell'art. 1348 c.c.) data la peculiarità dell'intreccio tra tale oggetto e l'estinzione compensativa delle obbligazioni in deroga alle norme di legge*”. A ben vedere, l'argomentazione in esame pare contraddittoria, nella misura in cui esprime favore per una tesi avente quella medesima caratteristica (l'essere, cioè, meramente ripetitiva di principi generali) che conduce, al contrario, a negare validità alla tesi opposta. Invero, considerato l'identico risultato cui le tesi contrapposte conducono, appare più ragionevole ritenere, anche alla luce degli argomenti storici e sistematici già enunciati, che la previsione del requisito dell'anteriorità non concerna né l'una (cioè non serva a precisare la futurità dell'oggetto) né l'altra (cioè non serva a precisare la futurità dell'effetto di estinzione) ma abbia quella funzione meramente euristica, di delimitazione dei diversi interessi sottesi alle due figure di regolamento convenzionale, contemplate dalla norma.

²⁴⁶ È chiaro, infatti, che la modifica delle caratteristiche di rapporto risulterebbe irrilevante rispetto allo scopo di consentirne la compensazione, a condizioni diverse da quelle di legge.

3.4.2. La rilevanza rispetto all'ipotizzata attività di qualificazione

Alla luce di quanto sopra detto, è conclusione non revocabile in dubbio quella di ritenere che la disposizione di cui all'art. 1252, comma 2, c.c. legittimi la previsione di un accordo la cui efficacia sia limitata alla modifica delle regole (e, quindi, della disciplina) della compensazione legale²⁴⁷.

Non è a questo punto d'interesse definire precisamente la natura di questo effetto: quello che è rilevante è che tale disposizione, in altre parole, legittimi la previsione di un accordo la cui efficacia sia limitata alla modifica della disciplina dei rapporti, futuri o presenti, relativi alle parti che lo pongono in essere (si definisca tale accordo come “*accordo normativo*”²⁴⁸ come “*contratto regolamentare*”²⁴⁹, ovvero ancora, in disaccordo con le precedenti qualificazioni, come “*contratto modificativo della disciplina legale*”²⁵⁰).

È innegabile, poi, che tale modifica si fondi su un interesse distinto (e, ragionevolmente, sopravvenuto) rispetto a quello che ha giustificato la venuta ad esistenza dei suddetti rapporti²⁵¹.

Ad una attenta analisi, infatti, l'imposizione di un meccanismo di compensazione laddove non ricorrono i requisiti di legge è funzionale a disporre di determinate situazioni giuridiche (i rapporti originariamente non compensabili) al fine di soddisfare quell'interesse alla celerità e semplificazione delle reciproche spettanze, che è alla base dell'istituto²⁵².

Tale interesse, se rimane maggiormente in ombra, qualora dall'accordo si faccia discendere l'automatica estinzione dei crediti, sin dal momento della loro coesistenza, si rende più evidente se si tiene a mente l'ipotesi in cui, al contrario,

²⁴⁷ Così anche FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, (2), p. 380-381, il quale definisce tale effetto “*propriamente (ed esclusivamente) configuratorio*”.

²⁴⁸ Così PETRONE, *La compensazione tra autotutela e autonomia*, (216), p. 134; MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, (222), p. 436; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni (art. 1230-1259)*, (212), p. 391.

²⁴⁹ Così DI PRISCO, *Altri modi di estinzione. Compensazione*, (222), p. 419; ZUDDAS, *Voce ‘Compensazione’*, (216), p. 4; REDENTI, *La composizione dei debiti nei nuovi codici*, (222), p. 38.

²⁵⁰ Così RENDA, *La compensazione volontaria e impropria*, (213), p. 294-295.

²⁵¹ Sostiene anche FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, (2), p. 378-379 e *ivi* nota 599 che il regolamento preventivo di compensazione, di cui all'art. 1252, comma 2, c.c., è esattamente diretto a veicolare “*l'interesse a posticipare (id est: interesse al differimento) e/o a diversamente modulare la produzione dell'effetto estintivo*” ovvero sia “*l'interesse a porre le basi, le condizioni per la compensazione, della quale si vuole individuare la disciplina per essere certi della sua operatività*”; interesse di cui, quindi, non può non affermarsi “*l'autonoma rilevanza*” rispetto all'interesse alla produzione dell'effetto estintivo (effetto, questo, che ben “*potrebbe, in alcune ipotesi, finanche rivelarsi impossibile*”).

²⁵² Emblematico che nel contratto, tipico di conto corrente sia individuata un'applicazione della figura del regolamento preventivo di compensazione. Su questo aspetto v. per tutti F. MARTORANO, *Voce ‘Conto corrente (Contratto di)’*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 658.

il regolamento di compensazione non deroghi alle modalità in base alle quale deve operare l'effetto estintivo, secondo la disciplina legale – e, dunque, non dia luogo, di per sé, all'estinzione, ma renda semplicemente suscettibili di compensazione, *ope exceptionis*, i rapporti che dello stesso sono fatti oggetto²⁵³ – ovvero determini un aggravamento delle condizioni cui tale estinzione è subordinata.

Nella prima ipotesi, infatti, i crediti, pur divenendo, all'esito della conclusione dell'accordo, astrattamente compensabili non subiscono, fintanto che non è eccepita la compensazione, alcuna vicenda (nel senso tradizionale del termine). Di conseguenza, può senz'altro affermarsi che, nel medesimo caso, l'interesse sotteso alla determinazione di autonomia possa dirsi aver trovato integrale soddisfazione per effetto del solo mutamento della disciplina (essendo indiscutibile che, una volta predisposta la regola della compensabilità, il conseguimento dell'effettiva estinzione del rapporto sia rimesso all'ulteriore, ma del tutto eventuale, manifestazione di volontà della parte).

Ancor più tale autonomia dell'interesse si fa presente nella seconda ipotesi, cioè quando al contratto si affidi un aggravamento delle condizioni cui è subordinata l'estinzione per compensazione, essendo ancora più evidente, in tal caso, come a soddisfare l'interesse non sia direttamente l'estinzione, ma la sola variazione, *in peius*, della disciplina.

Se così è, emerge chiaramente come, alla luce della lettura di questa ulteriore disposizione di legge (e di quelle che ad essa si collegano²⁵⁴), l'effetto di determinazione di una disciplina, già fatto proprio dall'art. 1352 c.c., si sovrapponga sempre più a quell'intento di 'qualificazione' la cui traduzione sul piano di un'efficacia puntualmente riconosciuta dall'ordinamento statale è il primo passo verso la costruzione positiva della relativa manifestazione negoziale.

L'analogia è notevole se si tiene a mente l'ipotesi peculiare del regolamento di compensazione diretto ad operare su rapporti già esistenti (tanto nel caso in cui tali rapporti siano compresi nel più ampio novero dei rapporti, anche futuri, oggetto di modifica quanto in quello in cui il regolamento assuma espressamente ad oggetto specifici rapporti già in essere²⁵⁵).

In tal caso, ricorre pienamente tanto quell'assunzione, da parte degli autori del negozio, di una situazione giuridica pregressa sulla quale operare ed incidere in

²⁵³ Che l'intervento del regolamento di compensazione possa non derogare al meccanismo di legge è eventualità pacificamente ammessa, per tutti v. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni (art. 1230-1259)*, (212), p. 390 ss.

²⁵⁴ Il riferimento è a tutte quelle manifestazioni positive del medesimo fenomeno, come i contratti di conto corrente ordinario e bancario, i contratti di riscontro o quelli di partecipazione alle stanze di compensazione su cui v., tra i vari, MAFFEIS, *La compensazione*, (219), p. 168-174; RENDA, *La compensazione volontaria e impropria*, (213), p. 296 ss.

²⁵⁵ Circa la legittimità di tale possibilità (ad esempio perché non vi è un interesse attuale a determinare l'estinzione) vedi *supra* nel testo.

via immediata, mediante determinate modalità logico-operazionali, secondo la funzione propria e specifica dell'atto posto in essere – che permette di inquadrare lo scopo pratico all'interno dello schema generale dei negozi sull'effetto giuridico²⁵⁶ – quanto quella volontà di disporre di situazioni giuridiche pregresse, modificandone la disciplina, al fine di soddisfare un distinto conflitto di interesse, cui vuole darsi regolamentazione.

Ma l'analogia potrebbe tenersi ferma anche nel caso di un regolamento preventivo diretto a regolare rapporti reciproci solamente futuri, potendosi anche in tal caso qualificare tale regolamento come un contratto diretto a dettare una nuova disciplina rispetto a situazioni giuridiche non più pregresse bensì future²⁵⁷, seppure sempre assunte, programmaticamente, come oggetto della determinazione negoziale²⁵⁸ (il punto, come ovvio, dovrà essere oggetto di apposita considerazione nelle pagine che seguono).

In conclusione, volendo trarre le somme da quanto detto, al di là della possibilità di sovrapporre perfettamente gli aspetti strutturali e funzionali di un regolamento convenzionale di compensazione ai caratteri del 'negozio di qualificazione', qui indagato, quello che può considerarsi risultato senz'altro acquisito è che l'ordinamento riconosca espressamente la possibilità, per l'autonomia negoziale²⁵⁹, di incidere su situazioni giuridiche soggettive, non solo realizzando vicende modificative od estintive, bensì anche mediante un peculiare ed ulteriore effetto, consistente nella posizione di una nuova disciplina delle stesse, al fine di soddisfare la regolamentazione di quel distinto conflitto di interesse, su cui è fondato l'atto di autonomia, che tale effetto pone²⁶⁰.

²⁵⁶ Emblematico è il fatto che PETRONE, *La compensazione tra autotutela e autonomia*, (216), p. 146 si richiami alle disposizioni sulla novazione per risolvere alcuni profili patologici afferenti al contratto che dispone la compensazione volontaria.

²⁵⁷ Ricostruisce espressamente il regolamento preventivo di compensazione come negozio ad oggetto futuro RENDA, *La compensazione volontaria e impropria*, (213), p. 293, nota 109.

²⁵⁸ Non si dubita, d'altro canto, che i negozi riconducibili alla sopra definita categoria dei negozi sull'effetto giuridico possano senz'altro avere ad oggetto anche situazioni giuridiche future. In termini generali v. DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, (5), p. 263 ss. (in merito alle singole ipotesi si può qui rimandare alle trattazioni specifiche in tema).

²⁵⁹ Sottolinea la comune "indole negoziale" di entrambe le fattispecie riconducibili all'accordo di compensazione volontaria FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, (2), p. 374-375.

²⁶⁰ Rispetto a quest'ultima notazione, si vuole qui sottolineare, se ancora non chiaro, come il regolamento di compensazione non possa non reputarsi avere una propria causa, cioè essere diretto a soddisfare degli specifici interessi, che sono certamente distinti da quelli originariamente regolati con la costituzione delle situazioni giuridiche soggettive su cui lo stesso è destinato ad incidere. Tenta esattamente di enucleare la causa dei regolamenti volontari di compensazione, previsti dall'art. 1252 c.c., PETRONE, *La compensazione tra autotutela e autonomia*, (216), p. 132 ss. e 150 ss..

4. Conseguenze: quale spazio per il ‘negozio di qualificazione’?

4.1. L’efficacia del ‘negozio di qualificazione’

La disanima proposta nelle pagine precedenti fornisce, in definitiva, il primo tassello necessario per la costruzione del ‘negozio di qualificazione’, permettendo, in ultima analisi, di superare l’ostacolo più rilevante al conseguimento di tale obiettivo, ossia quello costituito dal non poter collegare ad un atto di autonomia negoziale un effetto diverso da quello costitutivo, modificativo od estintivo di situazioni giuridiche soggettive²⁶¹.

Una simile circostanza, infatti, si sarebbe tradotta nel non poter attribuire all’intento empirico sotteso all’attività di ‘qualificazione’ (più volte descritto, nei suoi termini essenziali, come diretto esclusivamente ad utilizzare date situazioni giuridiche soggettive preesistenti, al fine di soddisfare un sopravvenuto conflitto di interessi, mediante modificazione della loro disciplina) un effetto giuridico corrispondente²⁶².

In questa sede, cercando di prescindere da precostituite prese di posizione o dall’adesione a indirizzi interpretativi predeterminati, si è affidata, quindi, alla sola lettura del dato positivo la ricognizione dei limiti entro cui può svolgersi l’autonomia negoziale.

E tale lettura ha condotto ad accertare che l’ordinamento non vincola assolutamente l’efficacia delle manifestazioni di autonomia alle sole vicende sopra indicate, ma apre al riconoscimento di una volontà, in cui la relazione concomitante tra contenuto ed effetto si traduce nella sola ed esclusiva posizione di una disciplina.

Invero, non si può certo dire che il riconoscimento di una simile efficacia rappresenti un aspetto di totale novità per la dogmatica tradizionale. Anzi, che il *proprium* del negozio consista, essenzialmente, nella posizione di una disciplina

²⁶¹ Possibile critica avvertita già da FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, (2), p. 300 ss..

²⁶² Effetto giuridico qui inteso nella sua accezione generale di variazione del mondo giuridico, su cui v. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto* in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 31; ALCARO-BANDINELLI-PALAZZO, *Effetti del contratto*, (204), p. 6 ss. e in particolare p. 9. Rilevante annotare come già per A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del “fatto” nell’esperienza giuridica* in A.E. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 253 il concetto di “conseguenza giuridica”, lungi dall’identificarsi solo con la “nascita, modificazione o estinzione di un diritto soggettivo” o di un “rapporto giuridico” deve intendersi come “il sorgere o l’estinguersi di una figura di qualificazione giuridica”.

(*rectius* di un regolamento) è una delle assunzioni più antiche delle trattazioni in materia di autonomia negoziale²⁶³.

D'altronde, gli studi più recenti sull'efficacia del negozio²⁶⁴ riconducono espressamente l'idoneità dello stesso ad accompagnare le vicende di costituzione, acquisto o estinzione di situazioni giuridiche soggettive, con la determinazione della loro relativa disciplina, a quell'efficacia regolativa di cui fa menzione la norma contenuta all'art. 1321 c.c., la quale, come noto, attribuisce al contratto, infatti, oltre al potere di costituire od estinguere, anche quello di "regolare" rapporti giuridici patrimoniali.

Nell'efficacia 'regolativa', dunque, si è accolto, in dottrina, il concetto di regolamento come posizione non solo di vicende ma anche di norme, ossia di regole di disciplina dei rapporti²⁶⁵ (al di là, si ribadisce anche in questa sede, del

²⁶³ Vedi già E. BETTI, *Corso d'istituzioni di diritto romano*, Cedam, Padova, 1928, p. 296 e 304-311. In una prospettiva che abbraccia profili di analisi filosofica v. PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico*, (8), p. 18 ss..

²⁶⁴ Vedi FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, (262), p. 31, laddove si afferma che "tra le funzioni che al contratto sono attribuite dall'art. 1321 c.c. c'è quella di regolare un rapporto giuridico (...) ogni contratto, essendo espressione dell'autonomia privata, è un autoregolamento"; ALCARO-BANDINELLI-PALAZZO, *Effetti del contratto*, (204), p. 10-11 ove si dà conto del fatto che "negli effetti regolativi sono ricompresi, secondo una diffusa interpretazione, in via diretta, gli effetti normativi (...) Quanto agli effetti normativi, essi fanno riferimento a contratti o patti che dettano norme per la produzione di atti futuri, obbligatori od eventuali, secondo la predisposizione delle parti: nel secondo caso, definibili anche 'configurativi', in quanto diretti essenzialmente a conformare o disciplinare il procedimento di formazione di determinati (successivi) contratti o atti: statuti, patti sulla forma, ecc." e si evidenzia l'"elasticità della funzione regolativa del contratto, interpretabile in senso lato come sinonimo di atto incidente o conformativo del potere dispositivo oppure, in senso più specifico, come esponente una funzione di pura normazione di aspetti del procedimento formativo o dell'attuazione del contratto"; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto II* in R. SACCO (cur.), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2004, p. 11-12, ad opinione dei quali "Regolamento" è termine più ampio di "modificazione" (...) Ora, attraverso i "regolamenti" pattizi del rapporto si viene già a riconnettere a questo o a quell'evento futuro o passato questa o quella conseguenza giuridica; o ad escludere che questo o quell'evento produca questo o quell'effetto"; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto* in A. SCIALOJA-G. BRANCA (cur.), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1993, p. 51, secondo cui "l'attitudine del contratto a "regolare" rapporti giuridici patrimoniali, ai sensi dell'art. 1321, si coordina anche con libertà riconosciuta alle parti di determinare il contenuto dei contratti tipici (art. 1322 1° comma) e delle figure contrattuali atipiche (art. 1322 2° comma)"; S. MAIORCA, *Voce 'Normativo (Contratto)*, *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, Utet, Torino, 1995, p. 175 il quale attribuisce alla efficacia "specificatamente "regolatrice" presente nella definizione di contratto di cui all'art. 1321" un "ruolo precettivo strumentale rispetto a quello della (immediata) attribuzione o dello scambio".

²⁶⁵ Così, oltre agli autori citati in nota 264, anche GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, (14), p. 42 ad opinione del quale "un'interpretazione neppure forzata dell'art. 1321, cod. civ., secondo cui il contratto può essere rivolto tra l'altro a regolare un rapporto giuridico (...) potrebbe condurre ad affermare che un contratto normativo è capace di produrre efficacia cosiddetta reale, ossia un'efficacia diretta e vincolante, sui rapporti che le parti potranno porre in essere fra loro"; GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, (1), p. 102-103 secondo cui "il termine "regolare" è, a mio avviso, più ampio di quello "modificare" ed è sinonimo di "dettare regole", "disciplinare"".

problema circa la loro qualificazione come originariamente giuridiche o, piuttosto, eteronome²⁶⁶).

Il limite, se così si può dire, è che l'atteggiarsi dell'efficacia contrattuale in termini esclusivamente regolativi, o è stato del tutto negato, in un col rifiuto di attribuire al negozio l'idoneità a dettare norme astratte ovvero di ricondurre tale idoneità al concetto di 'dispositività' che lo caratterizza²⁶⁷, in via essenziale; o è stato analizzato in modo approfondito, se non addirittura assorbente, con riferimento a fenomeni che, dello stesso, rappresentano solo un'applicazione particolare.

Sotto il primo profilo, infatti, si deve dar conto del fatto che diverse autorevoli voci²⁶⁸ abbiano negato autonoma dignità al concetto di efficacia negoziale regolamentare.

Alla radice di tale impostazione, che ha certamente condizionato il progredire degli studi in materia, vi è, in primo luogo, senz'altro, quel pregiudizio, di origine gius-filosofica, legato all'impossibilità di concepire la norma negoziale come norma giuridica, stante la specialità e la concretezza dei rapporti su cui la stessa è diretta ad operare²⁶⁹. Da cui si vorrebbe far discendere, quale conseguenza necessitata, l'impossibilità di imputare al negozio la creazione di norme di condotta, in luogo di rapporti giuridici.

In realtà, senza addentrarsi nel quanto mai complesso tema della natura della norma giuridica e dei suoi requisiti (cui si collega l'interessantissimo tema, collegato a quanto qui dibattuto, della giuridicità delle norme speciali o

²⁶⁶ Su cui v. *supra* par. 1.

²⁶⁷ Vedi, ad esempio, G. OSTI, Voce 'Contratto', *Nov. Dig. It.*, Utet, Torino, 1959, p. 475.

²⁶⁸ Cfr. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, (207), p. 274-275 e 281; CARRESI, *Il contratto*, (177), p. 33-36 (il quale, tuttavia, si sente costretto a spiegare "per quale ragione, cioè in forza di quale norma o principio, accordi del genere di quelli che si denominano appunto contratti regolamentari acquistino rilevanza giuridica allorché le parti non abbiano dichiarato né comunque mostrato di volerne prescindere al momento della stipulazione del contratto "regolato" ricorrendo al "principio (...) secondo cui per determinare la comune intenzione delle parti in conformità di quanto prescrive l'art. 1362, occorre tener conto del loro comportamento complessivo "anche" posteriore alla conclusione del contratto"); SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale (Artt. 1321.1352 c.c.)*, (187), p. 20-21; CORRADO, *Il negozio di accertamento*, (70), p. 132 ss. (in particolare p. 134 laddove afferma che "è impossibile disciplinare la futura attività contrattuale se non costituendo una obbligazione negativa"); F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Jovene, Napoli, 1940, p. 372.

²⁶⁹ Ad esempio, CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, (207), p. 274-275 parlando della funzione regolatrice di un rapporto preesistente ribadisce essere "delicato stabilire" cosa essa significhi e cosa importi. Ad avviso dello studioso "ai privati, attesi i limiti della privata autonomia, non può essere dato che operare sui propri, concreti rapporti: quest'operare non può secondo noi, consistere che in un accertarli o in un modificarli se non consiste in un estinguerli, e non può consistere in un costituirli, essendo il rapporto già esistente"; in modo non dissimile opina SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale (Artt. 1321.1352 c.c.)*, (187), p. 20 secondo cui "la legge adotta l'espressione "regolare", che viene intesa tra l'altro dall'opinione prevalente nell'altro e specifico senso di "modificare": soprattutto allo scopo di chiarire, ci sembra, che il contratto non può propriamente regolare un rapporto (quasi fosse una norma)".

singolari)²⁷⁰ la stessa impostazione appare contraddetta tanto dal dato normativo, come si è nelle pagine precedenti cercato di dimostrare, quanto da quello logico-razionale: qualunque siano i presupposti filosofici o le posizioni ideologiche cui si ritiene di dover aderire, e, dunque, anche non adottando un atteggiamento rigorosamente normativista o formale, non è possibile negare che il concetto di contratto e più ampiamente di negozio sia legato indissolubilmente al concetto di norma²⁷¹, e che, in ultima analisi, da un lato, la posizione del rapporto giuridico concreto si riduca alla posizione di regole di condotta; dall'altro, il concetto di situazione giuridica soggettiva si riduca ad una formula sintetica per individuare, di tali regole, un modello ricorrente²⁷².

Non meno condizionata da precise scelte ideologiche appare l'opinione che si oppone al riconoscimento di un'efficacia negoziale meramente regolamentare adducendo l'irriducibilità di questa a quel concetto di 'disposizione' in cui si compendierebbe l'intero spettro dell'efficacia del negozio²⁷³.

Invero, non può non rilevarsi come il carattere dispositivo del negozio, e il significato stesso dell'attributo della disposività, rappresentino uno degli approdi meno sicuri della teoria generale del diritto civile. L'ambiguità del concetto di disposizione, ben evidente, se si considerano le molteplici forme in cui, di volta in

²⁷⁰ Per un'ampia analisi delle teorie sul punto, nella prospettiva più strettamente civilistica e non filosofica, v. FERRI, *L'autonomia privata*, (42), p. 79 ss..

²⁷¹ Annota, infatti, ROPPO, *Il contratto*, (184), p. 70 "la categoria del contratto richiama in vari modi la categoria della norma giuridica, cioè della regola di condotta o comunque del vincolo, legalmente presidiato, che incide nella sfera dei soggetti".

²⁷² Si veda tra i vari G. AMADIO-F. MACARIO, *Diritto civile, I. Norme. Questioni. Concetti*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 193 ss.; FALZEA, *Voce 'Efficacia giuridica'*, (37), p. 470 ss. ed in particolare p. 477-478; PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico*, (8), p. 18 ss.. Illuminanti le parole di Sant. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 27-28 il quale mentre afferma che "non altro che norme sono le clausole contenute nei negozi" precisa, altresì, che "nei testi del nostro diritto quando si parla di norme giuridiche si accenna alle norme giuridiche pubbliche, cioè alle leggi in senso materiale che emanano da soggetti di diritto pubblico" e di P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1964, p. 1356 e *ivi*, nota 35, il quale, dopo aver ricondotto il contratto al concetto di "atto normativo", si preoccupa di chiarirne l'uso con "generico riferimento a tutti i casi nei quali attraverso una data procedura si attribuisce valore giuridico ad una formula consistente "in una o più disposizioni, idonee a porsi quali 'regole' o 'norme' di condotta nella vita di relazione"" concludendo circa il problema dell'ammissibilità, tra gli atti normativi, degli atti "costitutivi di ordinamento oggettivo", nel senso (conforme alla posizione di V. CRISAFULLI, *Voce 'Atto normativo'*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 238,) che "sembra possibile ritenere senz'altro che, tra le due ipotesi-limite, dell'atto negoziale ad effetti istantanei e della legge formale con durata potenzialmente illimitata, esiste in pratica una gamma di ipotesi intermedie, che gradatamente vanno spostandosi, per dir così, dall'uno verso l'altro estremo". Più netta la posizione contraria di D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 28 ss. secondo cui solo la norma di legge potrebbe considerarsi fonte degli effetti giuridici (al punto che tra fattispecie negoziali e non negoziali non sarebbe nemmeno possibile discriminare un diverso ruolo della volontà in ordine alla causalità dell'effetto giuridico).

²⁷³ All'opposto, ribadisce con fermezza l'appartenenza dell'efficacia regolativa-configurativa al piano della disposività del negozio FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, (2), p. 350.

volta, è stato declinato il relativo potere²⁷⁴ sembra oggettivamente impedire di trarre, dallo stesso, un elemento dirimente per escludere dal novero dell'efficacia negoziale, l'efficacia regolativa ora analizzata.

Ancor più nebuloso diventa il quadro se si richiama la dispositività con riferimento puntuale a quel particolare sotto tipo di negozio, che è il contratto, e della stessa si fornisce una interpretazione restrittiva, poiché, inevitabilmente, tale interpretazione rischia di riverberarsi, in direzione inversa, sul concetto di dispositività afferente alla categoria generale, cui il sotto tipo appartiene²⁷⁵.

Riprova di tale confusione di concetti è data dalla circostanza che, anche chi tende ad identificare la categoria dei negozi dispositivi (in senso stretto) con i negozi produttivi di vicende delle situazioni giuridiche soggettive, non manchi di utilizzare l'identica formula della dispositività (in senso ampio) per catalogare tutti i negozi che incidano, in senso lato, su rapporti giuridici preesistenti²⁷⁶.

D'altro canto, è indubbio che, qualunque sia il modo di intendere l'attitudine dispositiva del negozio, non è possibile negare la riconducibilità al novero delle manifestazioni di autonomia privata di molte figure tipiche, estranee alla materia del Libro IV, che, certamente, non sono caratterizzate dall'effetto di costituzione, modificazione od estinzione di situazioni giuridiche soggettive²⁷⁷.

In altri termini, quando anche si volesse sostenere che il carattere dispositivo del negozio si risolve nella produzione di vicende di rapporti giuridici, non sarebbe negabile, comunque, la natura di atto di autonomia dell'accordo diretto a produrre modificazioni della sfera giuridica di diversa natura, secondo il

²⁷⁴ Brevemente (rimandando per un maggior approfondimento, su tutti, a A. BINNI, *Voce* 'Potere di disposizione', *Nov. Dig. It.*, Utet, Torino, 1957, p. 451 ss.) si ricorda che, a seconda delle tesi, il potere di disposizione, acquisita autonoma considerazione nel contesto dell'analisi dei negozi ad effetti traslativi (quale presupposto esterno al loro perfezionarsi). è stato ricondotto, di volta in volta, al rapporto tra il soggetto ed il patrimonio, alla potestà astratta di trasmettere i diritti o di darsi un ordinamento (potestà a sua volta intesa come diritto potestativo, potere giuridico o proiezione della capacità di agire o della capacità giuridica) ad una attitudine interna del diritto soggettivo ovvero ancora ad una mera potenzialità di fatto, di porre in essere condotte idonee a produrre effetti giuridici, quale conseguenza della capacità giuridica rispetto a diritti disponibili.

²⁷⁵ Vedi, ad esempio, MESSINEO, *Voce* 'Contratto normativo e contratto tipo', (1), p. 117 il quale afferma recisamente che "la funzione del contratto è – nei riguardi dei contraenti – essenzialmente dispositiva: non normativa. Costoro non si appropriano del compito del legislatore; semplicemente perseguono scopi patrimoniali (concreti), cui l'impiego del contratto consente loro di giungere".

²⁷⁶ Così CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, (70), p. 267-269 ad opinione del quale, se i "negozi "dispositivi in senso stretto"" coincidono con "i negozi con cui immediatamente si trasferisce, modifica o distrugge un diritto soggettivo preesistente", quelli "dispositivi in senso ampio" corrispondono ai "negozi che hanno per immediato effetto una modificazione della situazione giuridica preesistente presa nel suo valore sostanziale, cioè giuridico-patrimoniale, giuridico-familiare, ecc., in quanto creano o modificano o estinguono un dato rapporto giuridico. Così è, nel campo del diritto di famiglia, dispositiva l'adozione, in quanto crea un vincolo di filiazione artificiale civile, mutando la preesistente condizione giuridica dell'adottante e dell'adottato".

²⁷⁷ Si veda nota 210.

medesimo rapporto di variazione concomitante tra volontà ed effetto, e il problema, in ultima analisi, si ridurrebbe ad una questione prettamente terminologica²⁷⁸.

Considerato tutto quanto fin qui detto, il vero problema, dunque, non è tanto quello di ammettere che il negozio (o, se si vuole, più in generale, l'atto di autonomia) possa risolversi nella statuizione di norme, nel senso di regole di condotta, quanto piuttosto ammettere che il negozio possa risolversi, in via esclusiva, nella posizione di regole di ordinamento che non siano riconducibili a quei modelli in cui si sostanziano i rapporti giuridici e le situazioni giuridiche soggettive (detto altrimenti, nella posizione di quelle regole in cui si integrano, sul piano dinamico, gli effetti giuridici costitutivi, modificativi od estintivi)

Tuttavia, venendo così al secondo profilo sopra accennato, non è discutibile che tale peculiare atteggiarsi dell'efficacia regolativa sia stato ignorato a vantaggio di altri (probabilmente più rilevanti) temi di indagine.

La trattazione autonoma dell'efficacia regolativa, infatti, ha trovato terreno fecondo, per il suo sviluppo, esclusivamente in due grandi ambiti della materia civile: il campo degli accordi c.d. normativi e quello delle regole organizzative di gruppo (associazione, società, comunione)²⁷⁹.

Eppure, tali ambiti, come è stato acutamente osservato²⁸⁰, ritagliano e portano alla luce solo una porzione della realtà giuridica interessata dall'efficacia regolativa, ossia, rispettivamente, quella inerente alle determinazioni suscettibili di applicazioni eventuali (in cui si esprime la volontà negoziale diretta alla standardizzazione dei rapporti contrattuali) e quella relativa alle determinazioni suscettibili di applicazioni ripetute (in cui si esprime la volontà negoziale diretta alla disciplina dell'organizzazione comune).

All'opposto, lasciano in ombra quell'atteggiarsi della volontà che è costante e, non c'è dubbio, indefettibile di qualsiasi manifestazione negoziale, e che è diretto alla disciplina del singolo rapporto contestualmente venuto in essere²⁸¹. Quell'atteggiarsi della volontà concernente, dunque, le determinazioni regolamentari che sono destinate ad essere applicate, ed attuate, per una sola

²⁷⁸ Affronta, in sostanza, nei medesimi termini, il problema circa il carattere negoziale/contrattuale del c.d. contratto normativo GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, (1), p. 39 ss., 99 ss. e 116-117.

²⁷⁹ Significativa, in questo senso, l'impostazione adottata da MAIORCA, *Voce 'Normativo (Contratto)'*, (264), p. 75 ss., il quale individua questi due ambiti come 'luoghi' di emersione della funzione esclusivamente precettiva, e non attributiva, del negozio.

²⁸⁰ Cfr. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, (262), p. 31; GALGANO, *Degli effetti del contratto*, (264), p. 51 ss..

²⁸¹ Dà conto, invece, di questa triplice proiezione dell'efficacia regolativa FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, (2), p. 393.

volta, ovvero che, pur se ripetute, sono destinate ad essere applicate all'interno di una singola relazione negoziale²⁸².

È chiaro che, assumendo come chiavi di lettura dell'efficacia regolativa solo le prime due figure emergenti dalla sua analisi 'statica', non è possibile assumere tale efficacia come 'contenitore' idoneo ad accogliere e convertire in regola ordinamentale l'intento qui definito di 'qualificazione negoziale'²⁸³.

Tale proposta, infatti, sarebbe destinata a scontrarsi inevitabilmente, da un lato, con il carattere di attualità, e non di mera eventualità, della disciplina che il 'negozio di qualificazione' sarebbe chiamato a programmare²⁸⁴, e, dall'altro, con la natura singolare, stante l'assenza di un gruppo e della relativa comunione di interessi, del rapporto che, tramite la predetta disciplina, si vorrebbe regolamentare.

La ragioni di un simile spostamento di prospettiva, tuttavia, sono precise, quanto scontate. L'intervento dell'efficacia regolativa sul rapporto attuale e

²⁸² Per GALGANO, *Degli effetti del contratto*, (264), p. 51 si tratterebbero di "determinazioni concrete", contrapposte, come visto, a quelle "astratte" avente fonte nei contratti c.d. normativi o nei contratti regolamentari suscettibili di applicazioni ripetute (quali, tipicamente, quelli delle organizzazioni). Al contrario, FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, (262), p. 31 ss. le definisce, in termini più generici, regolamentari, contrapponendole, nella tripartizione in esame, per non essere né eventuali né ripetute, ma destinate a una applicazione singolare. A nostro modo di vedere, questa impostazione appare più corretta, in quanto la proiezione normativa del contratto, in questa dimensione esclusivamente regolamentare, non può che essere, anche nel caso di disciplina relativa ad un unico rapporto, come astratta, nella sua dimensione normativa, seppure relativa ad un singolo rapporto. D'altro canto, l'ambiguità della terminologia adottata diviene lampante non appena si considera che, all'interno della categoria delle "determinazioni astratte suscettibili di applicazioni ripetute" è compresa anche "la clausola, ad esempio, del contratto di somministrazione, che regola le modalità di esecuzione delle prestazioni periodiche (...) che troverà applicazione ogni qualvolta il somministrante esegue le prestazioni". Ovviamente, alla base, vi sono le molte ambiguità e difficoltà (su cui si è già detto) in ordine al concetto stesso di norma negoziale e alla sua riconducibilità alla norma giuridica.

²⁸³ Emblematica la difficoltà di RENDA, *La compensazione volontaria e impropria*, (213), p. 294-295 a ricondurre all'efficacia regolativa-normativa del contratto quella imputabile al regolamento preventivo di compensazione, ai sensi dell'art. 1252, comma 2, c.c.. Sembra porsi in una prospettiva analoga, MAIORCA, *Voce 'Normativo (Contratto)'*, (264), p. 173-175, il quale, nel sostenere che solo gli atti di predisposizione del contenuto di futuri rapporti contrattuali e quelli costitutivi di 'forme' organizzative esprimano una funzione ed un'efficacia puramente precettiva, esplicitamente nega che l'idoneità del negozio a "regolare (...) rapporti giuridici patrimoniali" di cui all'art. 1321 c.c. possa comprendere un simile contenuto. In realtà, anche tale l'Autore, pur affermando che "la stessa funzione specificatamente "regolatrice" presente nella definizione di contratto di cui all'art. 1321 esprime, in realtà, un ruolo precettivo strumentale rispetto a quello della (immediata) attribuzione o dello scambio" apre al riconoscimento di una generalizzata funzione precettiva del negozio: a suo stesso dire (*ivi*, p. 191), infatti, "non si può escludere che il legislatore abbia voluto usare il termine anzidetto ("regolare") per una sia pur indiretta e più specifica funzione precettiva che il contratto può assumere".

²⁸⁴ Vedi, ad esempio, la critica di RENDA, *La compensazione volontaria e impropria*, (213), p. 294-295 alla riconducibilità del regolamento preventivo di compensazione ad un contratto normativo basata sull'osservazione che, qualunque sia il modo di ricostruire l'efficacia di tale contratto "certo è che la vicenda compensativa che trae origine dal pactum de compensando non abbisogna in linea di principio di un'ulteriore e successiva attività convenzionale delle parti e segnatamente della stipula di un contratto "particolare" che debba recepire o conformarsi alle statuizioni contenute nel pactum o da esse essere integrate".

singolare come posizione di disciplina (e non solo come posizione di situazioni giuridiche soggettive) è, come detto, tipico connotato dell'attività negoziale. Di conseguenza, è facile comprendere che l'interesse per il suo studio sia stato sempre strettamente legato a quello per l'analisi della dinamica dispositiva del negozio intesa nella sua globalità.

Lo studio della portata dell'efficacia regolativa all'interno del singolo negozio, in altri termini, è sempre stato condizionato dal suo essere ancillare allo studio sull'efficacia globale del regolamento, tendenzialmente, se non costantemente, comprensiva anche di effetti ulteriori, aventi ad oggetto vicende di rapporti e situazioni giuridiche soggettive.

Quanto detto trova conferma dalla lettura degli esempi portati dalla stessa dottrina che si è preoccupata di distinguere il fenomeno dell'efficacia regolativa, destinata ad una applicazione singolare, rispetto a quello dell'efficacia regolativa dei contratti normativi o degli accordi statutari. Il riferimento, infatti, è, esclusivamente, alle clausole relative a contratti o rapporti contestualmente costituiti, come quelle con cui si modificano le modalità di consegna della cosa venduta²⁸⁵; si pattuisce la responsabilità del debitore per forza maggiore; si stabilisce, nel contratto di assicurazione, l'incontestabilità per dichiarazioni inesatte e reticenti ovvero ancora si dispone di una o di un'altra eccezione²⁸⁶.

Si tratta, evidentemente, di una casistica concernente un'efficacia regolativa che giammai potrebbe essere concepita come autonoma, perché sempre inserita in una sfera di efficacia, per definizione, molto più vasta (così, volendo tornare all'esempio, la disciplina delle modalità di consegna della cosa venduta non potrebbe destare alcun interesse – salvo il caso, di cui si dirà in appresso, dell'efficacia modificativa – se considerata isolatamente dalla determinazione delle variazioni giuridiche essenziali in cui si realizza la funzione della compravendita, ossia il trasferimento della proprietà della cosa e il corrispettivo sorgere del diritto al pagamento del prezzo).

È altrettanto ovvio, peraltro, che l'approfondimento dei due altri ambiti dell'efficacia regolativa, sopra citati, stante la specificità del loro oggetto, non offrano alcuno spunto per lo sviluppo e la costruzione di quello lasciato in ombra, qui indagato.

Per un verso, guardando all'ambito dei contratti diretti all'organizzazione di un gruppo, emerge come la giustificazione dell'efficacia normativa (peraltro, non

²⁸⁵ Così FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, (262), p. 32; GALGANO, *Degli effetti del contratto*, (264), p. 51.

²⁸⁶ Così, per gli ultimi tre esempi, SACCO-DE NOVA, *Il contratto II*, (264), p. 11.

così pacifica²⁸⁷) sia del tutto radicata nelle esigenze di disciplina dell'interesse comune, e, dunque, nel carattere naturalmente generale e astratto del precetto destinato ad imporsi a tutti gli appartenenti ad un gruppo.

Per un altro, guardando, invece, all'ambito dei contratti c.d. normativi, non può negarsi che sia l'interesse alla standardizzazione delle relazioni contrattuali – in un dato settore economico – a presiedere il riconoscimento dell'efficacia normativa; si collochi tale standardizzazione nell'ambito delle relazioni esterne di mercato, quale strumento per il conseguimento di un maggior grado di prevedibilità dei costi delle transazioni (al fine di conseguire evidenti economie imprenditoriali) ovvero nell'ambito delle relazioni interne ad una data categoria di operatori economici, quale strumento per assicurare, al relativo gruppo, una maggiore forza contrattuale o l'eliminazione della concorrenza nel settore economico di riferimento²⁸⁸. In ogni caso, è nuovamente nel carattere naturalmente generale ed astratto del precetto, destinato ad imporsi a tutti i soggetti operanti in un dato ambito economico, che trova, inevitabilmente, terreno fertile l'attribuzione, a simili manifestazioni di autonomia, di un'efficacia essenzialmente normativa.

In un simile contesto, solo i tentativi di indagine sulla figura dei contratti aventi efficacia modificativa hanno rappresentato, a ben vedere, il punto di maggior contatto con lo studio dell'efficacia regolativa, nel senso qui dibattuto.

Tuttavia, anche questi sono destinati a non apportare alcun elemento utile per un ulteriore approfondimento della materia, rischiando, anzi, di sterilizzarne ogni potenzialità applicativa²⁸⁹.

Paradossalmente, infatti, il contratto modificativo (nella fisionomia che in altri luoghi del presente lavoro si è cercato di enucleare) affermandosi come modello del negozio ad effetti esclusivamente regolativi ha sancito, per gli stessi, in modo irrimediabile, il carattere subordinato. Qualunque sia la ricostruzione offerta,

²⁸⁷ Come testimoniato da FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, (262), p. 33-34; GALGANO, *Degli effetti del contratto*, (264), p. 51 in passato si è tentato, invero, di negare natura contrattuale o negoziale alle regole promananti dagli statuti degli enti, cercando di legare l'efficacia generale e astratta, loro riconosciuta, alla funzione organizzativa della struttura della persona giuridica, che le stesse sono deputate ad assecondare.

²⁸⁸ Cfr. la ricostruzione storica dell'origine della categoria del contratto c.d. normativo proposta da GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, (14), p. 1 ss..

²⁸⁹ In particolare, per il rischio di ridurre il “regolare”, di cui fa menzione l'art. 1321 c.c., nella sola modificazione, come causticamente denunciano SACCO-DE NOVA, *Il contratto II*, (264), p. 11 (“meno chiaro è il significato di “regolare”. La dottrina sistematica non ha avuto molti dubbi in proposito. Poiché le possibili vicende di un rapporto giuridico sono tre – costituzione, modifica ed estinzione – e poiché il codice menziona solo la costituzione, il regolamento e l'estinzione, è apparsa intuitiva, secondo la logica di Don Ferrante, la coincidenza del regolamento con la modifica”) e come, ad esempio, fanno F. MESSINEO, *Voce ‘Contratto (dir. privato)’*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 34; G. GORLA, *Quid dei pacta adiecta ex-intervallo*, *Riv. Dir. Comm.*, 1966, p. 296.

infatti, il contratto modificativo si atteggia come negozio accessorio, o, comunque, non autonomo, in forza del suo accedere ad un contratto anteriore, da cui ha origine il rapporto giuridico che si vuole modificare.

Il negozio modificativo, detto altrimenti, veicola un'efficacia regolativa che, per definizione, non può essere autonoma, perché si innesta sulle situazioni giuridiche preesistenti, ripetendo la propria causa, da quella che, nel negozio anteriore modificato, a tali situazioni giuridiche ha dato vita. Per tale ragione anche nel negozio modificativo l'efficacia regolativa non pare realmente scindibile dagli effetti essenziali, aventi oggetto, in ultima analisi, vicende di situazioni giuridiche soggettive, su cui la stessa è destinata a saldarsi²⁹⁰.

Al contrario, ciò che qui si sta esplorando, si ripete, è la possibilità che il negozio, per regolare un dato conflitto di interessi, si limiti alla posizione di una disciplina integrativa di quella inerente a rapporti la cui nascita non è collegata in alcun modo con la regolamentazione di tale conflitto.

L'analisi svolta nei paragrafi precedenti appare rilevante nel confortare l'ipotesi che una struttura negoziale avente tali caratteristiche sia ammissibile, e possa trovare accoglimento nel nostro ordinamento civilistico. Il dato normativo, infatti, lo si è già messo in luce, pare confermare la possibilità tecnica di una siffatta manifestazione di autonomia, proiettandone le relative caratteristiche, e il relativo, contenuto in singole figure normative.

A questo punto, l'unico passaggio necessitato è quello di recuperare, sul piano sistematico, partendo dalle suddette figure, una generalizzata applicazione di questa particolare declinazione dell'efficacia regolativa, superando l'obiezione che, alla stessa, possa lasciarsi spazio esclusivamente nelle singole ipotesi (supposte, quindi, come eccezionali) in cui la legge vi conferisce riconoscimento²⁹¹.

Di decisiva importanza, a questo fine, ricorrono le considerazioni di quella dottrina, sopra già anticipate, ma che occorre in questa sede recuperare, ad opinione della quale, in linea di principio, non esistono impedimenti di natura tecnico-procedimentale che si oppongano a che un effetto, ricondotto dalla legge ad un certo fatto, possa essere ugualmente determinato dalle parti, in assenza di

²⁹⁰ Per quanto si è già detto in materia di negozio modificativo, anche nelle pagine che precedono, tale conclusione è evidente. Efficacemente il punto è colto da ALCARO-BANDINELLI-PALAZZO, *Effetti del contratto*, (204), p. 10 secondo i quali “rientrano – come si è rilevato – tra quelli regolativi, gli effetti modificativi, esprimendo essi, attraverso la variazione apportata ad un precedente regolamento – o ad una sua parte –, incidenti su diritti ed obblighi, un precipuo significato regolativo”. Per un ulteriore richiamo, si veda, MAIORCA, *Voce* ‘Normativo (Contratto)’, (264), p. 175; MESSINEO, *Voce* ‘Contratto (dir. privato)’, (289), p. 34.

²⁹¹ Si veda nota 207.

divieti espressi, per il tramite della loro autonomia negoziale, nel rispetto, come è ovvio, dei limiti alla stessa posti, in via generale, dall'ordinamento.

Più precisamente, nell'impostazione seguita da questa tesi²⁹², si ammette che un dato effetto disciplinato dalla legge possa trovare fonte in un atto di autonomia privata, laddove tale atto, da un lato, non si ponga in contrasto con i divieti e i limiti posti dalla legge a presidio di interessi indisponibili²⁹³, e, dall'altro, risponda ad un assetto di interessi privati meritevole di tutela, che nella produzione del predetto effetto possa trovare più 'conveniente' traduzione e regolamentazione.

Guardando all'ipotesi di studio qui avanzata, ossia quella del 'negozio di qualificazione' non sembra, sotto il primo profilo, che possano individuarsi limiti particolari all'esplicazione dell'autonomia privata.

A ben vedere, infatti, il risultato cui conduce l'iniziativa delle parti del 'negozio di qualificazione' non sembra potersi descrivere nei termini diversi da quelli dell'instaurazione della disciplina corrispondente alla tipologia di rapporto di cui vogliono (utilizzando la formula più volte utilizzata dalla recente dottrina) 'dettare la qualificazione', ossia, in altri, termini, della disciplina corrispondente al centro causale a servizio del quale vogliono piegare le situazioni giuridiche soggettive pregresse.

Pertanto, pare corretto affermare che, posta la totale disponibilità e legittimità della disciplina corrispondente alla tipologia di rapporto di cui le parti vogliono imporre la 'qualificazione', discende, per logica conseguenza, la totale legittimità del contenuto del negozio che tale 'qualificazione', e la corrispondente disciplina, si limita a predisporre.

Venendo, di conseguenza, al secondo profilo, il problema concernente l'ammissibilità del 'negozio di qualificazione' risiede tutto, a questo punto, sul piano della più precisa ricognizione e delimitazione degli interessi che ne sono alla base, e del rapporto in cui gli stessi si pongono rispetto all'effetto che a esso si vuole collegare.

Come precisato, infatti, in tanto è legittimo imputare ad un atto di autonomia negoziale un determinato tipo di effetto, previsto dalla legge, in quanto tale effetto corrisponda e trovi giustificazione in un determinato interesse meritevole di tutela,

²⁹² Dall'autore utilizzata per dimostrare la legittimità di una categoria di atti di autonomia in cui trova applicazione, nella dimensione retrospettiva, quell'effetto preclusivo, dalla legge collegato a determinate fattispecie tipiche.

²⁹³ Si può pensare, ad esempio, alla critica volta ad escludere che le parti possano determinare, quale sanzione per la mancanza di una forma corrispondente a quella da loro stessi imposta al futuro contratto, ai sensi dell'art. 1352 c.c., la patologia della nullità, trattamento tipico dell'atto di autonomia nella stretta disponibilità del legislatore, in quanto diretto a tutelare interessi sovraordinati rispetto a quelli delle parti.

che, rivelato attraverso il contenuto dell'accordo, nella produzione di tale effetto possa trovare la coerente regolamentazione.

Un maggior approfondimento di questo specifico aspetto del 'negozio di qualificazione' non può che rappresentare, dunque, l'ulteriore passaggio nodale per l'individuazione della fisionomia tecnica della figura.

4.2. Rapporto tra interessi ed efficacia nel 'negozio di qualificazione': specificità della figura e conseguenti limiti

Nel corso della presente indagine, si è più volte tentato di offrire, seppure in termini non tecnici, o, comunque, per lo più di stampo empirico, una ricostruzione di quale sia l'interesse che muove i soggetti alla stipulazione di un 'negozio di qualificazione' o di 'riqualificazione'.

A più riprese, quindi, si è affermato che nella volontà sottesa ad una simile manifestazione di autonomia negoziale risiederebbe l'interesse delle parti a ritornare su una propria condotta, da cui sono scaturiti determinati effetti giuridici, per attrarli all'interno di una distinta operazione economico-individuale, attribuendovi una rilevanza, e, di conseguenza, una disciplina, differenti.

L'aver evocato, anche nei paragrafi che precedono, l'immagine di una volontà che mira ad attribuire una disciplina, potrebbe, in realtà, risultare fuorviante ai fini di una corretta ricostruzione dell'elemento causale del 'negozio di qualificazione' e, per l'effetto, della funzione che mediante lo stesso si vuole perseguire.

Prescindendo, come sempre, dall'assumere come indiscutibili determinati presupposti, e, nello specifico, prescindendo dall'aderire all'una o all'altra delle diverse costruzioni in ordine al contenuto della volontà negoziale²⁹⁴, è possibile osservare, intanto, che se, per un verso, la volontà delle parti non possa esaurirsi, di per sé, nella volizione di una determinata disciplina giuridica, per l'altro, non è da escludere che la rappresentazione, ed eventualmente anche il perseguimento di un dato risultato sul piano dell'efficacia giuridica, possa costituire (soprattutto nei

²⁹⁴ Sul problema vedi le analisi di BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico (ristampa della corretta della II edizione)*, (35), p. 84 nota 1; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, (70), p. 63 ss.; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, (272), p. 39.

casi di operazione giuridiche connotate da un certo tecnicismo) una componente rilevante dell'intendimento delle parti²⁹⁵.

Tuttavia, è difficilmente contestabile che l'identificazione dell'interesse, e, quindi, in termini pur generali, della causa, su cui si regge l'ipotizzato 'negozio di qualificazione' non possa risiedere nell'interesse al mutamento della disciplina, di per sé solo²⁹⁶. E questo sembra potersi legittimamente affermare sulla base di diverse ragioni.

In primo luogo, ritenere che l'interesse risieda esclusivamente nel mutamento di disciplina, ossia nella rappresentazione e volizione degli effetti, appare un non senso, nella misura in cui l'effetto, per quello che si è fin qui detto, in diversi punti, altro non è che la traduzione del valore espresso dall'atto di autonomia nel valore condizionato proprio della norma giuridica statale²⁹⁷, di guisa che, la volizione degli effetti sarebbe, comunque, determinazione di un interesse cui gli stessi effetti, per la relazione di convenienza, devono corrispondere, al fine di consentirne la più adeguata realizzazione²⁹⁸.

Secondariamente, può ragionevolmente dubitarsi che nel contesto di un 'negozio di qualificazione' (ma la conclusione pare estendersi, senza ostacoli di sorta, anche al 'negozio di riqualificazione') l'interesse delle parti possa risolversi in asettico mutamento di disciplina (quandanche, si ripete, separabile e suscettibile di un'autonoma considerazione rispetto all'interesse che in tale effetto dovesse rispecchiarsi).

Nel caso dell'accordo diretto ad attribuire il significato di liberalità ad una condotta assunta dall'ordinamento sul piano meramente fattuale (si riprenda l'esempio dell'accessione) è alquanto discutibile che la volontà delle parti si esaurisca nel volere, meramente, l'attribuzione a tale fatto della rilevanza di una

²⁹⁵ Secondo CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, (70), p. 65 "indubitabile è che in taluni negozi la volontà è effettivamente diretta agli effetti giuridici, ossia l'intento giuridico entra come elemento costitutivo di alcune costruzioni negoziali. Si pensi ai negozi indiretti e ancor più ai negozi fiduciari; data la tortuosità del mezzo prescelto nei primi, e attesa l'eccedenza del mezzo sullo scopo nei secondi, intanto gli uni e gli altri sono posti in essere in quanto vi è una perfetta consapevolezza delle conseguenze giuridiche e del loro rapporto col risultato finale perseguito (...) ora, come non ritenere rilevante una volontà diretta agli effetti giuridici, se si ritiene rilevante una empirica?".

²⁹⁶ Come potrebbe magari ipotizzarsi estendendo le considerazioni svolte, seppur in tema di novazione del titolo dell'obbligazione, da MAGAZZU', *Voce 'Novazione (dir. civ.)'*, (128), p. 814, secondo cui "'Titolo' nel senso a cui così si allude, non è la fonte dalla quale l'obbligazione trae origine. Come sappiamo, la novazione opera direttamente sul rapporto obbligatorio, non già sulla fonte originaria; il mutamento che essa provoca riguarda dunque il "regolamento" del rapporto, la sua particolare disciplina che sarà diversa da quella originaria".

²⁹⁷ Si tratta di considerazioni in più luoghi svolte. Si rimanda qui, per tutti a ALCARO-BANDINELLI-PALAZZO, *Effetti del contratto*, (204), p. 1 ss.; FALZEA, *Voce 'Efficacia giuridica'*, (37), p. 470 ss..

²⁹⁸ Osserva anche CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, (70), p. 65 "poiché, come abbiamo detto, gli effetti giuridici corrispondono – in linea di massima – al risultato pratico, riesce per lo più di scarso rilievo l'accertare se sono voluti questo o quelli".

donazione, ai fini dell'applicazione della relativa disciplina, essendo senz'altro più conforme al piano empirico che, in realtà, le stesse vogliono utilizzare la modificazione della rispettiva sfera giuridica, venuta ad esistenza a seguito della valutazione legalmente tipica, per la soddisfazione dell'interesse non patrimoniale del beneficiante²⁹⁹. Parimenti si può revocare in dubbio che, nell'ipotesi di recupero delle donazioni pregresse al patto di famiglia, la volontà sia diretta esclusivamente ad assoggettare il regime successorio della liberalità pregressa al sistema delineato dagli artt. 768 *bis* ss. c.c.; è di una certa evidenza (anche per la considerazione dell'intervento di soggetti terzi rispetto alle originarie parti della liberalità – i.e. i legittimari non assegnatari – cui ancor più difficilmente potrebbe essere riconosciuto un interesse alla mera modifica della disciplina della donazione³⁰⁰, di per sé) che le parti accedano al 'negozio di riqualificazione' al fine di utilizzare anche l'effetto attributivo, precedentemente realizzato a seguito del perfezionamento dell'atto donativo, ai fini di dare una specifica regolamentazione alla vicenda successoria, accedendo al particolare regime di disposizione anticipata degli interessi relativi, consentito dalla previsione legislativa del patto³⁰¹.

Maggiori perplessità potrebbero sorgere, al contrario, nel caso di 'riqualificazione' di una pregressa donazione in vendita o in attribuzione fiduciaria.

Ciò, essenzialmente perché, nell'ipotesi della 'riqualificazione' della donazione, si innesterebbero delle valutazioni ulteriori, di stampo sostanzialmente extragiuridico, legate alla consapevolezza che il ricorso allo strumento del 'negozio di riqualificazione' sarebbe giustificato, nella visione dalle parti – che

²⁹⁹ Cfr. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (82), p. 228 ss..

³⁰⁰ A voler proprio affermare che il mutamento di disciplina del precedente rapporto assorba l'intera area degli interessi sottesi, pare logico confinare tale elemento dell'intento ai soggetti che sono titolari della situazione giuridica interessata dalla variazione di disciplina. La presenza di terzi, nel negozio che incide sulla 'qualificazione', dimostra, infatti, l'esistenza del coinvolgimento di un loro interesse, su cui riverbera la rideterminazione degli effetti, e che non può che essere rappresentato all'interno del solo 'negozio di qualificazione'. Con ciò ragionevolmente dando riprova della circostanza che l'interesse allo stesso sotteso non possa esaurirsi nel mutare una disciplina di un rapporto rispetto cui alcune delle sue parti sono estranee (il punto è di rilievo anche per meglio definire i profili soggettivi del 'negozio di qualificazione', su cui si tornerà nel prosieguo).

³⁰¹ In questi termini AMADIO, *Attribuzioni liberali e "riqualificazione della causa"*, (45), p. 507, secondo cui "la modificazione che s'intende apportare all'assetto d'interessi realizzato dalla donazione pregressa, risponde all'esigenza di regolare interessi diversi (oggettivamente e soggettivamente), potenzialmente interferenti con quell'assetto, e dei quali non sarebbe stato possibile disporre, in quanto irrilevanti (per valutazione normativa) al tempo della donazione. E ciò si realizza dettando una regola nuova (volta a risolvere l'interferenza), che ha fonte diversa (l'accordo liquidativo), diversi autori (gli altri legittimari), e contenuto ulteriore (la disciplina della liquidazione)".

spesso si affidano *in toto* a quanto proposto dai tecnici – dall’esigenza di rimuovere le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla provenienza donativa.

Tuttavia, nonostante, per certo, l’esempio si faccia qui più ambiguo, e il riscontro empirico sdrucchiolevole³⁰², non sembra che, anche in simili eventualità, le parti mirino, esclusivamente, al mutamento di disciplina, potendosi considerare più confacente alla direzione della volontà delle stesse che la preesistente situazione giuridica sia piegata alla soddisfazione di un diverso assetto di interessi

In altre parole, se a fatica si può negare, in casi del genere, che il conseguimento del mutamento di disciplina rappresenti un rilevante obiettivo dell’attività negoziale, non può negarsi, se non con altrettanta difficoltà, che tale mutamento di disciplina costituisca soltanto una conseguenza ulteriore di una rinnovata base negoziale oggettiva³⁰³. Il fatto che la nuova qualificazione dell’attribuzione originaria, da donazione a vendita, consenta di porre ‘fuori gioco’ la penetrante disciplina posta dalla legge a tutela degli interessi dei legittimari, non può cancellare la circostanza che tale nuova qualificazione risponda al rinnovato assetto delle relazioni tra i soggetti coinvolti, i quali, in un dato e sopravvenuto momento, lo reputano maggiormente confacente ai propri bisogni³⁰⁴.

D’altronde, riprova è data dal fatto che simili riserve non potrebbero essere mai sollevate nel diverso caso della ‘riqualificazione’ di un vitalizio assistenziale in donazione, laddove, senza dubbio, l’incidenza sull’attribuzione già realizzata e il conseguente mutamento della relativa disciplina non avrebbero altra ragione se non quella di consentire la soddisfazione di un diverso e sopravvenuto interesse (pur nel contesto di una più ampia pianificazione del passaggio generazionale della ricchezza immobiliare, avente come obiettivo quello di escludere il rischio di

³⁰² Su questa peculiarità, tuttavia, si tornerà anche nel seguito della trattazione.

³⁰³ Come sembrano sostenere anche ALCARO-ALEMANNI, *Art. 1230 c.c.*, (128), p. 411, seppure con riferimento alla figura della novazione causale, in polemica verso la ricostruzione dell’interesse ad essa sottesa proposta da Magazzù (su cui v. nota 296).

³⁰⁴ Così, G. BARALIS *Osservazioni e casistica in tema di trasferimenti fiduciari* in AA.VV., *Analisi interpretative e novità della circolare 3E/2008 dell’Agenzia delle Entrate*, Il Sole24ore, Milano, 2008, p. 78 nota 25 pur partendo dalla prospettiva della ‘riqualificazione’ della donazione in attribuzione fiduciaria, al fine di conseguire i vantaggi dalla stessa derivanti sul piano delle vicende successorie, riconosce che “*le ipotesi di un utile applicazione dello strumento della riqualificazione tendono a dilatarsi sempre di più; così la giurisprudenza di merito si sta occupando di altro, interessante caso analogo: due coniugi stanno per divorziare, ma in sede di accordi economici intendono riqualificare precedenti donazioni del marito alla moglie come vantaggi divorzili*”. Peraltro, proprio l’esempio della rideterminazione del significato della donazione ai fini della regolazione dei rapporti patrimoniali tra coniugi, nel momento della crisi, pare offrire un significativo ambito in cui, pure nella ‘riqualificazione’ da donazione in vendita (tralasciando, per ora, la considerazione della sua effettiva fattibilità) potrebbe rendersi evidente l’esistenza di sopravvenuti interessi.

sopravvenute pretese da parte di certi legittimari nei confronti di altri, supposti come maggiormente beneficiati)³⁰⁵.

Può forse ragionevolmente sostenersi, allora, che il conseguimento del mutamento di disciplina (con tutti gli effetti favorevoli che si riverberano sulle parti, seppur indirettamente, in quanto su piani diversi da quelli su cui si colloca il rapporto), laddove rilevante, può rappresentare, tutt'al più, un mero motivo³⁰⁶ – in molte occasioni, peraltro, senza dubbio determinante la stipulazione dell'atto di autonomia – con tutto quello che ne discende in punto di disciplina applicabile, in sede di formazione del consenso.

Infine, per ribadire a maggior ragione l'impossibilità di confinare alla variazione di disciplina l'interesse che regge il 'negozio di qualificazione' possono richiamarsi i termini in cui, per opinione pressoché unanime³⁰⁷, si ricostruisce la causa dei negozi modificativi. Sul piano sistematico, infatti, non può ignorarsi che anche la causa del negozio modificativo non sia ridotta alla semplice realizzazione della modifica del rapporto, in sé, ma venga declinata, per lo più nella prospettiva del collegamento negoziale, nella causa del negozio modificato, considerata pur sempre in rapporto alla nuova struttura introdotta.

Se tutto quanto detto è corretto, pare di conseguenza più aderente alla realtà sociale e alla prassi professionale in cui si è sviluppato tale peculiare atteggiarsi dell'autonomia negoziale affermare (come già in alcuni passaggi della presente trattazione accennato) che lo stesso trovi giustificazione e fondamento nella rilevanza di un sopravvenuto o diverso conflitto di interessi, che si vorrebbe regolare anche per il tramite di situazioni giuridiche venute ad esistenza in forza di un altro titolo³⁰⁸.

³⁰⁵ Secondo il Quesito CNN n. 617-2013/C “*L'interesse delle parti di “modificare” la causa del contratto di vitalizio assistenziale: strumenti negoziali a confronto, fra esigenze assiologiche e coerenze sistematiche*”, (45), p. 1 e 4 nella fattispecie in cui “*i genitori hanno trasferito un immobile ad uno dei due figli, il quale si è obbligato ad assisterli vita natural durante*” e “*poiché quest'ultimo in verità non li assiste, i genitori vorrebbero rinunciare, per spirito di liberalità, al diritto di assistenza, affinché in sede di imputazione e collazione risulti una liberalità indiretta*” la ricostruzione dell'interesse sotteso porta a concludere che “*le parti, in considerazione del mancato adempimento della obbligazione di assistenza, intendono ora fare in modo che l'originario contratto di vitalizio assistenziale (oneroso) assuma la veste giuridica di una donazione (liberale), di modo che la stessa possa essere assoggettata alla disciplina della collazione e della riduzione (in maniera analoga ad altra donazione che lo stesso soggetto (ora vitaliziato) intende fare a favore dell'altro figlio (fratello del vitalizante)*”.

³⁰⁶ In questo senso tornano utili le considerazioni di FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, (4), p. 380-381 secondo cui “*la regola è che il motivo, in quanto individua una posizione interna delle parti, cioè non estrinsecata nel regolamento negoziale, sia normalmente irrilevante*”.

³⁰⁷ Si rimanda qui ai riferimenti già indicati (e alle osservazioni già avanzate) nel corso della trattazione svolta nel Cap. II, par. 4.

³⁰⁸ Evocano tale prospettiva, seppure al fine di dare una collocazione sistematicamente più apprezzabile alla problematica fattispecie della novazione causale, e di negare che la funzione alla stessa imputabile possa limitarsi al semplice mutamento della disciplina dell'obbligazione

Se così è, l'ulteriore peculiarità dalla cui annotazione non è possibile esimersi è che tale sopravvenuto o distinto assetto di interessi non possa che coincidere con l'assetto di interessi sottostante al negozio tipico³⁰⁹ di cui le parti vorrebbero, tramite un diverso atto di autonomia, dettare la disciplina³¹⁰ (ossia, tornando a quel linguaggio descrittivo inizialmente utilizzato, 'dettare la qualificazione').

Questa centrale considerazione degli aspetti strutturali dell'intento delle parti, qui indagato, ha, però, un riverbero fondamentale sui limiti in cui si palesa possibile ricorrere allo strumento della 'riqualificazione', cui tale intento mira.

Nello specifico, volendo essere più analitici, posto che, per quanto si è tentato di dimostrare, l'interesse sotteso al 'negozio di (ri)qualificazione' coincide con l'interesse assunto a riferimento per l'individuazione di una data struttura tipica, di cui si vuole imporre, incidendo su situazioni giuridiche aventi altro titolo, la 'qualificazione', sembrano venire in evidenza due ragioni potenzialmente di ostacolo alla prospettiva di un suo generalizzato utilizzo.

Anzitutto, considerato che il 'negozio di (ri)qualificazione', per ipotesi di studio, è diretto esclusivamente a porre una data disciplina, senza produrre quelle vicende di situazioni giuridiche soggettive oggetto di 'qualificazione', appare giocoforza escludere che allo stesso si possa fare ricorso qualora gli effetti essenziali, in cui si traduce l'interesse tipico, di cui si vuole dettare la 'qualificazione', comprendano esattamente la realizzazione di tali vicende³¹¹.

ALCARO-ALEMANNI, *Art. 1230 c.c.*, (128), p. 404 e *ivi*, nota 100, secondo i quali, infatti, "si potrebbe anche immaginare che il mutamento del titolo possa essere espressione di una intervenuta variazione nell'apprezzamento degli interessi consistente nell'emersione di una ulteriore vicenda da riassorbire tramite una "riqualificazione causale". Si pensi, ad esempio, ad un interesse ulteriore legato ad altri rapporti sopravvenuti che ancora non hanno trovato definizione, e che potrebbero essere ricompresi in quell'originario rapporto ancora pendente. Così alla luce di circostanze sopravvenute la novazione causale potrebbe costituire lo strumento tramite il quale, in via di fatto, ricomporre vari rapporti e nuove ragioni". In breve, a detta di tali Autori "l'assetto di interessi sottostante la novazione causale potrebbe essere quello di tacitare e soddisfare interessi sopravvenuti e non il solo interesse originario. Genericamente il mutamento del titolo potrebbe assolvere ad una lata funzione solutoria, di assorbimento-gestione o di risoluzione, in presenza dell'emersione di interessi sopravvenuti medio tempore tra le parti".

³⁰⁹ Salva l'integrazione, di cui si è detto sopra, in sede di commento dell'inquadramento nella categoria dei negozi sull'effetto giuridico, con l'interesse a conseguire tale assetto per il tramite della variazione di una situazione giuridica pregressa.

³¹⁰ Come già accennato in sede di introduzione, tale intuizione si deve alle osservazioni di AMADIO, *Attribuzioni liberali e "riqualificazione della causa"*, (45), p. 507-508, secondo cui (p. 508) "l'ammissibilità dell'accordo liquidativo posteriore [ossia del 'negozio di riqualificazione' che consente il recupero della donazione pregressa] discende de plano dal riconoscimento normativo del patto, e dall'attribuzione di rilevanza anticipata (e di negoziabilità) degli interessi successori collegati alle attribuzioni liberali. L'operazione di recupero troverà dunque il suo primo confine nei limiti del nuovo tipo legale, di cui l'accordo ulteriore dovrà rispettare tutti i requisiti".

³¹¹ Come noto, secondo BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico (ristampa della corretta della II edizione)*, (35), p. 239 per "effetti essenziali" si intendono le "situazioni giuridiche nuove (finali), che, nella loro differenza dalle situazioni preesistenti (iniziali), corrispondono, secondo la valutazione legislativa, alla destinazione economico-sociale del tipo di negozio, e che insieme appaiono più congrue al regolamento d'interessi normalmente avuto di mira". Sul concetto di

Così, se la soluzione di un determinato conflitto di interesse (lo scambio di prezzo contro cosa) non può che concretizzarsi, per volontà normativa, nel trasferimento di una situazione giuridica di carattere reale, a favore di una parte, e nella costituzione di un'obbligazione pecuniaria, a vantaggio dell'altra, appare quanto mai problematico sostenere che il 'negozio di qualificazione' possa far conseguire la medesima soluzione del conflitto, laddove alla posizione della disciplina corrispondente non si accompagni la programmazione di quei medesimi effetti.

Quindi, senza voler anticipare quanto sarà osservato nel prossimo capitolo, al momento di trarre le conclusioni in merito allo specifico fenomeno da cui ha preso spunto la presente indagine (la 'riqualificazione' delle liberalità) appare coerente con il sistema limitare, in negativo, il campo di applicazione della figura qui esaminata, rispetto alle situazioni in cui la mancata previsione di determinate vicende snaturi gli effetti essenziali della fattispecie tipica corrispondente all'assetto di interessi ricercato dalle parti, con ciò impedendo, inevitabilmente, l'instaurazione del relativo regolamento³¹².

In secondo luogo, sulla base di una più attenta considerazione del rapporto esistente tra volontà ed effetti conseguenti, non sembra possibile dar corso all'attività negoziale di 'qualificazione' ogniqualvolta la disciplina corrispondente all'interesse tipico, di cui si vuole dettare la 'qualificazione', sia incompatibile con la disciplina preesistente di quel rapporto, che tale attività di 'qualificazione' prende ad oggetto.

Dal difetto di compatibilità tra le discipline sembra possibile, infatti, dedurre due conclusioni, l'una conseguenziale all'altra.

La prima, è che, in una simile eventualità, l'intento sotteso al 'negozio di qualificazione' non sia diretto soltanto a dettare una disciplina, bensì, più ampiamente, anche a revocare quella in precedenza posta in essere. La seconda, che, pertanto, tale diverso atteggiarsi della volontà (comprensiva di quella componente avente una direzione ulteriore, cioè quella estintiva) non possa che passare attraverso l'effetto corrispondente, il quale, tuttavia, è diverso da quello di sola determinazione di una nuova regola implicando, innegabilmente, anche la previa rimozione di tutte quelle precedenti, in quanto incompatibili.

effetti essenziali, e sulla loro rilevanza a fini del procedimento di qualificazione di una fattispecie, sotto il profilo funzionale, e dell'applicazione della relativa disciplina di legge v. anche PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni (art. 1230-1259)*, (212), p. 23.

³¹² Precisa, sempre, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico (ristampa della corretta della II edizione)*, (35), p. 241 che "una esclusione degli effetti essenziali (...) porta ad alterare e a snaturare il tipico regolamento d'interessi che in esso si esprime, e importa o invalidità del negozio o trapasso in un tipo diverso".

Se così è, però, si può ritenere che, in ultima analisi, ogniqualvolta la volontà delle parti comporti anche la previa rimozione dell'intera disciplina incompatibile³¹³, la più corretta applicazione del principio di convenienza dell'effetto al fatto non possa che far concludere nel senso che tale disposizione non si traduca nella semplice 'qualificazione', agli effetti sopra precisati, ma si risolva, per definizione, in una vicenda complessa caratterizzata dall'estinzione dell'intero rapporto preesistente e dalla successiva costituzione di un nuovo rapporto, completamente diverso³¹⁴.

³¹³ Per inciso, può precisarsi che, in tal caso, sarebbe determinante solo l'esistenza di una previa regola negoziale, essendo, al contrario, irrilevante l'eventuale esistenza di un complesso di norme legali dispositive. La norma dispositiva, infatti, per definizione (per tutti v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 105 ss.) è norma che interviene solo laddove non vi sia una diversa volontà delle parti, in sede di integrazione del negozio (quindi, in una fase successiva rispetto alla ricostruzione dei relativi effetti direttamente voluti dalle parti); giammai, pertanto, la previsione di una regola pattizia difforme potrebbe intendersi come previa revoca della regola legale incompatibile, tanto qualora tale regola pattizia sia posta in sede di costituzione del rapporto, quanto in sede di sua successiva modifica. Quanto osservato è rilevante, ad esempio, nell'ipotesi della 'qualificazione' delle liberalità non negoziali, laddove al difetto di una volontà configurativa del rapporto farebbe da contraltare l'applicazione di quelle regole legali dirette a riequilibrare gli spostamenti ingiustificati di ricchezza, conseguenti al perfezionamento dell'effetto legale (si pensi alle regole previste dagli artt. 937 ss.), con la conseguenza di non poter mai intendere l'eventuale 'qualificazione' dell'operazione come liberalità, nei termini di una revoca della disciplina legale suppletiva. In questi termini sembra essere anche CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (82), p. 234-235 nella parte in cui, trattando della configurazione liberale del meccanismo disciplinato dagli artt. 937 ss., afferma che "*l'esistenza di un contratto incide sui rapporti (...) che legano le parti, cioè rende inoperanti le norme dettate dal legislatore al fine di appianare lo squilibrio economico che l'acquisto per accessione può aver determinato (...) Se l'accordo tra le parti, invece, configura una liberalità da realizzarsi proprio attraverso l'acquisto per accessione (...) il problema dei rimborsi e delle indennità non è soltanto superato, ma non nasce neppure. La liberalità non è, infatti, compatibile con l'esistenza di simili doveri in capo al beneficiario. Il problema di eliminare uno squilibrio non si pone: non occorre rimediare ad un arricchimento senza causa in quanto l'arricchimento è pienamente giustificato dalla liberalità*". Il punto sarà oggetto di ulteriore chiarimento, nei paragrafi che seguono.

³¹⁴ È stato osservato (ALCARO-ALEMANNI, *Art. 1230 c.c.*, (128), p. 411-412), infatti, seppure nell'ambito degli studi sulla novazione causale, che "*ove si novasse [ai nostri fini, può leggersi pure 'si modificasse'] il corrispettivo della vendita nel pagamento del canone locativo si avrebbe o il paradossale effetto che il debitore paghi un canone di locazione per un bene che è già suo o si dovrebbe presupporre che la novazione determini l'effetto di risolvere il trasferimento del diritto di proprietà. Effetto che in nessun modo si può realizzare, trattandosi tecnicamente solo di una modalità di estinzione per sostituzione di una obbligazione. La novazione appunto non ha l'effetto di sciogliere l'intero precedente rapporto e di trasformarlo in un diverso negozio. Per ottenere questi effetti le parti dovrebbero ricorrere al diverso strumento del mutuo dissenso, che va ad incidere proprio sul vincolo contrattuale sciogliendolo e sostituendolo successivamente con un nuovo rapporto. Da questo esempio emerge chiaramente come non si possa novare indifferentemente il titolo di una obbligazione, ma che occorra che tale sostituzione si muova su un piano di omogeneità funzionale. Ed ecco che riemerge la questione della compatibilità causale: il nuovo titolo deve essere armonizzabile con l'assetto previgente (...) La novazione potrebbe cioè verificarsi solo se la nuova causa possa assorbire un "atteggiamento" dell'altra, fenomeno che si verifica appunto nel caso in cui l'obbligazione si novi nella causa di uno schema negoziale che prevede la concessione di disponibilità di denaro qual è quella di mutuo, collocandosi su un piano di compatibilità. Così, ad esempio, se si estingue l'obbligo di pagare il prezzo occorre che il suo fattore causale sia integrato da altro negozio che assuma l'attuazione di esso in via sostitutiva". D'altro canto, come già avvertiva S. PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 656 se un dato effetto poteva essere indifferentemente prodotto da due diverse cause "*quella che ha operato rende l'altro per sempre inefficiente*".*

Si svela, così, un'insopprimibile ambiguità delle tesi che ammettono la 'riqualificazione della causa' come fenomeno meramente modificativo (anche intendendo tale termine in modo estensivo³¹⁵): qualunque sia il modo di delineare tale carattere modificativo, esso, infatti, dovrebbe porsi sempre come scelta tra le possibili alternative già insite nella disciplina previgente del rapporto, con la conseguenza di dover ritenere esclusa la modificazione ogniqualvolta il negozio introduca una regola che, rispetto alla predetta disciplina, si ponga come antitetica³¹⁶.

Né a diversi risultati sembra possibile giungere qualora si prospetti il perfezionamento di un 'negozio di qualificazione' avente come contenuto un assetto di interessi non già recepito dal legislatore all'interno di una determinata figura tipica.

È stato, infatti, acutamente chiarito³¹⁷ che anche nei casi in cui i soggetti privati, in virtù dell'autonomia negoziale loro riconosciuta, individuino nuovi interessi meritevoli di tutela, ed un contenuto regolamentare atipico, entro cui darvi compiuta realizzazione, la determinazione dell'effetto corrispondente non può che basarsi sulle strutture effettuali tipiche già previste dal legislatore, entro cui, secondo diversi procedimenti logici di ricostruzione dell'assetto concreto (come noto, in particolare, l'assorbimento, la combinazione o l'analogia³¹⁸), ricondurre la specifica statuizione concreta.

Di conseguenza, pure in un simile caso, osterebbe all'utilizzo del 'negozio di qualificazione' la circostanza che la struttura effettuale, applicata in modo prevalente, all'atto di autonomia innominato, contempa tra gli effetti essenziali la produzione di certe vicende dal rapporto giuridico ovvero si traduca in una disciplina incompatibile con quella che regola le situazioni giuridiche soggettive sui cui si vuole incidere.

Certo, potrebbe forse ipotizzarsi anche un assetto di interessi destinato ad essere soddisfatto mediante effetti non già tipizzati dal legislatore (si pensi al caso della

³¹⁵ Ma non a fini meramente classificatori, come accadesse qualora si utilizzasse il carattere modificativo per indicare l'appartenenza del 'negozio di qualificazione' alla categoria dei negozi sull'effetto giuridico.

³¹⁶ Questo aspetto pare colto da IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, (47), p. 43 nella parte in cui collega alla "dichiarazione modificativa" l'effetto di "restringere od ampliare la portata di una clausola" e alla "dichiarazione sostitutiva" quello di "sostituire (...) una clausola del negozio con una clausola nuova", mettendo in evidenza un fenomeno di modificazione del negozio solo laddove "le parti intendono soltanto di alterare o accrescere gli effetti del negozio".

³¹⁷ Ammonisce SACCO-DE NOVA, *Il contratto II*, (264), p. 14: "Sebbene il nostro codice ammetta la validità dei contratti cosiddetti atipici, o innominati, questi contratti non potranno mai creare altro che rapporti ammessi dall'ordinamento". Più di recente v. DEL PRATO, *Contratti misti: variazioni sul tema*, (162), p. 87 ss..

³¹⁸ Criteri sostenuti già dalla più risalente dottrina (vedi per tutti FERRARA, *Teoria dei contratti*, (268), p. 356).

garanzia rotativa, su cui si è fatto cenno in sede di ricostruzione storica delle dottrine sul negozio configurativo³¹⁹).

Tuttavia, tali effetti, da un lato, resterebbero, comunque, operanti esclusivamente *inter partes*³²⁰, per lo più traducendosi in vicende di situazioni giuridiche soggettive, strumentali a garantire, sul piano economico, la corrispondenza dei risultati del negozio agli interessi perseguiti (con tutto quello che sul punto si è già detto); dall'altro, difficilmente giustificherebbero l'interesse delle parti ad accedere ad una simile variante del 'negozio di qualificazione', posto che, per lo più, la disciplina che tramite lo stesso vogliono porre in essere è finalizzata a rilevare proprio nei rapporti con i terzi.

Una simile variante del 'negozio di qualificazione', in altri termini, appare di difficile utilità ed interesse pratico, così che, in questa sede, può certamente omettersene un maggiore approfondimento.

In conclusione, la posizione interpretativa che l'analisi fin qui svolta ci porta a formulare, dunque, è che il 'negozio di qualificazione' fondandosi sul medesimo assetto di interessi cui corrisponde la tipologia negoziale³²¹ di cui si vuole dettare la 'qualificazione', può ammettersi nell'esclusiva misura in cui la struttura effettuale, in cui tale interesse trova proiezione, supporti una variabilità tale da non richiedere la produzione attuale di quelle stesse vicende di situazioni giuridiche soggettive, su cui tale 'qualificazione' vuole operare³²², e la disciplina

³¹⁹ Cfr. Cap. I, parr. 1.2 e 1.3.

³²⁰ Rispetto all'ipotesi della garanzia rotativa, si è già segnalata l'osservazione in tal senso di F. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni)*, Riv. Not., 2000, p. 1469.

³²¹ Come precisa FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, (4), p. 250 "la tipizzazione di una struttura, che tende ad un interesse, finisce per individuare tipicamente l'interesse, che essa normalmente realizza".

³²² Possono qui utilmente richiamarsi le osservazioni di DEL PRATO, *Contratti misti: variazioni sul tema*, (162), p. 98-99, il quale, sul presupposto che i tipi negoziali, per il modo in cui sono costruiti dal legislatore, possono distinguersi in tipi ad ambito ristretto e tipi ad ambito ampio (così riprendendo l'insegnamento di A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 49) precisa che il "tipo può essere descritto in ragione dello scopo" come accade per la transazione "la cui nozione (art. 1965 c.c.) non individua il tipo in base al contenuto di una od entrambe le prestazioni, ma descrive una funzione assolvibile da qualsiasi prestazione di cui le parti possano disporre, porre fine ad una lite già incominciata o prevenire una lite che può sorgere, con la possibilità di disporre anche di diritti estranei alla controversia: il che qualifica come concessioni le prestazioni transattive" ovvero "da una funzione non descritta normativamente mediante uno schema contrattuale" come si può riscontrare con "la divisione (art. 753 e ss. c.c.), che realizza lo scioglimento della comunione mediante l'apporzionamento". Già T. ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto e negotium mixtum cum donatione*, Riv. Dir. Comm., 1930, II, p. 467, per individuare le ipotesi in cui non sussiste commistione di cause, ammetteva che "un contratto, per la stessa elasticità della sua causa tipica, comporti la possibilità di prestazioni diverse" osservando, in particolare, che "nel determinare lo scopo tipico di un negozio il diritto può procedere ad una determinazione più o meno circostanziata. (...) Ora la maggiore elasticità nella determinazione dello scopo tipico di un negozio permette che questo sia sempre disciplinato dalle stesse norme e permanga sempre identico, pur comprendendo prestazioni che isolatamente prese sono regolate dal codice in occasione di un contratto diverso".

collegata a tali vicende sia compatibile, e possa integrarsi, con la disciplina chiamata ad applicarsi, per effetto della ‘qualificazione’ stessa³²³.

Solo in una simile eventualità, la determinazione negoziale, pur esaurendosi nella posizione di una disciplina (in un modo o nell’altro) legalmente tipica, sarebbe, comunque, in grado di conseguire la regolamentazione (e la soddisfazione) del conflitto di interessi preso in considerazione.

Un riscontro della ragionevolezza dell’impostazione adottata sembra potersi ricavare prendendo a riferimento la fattispecie del ‘negozio di qualificazione’ di liberalità non negoziali (emblematico, in realtà, di qualsiasi altra struttura negoziale riconducibile ad un sistema di norme materiali³²⁴).

Come noto, e più volte precisato, la liberalità non donativa è definita, per interpretazione oramai assolutamente prevalente, come quella struttura effettuale diversa dalla disposizione di un diritto o dall’assunzione di un obbligo (lo schema tipico delineato dall’art. 769 c.c.) con cui si realizza la soddisfazione di un interesse non patrimoniale.

In presenza di un effetto legalmente tipico (si riprenda sempre l’esempio dell’accessione) non potrebbe in alcun modo ipotizzarsi una ‘qualificazione’ in donazione tipica, perché, al di là dell’elemento formale necessario, si richiederebbe l’attuale vicenda di trasferimento del diritto.

Diversamente, dovrebbe senz’altro ammettersi l’accordo negoziale diretto alla sua ‘qualificazione’ come liberalità non donativa, proprio perché la configurazione legislativa dell’assetto negoziale, ad essa conseguente, non richiede la produzione di una determinata vicenda, ed, anzi, presuppone proprio la disciplina dell’attribuzione (l’arricchimento gratuito), in cui l’effetto legalmente tipico si sostanzia³²⁵.

³²³ Secondo CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (82), p. 232 “l’attribuzione del significato liberale alla operazione ed al suo risultato non determina l’elusione di alcuna norma, ma l’aggiunta di una ulteriore disciplina”; per AMADIO, *Attribuzioni liberali e “riqualificazione della causa”*, (45), p. 507 l’accordo di recupero di una liberalità pregressa al patto di famiglia “assume, in termini figurati, più un ruolo integrativo, che direttamente sostitutivo della regola pregressa”.

³²⁴ Come noto, infatti, le norme materiali definiscono delle regole la cui applicazione è condizionata non dal ricorrere di una determinata fattispecie, bensì dal verificarsi di un determinato risultato (e, quindi, sembra potersi dire, dal ricorrere di un determinato assetto di interessi, qualunque sia la modalità – i.e la struttura effettuale – utilizzata per realizzarlo). Tuttavia, come la dottrina ha recentemente messo in luce (vedi le osservazioni di DEL PRATO, *Contratti misti: variazioni sul tema*, (162), p. 99 in tema di divisione, su cui anche nota 322), anche la previsione di norme materiali, e con essa l’individuazione di una disciplina in ragione del solo risultato (e, cioè, dell’interesse) conseguito, può veicolare la configurazione di un tipo negoziale.

³²⁵ Si veda la nota 313 per il rapporto tra gli effetti conseguenti alla ‘qualificazione’ della liberalità e gli effetti legali suppletivi della fattispecie legale, aventi la funzione di reintegrare gli spostamenti di ricchezza ingiustificati, che dalla stessa potessero derivare.

4.3. Implicazioni della soluzione proposta

La soluzione delineata porta, dunque, a compimento quel proposito, formulato in apertura del presente lavoro, di inquadramento della figura del ‘negozio di qualificazione’ all’interno di una, quanto più precisa possibile, cornice teorica.

Nell’affrontare uno snodo di rilievo centrale per il raggiungimento dell’obiettivo inizialmente indicato (il vaglio delle recenti proposte in tema di ‘riqualificazione’ delle donazioni), si è tentato, in particolare, di chiarire la fisionomia dell’attività negoziale qui definita di ‘qualificazione’ sia in una dimensione per così dire esterna, individuando i tratti che ne giustificano la distanza da altre figure affini, sia in una dimensione interna, offrendo, in altri termini, la più coerente collocazione tanto agli interessi, che una simile attività è chiamata a veicolare, quanto agli effetti giuridici, nei quali gli stessi possono trovare conveniente realizzazione.

Questo percorso, per quanto parallelo, ha condotto ad un esito inevitabilmente convergente, in cui la definizione delle caratteristiche strutturali e funzionali della figura, rende, cioè, giustizia della sua autonomia concettuale e, nel contempo, ne segna i limiti di utilizzo.

Nell’affermare, infatti, che l’ipotizzata attività di ‘qualificazione’ si fonda sul medesimo assetto di interessi cui corrisponde la tipologia negoziale di cui si vuole dettare a ‘qualificazione’, e può ammettersi nell’esclusiva misura in cui, per un verso, la struttura effettuale, in cui tale interesse trova proiezione, supporti una variabilità tale da non richiedere la produzione attuale di determinate vicende di situazioni giuridiche soggettive e, per un altro, la disciplina preesistente delle vicende, su cui tale ‘qualificazione’ vuole operare, sia compatibile, e possa integrarsi, con la disciplina chiamata ad applicarsi, per effetto della ‘qualificazione’ stessa, si arriva ad enucleare l’esatta dimensione in cui il ‘negozio di qualificazione’ può trovare utile applicazione, differenziandosi dal ricorso tanto a una attività negoziale che si muova all’interno dei confini della mera modificazione quanto a una che operi secondo la logica della sostituzione.

Tale esito, peraltro, non sembra esaurire la propria rilevanza su un piano esclusivamente nominalistico.

Si potrebbe essere portati a pensare, infatti, che non abbia alcuna ricaduta pratica affermare che l’attività di ‘qualificazione’ sia cosa diversa da quella di modificazione, realizzandosi, in entrambi i casi, una variazione della disciplina

delle situazioni giuridiche che ne sono oggetto; parimenti potrebbe essere considerato privo di conseguenze apprezzabili affermare che, oltre un certo limite, tale variazione, invece che modificazione, debba intendersi come sostituzione, essendo, in ogni caso conseguito il risultato finale voluto dalle parti.

Pare, invece, a chi scrive che la delimitazione del possibile spazio di intervento di un'attività di 'qualificazione' che non costituisca modificazione mera, e che non sconfini nella sostituzione del rapporto, abbia, al contrario, una notevole rilevanza, per l'attività negoziale delle parti, e, più in generale, per i terzi.

Il superamento del concetto di modificazione, consente di ammettere lo svolgimento dell'autonomia privata mediante un atto che pur limitandosi ad incidere sulla disciplina di situazioni giuridiche, è diretto a regolare un assetto di interessi sopravvenuto, o distinto, rispetto a quello soddisfatto dalle vicende che tali situazioni giuridiche hanno avuto ad oggetto.

Certo, come già detto, si potrebbe ancora parlare, al riguardo, di attività modificativa (con un linguaggio probabilmente legittimato anche dal dato normativo positivo, ma non assunto a riferimento dalla dottrina in argomento), nel senso più ampio, però, di intervento 'logico-operazionale' su situazioni giuridiche aventi titolo diverso, rilevante, al più, sul piano di una sistemazione unitaria della condotta all'interno di una peculiare categoria dogmatica (qui definita, sulla scorta dei più approfonditi studi in argomento, dei c.d. negozi sull'effetto giuridico).

Parimenti, il limite segnato dalla soglia dell'incompatibilità con la disciplina derivante dal titolo originario delle vicende di situazioni giuridiche, che si assumono ad oggetto, permette di discriminare il momento al ricorrere del quale l'attività negoziale dei privati non possa limitarsi a 'modificare' una data situazione giuridica, ma debba procedere ad una sostituzione integrale della regola che tramite la stessa è stata inizialmente posta.

Se, però, la sostituzione, come già insito nella logica dell'istituto che più di tutti ne incarna la proiezione giuridica, ossia l'istituto della novazione, si traduce un duplice momento dispositivo, l'uno diretto alla estinzione della regola incompatibile, l'altro diretto alla costituzione di quella nuova, è evidente che una conclusione come quella sopra avanzata abbia, in ultima analisi, delle conseguenze indubbiamente rilevanti.

Anzitutto, dando per presupposto che l'attività di 'qualificazione' possa trovare generica applicazione anche verso effetti di natura negoziale (questione sulla quale si tornerà, più ampiamente, nel successivo capitolo), poiché la revoca della disciplina di situazioni giuridiche aventi titolo in un atto negoziale richiede di essere veicolata, ai sensi dell'art. 1372 c.c., da un atto di mutuo dissenso, si potrebbe concludere nel senso che tale revoca non sia possibile, qualora, ad

esempio, pur se in contrasto con l'orientamento unanime della più recente dottrina e giurisprudenza³²⁶, si escludesse la possibilità di stipulare un mutuo dissenso di contratti ad effetti ormai esauriti.

Ulteriormente, qualora si volesse riconoscere come legittimo il ricorso, in ogni caso, al mutuo dissenso, si dovrebbe ammettere, di conseguenza, che il meccanismo di modificazione della disciplina dia necessariamente luogo ad un nuovo atto di disposizione delle situazioni giuridiche oggetto di diversa 'qualificazione', e, dunque, eventualmente, a una nuova vicenda circolatoria.

Ma il presupporre l'integrazione di una nuova vicenda circolatoria ha, a sua volta, implicazioni notevoli: comporta, ad esempio, che dal verificarsi del nuovo atto dispositivo tornino a decorrere i termini per l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria da parte dei creditori; che il nuovo acquisto del diritto possa essere condizionato dal sopravvenuto regime di comunione legale di una delle parti – conseguente all'instaurazione di un rapporto di coniugio o di unione civile, in un momento successivo a quello di stipulazione del primo titolo negoziale – o da una sopravvenuta situazione di incapacità all'acquisto (ad esempio nei casi di cui all'art. 1471 c.c.).

Implicazioni, queste, che verrebbero al contrario del tutto aggirate qualora si ritenesse possibile incidere con una nuova 'qualificazione', mediante una modificazione mera, alla quale rimarrebbero estranei quel doppio momento dispositivo, di cui si è detto, e la correlata nuova vicenda di costituzione/circolazione di diritti.

4.4 Un chiarimento: la dinamica della 'qualificazione' successiva

Tanto precisato su come l'adesione alla costruzione qui proposta possa incidere sui diversi problemi pratici che normalmente si pongono all'attenzione dell'interprete, appare opportuno soffermarsi brevemente sul rapporto temporale tra attività di 'qualificazione' ed effetti oggetto di 'qualificazione'.

Sin dall'inizio di questo lavoro si è più volte definita l'attività negoziale di 'riqualificazione' come quella diretta a dettare una nuova configurazione di situazioni giuridiche soggettive già venute ad esistenza per il tramite di condotte negoziali ad essa precedenti. In questi termini, essa, infatti, è stata intesa dai commentatori che hanno proposto, per primi, l'utilizzo di tale terminologia.

Parallelamente, si è definitiva come attività di 'qualificazione' *tout court* quella

³²⁶ Per un recente quadro di sintesi delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali v. G. ORLANDO, *Mutuo dissenso di contratto ad effetti reali*, *Contratti*, 2016, p. 371 ss.

rivolta verso situazioni giuridiche soggettive bensì venute ad esistenza in forza di condotte analogamente precedenti, ma caratterizzate da una valutazione legalmente tipica degli effetti³²⁷.

Innanzitutto, si può ragionevolmente sostenere che la prospettazione di una ‘qualificazione’ – per così dire – successiva debba mantenersi ferma quandanche le condotte su cui si volesse intervenire fossero temporalmente concomitanti: al di là della difficoltà pratica di individuare, in ogni ipotesi di ‘qualificazione’, un’effettiva contestualità tra la condotta diretta a porre in essere la situazione giuridica oggetto di ‘qualificazione’ e l’atto dispositivo, che tale ‘qualificazione’ vuole dettare (ci si può interrogare su come possa, nei fatti, essere contestuale l’accordo che ‘qualifica’ in termini liberali una condotta autonoma del disponente, come quella in cui si concreta la costruzione di un’opera sul fondo), in tutte le ipotesi qui studiate di ‘negozio di qualificazione’ sembra potersi sempre ravvisare una precedenza logica della condotta oggetto di ‘qualificazione’, rispetto alla ‘qualificazione’ stessa; circostanza, questa, che pare facilmente evincibile dall’essere rappresentata, la volontà di ‘qualificazione’, come volontà di *aggiungere* una disciplina ad una condotta autonoma che, in ogni caso, è destinata a rimanere ferma.

Inoltre, si rende necessario superare l’obiezione che, in certi casi (si pensi alla ‘qualificazione’ a titolo di liberalità o a titolo di transazione), in presenza di una ‘qualificazione’, la volontà delle parti debba intendersi piuttosto diretta a rinunciare all’eventuale rimedio specifico di volta in volta previsto dalla legge (sia esso un’impugnativa negoziale o una pretesa alla reintegrazione patrimoniale) e che solo verso tale atto negoziale abdicativo debba essere riconosciuta la particolare qualificazione funzionale.

Invero, diverse osservazioni appaiono rafforzare l’ipotesi ricostruttiva qui proposta.

In primo luogo, non si può negare che anche in altri casi di ‘qualificazione’ di effetti pregressi (ad esempio, la qualificazione liberale dell’adempimento del terzo o dell’acquisto per accessione) l’intervento dei privati possa determinare il superamento di una disciplina di *default* normalmente diretta ad apprestare rimedi giudiziali per l’ingiustificato arricchimento (per restare agli esempi fatti, l’azione ex art. 2041 c.c. o le indennità a favore di colui che ha eseguito l’opera o fornito i materiali), senza che ciò comporti sempre e solo la rinuncia allo strumento di

³²⁷ Si ricorderà, peraltro, che la dottrina in tema di qualificazione liberale di condotte materiali aveva prospettato come naturale l’ipotesi che l’accordo configurativo precedesse le condotte materiali, produttive degli effetti di legge. Tuttavia, come chiarito nelle pagine precedenti, e come si ribadirà anche *infra* nel testo, ciò non è in alcun modo di ostacolo ad ammettere che un tale accordo si ponga anche in una fase successiva, rispetto al perfezionamento delle predette condotte.

tutela o al credito relativo³²⁸.

Né, a riguardo, sembra possibile argomentare che le ipotesi in cui tali rimedi possono dirsi superati dalla disciplina del tipo negoziale, di cui si vuole dettare la ‘qualificazione’, siano solo quelle in cui la qualificazione è preventiva rispetto al verificarsi della condotta da ‘qualificare’: il richiedere che la qualificazione sia sempre e solo preventiva rispetto alla condotta, oltre ad essere difficilmente praticabile a livello reale (potendo essere uno dei soggetti spinto al perfezionamento della condotta, oggetto di qualificazione liberale, proprio in forza di una spontanea volontà attributiva, al ricorrere di determinate situazioni di difficoltà del beneficiario, prima ancora di procedere a verifica circa l’accordo dello stesso, sul predetto significato liberale³²⁹) pare decisamente poco aderente alla realtà delle relazioni economico-giuridiche, e, comunque, smentito dal dato positivo (anticipando quanto sarà meglio espresso nel prossimo capitolo, si pensi allo *spatium deliberandi* concesso al terzo beneficiario ex art. 1411 c.c.: se la causa che giustifica l’attribuzione al terzo – la quale, stante il principio causalistico vigente nel nostro ordinamento, non può mai mancare – fosse necessariamente preventiva rispetto alla stipulazione della prestazione a suo favore, non si vedrebbe la ragione per ammettere la possibilità di un rifiuto, da parte dello stesso: a fronte, infatti, del consenso già prestato all’attribuzione a proprio vantaggio, lo stesso non potrebbe autonomamente procedere, mediante il rifiuto, a revocare la costituzione del rapporto che la giustifica, in deroga all’art. 1372 c.c.).

Non mancano, poi, casi, all’interno del nostro ordinamento, di condotte negoziali con cui si consente, in via successiva, di incidere sulla disciplina dell’atto, facendo venir meno la sua disciplina di *default*: emblematica, in tal senso, la possibilità di ricondurre ad equità il negozio rescindibile, ai sensi dell’art. 1450 c.c..

Per concludere, può fondatamente sostenersi, aderendo all’orientamento prevalente della dottrina³³⁰, che la ‘qualificazione’ delle attribuzioni liberali conseguenti a condotte materiali o negoziali possa intervenire anche successivamente al realizzarsi della condotta stessa, e che l’esatta ricostruzione della volontà del soggetto disponente sia sempre la chiave per comprendere la

³²⁸ Per tutti v. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (82), p. 234-235. Sull’adempimento del terzo, v. in particolare quanto osservato nel prossimo capitolo.

³²⁹ Circostanza questa resa ancora più facile dal fatto che le liberalità non donative, per definizione, non richiedono di essere veicolate attraverso la formalizzazione solenne dell’atto pubblico.

³³⁰ Cfr. tra i vari L. MENGONI, *Successione necessaria* in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 257; A. PALAZZO, *Le donazioni (Artt. 769-809)* in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 642-643; CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (82), p. 201.

concreta portata dall'atto dispositivo e capire, dunque, tramite quale effetto, diretto o riflesso, si veicola la realizzazione del dato assetto di interessi.

4.5. Brevi cenni operativi (i soggetti, l'oggetto, gli elementi accidentali, la pubblicità-opponibilità, la dimensione temporale dell'effetto)

Per fornire, a completamento, qualche rapida indicazione di stampo operativo, può affermarsi che per ogni altro aspetto relativo alla fisionomia del suddetto 'negozio di qualificazione', potrà senz'altro farsi riferimento alla disciplina di legge corrispondente all'operazione economico-giuridica che tramite lo stesso si vuole instaurare³³¹.

Ciò è rilevante per quanto riguarda, in particolare, l'individuazione dei soggetti legittimati e di quelli necessari, dell'oggetto su cui può innestarsi la disciplina 'riqualificata', nonché i limiti di variabilità del contenuto del regolamento posto³³².

Quale esempio, si potrebbe pensare ad una 'qualificazione' in termini transattivi di quelle stesse condotte materiali normalmente utilizzate per realizzare fattispecie liberali³³³: è indubbio che, in tale caso, per individuare i presupposti ed i limiti del regolamento transattivo dovrà farsi riferimento alle disposizioni codicistiche che di tale regolamento pongono la disciplina (così dovendosi escludere la legittimità di una simile 'qualificazione' qualora la condotta materiale abbia inciso su diritti sottratti alla disponibilità delle parti³³⁴).

Due notazioni particolari sembrano potersi riservare tanto al profilo oggettivo quanto a quello pubblicitario.

Soffermandosi sul primo, può essere utile interrogarsi sulla possibilità che il 'negozio di qualificazione' intervenga prima della venuta ad esistenza delle situazioni giuridiche soggettive o delle relative vicende sulle quali è chiamato ad operare, e, dunque, in sostanza, assuma ad oggetto una modificazione giuridica

³³¹ Così AMADIO, *Attribuzioni liberali e "riqualificazione della causa"*, (45), p. 507-508; significativo che a questa medesima conclusione, pur partendo da premesse teoriche opposte, giunga anche BUSANI, *Il contratto di "riqualificazione" della donazione di partecipazioni sociali in patto di famiglia*, (93), p. 541 ss..

³³² Ritorna ancora il monito di BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico (ristampa della corretta della II edizione)*, (35), p. 241 su cui vedi nota 312.

³³³ Per una considerazione della transazione come schema negoziale caratterizzato da variabilità tale da consentire la sua attuazione attraverso un'attività di 'qualificazione', come in queste pagine definita, v. nota 322.

³³⁴ Il caso potrebbe essere quello della 'qualificazione' in termini transattivi della prescrizione del credito da lavoro: stante il combinato disposto degli artt. 1966 e 2113 c.c., tale 'accordo di qualificazione' non potrà considerarsi validamente perfezionato.

solo futura.

Sul piano pratico, riprendendo l'esempio dell'accordo configurativo di liberalità non negoziali, può ritenersi senz'altro di interesse (e, molto probabilmente, non lontano dall'esperienza concreta) valutare se possa dirsi legittimo che le parti si accordino, in anticipo, sul significato liberale della situazione giuridica destinata a venire ad esistenza per effetto della condotta oggetto di valutazione legalmente tipica (ad esempio, l'estinzione del diritto di credito per prescrizione, ovvero l'acquisto della titolarità dell'immobile per accessione).

Non sembra, tuttavia, che il quesito possa avere risposta diversa da quella positiva.

Al di là delle conferme ricavabili dal dato positivo, sopra analizzato (in particolare, tenendo a mente il contenuto dell'art. 1252, comma 2, c.c.³³⁵), non sembrano sussistere ostacoli ad ammettere che anche l'effetto regolamentare, fin qui considerato, sia soggetto agli ordinari principi in materia di oggetto dell'atto di autonomia. Non si può dimenticare, d'altro canto, che, come precisato sopra, ogniquale volta il negozio dia vita ad una data vicenda di una situazione giuridica soggettiva, esso ponga, in realtà, anche la correlativa regolamentazione; essendo regola di legge (art. 1348 c.c.) che un negozio produttivo di vicende possa riferirsi ad un oggetto futuro, appare giocoforza affermare che anche l'efficacia regolamentare debba dirsi, rispetto ad un simile oggetto, pienamente compatibile³³⁶.

Alcune criticità potrebbero derivare, invece, dalla valutazione del secondo dei due profili sopra considerati, ossia quello relativo alla pubblicità e all'opponibilità del regolamento 'riqualificato', stante, in particolare, il presupposto della mancata produzione, da parte del 'negozio di qualificazione', delle vicende oggetto di 'qualificazione', normalmente soggette, per volontà legislativa, al meccanismo di pubblicità all'interno dei pubblici registri immobiliari.

In realtà, proprio la considerazione del fatto che all'ipotizzato 'negozio di qualificazione' possa non seguire la produzione di vicende oggetto di segnalazione all'interno dei pubblici registri, discende l'irrilevanza del problema del suo mancato inserimento all'interno del relativo sistema.

In effetti, il meccanismo della pubblicità delle vicende attinenti ai diritti

³³⁵ Cfr. anche note 257 e 258.

³³⁶ Così espressamente GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, (14), p. 42 ad opinione del quale, ai sensi dell'art. 1321 c.c., "il contratto può essere rivolto tra l'altro a regolare un rapporto giuridico, che ben può essere anche futuro"; GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, (1), p. 104 secondo cui "il termine "regolare" non ha, in sé, quale carattere imprescindibile, quello di disciplinare rapporti attuali e, del resto, due soggetti possono, mediante contratti, regolare rapporti non ancora in atto, ad esempio, perché l'oggetto del contratto deve ancora venire in vita (cfr. artt. 1348 e 1472 cod. civ.)".

immobiliari ha come precipua funzione quella di risolvere un conflitto nella titolarità dei diritti, lasciandone del tutto sullo sfondo (o, meglio, nel pur utile, ma generalmente irrilevante, ai fini dell'opponibilità, Quadro D) la relativa regolamentazione³³⁷.

Pertanto, ai fini degli obiettivi perseguiti dalle parti del 'negozio di qualificazione' ciò che conta è che sia pubblicizzata la vicenda venuta ad esistenza con precedenza rispetto all'attività di 'qualificazione', della quale, come chiarito, tale vicenda costituisce l'oggetto.

L'eventuale circostanza che, rispetto alla titolarità di tale diritto, anche nei confronti dei terzi, si faccia valere una data disciplina (si pensi, per tornare al caso della liberalità non negoziali, all'esistenza di un *modus*, di certo non oggetto di pubblicità ma rilevante, ai fini successori, qualora, ad esempio, esaurisca il valore dell'attribuzione) sarà senz'altro un problema di prova in giudizio del concreto assetto di interessi e non di pubblicità ed opponibilità del regolamento.

Quanto detto, peraltro, sarà destinato valere anche qualora, come precisato qualche pagina addietro³³⁸, il 'negozio di qualificazione' entri in un assetto negoziale più ampio, produttivo di effetti ulteriori, normalmente suscettibili di pubblicità (si pensi, sempre nel campo delle liberalità non negoziali, al negozio configurativo che voglia apporre al regolamento liberale una condizione risolutiva): in tale caso, infatti, poiché non è, comunque, il negozio configurativo ad aver determinato l'acquisto del diritto oggetto di pubblicità, la risoluzione del rapporto, per il verificarsi dell'evento, dovrebbe ragionevolmente concernere esclusivamente la disciplina conseguente all'attività di 'qualificazione', lasciando impregiudicato l'acquisto avvenuto per effetto della fattispecie legalmente tipica, rispetto a cui dovrebbero, quindi, tornare nuovamente in rilievo le norme di legge suppletive alla mancanza di un regolamento pattizio.

Sempre conformemente ai principi generali e alle norme di legge che disciplinano l'assetto negoziale che le parti, mediante l'attività di 'qualificazione', vogliono porre in essere, sembra potersi risolvere, infine, anche il problema circa la natura retroattività o meno della 'qualificazione' convenuta³³⁹.

³³⁷ Per tutti v. F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione, I. Trascrizione di atti e sentenze*, Utet, Torino, 2012, p. 65 secondo cui "l'atto deve essere trascritto ai fini esclusivamente della risoluzione dei conflitti, in funzione, cioè, latamente cautelativa, cosicché esula del tutto da tale funzione, e dal correlato onere posto a carico dell'interessato, la pubblicizzazione dell'atto a fini ulteriori, se non proprio ultronei, quali quello di informare i terzi in ordine alla risolubilità o meno dell'atto trascritto e più in generale in ordine alla sua disciplina giuridica. Porre a disposizione dei terzi tali notizie potrà essere anche conseguenza naturale e ricorrente della trascrizione, ma tale servizio non ne costituisce di certo la ratio, né lo scopo".

³³⁸ Vedi, in questo capitolo, par. 2.

³³⁹ Come sembrano fare BUSANI, *Il contratto di "riqualificazione" della donazione di partecipazioni sociali in patto di famiglia*, (93), p. 540; AMADIO, *Attribuzioni liberali e "riqualificazione della causa"*, (45), p. 507-508.

Capitolo IV

La ‘riqualificazione’ delle donazioni

1. Precisazioni preliminari

Lo studio che si è tentato di svolgere nelle pagine precedenti, e, in particolare, nel capitolo appena concluso, muoveva da un obiettivo preciso, ossia quello di individuare, per l’ipotizzato ‘negozio di qualificazione’, una cornice dogmatica coerente e il più possibile certa.

Coerente, anzitutto, con il dato normativo positivo: a questo, infatti, l’interprete deve sempre guardare per individuare le coordinate dello specifico sistema – nel caso di specie, quello relativo all’autonomia contrattuale ovvero negoziale – all’interno del quale intende collocare qualsiasi nuova figura di cui vuole proporre l’implementazione.

Coerente, ulteriormente, con quella che è la preesistente sistematica, ossia il patrimonio condiviso di principi teorici e metodologici su cui si fonda la scienza giuridica, al fine di evitare, in particolare, che la costruzione di un nuovo modello di sistemazione dell’esperienza empirica si risolva in una moltiplicazione delle formule linguistiche utilizzate per esprimere le medesime strutture giuridiche.

Certa, infine, per quel che riguarda i presupposti ed i limiti che della predetta cornice rappresentano i confini, in modo che possano essere delineati, con la maggior chiarezza possibile, gli spazi entro cui la figura proposta mira ad avere utile applicazione.

A conclusione della presente ricerca, enucleato in cosa sembra potersi tradurre l’ipotizzato ‘negozio di qualificazione’, sul piano della struttura come su quello della funzione, in punto di efficacia come in ordine ai possibili contenuti regolamentari, si può, dunque, cercare di offrire una risposta all’interrogativo che ha rappresentato lo spunto per darvi avvio, e cui è dedicata la stessa intitolazione.

L’interrogativo, come intuito, riguarda quella fattispecie in cui ad oggetto dell’attività di ‘qualificazione’ sia posta una precedente condotta negoziale già recepita, e riconosciuta dall’ordinamento, sotto forma di liberalità donativa.

In sostanza, l’interrogativo riguarda la legittimità di quel fenomeno che nella prassi contrattuale, soprattutto notarile, ha assunto il nome, più volte ricordato, di ‘riqualificazione causale’ delle liberalità.

Per dare corso a questo ultimo passaggio dell’indagine null’altro sembra essere necessario, peraltro, se non valutare a quali esiti conduce l’applicazione di quelle

posizioni interpretative che si è ritenuto di poter adottare a conclusione dei ragionamenti proposti nei precedenti capitoli.

A tale obiettivo, e a tale valutazione, è, dunque, dedicato lo svolgimento del presente capitolo.

2. La ‘riqualificazione’ di condotte negoziali in generale

2.1. Le fattispecie e i problemi

Per valutare la correttezza della proposta dottrinale in materia di ‘riqualificazione’ delle liberalità può essere utile partire da una più generale valutazione del modo in cui può atteggiarsi l’attività di ‘qualificazione’ nel momento in cui ad essa si ricorre per rideterminare la rilevanza giuridica di condotte aventi, *ab origine*, natura negoziale.

Anche tenendo a mente le situazioni di fatto maggiormente diffuse nella prassi professionale quotidiana – già più volte richiamate, in quanto oggetto centrale di studio, nell’elaborazione della figura dell’accordo configurativo di liberalità non donative – sembra corretto distinguere due ipotesi in cui può intervenire la ‘qualificazione’ di situazioni giuridiche scaturenti da preesistenti o contestuali assetti negoziali.

In primo luogo, può darsi il caso in cui l’assetto negoziale, di cui si voglia dettare la specifica ‘qualificazione’, concerne soggetti in parte diversi da quelli interessati alla conclusione del predetto ‘negozio di qualificazione’.

Specificità, questa, che, per definizione, non può porsi nell’ipotesi di condotte oggetto di una valutazione legalmente tipica. Nell’ambito di quest’ultime, infatti, non è possibile individuare delle ‘parti’ in senso tecnico, rilevando, in via esclusiva, il fatto atomisticamente considerato; laddove, al contrario, l’atto negoziale riposa sul concetto di parte quale soggetto cui è imputabile l’intera fattispecie in cui il negozio si sostanzia¹.

Emblema di questo particolare modo di procedere dell’attività di ‘qualificazione’ può riscontrarsi nelle (parimenti più volte citate) fattispecie in cui si sostanzia, secondo la casistica adottata dall’interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, il fenomeno della c.d. intestazione di beni a nome altrui. È chiaro, infatti, che nelle ipotesi in cui un soggetto miri a far conseguire, a vantaggio di un beneficiario, normalmente per fini liberali, un dato *asset*

¹ Illuminanti in questo senso possono essere le indicazioni di G.B. FERRI, *Voce* ‘Parte del negozio giuridico’, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 901 ss..

immobiliare senza che questo trascorra, anche solo per un istante logico, nel proprio patrimonio (avvalendosi, quindi, dell'intervento di un soggetto venditore estraneo al rapporto tra egli disponente, che si fa carico del costo della transazione, e destinatario dell'acquisto)² si verifica una non perfetta coincidenza tra i soggetti partecipi del rapporto da cui origina la situazione giuridica di cui si vuole dettare la 'qualificazione' (disponente e terzo venditore) e quelli di cui sarebbe richiesta la partecipazione al fine di attribuire, alla predetta situazione giuridica, il significato di elargizione liberale (disponente e terzo beneficiario)³.

Più in particolare, la non perfetta coincidenza soggettiva deriverebbe, in tali ipotesi, dai particolari strumenti di volta in volta utilizzati per raggiungere il risultato perseguito.

A titolo di esempio, possono richiamarsi alla mente, secondo un insegnamento manualistico, le fattispecie dell'adempimento del terzo (dell'obbligazione di pagamento del prezzo) e del contratto (di compravendita) stipulato a favore del terzo⁴.

Nel primo caso, come noto, l'intervento del terzo nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria, scaturente dal titolo contrattuale, configura un vero e proprio atto negoziale⁵, definito, per opinione prevalente⁶, di natura unilaterale,

² Cfr. U. CARNEVALI, *Voce* 'Intestazione di beni sotto nome altrui', *Enc. Giur.*, Istituto dell'Enc. It., Roma, 1990, p. 1.

³ Come emerge dalle annotazioni di V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 181-183 (nonché dalla quadripartizione dei possibili schemi operativi in cui può inquadrarsi l'iniziativa privata, recentemente offerta da N. DI MAURO, *L'individuazione dell'oggetto delle liberalità in alcune fattispecie particolari*, *Riv. Not.*, 1989, p. 1163 ss.) in presenza di una pluralità di atti negoziali, più o meno contestuali, l'esatta definizione dell'oggetto della liberalità (e, dunque, in ultima analisi, dell'effettiva struttura di effetti adoperata per conseguirla) dovrebbe dipendere da una analisi concreta, da eseguirsi caso per caso, della effettiva volontà delle parti, cui dovrebbe corrispondere il più adeguato esercizio di *ars stipulatoria* da parte dell'operatore giuridico interessato a tradurne il relativo contenuto in precetti vincolanti. Ciò significa che, a rigore, l'intervento liberale del donante, che si faccia carico del costo economico dell'attribuzione, potrebbe essere diretto a far conseguire al beneficiario tanto una somma di denaro, quanto l'immobile, e ciò in ragione della diversa volontà a tal fine manifestata dalle parti. Ciononostante, si deve anche dare conto del più rigido orientamento, fatto proprio dalla giurisprudenza di Cassazione, a partire dalla nota sentenza delle Sezioni Unite 5 agosto 1992, n. 9282, secondo cui la tendenziale contestualità degli atti in cui si realizza una determinata operazione di acquisto dell'immobile a favore di un soggetto, che non ne sopporta il relativo costo, dovrebbe inderogabilmente comportare che l'attribuzione liberale assuma ad oggetto il diritto immobiliare.

⁴ L'esemplificazione non è, come ovvio, esaustiva (si pensi, quale schema ulteriore cui si fa ricorso nella prassi, al contratto per persona da nominare).

⁵ In quanto forma di autoregolamento della sfera giuridica del terzo, soggetto estraneo, per definizione di fattispecie, al rapporto giuridico preesistente su cui è destinata ad innestarsi la di lui attività esecutiva (sul punto v. C. TURCO, *L'adempimento del terzo (Art. 1180)* in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 43).

⁶ *Ex multis* v. TURCO, *L'adempimento del terzo (Art. 1180)*, (5), p. 155-156; U. BRECCIA, *Le obbligazioni* in G. IUDICA-P. ZATTI (curr.), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 438-439; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t.1 in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 179 e 189.

o, secondo una diversa ma minoritaria ricostruzione⁷, di natura contrattuale (nella misura in cui richiede il consenso del creditore a che la prestazione sia eseguita da un soggetto diverso dall'originario debitore⁸).

Quale che sia la struttura ritenuta più confacente all'istituto, ciò che non pare messo in discussione è che esso non coinvolga mai, in nessun caso, il soggetto debitore in luogo del quale la prestazione viene dal terzo eseguita. Di guisa che, laddove la condotta che determina la situazione giuridica in cui si sostanzia l'arricchimento liberale nasce dalla combinazione⁹ di due attività negoziali separate e soggettivamente distinte (il contratto di compravendita tra beneficiario e terzo venditore, da un lato, il negozio di adempimento del beneficiario, dall'altro) il rapporto liberale si instaura esclusivamente tra il terzo adempiente e l'acquirente del bene.

Analoghe considerazioni possono svolgersi con riferimento al secondo caso, cioè quello del contratto a favore del terzo, ai sensi dell'art. 1411 c.c..

Questa figura, come parimenti noto, nasce dalla sovrapposizione tra una struttura contrattuale tipica od atipica ed un patto accessorio avente, quale funzione, la deviazione, a favore di un soggetto diverso dalle parti originarie, di una o più delle prestazioni contrattuali dovute da una di esse (il promittente) all'altra (lo stipulante), per la soddisfazione di un interesse giuridicamente rilevante di quest'ultima¹⁰.

In modo assolutamente indiscusso¹¹ si precisa che il terzo beneficiario della prestazione deviata non entri in alcun modo nel rapporto contrattuale tra stipulante

⁷ Così, essenzialmente, sebbene nel vigore del precedente codice civile, R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Giuffrè, Milano, 1936, p. 156 ss.. Aderisce R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale* in AA.VV., *Commentario del Codice civile*, Utet, Torino, 1982, p. 91.

⁸ Ipotesi ad oggi in contrasto con il tenore testuale del vigente art. 1180, comma 1, c.c., secondo il quale, infatti, "*l'obbligazione può essere adempiuta da un terzo anche contro la volontà del creditore*".

⁹ Il termine è utilizzato al fine di non prendere posizione in ordine alla possibilità di definire in termini di collegamento negoziale il complesso procedimento in cui si sostanzia l'intestazione di beni a nome altrui. Su tale specifica questione v. *infra* nel testo.

¹⁰ L'esatta interpretazione di tale requisito ha rappresentato, senza dubbio, uno degli aspetti più dibattuti della figura. Molte e diverse sono le teorie che, nel tempo, si sono succedute per cercare di individuarne la definizione più corretta (dalla tesi che vi ravvisava una pura duplicazione della disposizione generale in tema di interesse del creditore nell'obbligazione, ossia l'art. 1174 c.c., alla tesi che lo qualificava alla stregua di un requisito di validità della intera pattuizione a favore del terzo, pur dotata di autonoma causa); allo stato attuale la posizione prevalente, soprattutto in dottrina, ritiene che l'interesse dello stipulante coincida con l'interesse meritevole, richiesto in via generale dall'art. 1322 c.c., per la validità della disposizione che lo stipulante fa a vantaggio del terzo, attraverso la deviazione della prestazione a lui spettante, da eseguirsi ad opera del promittente. Per un'esauritiva esposizione dei diversi orientamenti in materia v. per tutti F. ANGELONI, *Del contratto a favore di terzi* in A. SCIALOJA-G. BRANCA (cur), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2004, p. 19 ss..

¹¹ È sufficiente qui richiamare l'impostazione manualistica: per tutti v. G. AMADIO-F. MACARIO (curr.), *Diritto civile I. Norme, questioni, concetti*, Mulino, Bologna, 2014, p. 776-777.

e promittente, cui rimane estraneo. Da ciò discende che allo stesso è consentito esercitare esclusivamente le azioni e le eccezioni che competono alla specifica prestazione o che sono attinenti ai rapporti personali dallo stesso intrattenuti con il promittente-debitore¹².

Anche in questa ipotesi, quindi, si assiste allo scollamento tra i profili soggettivi del negozio da cui origina l'attribuzione qualificata come liberale (concernente esclusivamente le posizioni del promittente e dello stipulante) e quelli del rapporto cui tale qualificazione dovrebbe accedere (cui partecipano, diversamente, lo stipulante e il terzo beneficiario).

Entrambe le fattispecie sopra considerate, come già accennato ad inizio del presente lavoro¹³, sembrano offrire motivo di conferma della bontà della costruzione del 'negozio di qualificazione', qui ipotizzata.

La previsione, infatti, di un apposito e distinto accordo di natura negoziale alla base della qualificazione come liberalità appare andare perfettamente incontro alla divergenza tra i profili soggettivi dei rapporti negoziali coinvolti, colmando il vuoto derivante dalla formale assenza di un momento di incontro tra la volontà del disponente la liberalità e la volontà di colui il quale tale liberalità dovrebbe conseguire.

Eppure, come ugualmente già accennato nelle prime pagine dello studio¹⁴, non mancano voci autorevoli¹⁵ che archiviano tale mancanza di incontro tra le volontà come meramente apparente, giudicando la necessità di un apposito accordo, a sua sostituzione, come superflua.

E il rischio che l'imposizione di questo specifico momento negoziale non trovi adeguata giustificazione si rende ancor più evidente guardando al secondo modo in cui può atteggiarsi la volontà di 'qualificazione' avente ad oggetto condotte di natura negoziale¹⁶.

Il richiamo è a quelle ipotesi in cui si verifica la totale identità soggettiva tra le parti dell'atto negoziale, che dà origine alle situazioni giuridiche potenzialmente

¹² Cfr. ANGELONI, *Del contratto a favore di terzi*, (10), p. 374 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale* in AA.VV., *Commentario del Codice civile*, Utet, Torino, 1980, p. 447.

¹³ Vedi Cap. I, par. 2.1..

¹⁴ Vedi sempre Cap. I, par. 2.1

¹⁵ Cfr. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (3), p. 118 ss; G. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima "per equivalente")*, *Riv. Dir. Civ.*, 2009, p. 705 (invero, la chiusura non sembra totale, nella misura in cui si afferma che l'esigenza alla base dell'elaborazione dell'accordo configurativo, difficilmente superabile per le liberalità non negoziali, non sembra riproporsi nel caso di liberalità negoziali "almeno non negli stessi termini e non costantemente"); anche in ID., *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, *Riv. Not.*, 2009, p. 839 nota 49.

¹⁶ In termini analoghi la distinzione proposta da CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (3), p. 115-116 e da A. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, *Riv. Dir. Civ.*, 1976, p. 303-304.

oggetto di ‘qualificazione’, e le parti del rapporto cui tale ulteriore ‘qualificazione’ dovrebbe accedere.

A questa diversa ipotesi potrebbe attagliarsi meglio l’utilizzo del termine ‘riqualificazione’, essendo, per ipotesi, la nuova ‘qualificazione’ delle situazioni giuridiche – conseguente al perfezionamento del sopravvenuto ‘accordo di qualificazione’, qui indagato – distinta ed aggiuntiva, rispetto alla qualificazione scaturente dal negozio, che a tali situazioni giuridiche ha originariamente dato vita. Successiva e aggiuntiva, dunque, rispetto alla qualificazione già scelta, nel primo contesto negoziale, dai medesimi soggetti interessati, in una fase posteriore, alla ‘riqualificazione’.

Rimanendo nella casistica offerta dal campo delle liberalità non donative di natura negoziale, si può pensare, come esempio di questo diverso modo di procedere dell’autonomia privata¹⁷, alla figura del *negotium mixtum cum donatione*¹⁸.

Tradizionalmente, si ricorre a tale espressione per designare quel negozio oneroso (sia esso di natura commutativa, aleatoria o finanche associativa¹⁹) in cui

¹⁷ Riconosciuto da CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (3), p. 148 come “l’atto di liberalità più diffuso in assoluto (assieme alla c.d. intestazione di beni a nome altrui)”.

¹⁸ Su cui vedi, oltre alle pagine ad essa dedicate nelle produzioni trattatistiche, *ex multis* A. CATAUDELLA, *La forma del “negotium mixtum cum donatione”*, *Foro pad.*, 1972, I, c. 393 ss.; A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Giuffrè, Milano, 1970; B. BIONDI, *Chiarimenti intorno al negotium mixtum cum donatione e alla donazione indiretta*, *Banca, borsa tit. cred.*, 1960, I, p. 180 ss.; G. DEIANA, *La natura giuridica del negotium mixtum cum donatione*, *Dir. Prat. Comm.*, 1938, I, p. 102 ss.; T. ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto e negotium mixtum cum donatione*, *Riv. Dir. Comm.*, 1930, II, p. 462 ss..

¹⁹ La sovrapposibilità tra contratti associativi e funzione liberale è generalmente ammessa, seppure con alcuni distinguo, soprattutto in forza della previsione contenuta nell’art. 743 c.c., il quale stabilisce, infatti, che “non è dovuta collazione di ciò che si è conseguito per effetto di società contratta senza frode tra il defunto e alcuno dei suoi eredi, se le condizioni sono state regolate con atto di data certa”. Invero, la norma *de qua* ha alimentato un dibattito non ancora del tutto sopito, tanto in merito alla sua rilevanza operativa, quanto in relazione al suo campo di applicazione. Per quel che riguarda il primo profilo, l’opinione più risalente (N. COVIELLO-L. COVIELLO, *Delle successioni. Parte generale*, Napoli, 1935, p. 474) secondo cui essa varrebbe a costituire una presunzione assoluta dell’assenza del carattere liberale nelle società contratte con atto di data certa, è ormai superata dalla posizione maggioritaria di chi (*ex multis* A. ALBANESE, *Art. 743* in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 239-240; P. FORCHIELLI-P. ANGELONI, *Art. 743* in G. BRANCA-A. SCIALOJA (curr.), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2000, p. 586; F. REALMONTE, *Associazione in partecipazione e obbligo di collazione*, *Riv. Soc.*, 1961, p. 519-520; R. NICOLO’, *Collazione di lucri derivanti da società di fra defunto ed erede* in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Cicu*, I, Giuffrè, Milano, 1951, p. 64) vi vede, più limitatamente, una presunzione *iuris tantum*, cui consegue una mera inversione dell’onere probatorio (ritiene, invece, che la norma miri a porre una mera facilitazione probatoria, senza operare in termini di presunzione A. CICU, *Successioni per causa di morte: parte generale* in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 524-525). Per quanto concerne, invece, l’ambito di applicazione, è opportuno segnalare che la posizione dominante di dottrina e giurisprudenza, nell’unica sentenza edita in argomento (v. A. PALAZZO, *Le donazioni (artt. 769-809)* P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 670; FORCHIELLI-ANGELONI, *Art. 743*, *ivi*, p. 588; N. VISALLI, *La collazione*, Cedam, Padova, 1988, p. 130; A. BURDESE, *La divisione ereditaria* in F. VASSALLI (cur.), *Trattato di diritto*

le parti intenzionalmente stabiliscono un corrispettivo o, più in generale, un'attribuzione patrimoniale in una misura di gran lunga inferiore a quella che sarebbe dovuta, nell'intento di arricchire una o più parti del negozio stesso²⁰.

La figura certamente più dibattuta, che di tale categoria può essere assunta a modello, è quella della vendita mista con donazione.

Ciò che rende peculiare tale fattispecie è la circostanza che, attraverso il suo perfezionamento, i contraenti intendano programmare tanto un'operazione economica di scambio, quanto, nel contempo, un'attribuzione liberale²¹.

L'apparente antinomia tra i profili causali della figura dà ragione delle controversie che si rilevano, ancora oggi, attorno alla corretta ricostruzione della sua natura giuridica.

Tuttavia, laddove la dottrina più risalente²² risolveva il suddetto contrasto in una scissione tra due distinte, sebbene sovrapposte, manifestazioni contrattuali, la teorica più moderna converge nell'affermare l'unitarietà della figura, discutendo, piuttosto, se l'intento liberale ad essa sotteso si traduca in un semplice motivo²³

civile italiano, Utet, Torino, 1980, p. 300; NICOLO', *ivi*, p. 644; Cass., 2 novembre 1959, n. 3228 in *Foro It.*, 1959, I, c. 1643) affermi l'inconciliabilità tra l'art. 743 c.c. e il modello capitalistico di società; tuttavia, è parimenti opportuno ricordare, come da più voci osservato (v. STEVANATO, *Donazioni e liberalità indirette nel tributo successorio*, Cedam, Padova, 2000, p. 190; FORCHIELLI-ANGELONI, *Art. 743*, *ivi*, p. 586; BURDESE, *ivi*, p. 300; Trib. Vicenza, 5 ottobre 1953), che la norma riguarda una specifica ipotesi di arricchimento liberale, ossia la percezione degli utili, e che essa, pertanto, da un lato, debba confrontarsi con l'avvenuto ampliamento dei margini di libertà delle pattuizioni sociali delle società capitalistiche, nel derogare al criterio di proporzionalità tra conferimento e utile (da cui nascerebbe la limitazione della norma alle società personali - cfr. le osservazioni di STEVANATO, *ivi*, p. 191-192) e, dall'altro, non possa considerarsi esaustiva di tutte le ipotesi di liberalità indirette realizzabili con lo schermo societario, a cui, evidentemente, non potrà essere sempre applicata (sempre STEVANATO, *ivi*, p. 192). Rimane, dunque, il valore sistematico della disposizione, quale indice della rilevanza degli intenti liberali anche nell'ambito dei meccanismi dell'impresa collettiva (come annota anche U. CARNEVALI, *Le donazioni* in P. RESCIGNO (cur.), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1982, p. 448), e, più in generale, dei contratti associativi; rilievo, questo, su cui si tornerà anche nel prosieguo dell'indagine.

²⁰ Cfr. A. TORRENTE, *La donazione* (seconda edizione aggiornata a cura di A. PALAZZO-A. MORA) in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 51; CATAUDELLA, *La donazione mista*, (18), p. 3 ss.; B. BIONDI, *Le donazioni* in F. VASSALLI (cur.), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1961, p. 944.

²¹ Efficacemente sintetizza CARNEVALI, *Le donazioni*, (19), p. 507 affermando che "nella stessa operazione economica concorrono simultaneamente due cause, quella onerosa e quella gratuita" (così, peraltro, già F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1985, p. 226). Invero, il contemporaneo riferimento alla liberalità (con il richiamo alla causa gratuita) e al concetto di 'operazione economica' mostra già *in nuce* i possibili limiti e contraddizioni della qualificazione, oltre meglio chiarita, di negozio con causa mista.

²² Così F. FERRARA, *La simulazione dei negozi giuridici*, Athenaeum, Roma, 1922, p. 195 nota 3; G. BALBI, *La donazione* in G. GROSSO-F. SANTORO-PASSARELLI (curr.), *Trattato di diritto civile*, Vallardi, Milano, 1964, p. 119; G. DEIANA, *La natura giuridica del negotium mixtum cum donatione*, (18), p. 212 ss.; M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, *Riv. It. Scienz. Giur.*, 1937, p. 47 ss.. Più ambiguo, considerato che in altri contesti assume lo spirito di liberalità come mero motivo, TORRENTE, *La donazione* (seconda edizione aggiornata a cura di A. PALAZZO-A. MORA), (20), p. 52.

²³ Cfr. D. RUBINO, *La compravendita* in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 270; G. DE GENNARO, *I contratti misti*, Cedam,

ovvero in una commistione di cause, idonea a spostare l'inquadramento del negozio nell'ambito dei contratti c.d. misti²⁴, ovvero ancora in una categoria negoziale *sui generis*²⁵.

All'evidenza, la circostanza che il risultato liberale sia direttamente perseguito tra quelle stesse parti che beneficiano dell'operazione economica alimenta il dubbio circa la sua effettiva configurabilità in termini di liberalità non donativa²⁶ e, di conseguenza, in ordine alla concreta possibilità di accertare, nel contesto della complessiva attività negoziale, un apposito momento dispositivo diretto alla qualificazione liberale di un distinto regolamento di situazioni giuridiche soggettive²⁷.

Questa considerazione appare non contestabile nella misura in cui si affermi l'unicità dello strumento di autonomia²⁸. Tuttavia, non può essere considerata fuori luogo anche nel caso in cui si adotti l'impostazione teorica che ravvisa, nella figura *de qua*, una duplicità di negozi: poiché, infatti, tale duplicità è per lo più ridotta ad una partizione logica tra l'atto che fonda la prestazione oggetto di scambio e l'atto che fonda l'attribuzione gratuita²⁹, potrebbe essere affermato che, in ogni caso, il conseguimento dello scopo liberale si esaurisca, interamente, nella produzione degli effetti dell'atto gratuito, i quali si presentano indipendenti da quelli dell'atto oneroso, che vi si affianca³⁰.

Padova, 1934, p. 216 ss.; ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto e negotium mixtum cum donatione*, (18), p. 473 ss..

²⁴ Così CARNEVALI, *Le donazioni*, (19), p. 509; CATAUDELLA, *La forma del "negotium mixtum cum donatione"*, (18), c. 394 ss; CATAUDELLA, *La donazione mista*, (18), p. 97 ss..

²⁵ Cfr. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (3), p. 157-158.

²⁶ Tanto che quella stessa dottrina (per tutti ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto e negotium mixtum cum donatione*, (18), p. 473 ss.) che propugna l'unitarietà del contratto in esame e la sua riconducibilità al novero delle liberalità indirette, assume queste ultime figure come ipotesi di negozi indiretti, riducendo la rilevanza dello spirito di liberalità a scopo ulteriore della stipulazione, e, di conseguenza, a suo mero motivo.

²⁷ Peculiare la posizione di CHECCHINI, *L'interesse a donare*, (16), p. 304-305 e *ivi* nota 154 il quale prospetta una duplice configurazione dell'interesse liberale nel *negotium mixtum* tanto come elemento che "*concorre a qualificare l'oggetto del contratto*" (ossia, secondo la terminologia adottata dallo stesso Autore – v. p. 275 ss. – la sua causa) quanto come "*interesse – non condiviso – di natura patrimoniale*" che "*può assumere soltanto la rilevanza del motivo individuale*", idoneo, in quest'ultimo caso, a ricondurre il contratto oneroso nell'alveo delle liberalità non donative.

²⁸ Come puntualizzano CARNEVALI, *Le donazioni*, (19), p. 508; CATAUDELLA, *La donazione mista*, (18), p. 17 laddove l'intento delle parti è di realizzare congiuntamente un'operazione di scambio e una donativa, esso penetra nel contenuto del contratto, con la conseguenza che non più di donazione indiretta si deve parlare, ma di risultato liberale, che trova diretta realizzazione con l'unico negozio adottato.

²⁹ Infatti, sottolinea CARNEVALI, *Le donazioni*, (19), p. 509, nota 37, tale partizione viene costruita, in sostanza, come parziale vendita più parziale donazione; o come vendita affiancata da una donazione della differenza tra il valore della cosa e il prezzo pattuito; o, in ultimo, come vendita con parziale rinuncia al prezzo.

³⁰ Cfr. BALBI, *La donazione*, (22), p. 119; DEIANA, *La natura giuridica del negotium mixtum cum donatione*, (18), p. 212 ss.; GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, (22), p. 47 ss.. Diversa pare essere la prospettiva di TORRENTE, *La donazione* (seconda edizione aggiornata a cura di A.

E se, dunque, la funzione liberale, in un modo o in un altro, può reputarsi confinata nell'ambito del negozio cui sono direttamente riconducibili gli effetti attributivi programmati per la sua realizzazione, appare venir meno ogni ragione per presupporre un apposito e distinto atto di disposizione che, a tal fine, incida sulla disciplina degli effetti negoziali autonomamente prodotti in forza del distinto titolo non liberale.

2.2. Le possibili soluzioni

Gli esempi in materia di 'qualificazione' di liberalità indirette mostrano la maggiore complessità del quadro fattuale, entro cui dovrebbe trovare collocazione la figura del 'negozio di qualificazione', qualora se ne volesse ipotizzare l'applicazione rispetto a situazioni giuridiche aventi origine da fattispecie a loro volta di natura negoziale.

Complessità dovuta alla circostanza che la 'qualificazione' di effetti scaturenti da condotte negoziali, a differenza di quella relativa ad effetti predisposti *ex lege*, da un lato, porta alla sovrapposizione tra due concorrenti manifestazioni di autonomia privata, dall'altro, proprio per tale ragione, potenzialmente implica il coinvolgimento di soggetti estranei al rapporto specificatamente interessato dall'attività di 'qualificazione'.

Di questa complessità è, tuttavia, necessario farsi carico per identificare con maggior precisione gli spazi di intervento e il ruolo che il delineato 'negozio di qualificazione' può ritagliarsi all'interno della dinamica negoziale.

2.2.1. 'Qualificazione' di effetti negoziali relativi ad atti non coincidenti, sul piano soggettivo, con le parti del rapporto nascente dal 'negozio di qualificazione'

Procedendo secondo il medesimo ordine fatto proprio nei paragrafi precedenti, può valutarsi, in primo luogo, in che misura possa parlarsi dell'esistenza di un apposito accordo sulla qualificazione e la disciplina degli effetti negoziali scaturenti da operazioni complesse, in cui si assiste alla partecipazione di un soggetto estraneo rispetto alle parti interessate dal rapporto che, dal predetto accordo, è destinato a venire ad esistenza.

PALAZZO-A. MORA), (20), p. 52 nella misura in cui si parla di "*contratto preparatorio, integrativo*" avente il fine di "*deviare verso lo scopo liberale, il negozio, per sua struttura, oneroso*".

A tal fine, appare fruttuoso analizzare il problema sempre sulla base della casistica già in precedenza addotta ad esempio, ossia quella relativa alla qualificazione delle attribuzioni gratuite nel contesto delle liberalità indirette. Pertanto, al fine di trarre le dovute conclusioni, sul piano generale, si concentrerà l'attenzione sulle fattispecie offerte dai procedimenti di intestazione di beni sotto nome altrui.

Ad inizio del presente lavoro si è detto, e lo si è sopra ribadito, che secondo autorevoli interpretazioni³¹ la realizzazione dello scopo liberale per il tramite di operazioni articolate, anche implicanti più attività negoziali (quali la vendita con adempimento da parte del terzo o il contratto a favore di terzo), non richiederebbe l'ulteriore interposizione di un momento negoziale, in ultima analisi identificabile con quell'accordo che, in questo lavoro, è stato definito nei termini di 'negozio di qualificazione'.

Tale presa di posizione si accompagna alla consapevolezza che l'organizzazione del meccanismo liberale attraverso uno o più momenti negoziali permetterebbe di risolvere l'indagine circa il fondamento della complessiva funzione liberale nella determinazione dei profili causali o, più latamente, strutturali degli stessi atti negoziali coinvolti nell'operazione. Più precisamente, si è ritenuto di poter affermare che la programmazione della funzione liberale o sia già insita nella funzione svolta dai negozi adoperati per il conseguimento del relativo risultato³² o si risolva in una particolare rilevanza del motivo individuale del disponente³³ ovvero ancora discenda dalla declinazione in termini di

³¹ Cfr. riferimenti in nota 15.

³² Si richiama ancora, in termini generali, AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima "per equivalente")*, (15), p. 705 e *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, (15), p. 839 nota 49; CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (3), p. 126 ss. con puntuale riferimento alle ipotesi del contratto a favore di terzo o dell'adempimento del terzo.

³³ Cfr. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, (16), p. 302-304 secondo cui "considerando gli "atti diversi da quelli previsti dall'art. 769", dai quali possono risultare le liberalità e ai quali si applica la disciplina prevista dal 1° comma dell'art. 809 c. c., si deve osservare come tali atti, qualora rivestano natura negoziale, siano già caratterizzati da un oggetto e quindi anche da una causa diversa. (...) lo spirito di liberalità, in queste ipotesi, pur conservando la stessa fisionomia "empirica", in quanto rappresenta sempre un riferimento all'interesse di natura non patrimoniale che risulta soddisfatto da uno spostamento patrimoniale (in senso ampio) non serve, sotto il profilo giuridico, a caratterizzare l'oggetto, e quindi neppure la causa dell'atto, perché a questo fine concorrono altri interessi, soddisfatti attraverso altri schemi giuridici. Lo spirito di liberalità, in tal caso, potrebbe assumere – a nostro avviso – una diversa rilevanza giuridica, quale motivo espresso, o meglio "risultante" dal comportamento negoziale, in quanto non costituisce più il punto di riferimento degli interessi contrattuali comuni alle parti, ma rappresenta un interesse individuale del soggetto che si pone in condizione di subire – come si vedrà in seguito – un determinato pregiudizio patrimoniale". Analogamente TORRENTE, *La donazione* (seconda edizione aggiornata a cura di A. PALAZZO-A. MORA), (20), p. 65 ad opinione del quale "lo scopo per il quale l'attribuzione a favore del terzo viene voluta dallo stipulante non rappresenta tecnicamente altro che un motivo".

collegamento negoziale del legame tra i diversi atti negoziali in cui si realizza l'operazione complessiva³⁴.

Ad una più attenta analisi, tale conclusione non sembra, però, appagare in pieno.

Anzitutto, fortemente discutibile appare la ricostruzione del fondamento liberale dell'operazione nei termini di collegamento negoziale³⁵.

La proposta ermeneutica che fa capo a tale opinione si basa, infatti, sull'assunto che *“il collegamento (funzionale volontario) (...) si realizza quando ciascun negozio che lo compone persegue un proprio interesse che assume, anche, posizione strumentale rispetto ad un più vasto interesse finale dell'operazione”*³⁶.

D'altro canto, l'elaborazione teorica in punto di collegamento negoziale è assolutamente pacifica³⁷ nel riconoscere che, attraverso la subordinazione (reciproca o unilaterale) dei diversi negozi, le parti, ad essi aderenti, assumono ad obiettivo la realizzazione di un interesse unitario³⁸.

Se, però, nel collegamento negoziale trova espressione un particolare atteggiarsi degli interessi sottesi ai diversi atti di autonomia e, cioè, della loro causa³⁹, appare giocoforza affermare che l'interesse unitario a fondamento del vincolo posto tra negozi concorrenti o successivi⁴⁰ non possa manifestarsi altrimenti che come interesse condiviso da tutte le parti, in relazione al quale, cioè, ciascuna di quelle è

³⁴ Così, con riguardo alle operazioni che concretano intestazioni di beni sotto nome altrui, A.A. CARRABBA, *Donazioni* in P. PERLINGIERI (cur.), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, ESI, Napoli, 2009, p. 777 ss. e in particolare p. 785; CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (3), p. 175 ss..

³⁵ In termini dubitativi pare porsi anche L. MENGONI, *Successione necessaria* in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 255 il quale, nel definire i procedimenti di intestazione di beni ad altri come *“combinazioni di negozi”* afferma rimanere *“impregiudicata la questione se e quando si tratti di collegamenti negoziali in senso tecnico”*.

³⁶ CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (3), p. 184.

³⁷ Cfr. R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, I in R. SACCO (cur.), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2004, p. 85-86; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 203 ss.; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Cedam, Padova, 1999, p. 29-30, 50 e 253 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Jovene, Napoli, 1983, p. 187.

³⁸ Il concetto è efficacemente sintetizzato da LENER, *Profili del collegamento negoziale*, (37), p. 203 ove dichiara esplicitamente che *“il collegamento negoziale sussiste ed assume rilevanza ove, attraverso gli strumenti ermeneutici, si individui un unitario regolamento di interessi diviso da tutte le parti dei diversi contratti”*.

³⁹ La connessione fra collegamento negoziale volontario e causa dei negozi collegati, è un dato acquisito in dottrina, vedi per tutti R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II in R. SACCO (cur.), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2004, p. 85.

⁴⁰ Secondo E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico (ristampa della corretta della II edizione)*, ESI, Napoli 1994, p. 298 può essere distinto il collegamento negoziale relativo a negozi in *“concorso”* (ossia avvinti da un nesso di sintesi e contemporaneità ideale) da quello relativo a negozi in *“continuità o sequenza”* (ossia posti in relazione di successione temporale).

chiamata ad esprimere il proprio consenso⁴¹, al fine di accedere al medesimo ed unitario rapporto giuridico complessivo.

Atteso ciò, si palesa in modo sufficientemente nitido la ragione che conduce ad escludere la ricostruzione della funzione liberale in termini di collegamento negoziale.

Non può negarsi, infatti, che, nel caso delle liberalità non donative, il rapporto che si presuppone derivare dal collegamento tra negozi – la liberalità appunto – concerne esclusivamente quei soggetti che, nel relativo contesto, acquistano la posizione reciproca di beneficiario e di beneficiante, ossia i soggetti che, per il tramite dei diversi passaggi negoziali dell'operazione complessiva, giungono a rivestire rispettivamente la posizione di destinatario dell'arricchimento gratuito e di destinatario del connesso costo economico.

Di conseguenza, nella misura in cui almeno una delle parti aderenti ai negozi che si suppongono collegati rimane estranea al rapporto che da tale collegamento dovrebbe nascere, appare conclusione inevitabile quella secondo cui tale rapporto giammai potrebbe essere ricostruito nei termini di una funzione unitaria di distinte e autonome dichiarazioni negoziali; non potendo nascere, in altri termini, dal coordinamento tra più rapporti aventi una data estensione, per ragioni logiche prima ancora che tecniche, un rapporto bensì unitario, ma più ristretto sotto il profilo soggettivo.

In conclusione, la necessità, evidenziata anche dall'interpretazione dominante⁴², che nel collegamento negoziale, soprattutto ove intervengano negozi stipulati da parti diverse, si realizzi la partecipazione di ciascun soggetto al complessivo regolamento di interessi⁴³, osta all'utilizzo della relativa figura come chiave di

⁴¹ Tra i vari cfr. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, (37), p. 259 ad opinione del quale, nel collegamento negoziale, “*la volontà di prender parte ad un'operazione economica complessa, strutturata in una pluralità di contratti collegati, deve allora necessariamente ricorrere in tutti coloro i quali stipulano i singoli contratti che compongono l'operazione medesima*”; in giurisprudenza v. Cass. 27 gennaio 1997, n. 827 in *Foro It.*, 1997, c. 1137 ss.; Trib. Roma 31 maggio 1976, *Giur. Merito*, 1977, I, p. 503 ss.. Più in generale v. A CATAUDELLA, *La donazione mista*, (18), p. 16-17 secondo cui lo scopo di liberalità “*per poter emergere come scopo indiretto del negozio, distinguendosi dai meri motivi, dev'essere concordemente perseguito dalle parti, deve costituire oggetto di accordo tra le stesse*”.

⁴² Vedi riferimenti in nota 37

⁴³ Come precisa LENER, *Profili del collegamento negoziale*, (37), p. 188-189 anche quando si è in presenza di negozi facenti capo a soggetti in parte diversi “*il terreno dell'indagine resta dunque quello dell'operazione plurinegoziale: verrà a modificarsi un dato (la presenza di contraenti diversi nei due o più negozi collegati) ma non il tratto caratterizzante, l'essere, cioè, ciascun negozio elemento costitutivo della medesima – e, pertanto, unitaria – operazione. Ecco allora che, in tale ottica, svanisce la posizione del “terzo” nell'accezione dell'art 1372 cpv. c.c.: ciò che rileva è non già la (formale) terzietà rispetto ad altro contratto della medesima operazione, bensì la partecipazione ad uno dei contratti che quell'operazione concorrono a formare. In altre parole: ogni contraente è parte dell'operazione complessiva e, per ciò stesso, non può qualificarsi terzo all'interno di essa*”. D'altro canto, si afferma perentoriamente (*ivi*, p. 199) che “*posta l'esistenza di due negozi espressione di un'unitaria operazione economica, può aversi collegamento – e,*

lettura del meccanismo che dà vita all'atto liberale partendo da un'operazione complessa, articolantesi in più condotte negoziali tra loro autonome.

Non minori difficoltà, d'altro canto, comporta la teorica che trasporta la funzione liberale realizzata per il tramite di condotte negoziali sul piano dell'eccezionale rilevanza del motivo individuale del disponente.

È noto, infatti, che il motivo, quale ragione pratica che muove l'attività negoziale dei contraenti, rimane tale fintanto che non esce dalla sfera individuale di ciascuno, e non trova espressione, sul piano oggettivo, nel regolamento negoziale⁴⁴.

Laddove, tuttavia, la teorica in esame è costretta ad affermare che tale eccezionale rilevanza è condizionata al fatto che lo scopo liberale sia *“obiettivamente percepibile come motivo espresso proprio di un solo contraente”* ovvero *“risulti obiettivamente dall'atto, valutando il comportamento negoziale, complessivamente considerato, in relazione alle circostanze”* appare fortemente discutibile affermare che tale ragione pratica debba continuare ad essere confinata nell'ambito dei meri motivi.

Se si considera, più nello specifico, che a tale ragione pratica, pur al di fuori dei presupposti al ricorrere dei quali, per legge, è consentito superare il principio della sua irrilevanza⁴⁵ si attribuisce la medesima funzione tipicamente ascrivibile all'elemento della causa, ossia la determinazione della disciplina applicabile al rapporto⁴⁶, la soluzione maggiormente lineare e coerente con il sistema sembra essere proprio quella di attribuirvi importanza pari a quella di un elemento causale; di un elemento partecipe, in altri termini, dell'assetto di interessi complessivamente perseguito⁴⁷. Tanto più se tale diversa qualificazione è svolta in

quindi, rilevanza del nesso anche nei riguardi di coloro che hanno stipulato un solo negozio – ove sia dato dimostrare che costoro hanno influito in misura significativa sulla stipulazione del negozio cui non partecipano”.

⁴⁴ *Ex multis* C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 461; R. NICOLO', *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, *Foro it.*, 1937, I, c. 1477-1478.

⁴⁵ Sul principio di irrilevanza dei motivi come dato caratterizzante il sistema del diritto privato dei contratti vedi *ex multis* BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, (44), p. 461-462; BIONDI, *Le donazioni*, (20), p. 958; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 380 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 293-294; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 40.

⁴⁶ Cfr. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, (45), p. 250 ss. e in particolare p. 253.

⁴⁷ Vedi FRANZONI, *Il contratto e i terzi* in E. GABRIELLI (cur.), *Trattato dei contratti, I contratti in generale*, t.2, Utet, Torino, 2006, p. 1214 ss. e in particolare 1218; F. GIRINO, *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 49-50, ad opinione del quale *“potrebbe sostenersi (...) che l'interesse non rappresenta altro che un motivo dello stipulante. Inteso il motivo come elemento psichico composto, sintesi di rappresentazione e volizione, sembra difficile aderire ad una siffatta equiparazione. Il concetto di interesse non coincide con la ragione della determinazione della volontà, ma ne rappresenta il presupposto”*; BIONDI, *Le donazioni*, (20), p. 958 secondo il quale l'interesse dello stipulante configura l'*“intento pratico, che lo*

perfetta sintonia con le recenti elaborazioni teoriche in tema di causa in concreto, che nella funzione economico individuale tendono a condensare tutti gli scopi oggettivamente proiettati dalle parti nel regolamento contrattuale⁴⁸.

Il che lascia impregiudicato il problema di decifrare i modi in cui tale elemento causale possa innestarsi sulla complessiva condotta negoziale.

Rimane da capire, a questo punto, se la funzione liberale scaturente da operazioni negoziali coinvolgenti una pluralità di soggetti possa farsi risalire, più semplicemente, ad un particolare aspetto della causa dei singoli negozi coinvolti.

Nella casistica sopra evidenziata, ciò significa arrivare a dire che la funzione liberale concorra ad integrare quell'interesse delle parti che costituisce la causa del contratto di compravendita stipulato a favore del terzo, ovvero della compravendita in cui il pagamento del prezzo sia garantito dall'adempimento del terzo-donante, ai sensi dell'art. 1180 c.c..

Peraltro, per quanto riguarda quest'ultima fattispecie, data, come precisato sopra, la totale estraneità del venditore dall'instaurando rapporto liberale tra donante e acquirente beneficiario, si può preliminarmente convenire sul fatto che, tutt'al più, ad essere integrato dall'interesse liberale sia esclusivamente il negozio tramite cui si realizza l'adempimento in luogo del debitore, e non la compravendita, cui, infatti, non partecipa il soggetto gratificante⁴⁹. Diversamente, nel caso della compravendita a favore di terzo, essendo comunque la compravendita con deviazione degli effetti l'unico negozio tramite cui si realizza l'attribuzione liberale, non appare così peregrino ipotizzare che tale concorrente qualificazione (di atto liberale) coinvolga integralmente il negozio cui anche il promittente partecipa.

Invero, anche questa diversa costruzione non pare mostrarsi del tutto esente da rilievi critici.

Guardando al caso del contratto a favore di terzo, non si comprende come possa ridursi la funzione liberale ad un semplice proiezione della causa del negozio di compravendita.

stipulante intende raggiungere attribuendo al terzo il diritto nascente dal contratto. Tale intento non è motivo per cui lo stipulante è indotto a concludere il contratto, che, come ogni motivo, sfugge alla considerazione giuridica”.

⁴⁸ Come segnala C. SCOGNAMIGLIO, *Voce* ‘Motivi (del negozio giuridico), *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, Utet, Torino, 1994, p. 470 ss. a fronte di una concezione concreta ed individualizzata della causa del negozio, sfuma la differenza rispetto ai motivi comuni a tutte le parti, obbiettivamente desumibili dal regolamento pattuito.

⁴⁹ Affermare, invece, che l'interesse liberale debba essere presente in entrambe le fattispecie negoziali (la compravendita tra gratificato e terzo venditore e il negozio di adempimento da parte del beneficiante) sembra riproporre, in via surrettizia, la teorica del collegamento negoziale, qui non condivisa.

Innanzitutto, appare contraddittorio ricondurre a tale negozio la funzione liberale, se, come è pacifico, uniche parti del contratto devono considerarsi quei soggetti, il promittente e lo stipulante, che non vengono in alcun modo collegati all'interno del relativo rapporto⁵⁰.

Se poi è lo stesso dato testuale a richiedere che l'interesse per la deviazione a favore del terzo sia del solo stipulante, vi è ancor meno ragione per ricondurlo, in evidente contrasto con tale prescrizione, ad entrambe le parti (come diversamente non può essere se si considera l'interesse liberale come integrazione della causa complessiva dell'unico atto di autonomia imputabile anche al promittente)⁵¹.

Né persuade il tentativo di superare questa obiezione affermando che il soggetto estraneo al rapporto liberale “*abbia interesse a tutte le circostanze che possono influire sulla definitiva realizzazione del proprio diritto*”⁵² come quelle che comportano l'assoggettamento a revocatoria delle collegate attribuzioni.

⁵⁰ D'altronde, come precisa CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (3), p.144 e *ivi* nota 73, la titolarità di un interesse nel rapporto è strettamente connessa alla posizione di destinatario degli effetti, che dallo stesso scaturiscono, ed è gioco facile osservare che, al contrario, dalla qualificazione dell'interesse che sorregge la deviazione della prestazione dallo stipulante al terzo, sia essa liberale o di altra natura, non discende alcuna conseguenza per il soggetto promittente. In generale sull'estraneità del terzo beneficiario dal rapporto contrattuale v. riferimenti in nota 11. Esclude che la liberalità veicolata dal contratto a favore di terzo possa ricondursi ad un particolare aspetto della stessa causa del contratto “*costituendo detta liberalità solo la conseguenza non diretta né principale del negozio giuridico avente una causa diversa*” anche Cass. SS.UU. 18 luglio 2017, n. 18205 (già prima anche Cass. 7 luglio 1971, n. 2127).

⁵¹ Come chiarisce L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi (artt. 1411-1413)* in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 7 “*la portata della regola che subordina la validità del contratto a favore del terzo alla ricorrenza di un interesse dello stipulante è dunque duplice: innanzitutto, in senso negativo, di escludere la validità di un negozio astratto, ma nel contempo, in senso positivo, di consentire che la giustificazione causale dell'attribuzione patrimoniale a favore del terzo resti esterna alla struttura della fattispecie contrattuale e sia rinvenibile in un rapporto (di valuta) tra stipulante e terzo diverso e distinto da quello (di provvista) tra stipulante e promittente*”. Similmente, A. PALAZZO, *Gratuità strumentale e donazioni indirette* in G. BONILINI (cur.), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni, VI. Le donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 131 secondo cui l'interesse liberale dello stipulante “*non permea lo schema causale del contratto posto in essere, il quale continua a trovare la sua funzione nel tipo scelto dalle parti*”; A. TORRENTE, *La donazione* (seconda edizione aggiornata a cura di A. PALAZZO-A. MORA), (20), p. 65 ad opinione del quale “*la ragione dell'attribuzione a favore del terzo non può non essere estranea alla struttura contrattuale (...) se così non fosse, se il rapporto tra stipulante e terzo entrasse nella finalità immediata del contratto, altra sarebbe la figura giuridica (rappresentanza diretta o indiretta)*”; R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione “novativa” del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Jovene, Napoli, 1968, p. 239, il quale ritiene che, nell'ipotesi del contratto a favore di terzo, “*la disposizione dello stipulante a favore del terzo dev'essere sorretta da un interesse esterno al contratto tra stipulante e promittente – contratto di per sé idoneo a giustificare causalmente, invece, la disposizione dello stipulante a favore del promittente*”.

⁵² V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Giappichelli, Torino, 1996, p.146. L'osservazione è riferita all'ipotesi del negozio di adempimento del terzo, ma è foriera di considerazioni ragionevolmente applicabili anche alla fattispecie del contratto a favore di terzo: nella misura in cui si afferma essere rilevante anche per il creditore (cioè per il soggetto estraneo al rapporto tra il terzo adempiente e il debitore beneficiario) l'integrazione della causa dell'atto solutorio con l'interesse all'attribuzione liberale, il rischio che si corre è di generalizzare, per

L'influenza potenzialmente esercitata dal rapporto liberale sulla posizione del venditore estraneo pare discendere, infatti, più dal regime di opponibilità a terzi delle vicende attinenti al predetto rapporto, che dall'effettiva titolarità di un interesse nello stesso. D'altra parte, non pare essere revocato in dubbio che l'acquirente di un immobile donato, pur subendo l'instabilità del proprio diritto, a causa dell'esposizione dell'atto di acquisto agli strumenti di tutela di cui dispongono i legittimari o i creditori, non è considerato certo titolare di un interesse nel rapporto liberale, che tale instabilità ha generato.

E, d'altro canto, la necessità che il promittente acconsenta alla deviazione a favore del terzo, attraverso la pattuizione dell'apposita clausola accessoria, trova spiegazione, in dottrina, nell'implicita rinuncia alle eccezioni fondate sui rapporti personali con lo stipulante, che, ai sensi dell'art. 1413 c.c.⁵³, tale deviazione comporta⁵⁴. È chiaro, infatti, che laddove si interpreti la clausola di deviazione come clausola accessoria del contratto cui accede, appare maggiormente coerente considerare l'esistenza e la liceità dell'interesse dello stipulante in termini non

qualsiasi struttura complessa tramite cui è veicolata la liberalità, un interesse del soggetto che a tale rapporto deve dirsi estraneo.

⁵³ Ai sensi del quale *“il promittente può opporre al terzo le eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto, ma non quelle fondate su altri rapporti tra promittente e stipulante”*. Interessante, in questa prospettiva, che, secondo CARRABBA, *Donazioni*, (34), p. 794, sebbene l'interesse dello stipulante sia normalmente irrilevante sul piano del contratto e tra le parti protagoniste dell'atto, non possano escludersi pattuizioni alternative, in grado di titolare la deviazione degli effetti a favore del terzo *“con possibili conseguenze sul piano del rapporto quanto alle eventuali eccezioni opponibili e alle azioni spettanti alle diverse parti interessate”*.

⁵⁴ Cfr. U. MAJELLO, *L'accordo delle parti e gli obblighi del terzo beneficiario nella stipulazione a favore altrui*, *Foro Pad.*, 1962, I, c. 280. Lo svolgimento tocca qui il problema della giustificazione causale della clausola di deviazione degli effetti: la complessità del quadro dottrinale (a fronte di una giurisprudenza scarsamente rilevante) non permette in questa sede un adeguato approfondimento. Si può ricordare, rimandando a più ampie trattazioni (vedi tra i vari ANGELONI, *Del contratto a favore di terzi*, (10), p. 41 ss.) che, superata la tesi dell'autonomia causale dell'istituto disciplinato dall'art. 1411 c.c., e riconosciutane la natura di schema applicabile a qualsiasi contratto tipico, dotato di propria causa, si è affermata la sostanziale accessorietà della clausola allo schema negoziale tipico utilizzato, con la conseguenza che, nei rapporti tra stipulante promittente, essa rimane assorbita dalla funzione tipica del contratto utilizzato, mentre, nei rapporti tra stipulante e terzo, richiede di fondarsi su un autonomo, ed esterno, interesse. Interesse che pur incidendo sul piano giustificativo della clausola accessoria (determinandone, in ultima analisi, la validità) rimane comunque estraneo all'interesse del negozio tipico. Sembrano potersi utilmente richiamare, in questa sede, gli insegnamenti della dottrina in materia di condizione (v. per tutti G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, Cedam, Padova, 1996, p. 143 ss.), i quali evidenziano la possibilità che una clausola contrattuale si fondi su interessi ulteriori rispetto a quelli regolati dal negozio cui tale clausola è apposta. Come ovvio, non si vuole qui prospettare un'analogia tra la clausola di deviazione al terzo e la clausola condizionale, soprattutto per quel che riguarda la rilevanza che quest'ultima è in grado di conferire all'interesse selezionato (rendendolo in ultima analisi determinante ai fini della ricostruzione del profilo causale del negozio); più limitatamente, pare fruttuoso evidenziare la circostanza che il diritto positivo conosca uno scollamento tra gli interessi che fungono da fondamento del negozio tipico, e quelli su cui può fondarsi una sua singola clausola.

tanto di sua giustificazione causale, quanto, più limitatamente, di un suo presupposto di validità⁵⁵.

Ad ulteriore riprova, vi sarebbe anche da dire che se davvero l'interesse alla realizzazione dell'attribuzione liberale concorresse ad integrare la causa dell'intero negozio di compravendita, non si comprenderebbe perché in caso di rifiuto dell'attribuzione da parte del terzo, e, quindi, in caso di mancata realizzazione della predetta funzione, la prestazione sia semplicemente reindirizzata a favore del contraente originario, senza che alle parti (diverse dal terzo) sia consentito ricorrere a quei rimedi normalmente predisposti per il caso di sopravvenuta impossibilità, ad essi non imputabile, di conseguimento del risultato voluto⁵⁶. Il che pare, peraltro, un riflesso della più generale insensibilità del rapporto tra promittente e stipulante rispetto a quello tra stipulante e terzo, tale per cui, secondo la dottrina prevalente⁵⁷, finanche in caso di illiceità della giustificazione dell'attribuzione al terzo (e, dunque, in caso di illiceità

⁵⁵ Interessanti, in questa prospettiva, le osservazioni di SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, (37), p. 113 ss. secondo il quale il contratto a favore di terzo non rientrerebbe, precisamente, nella categoria dei negozi collegati, bensì di quelli “*ad effetti combinati*”, ossia “*quei negozi che, pur essendo tra loro in rapporto di parità, sicchè non può parlarsi di dipendenza dell'una dall'altro, si combinano, tuttavia, nei loro effetti in quanto il contenuto di un negozio si determina su quello dell'altro tendendo, ma sullo stesso, piano, ad un medesimo risultato. Esiste tra i detti negozi una priorità logica per cui un negozio costituisce l'antecedente necessario dell'altro, proprio perché il suo contenuto si determina sul contenuto del primo, di questo segue le sorti e non può, rispetto a questo, avere variazioni e nuove modalità*”. Il ricorso a questa peculiare categoria di collegamento necessario (legale e non volontario) sembra mosso proprio dal bisogno di giustificare l'indiscutibile nesso esistente tra il contratto ex art. 1411 c.c. e il rapporto tra stipulante e terzo, al di fuori del riconoscimento di una convergenza funzionale o di un nesso di dipendenza strutturale. In termini più generali, la dottrina in argomento, sin dai primi studi di Michele Giorgianni (*Negozi giuridici collegati*, (22), p. 42 ss.) ha messo chiaramente in luce la differente rilevanza di un nesso logicamente ovvero giuridicamente necessitato, in ragione della peculiare disciplina legislativa degli atti di autonomia che allo stesso danno vita (nesso comunemente definito nei termini di ‘collegamento negoziale necessario’) rispetto al nesso volontariamente instaurato dalle parti al fine di realizzare un'operazione economica unitaria (nesso che viene designato con l'espressione ‘collegamento negoziale volontario’ ovvero anche ‘collegamento negoziale atipico’). Solo quest'ultimo tipo di collegamento, infatti, assume “*effettiva rilevanza giuridica*”, ai fini di una indagine che ne vagli presupposti e limiti, in quanto caratterizzato da un “*legame fra due o più regolamenti di interessi*”: per una panoramica di tali questioni v. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, (37), p. 6 ss.; Arn. VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, *Giust. Civ.*, 1954, II, p. 264 ss..

⁵⁶ Osservazione che pare ritrovarsi anche in MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi (artt. 1411-1413)*, (51), p. 178 laddove afferma che, in caso di mancata realizzazione del rapporto tra stipulante e terzo (ambiguamente definita come difetto sopravvenuto di giustificazione causale), “*è nel contempo intuibile l'inammissibilità del ricorso allo strumento della risoluzione, che postulerebbe il venir meno di una causa espressa, laddove quella del cui difetto si tratta opera per ipotesi non già come funzione caratterizzante quel determinato schema negoziale bensì solo quale giustificazione causale dell'attribuzione del diritto al beneficiario, esterna alla struttura formale del negozio*”.

⁵⁷ Cfr. M. TAMPONI, *Contratto a favore di terzo* in M. BESSONE (cur.), *Trattato di diritto privato*, XIII.VI *Il contratto in generale*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 377 secondo cui “*il difetto o l'illiceità dell'interesse dello stipulante rendono nulla la clausola a favore del terzo, ma non toccano il contratto in cui la stessa è contenuta, salva l'applicazione dell'art. 1419 c.c.; e ciò perché il vizio riguarderebbe unicamente l'atto di disposizione che egli intende realizzare a favore del terzo, ma non anche il rapporto contrattuale che lo lega al promittente*”.

dell'interesse dello stipulante) non possa dirsi compromessa la funzione dell'intero contratto, venendo meno, più limitatamente, la sola deviazione della prestazione a favore del terzo.

Tutti queste notazioni sembrano essere rilevanti nell'escludere che l'attribuzione del significato liberale alla prestazione eseguita a favore del terzo discenda da un particolare atteggiarsi della causa dello stesso contratto di compravendita, da cui nasce il relativo obbligo⁵⁸.

Data, dunque, la non percorribilità di tutte le tre alternative proposte in dottrina per confutare la necessità di un accordo sulla liberalità, anche per il caso di liberalità non donative di natura negoziale realizzate mediante lo strumento di cui all'art. 1411 c.c., sembra doversi prendere atto che la configurazione dell'interesse che giustifica l'attribuzione a favore del terzo sia necessariamente veicolata da un apposito atto di autonomia, distinto da quelli da cui hanno origine le situazioni giuridiche che tale attribuzione realizzano.

Conclusione, questa, di cui sembra potersi avere aggiuntiva conferma se si indaga l'utilizzo dello schema del contratto a favore di terzo per la realizzazione di un interesse dello stipulante di natura non liberale, in forza del quale sorga, a carico del terzo, una determinata obbligazione da eseguirsi nei confronti dello stipulante.

La fattispecie che si può prendere in considerazione è, ad esempio, quella della prestazione di una somma di denaro o fungibili che lo stipulante richiede di deviare a favore del terzo al fine di concedergli un prestito. A rigore, in presenza di una simile fattispecie, dovrebbe essere previsto, in capo al terzo, l'obbligo restitutorio di quanto conseguito a titolo di mutuo (nonché, eventualmente, l'obbligo di corrispondere, sul relativo importo, gli interessi).

Che una simile applicazione dello schema dell'art. 1411 c.c. sia legittima non sembra messo in dubbio dalla dottrina in argomento⁵⁹, né varrebbe obiettare, a

⁵⁸ *Ex multis* ribadiscono l'indipendenza, sul piano causale, del rapporto tra stipulante e promittente dal rapporto tra stipulante e terzo MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi (artt. 1411-1413)*, (51), p. 104-105; TAMPONI, *Contratto a favore di terzo*, (57), p. 378-379; BIONDI, *Le donazioni*, (20), p. 958. In giurisprudenza v. Cass., 17 agosto 1990, n. 8335 in *Giust. Civ.*, 1991, I, c. 953 ss.; Cass., 4 dicembre 1978, n. 5699.

⁵⁹ Cfr. L. BOZZI, *Liberalità non donative,, contratto a favore di terzo ed "expressio causae" successiva*, *Riv. Dir. Comm.*, 2016, p. 311 nota 13 ove si precisa che "la stipulazione in favore del terzo potrebbe inserirsi in una operazione economica più ampia: l'adempimento di una preesistente obbligazione dello stipulante nei confronti del terzo beneficiario (causa solvendi) ovvero l'assunzione, in seguito alla stipulazione, di una obbligazione nei confronti dello stipulante, che verrà soddisfatta dal terzo, debitore dello stipulante (causa obligandi)"; FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, (47), p. 1213, secondo cui "l'interesse dello stipulante al contratto può giustificarsi tanto in una controprestazione derivante da un sottostante rapporto di provvista tra stipulante e terzo, quanto in un interesse morale o affettivo"; I. FERRANTI, *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 159 secondo cui "per quanto concerne la causa della figura di contratto che andiamo studiando, essa coincide nel contempo con l'interesse dello stipulante, con la causa del contratto principale e/o con la causa della

riguardo, una supposta incompatibilità tra il meccanismo dell'attribuzione unilaterale soggetta a rifiuto e la costituzione dell'obbligazione in capo al terzo destinatario della stessa: nei rapporti tra terzo e promittente, infatti, l'esecuzione della prestazione appare perfettamente rientrare nello schema dell'attribuzione a carico di una sola parte, laddove la posizione passiva interverrebbe, invece, a definire i soli rapporti esterni, tra terzo e stipulante⁶⁰.

In altre parole, la contestuale esistenza di una posizione passiva a carico del terzo non comprometterebbe mai l'utilizzabilità dello schema previsto dall'art. 1411 c.c.⁶¹ ma porrebbe, piuttosto, il problema del consenso alla sua assunzione.

pattuizione a favore altrui (che può essere disposta donandi causa, solvendi causa e credendi causa)”; G. MACCARRONE, Contratto “con prestazione al terzo”, ESI, Napoli, 1997, p. 22 ad opinione del quale, seppure nel contesto di un c.d. contratto a favore del terzo con efficacia interna, “può verificarsi che tra i suddetti soggetti [stipulante e terzo] non sussista alcun rapporto e che, quindi, lo stipulante abbia inteso agire in quanto animato da spirito liberale nei confronti del terzo oppure al solo fine di obbligare quest’ultimo ad una controprestazione”; MAJELLO, L’accordo delle parti e gli obblighi del terzo beneficiario nella stipulazione a favore altrui, (54), c. 281-282 il quale precisa che “pur sembrando, a volte, il terzo beneficiario obbligato all’esecuzione di una determinata prestazione, tale obbligazione non nasce dalla stipulazione a suo favore, bensì da un diverso rapporto a essa sottostante ed esistente tra stipulante e terzo” (il medesimo Autore – in ID., L’interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi, Jovene, Napoli, 1962, p. 102-103 – ritiene, tuttavia, che non sia configurabile “un’attribuzione del diritto al terzo credendi causa, come nel caso in cui lo stipulante attribuisca al terzo, a titolo di mutuo, il diritto a una somma di danaro. Tale ipotesi, invero, presupporrebbe già esistente un accordo tra stipulante e terzo, sicché in questo accordo si può ravvisare una promessa di mutuo (...) di tal guisa, data la vincolatività, sia pure in un certo senso attenuata, della promessa di mutuo, l’attribuzione del diritto al terzo, fatta allo scopo di ottemperare a tale promessa, rientrerebbe nell’ipotesi dell’attribuzione solvendi causa”; invero, a tale opinione sembra potersi obiettare, per un verso, di non collimare perfettamente con la prevalente ricostruzione della promessa di mutuo nei termini di preliminare di contratto reale, posto che la prestazione al terzo, pur sostituendo la consegna materiale della somma, non potrebbe mai valere quale esecuzione dell’obbligo infungibile di concludere il contratto, e, dunque, operare solvendi causa, e, per un altro, di non contemplare, anche rispetto alla attribuzione credendi causa, la possibilità di un accordo avente come unica funzione quella di qualificare il significato dell’attribuzione al terzo, contestualmente operando la costituzione dell’obbligazione restitutoria); F. MESSINEO, Il contratto in generale in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), Trattato di diritto civile e commerciale, Giuffrè, Milano, 1972, p. 154 secondo cui la prestazione a favore del terzo può disporsi anche obligandi causa “in quanto il terzo, ricevendola, diviene debitore dello stipulante e obbligato a una controprestazione”.

⁶⁰ Interessanti, a tal riguardo, le osservazioni di MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi (artt. 1411-1413)*, (51), p. 112 in punto di accollabilità di oneri ad obblighi in capo al terzo destinatario della prestazione: l’Autore, infatti, nell’indagare la compatibilità dello schema delineato dall’art. 1411 c.c. con la previsione, nel trasporto di cose (artt. 1678 ss. c.c.), dell’obbligo per il destinatario di pagare i “crediti derivanti dal trasporto” e gli “asegni da cui le cose trasportate sono gravate” precisa che “delle due posizioni giuridiche soggettive passive, infatti, quella relativa al pagamento degli “asegni” può essere stralciata dal problema in discussione: il pagamento degli “asegni”, ossia di prestazioni patrimoniali dovute dal destinatario al mittente, e al cui pagamento, per il tramite del vettore, lo stesso mittente abbia, con il contratto, subordinato il diritto del destinatario alla consegna della merce, è prestazione che trova la sua fonte in un titolo diverso dal contratto di trasporto, e precisamente nel diverso titolo contrattuale in forza del quale il mittente invia la merce al destinatario. Se pertanto il contratto di trasporto contiene anche una clausola relativa al pagamento di “asegni” che il vettore deve rifondere al mittente, ciò sta a significare che in concreto il contratto di trasporto opera in modo congiunto e commisto con il diverso contratto (es. di vendita, di somministrazione, di locazione etc.) intercorrente tra mittente e destinatario”.

⁶¹ Salvo il caso in cui si condizioni il conseguimento del diritto all’assunzione dell’obbligazione versi il promittente, su cui v. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi (artt. 1411-1413)*, (51), p. 114.

Consenso che, in quanto estraneo alla struttura contrattuale da cui origina la prestazione del promittente, non potrebbe che fondarsi su un distinto atto di autonomia negoziale⁶², la cui funzione sembrerebbe essere esattamente quella di utilizzare l'attribuzione al terzo per la regolamentazione di un dato conflitto di interessi, così sottoponendola ad una specifica disciplina, e, quindi, qualificandone la funzione (contestualmente prevedendo, se necessario, il sorgere di ulteriori posizioni giuridiche soggettive funzionali alla predetta regolamentazione).

Quanto fin qui osservato sembra potersi riproporre in modo del tutto analogo per l'ipotesi di intestazione di beni a nome altrui, nell'ambito della quale il soggetto beneficiante si prenda carico del costo economico dell'acquisto attraverso il diretto pagamento del prezzo, in luogo dell'acquirente-beneficiario, ai sensi dell'art. 1180 c.c..

Affermare che il perseguimento di un dato assetto di interessi (per quel che in questo momento rileva, quello liberale) si risolva nella sola causa del negozio di adempimento, impone di ritenere sufficiente la sola manifestazione di volontà del terzo adempiente, per conseguire la realizzazione: infatti, qualunque sia l'interesse che muove il terzo ad attuare l'obbligazione, il dato normativo positivo esclude, senza eccezioni, la possibilità di opposizione del debitore⁶³.

Nell'eventualità di adempimenti realizzati, come sopra ipotizzato, *credendi causa*⁶⁴, ciò significherebbe, però, dare accoglimento, in evidente disarmonia con il sistema, ad una previsione normativa che autorizza qualsiasi soggetto ad incidere negativamente sulla sfera giuridica di un terzo, con un proprio atto negoziale unilaterale, in assenza di un qualsivoglia consenso.

D'altro canto, è indiscusso che il negozio ex art. 1180 c.c., se, come atto negoziale, ossia come atto di autoregolamento della sfera giuridica del terzo adempiente, trovi espressione in quel rapporto giuridico, intercorrente tra lui e il debitore, di cui costituisce oggetto l'attribuzione giuridica conseguente all'adempimento⁶⁵ (normalmente la liberazione dal peso del debito⁶⁶), sotto il diverso profilo del suo porsi come atto esecutivo di una preesistente obbligazione,

⁶² Così sembrano, peraltro, presupporre tutti gli autori citati in nota 59. Ambigua la posizione di BIONDI, *Le donazioni*, (20), p. 958-960, il quale pur riconoscendo che l'intento pratico in cui si sostanzia l'interesse dello stipulante "si ricollega invece ad un rapporto giuridico antecedente o susseguente che lo stipulante ha attuato o intende attuare", nega che tra stipulante e terzo debba sussistere un accordo sulla *causa donationis*.

⁶³ L'atto di opposizione del debitore, previsto dalla disposizione codicistica, non preclude, di per sé solo, l'atto di adempimento, valendo, esclusivamente, a rendere legittimo il rifiuto del creditore.

⁶⁴ Lo ammette espressamente A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale* in A. SCIALOJA-G. BRANCA (curr.), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1994, p. 86.

⁶⁵ Cfr, TURCO, *L'adempimento del terzo (Art. 1180)*, (5), p. 161 ss. e *ivi* per ulteriori riferimenti.

⁶⁶ Come sarà meglio chiarito *infra* sembra possibile ricondurre al novero dell'efficacia riflessa, cui si ricollega l'attribuzione del *solvens*, un più ampio significato.

tra debitore e creditore, esso trova, in tale rapporto, la propria esclusiva giustificazione,

Si afferma, in altri termini, l'esigenza di distinguere “*il rapporto preesistente o concomitante fra debitore e terzo adempiente*”⁶⁷ dal “*rapporto obbligatorio intercorrente fra debitore e proprio creditore*” rappresentando, il primo, “*essenzialmente la giustificazione giuridica dell'attribuzione realizzata da quest'ultimo [il terzo] nei confronti del primo [il debitore] adempiendone il relativo obbligo*” e, il secondo, “*essenzialmente ed unicamente la causa immediata e diretta dell'adempimento del terzo quale attribuzione operata dal solvens a favore del creditore*”.

La scissione tra i rapporti coinvolti, ma, soprattutto, l'autosufficienza del rapporto tra debitore e creditore a giustificare causalmente l'atto di adempimento⁶⁸ e il suo effetto diretto⁶⁹ (tanto che, in caso di inesistenza di un preesistente rapporto tra terzo e debitore, l'atto del terzo rimane comunque valido, e si consente il recupero dell'esborso sostenuto mediante azione di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c.⁷⁰ - un titolo *obligandi* che per definizione prescinde dal consenso del soggetto obbligato⁷¹) offrono un ulteriore argomento per sostenere che la qualificazione (in ipotesi liberale) dell'effetto riflesso dell'adempimento possa avere origine da un atto di autonomia distinto da quello che il prodursi di tale effetto abbia determinato⁷².

Peraltro, non sembra contraddire tale ricostruzione la recente presa di posizione delle Sezioni Unite in merito alla natura giuridica dell'adempimento del terzo⁷³: la possibile qualificazione concreta del negozio del terzo come gratuito o oneroso⁷⁴ in funzione dell'”operazione che esso conclude - sia essa a struttura semplice perché esaurita in un unico atto, sia a struttura complessa, in quanto si componga

⁶⁷ TURCO, *L'adempimento del terzo (Art. 1180)*, (5), p. 164 da cui sono tratte anche le successive citazioni.

⁶⁸ Cfr. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione “novativa” del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, (51), p. 244 ss..

⁶⁹ Ossia la realizzazione dell'interesse del creditore e l'estinzione dell'obbligazione.

⁷⁰ Cfr. *ex multis* TURCO, *L'adempimento del terzo (Art. 1180)*, (5), p. 216-217; DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, (63), p. 87-88; U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa* in P. RESCIGNO (cur.), *Trattato di diritto privato*, IX.1, Utet, Torino, 1999, p. 1007-1008; CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione “novativa” del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, (51), p. 248-249. In questo senso si sono orientate, in tempi recenti, anche le Sezioni Unite (29 aprile 2009, n. 9946).

⁷¹ DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, (63), p. 88 parla di ”*problema del c.d. “regresso imposto”*”.

⁷² Diversamente, infatti, sarebbe alquanto difficile negare che lo specifico interesse perseguito dal terzo debba porsi, per necessità, come causa del negozio di adempimento; né sembrerebbe possibile ricorrere all'espedito del collegamento negoziale, visto che, in ipotesi, il negozio di adempimento sarebbe privo di una autonoma funzione.

⁷³ Il riferimento è a Cass. SS. UU., n. 18 marzo 2010, n. 6538.

⁷⁴ Si prescinde, in questa sede, da un giudizio sul più corretto significato delle nozioni di onerosità e gratuità.

di un collegamento di atti e di negozi”, pur nella fluidità delle applicazioni giurisprudenziali in tema di causa concreta⁷⁵, appare lasciare impregiudicata la questione concernente la possibilità di ravvisare un distinto atto di autonomia a fondamento della qualificazione dell’attribuzione indirettamente realizzata a vantaggio dell’originario debitore. In particolare, non pare nemmeno di ostacolo ipotizzare un collegamento negoziale funzionale tra l’atto di adempimento ex art. 1180 c.c. e l’accordo sulla qualificazione dell’arricchimento che da esso deriva, posto che, in tal caso, verrebbe certamente rispettato il requisito, sopra menzionato, della partecipazione di tutti i soggetti interessati dal collegamento al medesimo regolamento di interessi.

Né, con specifico riguardo alle fattispecie dell’intestazione di beni a nome altrui, appare di ostacolo la circostanza che si individui l’oggetto dell’arricchimento nell’acquisto della titolarità dell’immobile, laddove l’efficacia indiretta dell’adempimento del terzo è normalmente identificata nella liberazione del debitore dal peso dell’obbligazione.

Se nessuno dei due effetti (liberazione dal debito e acquisto dell’immobile) è effetto diretto dell’atto di adempimento, non si vede perché solo al primo e non al secondo debba essere riservata la qualifica di effetto riflesso agli effetti della qualificazione del rapporto intercorrente tra terzo e debitore⁷⁶. In altri termini, a fronte di un catalogo di effetti riflessi parimenti riconducibili al negozio del terzo, non si ravvisano ragioni per affermare che solo uno debba essere assunto a riferimento oggettivo della qualificazione, escludendo, di conseguenza, che tutto possa essere piuttosto risolto in termini di *questio voluntatis*, definibile, appunto, sulla base dell’atto di autonomia che tale qualificazione pone (in entrambi casi, d’altronde, si tratta di effetti non direttamente disponibili da parte del terzo, e attinenti al medesimo rapporto che il beneficiario intrattiene con un diverso soggetto)⁷⁷.

⁷⁵ Cfr. il ‘dialogo’ con la giurisprudenza in materia proposto da V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, Riv. Dir. Civ., 2013, p. 957 ss.

⁷⁶ Significativo, a riguardo, che secondo MENGONI, *Successione necessaria*, (35), p. 256-257, nei casi di intestazione di beni sotto nome altrui, l’individuazione dell’oggetto della liberalità nell’acquisto immobiliare, si spiega “col concetto di efficacia riflessa, determinata dalla connessione funzionale, fondata sul rapporto interno da cui risulta la causa donandi, tra l’intervento di chi provvede direttamente o indirettamente al pagamento del prezzo e il contratto di acquisto del bene stipulato dal beneficiario col terzo proprietario”.

⁷⁷ D’altro canto, come precisa BIONDI, *Le donazioni*, (20), p. 916 e 924, non è importante definire precisamente l’oggetto degli atti di liberalità diversi dalla donazione tipica, poiché ai fini della loro ricorrenza “basta che ci sia un arricchimento e che questo sia voluto per spirito di liberalità”; e se detto arricchimento, in taluni casi, è effetto diretto dell’atto utilizzato per ottenere il risultato di liberalità, “in altri casi (...) non è conseguenza immediata dell’atto; si verifica un distacco tra compimento dell’atto ed arricchimento. Ciò ha luogo qualora per il verificarsi dell’effetto giuridico occorre il compimento di ulteriori atti, anche da parte di estranei, o intervengano altri

Non causalmente, gli autori che, nello specifico, si sono occupati dell'adempimento del terzo per scopi liberali, evidenziano la necessità che, a fianco del negozio di adempimento imputabile esclusivamente al terzo, ricorra anche l'apposito consenso del soggetto beneficiario, eventualmente da ricavare per contegno concludente⁷⁸; consenso che, in ogni caso, non andrebbe ad intaccare e compromettere la struttura essenzialmente unilaterale dell'atto di adempimento.

Volendo trarre le conclusioni del ragionamento fin qui svolto, non si vuole certo affermare che ogni ipotesi di qualificazione di condotte negoziale richieda la presenza di un apposito e distinto accordo dei soggetti interessati dal relativo rapporto, e, quindi, un indefettibile consenso bilaterale al conseguente contenuto dispositivo.

Il ritenere necessario, in ogni caso, un atto di disposizione congiunto ed autonomo appare, infatti, un risultato fuorviante: il rischio insito in tale approccio, ossia quello di moltiplicare in modo non necessario i passaggi e i momenti in cui è chiamata a manifestarsi l'autonomia privata, è probabilmente una causa della non chiara comprensione del fenomeno, nel suo complesso.

Nelle pagine precedenti si è proposto di intendere il 'negozio di qualificazione' come quell'atto di autonomia che è diretto a conseguire una regolamentazione

fatti". In sostanza, si ammette che l'arricchimento non consista in un effetto direttamente imputabile all'atto scelto per conseguirlo, ma si sostanzia nelle modificazioni giuridiche il cui conseguimento sia, in ogni caso, a tale atto riconducibile. In ragione di ciò, per CARRABBA, *Donazioni*, (34), p. 851, nei casi di liberalità indiretta mediante atto abdicativo "la valutazione della singola fattispecie e degli interessi sottostanti permetterà altresì di individuare l'oggetto dell'attribuzione liberale".

⁷⁸ Cfr. TURCO, *L'adempimento del terzo (Art. 1180)*, (5), p. 197 ove si afferma che "l'adempimento spontaneo del debito altrui donandi causa, rinvenendo la giustificazione giuridica dell'attribuzione gratuitamente operata da solvens nei confronti del debitore nello specifico rapporto concomitante in tal guisa originatosi fra i medesimi soggetti contribuirebbe infatti "a realizzare una donazione indiretta, soggetta alle regole di questo istituto": potendo anche, in particolare, "l'accettazione del debitore-donatario...risultare implicitamente dalla non-opposizione di esso all'adempimento del terzo e/o comunque dalla tolleranza della mancata rivalsa ad opera del terzo"" richiamando, sul punto, la conforme opinione di DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, (63), p. 86 (il quale, in termini più generali, precisa che "il principio da salvaguardare è che non può esservi attuazione di causa sostanziale (del tipo di quelle descritte [ossia donandi, solvendi e credendi]), se non vi è consenso od accordo tra gli stessi soggetti tra cui quella causa deve realizzarsi"); F. MAGLIULO, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela, Notariato*, 2002, p. 104 ad opinione del quale "nell'adempimento del terzo e nelle altre liberalità indirette, la qualificazione in termini di liberalità di un negozio o di un fatto, di per sé neutro quanto alla causa dell'attribuzione, deriva da un ulteriore negozio tra stipulante e terzo diretto ad attribuire al fatto o negozio principale la valenza di liberalità"; MENGONI, *Successione necessaria*, (35), p. 254 secondo cui "nei casi di adempimento diretto o indiretto di debito altrui oggetto dell'azione di riduzione è l'accordo tra solvens e debitore che, nei loro rapporti interni, attribuisce valore di liberalità all'atto di disposizione compiuto dal primo nei confronti del terzo creditore, e in virtù del quale l'atto esplica una efficacia riflessa in tali rapporti determinando il fondamento giustificativo dell'arricchimento del debitore mentre l'efficacia diretta (soddisfazione del diritto del creditore e correlativa estinzione del debito) rimane intatta";

tipica di un dato conflitto di interessi operando su effetti giuridici venuti ad esistenza in forza di distinte condotte⁷⁹.

Di conseguenza, lo stesso è vincolato, quanto ai propri profili strutturali, alla disciplina che la legge predispone con riferimento alla specifica regolamentazione tipica di quel dato conflitto di interessi.

Ciò significa, ad esempio, che, nel caso della liberalità, la questione debba essere più correttamente impostata non negando, a priori, che le strutture negoziali utilizzate per realizzarla possano dirsi sufficienti per la realizzazione di tale atto di autonomia, ma valutando, piuttosto, se la loro struttura sia compatibile con la struttura del particolare tipo di disposizione che si vuole conseguire.

Il problema risiede tutto, in sintesi, nel capire se la disposizione di una liberalità richieda o meno il consenso del beneficiario⁸⁰.

Qualora così fosse, rimarrebbe ferma la necessità che, di fianco alle strutture negoziali utilizzate per realizzare l'arricchimento, si inserisse anche l'apposito "accordo sull'esistenza di un "interesse liberale" (non patrimoniale) del donante"⁸¹, che di tale arricchimento dettasse la qualificazione⁸².

⁷⁹ Nei limiti in cui, si ripete, tale regolamentazione tipica non richieda indefettibilmente il prodursi di una data vicenda di situazioni giuridiche soggettive e non si ponga in contrasto con la precedente regolamentazione dell'effetto su cui intende operare.

⁸⁰ Emblematiche a riguardo le considerazioni di CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (3), p. 174-175) in merito alle ipotesi di rinunzie o remissioni del debito poste in essere, secondo una formula tratatizia, *donandi causa*: ad opinione dell'autrice, infatti, "la liberalità in sé è perfettamente compatibile con l'unilateralità, e sono proprio questi atti a fornirne due diversi esempi (...) la struttura unilaterale, però, se non ostacola la liberalità, non può essere indifferente ai fini della disciplina applicabile. (...) al momento di individuare le norme e gli istituti applicabili agli atti di liberalità, qualora si tratti di atti unilaterale, occorrerà valutare la possibilità di incidere nella sfera giuridica altrui ed i limiti di tale possibilità (suggeriti già dalla disciplina della remissione). A questi fini sarà rilevante anche il fatto che il risultato di liberalità costituisca effetto diretto o indiretto del negozio. L'argomento non può qui essere sviluppato come meriterebbe; vorremmo solo notare che, nella scelta della disciplina applicabile, potrebbe essere significativo ammettere che rinunzia e remissione possano assumere natura contrattuale. Ammettendo, per ipotesi, questa eventualità saremmo forse autorizzati a ritenere che il consenso del beneficiario, se non è indispensabile per la liberalità, quando vi sia e contribuisca alla formazione di un accordo, possa non essere inutile. Esso potrebbe, cioè, servire ad "allargare" il regolamento di interessi, e permetterebbe forse di considerare applicabili a tali ipotesi contrattuali talune norme la cui applicazione alle ipotesi unilaterali darebbe luogo a perplessità: si pensi, ad esempio, alla normativa sulla obbligazione alimentare a carico del donatario". Se lascia perplessi la prospettiva di condizionare l'applicazione di alcune norme afferenti alla disciplina delle donazioni formali al consenso eventuale del beneficiario (infatti, delle due l'una: o la data norma è automaticamente parte delle regole materiali applicabili a tutti i casi di liberalità, ed allora è irrilevante il consenso del beneficiario per consentirne l'applicazione – ponendosi il diverso problema, sopra sollevato, circa la compatibilità tra la volontà unilaterale del solo gratificante e l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 769 ss. c.c. – o la data norma non trova mai applicazione e, dunque, il consenso del beneficiario non tanto né consentirà l'applicazione, ma, nei limiti consentiti dall'autonomia, permetterà di predisporre un contenuto precettivo analogo – in ipotesi prevedendo un titolo volontario per la prestazione di alimenti) appare rilevante annotare che, secondo l'Autrice, la considerazione della disciplina applicabile alle liberalità incide sulla valutazione in ordine alla necessità di un apposito consenso, da parte del soggetto gratificato.

⁸¹ CHECCHINI, *L'interesse a donare*, (16), p. 302.

Al contrario, qualora si reputasse sufficiente l'atto di disposizione unilaterale⁸³, allora potrebbe reputarsi sufficiente un unico atto negoziale, diretto tanto a determinare l'arricchimento quanto, contestualmente, ad integrare il momento dispositivo della liberalità (si pensi al caso dell'adempimento da parte del terzo ai sensi dell'art. 1180 c.c.). In questo caso, infatti, l'atto negoziale fungerebbe tanto

⁸² Parrebbe questa l'opinione, espressa con riferimento alla fattispecie del contratto a favore di terzo, di CARRABBA, *Donazioni*, (34), p. 792, secondo il quale, infatti, "l'interesse liberale del soggetto beneficiante deve essere condiviso, non necessariamente in modo contestuale al verificarsi degli effetti contrattuali (...) anche se non si è in presenza di un'accettazione in senso tecnico si potrebbe affermare, per i conseguenti risvolti in ordine alla disciplina applicabile al profilo liberale, che il potere di rifiuto previsto dal legislatore tiene luogo del potere di accettare la donazione, per cui la fattispecie, quanto al rapporto stipulante-terzo, rientrerebbe nell'ambito segnato dall'art. 769 c.c." ; in una prospettiva più generale, che abbraccia tutte le liberalità non donative, anche di natura negoziale v. A. TORRONI, *Accertamento negoziale di precedenti liberalità*, *Riv. Not.*, 2011, p. 443; G.A.M. TRIMARCHI, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile in AA.VV., Liberalità non donative e attività notarile*, Ipsoa, Milano, 2008, p. 161-162; S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 112-113; C. SCUTO, *Le donazioni*, EST, Catania, 1928, p. 1079. Anche CATAUDELLA, *La donazione mista*, (18), p. 123 pur non esprimendosi espressamente a favore di questa opzione, precisa che "l'art. 769, pur facendo diretto richiamo, con la locuzione "spirito di liberalità", all'intento del donante, ha voluto riferirsi ad un intento comune ai contraenti. L'importanza preminente che nella donazione, malgrado la struttura contrattuale, assumono l'iniziativa e gli intenti del donante, può spiegare perché il legislatore non abbia sentito di precisare che l'intento del donante dev'essere comune al donatario". In questi termini vedi anche i riferimenti già citati in nota 78.

⁸³ Così sembrerebbe CHECCHINI, *L'interesse a donare*, (16), p. 305-306 e *ivi* nota 154 nella misura in cui ricostruisce lo spirito di liberalità come un motivo individuale del solo disponente, che non deve necessariamente essere condiviso dal beneficiario, risultando sufficiente che sia riconoscibile "ai fini di tutelare lo stesso donatario il quale si troverebbe ad aver concluso un contratto oneroso che può essere revocato come una donazione vera e propria" poiché "non sembra conforme ai dati positivi, viceversa, sostenere che il risultato economico della donazione indiretta deriva al donatario dalla conoscenza che lo stesso sia venuto ad avere dell'intento liberale del donante e dall'essersi posto volontariamente nella condizione di poter profittare del vantaggio attribuitogli"; BIONDI, *Le donazioni*, (20), p. 960 ad opinione del quale "l'accordo circa la causa donationis è richiesto per il contratto di donazione, ma non per tutti gli atti da cui risulta una liberalità. Ne è da trascurare la considerazione che è decisiva la volontà del donante, tanto che tradizionalmente si parla di animus donandi e di spirito di liberalità con riferimento al donante, senza che a questa volontà corrisponda un analogo spirito di ricevere" (d'altronde precisa ulteriormente l'Autore, con specifico riguardo alle liberalità di natura non negoziale, che "l'atto è sempre unilaterale. L'accordo tra agente e beneficiario, ancorché intervenga, è latente, comunque giuridicamente inefficiente. In ogni caso l'arricchimento discende, come conseguenza giuridica, non dall'accordo ma dal compimento dell'atto idoneo a determinare quella conseguenza (...) elemento comune e determinante è la volontà unilaterale di compiere l'atto a scopo di liberalità (...) rivive in questi casi la evidente ed insopprimibile realtà, per cui nella donazione decisiva è la volontà del donante rispetto a quella del donatario". In questi termini pare esprimersi anche BOZZI, *Liberalità non donative, contratto a favore di terzo ed "expressio causae" successiva*, (59), p. 328 ad opinione della quale, in caso di deviazione della prestazione al terzo, per spirito di liberalità, "se è vero che lo stipulante avrebbe la possibilità di manifestare il proprio animus liberalis nel momento costitutivo dell'atto che dà luogo alla liberalità non donativa, è anche vero che ove il terzo beneficiario ritenesse tale qualificazione non corrispondente al vero (e/o effettivamente non lo fosse) potrebbe sempre esercitare il proprio potere di rifiuto". Sembra aprire alla natura unilaterale della disposizione liberale anche AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima "per equivalente")*, (15), p. 705 secondo cui, il perseguimento di un interesse non patrimoniale, nelle ipotesi di intestazione di beni a nome altrui, "individua un profilo della funzione realizzata dall'operazione complessa, in ordine al quale, più che un autonomo consenso (volto a integrare l'ipotetico accordo sulla liberalità) è indispensabile che il beneficiario non esprima una volontà contraria (secondo la logica propria delle vicende incrementative della sfera giuridica altrui".

da fonte dell'effetto in cui si sostanzia l'arricchimento, quanto da fonte della disciplina che a tale arricchimento dovrà essere applicata.

Considerato ciò, la discussione sembrerebbe, a questo punto, spostarsi interamente sulla diversa ma connessa questione relativa all'accertamento della compatibilità di determinate strutture negoziali con la sovrapposizione di una data volontà (bilaterale o unilaterale) di disposizione: il che varrebbe sia laddove si utilizzassero strutture negoziali aventi una tipicità funzionale sia laddove si facesse ricorso, al contrario, a strutture negoziali (in tutto o in parte) neutre sul piano causale⁸⁴, nell'ambito delle quali, di conseguenza, l'interesse alla realizzazione del rapporto liberale esaurirebbe lo stesso profilo funzionale della struttura di effetti adoperata⁸⁵.

Con la consapevolezza, peraltro, che, di principio, in presenza di una struttura negoziale già tipizzata sul piano della funzione (e, per tale ragione, autosufficiente), l'atto di qualificazione, agli effetti dell'ulteriore e distinto rapporto, quandanche compatibile sul piano della struttura, dovrebbe sempre potersi perfezionare con un atto separato⁸⁶, anteriore o successivo⁸⁷, rispetto a quello tipico da cui hanno origine le situazioni giuridiche soggettive, oggetto di qualificazione.

E tali ultime conclusioni, ovviamente, dovrebbero essere applicate con riferimento a tutti gli altri tipi di assetti di interessi, di cui si volesse dettare la qualificazione.

⁸⁴ Sulla classificazione dei contratti a causa neutra, variabile o incolore v. per tutti P. GIULIANO, *La causa e le principali classificazioni dei contratti* in P. FAVA (cur.), *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 755.

⁸⁵ Cfr. CATAUDELLA, *La donazione mista*, (18), p. 17-19 secondo cui “*l'accordo, infatti, che sia indirizzato al conseguimento di un risultato liberale, può anzitutto combinarsi, armonizzandosi, con l'intento comune di realizzare un assetto d'interessi oneroso, facendo sì che il contratto, per il suo contenuto composito, sia rivolto, contemporaneamente, ad entrambi i risultati (...) solo quando la funzione tipica del negozio adottato si prospetti neutra, in quanto non risulti caratterizzata né dalla nota dell'onerosità, né da quella della gratuità, l'eventuale accordo sulla realizzazione di un intento liberale potrà, senza trasformare la funzione del negozio, volgere lo stesso al conseguimento di un risultato di liberalità*”.

⁸⁶ Interessanti in questa prospettiva le osservazioni di MAGLIULO, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, (78), p. 104, nota 42: l'Autore, pur mostrando la propria preferenza per la tesi che ritiene esistente, alla base dell'adempimento del terzo per spirito di liberalità, un apposito accordo (dunque, un atto bilaterale) tra beneficiante e beneficiario, nell'ammettere la possibilità di ricostruire la volontà configurativa come volontà unilaterale del solo disponente, ritiene che comunque “*tale volontà unilaterale abbia le caratteristiche di un negozio autonomo, sia pure espresso in forma tacita, e non di un elemento del rapporto solvens-accipiens*” come del resto “*reso evidente dal fatto che essa non costituisce un dato essenziale di detto rapporto, poiché detta volontà può addirittura mancare o essere viziata, senza che ciò abbia alcuna incidenza sul rapporto solvens-accipiens*”.

⁸⁷ Rispetto all'ipotesi di cui all'art. 1411 c.c. interessante l'annotazione di BIONDI, *Le donazioni*, (20), p. 958, secondo cui l'intento sotteso alla deviazione a favore del terzo possa ricollegarsi anche ad un rapporto giuridico “*sussequente*”, che lo stipulante in futuro “*intende attuare*”.

2.2.2. ‘Qualificazione’ di effetti negoziali relativi ad atti coincidenti, sul piano soggettivo, con le parti del rapporto nascente dal ‘negozio di qualificazione’

La prospettiva che si è cercato di lumeggiare nei paragrafi precedenti sembra poter essere utilmente adoperata per spiegare la dinamica della ‘qualificazione’ di condotte negoziali anche nel diverso caso – il secondo sopra delineato – in cui sussista identità tra le parti del negozio da cui origina l’effetto, di cui si vuole dettare una ‘qualificazione’, e le parti del rapporto che da tale ‘qualificazione’ avrebbe origine.

Come si ricorderà, la fattispecie sopra portata ad esempio di tale diversa tipologia di intervento dell’autonomia privata è rappresentata dal c.d. *negotium mixtum cum donatione*, e, più in particolare, quale sua più frequente applicazione, dalla vendita mista alla donazione (altresì detta, donazione mista).

Parimenti si ricorderà che, pur non essendoci un indirizzo univoco in merito alla definizione della natura giuridica di tale ultima figura, la soluzione maggiormente condivisa ritiene che la finalità liberale venga integrata nella struttura del negozio oneroso, o come scopo ulteriore/motivo o come peculiare atteggiarsi della causa del negozio (si intenda la stessa, in altri termini, come causa mista ovvero come funzione autonoma *sui generis*).

Anche applicate alla fattispecie in esame, le teoriche che risolvono la funzione liberale in un elemento psicologico esterno alla causa o in un particolare aspetto dell’unitaria funzione, non sembrano appagare adeguatamente, laddove si cerchi di trarne, con coerenza, le dovute conseguenze.

In critica a quelle voci secondo cui la donazione mista null’altro sarebbe che un negozio oneroso piegato ad una finalità (esclusivamente soggettiva) di liberalità, possono richiamarsi tutte le osservazioni, già sopra svolte, in ordine alla contraddittorietà insita nella scelta di attribuire valore qualificatorio ad un elemento, di principio irrilevante, come il motivo individuale⁸⁸.

Più complessa, invece, è la valutazione delle tesi che configurano il *negotium mixtum* secondo i canoni interpretativi della causa mista o della causa autonoma. Nonostante la distanza che chiaramente intercorre tra queste due posizioni, pare possibile prospettare, nella sostanza, una critica unitaria, facente perno,

⁸⁸ Vedi P. SIRENA, *La nozione di vendita: causa e oggetto* in V. ROPPO (cur.), *Trattato dei contratti*, I. *Vendita e vendite*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 22; CARNEVALI, *Le donazioni*, (19), p. 508; CATAUDELLA, *La donazione mista*, (18), p. 22.

soprattutto, sulla più corretta identificazione del rapporto tra gli effetti, diretti e indiretti, del negozio, e la sua funzione.

Sotto questo profilo, infatti, la qualificazione della figura in esame come contratto con causa mista o con causa *sui generis* pone delle problematiche, non facilmente superabili, la cui considerazione non può che consegnare all'interprete più di qualche perplessità.

A questo riguardo, vengono in rilievo due questioni la cui esatta risoluzione si presenta come passaggio preliminare per affermare l'inquadramento della donazione mista nei termini sopra prospettati: a quali condizioni è corretto affermare l'unitarietà del negozio in luogo della pluralità delle manifestazioni di autonomia? E ancora, quale legame si instaura tra gli effetti complessivamente prodotti dal negozio e ciascuna delle due funzioni, che lo stesso è diretto a realizzare?

Nel provare a dare una risposta al primo dei due interrogativi sollevati, è opportuno riepilogare brevemente i diversi orientamenti che, nel tempo, si sono succeduti nel tentare di delineare dei criteri utili a distinguere, nei casi in cui i partecipanti ad una data operazione economica perseguano una pluralità di scopi pratici, se sussista unitarietà della manifestazione di autonomia o, piuttosto, una sua frammentazione⁸⁹. Come ovvio, tale indagine ha trovato terreno fecondo negli studi in materia di collegamento negoziale, quale ineludibile punto di partenza per ogni tentativo di costruzione dogmatica del relativo concetto.

Premesso che non manca un convincimento diffuso circa l'inevitabile arbitrarietà dei criteri discretivi adottati per rispondere ad un quesito di tale portata⁹⁰, può darsi conto delle opzioni di volta in volta proposte dai diversi orientamenti in argomento.

Superate le teoriche più risalenti, che affidavano l'indice rilevante all'unità documentale, all'unità dell'atto di emissione, all'unità dell'obbligazione o del corrispettivo⁹¹, i principali indirizzi interpretativi in materia⁹², nel periodo

⁸⁹ Sebbene, secondo CATAUDELLA, *La donazione mista*, (18), p. 19-20, per la soluzione del problema concernente l'identificazione della natura giuridica della donazione mista "*possono riuscire di ausilio solo relativo le conclusioni, del resto tutt'altro che univoche, cui la dottrina è pervenuta studiando il tema generale dell'unità o pluralità di negozi*"; invero, sembra che le ragioni per cui, a dire dell'Autore, tali conclusioni rivestano tale relativa rilevanza, risiedano nella circostanza che "*i criteri proposti per risolvere il quesito in un senso o nell'altro risultano invero alquanto generici: pertanto inidonei a fornire sicure direttive*".

⁹⁰ Cfr. le osservazioni e i riferimenti di COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, (37), p. 74; CATAUDELLA, *La donazione mista*, (18), p. 19-20.

⁹¹ Su cui v. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, (37), p. 74-75; I. LA LUMIA, *I depositi bancari*, Utet, Torino, 1913, p. 112 ss.

⁹² Per un quadro più dettagliato, ed ulteriori riferimenti bibliografici si veda G. FERRI, *La vendita con esclusiva* in G. FERRI, *Scritti in tema di vendita con esclusiva e di fusione delle società commerciali*, Utet, Torino, 1990, p. 39 ss.

antecedente l'approvazione dell'ultimo Codice, attribuivano un ruolo cardine, ora alla volontà delle parti⁹³ (per alcuni, nella veste di intento pratico, per altri in quella di scelta in ordine alla configurazione, unitaria o plurima, dell'operazione) ora all'unità delle conseguenze economiche⁹⁴ (da ravvisarsi, essenzialmente, in ogni ipotesi in cui fosse enucleabile una prestazione principale, rispetto alla quale tutte le altre potessero dirsi ancillari) ora, infine, all'identità della funzione⁹⁵ (ovvero sia l'unicità della causa negoziale).

Il quadro così delineato, sbilanciato a favore delle teoriche c.d. oggettive, ha trovato sostanziale continuità nelle posizioni dottrinali che si sono affacciate all'indomani dell'entrata in vigore del Codice del 1942. Infatti, nonostante posizioni di stampo soggettivistico abbiano continuato a fare la propria comparsa, in sporadici interventi giurisprudenziali⁹⁶, il ruolo dominante delle valutazioni oggettive, nell'interpretazione del binomio collegamento/unità negoziale, ha portato, in ultimo, alla contrapposizione tra due soli indirizzi principali, l'uno fondato sul ruolo centrale della causa del negozio⁹⁷, l'altro sulla classificazione degli effetti, che lo stesso produce⁹⁸.

⁹³ Cfr. B. SCORZA, *Natura giuridica dell'abbandono della nave agli assicuratori*, *Riv. Dir. Comm.*, 1932, I, p. 567; ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto e negotium mixtum cum donatione*, (18), p. 464; A. ARCANGELI, *Il servizio delle cassette forti di custodia*, *Riv. Dir. Comm.*, 1905, p. 196; seppur richiamando la necessità che all'elemento soggettivo si accompagni anche la connessione economica e di fatto tra le prestazioni D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Giuffrè, Milano, 1937, p. 85 e *ivi* nota 4. Nella dottrina tedesca v. H. HONIGER, *Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge*, *Freiburg im B.*, p. 23; F. REGELSBERGER, *Vertrag mit zusammengesetzten Inhalt oder Mehrheit von Verträge?*, *Jher. Jhar.*, 1904, p. 463 ss.; SCHREIBER, *Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht*, *Jhar. Ujahr.*, 1911, p. 117 (anche questi due ultimi autori si collocano, invero, in una tesi intermedia, secondo cui all'elemento soggettivo deve affiancarsi una particolare connotazione oggettiva).

⁹⁴ Vedi GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, (22), p. 277; F. CARNELUTTI, *Natura del contratto cassetta-forte per custodia*, *Riv. Dir. Comm.*, 1911, II, p. 904. Nella dottrina tedesca v. P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, I, Lipsia, 1902, p. 176 ss.

⁹⁵ Cfr. A. DONATI, *Il contratto di assicurazione in abbonamento*, *Il Foro It.*, Roma, 1935, p. 94 ss.; DE GENNARO, *I contratti misti*, (23), p. 55; A. GRAZIANI, *Il mandato di credito*, *Riv. Dir. Comm.*, 1932, I, p. 342; A. ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, Cedam, Padova, 1915, p. 56; LA LUMIA, *I depositi bancari*, (91), p. 118.

⁹⁶ Così Cass., 8 gennaio 1975, n. 32 in *Giur. It.*, 1975, I, c. 1006; Cass. 9 novembre 1974, n. 3490 in *Giust. Civ.*, 1975, I, p. 235 ss.; Cass., 20 marzo 1964, n. 637 in *Banca, Borsa e Tit. cred.*, 1964, II, p. 169 ss..

⁹⁷ Vedi tra i vari L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1966, p. 320-321; R. SCOGNAMIGLIO, Voce 'Collegamento negoziale', *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 376. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. SS. UU., 27 marzo 2008, n. 7930; Cass., 27 aprile 1995, n. 4645 in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1093; Cass. 20 novembre 1992, n. 12401 in *Foro It.*, 1993, I, c. 1506 ss.; Cass., 22 novembre 1989, m. 5001 in *Dir. Prat. Lav.*, 1990, p. 431 ss.; Cass., 15 febbraio 1980, n. 1126 in *Rep. Foro It.*, 1980, Voce 'Contratto in genere', c. 601 n. 63.

⁹⁸ Così SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, (37), p. 78-79; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico (ristampa della corretta della II edizione)*, (40), p. 297; VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, (55), p. 259; P. SENOFONTE, *In tema di negozi collegati*, *Dir. Giur.*, 1960, p. 276. In giurisprudenza v. Cass., 6 marzo 1962, n. 424 in *Giust. Civ.*, 1962, I, p. 620 ss.; Pret. Napoli, 26 giugno 1967 in *Tem. Nap.*, 1967, I, p. 398 ss..

Tale contrapposizione, però, nella lettura offerta dai commentatori più recenti⁹⁹, è stata ragionevolmente risolta in unità, ricorrendo al concetto di tipo negoziale: in altre parole, la circostanza che le due tesi sopra considerate guardino, l'una alla causa tipica, intesa però come funzione economico-sociale astrattamente individuata dal legislatore¹⁰⁰, l'altra al complesso degli effetti programmati, ossia alla struttura, consente di rilevarne la perfetta sovrapposizione, individuandosi, nella causa tipica, quanto nella struttura di effetti tipica, due facce del medesimo fenomeno, ossia, per l'appunto, il tipo negoziale.

Tale ultima notazione si rivela per certo di interesse, qualunque sia il criterio discriminante che si ritiene di dover adottare, per conseguire la differenziazione tra tipi.

A ben vedere, il richiamo al tipo negoziale quale criterio per l'identificazione dei profili strutturali dell'operazione, svela già il primo orizzonte problematico della sussunzione del *negotium mixtum* nella categoria del contratto con causa mista¹⁰¹.

Nella misura in cui, infatti, sulla base di tale criterio, si esclude la ricorrenza dell'unità strutturale laddove si assista alla giustapposizione di plurimi regolamenti negoziali tipici, adottati nella loro integrità¹⁰² appare giocoforza concludere che in nessun caso la donazione mista possa trovare adeguata collocazione nel contesto delle fattispecie caratterizzate da c.d. commistione

⁹⁹ Lo rileva COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, (37), p. 100 ss, e p. 119 ss. In termini analoghi parrebbe anche F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, *Riv. Dir. Civ.*, 1959, I, p. 421-422.

¹⁰⁰ Come annota COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, (37), p. 117 ss. nessuna utilità potrebbe trarsi dal ricorso, per ipotesi, al concetto di causa in concreto. Anche adottando, in sostanza, una nuova lettura delle teorie che collegano l'unità del fatto negoziale all'unità della sua causa, applicandovi il paradigma della funzione economico-individuale, non si otterrebbe alcun vantaggio: “*se infatti la causa costituisce l'elemento in cui viene ad obbiettivarsi il valore complessivo dell'operazione economica che le parti hanno inteso esprimere attraverso l'utilizzazione degli strumenti di autonomia (...) si può fondatamente sostenere che l'unitarietà funzionale dell'operazione (presupposto indefettibile perché di collegamento funzionale si possa parlare) costituisce argomento sufficiente per ritenere sussistente in essa un'unica causa in concreto (e, dunque, un'unica funzione economica-individuale, sia pure complessa ed articolata); e ciò, naturalmente, anche nelle operazioni che si sostanziano in una pluralità strutturale*”.

¹⁰¹ Come evidenziato anche da SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, (37), p. 64.

¹⁰² Vedi E. DEL PRATO, *Contratti misti: variazioni sul tema*, *Riv. Dir. Civ.*, 2012, p. 95-96; COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, (37), p. 140; G. OPPO, *I contratti parasociali*, Giuffrè, Milano, 1942, p. 36. Così già NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, (44), c. 1476-1477 il quale individuava come indici rilevanti della “*pluralità di fattispecie negoziali*” nel deposito con funzione di garanzia, la “*pluralità di dichiarazioni di volontà data la eterogeneità del contenuto*”, la “*pluralità di rapporti che si creano fra le parti*”, la “*pluralità di schemi causali essendo le due situazioni negoziali, predisposte dalle parti, intrinsecamente destinate alla produzione di effetti giuridici diversi*”. Sembrano rilevarlo anche A. CATAUDELLA, *I contratti*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 200; LENER, *Profili del collegamento negoziale*, (37), p. 179 ss..

causale¹⁰³. Dato, in altri termini, che l'unità dell'atto di autonomia diretto al perseguimento di una pluralità di scopi possa dirsi sussistente solo qualora la realizzazione dei predetti scopi trovi espressione nella combinazione di più frammenti di regolamento, riconducibili a diversi tipi negoziali, pare corretto affermare che tale unità non possa essere riscontrata nella donazione mista, il cui regolamento complessivo non nasce dalla congiunzione tra porzioni del regolamento della vendita e porzioni del regolamento della donazione, ma dalla unione di un regolamento (integralmente) di scambio e un regolamento (integralmente) liberale (sebbene non caratterizzato dalle prestazioni della donazione formale, ai sensi dell'art. 769 c.c.).

Né per recuperare l'unità del regolamento negoziale sembra legittimo addurre la combinazione non tanto delle prestazioni riconducibili a tipi negoziali distinti, quanto delle funzioni che a ciascun tipo sono assegnate¹⁰⁴.

A tal riguardo, vengono in rilievo due obiezioni decisive.

In primo luogo, è opinione largamente condivisa che in tanto può ammettersi la mistione delle funzioni in un'unitaria struttura negoziale in quanto tali funzioni possano dirsi tra loro compatibili¹⁰⁵. Ma se si definisce¹⁰⁶ l'onerosità come la

¹⁰³ La qual cosa sembra potersi spiegare sul presupposto che, in presenza di regolamenti negoziali integri, non emergono quei medesimi problemi di disciplina che l'interprete è chiamato a risolvere a fronte di fattispecie concrete che non siano direttamente sussumibili nella fattispecie astratta, presentando, al contrario, porzioni di regolamento tratte da diverse fattispecie tipiche.

¹⁰⁴ In questi termini può riproporsi l'opinione di CATAUDELLA, *La donazione mista*, (18), p. 91 ss.. Per l'autorevole giurista, infatti, in tanto si può parlare di contratto misto in quanto si individui una fattispecie concreta che, per un verso, non sia sussumibile all'interno di un dato schema legale, anche considerando l'elasticità data dalla relativa struttura (ad ambito più o meno ampio); per un altro, non ricada necessariamente nell'alveo dei contratti innominati, oggetto di regolamentazione sulla base del criterio analogico. Questa categoria non può essere delineata partendo da una ipotetica scindibilità della disciplina delle singole prestazioni previste all'interno di ciascun tipo (c.d. criterio della combinazione): il legislatore, infatti, non prende mai in considerazione gli elementi contrattuali isolatamente considerati, e vi conferisce disciplina in ragione sia della relazione che essi instaurano con gli altri elementi, sia della funzione che tramite tale relazione le parti mirano ad attuare. Spazio per l'elaborazione di una categoria di contratti aventi un trattamento autonomo può aversi, tuttavia, nelle ipotesi in cui si verifica, per la combinazione delle prestazioni pattuite, una duplice concorrente sussunzione entro schemi legali ad ambito ampio (es. concessione in godimento di un bene contro esecuzione di una prestazione d'opera): in tali casi, infatti, l'elasticità degli schemi negoziali cui sono riconducibili le prestazioni (nell'esempio, tanto la locazione quanto la prestazione d'opera presuppongono un corrispettivo di qualsivoglia natura) determina un concorso di norme, all'interno del quale possono anche verificarsi conflitti e incompatibilità. Nella donazione mista, la peculiarità è data dal fatto che tale duplice sussunzione, ed il conseguente concorso di norme, non è da ricollegare ad una commistione di prestazioni (non ricorrendo alcuna delle prestazioni che ai sensi dell'art. 769 c.c. caratterizzano il contratto di donazione) bensì ad un concorso di funzione, potendo ritenersi che, nello stesso tempo, lo scambio tra prestazioni corrispettive, considerato nella sua integrità, sia idoneo a soddisfare tanto la funzione della vendita, quanto quella della donazione (su quest'ultima notazione si dovrà tornare nel prosieguo della trattazione). Vi aderisce DEL PRATO, *Contratti misti: variazioni sul tema*, (102), p. 108-110.

¹⁰⁵ Negano che la c.d. donazione mista possa essere tecnicamente qualificata come contratto misto in ragione di una fusione delle cause C.M. BIANCA, *La vendita, la permuta* in F. VASSALLI (cur.), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1993, p. 71-72, e *ivi*, nota 13 ad opinione del quale è da escludere "che si possa parlare a rigore di un contratto a causa unica mista. Nella

sopportazione condivisa di sacrifici economici, e la gratuità, all'opposto, come sopportazione del sacrificio ad opera di una sola parte¹⁰⁷, secondo un rapporto logico di esclusione¹⁰⁸, non si vede proprio come possa affermarsi una possibile graduazione, e, quindi, che “una cosa può essere trasmessa ad altri per tre quarti

misura in cui l'atto è oneroso, esso non è gratuito; si avverte quindi l'incongruenza del richiamo all'unicità di una giustificazione funzionale dell'atto identificata dalla fusione di due termini che si elidono reciprocamente”; RUBINO, *La compravendita*, (23), p. 269 il quale non vede il modo in cui “due contratti, che così insanabilmente contrastano nella causa come la vendita e la donazione, possano fondarsi in un contratto unico”. Cfr. anche G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 260 ss. e in particolare 277-278 il quale, se per preferire la qualificazione della *negotium mixtum cum donatione* come donazione indiretta (e non come contratto misto) si appella all’*id quod plerumque accidit*” e al referente normativo dell’art. 809 c.c., in termini più generali nega che possa parlarsi di contratto con causa mista laddove nell’operazione si individuino due o più funzioni, al ricorrere delle quali “bisognerebbe allora concludere che si è in presenza di un collegamento contrattuale (...) perché l’individuazione di separate funzioni deriva appunto dall’impossibilità di riunire in un unico contesto ciò che per volontà delle parti o comunque per la struttura dell’atto rimane necessariamente separato” apparendo in ultima analisi “condivisibile la tesi per cui “se più sono le funzioni, molteplici sono le fattispecie che le assolvono”” [coerentemente con la definizione di contratto misto come “la combinazione che le parti hanno deciso scambiando una prestazione tipica non con ciò che normalmente il tipo legale prevede come corrispettivo (e cioè il denaro) ma con un’altra prestazione tipica che non si sarebbe scambiata normalmente con il denaro”]. In una prospettiva più ampia, negano che possa darsi luogo a fusione di cause quando queste siano tra loro antitetiche VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, (55), p. 259; C. GRASSETTI, *Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario*, Riv. Dir. civ., 1941, p. 97-98. Solleva perplessità a riguardo anche SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, (37), p. 69. Interessante che anche l’elaborazione romanistica del *negotium mixtum* (che si deve, soprattutto, all’opera di Aristone, Pomponio ed Ulpiano) aveva dato vita al concetto di *commixtio*, pur nella consapevolezza della totale inconciliabilità tra *negotium* e *donatio*, soprattutto nell’ipotesi della vendita *viliore pretio*: a consentire, pertanto, la sovrapposizione tra le due funzioni (non a caso inizialmente declinata nella forma della *admixtio*, ossia della diacronica successione tra regolamenti distinti – emblematica la fattispecie della *mancipatio* dello schiavo con obbligo di manomissione solo decorso il quinquennio) era la circostanza che *emptio-venditio* e *causa donationis* operassero su piani totalmente differenti: laddove la prima costituiva *causa negotii*, ossia fondamento dell’unico assetto contrattuale, la seconda rappresentava mera *causa acquirendi*, ossia titolo per l’attribuzione patrimoniale collegata agli effetti di quello. Come precisa R. SCEVOLA, *Negotium mixtum cum donatione*, Cedam, Padova, 2008, p. 220 l’utilizzo del termine *commixtio* avrebbe avuto la finalità proprio “di evitare indebite frammistioni tra profili operanti su piani diversi, puntualizzando che la ‘causa negoziale’ resterebbe una soltanto mentre eventuali fattori di interferenza si limiterebbero ad influire sugli effetti. In termini ‘modernizzanti’ ma non avulsi, nella sostanza, dalla concettualizzazione del giurista, da un lato la struttura avrebbe posto in risalto il fondamento degli effetti medesimi (da ricollegarsi all’*emptio venditio viliore pretio*) mentre, dall’altro, avrebbe semplicemente giustificato la possibile determinazione di questi ultimi (dovuta alla *donatio* come mera *causa acquirendi*)”.

¹⁰⁶ Pur nella consapevolezza che, a rigore, i connotati di onerosità e gratuità non attengano alla qualifica funzionale del negozio, ma si limitino a designare un certo atteggiarsi della relativa struttura, si preferisce ricorrere a tali termini, per rimanere aderenti all’uso fattone dall’indirizzo interpretativo commentato nel testo.

¹⁰⁷ Cfr. tra i vari G. CRISCUOLI, *Il contratto*, Cedam, Padova, 2002, p. 35; G. OPPO, *Adeempimento e liberalità*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 287.

¹⁰⁸ Non convince quanto replica CATAUDELLA, *La donazione mista*, (18), p. 133-134 affermando che “questa critica, peraltro, appare in sé decisiva solo nel presupposto, da cui muove, che i concetti di onerosità e gratuità siano a designare, esclusivamente, l’onerosità e la gratuità integrali, mentre sarebbe destinata a cadere qualora ad essi si convenisse d’attribuire una portata più vasta, rendendoli idonei a ricomprendere anche la onerosità e la gratuità parziali”. Non pare irragionevole notare, infatti, che la supposta replica si risolve in una petizione di principio, essendo contestata la dimostrazione dell’inesistenza di concetti graduati di onerosità e gratuità, in forza della affermazione dell’utilizzabilità di concetti graduati di gratuita e onerosità.

gratuitamente e per un quarto onerosamente”¹⁰⁹. In termini di interessi, la negazione logica dell’unione tra funzione di scambio (ossia quello che fonda, nella fattispecie, l’onerosità) e funzione liberale (cioè quello che fonda, all’opposto, la gratuità) emerge con ancor più forte evidenza, postulando, tale unione, che una medesima prestazione soddisfi, nel contempo un interesse patrimoniale, e il suo opposto (cioè, un interesse *non* patrimoniale). D’altronde, se le qualifiche di gratuità e onerosità, in ragione della sopra ricordata definizione, si atteggiavano come predicati del singolo negozio¹¹⁰, paradossalmente, l’affermazione secondo cui un’operazione è per una parte onerosa e per una parte gratuita, significa implicitamente accettare che tale operazione si scinda in due distinte strutture, cui tali qualificazioni possono attagliarsi.

In secondo luogo, la tesi in esame non sembra avvedersi che la concorrente qualificazione che certe operazioni concrete possono ottenere, in forza della combinazione di schemi legali ad ambito ampio¹¹¹, sia resa possibile proprio dal fatto che, alla base, sussiste la compatibilità dell’assetto funzionale (ad esempio, lo scambio). E ciò per una necessità logica dello stesso ordinamento, data dall’impossibilità di generare concorsi di norme laddove non sussista identità, nei caratteri essenziali, del fatto oggetto di qualificazione¹¹².

D’altro canto, la prospettiva qui preferita non pare smentita dall’affermazione che la contemporanea presenza della funzione di scambio e di quella liberale sia riscontrabile anche nel caso della donazione condizionata, laddove la prestazione che ne costituisce evento sia diretta a soddisfare un interesse patrimoniale del donante¹¹³.

¹⁰⁹ CATAUDELLA, *La donazione mista*, (18), p. 131.

¹¹⁰ Cfr. SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, (39), p. 474-475; DE GENNARO, *I contratti misti*, (23), p. 111, 199-200.

¹¹¹ Vedi *amplius* nota 104.

¹¹² Proprio la dottrina penalistica (da cui la tesi in esame dichiara di prendere a prestito la nozione), annovera, infatti, tra i requisiti del concorso di norme, l’identità del fatto, sul piano naturale o quanto meno dei valori che esso esprime. Cfr. A. PAGLIARO, *Voce* ‘Concorso di norme (dir. pen.)’, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 546-547 secondo cui “*perché si abbia concorso di norme (...) occorre, altresì, la loro convergenza verso la medesima situazione di fatto (...) Il verificarsi di questo requisito suppone che gli accadimenti storici, i quali si possono riportare al contenuto delle norme in questione, coincidano sul piano naturale, nel senso che l’uno sia interamente contenuto nell’altro; oppure che, pur facendo difetto questa unità naturale, la situazione non si presenti, rispetto ai fini delle norme, sostanzialmente diversa*”; V. PACILEO, *Voce* ‘Concorso di reati’, *Enc. Giur.*, Istituto Enc. It., Roma, 1988, p. 4 il quale precisa che il concorso di norme ricorre non solo quando “*risulti che tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie sono contenuti in altra fattispecie*” ma anche nel momento in cui “*sussista comunque, nella concreta situazione di fatto, una continenza sul piano dei valori*”. Pare questa la logica adottata anche da SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, (105), p. 260 ss. su cui vedi *amplius* nota 105.

¹¹³ Lo stesso AMADIO, *La condizione di inadempimento*, (54), p. 235-236 nell’accostare la donazione condizionata al fenomeno della mistione causale, richiama quest’ultimo concetto senza optare per una sua specifica ricostruzione: a detta dell’Autore, infatti, “*che si concepisca la mistione come graduarsi di fattispecie intermedie tra onerosità e gratuità, ovvero come semplice*

In tal caso, infatti, sé è innegabile che la causa del concreto negozio, intesa come rapporto tra gli interessi regolati e le strutture precettive utilizzate per realizzarli, veda la sovrapposizione di quegli interessi in tesi assunti come incompatibili¹¹⁴, sembra parimenti corretto affermare che ciò avvenga proprio grazie alla mediazione di un regolamento negoziale ulteriore, quale è la clausola condizionale.

A ben vedere, infatti, è questa clausola che permette di attribuire rilevanza a un interesse ulteriore, secondo un dato meccanismo effettuale¹¹⁵. L'interesse che ne è oggetto, pertanto, non opera sullo stesso piano dell'interesse recepito nel nucleo causale del negozio cui la condizione accede, il quale, infatti, mantiene inalterata la propria autonomia e funzione.

Osservazioni analoghe possono svolgersi, peraltro, rispetto all'ipotesi della clausola modale, prevista per la soddisfazione di un interesse patrimoniale del disponente¹¹⁶.

In entrambi i casi, si vuole dire, l'interesse selezionato dal regolamento negoziale ulteriore (la condizione, il modo), anche se di natura patrimoniale, può certamente entrare nel contenuto precettivo complessivo della donazione, ma ciò è possibile grazie a degli strumenti che sono legislativamente previsti e che ne consentono, in via definitiva, la compatibilità, in quanto corrispondenti a peculiari modalità dell'arricchimento liberale.

In questa prospettiva, pare sussistere una maggiore affinità con la costruzione del *negotium mixtum* come sovrapposizione, al regolamento negoziale tipico, di un ulteriore regolamento (il 'negozio di qualificazione') avente la funzione di selezionare un ulteriore interesse, al fine di darvi una certa rilevanza in termini di disciplina.

Affinità che sembra possibile giustificare anche considerando che in tutti i tre casi esaminati si ravvisa una perfetta scindibilità tra le attribuzioni fondate sull'interesse non patrimoniale, e quelle fondate sull'interesse patrimoniale; scindibilità che si traduce, per la clausola modale e quella condizionale, nel concetto di accidentalità.

rapporto tra il valore assunto da ciascuna delle due note, che la si intenda come cumulo o come duplicità di "scopi contrattuali", ciò che conta è cogliere la prospettiva in cui il concetto di mistione si inserisce: ricondotta una volta ancora l'analisi al profilo degli interessi rilevanti, diventa possibile riconoscere alla medesima fattispecie unitariamente considerata l'idoneità a realizzare tanto la funzione di scambio, quanto quella liberale".

¹¹⁴ Così AMADIO, *La condizione di inadempimento*, (54), p. 236.

¹¹⁵ Come afferma AMADIO, *La condizione di inadempimento*, (54), p. 238 "il congegno condizionale diviene strumento selettivo di un interesse ulteriore, che come tale si affianca, senza peraltro eliderne la rilevanza, a quello sotteso alla regola base".

¹¹⁶ Prospetta tra le due figure una "sostanziale identità del nucleo problematico (interazioni tra interesse a donare e scopi ulteriori)" AMADIO, *La condizione di inadempimento*, (54), p. 224-226.

A conclusioni non dissimili sembra potersi giungere anche adottando, in alternativa ai criteri fin qui analizzati, quello dell'unità della fattispecie contrattuale (da individuarsi in ragione dell'oggetto e dei soggetti¹¹⁷).

A tale criterio si rifà quella dottrina¹¹⁸ secondo cui, date le evidenti difficoltà cui gli interpreti vanno incontro nel definire le condizioni che permettono la differenziazione tra tipi¹¹⁹, sarebbe impossibile basare, sulla stessa, la discriminazione tra le ipotesi in cui ricorre una pluralità di strutture negoziali e quelle in cui, al contrario, si dà luogo a un'unitaria manifestazione di autonomia.

Quandanche si accettasse tale criterio – a prescindere, dunque, in questa sede, da un giudizio sulla sua effettiva percorribilità¹²⁰ – non sembra possibile negare, infatti, che, nella donazione mista, a fronte di una perfetta sovrapposibilità sul piano soggettivo (ricorrendo totale identità dei soggetti interessati), potrebbe accertarsi un'innegabile distinzione sul piano oggettivo, incidendo, lo scambio, sul bene compravenduto, e sulla sua sostituzione economica a mezzo della moneta¹²¹, e la liberalità, diversamente, sull'arricchimento, ossia sul differenziale esistente tra il valore oggettivo del bene e l'ammontare della controprestazione pecuniaria, che tale sostituzione realizza. Efficacemente il richiamo all'operazione matematica rende conto di come l'oggetto dell'atto di autonomia in cui si concreta la componente liberale non si appunti contemporaneamente sul bene trasferito e sul prezzo pagato (al pari della componente di scambio) ma su ciò che non è né l'uno, né l'altro, in quanto ottenuto dalla loro differenza¹²².

¹¹⁷ A detta della dottrina in esame (cfr. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, (37), p. 148 ss.), infatti, a rivestire decisiva importanza ai fini dell'identificazione dell'unità strutturale, sarebbero solo le parti e l'oggetto del contratto (inteso come bene, utilità o valore economico su cui sono destinate ad appuntarsi le modificazioni giuridiche programmate), e, cioè, i riferimenti esterni dell'atto di autonomia. Per questa dottrina, tra gli elementi indicati dall'art. 1325 c.c., tanto l'accordo e la sua forma, quanto la causa (ovvero anche l'oggetto, se assunto nel significato di contenuto) altro non rappresenterebbero che diverse visuali prospettiche della medesima entità colta nella sua globalità (il contratto, appunto).

¹¹⁸ Vedi COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, (37), p. 145 ss..

¹¹⁹ Considerando, infatti, che all'interno della disciplina dei tipi possono individuarsi delle strutture regolamentari o dei principi c.d. 'transtipici', nel senso di ricorrenti in più figure contrattuali (v. i rilievi in tema di COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, (37), p. 119 ss.).

¹²⁰ Stante le ambiguità che anche il generico riferimento al concetto di unità della fattispecie contrattuale è in grado di generare.

¹²¹ Per tutti v. A. LUMINOSO, *La vendita* in A. CICU-F. MESSINEO (cur.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 160: "nella compravendita due sono i risultati finali programmati: l'attribuzione del diritto e l'attribuzione del prezzo, visti entrambi come oggetto della rappresentazione programmatica delle parti". Così già BIANCA, *La vendita, la permuta*, (105), p. 3 ss.; anche G. D'AMICO, *La compravendita*, I in P. PERLINGIERI (cur.), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, ESI, Napoli, 2013, p. 14.

¹²² Non casualmente, nella rappresentazione insiemistica dell'operazione matematica, la differenza di A rispetto a B (A-B) è data da tutti gli elementi dell'insieme A che non appartengono all'insieme B. Rilevante, sotto questo profilo, che secondo Trib. Torino, 30 ottobre 1982 in *Giur. It.*, 1984, II, c. 56 sussiste *negotium mixtum cum donatione* ogniqualvolta "si ravvisa la concorrenza, nel medesimo negozio, di un contratto oneroso a causa tipica (nella specie la

Il tentativo di fornire una risposta al secondo degli interrogativi sopra sollevati – quello relativo al rapporto tra le funzioni commiste e gli effetti che dalle stesse dovrebbero derivare – non sembra, parimenti, portare argomenti favorevoli alla tesi che attribuisce, alla donazione mista, una causa unitaria.

Nel corso della presente indagine, si è più volte richiamato il principio di corrispondenza dell'effetto giuridico all'interesse espresso dal negozio, che ne consente la manifestazione. La considerazione di questo principio, nonché la ricostruzione, più volte citata, della causa come rapporto tra le strutture effettuali e gli interessi che le stesse sono deputate a soddisfare, impone di affermare che ogni effetto prodotto dal negozio mista debba trovare, nella relativa causa, seppur complessa, la propria giustificazione, nonché la propria qualificazione, ai fini dell'applicazione di una disciplina¹²³.

Ciò, a rigore, imporrebbe di considerare che tutte le prestazioni oggetto del contratto da cui origina la c.d. donazione mista (attribuzione di cosa contro pagamento di prezzo) trovino fondamento anche nel perseguimento di un interesse non patrimoniale, e debbano essere assoggettate alla disciplina della donazione (dacché sorgerebbe il problema del conflitto tra le norme)¹²⁴.

Eppure, appare assai difficile concepire una giustificazione dell'attribuzione che al contempo sia corrispettiva e non corrispettiva¹²⁵: se l'attribuzione è effettuata per ricevere in cambio un compenso, quella medesima attribuzione non può essere contemporaneamente attuata per non avere alcun compenso.

Riprova di ciò sembra potersi avere ipotizzando di ridurre le prestazioni coinvolte nello scambio, ora eliminando l'attribuzione dell'eccedenza del bene rispetto al prezzo, ora, al contrario, lasciando solo tale componente: ad essere consequenziali si dovrebbe ammettere che rimuovendo idealmente il differenziale del prezzo rimarrebbe del tutto integra la funzione di scambio, venendo meno quella liberale; al contrario, rimuovendo le prestazioni per la parte corrispondente al prezzo pagato, si eliminerebbe la funzione di scambio, lasciando, però,

compravendita) e di una donazione (indiretta), quale effetto ulteriore e concorrente del negozio realmente stipulato, donazione avente ad oggetto una quota del bene corrispondente alla differenza fra il valore effettivo del bene stesso ed il prezzo convenuto”.

¹²³ Come dà conto SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, (37), p. 54, la dottrina concordemente considera contratto misto quel negozio in cui lo spostamento patrimoniale trovi giustificazione in più rapporti economici “senza che sia possibile distinguere la parte di esso (negozio) che sia giustificata da uno dei rapporti da quella che sia giustificata dall'altro o dagli altri”.

¹²⁴ Così parrebbe CATAUDELLA, *La donazione mista*, (18), p. 138 laddove afferma che “ricorrono, altresì, i presupposti per l'inquadramento nello schema della donazione, dato che la prestazione, sempre considerata nella sua inscindibile unità, trova un'ulteriore ragione, ed anch'essa determinante, nell'intento, dichiarato e condiviso, di avvantaggiare controparte”.

¹²⁵ Anche adottando, a un livello superficiale, l'idea di corrispettività come remunerazione che ciascuna prestazione riceve dalla previsione dell'altra.

impregiudicato il risultato liberale (di attribuzione dell'eccedenza senza corrispettivo).

Si assiste, al contrario di quanto da altri sostenuto¹²⁶, ad una effettiva scindibilità degli scopi pratici; scindibilità che sembra proprio prestarsi ad una ricostruzione della donazione mista in termini di sovrapposizione tra distinti momenti dispositivi, ciascuno dotato di una propria autonomia regolamentare¹²⁷.

Ulteriore conferma di quanto si va qui argomentando può aversi se si provano ad applicare i medesimi criteri di valutazione, sopra considerati, ad un'altra ipotesi

¹²⁶ Così CATAUDELLA, *La donazione mista*, (18), p. 31 ss. secondo cui, spettando esclusivamente ai contraenti fissare la misura dello scambio, non sussisterebbero quei requisiti di determinatezza e determinabilità delle due distinte prestazioni che dovrebbero caratterizzare i concorrenti regolamenti, ossia quello liberale e quello di scambio. Invero, l'impostazione dell'illustre Autore appare contraddittoria, nella misura in cui egli, affrontando il problema dell'applicabilità dell'azione di riduzione al *negotium mixtum*, giunge alla conclusione che (*ivi*, p. 152-153) la stessa sia sempre esperibile avverso il negozio, toccando solo la parte del contenuto che ha determinato l'arricchimento. Argomentare tale conclusione sulla base della circostanza che il legittimario sia terzo rispetto ai contraenti, e che poggi il suo diritto sull'accertamento di una lesione definita, corrispondente a quella porzione di atto che determina un oggettivo arricchimento, non sembra in alcun modo far venir meno la suddetta critica. Invero, se l'azione di riduzione deve appuntarsi sulla liberalità, il cui contenuto indefettibile (così *ivi*, p. 128) è costituito anche dall'arricchimento, non si comprende per quale ragione tale arricchimento non possa dirsi individuabile, per le parti, in ogni momento, alla luce del requisito di determinabilità del regolamento (liberale) posto.

¹²⁷ Come puntualizza anche DE GENNARO, *I contratti misti*, (23), p. 56-57, affinché si possa parlare di contratti con pluralità di cause "il concorso delle cause debba essere simultaneo, non nel senso che i rispettivi periodi di azione coincidano perfettamente, sì che in ogni momento della esecuzione del rapporto ambedue gli aspetti del medesimo si presentino (il che è quasi impossibile per ovvie ragioni di fatto), ma nel senso che non debba esser possibile una recisa separazione dei periodi d'azione delle cause stesse, tale da escludere, in ogni momento, la loro coesistenza effettiva. Credo così di trovare un appiglio nella opinione del VON SCHEY, che sia possibile scindere i diversi rapporti giuridici, e ravvisare una pluralità di contratti, solo quando vi sia la possibilità di scindere le diverse cause contrattuali, in guisa che fino ad un certo punto appaia una di esse come decisiva, e da quel punto in poi l'altra". Non a caso, l'Autore, (*ivi*, p. 216 ss.) nel negare che la vendita a prezzo vile possa dar luogo ad una pluralità di prestazioni e, di conseguenza, ad una pluralità di cause, ammette che "soltanto qualora le parti (...) avessero espressamente stabilita la vendita di una data parte d'una cosa e la donazione dell'altra parte, potrebbe parlarsi di contratto misto" con l'avvertenza, però, che "potrebbe (...) perché non è sicuro, a priori, che l'esame della connessione economica tra le due prestazioni, e delle modalità tutte dell'accordo, condurrebbe a tale conclusione, e non a quella dell'unione di due negozi": in sostanza, si nega la riconduzione della figura al novero dei contratti con pluralità di cause o dell'unione di più negozi sul presupposto dell'impossibilità di scindere il contenuto in una pluralità di prestazioni; il che implica, però, che qualora fosse affermata tale duplicità di prestazioni, si potrebbe ricavare la conclusione che sussista, secondo la soluzione ritenuta più corretta, una pluralità di negozi. Nella prospettiva fatta propria nel presente lavoro, sembra ancor più interessante il fatto che secondo l'Autore (*ivi*, p. 217) non contrasti con la logica dell'unicità del negozio (e, quindi, con le argomentazioni addotte per confutare l'inquadramento del *negotium mixtum* nell'ambito dei contratti con causa mista) la possibilità che il perseguimento della funzione liberale derivi (secondo l'impostazione di SCUTO, *Le donazioni*, (82), p. 1081) da un negozio accessorio al contratto oneroso: costruzione, questa, che non si discosta di molto dalla logica proposta di un atto dispositivo autonomo che incida sulla disciplina degli effetti della compravendita.

di vendita c.d. “a prezzo irrisorio (o vile)”¹²⁸, realizzata per scopi diversi dalla liberalità.

La fattispecie può essere quella del c.d. *dumping*¹²⁹, ossia della vendita sottocosto mirata all’erosione di quote di mercato (normalmente in quelli di importazione¹³⁰) a danno dei concorrenti¹³¹.

Guardando alle condotte di *dumping*¹³² si può convenire, anzitutto, sul fatto che non sussista incompatibilità tra gli interessi economici contemporaneamente realizzati (lo scambio e l’interesse di impresa¹³³); ulteriormente, può senz’altro verificarsi che, dando corso a quella medesima variazione delle prestazioni contrattuali, sopra prospettata, la causa unitariamente considerata non potrebbe più trovare attuazione: ciò pare confermare che, in questi casi, l’interesse composito sotteso al negozio trovi effettivamente realizzazione nella prestazione assunta nella sua interezza (non potendo, l’interesse di impresa, trovare soddisfazione solo in una vendita ad un prezzo pari al valore del bene, o solo in una attribuzione gratuita¹³⁴).

In termini più generali, sembra corretto affermare che, ove ricorra un negozio caratterizzato da effettiva mistione di cause¹³⁵ non sia mai possibile incidere sulle

¹²⁸ F. CARINGELLA, *Vendita a prezzo irrisorio (o vile) e rilevanza causale della fattispecie: un (improbabile) ritorno al passato della corte di legittimità*, *Foro It.*, 1992, c. 2489. Come chiarisce l’Autore, l’espressione richiamata è stata nel tempo adottata per individuare le vendite realizzate per un corrispettivo evidentemente inadeguato al valore del bene trasferito, in contrapposizione alle vendite c.d. *nummo uno*, ossia perfezionate con un corrispettivo meramente simbolico.

¹²⁹ Propone il confronto con tale fattispecie ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto e negotium mixtum cum donatione*, (18), p. 475.

¹³⁰ Diversamente, si parla di c.d. *dumping* interno (cfr. G. NICCOLINI, *Le vendite sottocosto*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 24 nota 46).

¹³¹ Ai sensi dell’art. 15, comma 2, del D.P.R. 31 marzo 1998, n. 114.

¹³² Si prescinde, in questa sede, da una valutazione dei profili della loro liceità.

¹³³ Sui profili di interferenza dell’interesse di impresa con la causa della vendita, nella fattispecie in esame, v. NICCOLINI, *Le vendite sottocosto*, (130), p. 24 ss.. Più in generale, sulla possibilità che nelle vendite ‘a prezzo vile’ si realizzi una contaminazione della funzione di scambio con funzioni ulteriori, per lo più attinenti all’attività imprenditoriale – quali, ad esempio, quella pubblicitaria (su cui v. ad esempio M. FUSI, *Pubblicità commerciale* in M. BESSONE (cur.), *Trattato di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 13-15) – cfr. BIANCA, *La vendita, la permuta*, (105), p. 44 ss.; SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, (37), p. 67-68 (il quale prospetta una vendita a prezzo minore “per propaganda o per necessità” ovvero “in occasione e attuazione di una transazione”); G. SANTINI, *La vendita a “boule de neige”*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1953, p. 610 ss..

¹³⁴ Ai fini dell’eliminazione della concorrenza nel mercato di importazione, con copertura solo parziale del costo di produzione, non potrebbe mai dirsi idonea, né la vendita a prezzo corrispondente all’intero valore (che preserverebbe solo l’interesse allo scambio), né una attribuzione priva di corrispettivo (la quale, al contrario, comprometterebbe non solo l’interesse allo scambio ma anche l’interesse di impresa, non potendo quest’ultima sostenere la distribuzione di beni in assenza di corrispettivo).

¹³⁵ In questa sede non si vuole dare un giudizio sulla correttezza dell’impostazione che attribuisce autonomia concettuale al negozio misto (categorico nel senso opposto, ad esempio, DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, (99), p. 426), essendo obiettivo dell’indagine, piuttosto, acclarare se la figura del *negotium mixtum cum donatione* rispecchi i caratteri che di tale categoria sono stati delineati.

prestazioni complessive senza incidere, nel contempo, sulla dimensione funzionale del negozio, unitariamente intesa¹³⁶.

La scindibilità tra scopi e funzioni, che la struttura della donazione mista mette in evidenza, sembra, dunque, trovare più adeguata spiegazione concependo una duplicità degli atti di autonomia¹³⁷.

Una prima ricostruzione del fenomeno, peraltro, potrebbe essere anche quella individuata dalla dottrina più risalente, ossia l'individuazione, nel *negotium mixtum*, di un contratto oneroso unito ad una contestuale donazione tipica¹³⁸.

¹³⁶ Esempi, in tale senso, al di fuori del campo delle vendite miste, possono trarsi dalle fattispecie del contratto alberghiero o del contratto c.d. di affittacamere (su cui v., anche per gli opportuni riferimenti di giurisprudenza, SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, (105), p. 68-70): oltre alla locazione della stanza, i contratti in esame si caratterizzano per la programmazione “*accessoria ma imprescindibile e qualificante della fornitura di servizi personali*”, la cui eventuale eliminazione (alla pari dell'eliminazione della prestazioni locatizia) renderebbero del tutto irrealizzabile la soddisfazione degli interessi dedotti nel contratto.

¹³⁷ Adottano espressamente questa conclusione SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, (37), p. 64-65; VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, (55), p. 263-264. Come annotato in nota 105, già l'elaborazione romanistica aveva in origine costruito l'idea della donazione mista come *admixtio* di due regolamenti autonomi e scindibili. Anche la successiva riflessione di Ulpiano, cui si deve il ricorso alla nozione di *commixtio*, non abbandonò mai l'originale prospettazione del *negotium mixtum* come regolamento scindibile (tendenzialmente ricostruito, peraltro, come vendita a prezzo corrente accompagnata da parziale remissione del prezzo); l'apporto del giurista di Tiro, infatti, si era caratterizzato, per lo più, per ipotizzare, come ipotesi alternativa, quella di un regolamento in cui tale scindibilità non fosse oggettivamente percepibile - ad esempio, allorché le parti si fossero limitate a fissare direttamente un prezzo più basso, senza esternare la duplice volontà (interessante notare che per G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici: studio di diritto romano*, Cedam, Padova, 1938, p. 49 nota 1 le ipotesi ulpianee di inscindibilità oggettiva altro non potevano tradursi che in negozi esclusivamente onerosi, spinti da motivi liberali). Sul carattere tendenzialmente scindibile del regolamento del *negotium mixtum* v. SCEVOLA, *Negotium mixtum cum donatione*, (105), in più luoghi (in particolare v. p. 196-197, p. 218 ss., p. 256 ss., p. 264 ss.); A. SALOMONE, *Venditio donationis causa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 154-155 (la quale, pur seguendo un diverso percorso argomentativo, e sostanzialmente distinguendo il fenomeno della *venditio minoris donationis causa* dal *negotium mixtum cum donatione*, ribadisce l'irriducibilità di quest'ultimo al concetto moderno di contratto a causa mista, per il suo tradursi in più fattispecie atipiche caratterizzate dal succedersi di due scindibili attribuzioni, l'una effettuata *causa donationis*, l'altra avente titolo nella vendita).

¹³⁸ Vedi riferimenti in nota 22. Nei medesimi termini, sembrerebbe anche BIANCA, *La vendita, la permuta*, (105), p. 72-74 il quale, ambiguamente, dopo aver negato che sia possibile parlare di causa unica mista (vedi nota 105) introduce l'idea di una operazione in cui “*le parti ricorrono alla struttura della vendita per realizzare in parte una funzione di scambio e in parte una diversa funzione, cioè quella della liberalità*”, affermando, però, che “*da tale fattispecie scaturiscono due connessi rapporti negoziali, uno di vendita e uno di donazione*” e che, di conseguenza, “*la donazione attiene alla quota del bene che le parti hanno voluto in attribuzione gratuita*”; il tutto con l'ulteriore precisazione che “*il riconoscimento dell'esistenza di un'alienazione fondata sulla causa di liberalità vale, ancora, ad escludere che il contratto possa annoverarsi tra gli atti diversi dalla donazione che portano ad un risultato di liberalità (...) la vendita mista a donazione, invece, nei limiti in cui esclude ad un'attribuzione il carattere di corrispettivo dell'altra, pone a sua giustificazione causale lo spirito di liberalità e quindi qualifica l'attribuzione stessa come donazione diretta*”. Recentemente la tesi è stata riproposta da SIRENA, *La nozione di vendita: causa e oggetto*, (88), p. 21-22 al quale pare più appropriato ricondurre la donazione mista “*nella parte in cui determini per spirito di liberalità un arricchimento a favore del compratore o del venditore*” ad un “*atto di disposizione di un diritto o di assunzione di un'obbligazione*”, ossia la “*donazione (diretta) di cui all'art. 769 c.c.*”.

Tuttavia, tale soluzione presenta, senza dubbio, dei margini di eccessiva artificiosità¹³⁹, essendo alquanto improbabile che, nella dinamica delle situazioni concrete, le parti intendano pattuire delle controprestazioni a valore intero per porvi, *a latere*, un formale atto dispositivo attributivo o abdicativo. Ulteriormente, essa sarebbe teorizzabile solo con riferimento ad alcuni negozi onerosi assimilabili, per effetti, allo scambio tipico della vendita (ad esempio, la divisione¹⁴⁰) risultando, al contrario, più difficilmente praticabile, rispetto ad altri modelli contrattuali, come quello societario (si pensi alla liberalità realizzata mediante assegnazione non proporzionale di partecipazioni, ai sensi dell'art. 2346 c.c.¹⁴¹).

Una soluzione alternativa, probabilmente più aderente al concreto intento empirico, potrebbe allora essere quella delineata nel precedente paragrafo, ossia la configurazione di un distinto atto di disposizione, diretto ad incidere su un distinto effetto negoziale, per dettarne una diversa qualificazione in termini liberali¹⁴².

Può senz'altro affermarsi, infatti, che la liberalità veicolata dal *negotium mixtum* presupponga l'integrale configurazione di una vendita, seppure una vendita non caratterizzata da equivalenza, sul piano oggettivo, del valore delle

¹³⁹ Per RUBINO, *La compravendita*, (23), p. 269 si tratterebbe di “una violenza ingiustificata alla volontà delle parti”.

¹⁴⁰ Non a caso anticamente ricostruita nella forma della *quaedam permutatio*, ossia come scambio di quote. Vedi P. GROSSI, *Voce* ‘Divisione (diritto intermedio)’, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 416 ss. (ove si evidenzia l’esistenza, già in alcuni testi della compilazione giustiniana, di accenni “*vaghi e non ben precisati*” circa le affinità tra divisione, compravendita e permuta).

¹⁴¹ Sull'utilizzabilità a fini di liberali di tale meccanismo (introdotto con la riforma delle società di capitali del 2003), ritenuto tipico del diritto delle società e, per tale ragione, non riducibile a figure più prettamente civilistiche come il contratto a favore di terzo o l'adempimento del terzo, v. tra i vari P. CEVASCO, *Assegnazione non proporzionale di azione in conseguenza di aumento di capitale*, *Notariato*, 2013, p. 442-444; G. IACCARINO, *Liberalità indirette*, Ipsoa, Milano, 2011, p. 125 ss.; M. MALTONI, *Le liberalità non donative realizzate mediante atti costitutivi e modificativi di società* in AA.VV., *Liberalità non donative ed attività notarile*, Il Sole24ore, Milano, 2008, p. 99 ss.; M. ONZA, *Partecipazione al capitale e partecipazione al rapporto sociale (appunti sulla derogabilità convenzionale della proporzione tra conferimento e quota)*, *Riv. Dir. Civ.*, II, 2007, p. 709 ed ivi p. 718; L. POMPONIO, *Contributo alla ricostruzione teorico-pratica delle assegnazioni e quote non proporzionali*, *Società*, 2007, p. 1073-1076. (il quale, però, ritiene che ove piegato a scopi ulteriori rispetto a quello societario muti la sua natura in contratto a favore di terzo).

¹⁴² Una ricostruzione di tal fatta, pur nelle debite proporzioni, sembra molto più coerente con l'elaborazione romana del *negotium mixtum cum donatione* (su cui v. anche note 105 e 137), se è vero che, come dice SCEVOLA, *Negotium mixtum cum donatione*, (105), p. 268, “*nell'ipotesi dell'inscindibilità oggettiva la commixtio avrebbe alluso all'effettivo concorso della causa negoziale tipica e della causa d'acquisto, la quale non sarebbe né negoziale né tipica ma avrebbe riflesso la propria portata sul piano degli effetti, prodotti in guisa tale da configurare un aliquid donationis: le medesime avrebbero potuto operare contestualmente perché soltanto la prima avrebbe consentito di qualificare validamente la fattispecie come compravendita, mentre la seconda nulla avrebbe avuto a che vedere con i profili afferenti ai ‘segni della meritevolezza’, tali da consentire la giuridicizzazione dell'impegno assunto dalle parti. Quest'ultima, piuttosto, avrebbe costituito la giustificazione di alcune determinazioni versate nel regolamento di interessi, strutturalmente individuabili in quanto integranti il contenuto dell'accordo e, come tali, idonee ad incidere sul risultato complessivamente perseguito dai contraenti*”.

prestazioni corrispettive e, dunque, con l'effetto riflesso di un arricchimento a vantaggio di una parte contrattuale. Arricchimento che, in astratto, in assenza di una volontà diretta alla sua qualificazione in senso liberale, ben potrebbe essere rilevare secondo diverse discipline di *default*¹⁴³.

Come nelle fattispecie sopra considerate, ossia quelle del contratto a favore di terzo o dell'adempimento del terzo, la figura del *negotium mixtum* si comporrebbe, dunque, di un risultato economico di arricchimento, avente origine da un negozio dotato di una propria funzione, che, in forza di un ulteriore momento dispositivo del disponente (ovvero, ove si ritenesse, anche del gratificato), verrebbe piegato ad una finalità donativa.

In termini non dissimili è stata prospettata, d'altronde, la costruzione della liberalità donativa realizzata per il tramite di negozi gratuiti (essenzialmente gratuiti o tali per scelta delle parti).

Poiché *“inteso in senso lato, l'arricchimento può ricomprendere, oltre all'incremento oggettivo del patrimonio, anche il mancato decremento di esso, discendente da un risparmio di spesa (come quello realizzato, attraverso la mancata corresponsione di un compenso, dal comodatario, dal trasportato, dal depositante, dal creditore garantito, dal mutuatario, e da colui che riceve la prestazione d'opera)”*¹⁴⁴ si è detto che *“di fronte a uno schema legale tipico, la qualifica donativa non potrebbe discendere che dal riconoscimento, di un risultato economico conseguito indirettamente attraverso quello schema e supportato dalla presenza dell'interesse non patrimoniale del disponente: e dunque, solo nei termini del riconoscimento di una liberalità indiretta”*¹⁴⁵.

Nei limiti in cui, quindi, la vendita, come ogni altro negozio oneroso piegato ad una funzione 'mista', nell'integrare il proprio schema tipico (lo scambio) è in

¹⁴³ Come precisa G.B. FERRI, *La vendita in generale – Le obbligazioni del venditore – Le obbligazioni del compratore* in P. RESCIGNO (cur.), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1999, p. 519-520, nel caso di vendita a corrispettivo superiore o inferiore al *“reale valore economico”* dell'oggetto venduto, *“il prezzo (nonostante che, da un punto di vista economico non rappresenti l'effettivo equivalente della cosa o del diritto alienati) non viene meno da un punto di vista giuridico alla sua funzione di corrispettivo (...) Una rilevanza dello squilibrio tra le prestazioni del venditore e del compratore, può aversi in due ipotesi fondamentali. Anzitutto quando questo squilibrio tra le prestazioni o non sia frutto della libera e consapevole scelta delle parti contraenti o sia dall'una all'altra imposto, contro dunque la volontà di questa (e a regolare questo eventuale aspetto patologico di una concreta vendita provvede la disciplina dettata dal legislatore sia in tema di vizi della volontà sia in tema di rescissione del contratto negli artt. 1447-1452 c.c.); inoltre, lo squilibrio, tra le prestazioni dei contraenti, può avere un rilievo quando la sua portata sia tale da far presumere che le parti, utilizzando lo schema tipico della vendita, abbiano in realtà voluto dar vita ad un'operazione economica in tutto o in parte differente”*.

¹⁴⁴ G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e “riqualificazione della causa”*, Riv. Dir. Civ., 2013, p. 502.

¹⁴⁵ AMADIO, *Attribuzioni liberali e “riqualificazione della causa”*, (144), p. 503. In termini analoghi v. F. TASSINARI, *Ipotesi dubbie di liberalità non donative* in AA.VV., *Liberalità non donative ed attività notarile*, Il Sole24ore, Milano, 2008, p. 28.

grado di veicolare, in via indiretta, su un piano oggettivo, un arricchimento, si deve ammettere che lo stesso possa prestarsi alla realizzazione di una liberalità, di natura non donativa.

La conclusione proposta, per quanto non propriamente intuitiva, sembra garantire maggiore coerenza sul piano sistematico e può dirsi corroborata da due osservazioni di chiusura:

a) Non pare forzato sostenere che la ricostruzione del *negotium mixtum* come sovrapposizione di due momenti dispositivi autonomi, di cui l'uno è diretto a realizzare l'arricchimento, l'altro a conferirvi valore liberale, consenta di risolvere in modo più lineare, molti dei problemi che si sono posti all'attenzione degli interpreti nel tentare di individuare la disciplina da applicare alla donazione mista¹⁴⁶.

Sotto questo profilo, uno dei problemi più controversi attiene senz'altro alla forma: ad intendere la figura in esame come negozio misto (e, quindi, come sovrapposizione di un negozio oneroso ad uno donativo) si dovrebbe coerentemente ammettere la necessità dell'atto pubblico, ricorrendo, nella fattispecie mista che in via contrattuale persegue anche un interesse liberale, quelle medesime esigenze su cui poggia la prescrizione della forma solenne, ai sensi dell'art. 782 c.c.¹⁴⁷. Non è un caso, infatti, che la giurisprudenza¹⁴⁸, per sfuggire a tale conseguenza, è costretta, il più delle volte, a ricostruire il *negotium mixtum* o come negozio indiretto, declassando, pertanto, lo scopo del beneficiante a mero motivo, o come liberalità non donativa – in quest'ultimo caso, però, senza adeguatamente motivare il modo in cui tale fattispecie permette di conciliare interesse patrimoniale e funzione liberale¹⁴⁹.

Non meno problematica è poi l'applicazione delle impugnative contrattuali specificatamente previste dalla normativa in materia di donazione tipica.

Esemplare è il caso della revocabilità per sopravvenienza dei figli: i contrasti all'interno della dottrina che si è occupata dell'argomento discendono dalla

¹⁴⁶ Non minori difficoltà di disciplina comporta la qualificazione del *negotium mixtum* come negozio indiretto, come testimoniato da RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, (93), p. 137 ss..

¹⁴⁷ Così ritiene, ad esempio, CARRABBA, *Donazioni*, (34), p. 627; coerentemente CATAUDELLA, *La donazione mista*, (18), p. 158-159.

¹⁴⁸ Vedi tra le più recenti Cass., 16 giugno 2014, n. 13684; Cass., 9 febbraio 2011, n. 3175; Cass., 17 novembre 2010, n. 23215.

¹⁴⁹ Si ricorda che il negozio che si fa veicolo di una liberalità non donativa, per espressa previsione normativa (art. 1875 c.c.) non richiede la forma dell'atto pubblico. Il dubbio, al più, è se l'eventuale accordo sulla liberalità sottostante richieda o meno l'atto pubblico; questione cui non pare rilevante, in questa sede, offrire risposta (non pare che di essa si interessi nemmeno la dottrina che propugna la costruzione del negozio configurativo di liberalità non negoziali), essendo sufficiente ricordare che, nelle trattazioni dottrinali e nelle motivazioni giurisprudenziali, è opinione condivisa la non necessità di osservare il requisito della forma solenne.

difficoltà di conciliare la prevalenza delle regole predisposte a tutela della volontà del donante, assicurata anche dalla previsione dell'art. 809 c.c., e le conseguenze connesse alla natura caducatoria del rimedio; conseguenze irragionevoli sia nell'ipotesi in cui preferisca rimanere aderenti alla disciplina legislativa, ritenendo l'impugnazione rivolta verso l'intero atto¹⁵⁰, nonostante alla base permanga un'operazione di scambio, sia nell'ipotesi alternativa che se ne condizioni l'utilizzo ad una ideale partizione dell'attribuzione¹⁵¹, dato che, per ipotesi, tale partizione è perentoriamente esclusa, per affermare, in sua vece, l'unitarietà della prestazione contrattuale.

Tutti questi problemi, si vuole dire, si prestano ad essere più facilmente risolti ricorrendo all'idea che nel *negotium mixtum* l'arricchimento rappresenti un mero effetto indiretto del negozio oneroso in cui si concreta lo scambio, il quale, a meno di valutare sottostanti collegamenti negoziali, si esaurisce in una vicenda autonoma rispetto alla contestuale qualificazione liberale dell'attribuzione eccedente.

È solo verso l'atto dispositivo (si ripete, del solo donante o anche del donatario, a seconda della ricostruzione cui si ritiene di aderire) che tale 'qualificazione' ha lo scopo di dettare, che dovrebbero di conseguenza trovare applicazione tutte le regole facenti parte del *corpus* normativo delle liberalità. E dovrebbe essere l'arricchimento causalmente imputabile al negozio oneroso a rappresentare il parametro su cui tarare l'operatività dei rimedi da tali norme previsti¹⁵².

¹⁵⁰ Questa è la tesi di CATAUDELLA, *La donazione mista*, (18), p. 153-154.

¹⁵¹ Così, ad esempio, CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (3), p. 283-284; il tentativo dell'Autrice di offrire una soluzione allineata con la tesi della natura unitaria della fattispecie non pare condurre ad esiti coerenti: da un lato, infatti, si ritiene applicabile in via analogica la regola della garanzia per evizione propria della donazione modale, all'evidenza presupponendo che oggetto dell'attribuzione liberale sia il bene, anche solo inteso *pro quota*; dall'altro, invece, nel contestare che la revocazione per sopravvenienza dei figli debba coinvolgere l'intero negozio si è affermato che "l'atto liberale ora in esame ha ad oggetto non tanto un bene quanto un valore o utilità".

¹⁵² Ci si può senz'altro chiedere, per ragioni di completezza, quale sia effettivamente l'arricchimento realizzato in forza di una vendita mista con donazione. Le opzioni che si aprono all'interprete sono ovviamente due: l'attribuzione di una parte del bene ovvero il risparmio di spesa. La prima soluzione, tuttavia, si espone alla critica di ammettere che l'attribuzione di un diritto (pur solo per una quota del bene), effettuata per spirito di liberalità, possa essere realizzata mediante una struttura alternativa alla donazione; il che non pare ammissibile, non solo per il dettato dell'art. 769 c.c., ma anche per lo stesso tenore dell'art. 809 c.c., il quale, alla luce della sua più evoluta interpretazione, permette di qualificare come liberalità diverse solo quelle che mirano a far conseguire un arricchimento liberale con strutture di effetti non corrispondenti a quelle della donazione tipica. Pertanto, appare più corretto ritenere che la vendita mista a donazione, nella forma di liberalità non donativa, si appunti sul risparmio di spesa realizzato attraverso lo scambio sperequato: in tal caso, infatti, non sarebbe possibile rintracciare un atto di disposizione del diritto al prezzo (nei termini di una sua rinuncia), ai sensi dell'art. 769 c.c., perché, *ab origine*, il credito pecuniario nascerebbe di ammontare minore al valore del bene trasferito. Per analoghe ragioni, peraltro, come già ammoniva risalente dottrina (v. BIONDI, *Le donazioni*, (20), p. 952-953), la donazione mista in cui la prestazione di valore eccedente coincide con quella di pagamento del prezzo, dovrebbe probabilmente essere costruita come vendita affiancata da una donazione diretta

Il tutto in perfetta coerenza con le soluzioni già avanzate in dottrina con riferimento alle liberalità di natura non negoziale¹⁵³.

Peraltro, l'applicazione di una disciplina unitaria per tutte le liberalità non donative, abbiano esse fonte da comportamenti non negoziali ovvero negoziali, in ragione del loro fondarsi sull'esistenza di uno specifico accordo negoziale in grado di dettare, per tali comportamenti, la qualificazione in termini liberali, non pare logicamente sottostare alla critica¹⁵⁴ che, di recente, è stata indirizzata a quell'opinione dottrinale¹⁵⁵ che, nelle ipotesi di intestazione di beni a nome altrui, come in tutti gli altri casi di liberalità non donativa, declina la tutela dei legittimari attraverso il rimedio dell'azione di ingiustificato arricchimento.

Il percorso argomentativo criticato tenta di conservare l'identità strutturale dell'azione di riduzione, prospettandone il perdurante carattere di impugnativa negoziale anche quando utilizzata per dichiarare l'inefficacia dell'atto dispositivo realizzato per il tramite di liberalità non donative. Si afferma, infatti, che, in tali casi, essa dovrebbe essere indirizzata verso quell'accordo diretto a configurare nei termini liberali l'operazione complessiva¹⁵⁶, al fine di rendere *sine causa* gli spostamenti patrimoniali tra disponente e beneficiario e legittimare l'erede necessario ad agire ai sensi dell'art. 2041 c.c..

Come dimostrato, tale percorso conduce senz'altro ad esiti abnormi e paradossali¹⁵⁷. A tali esiti non pare, però, corretto ricorrere per dimostrare l'artificiosità della costruzione dell'accordo configurativo di liberalità non donative derivanti da comportamenti negoziali.

Se è vero, infatti, che la scelta, astrattamente consequenziale¹⁵⁸, di trasportare la tutela del legittimario sul piano dell'azione di recupero dell'arricchimento privo di giustificazione causale (una volta reso inefficace l'accordo configurativo che tale giustificazione consente) conduce a risultati inaccettabili, non pare altrettanto vero

del denaro aggiuntivo (essendo sempre caratterizzata, una simile donazione mista, dall'assunzione liberale di un'obbligazione – quella relativa al prezzo eccedente – secondo lo schema proprio della donazione formale).

¹⁵³ Su cui v. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (3), p. 240 ss. e soprattutto p. 242 alla quale aderisce DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, (82), p. 113, nota 28.

¹⁵⁴ Vedi AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima "per equivalente")*, (15), p. 706 ss.

¹⁵⁵ È la proposta avanzata da MAGLIULO, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, (78), p. 102 ss..

¹⁵⁶ Invero, la soluzione dell'impugnativa in riduzione dell'accordo configurativo è prospettata già da MENGONI, *Successione necessaria*, (35), p. 254-255 (il quale estende anche al campo delle liberalità negoziali l'ipotesi avanzata, con riferimento alle sole liberalità non negoziali, da CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (3), p. 242).

¹⁵⁷ Vedi *amplius* AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima "per equivalente")*, (15), p. 706 ss. e in particolare p. 708.

¹⁵⁸ Offre un simile giudizio AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima "per equivalente")*, (15), p. 705.

che il vizio logico da cui tale risultato discende debba necessariamente imputarsi alla costruzione dell'accordo configurativo. Ciò è dimostrato, in particolare, dalla circostanza che, nonostante tale critica, si reputa comunque corretta e coerente la formulazione dell'ipotesi del negozio configurativo con riferimento alle liberalità non negoziali¹⁵⁹.

Ora, se nelle liberalità derivanti da comportamenti non negoziali, si ammette, come diversamente difficilmente potrebbe essere, che sussista un accordo configurativo del significato liberale della condotta e che, nel contempo, ciò non comporti una traslazione della tutela del legittimario sul piano dell'arricchimento senza causa (con tutti i limiti che ne derivano) non si vedono le ragioni per ritenere imprescindibile, al contrario, tale traslazione nel caso in cui la presenza dell'accordo configurativo sia teorizzata anche rispetto alle liberalità negoziali¹⁶⁰.

Riprova di quanto si va dicendo sembra potersi ulteriormente trarre dalla circostanza che, in ultima analisi, le ragioni addotte per giustificare l'ultroneità del richiamo dell'azione di ingiustificato arricchimento, prescindono da una valutazione negativa in ordine alla formulazione dell'ipotesi del negozio di configurazione, presentandosi al contrario con la stessa perfettamente compatibili: ammesso, infatti, anche nella prospettiva dell'accordo configurativo di liberalità negoziali, che *“oggetto della liberalità eccedente la disponibile sia “il valore dell'investimento di cui il donante ha fornito il donatario l'opportunità e i mezzi””*¹⁶¹ e che, dunque, *“sarà questo valore che il legittimario, per il tramite della riduzione, potrà conseguire”*, per giustificare la perdurante utilizzabilità del rimedio della riduzione *“è sufficiente riconoscere che il diritto alla legittima può realizzarsi al di fuori di un acquisto di beni ereditari: come, del resto, , normativamente previsto, nell'ipotesi in cui il bene oggetto di donazione diretta sia stato alienato a terzi dal donatario solvibile, ex art. 563, comma 1°, c.c.; o in cui il terzo avente causa dal donatario insolvente eserciti il diritto riconosciutogli dal comma 3° della stessa norma. Se queste sono «deroghe al principio della legittima in natura» introdotte dal legislatore, a seguito cioè di una discrezionale composizione degli interessi in conflitto, e della scelta di una tecnica di tutela*

¹⁵⁹ Così AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima “per equivalente”)*, (15), p. 704-705 e ivi, nota 64.

¹⁶⁰ Infatti, per CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (3), p. 240 ss., 279 ss. e in particolare p. 283 nota 83, la circostanza che nelle liberalità negoziali (e, in particolare, nel *negotium mixtum*) la qualificazione liberale dell'operazione non discenda dall'esistenza di un distinto accordo configurativo, quanto da un particolare atteggiarsi della causa dei singoli atti negoziali utilizzati, non comporta un differente trattamento per quel che riguarda l'applicazione dell'azione di riduzione, la quale tanto in tali casi quanto in quelli di liberalità non negoziali, ha ad oggetto il *“valore, od utilità che si attribuisce al legittimario”*.

¹⁶¹ AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima “per equivalente”)*, (15), p. 709 da cui è presa anche la citazione successiva.

sostitutiva, che cioè non esclude l'operatività in astratto di quel principio, viceversa, nei fenomeni qui indagati è la sua stessa applicabilità ad essere preclusa ab origine: e quella « per equivalente » diviene l'unica tecnica di realizzazione delle ragioni del legittimario giuridicamente (id est: sul piano degli effetti) praticabile¹⁶². Tali osservazioni appaiono tanto più rilevanti se si considera che nel caso di liberalità non negoziali, come in tutti gli altri casi di liberalità non donative, l'inapplicabilità del principio della legittima in natura discende dalla circostanza che l'arricchimento del donatario abbia titolo in un atto che non può essere in alcun modo pregiudicato dall'impugnativa in riduzione¹⁶², e che impedisce, di conseguenza, l'operare del meccanismo acquisitivo *iure successionis*; circostanza, questa, rispetto alla quale si presenta del tutto irrilevante la presenza o meno di un accordo configurativo (la cui funzione, infatti, sarebbe solo quella di dettare, per tale arricchimento, un'ulteriore qualificazione)¹⁶³.

D'altro canto, che la caducazione dell'accordo configurativo sottostante la liberalità non comporti, per necessità, il ricorso all'azione di ingiustificato arricchimento può essere argomentato anche sulla base del carattere residuale che connota il rimedio in parola: laddove la declaratoria di inefficacia dell'accordo che detta la qualificazione liberale è resa possibile dall'esistenza di una azione tipica avente come funzione il recupero, al patrimonio del donante, di quanto lo stesso si è spogliato (l'azione di riduzione), non sembra emergere il presupposto per legittimare gli eredi necessari a procedere in giudizio a norma dell'art. 2041 c.c..¹⁶⁴

¹⁶² Cfr. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima "per equivalente")*, (15), p. 703-704.

¹⁶³ Per DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, (82), p. 113 la circostanza che l'azione di riduzione di liberalità non donative si atteggi come impugnativa del negozio configurativo su cui tali liberalità trovano giustificazione, non comporta necessariamente l'applicazione del rimedio previsto dall'art. 2041 c.c. quanto un diverso esito della declaratoria di inefficacia, ossia il sorgere "di un'obbligazione ex lege relativa alla restituzione per equivalente dell'arricchimento ottenuto, in quanto non più sorretto da alcuna giustificazione causale" ovvero, in altri termini, "un credito pecuniario nei confronti del gratificato (il cui titolo d'acquisto rimane valido)". Come spiega anche MENGONI, *Successione necessaria*, (35), p. 257 nei casi di intestazione di beni a nome altrui "poiché l'azione di riduzione incide [sul rapporto interno da cui risulta la causa donandi], non sul titolo di acquisto del bene, alla cui formazione il donante è rimasto estraneo, oggetto alla pretesa del legittimario non è il bene in natura, ma il suo equivalente in denaro". Precisa ulteriormente CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, (3)p. 242 che gli acquisti in cui si sostanziano le liberalità non donative (l'Aurice si rivolge, sul punto, alle liberalità non negoziali), per la loro intrinseca inidoneità ad essere caducati mediante azione di riduzione, "possono essere assimilati [ai casi] in cui la restituzione in natura sia impossibile, trattandosi di una sorta di impossibilità di tipo giuridico (arg. ex art. 560 commi 1 e 2, 562, 563, comma 3)".

¹⁶⁴ Considerando, in particolare, il rigore con cui è interpretato il requisito della sussidiarietà, soprattutto in giurisprudenza. Vedi tra i vari, anche per gli opportuni riferimenti, L. FOLLIERI, *L'adempimento del terzo al vaglio delle Sezioni Unite, Obbl. Contr.*, 2010, p. 261 ss.; A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Cedam, Padova, 2005, p. 332 ss.; A. TRABUCCHI, *Voce 'Arricchimento (Azione di) (Diritto Civile)'*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 74.

b) La scelta di ridurre l'interesse non patrimoniale a semplice componente causale del negozio tipico cui accede sembra inoltre incappare, per un verso, in un vizio di contraddizione (nell'elaborazione complessiva della figura,) per un altro, in un problema di compatibilità (con gli schemi negoziali cui tale figura dovrebbe applicarsi).

Per quanto concerne il vizio di contraddittorietà, si può segnalare come il ritenere l'interesse liberale elemento integrativo della causa tipica del negozio preordinato alla sua soddisfazione, dia vita ad una evidente asimmetria tra negozi unilaterali e negozi bilaterali.

In questa prospettiva, infatti, si arriverebbe a sostenere che, nei primi, per il perseguimento dell'interesse non patrimoniale sarebbe sufficiente la volontà del solo disponente, laddove, nei secondi, si richiederebbe anche il consenso del beneficiario. Ciò, a sua volta, significherebbe, però, far perdere alla figura della liberalità la propria individualità quale operazione circolatoria giuridicamente rilevante¹⁶⁵. Per poter affermare che il momento dispositivo della liberalità si conservi sempre uguale a sé stesso, nelle varie ipotesi in cui può venire in rilievo, sembra necessario riconoscere che lo stesso o abbia sempre struttura unilaterale o struttura bilaterale. Il che significa, però, affermare, di conseguenza, che se bilaterale, nelle ipotesi di liberalità realizzata con negozio unilaterale esso trovi espressione in un apposito accordo a questo esterno; se unilaterale, nelle ipotesi di liberalità realizzata con negozio bilaterale, sia riconducibile a un distinto atto *a latere*, posto in essere dal solo disponente.

In sostanza, per conservare l'identità della funzione liberale si impone, inevitabilmente, di affermarne la riconducibilità ad un momento dispositivo autonomo, che si sovrappone, senza confondersi, agli atti che, di volta in volta, ne permettono la realizzazione (sebbene eventualmente convergente con la relativa struttura, qualora posto in essere contestualmente).

Per quanto concerne, invece, i problemi di compatibilità, ci si può limitare ad annotare che in determinate fattispecie contrattuali caratterizzate da una pluralità di parti (per tutte, valga l'esempio della società) a fatica potrebbe dirsi che l'interesse non patrimoniale tramite le stesse realizzato possa essere ricondotto ad un elemento della causa, e, quindi, a un elemento dell'accordo imputabile a tutti i partecipanti, laddove, come per lo più accade, il rapporto liberale coinvolge, in ultima analisi, solo alcuni di essi.

¹⁶⁵ Quel “*paradigma del “dono”*” che la più risalente dottrina, come annota AMADIO, *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, (144), p. 493, era incline a reputare “*estraneo alla razionalità insita nell'agire dell'homo oeconomicus, e agli strumenti di circolazione giuridica della ricchezza*”.

Emblematica, in quest'ottica, è la fattispecie dell'assegnazione non proporzionale di partecipazioni, sopra ricordata: in sede di costituzione della società è ben possibile che l'assegnazione non proporzionale (ossia l'attribuzione di partecipazioni non proporzionali alle sottoscrizioni effettuate dai soci) tocchi le sfere patrimoniali di solo alcuni dei soci aderenti, determinando l'instaurazione di un rapporto (in ipotesi liberale) solo tra colui o coloro che ricevono meno di quanto sottoscritto e conferito e colui o coloro che, al contrario, ricevono più di quanto sottoscritto e conferito¹⁶⁶. Tanto è vero questo che, qualora una assegnazione non proporzionale di tal fatta ricorra in sede di delibera di aumento, la dottrina di matrice commerciale¹⁶⁷ è ormai orientata a ritenere che oltre alla maggioranza in sede di assemblea straordinaria, ad essere necessario è solo il consenso di quei soci che sono interessati dalla diversa distribuzione delle azioni, con ciò ancor più evidenziando in che misura il rapporto, che in tale diversa assegnazione trova espressione, abbia collocazione all'esterno dei meccanismi attinenti alla modifica del contratto societario, e, *a fortiori*, all'esterno del suo profilo funzionale.

2.3. Conclusioni

L'analisi fin qui condotta, prendendo come filo conduttore la casistica rappresentata dalle liberalità non donative di maggior interesse pratico, quali la fattispecie del *negotium mixtum cum donatione* o quelle attinenti ai fenomeni di intestazione di beni a nome altrui, ha cercato di individuare in che termini, e con che meccanismi negoziali, si prospetti l'attività di 'qualificazione' (come definita

¹⁶⁶ Ad esempio, ribadiscono l'estraneità degli ulteriori profili causali attinenti ai rapporti tra i soci interessati dalle assegnazioni non proporzionali CEVASCO, *Assegnazione non proporzionale di azione in conseguenza di aumento di capitale*, (141), p. 444-446; MALTONI, *Le liberalità non donative realizzate mediante atti costitutivi e modificativi di società*, (141), p. 99-100; ONZA, *Partecipazione al capitale e partecipazione al rapporto sociale (appunti sulla derogabilità convenzionale della proporzione tra conferimento e quota)*, (141), p. 709 ed ivi p. 718; POMPONIO, *Contributo alla ricostruzione teorico-pratica delle assegnazioni e quote non proporzionali*, (141), p. 1073-1076 (nella misura in cui, come detto, riconduce la figura ad un contratto a favore di terzo). Vedi, inoltre, nella prassi notarile, Studio CNN n. 148-2008/I "L'assegnazione di partecipazioni non proporzionale ai conferimenti nelle società di capitali" a cura di J. SODI, p. 9-11. A quanto consta solo per IACCARINO. *Liberalità indirette*, (141), p. 126 è possibile parlare, in caso di assegnazioni non proporzionali, di "unico negozio a causa mista o complessa".

¹⁶⁷ Cfr. CEVASCO, *Assegnazione non proporzionale di azione in conseguenza di aumento di capitale*, (141), p. 452-453; POMPONIO, *Contributo alla ricostruzione teorico-pratica delle assegnazioni e quote non proporzionali*, (141), p. 1080 ss. e in particolare p. 1084. Vedi, inoltre, nella prassi notarile, Studio CNN n. 148-2008/I "L'assegnazione di partecipazioni non proporzionale ai conferimenti nelle società di capitali" a cura di J. SODI, p. 18-19; seppur con riferimento alla diversa fattispecie dell'aumento gratuito non proporzionali anche Massima n. 155 della Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano "Deliberazione di aumento gratuito non proporzionale nella s.r.l. (art. 2481-ter c.c.)".

nei precedenti capitoli) qualora assuma ad oggetto effetti scaturenti da, per lo più concomitanti, atti di autonomia.

La conclusione cui sembra corretto giungere è che la dinamica in cui trova espressione l'attività di 'qualificazione' non sia destinata a mutare in ragione dell'oggetto su cui è chiamata ad operare, sia tale oggetto costituito da effetti ricollegati dall'ordinamento a condotte legalmente tipiche o, all'opposto, da effetti aventi titolo in atti negoziali.

Anche quando l'attività di 'qualificazione' si rivolge verso effetti negoziali, sembra, infatti, possibile affermare che il suo fondamento risieda sempre nell'esistenza di quell'atto di autonomia, convenzionalmente definito 'negozio di qualificazione', che nel precedente capitolo si è cercato di delineare.

In particolare, non appare possibile giustificare la 'qualificazione' aggiuntiva degli effetti ricorrendo, in alternativa, all'idea di una maggiore complessità della causa del negozio da cui gli stessi hanno origine (la si risolva nell'idea della causa mista o della causa *sui generis*).

Tale impossibilità discende, a ben vedere, dalla scindibilità dei profili funzionali dei regolamenti interessati: attraverso l'attività di 'qualificazione', considerando i caratteri che della stessa sono stati enucleati, le parti non mirano ad attribuire, a determinati effetti, una funzione *ab origine* più complessa, bensì a prendere le mosse dalla disciplina che a tali effetti è già data, in ragione della fonte, al fine di aggiungervi un'ulteriore e distinta regolamentazione.

Sembra possibile, dunque, affermare (come sopra già ipotizzato) la legittimità di una 'qualificazione' di attribuzioni scaturenti da titoli negoziali 1) qualunque sia l'interesse (anche non liberale) posto alla base della distinta regolamentazione che si vuole dettare 2) che, in ragione dell'autonomia esistente tra i momenti dispositivi, si collochi in un momento successivo rispetto alla conclusione del negozio tipico, purché nel rispetto di quei principi e quelle regole che, secondo l'analisi svolta nel capitolo precedente, ne presiedono l'esercizio¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Anche in questo contesto, si potrebbe pensare, ad esempio, ad un accordo per 'qualificare', in un momento successivo, quale concessione transattiva, l'arricchimento indiretto realizzato attraverso la vendita a prezzo minore. In particolare, nell'ipotesi in cui lo stesso sia cagionato da errore, o nei presupposti della rescissione per lesione (anche nell'ipotesi di lesione *infra dimidium*, posto che tale lesione secondo taluno – cfr. A. PLAIA, *Diritto civile e diritto speciale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 205-206 – dà comunque luogo ad un'azione risarcitoria-indennitaria diretta a riequilibrare gli spostamenti patrimoniali realizzati con il contratto), non si vedono ragioni per negare alle parti, in ossequio ai principi delineati nel precedente capitolo, la possibilità di accordarsi per 'qualificare' successivamente tale arricchimento come concessione transattiva, così sostituendo, in relazione a quello, la disciplina generale del contratto con la disciplina della transazione.

3. La ‘riqualificazione’ delle donazioni: le singole proposte dottrinali

Se, dunque, alla luce di quanto detto, la costruzione del ‘negozio di qualificazione’ in questo lavoro proposta sembra poter trovare applicazione anche nel contesto dell’attività di ‘qualificazione’ di effetti negoziali; e se, nell’esercizio della stessa, i privati sono chiamati a conformarsi a quei limiti che si è creduto di poter individuare, a conclusione della disamina svolta nel precedente capitolo, si può finalmente tentare una valutazione, con rinnovata cognizione, della bontà delle singole proposte dottrinali avanzate in tema di ‘riqualificazione’ delle liberalità.

3.1. ‘Riqualificazione’ di donazione immobiliari in vendita o attribuzione fiduciaria

Nella cornice delineata dal presente lavoro, non ci può essere spazio, anzitutto, per la ‘riqualificazione’ delle donazioni in contratti di vendita¹⁶⁹ o in attribuzioni fiduciarie¹⁷⁰.

Come si è detto nel capitolo precedente, infatti, deve escludersi la legittimità del ricorso ad una ‘qualificazione’ successiva di effetti giuridici già recepiti dall’ordinamento, ogniqualvolta la nuova disciplina che si vorrebbe instaurare implichi la previa rimozione dell’intera disciplina precedente, in quanto incompatibile.

A tal riguardo, anche tenendo a mente quanto sopra annotato in ordine alla figura del *negotium mixtum cum donatione*, non sembra richiedere particolari dimostrazioni l’affermazione che, in presenza di una ‘riqualificazione’ in termini di vendita o di attribuzione *causa fiduciae* del trasferimento di un bene immobile, in origine avente titolo in una donazione, non possa sussistere compatibilità, in

¹⁶⁹ Si ricorda che questa tesi, sostenuta ricorrendo, sul piano tecnico, a diverse costruzioni (accordo di novazione della causa; accordo modificativo della causa), è riconducibile a G. PETRELLI, *Il problema della circolazione degli immobili di provenienza donativa e la novazione causale*, Riv. Not., 2012, p. 971 ss.; G. SANTARCANGELO, *La novazione di donazione*, Notariato, 2011, p. 696 ss.; F. VALENZA, *Novazione oggettiva e donazione*, Federnotizie, 2011, VI, p. 248 ss.; F. ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, Contr. Impresa, 2007, p. 947 ss.;

¹⁷⁰ Sostenuta da G. BARALIS, *Osservazioni e casistica in tema di trasferimenti fiduciari in AA.VV., Analisi interpretative e novità della circolare 3E/2008 dell’Agenzia delle Entrate*, Il Sole24ore, Milano, 2008, p. 69 ss..

ordine al medesimo oggetto, tra le disciplina della donazione tipica e le discipline afferenti a questi diversi tipi negoziali.

Ciò riprova, quindi, che l'intento empirico delle parti non sia quello di attuare la semplice integrazione del regolamento inizialmente posto, quanto, piuttosto, quello di procedere alla sua eliminazione.

Senza contare che il perfezionamento di una vendita o di un trasferimento fiduciario contempli, tra gli effetti essenziali che ne determinano l'individuazione come operazione giuridico-economica tipica, il contestuale trasferimento del diritto immobiliare: il che offre un ulteriore argomento per escludere che tali operazioni possano trovare soddisfazione mediante un atto dispositivo diretto a determinare solo l'applicazione di una disciplina.

Si può concludere, in altri termini, che la 'riqualificazione' in vendita o in attribuzione fiduciaria, non intenda muovere dal regolamento della donazione al fine dettare, per il futuro, una sua disciplina integrativa, ma miri, all'opposto, a sostituirvi, integralmente, il regolamento di un diverso negozio oneroso, che, contrariamente al primo, non comprometta la circolazione del bene che ne è oggetto, nelle successive contrattazioni¹⁷¹.

3.2. 'Riqualificazione' di donazione in attribuzione *ex pacto*, ai sensi dell'art. 768 bis c.c.

A conclusioni diametralmente opposte è possibile giungere, invece, guardando a quell'ipotesi che in dottrina è stata definita di 'riqualificazione' delle donazioni in patto di famiglia¹⁷².

¹⁷¹ Analoghe considerazioni possono svolgersi rispetto alla fattispecie di 'riqualificazione' presa in esame dal Quesito CNN n. 617-2013/C "*L'interesse delle parti di "modificare" la causa del contratto di vitalizio assistenziale: strumenti negoziali a confronto, fra esigenze assiologiche e coerenze sistematiche*" a cura di A. MUSTO, CNN Notizie del 13 febbraio 2015, ma non direttamente analizzata nel presente paragrafo in quanto non rientrante, a stretto rigore, nella casistica della 'riqualificazione' delle donazioni. Il contributo di prassi, infatti, prospetta un negozio di 'riqualificazione della causa' (*sub specie* di un accordo modificativo) come soluzione per consentire alle parti di 'riqualificare' un'attribuzione immobiliare, originariamente effettuata quale corrispettivo della costituzione di una rendita vitalizia, in donazione. Anche in tal caso, da un lato, l'impossibilità di applicare contemporaneamente, al trasferimento immobiliare già perfezionato, la disciplina della donazione, e quella prevista per la controprestazione di un contratto aleatorio, nonché, dall'altro, l'impossibilità di configurare la fattispecie donativa in mancanza della contestuale attribuzione di un diritto (o della realizzazione di un arricchimento, nella prospettiva della liberalità non donative) conferma che la supposta 'riqualificazione' miri piuttosto a realizzare, del precedente titolo, una integrale sostituzione.

¹⁷² Esplicitamente in questi termini si esprime A. BUSANI, *Il contratto di "riqualificazione" della donazione di partecipazioni sociali in patto di famiglia*, Società, 2016, p. 542. Indaga l'ammissibilità di un atto di autonomia diretto a recuperare donazioni pregresse al patto di famiglia, negando, tuttavia, la sua configurabilità come negozio di "*riqualificazione della causa*" AMADIO, *Attribuzioni liberali e "riqualificazione della causa"*, (144), p. 491 ss..

A ben vedere, infatti, l'atto di autonomia, mediante in cui le parti di una precedente donazione, mirino a stabilizzarne gli effetti successori, disponendone il recupero all'interno di un patto di famiglia, ai sensi dell'art. 768 bis ss. c.c. – pur nelle forti difficoltà che ancora oggi si incontrano nell'individuare delle coordinate certe all'interno della disciplina di questo istituto – sembra soddisfare entrambe quelle condizioni la cui integrazione, come precisato nel precedente capitolo, deve reputarsi presupposto indefettibile dell'attività di 'qualificazione negoziale': l'elasticità della struttura effettuale del tipo, di cui si vuole 'dettare la qualificazione', da un lato; la compatibilità con la regolamentazione preesistente dell'effetto negoziale, dall'altro.

Nello specifico, per quanto concerne il primo dei due requisiti, è opportuno evidenziare come la produzione dell'effetto traslativo può essere prospettata quale elemento non essenziale della configurazione codicistica del patto di famiglia.

Conferma di ciò può aversi tenendo a me che, ai sensi dell'art. 768 *quater*, comma 3 c.c., le assegnazioni di beni ai soggetti non assegnatari possono essere effettuate anche con contratti successivi, espressamente dichiarati collegati ai primi, e che, ai sensi dell'art. 768 *sexies* c.c., ai legittimari non assegnatari “*che non abbiano partecipato al contratto*”¹⁷³ è data possibilità di aderire al patto (e, conseguentemente, di essere liquidati in natura) anche con atti successivi. Da ciò, per interpretazione estensiva, ragionevolmente non vietata, stante la difficoltà di individuare una *ratio* contraria, sembra potersi ammettere che tutte le assegnazioni di beni presupposte dal patto possano essere perfezionate mediante separati atti negoziali¹⁷⁴.

¹⁷³ Come noto, si dibatte se tale espressione faccia riferimento a tutti i legittimari che, anche volontariamente, abbiano scelto di non aderire inizialmente al patto, o ai soli legittimari che, in quanto non ancora esistenti, si siano trovati nell'oggettiva impossibilità di parteciparvi *ab origine*. Per una panoramica delle diverse tesi si veda A. TODESCHINI PREMUDA, *Il patto di famiglia* in G. AMADIO-F. PATTI (curr.), *La divisione ereditaria*, Ipsoa, Milano, 2013, p. 254 ss..

¹⁷⁴ Così sembrerebbero affermare, ad esempio, C. PULIGHEDDU, *Donazioni e patti di famiglia: due figure a confronto* in E. DEL PRATO-M. COSTANZA-P. MANES (curr.), *Donazioni, atti gratuiti, patti di famiglia e trusts successori*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 506-509 la quale, nel dare conto dell'esistenza di “una pluralità di modelli di patti di famiglia” ne individua una variante allorché si voglia “riqualificare all'interno del patto di famiglia figure di “intese familiari” effettuate attraverso negozi liberali che abbiano ad oggetto l'azienda o le partecipazioni sociali” ; G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e “riqualificazione della causa”*, *Riv. Dir. Civ.*, 2013, p. 507 secondo cui “se si tiene presente la configurazione strutturale del patto, che rivela la sostanziale « neutralità » del momento attributivo, e la centralità, viceversa, del regolamento liquidativo, ne discende che una disarticolazione temporale dell'operazione negoziale dovrebbe ritenersi possibile”; P. MATERA, *Il patto di famiglia, Uno studio di diritto interno e comparato*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 136-137 ove si prospettano “casi più articolati, con pagamenti rateizzati o differiti per quanto dovuto in favore dei non assegnatari e magari con previsione (con efficacia reale o obbligatoria) altresì di un trasferimento differito di tutti o alcuni soltanto dei beni eventualmente assegnati”; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi* in AA.VV., *Liberalità non donative ed attività notarile*, Il Sole24ore, Milano, 2008, p. 137 secondo cui “il patto di famiglia, dunque, in considerazione della complessità di interessi che è diretto a regolare,

D'altro canto, se si considera che laddove al patto sono chiamati a partecipare (ex art. 768 *quater*, comma 1, c.c.) non solo l'imprenditore disponente e il discendente preferito ma anche tutti gli altri legittimari non assegnatari, e che, invece, l'assegnazione del bene aziendale (o della partecipazione societaria) – come anche, ove ammesse, la attribuzioni in natura direttamente poste in essere da parte del disponente a favore dei non assegnatari¹⁷⁵ – coinvolgono i predetti partecipanti in rapporti giuridici esclusivamente bilaterali¹⁷⁶, si può convenire sul fatto che vi possa essere scindibilità dei momenti dispositivi compendiate nel patto, e, di conseguenza, ammettere la distinzione, nella complessiva struttura dell'accordo, tra gli atti attributivi e l'accordo tra tutti i soggetti legittimati che, solo, può far conseguire la cristallizzazione dei valori e la disattivazione dell'ordinaria disciplina successoria delle donazioni¹⁷⁷.

Per quanto concerne, invece, il secondo dei requisiti indicati, può affermarsi, in modo altrettanto ragionevole, che sussista compatibilità tra la disciplina della donazione, e la disciplina del patto di famiglia, di cui si vuole dettare la qualificazione.

Come è stato osservato in dottrina¹⁷⁸, infatti, il 'recupero' di una donazione in patto di famiglia sembra proprio muovere dalla conservazione dell'effetto attributivo di natura liberale, al fine di dettarvi una disciplina integrativa quanto alla rilevanza successoria, così regolando un conflitto di interessi diverso (poiché attinente al piano della successione) da quello originariamente oggetto della contrattazione delle parti.

presenta una variabilità strutturale e procedimentale (patto bilaterale o plurilaterale ed atti contestuali o successivi di adesione, di liquidazione e di rinuncia o rifiuto) orientata a garantire un trasferimento endofamiliare dell'azienda o delle partecipazioni societarie – stabile e definitivo –, che in concreto può essere attuato attraverso la combinazione di disposizioni ed attribuzioni, anche non contestuali, aventi carattere liberale, produttivo, solutorio, remissorio, divisionale” (invero l'Autore individua quale minima unità effettuale del patto il trasferimento del bene produttivo al discendente preferito e la contestuale costituzione dei crediti liquidativi, riducendo la realizzazione del regime di esenzione da riduzione e collazione ad un effetto *ex lege* dell'adesione dei legittimari; nella prospettiva di una simile interpretazione, pertanto, dovrebbe probabilmente escludersi la possibilità di una 'riqualificazione' di una donazione pregressa in patto di famiglia).

¹⁷⁵ Trattasi della discussa ipotesi del patto di famiglia c.d. verticale. Su cui v. tra i vari M. COSTANZA, *Il patto di famiglia. Profili generali* in E. DEL PRATO-M. COSTANZA-P. MANES (curr.), *Donazioni, atti gratuiti, patti di famiglia e trusts successori*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 428; F. VOLPE, *Patto di famiglia (artt. 768-bis-768-octies)* in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 269-270; MATERA, *Il patto di famiglia, Uno studio di diritto interno e comparato*, (174), p. 117.

¹⁷⁶ Evidenzia come la dottrina tenda a “scomporre il “patto di famiglia” in una pluralità di rapporti, che poi vengono dagli stessi interpreti esaminati singolarmente” G. MINNITI, *La configurabilità sotto il profilo degli interessi perseguiti* in G. PALERMO, *Il patto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 109.

¹⁷⁷ Sul valore centrale da riconoscere al consenso dei legittimari per la disattivazione della rilevanza successoria dell'attribuzione al preferito v. per tutti PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, (174), p. 128-129.

¹⁷⁸ Cfr. AMADIO, *Attribuzioni liberali e “riqualificazione della causa”*, (144), p. 507.

Non è questa la sede per ripercorrere analiticamente tutte le teoriche che si sono affastellate nel tentare di ricostruire la natura giuridica del patto di famiglia¹⁷⁹.

Può, però, essere sufficiente segnalare, a questo riguardo, in primo luogo, che la maggior parte delle predette teoriche convergono nel ravvisare, quanto agli aspetti attribuitivi del patto, un profilo liberale¹⁸⁰ (quandanche non assorbente rispetto alla sua funzione complessiva)¹⁸¹; in secondo luogo che, ragionevolmente, l'effetto di disattivazione della rilevanza successoria delle attribuzioni consegnate alla sua disciplina, non possa che presupporre la loro (si vorrebbe dire preesistente) qualificazione in termini di liberalità¹⁸². D'altro canto, tale qualificazione non può che rappresentare il presupposto in forza del quale è possibile affermare che i legittimari non partecipanti al patto restino liberi di aggredire i beni produttivi trasferiti con l'ordinario strumento della riduzione (ovvero di computarli nella divisione, per effetto della loro collazione)¹⁸³.

Tutto quanto evidenziato, in conclusione, sembra far perfettamente collimare l'idea sottesa al recupero delle donazioni al patto di famiglia con quella costruzione del 'negozio di qualificazione' che il presente lavoro ha cercato di disegnare, quanto meno nell'ipotesi in cui si aderisca a quella tesi che ravvisa nell'accordo c.d. liquidativo tra disponente, assegnatari e legittimari non assegnatari il nucleo essenziale del nuovo tipo disciplinato dal legislatore¹⁸⁴ o si ammetta l'ingresso nel patto di attribuzioni liberali ulteriori, indirizzate al preferito come agli altri legittimari non assegnatari, tramite le quali si consenta, al

¹⁷⁹ Per un quadro sintetico delle quali v. sempre TODESCHINI PREMUDA, *Il patto di famiglia*, (173), p. 239 ss.

¹⁸⁰ Anche gli autori che espressamente negano il carattere liberale delle attribuzioni *ex pacto*, nel risolvere determinati problemi di disciplina (come quelli afferenti alla rappresentanza e alla assistenza degli incapaci partecipi) si richiamano, in ultima analisi, ai commenti in materia di donazione "per similitudini di argomenti e perdurante valenza delle soluzioni" (così, ad esempio, MATERA, *Il patto di famiglia, Uno studio di diritto interno e comparato*, (174), p. 170 nota 44).

¹⁸¹ Cfr. tra le tante opinioni PULIGHEDDU, *Donazioni e patti di famiglia: due figure a confronto*, (174), p. 511 e 517-518; IACCARINO, *Liberalità indirette*, (141), p. 143 ss.; PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, (174), p. 123 e 125; G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, Cedam, Padova, 2006, p. 54 (il quale espressamente riferisce tale profilo al "trasferimento dell'azienda (o di partecipazioni) a favore del (o dei discendenti)").

¹⁸² Si potrebbe, invero, obiettare che la rilevanza ai fini della riduzione e della collazione sia da collegarsi, piuttosto, alla funzione di anticipata successione che si annovera tra i vari profili causali dell'istituto (su cui v. ad esempio VOLPE, *Patto di famiglia (artt. 768-bis-768-octies)*, (174), p. 94; MATERA, *Il patto di famiglia, Uno studio di diritto interno e comparato*, (174), p. 158). A ciò, tuttavia, sembra possibile replicare, da un lato, che proprio le liberalità si atteggiano, per tradizione, come anticipazioni sulla futura successione, e, dall'altro, che, negli atti tra vivi, il regime successorio (di soggezione all'azione di riduzione e alle regole della collazione) concerne esclusivamente gli atti liberali.

¹⁸³ L'affermazione è indiscussa, *ex multis* v. VOLPE, *Patto di famiglia (artt. 768-bis-768-octies)*, (174), p. 263; PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, (174), p. 130 e 135.

¹⁸⁴ Così, coerentemente, AMADIO, *Attribuzioni liberali e "riqualificazione della causa"*, (144), p. 507-508.

disponente, di procedere ad una sistemazione successoria del proprio patrimonio, con il beneficio della cristallizzazione dei valori delle attribuzioni, che il patto è in grado di programmare.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. *Rent to buy e locazione di scopo*, *Giur. It.*, 2015

AA.VV., *Liberalità non donative ed attività notarile*, Il Sole24ore, Milano, 2008

ACHILLE D., *Limiti alla circolazione dei beni di provenienza donativa e rimedi negoziali* in V. CUFFARO (cur.), *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, Giappichelli, Torino, 2015

ADDIS F., *Art. 1352 c.c.* in G. BONILINI-M. CONFORTINI-M. GRANELLI (curr.), *Codice civile commentato*, Utet, Torino, 2012, p. 3074.

ADDIS F., *Il paradosso delle forme convenzionali*, *Obbl. Contr.*, 2007

ALBANESE A., *Art. 743* in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2009

ALBANESE A., *Vendita con riserva di proprietà* in V. ROPPO (cur.), *Trattato dei contratti*, I. *Vendita e vendite*, Giuffrè, Milano, 2014

ALCARO F.-ALEMANNI A., *Art. 1230 c.c.* in V. CUFFARO (cur.), *Commentario del Codice civile. Delle obbligazioni. Artt. 1218-1276*, Utet, Torino, 2013

ALCARO F.-BANDINELLI L.-PALAZZO M., *Effetti del contratto* in P. PERLINGIERI (cur.), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, ESI, Napoli, 2011

ALLARA M., *Le vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1999

ALPA G.-BRECCIA U.-LISERRE A., *Il contratto in generale* in M. BESSONE (cur.), *Trattato di diritto privato*, XIII, 3, Giappichelli, Torino, 1999

AMADIO G.-MACARIO F. (curr.), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, I, il Mulino, Bologna, 2014

AMADIO G., *Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa*, *Riv. Dir. Civ.*, 2013

AMADIO G., *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima “per equivalente”)*, *Riv. Dir. Civ.*, 2009

AMADIO G., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati in AA. VV.*, *Patti di famiglia per l’impresa*, Sole24ore, Milano, 2006

AMADIO G., *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, *Riv. Not.*, 2009

AMADIO G., *La condizione di inadempimento*, Cedam, Padova, 1996

AMADIO G., *La successione necessaria tra proposta di abrogazione ed istanze di riforma*, *Riv. Not.*, 2007

AMADIO G., *Liberalità non donativa e collazione*, *Contratti*, 2000

ANDREOLI M., *La novazione tacita obiettiva*, Maglione, Roma, 1929

ANGELONI F., *Ancora sulla novazione della donazione in vendita: optima repetita iuvant?*, *Diritto e giustizia*, 4 ottobre 2013

ANGELONI F., *Del contratto a favore di terzi* in A. SCIALOJA-G. BRANCA (cur), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2004

ANGELONI F., *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, *Contr. Impresa*, 2007

ARCANGELI A., *Il servizio delle cassette forti di custodia*, *Riv. Dir. Comm.*, 1905

ASCARELLI T., *Contratto misto, negozio indiretto e negotium mixtum cum donatione*, Riv. Dir. Comm., 1930, II

ASQUINI A., *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, Cedam, Padova, 1915

ASTUTI G., *Voce 'Compensazione (storia)'*, Enc. Dir., Giuffrè, Milano, 1961

AULETTA G.-SALANITRO N., *Diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 2001

AZARA A., *Le disposizioni testamentarie sull'acquisto dell'eredità e del legato e sulla rinuncia all'eredità e al legato*, Fam. Pers. Succ., 2012

BALBI G., *La donazione* in G. GROSSO-F. SANTORO-PASSARELLI (curr.), *Trattato di diritto civile*, Vallardi, Milano, 1964

BALDASSARRI A.-MAGRI M.-SANTI F., *Artt. 1703-1765. Mandato – Commissione – Spedizione – Agenzia – Mediazione* in P. CENDON (cur.), *Commentario al Codice civile*, Giuffrè, Milano, 2009

BALESTRIERI M., *I contratti preparatori: il contratto normativo* in P. FAVA (cur.), *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011

BARALIS G., *Osservazioni e casistica in tema di trasferimenti fiduciari in AA.VV., Analisi interpretative e novità della circolare 3E/2008 dell'Agenzia delle Entrate*, Il Sole24ore, Milano, 2008

BARASSI L., *Teoria generale delle obbligazioni. III L'attuazione*, Giuffrè, Milano, 1964

BARCELLONA P., *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1965

BENATTI G., *Il pagamento con cose altrui*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1976

BENEDETTI A.M., *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Giappichelli, Torino, 2002

- BENEDETTI G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1969
- BETTI E., *Corso d'istituzioni di diritto romano*, Cedam, Padova, 1928
- BETTI E., *Inefficacia del rapporto cambiario e reazione del rapporto causale*, *Riv. Dir. Comm.*, 1927, II
- BETTI E., *Istituzioni di diritto romano*, I, Cedam, Padova, 1942
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico (ristampa della corretta della II edizione)*, ESI, Napoli 1994
- BIANCA C.M., *Diritto civile 3. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2010
- BIANCA C.M., *Diritto civile, 3. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000
- BIANCA C.M., *Diritto civile, 4. L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1993
- BIANCA C.M., *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 2004
- BIANCA C.M., *La vendita e la permuta* in F. VASSALLI (cur.), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1993
- BIANCHI G., *Vizi del contratto e simulazione*, Cedam, Padova, 2007
- BIGLIAZZI-GERI L., *L'interpretazione del contratto (Artt.1362-1371)* in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2013
- BINNI A., *Voce 'Potere di disposizione'*, *Nov. Dig. It.*, Utet, Torino, 1957
- BIONDI B., *Chiarimenti intorno al negotium mixtum cum donatione e alla donazione indiretta*, *Banca, borsa tit. cred.*, 1960
- BIONDI B., *Le donazioni* in F. VASSALLI (cur.), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1961

BOCCHINI F., *La vendita di cose mobili* in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2004

BOZZI L., *Liberalità non donative,, contratto a favore di terzo ed “expressio causae” successiva*, *Riv. Dir. Comm.*, 2016

BRECCIA U., *Le obbligazioni* in G. IUDICA-P. ZATTI (curr.), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1991

BUCCISANO O., *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Giuffrè, Milano, 1968

BURDESE A., *La divisione ereditaria* in F. VASSALLI (cur.), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1980

BUSANI A., *Il contratto di “riqualificazione” della donazione di partecipazioni sociali in patto di famiglia*, *Società*, 2016

BUSANI A., *Patto di famiglia e governance dell'impresa trasferita - Primi spunti di riflessione sulla "attrazione" nel Patto di famiglia delle donazioni anteriori alla legge 14 febbraio 2006 n. 55* in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, Il Sole24ore, Milano, 2006

BUSSOLETTI M., *Obbligazioni convertibili, con warrant, con partecipazione agli utili*, *Riv. Dir. Comm.*, 1988, I

CALVO R., *Diritto civile. La vendita*, Zanichelli, Bologna, 2016

CAMARDI C., *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, Giuffrè, Milano, 1999

CAMMARATA A.E., *Il significato e la funzione del “fatto” nell'esperienza giuridica* in A.E. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico: studi*, Giuffrè, Milano, 1963

CANDIAN F.D., *Documento e negozio giuridico*, Tipografia Parmense, Parma, 1925

CANTILLO M., *Le obbligazioni. II* in W. BIGIAMI (cur.), *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Utet, Torino, 1992

CAPOBIANCO E., *L'interpretazione del contratto* in V. ROPPO (cur.), *Trattato del contratto*, II, Giuffrè, Milano, 2006

CAPOGRASSI C., *Il problema della scienza del diritto*, Foro Italiano, Roma, 1937

CARBONE V., *Il riconoscimento del debito nell'ambito dell'attività ricognitiva*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1977

CAREDDA V., *Casa familiare e godimento: spunti in tema di situazioni di fatto*, *Fam. Pers. Succ.*, 2009

CAREDDA V., *Le liberalità diverse dalla donazione*, Giappichelli, Torino, 1996

CARINGELLA F., *Manuale di diritto civile. Le obbligazioni*, Dike giuridica, Roma, 2011

CARINGELLA F., *Vendita a prezzo irrisorio (o vile) e rilevanza causale della fattispecie: un (improbabile) ritorno al passato della corte di legittimità*, *Foro It.*, 1992

CARIOTA FERRARA F., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1950

CARNELUTTI F., *Confessione e ricognizione*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1942

CARNELUTTI F., *Documento e negozio giuridico*, *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1926

CARNELUTTI F., *Natura del contratto cassetta-forte per custodia*, *Riv. Dir. Comm.*, 1911, II

CARNELUTTI F., *Negozio giuridico, atto illecito, atto dovuto*, *Riv. dir. comm.*, I, 1923

- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Il Foro It., Roma, 1951
- CARNEVALI U., *Donazioni indirette e successione necessaria*, *Fam. Pers. Succ.*, 2010
- CARNEVALI U., *Le donazioni* in P. RESCIGNO (cur.), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1982
- CARNEVALI U., *Voce* ‘Intestazione di beni sotto nome altrui’, *Enc. Giur.*, Istituto Enc. It., Roma, 1996
- CARRABBA A.A., *Donazioni* in P. PERLINGIERI (cur.), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, ESI, Napoli, 2009
- CARRESI F., *Il contratto* in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XII t.1, Giuffrè, Milano, 1987
- CASELLA P., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, Giuffrè, Milano, 1983
- CATANIA A., *Voce* ‘Qualificazione giuridica (teoria generale)’, *Enc. Giur.*, Istituto Enc. It., 1991
- CATAUDELLA A., *Successioni e donazioni. La donazione* in M. BESSONE (cur.), *Trattato di diritto privato*, V, Giappichelli, Torino, 2005
- CATAUDELLA A., *Bilateralità, corrispettività ed onerosità del contratto*, *Studi senesi*, 1968
- CATAUDELLA A., *I contratti*, Giappichelli, Torino, 2014
- CATAUDELLA A., *La donazione mista*, Giuffrè, Milano, 1970
- CATAUDELLA A., *La forma del “negotium mixtum cum donatione”*, *Foro pad.*, 1972, I

CAVALLLO BORGIA R., *Delle obbligazioni* in A. SCIALOJA-G. BRANCA (curr.), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2005

CAVALLLO BORGIA R., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, Giuffrè, Milano, 1978

CAVICCHI D., *Spunti in tema di usucapione, liberalità e tutela dei legittimari e degli eredi*, *Giur. It.*, 2004

CERDONIO CHIAROMONTE G., *Questioni irrisolte intorno ai patti sulla forma di futuri contratti*, *Riv. Dir. Civ.*, 2004, II

CESARINI SFORZA W., *Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano, 1963

CEVASCO P., *Assegnazione non proporzionale di azione in conseguenza di aumento di capitale*, *Notariato*, 2013

CHECCHINI A., *L'interesse a donare*, *Riv. Dir. Civ.*, 1976

CHECCHINI A., *Regolamento contrattuale ed interessi delle parti*, *Riv. Dir. Civ.*, 1991

CIAN G., *Forma solenne ed interpretazione del negozio*, Cedam, Padova, 1969

CICALA R., *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione "novativa" del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Jovene, Napoli, 1968

CICERO C., *Le obbligazioni. I modi di estinzione delle obbligazioni* in M. BESSONE (cur.), *Trattato di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2013

CICU A., *Successioni per causa di morte: parte generale* in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1961

COLOMBO C., *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Cedam, Padova, 1999

COMOGLIO L.P., *Le prove* in P. RESCIGNO (cur.), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1985

CORRADO R., *Il negozio di accertamento*, Artigianelli, Torino, 1942

CORRADO R., *Voce 'Negozio di accertamento'*, *Nov. Dig. It.*, Utet, Torino, 1965

CORRIERO V., *Preliminare, definitivo e coeva scrittura negoziale*, *Contratti*, 2002

COVIELLO N.-COVIELLO L., *Delle successioni. Parte generale*, Napoli, 1935

CRISAFULLI V., *Voce 'Atto normativo'*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1959

CRISCUOLI G., *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, *Giust. Civ.*, 1957, I

CUFFARO V., *La locazione di scopo* in AA.VV. *Rento to buy e locazione di scopo*, *Giur. It.*, 2015

CUFFARO V., *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili*, *Corr. Giur.*, 2015

D'AMICO G., *La compravendita. Tomo I* in P. PERLINGIERI (cur.), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, ESI, Napoli, 2013

DALBOSCO M.C., *La compensazione convenzionale*, *Riv. Dir. civ.*, 1996, I

DE ENTIERRA J.G., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, Giuffrè, Milano, 1989

DE GENNARO G., *I contratti misti*, Cedam, Padova, 1934

DE MARTINI A., *Profilo giuridico delle obbligazioni convertibili in azioni*, *Banca, borsa e tit. cred.*, 1957, I

- DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974
- DEIANA G., *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*, *Riv. Dir. Civ.*, 1938
- DEIANA G., *Contrarius consensus*, *Riv. Dir. Priv.*, 1938
- DEIANA G., *La natura giuridica del negotium mixtum cum donatione*, *Dir. Prat. Comm.*, 1938
- DELLE MONACHE S., *Liberalità atipiche, donazioni occulte e tutela dei legittimari*, *Familia*, 2006
- DELLE MONACHE S., *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Giuffrè, Milano, 2008
- DI GIOVANNI F., *La forma* in E. GABRIELLI-P. RESCIGNO (curr.), *Trattato dei contratti, I. I contratti in generale*, Utet, Torino, 2006
- DI MAJO A., *Dell'adempimento in generale* in A. SCIALOJA-G. BRANCA (curr.), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1994
- DI MAURO N., *L'individuazione dell'oggetto delle liberalità in alcune fattispecie particolari*, *Riv. Not.*, 1989
- DI PAOLO M., *Voce 'Negozio di accertamento'*, *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, Utet, Torino, 1995
- DI PRISCO N., *Altri modi di estinzione. Compensazione* in P. RESCIGNO (cur.), *Trattato di diritto privato, 9.I*, Utet, Torino, 1999
- DI SABATO F., *Manuale delle società*, Utet, Torino, 1995
- DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, *Riv. Dir. Civ.*, 1959

DOGLIOTTI M.-FIGONE A., *La locazione. Disciplina generale-le locazioni abitative* in P. CENDON (cur.), *Il diritto privato oggi*, Giuffrè, Milano, 1993

DOMENICHINI G., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, Giuffrè, Milano, 1993

DONATI A., *Il contratto di assicurazione in abbonamento*, *Il Foro It.*, Roma, 1935

DONATI A., *La dichiarazione ricognitiva di debito*, *Riv. Dir. Civ.*, 1979

DONISI C., *Il contratto con sé stesso*, ESI, Napoli, 1982

DORIA G., *La novazione dell'obbligazione* in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2012

DORIA G., *Negozi sull'effetto giuridico*, Giuffrè, Milano, 2000

EDOARDO MERLINO P., *Sisifo, zeus e la rotatività del pegno: riflessioni su corte di cassazione iii sezione civile, 26 gennaio 2010, n. 152*, *Riv. Not.*, 2011

ENRIQUEZ G., *Il preliminare di compravendita e l'art.40 legge n. 47/1985*, *Contratti*, 1999

FABIANI E., *Rent to buy, inadempimento del conduttore e rilascio dell'immobile*, *Notariato*, 2015

FALZEA A., *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, *Riv. Dir. Civ.*, 1996

FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1941

FALZEA A., *Voce 'Efficacia giuridica'*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1965

FAVALE R., *Forme extralegali e autonomia negoziale*, ESI, Napoli, 1994

FERRANTI I., *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, Giuffrè, Milano, 2005

- FERRARA F., *Teoria dei contratti*, Jovene, Napoli, 1940
- FERRI G., *La vendita con esclusiva* in G. FERRI, *Scritti in tema di vendita con esclusiva e di fusione delle società commerciali*, Utet, Torino, 1990
- FERRI G., *Le società* in F. VASSALLI (cur.), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1985
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1968
- FERRI G.B., *Voce 'Parte del negozio giuridico'*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1981
- FERRI L., *L'autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1959
- FOLLIERI L., *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel "prisma" del contratto*, *Contr. Impr.*, 2015
- FORCHIELLI P.-ANGELONI F., *Art. 743* in G. BRANCA-A. SCIALOJA (curr.), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2000
- FORNACIARI M., *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2002
- FOSCHINI M., *Pegni anomali e revocatoria fallimentare*, *Dir. Fall.*, 1999
- FUSI M., *Pubblicità commerciale* in M. BESSONE (cur.), *Trattato di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2007
- FRANCO R., *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, Cedam, Padova, 2012
- FRANCO R., *Dell'ammissibilità della novazione causale post-moderna. La sua pretesa pervasività sistemica. Ovvero della novazione della donazione*, *Contr. Impresa*, 2014

FRANZONI M., *Degli effetti del contratto* in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2013

FRANZONI M., *Il contratto e i terzi* in E. GABRIELLI (cur.), *Trattato dei contratti, I contratti in generale*, t.2, Utet, Torino, 2006

FRÈ G., *Società per azioni* in A. SCIALOJA-G. BRANCA (curr.), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1982

FURNO C., *Promessa di pagamento e ricognizione di debito (a proposito dell'art. 1988 cod. civ.)*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1950

FUSARO A., *In tema di liberalità non donative: ricognizione della casistica e analisi della prassi*, *Obbl. Contr.*, 2012

GABRIELLI E., *Forma "e" realtà "nel diritto italiano delle garanzie reali*, *Riv. Dir. Civ.*, 2012

GABRIELLI E., *I negozi costitutivi di garanzie reali*, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996

GABRIELLI E., *Il contratto e il suo oggetto nel diritto italiano*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2012

GABRIELLI E., *Il contratto e l'operazione economica* in AA.VV., *Studi in onore di G. Benedetti*, II, ESI, Napoli, 2008

GABRIELLI E., *Le garanzie rotative* in F. GALGANO (cur.), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Utet, Torino, 1995

GABRIELLI E., *Pinocchio, il grillo parlante e il problema del pegno rotativo: spiegazioni... a richiesta (fra il serio e il faceto)*, *Riv. Not.*, 2002

GABRIELLI E., *Sulle garanzie rotative*, ESI, Napoli, 1998

GABRIELLI E., *Voce 'Rotatività della garanzia'*, *Digesto Disc. Priv. Sez. civ.*, vol. XVIII, Utet, Torino, 1998

- GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Cedam, Padova, 1990
- GALEOTTI S., *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Giuffrè, Milano, 1957
- GALGANO F., *Degli effetti del contratto* in A. SCIALOJA-G. BRANCA (cur.), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1993
- GALGANO F., *La società per azioni* in F. GALGANO (cur.), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, VII, Cedam, Padova, 1987
- GALLO F., *Riflessioni sulla funzione della scriptura in C. 4, 21, 17* in AA.VV., *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Giuffrè, Milano, 1965
- GAZZONI F. *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni)*, *Riv. Not.*, 2000
- GAZZONI F. *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista 'non vivente' su trust e trascrizione)*, *Riv. Not.*, 2001
- GAZZONI F., *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)*, *Giust. Civ.*, 2006
- GAZZONI F., *Il vestito dell'imperatore (replica «ossessiva» sul pegno rotativo)*, *Riv. Not.*, 2002
- GAZZONI F., *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Giuffrè, Milano, 1974
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2015
- GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, Giappichelli, Torino, 2010
- GENNARI G., *Brevi note sugli effetti della forma convenzionale*, *Corr. Giur.*, 1997

GENOVESE A., *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Cedam, Padova, 1949

GENTILI A., *Senso e consenso: storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, Giappichelli, Torino, 2015

GIANCOLA F., *Art. 2420-bis* in G. GRIPPO (cur.), *Commentario delle società*, I, Utet, Torino, 2009

GIANNELLI A., *Art. 2420-bis* in P. MARCHETTI-L.A. BIANCHI-F. GHEZZI-M. NOTARI (curr.), *Commentario alla riforma delle società*, Egea, Milano, 2006

GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VII. *Estinzione delle obbligazioni*, Utet, Torino, 1927

GIORGIANNI M., *Il negozio di accertamento*, Giuffrè, Milano, 1939

GIORGIANNI M., *Negozi giuridici collegati*, *Riv. It. Sc. Giur.*, 1937

GIORGIANNI M., *Voce 'Accertamento (negozio di)'*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1958

GIORGIANNI M., *Voce 'Causa (dir. priv.)'*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1960

GIORGIANNI M., *Voce 'Forma degli atti'*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1968

GIRINO F., *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi*, Giuffrè, Milano, 1965

GITTI G., *Contratti regolamentari e normativi*, Cedam, Padova, 1994

GORLA G., *Il contratto*, I. *Lineamenti generali*, Giuffrè, Milano, 1955

GORLA G., *La riproduzione del negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1933

GORLA G., *Quid dei pacta adiecta ex-intervallo*, *Riv. Dir. Comm.*, 1966

GRANELLI C., *Voce* 'Confessione e ricognizione nel diritto civile', *Dig. Disc. Priv. sez. Civ.*, Utet, Torino, 1991

GRANELLI C., *Voce* 'Riproduzione del negozio', *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1989

GRASSETTI G., *Voce* 'Interpretazione dei negozi giuridici "inter vivos" (Diritto civile)', *Nov. Dig. It.*, Utet, Torino, 1968

GRAZIANI A., *Il mandato di credito*, *Riv. Dir. Comm.*, 1932, I

GRAZIANI C.A., *Il riconoscimento dei diritti reali: contributo alla teoria dell'atto ricognitivo*, Cedam, Padova, 1979

GRONDONA M., *Interpretazione e qualificazione del contratto tra merito e legittimità*, *Notariato*, 1998

GROSSI P., *Voce* 'Divisione (diritto intermedio)', *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1964

GUARDIGLI E., *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, *Corr. Giur.*, 2015

GUGLIELMETTI G., *I contratti normativi*, Cedam, Padova, 1969

IACCARINO G., *Liberalità indirette*, Ipsoa, Milano, 2011

IACCARINO G., *Rinuncia all'azione di restituzione prima della morte del donante: soluzioni operative*, *Notariato*, 2012

IBERATI L., *Il nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. Prime considerazioni*, *Contratti*, 2015

IEVA M., *Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa del donatario tra presente e futuro*, *Riv. Not.*, 1998

INZITARI B., *Delle obbligazioni pecuniarie* in A. SCIALOJA-G. BRANCA (curr.), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2011

IRTI N., *Idola libertatis: tre esercizi sul formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1985

IRTI N., *La crisi della fattispecie*, *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2014

IRTI N., *La nullità come sanzione civile*, *Contr. Impresa*, 1987

IRTI N., *La ripetizione del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970

IRTI N., *Principi e problemi di interpretazione contrattuale* in N. IRTI(cur.), *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, Cedam, Padova, 2000

IRTI N., *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, Padova, 1997

IRTI N., *Voce 'Rilevanza giuridica'*, *Nov. Dig. It.*, Utet. Torino, 1968

LA LUMIA I., *I depositi bancari*, Utet, 1913

LA PORTA U., *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, *Rass., Dir. Civ.*, 1993

LA ROCCA G., *Un secolo di teorie sul contratto preliminare*, *Contr. Impresa*, 2015

LAMBRINI P., *La novazione* in A. BURDESE-E. MOSCATI (cur.), *I modi di estinzione*, L. GAROFALO-M. TALAMANCA (curr.), *Trattato delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 2008

LAMBRINI P., *Novazione del contratto o contratto rinnovativo?* in R. FIORI(cur.), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Jovene, Napoli, 2008

LENER A., *"Expressio causae" e astrazione processuale* in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, III, Jovene, Napoli, 1972

LENER G., *Profili del collegamento negoziale*, Giuffrè, Milano, 1999

LIEBMAN E.B., *Sul riconoscimento della domanda in ID.* (cur), *Problemi del processo civile*, Morano, Napoli, 1962

LISERRE A.-JARACH A., *Formalismo volontario* in M. BESSONE (cur.), *Trattato di diritto privato*, XIII.III, Giappichelli, Torino, 1999

LONGO G., *Diritto delle obbligazioni*, Utet, Torino, 1950

LUMINOSO A., *Il mutuo dissenso*, Giuffrè, Milano, 1980

LUMINOSO A., *La vendita* in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2014

LUZZATTO R., *La compravendita*, Utet, Torino, 1961 (ed. postuma a cura di G. PERSICO)

MACCARRONE G., *Contratto "con prestazione al terzo"*, ESI, Napoli, 1997

MAFFEIS D., *Autonomia privata, formalismo volontario e nullità del contratto*, *Contr.*, 1996

MAFFEIS D., *La compensazione* in R. SACCO (cur.), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2012

MAGAZZU' A., *Voce 'Novazione (dir. civ.)'*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1978

MAGLIULO F., *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, *Notariato*, 2002

MAJELLO U., *L'accordo delle parti e gli obblighi del terzo beneficiario nella stipulazione a favore altrui*, *Foro Pad.*, 1962, I

MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Jovene, Napoli, 1962

MALTONI M., *La nuova disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili (art. 23 D.L., 12 settembre 2014, n. 133)*, Riv. Not., 2014

M. MALTONI, *Le liberalità non donative realizzate mediante atti costitutivi e modificativi di società* in AA.VV., *Liberalità non donative ed attività notarile*, Il Sole24ore, Milano, 2008

MARTINO M., *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Giappichelli, Torino, 2011

MARTORANA M., *La novazione nel diritto civile italiano*, Fiorenza, Palermo, 1924

MARTORANO F., *Voce 'Conto corrente (contratto di)'*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1961

MASCIANGELO S.-MORCAVALLO F.-VOMERO F., *La compensazione* in A. BURDESE-E. MOSCATI (cur.), *I modi di estinzione*, L. GAROFALO-M-TALAMANCA (curr.), *Trattato delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 2008

MENGONI L., *L'acquisto a non domino*, Giuffrè, Milano, 1949

MENGONI L., *Successioni legittime. Successione necessaria* in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2000

MESSINEO F., *Dottrine generali del contratto*, Giuffrè, Milano, 1948

MESSINEO F., *Il contratto in generale* in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1972

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Giuffrè, Milano, 1957

MESSINEO F., *Voce 'Contratto (dir. priv.)'*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1961

MESSINEO F., *Voce 'Contratto normativo e contratto tipo'*, *Enc. Dir.*, 1962

MEZZANOTTE, *Il negozio configurativo: dall'intuizione alla categoria (Storia di un pensiero)* in AA.VV., *Studi in onore di G. Benedetti*, II, ESI, Napoli, 2008

MICCIO R., *Delle obbligazioni in generale* in AA.VV., *Commentario del Codice civile*, Utet, Torino, 1982

MINERVINI E., *Il problema dell'individuazione del "negozio di accertamento"*, *Rass. Dir. Civ.*, 1986

MINERVINI G., *Obbligazioni convertibili in azioni ed opzione*, *Riv. Dir. Comm.*, 1946

MINNITI G., *Il formalismo negoziale tra procedimento e fattispecie*, *Quadrimestre*, 1993

MIRABELLI G., *Dei contratti in generale (Artt. 1321-1469)* in AA.VV., *Commentario del codice civile*, Utet, Torino, 1980

MIRABELLI G., *La locazione* in F. VASSALLI (cur.), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1972

MODUGNO F., *Voce 'Ordinamento giuridico (dottrine)'*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1980

MOSCARINI L.V., *Il contratto a favore di terzi (artt. 1411-1413)* in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2012

MOSCATI E., *Del pagamento dell'indebito* in A. SCIALOJA-G. BRANCA (curr.), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981

MOSCATI E., *La disciplina generale delle obbligazioni*, Giappichelli, 2015

MOSSA L., *La documentazione del contenuto contrattuale*, *Riv. Dir. Comm.*, 1919, I

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t.1 in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1974

NAVARRETTA E., *La causa e le prestazioni isolate*, Giuffrè, Milano, 2000

NICCOLINI G., *Le vendite sottocosto*, Giappichelli, Torino, 2001

NICOLO' R., *Collazione di lucri derivanti da società di fra defunto ed erede in AA.VV., Studi in onore di Antonio Cicu*, I, Giuffrè, Milano, 1951

NICOLO' R., *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, *Foro it.*, 1937, I

NICOLO' R., *Il riconoscimento e la transazione nel fenomeno della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in R. NICOLO', *Raccolta di scritti*, I, Giuffrè, Milano, 1980

NICOLO' R., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Giuffrè, Milano, 1936

NOBILI R.-VITALE M., *La riforma delle società per azioni: commento alla legge 7 giugno 1974, n. 216 e ai decreti delegati*, Giuffrè, Milano, 1975

ONORATO M., *L'accordo d'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 2009

ONZA M., *Partecipazione al capitale e partecipazione al rapporto sociale (appunti sulla derogabilità convenzionale della proporzione tra conferimento e quota)*, *Riv. Dir. Civ.*, II, 2007

OPPO G., *I contratti parasociali*, Giuffrè, Milano, 1942

ORESTANO A., *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Cedam, Padova, 2000

ORLANDI M., *Note sugli atti di ricognizione*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2003

OSTI G., *Voce 'Contratto'*, *Nov. Dig. It.*, Utet, Torino, 1959

- PACILEO V., *Voce* ‘Concorso di reati’, *Enc. Giur.*, Istituto Enc. It., Roma, 1988
- PAGLIARO A., *Voce* ‘Concorso di norme (dir. pen.)’, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1961
- PALAZZO A., *Gratuità strumentale e donazioni indirette* in G. BONILINI (cur.), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni, VI. Le donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009
- PALAZZO A., *Le donazioni (Artt. 769-809)* in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2000
- PALAZZOLO S., *Voce* ‘Rapporto giuridico’, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1987
- PALERMO G., *Contratto preliminare*, Cedam, Padova, 1991
- PALERMO G., *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, *Riv. Dir. Comm.*, 2001
- PALERMO G., *L'autonomia negoziale nella recente legislazione* in AA.VV. *Rento to buy e locazione di scopo*, *Giur. It.*, 2015
- PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Giappichelli, Torino, 2014
- PALERMO, *Sulla riconducibilità del “trust interno” alle categorie civilistiche*, *Riv. Dir. Comm.*, 2000
- PALMERINI E., *Art. 1352 c.c.* in E. NAVARRETTA-A. ORESTANO, *Dei contratti in generale (Artt. 1350-1386)*, Utet, Torino, 2011
- PARENTI V., *Sulla riduttiva considerazione della forma convenzionale ex art. 1352 c.c.*, *Giust. Civ.*, 1999, II
- PASSERIN D'ENTREVES A., *Il negozio giuridico*, Giappichelli, Torino, 2006

PAVONE LA ROSA A., *Le obbligazioni in serie speciali della SO.F.I.S.*, Riv. Soc., 1963

PELEGGI R., *La compensazione: profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Jovene, Napoli, 2009

PENNASILICO M., *Contratto e interpretazione*, Giappichelli, Torino, 2015

PERFETTI U., *Il contratto in generale. La conclusione del contratto* in A. CICU-F. MESSINEO (cur.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2016

PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni (art. 1230-1259)* in A. SCIALOJA-G. BRANCA (cur.), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975

PERLINGIERI G., *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi* in AA.VV., *Liberalità non donative ed attività notarile*, Il Sole24ore, Milano, 2008

PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, ESI, Napoli, 1990

PETRELLI G., *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili (rent to buy)*, visionabile in www.gaetanopetrelli.it

PETRELLI G., *Il problema della circolazione degli immobili di provenienza donativa e la novazione causale*, Riv. Not., 2012

PETRONE M., *La compensazione tra autotutela e autonomia*, Giuffrè, Milano, 1997

PIAZZA G., *Il rapporto tra interpretazione e qualificazione*, Contratti, 1998

PIAZZA G., *Se la società possa acquistare proprie obbligazioni convertibili in azioni*, Contr. Impr., 1987

POLETTI D., *L'accesso graduale alla proprietà immobiliare (ovvero sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2015

POMPONIO L., *Contributo alla ricostruzione teorico-pratica delle assegnazioni e quote non proporzionali*, *Società*, 2007

PORTALE G.B., *Principio consensualistico e conferimento di beni*, *Riv. Soc.*, 1970

PROSPERI O., *Forme complementari e atto recettizio*, *Riv. Dir. Comm.*, 1976, I

PUGLIATTI S., *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica: saggi*, Giuffrè, Milano, 1951

QUATRARO B.-ISRAEL R.-D'AMORA S.-QUATRARO G., *Trattato teorico-pratico delle operazioni sul capitale*, t. II, Giuffrè, 2001

RAGUSA-MAGGIORE G., *Voce 'Compensazione (dir. civ.)'*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1961

RAPISARDA I., *La cassazione torna a occuparsi del c.d. pegno rotativo sui titoli di credito.*, *Banca, borsa e titoli di credito*, 2016

RAVAZZONI A., *La formazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1966

REALMONTE F., *Associazione in partecipazione e obbligo di collazione*, *Riv. Soc.*, 1961

RECUPERO, *Natura giuridica del cosiddetto negozio misto con donazione*, *Temi*, 1950

REDDENTI E., *La composizione dei debiti nei nuovi codici*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1947

REDDENTI E., *Natura giuridica della cambiale e dell'obbligazione cambiaria*, *Riv. Dir. Comm.*, 1912, I

RENDA A., *Forme convenzionali (art. 1352 c.c.)* in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2016

RENDA A., *La compensazione volontaria e impropria* in M. PALADINI (cur.), *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*, Utet, Torino, 2010

RESTUCCIA D., *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis l. fall.*, *Riv. Not.*, 2012

RICCIUTO V., *La formazione progressiva del contratto* in E. GABRIELLI-P. RESCIGNO (curr.), *Trattato dei contratti, I. I contratti in generale*, Utet, Torino, 2006

RIZZO V., *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, ESI, Napoli, 1985

RODOTA' S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004

ROMANO Salv., *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1955

ROMANO Salv., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1961

ROMANO Salv., *L'atto esecutivo nel diritto privato (appunti)*, Giuffrè, Milano, 1958

ROMANO Salv., *Prefazione a W.CESARINI SFORZA, Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano, 1963

ROMANO Sant., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983

ROMANO Sant., *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1946

ROMEO C., *I modi di estinzione delle obbligazioni. La novazione* in R. SACCO (cur.), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2012

ROPPO V., *Causa concreta: una storia di successo? dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, *Riv. Dir. Civ.*, 2013

ROPPO V., *Il contratto* in G. IUDICA-F. ZATTI (curr.), *Trattato di diritto privato*, XI, Giuffrè, Milano, 2001

RUBINO D., *Il negozio giuridico indiretto*, Giuffrè, Milano, 1937

RUBINO D., *La compravendita* in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1971

RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, Milano, 1939

RUPERTO S., *Gli atti con funzione transattiva*, Giuffrè, Milano, 2002

RUSSO E., *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, *Riv. Dir. Civ.*, 2001

SACCO R.-DE NOVA G., *Il contratto II* in R. SACCO (cur.), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2004

SACCO R., *Il contratto* in F. VASSALLI (cur.), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1975

SACCO R., *Voce 'Riproduzione, rinnovazione, ripetizione, reiterazione dei contratti'*, *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, Utet, Torino, 1998

SANDULLI M., *Le obbligazioni convertibili in azioni* in G. MINERVINI (cur.), *La recente riforma delle società per azioni*, Cooperativa Economia e Commercio, Napoli, 1976

SANTARCANGELO G., *La novazione di donazione*, *Notariato*, 2011

SANTINI G., *La vendita a "boule de neige"*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1953

SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1985

SARALE M., *Art. 2420 bis* in G. COTTINO-G.BONFANTE-O. CAGNASSO.P. MONTALENTI (curr.), *Nuovo diritto societario*, Zanichelli, Bologna, 2008

SCHIAVONE G., *Il contratto con se stesso stipulato in adempimento di un preliminare*, *Corr. Giur.*, 2000

SCHIZZEROTTO G., *Il collegamento negoziale*, Jovene, Napoli, 1983

SCHLESINGER P., *Complessità del procedimento di formazione del consenso e unità del negozio contrattuale*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1964

SCHLESINGER P., *Voce 'Compensazione (Diritto civile)'*, *Nov. Dig. It.*, Utet, Torino, 1967

SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto ed interessi dei contraenti*, Cedam, Padova, 1992

SCOGNAMIGLIO C., *Sulla rinnovazione del negozio giuridico*, *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1950

SCOGNAMIGLIO C., *Voce 'Motivi (del negozio giuridico)'*, *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, Utet, Torino, 1994

SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale* in G. GROSSO-F. SANTORO PASSARELLI (curr.), *Trattato di diritto civile*, Milano, Vallardi, 1972

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale (Artt. 1321-1352)* in A. SCIALOJA-V. BRANCA (curr.), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1970

SCOGNAMIGLIO R., *Voce 'Collegamento negoziale'*, *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1960

SCORZA B., *Natura giuridica dell'abbandono della nave agli assicuratori*, Riv. Dir. Comm., 1932, I

SCORZA G., *Le obbligazioni convertibili*, Giuffrè, Milano, 1971

SENOFONTE P., *In tema di negozi collegati*, Dir. Giur., 1960

SICCHIERO G., *Il contratto con causa mista*, Giuffrè, Milano, 1996

SIMONETTO E., *Le obbligazioni convertibili in azioni. Alcune questioni di base in AA.VV., Bilancio di esercizio*, Cedam, Padova, 1976

SIRENA P., *La nozione di vendita: causa e oggetto* in V. ROPPO (cur.), *Trattato dei contratti*, I. *Vendita e vendite*, Giuffrè, Milano, 2014

SPADA P., *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, Riv. Dir. Civ., 1978

STANZIONE P., *Voce 'Rapporto giuridico II. Diritto civile'*, Enc. Giur., Istituto Enciclopedia italiana, Roma, 1993

STEVANATO D., *Donazioni e liberalità indirette nel tributo successorio*, Cedam, Padova, 2000

STUCCHI L., *Contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. La nuova fattispecie e le tecniche contrattuali tradizionali* in AA.VV., *Tecniche contrattuali e attività notarile*, Sole24ore, Milano, 2016

TAMPONI M., *Contratto a favore di terzo* in M. BESSONE (cur.), *Trattato di diritto privato*, XIII.VI *Il contratto in generale*, Giappichelli, Torino, 2000

TASSINARI F., *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziale*, Contratti, 2014

TASSINARI F., *Ipotesi dubbie di liberalità non donative* in AA.VV., *Liberalità non donative ed attività notarile*, Il Sole24ore, Milano, 2008

TEDESCHI G., *Forme volontarie nei contratti* in AA.VV., *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Principato, Messina, 1931

TEODORO M., *L'intervento del notaio negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *Riv. Not.*, 2014

TERRE' F., *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Richon ed Durand-Auzias, Paris, 1957

TESTA A., "Sblocca Italia": *gli effetti sulla disciplina del rent to buy*, *Imm. Prop.*, 2015

TORRENTE A.-SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2015

TORRENTE A., *La donazione* (seconda edizione aggiornata a cura di A. PALAZZO-A. MORA) in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2006

TORRONI A., *Accertamento negoziale di precedenti liberalità*, *Riv. Not.*, 2011

TORRONI A., *Acquisti immobiliari potenzialmente pericolosi: con provenienza donativa, mortis causa, o per usucapione non accertata giudizialmente. Tutela dell'acquirente*, *Riv. Not.*, 2009

TORRONI A., *La reintegrazione della quota riservata ai legittimari nell'impianto del codice civile*, *Riv. Not.*, 2011

TORRONI A., *Liberalità indiretta non negoziale e collazione: l'accessione non impedisce la collazione del valore dell'immobile*, *Riv. Not.*, 2015

TOSI P., *Considerazioni in tema di novazione oggettiva del rapporto di lavoro*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969

TRIMARCHI G.A.M., *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile* in AA.VV., *Liberalità non donative e attività notarile*, Ipsoa, Milano, 2008

- TRIMARCHI P., *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico, Temi*, 1955
- TROISI B., *La prelazione volontaria come regola privata, integrativa del procedimento di formazione del contratto, Riv. Dir. Civ.*, 1984, II
- TURCO C., *L'adempimento del terzo (Art. 1180) in P. SCHLESINGER (cur.), Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2002
- VALENZA F., *Novazione oggettiva e donazione, Federnotizie*, 2011
- VENDITTI Arn., *Appunti in tema di negozi giuridici collegati, Giust. Civ.*, 1954, II
- VENOSTA F., *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Giuffrè, Milano, 1997
- VERDICCHIO V., *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, ESI, Napoli, 2002
- VISALLI N., *La collazione*, Cedam, Padova, 1988
- VISENTINI B., *Le obbligazioni convertibili in azioni, Rass. Ass. Banc. It.*, 1947
- ZACCARIA A., *La prestazione in luogo dell'adempimento: fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Giuffrè, Milano, 1987
- ZOPPINI, *L'emersione delle categoria della successione anticipata (note sul patto di famiglia) in AA. VV., Patti di famiglia per l'impresa*, Sole24ore, Milano, 2006
- ZUDDAS G., *Voce 'Compensazione', Enc. Giur., Ist, Enc. It.*, Roma, 1988

PRASSI

Quesito CNN n. 617-2013/C “*L’interesse delle parti di “modificare” la causa del contratto di vitalizio assistenziale: strumenti negoziali a confronto, fra esigenze assiologiche e coerenze sistematiche*” a cura di A. MUSTO, CNN Notizie del 13 febbraio 2015

Studio CNN n. 107-2009/I “*Tracciabilità delle movimentazioni finanziarie nel sistema delle movimentazioni e degli atti ricognitivi delle liberalità*”, a cura di M. KROGH.

Studio CNN n. 102-2015/C “*Rent to buy - tecniche redazionali*” a cura di G. RIZZI