

o della persona considerata nel negozio: un significativo esempio se ne ha nel matrimonio, che è impugnabile soltanto per errore sull'identità della persona dell'altro coniuge, o per l'errore sulle qualità quando « si risolve in errore sull'identità della persona » (1), questo come quello escludendo il consenso (art. 122) (2). Impropriamente, dunque, il codice accomuna l'errore sull'identità o su una qualità identificativa, che, quando è rilevante, è ostativo, con l'errore motivo in una stessa norma (art. 1429), che si crede riferibile soltanto a quest'ultimo (cfr. infatti art. 1433).

D'altra parte, solo l'errore che cada su una qualità essenziale dell'elemento negoziale, in particolare dell'oggetto o della persona considerata, è un errore essenziale, e quindi rilevante; l'errore su una qualità secondaria è un errore accidentale, senza rilevanza giuridica. La legge indica il criterio, secondo cui deve stabilirsi se la qualità è essenziale: è essenziale la qualità dell'oggetto o della persona, che « secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso » (art. 1429-2° e 3°). Così non solo si precisa che la qualità essenziale è soltanto quella determinante della volontà, sì che, se il soggetto non fosse incorso in errore su quella qualità, non si sarebbe indotto a quel negozio, ma anche si chiarisce che l'essentialità va valutata sia secondo il tipo del negozio (« secondo il comune apprezzamento »), sia con riguardo al negozio con-

(1) GRASSETTI, *In tema di errore sulla persona nel matrimonio*, Foro it., 1948, I, 549 ss.; JEMOLO, *Errore su attributi inerenti alla personalità*, Temi, 1949, p. 5 ss.; *Errore sulle qualità essenziali*, Giur. it., 1950, I, 1, 1 ss.; RESCIGNO, *L'errore sulla nazionalità del coniuge*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1954, p. 937 ss.; GIACCHI, *Sull'« error qualitatis redundans in errorem personae »*, Riv. dir. matr., 1960, p. 395 ss.; Cass. 12 agosto 1949, Giur. compl. Cass. civ., 1950, I, 50, con nota di DE LUCA, *Errore sulle qualità ed errore sull'identità della persona*; Cass. 12 gennaio 1959, Mass. Foro it., 1959, 1255.

(2) P. FEDELE, *L'errore come causa di annullamento di matrimonio nel codice civile*, Giur. it., 1950, IV, 81 ss.

creto (« in relazione alle circostanze »), in quanto in questo una qualità normalmente secondaria sia stata determinante della volontà o viceversa. Si capisce quindi come da una parte anche l'errore su un elemento proprio del negozio concreto, quale una modalità (ad es. una condizione), dall'altra un semplice errore sulla quantità (1), se sia stata la quantità a determinare il consenso (cfr. art. 1430), debba considerarsi essenziale.

In conclusione, l'errore, di fatto o di diritto, è essenziale quando sia determinante della volontà, cada poi sulla causa, come quando si attribuiscono a un tipo di negozio effetti che lo stesso non può produrre (*error in negotio*), o su qualità essenziali dell'oggetto o della persona considerata (*e. in substantia, in qualitate, in quantitate, in pretio*, ecc.), o su un elemento accidentale rispetto al tipo del negozio, ma essenziale al negozio concreto (modalità) o, trattandosi di errore di diritto, anche sui motivi. Un errore accidentale rettificabile è l'errore di calcolo (art. 1430) (2).

L'errore motivo non viene in considerazione, sebbene essenziale, rispetto a certi negozi, o perchè prevale l'esigenza di conservazione del rapporto costituito, per la speciale importanza sociale del medesimo, o in dipendenza della specifica funzione del negozio: così l'errore motivo non rileva nel matrimonio (come risulta da quello che si è accennato), nel riconoscimento del figlio naturale, perchè è decisivo il requisito di veridicità (articoli 265¹, 263¹), nell'accettazione e nella rinuncia dell'eredità (articoli 482¹, 483¹, 526¹), nella divisione (art. 761¹; cfr. art. 762), invece rescindibile per il vizio oggettivo (causale) della lesione (art. 763 ss.); mentre, per diverse ragioni connesse alla funzione propria a ciascuna, la transazione e la confessione non sono impugnabili per errore di diritto (articoli 1969 e 2732).

(1) MESSINEO, *Errore nella quantità e impossibilità di esecuzione di mandato oneroso a vendere*, Giur. it., 1948, I, 2, 289 ss.

(2) PIAZZA, *L'errore di calcolo e l'art. 1430 del codice civile*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1964, p. 575 ss.; Cass. 23 luglio 1959, Mass. Foro it., 1959, 447, 2378; 10 giugno 1965, Foro it., 1965, I, 1769.

Casi di rilevanza dell'errore sul motivo.

Viceversa, come acquistano rilevanza i motivi, così diventa rilevante, perchè essenziale, l'errore sui medesimi in taluni negozi a titolo gratuito: disposizioni testamentarie e donazioni. Non è da credere, come può far pensare un passo della relazione sul codice (n. 303), che sulla validità di questi negozi influiscano soltanto l'errore ostativo e l'errore sui motivi. Al contrario è più ampia la sfera d'azione dell'errore in tali negozi, perchè vengono in considerazione l'errore ostativo, l'errore normalmente essenziale e l'errore sui motivi. La ragione della considerazione di quest'ultimo errore è la ragione stessa del rilievo dei motivi in questi negozi gratuiti, e cioè che la causa liberale è, in determinate circostanze, qualificata dalla ragione specifica per cui è posta in essere. Però, perchè ciò si verifichi e conseguentemente l'errore sul motivo possa influire sulla validità del negozio, è necessario che il motivo risulti dalla dichiarazione e sia il solo a determinare il disponente (articoli 624², 787; cfr. anche articoli 626, 788, 634 in fine, 647^a, 648² in fine; e invece art. 1345) (1).

Riconoscibilità e scusabilità dell'errore.

Non basta che l'errore ostativo o motivo abbia i caratteri dianzi indicati per influire sulla validità del negozio: esso, almeno in certi negozi, deve essere riconoscibile (art. 1428), cioè tale che in relazione al contenuto del negozio, alle sue circostanze o alla qualità delle parti, « una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo » (art. 1431; cfr. art. 1433) (2). In tal modo la legge adotta un criterio oggettivo ponderato, che tempera

(1) Cass. 17 ottobre 1947, Giur. compl. Cass. civ., 1947, III, 354, con nota di DE MARTINI.

(2) A. GIORDANO, *In tema di rilevanza dell'errore bilaterale*, Giust. civ., 1952, p. 453 ss.; BARCELLONA, *In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale*, Riv. dir. civ., 1961, I, p. 57 ss.; Cass. 27 gennaio 1948, Riv. dir. comm., 1948, II, 179, con nota di SACCO, *Riconoscibilità e scusabilità dell'errore*; Cass. 9 febbraio 1952, Foro it., 1952, I, 431, con nota di DE MARTINI, *In tema di riconoscibilità dell'errore bilaterale del contratto*. Contro il requisito nell'errore bilaterale, Cass. 29 aprile 1965, Foro it., 1965, I, 1778.

cioè la regola con la specialità del caso concreto. Il requisito della riconoscibilità è posto a tutela dell'affidamento, non dell'affidamento che il destinatario della dichiarazione abbia eventualmente riposto, ma di quello che aveva ragione di riporre nella stessa: l'affidamento non sussiste o, comunque, non è meritevole di tutela, dove l'errore del dichiarante è riconoscibile. Con ciò, dice la relazione sul codice (n. 652), la scusabilità si sposta dall'errante al destinatario.

Questa osservazione conferma che non ha più ragion d'essere il requisito della scusabilità, ritenuto necessario dalla dottrina prevalente anteriore al codice (1); nè può argomentarsi in contrario dalla norma specifica per il pagamento (art. 2036¹), che per noi è, del resto, un atto non negoziale. Nella riconoscibilità è in un certo senso implicita la scusabilità, perchè normalmente è riconoscibile l'errore scusabile (2), ma, ad ogni modo, il requisito cui deve aversi riguardo è oggi quello della riconoscibilità, conforme all'esigenza, fondamentale nel sistema, della tutela dell'affidamento (cfr. n. 31): donde segue che, mancando l'affidamento perchè in concreto l'errore sia noto al destinatario della dichiarazione, viene meno il requisito della riconoscibilità.

Per converso, dove quella tutela non abbia ragion d'essere, ivi non è necessario che l'errore sia anche riconoscibile. La relazione sul codice sembra, con qualche incertezza, limitare il requisito della riconoscibilità ai contratti (n. 652); noi propendiamo a ritenerlo generale nei negozi patrimoniali, con la sola eccezione dei negozi *mortis causa*, per la ragione che indicheremo più innanzi (n. 51).

(1) DE CUPIS, *La scusabilità dell'errore nei negozi giuridici*, Padova, Cedam, 1939; G. AMORTH, *In tema di annullamento del contratto per errore: considerazioni sul preteso requisito della scusabilità*, Giur. it., 1962, I, 1, 111 ss.; Cass. 28 giugno 1963, Riv. dir. comm., 1963, II, 468, con nota di Nicolò LIPARI, *Riconoscibilità e scusabilità dell'errore (in cassazione)*; 9 ottobre 1963, Foro it., 1963, I, 2088.

(2) Cass. 31 gennaio 1953, Mass. Foro it., 1953, 61, 258.

Casi di rilevanza dell'errore sul motivo.

Viceversa, come acquistano rilevanza i motivi, così diventa rilevante, perchè essenziale, l'errore sui medesimi in taluni negozi a titolo gratuito: disposizioni testamentarie e donazioni. Non è da credere, come può far pensare un passo della relazione sul codice (n. 303), che sulla validità di questi negozi influiscano soltanto l'errore ostativo e l'errore sui motivi. Al contrario è più ampia la sfera d'azione dell'errore in tali negozi, perchè vengono in considerazione l'errore ostativo, l'errore normalmente essenziale e l'errore sui motivi. La ragione della considerazione di quest'ultimo errore è la ragione stessa del rilievo dei motivi in questi negozi gratuiti, e cioè che la causa liberale è, in determinate circostanze, qualificata dalla ragione specifica per cui è posta in essere. Però, perchè ciò si verifichi e conseguentemente l'errore sul motivo possa influire sulla validità del negozio, è necessario che il motivo risulti dalla dichiarazione e sia il solo a determinare il disponente (articoli 624^o, 787; cfr. anche articoli 626, 788, 634 in fine, 647^o, 648^o in fine; e invece art. 1345) (1).

Riconoscibilità e scusabilità dell'errore.

Non basta che l'errore ostativo o motivo abbia i caratteri dianzi indicati per influire sulla validità del negozio: esso, almeno in certi negozi, deve essere riconoscibile (art. 1428), cioè tale che in relazione al contenuto del negozio, alle sue circostanze o alla qualità delle parti, « una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo » (art. 1431; cfr. art. 1433) (2). In tal modo la legge adotta un criterio oggettivo ponderato, che contempera

(1) Cass. 17 ottobre 1947, Giur. compl. Cass. civ., 1947, III, 354, con nota di DE MARTINI.

(2) A. GIORDANO, *In tema di rilevanza dell'errore bilaterale*, Giust. civ., 1952, p. 453 ss.; BARCELLONA, *In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale*, Riv. dir. civ., 1961, I, p. 57 ss.; Cass. 27 gennaio 1948, Riv. dir. comm., 1948, II, 179, con nota di SACCO, *Riconoscibilità e scusabilità dell'errore*; Cass. 9 febbraio 1952, Foro it., 1952, I, 431, con nota di DE MARTINI, *In tema di riconoscibilità dell'errore bilaterale del contratto*. Contro il requisito nell'errore bilaterale, Cass. 29 aprile 1965, Foro it., 1965, I, 1778.

cioè la regola con la specialità del caso concreto. Il requisito della riconoscibilità è posto a tutela dell'affidamento, non dell'affidamento che il destinatario della dichiarazione abbia eventualmente riposto, ma di quello che aveva ragione di riporre nella stessa: l'affidamento non sussiste o, comunque, non è meritevole di tutela, dove l'errore del dichiarante è riconoscibile. Con ciò, dice la relazione sul codice (n. 652), la scusabilità si sposta dall'errante al destinatario.

Questa osservazione conferma che non ha più ragion d'essere il requisito della scusabilità, ritenuto necessario dalla dottrina prevalente anteriore al codice (1); nè può argomentarsi in contrario dalla norma specifica per il pagamento (art. 2036¹), che per noi è, del resto, un atto non negoziale. Nella riconoscibilità è in un certo senso implicita la scusabilità, perchè normalmente è riconoscibile l'errore scusabile (2), ma, ad ogni modo, il requisito cui deve aversi riguardo è oggi quello della riconoscibilità, conforme all'esigenza, fondamentale nel sistema, della tutela dell'affidamento (cfr. n. 31): donde segue che, mancando l'affidamento perchè in concreto l'errore sia noto al destinatario della dichiarazione, viene meno il requisito della riconoscibilità.

Per converso, dove quella tutela non abbia ragion d'essere, ivi non è necessario che l'errore sia anche riconoscibile. La relazione sul codice sembra, con qualche incertezza, limitare il requisito della riconoscibilità ai contratti (n. 652); noi propendiamo a ritenerlo generale nei negozi patrimoniali, con la sola eccezione dei negozi *mortis causa*, per la ragione che indicheremo più innanzi (n. 51).

(1) DE CUPIS, *La scusabilità dell'errore nei negozi giuridici*, Padova, Cedam, 1939; G. AMORTH, *In tema di annullamento del contratto per errore: considerazioni sul preteso requisito della scusabilità*, Giur. it., 1962, I, 1, 111 ss; Cass. 28 giugno 1963, Riv. dir. comm., 1963, II, 468, con nota di Nicolò LIPARI, *Riconoscibilità e scusabilità dell'errore (in cassazione)*; 9 ottobre 1963, Foro it., 1963, I, 2088.

(2) Cass. 31 gennaio 1953, Mass. Foro it., 1953, 61, 258.

Annulabilità e
rettifica del
negozio.

In tutti i casi la rilevanza dell'errore, ostativo o motivo, si esplica nel senso che l'errore rende invalido, e precisamente annullabile, il negozio, salva la cosiddetta rettifica, che deve ritenersi consentita all'altra parte solo in caso di errore, dalla stessa non provocato (non quindi nei casi di violenza e di dolo, contro quanto è affermato nella relazione, n. 652 pr.), e consistente nella offerta della medesima, prima che alla parte in errore possa derivare pregiudizio, di eseguire il negozio « in modo conforme al contenuto e alle modalità », quali sarebbero stati senza l'errore (art. 1432).

Violenza morale.

36. — L'insegnamento comune è che la violenza morale agisce sulla volontà negoziale, determinandola in un senso, in cui non si determinerebbe senza la violenza (1). Questo insegnamento sembra sorretto anche dalla lettera della legge, che parla di consenso estorto con la violenza (articoli 1427, 122'). Deve tuttavia osservarsi che, se non può considerarsi viziata dalla violenza morale soltanto la volontà di dichiarare ed estorta soltanto la dichiarazione (2), la violenza morale può aver bene per conseguenza il compimento da parte della vittima di un atto elusivo della violenza in cui manchi in realtà ogni volontà negoziale; ma allora l'atto non si presenta neppure come una dichiarazione di una tale volontà.

Effetto.

Quando invece la dichiarazione sussista, essa è da ritenere non solo voluta, ma corrispondente ad una volontà ne-

(1) G. B. FUNAJOLI, *La teoria della violenza nei negozi giuridici*, Roma, Athenaeum, 1927; SANTORO-PASSARELLI, *Violenza e annullamento del contratto*, Saggi, I, p. 267 ss.; AUR. CANDIAN, *Aspetti della violenza morale come atto che invalida il consenso*, Dir. fall., 1951, I, p. 171 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Note in tema di violenza morale*, Riv. dir. comm., 1953, II, p. 386 ss.; Cass. 15 febbraio 1950, Foro pad., 1950, I, 1145, con nota di COTTINO, *Violenza privata e violenza politica*; FORMICA, *Rassegna di giurisprudenza: violenza*, Riv. dir. civ., 1958, II, p. 40 ss.; CARRESI, *La violenza nei contratti*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1962, p. 411 ss.

(2) MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3^a ediz., rist., Milano, Giuffrè, 1952, p. 93, nota 59.

goziale, che sebbene coartata, cioè non spontanea, non manca. Questa volontà è soltanto viziata, perchè non si è liberamente determinata. Mentre la violenza fisica esclude la stessa volontà della dichiarazione, onde questa non è imputabile al soggetto e perciò è inesistente (n. 32), la violenza morale influisce sulla volontà negoziale. D'altra parte, la violenza morale, a differenza dal dolo (art. 1439 s.), reagisce sulla validità del negozio, non solo quand'è determinante, cioè tale da indurre la vittima a un negozio che altrimenti non avrebbe concluso, ma anche quand'è incidente, cioè tale da modificare il contenuto del negozio (1).

La violenza morale, cui la legge annette rilevanza, consiste nella minaccia di un male ingiusto e notevole per la persona o i beni di colui contro il quale venga esercitata, o del coniuge o di un discendente o di un ascendente dello stesso (2). Anche la minaccia riguardante altre persone può, secondo il prudente apprezzamento del giudice, influire sulla validità del negozio. Ma in ogni caso la minaccia deve essere tale da fare impressione su una persona sensata, pur dovendosi aver riguardo all'età, al sesso, e alla condizione (fisiopsichica, sociale) tanto di colui che esercita la violenza, quanto di colui che la subisce: ciò che dimostra come anche la violenza debba essere valutata secondo un criterio oggettivo ponderato, avuto riguardo cioè non alle reazioni che ha suscitato in concreto nella vittima, ma a quelle che era atta a suscitare in una persona normale, che si fosse trovata peraltro nelle stesse condizioni della vittima (3).

D'altra parte, il male minacciato, come si è detto, dev'essere ingiusto e notevole: notevole, perchè giustifichi la scelta fatta dalla vittima coll'addivenire al negozio (4); ingiusto,

(1) MENGONI, « *Metus causam dans* » e « *metus incidens* », Riv. dir. comm., 1952, I, p. 20 ss.

(2) Cass. 6 aprile 1950, Riv. dir. lav., 1950, II, 279; 18 dicembre 1952, Foro it., 1953, I, 662.

(3) Cass. 28 gennaio 1960, Mass. Foro it., 1960, 25, 102.

(4) Cass. 18 maggio 1951, Foro it., 1951, 300, 1247.

Requisiti per la
sua rilevanza.

perchè la minaccia dell'esercizio di un diritto non costituisce per sè atto illecito (1), purchè il vantaggio al quale il titolare del diritto tende col negozio *inerisca* al diritto medesimo (ad es., la minaccia da parte del venditore di esercitare il diritto di riscatto non sarebbe minaccia di un male ingiusto, se esercitata per indurre il compratore a un negozio di abrogazione della condizione del riscatto mediante un ulteriore corrispettivo; costituirebbe invece violenza, quando sussistessero gli altri requisiti, se esercitata per ottenere in locazione la cosa venduta) (articoli 1435, 1436, 1438; cfr. articoli 122¹, 265¹, 482¹, 624¹ e 463-4^o, 761¹, 2732) (2).

Il timore, il vizio della volontà, è quello determinato dal fatto di un'altra persona e precisamente dall'atto illecito consistente nella minaccia (per una distinzione fra violenza e minaccia cfr., peraltro, articoli 610 e 611 c. p.). Perciò la legge correttamente indica come vizio non più il *metus*, ma appunto la violenza. Questa però pregiudica la validità del negozio, tanto se proviene da colui al quale la dichiarazione è diretta, quanto se proviene da un terzo (art. 1434) (3), anche all'insaputa dell'altra parte, a differenza del dolo, che deve, fra l'altro, essere noto a quest'ultima (art. 1439²).

Viceversa la volontà non può considerarsi viziata quando il timore dipende non dall'altrui minaccia, ma da circostanze estranee alla volontà intimidatrice di un altro soggetto (4). Infatti la legge non ravvisa un vizio della volontà da una parte nel cosiddetto timore reverenziale (art. 1437) e dall'altra nello stato di pericolo o di necessità, oppure di bisogno, per effetto

(1) Cass. 23 marzo 1959, Mass. Foro it., 1959, 164, 894.

(2) Cass. 9 settembre 1958, Foro it., 1958, I, 1239; 1^o agosto 1959, Mass. Foro it., 1959, 462, 2445; 28 marzo 1960, Mass. Foro it., 1960, 152, 664.

(3) Cass. 6 ottobre 1952, Giur. compl. Cass. civ., 1952, III, 230, con nota di CARRESI; 8 ottobre 1954, Giur. it., 1955, I, 1, 995.

(4) Sulla figura del *metus ab intrinseco*, Cass. 21 marzo 1963, Giur. it., 1963, I, 1, 858, con nota di JEMOLO, *Metus ab intrinseco*.

Timore di violenza.

Violenza del terzo.

Timore reverenziale.

Stato di pericolo o di bisogno.

del quale un soggetto si sia indotto al negozio (cfr. articoli 2045; 54 c.p.). Certamente lo stato di pericolo o di bisogno influisce sulla volontà del soggetto, e precisamente sulla volontà negoziale (1); e tuttavia la legge non lo prende in considerazione per se medesimo, ma in quanto sussista la mala fede dell'altra parte, che ne abbia profittato (stato soggettivo rilevante) (2), e ricorra un vizio della causa, onde il negozio diventa rescindibile (articoli 1447, 1448) (cfr. n.ri 40, 56).

37. — A differenza dalla violenza, che la coarta, il dolo vizia la volontà negoziale, agendo sull'intelligenza mediante l'inganno e quindi inducendo in errore l'autore del negozio (3). Ma la rilevanza propria degli artifici o raggiri, in cui consiste l'atto illecito che si chiama dolo, sta in ciò, che per essi qualunque errore, purchè determinante della volontà, influisce sulla validità del negozio: non solo l'errore essenziale e riconoscibile, ma anche l'errore non riconoscibile, anche l'errore sul motivo, sebbene questo non risulti dalla dichiarazione (4).

Per la sua influenza sulla validità del negozio, e precisamente per renderlo annullabile, il dolo deve provenire o quanto meno essere conosciuto dall'altra parte, che da esso abbia tratto vantaggio (art. 1439²), non bastando qui

Dolo.

Provenienza del dolo.

(1) A. GIORDANO, *In tema di violenza morale e di sfruttamento di uno stato di pericolo*, Riv. dir. comm., 1954, I, p. 56 ss.; Cass. 24 maggio 1961, Mass. Foro it., 1961, 308, 1232.

(2) A proposito degli stati soggettivi rilevanti, cui fa testuale riferimento per la rappresentanza l'art. 1391, SANTORO-PASSARELLI, *La mala fede nella transazione di lite temeraria*, Raccolta di scritti in onore di A. C. Jemolo, II, Milano, Giuffrè, 1963, p. 755 ss., spec. nota 16.

(3) TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, Cedam, 1937; *Dolo* (diritto civile), Noviss. Dig. it., VI, Torino, Utet, 1960, p. 149 ss.; FORMICA, *Rassegna di giurisprudenza: dolo*, Riv. dir. civ., 1960, II, p. 235 ss.

(4) Cass. 28 giugno 1950, Giur. compl. Cass. civ., 1950, III, 380, con nota di CARRESI.

la semplice riconoscibilità. Ma, appunto perchè questa limitazione della rilevanza del dolo suppone che vi sia un'altra parte, essa non sussiste rispetto ai negozi unilaterali a destinatario indeterminato: in questi negozi il dolo è rilevante, ancorchè provenga da un terzo all'insaputa della persona considerata nel negozio.

Dolo determinante e incidente.

Il dolo, per condurre all'invalidità del negozio, dev'essere determinante, cioè tale che senza di esso il soggetto non si sarebbe indotto al negozio; il dolo incidente, quello che influisce solo sul contenuto del negozio, non ne pregiudica la validità, ma pone a carico della parte in mala fede, cioè tanto di quella che abbia agito dolosamente, quanto di quella che sia stata consapevole del dolo, il risarcimento del danno, costituito dalla differenza fra la situazione creata col negozio per la vittima del dolo, e quella più vantaggiosa che, senza il dolo, si sarebbe costituita (articoli 1439¹, 1440) (1). A parte, anche in questo caso, come in ogni caso di dolo o violenza, la responsabilità dell'autore dell'atto illecito per i danni altrimenti arrecati alla vittima, secondo le regole generali dell'illecito.

Altra distinzione, tradizionale, è fra il cosiddetto *dolus malus*, che è il solo dolo cui compete questo nome, e il cosiddetto *dolus bonus*, cioè quello consistente negli accorgimenti o nelle astuzie o nelle blandizie per persuadere al negozio, in quanto simili accorgimenti o astuzie o blandizie siano consueti o comunque non siano considerati come illeciti: il *dolus bonus* è perciò affatto irrilevante (2).

Captazione.

Rispetto alle disposizioni testamentarie il dolo assume anche il nome di captazione (3).

Dolo commissivo ed omisivo.

Importante è la distinzione fra dolo commissivo ed omisivo. Il dolo che la legge prende in considerazione è di

(1) Cass. 15 giugno 1959, Rep. Foro it., 1959, Obbl. e contr., 301; 29 marzo 1963, Mass. Foro it., 1963, 221, 778.

(2) CRISCUOLI, *Il criterio discrezionale fra « dolus bonus » e « dolus malus »*, Annali Sem. giur. Palermo, 1957, p. 173 ss.

(3) Cass. 20 luglio 1962, Mass. Foro it., 1962, 585, 1950; 4 luglio 1963, ivi, 1963, 527, 1799; 22 giugno 1964, Foro it., 1964, I, 1963.

regola soltanto quello commissivo, consistente in artifici o raggiri; non costituisce dolo nè la menzogna, perchè la legge, se tutela la buona fede, non tutela la credulità (arg. art. 1426), nè la reticenza (1). La contravvenzione al principio di buona fede, che, come si è detto, domina la preparazione e la conclusione del negozio, esplica la sua influenza in altre maniere, obbligando al risarcimento dei danni, o riflettendosi sull'interpretazione e sull'esecuzione del negozio, ma non ne compromette la validità (cfr. però art. 1971).

Eccezionalmente la reticenza può costituire una figura di dolo omissivo nei negozi in cui grava sulla parte uno specifico onere d'informazione, in vista della funzione propria del negozio, come nel contratto d'assicurazione, nel quale le dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente rendono annullabile il contratto, se il contraente ha agito con dolo o anche soltanto con colpa grave, e danno all'assicuratore un diritto di recesso, se non v'è stato nè dolo nè colpa grave (articoli 1892, 1893).

Eccezionale rilevanza della reticenza.

In altri negozi, per contro, lo stesso dolo non rende invalido il negozio; e s'intende come le ragioni siano quelle stesse per cui in alcuni negozi non rileva l'errore (cfr. n. 35), sebbene il dolo, per la sua illiceità, sia preso in considerazione in qualche negozio che non può essere impugnato per errore. Il dolo non influisce sulla validità del matrimonio, impugnabile, come si è detto, solo per violenza od errore ostativo (art. 122¹), e di due atti, di cui sembra debba escludersi il carattere negoziale, il riconoscimento del figlio naturale, del quale, purchè spontaneo, conta soltanto la veridicità (articoli 265¹ e 263¹) (cfr. n. 38 in fine) e la confessione (art. 2732) (cfr. n. 63). Il dolo, invece, rende invalide, diversamente dall'errore, l'accettazione e la rinuncia dell'eredità (articoli 482¹ e 526¹) e la divisione (art. 761¹), nei quali negozi, quindi, la rilevanza del-

Casi di irrilevanza del dolo.

(1) Variamente, Cass. 5 marzo e 17 settembre 1963, Mass. Foro it., 1963; rispettivamente. 151, 524 e 721, 2531; 20 ottobre 1964, ivi, 1964, 703, 2626.

l'errore in tutte le sue specie dipende dalla circostanza che esso sia stato provocato dal dolo.

Causa del negozio.

38. — Dopo la volontà e l'atto, il terzo elemento caratteristico del negozio in generale è la causa, nella quale si riflette la funzione del negozio medesimo. La nozione della causa è stata già data (n. 26). Qui si tratta d'intenderne il meccanismo.

Importanza della causa per l'autonomia privata.

L'autonomia privata è ammessa dall'ordinamento in vista e in dipendenza dello scopo che essa persegue. Perciò accade anzitutto che la legge desuma le varie cause possibili, cioè i vari tipi di negozio, dagli intenti che nella realtà i privati si propongono, purchè questi intenti sembrino socialmente opportuni e quindi meritevoli di tutela.

Negozi nominati e innominati.

In quest'opera di individuazione e assunzione nell'ordine giuridico dei dati sociali, la legge tiene conto, come sempre, degli interessi, che i vari intenti sono atti a realizzare, e, secondo i casi, l'idoneità della volontà privata a produrre conseguenze, che l'ordinamento rende giuridiche, può essere stabilita o in relazione a funzioni determinate della volontà privata, o genericamente in relazione a tutta una serie di funzioni possibili, purchè si spieghino in un certo modo e in un certo ambito. Il diverso procedimento legislativo va chiarito con riferimento al nostro diritto vigente.

L'attitudine della volontà unilaterale a influire sulla sfera giuridica dell'agente o, ciò che è ancora più grave, di altri soggetti, non è ammessa dalla legge che in relazione a funzioni tipiche (1), il che equivale a dire che i negozi unilaterali sono tutti nominati, cioè individuati e regolati dalla legge in relazione alla loro causa. Similmente la volontà anche di più parti non è autorizzata a spiegare i suoi effetti nell'ambito extrapatrimoniale che in relazione a funzioni tipiche: e quindi nominatività dei negozi, ad una o più parti, extrapatrimoniali, in particolare dei negozi familiari. Invece,

(1) G. FERRI, *Autonomia privata e promesse unilaterali*, Banca borsa tit. cred., 1960, I, p. 481 ss.

dove il negozio è la risultante consensuale di un conflitto d'interessi patrimoniali, ivi la legge ritiene che basti questa funzione generica per ammettere l'autonomia privata, quale sia poi la concreta disciplina dettata per dirimere il conflitto, col solo limite che gli interessi, alla cui soddisfazione tende la volontà, sembrino, dal punto di vista sociale, meritevoli di tutela: quindi, accanto ai contratti nominati, individuati e regolati in relazione alla loro causa (1), una serie aperta di contratti innominati (art. 1322²), la cui causa può risultare anche dalla commistione di tipi legislativamente regolati (2).

D'altra parte, mentre la legge desume le varie cause dalla realtà sociale, cioè dagli effettivi bisogni dell'ambiente e del momento, e in relazione a quelle cause costruisce nella maniera or ora vista, nominatamente o genericamente, i vari schemi o tipi negoziali, caratterizzati appunto dalla loro causa, può accadere che i privati scelgano uno schema negoziale, senza che in concreto ricorra quella causa o senza che la causa abbia i requisiti, grazie ai quali soltanto la legge la prende sotto la sua tutela, consentendo il negozio.

La causa va intesa con riferimento alla specie, e non al genere negoziale (ad es., la causa del contratto di società di una determinata forma e non genericamente la causa associativa), come elemento caratteristico del negozio. Pertanto il passaggio da un tipo all'altro di negozio, sia pure nell'ambito di uno stesso genere, importa sostituzione di un negozio all'altro (3).

(1) SCALFI, *Tipicità della causa del negozio giuridico*, Temi, 1954, p. 91 ss.; MESSINEO, *Contratto innominato*, Enc. dir., X, Milano, Giuffrè, 1962, 95 ss.

(2) DE GENNARO, *I contratti misti*, Padova, Cedam, 1933; sull'utilità della categoria dei contratti misti: MOSCARINI L. V., *Gli atti equiparati alla divisione*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1963, p. 533 ss.; spec. p. 540 ss.; Cass. 6 marzo 1951, Foro it., 1961, I, 1043; 5 aprile 1963, Mass. Foro it., 1963, 249, 866; 26 gennaio 1963, Giust. civ., 1964, I, 456.

(3) Rilievo importante per la questione della trasformabilità della società cooperativa in società ordinaria; cfr. ASCARELLI, *Cooperativa*

Oggettività e
soggettività
della causa.

Questo è il fondamentale problema della causa, e, così chiarito, s'intende come la causa sia al tempo stesso un elemento oggettivo, in quanto è stabilito dalla legge come condizione dell'autonomia privata, e anche soggettivo, in quanto la volontà deve in concreto essere mossa da una causa, cioè tendere ad uno scopo, in conformità della legge (1). La causa, qualificata talvolta impropriamente come «oggetto» dal legislatore (es. articoli 1470, 1552), è un segno distinto ed esclusivo dell'autonomia privata, cioè del negozio giuridico. Infatti solo in relazione all'autonomia privata e al suo strumento, che è il negozio giuridico, prende rilievo lo scopo cui la volontà privata tende. Negli altri atti, poichè le loro conseguenze non sono in nessun modo determinate dalla volontà dell'agente, una causa non viene in considerazione.

Necessità della
causa.

Intesa a questo modo, la causa è un elemento necessario ad ogni negozio giuridico, quale che sia il contenuto del medesimo (familiare, patrimoniale) (2). Come ogni negozio deve perseguire uno scopo, in considerazione del quale l'ordinamento lo rende idoneo a produrre effetti giuridici, così ogni negozio è contraddistinto da una causa e deve averla in concreto.

Causa dell'ob-
bligazione e
dell'attribu-
zione.

La causa del negozio non è la causa dell'obbligazione, che nel linguaggio del codice precedente era sinonimo di fonte della medesima (cfr. articoli 1097, 1119 cod. civ. '65), nè la causa dell'attribuzione patrimoniale, la quale non è che un aspetto della causa nei negozi patrimoniali (3). Vero è

e società, *Contrattualismo giuridico e magia delle parole*, Problemi giuridici, Milano, Giuffrè, 1959, I, p. 379 ss.; Cass. 17 aprile 1959, Foro it., 1959, I, 741. Sul punto, SANTORO-PASSARELLI, *La causa del contratto di assicurazione*, Studi sulle assicurazioni, Roma, Ina, 1963, p. 207 ss.

(1) MIRABELLI, *Causa subiettiva e causa obiettiva*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1951, p. 323 ss.

(2) La causa è essenziale anche nei negozi familiari. Perciò non può ammettersi, ad esempio, un matrimonio fiduciario (cfr. n. 39).

(3) BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1965, p. 11 ss.

soltanto che nei negozi patrimoniali, e più specialmente nei negozi di attribuzione patrimoniale, i quali sono quelli con cui da un soggetto viene attribuito ad un altro un vantaggio patrimoniale, la causa ha un rilievo più spiccato, perchè non solo può mancare o essere illecita, ma può anche essere altrimenti viziata o non realizzarsi (rilievo genetico e rilievo funzionale della causa), determinando la rescissione o la risoluzione del negozio; e rispetto ad essi può porsi la questione, se e in quali limiti sia da ammettere, malgrado la regola della causalità del negozio, una categoria di negozi astratti. Di tale questione dobbiamo ora occuparci.

Non v'è dubbio che, nel nostro diritto, la causalità del negozio costituisce quanto meno una regola, poichè la causa è indicata come un requisito del negozio, e in particolare del contratto, e la mancanza o l'illiceità della causa ne produce la nullità (articoli 1325-2°, 1418°). Che i negozi nominati siano causali, che quelli innominati debbano esserlo (art. 1322°), si desume pure dalla legge. Si tratta di stabilire se eccezionalmente la legge consenta che il negozio produca i suoi effetti, astraendo dalla causa. Questa formula basta già a far intendere come astrazione non significhi inesistenza e come negozio astratto non significhi negozio senza causa, che sarebbe una contraddizione in termini. Invece nel negozio astratto la causa è, come si dice, accantonata, stralciata, così che la sua eventuale mancanza o i suoi eventuali difetti non tolgono al negozio di essere valido e di produrre i suoi effetti, ma esplicano un'azione ritardata destinata a bilanciare gli effetti che il negozio abbia prodotti grazie alla sua astrattezza: rilevanza indiretta della causa (1).

Una caratteristica storicamente costante dei negozi astratti è che in essi l'obliterazione della causa è compensata nella struttura dalla formalità della dichiarazione. I negozi

Negozi causali
e astratti.

Significato del-
l'astrazione.

Formalità dei
negozi astratti.

(1) GASPARRI, *Appunti in tema di negozi astratti*, Foro it., 1957, I, 1679 ss.

astratti sono pertanto formali. Però sia chiaro che formalità e astrattezza non sono sinonimi e che anche negozi causali sono formali.

Astrazione ma-
teriale.

Esistono negozi astratti secondo il nostro diritto? E' da ritenere che vi siano negozi materialmente astratti, nei quali cioè l'astrazione opera immediatamente nell'ambito del diritto materiale e non soltanto in quello probatorio, come l'astrazione cui si accennerà fra poco. L'astrattezza ricorre soprattutto nei negozi documentati dai cd. titoli di credito (art. 1992 ss.) (1). Essa è però spesso controversa: se ne dubita, ad esempio, per la stessa delegazione pura, cioè senza riferimento al rapporto di provvista (fra delegante e delegato) e a quello di valuta (fra delegante e delegatario) (art. 1271).

Qui basti aver stabilito la nozione del negozio astratto e il significato della deroga che esso comporta al principio della causalità del negozio. Il principio della causalità del negozio di attribuzione vuol dire che non ci si obbliga, non si dispone, per obbligarsi o per disporre, ma ci si obbliga per una causa (vendita, locazione, mutuo, ecc.), si dispone per una causa (vendita, permuta, cessione a titolo oneroso o gratuito, ecc.). La conclusione è della maggiore importanza per la valutazione di alcune figure negoziali, come il negozio fiduciario e il negozio indiretto, che prenderemo in esame fra poco.

Astrazione pro-
cessuale.

Dall'astrazione materiale, cui si è accennato, va tenuta distinta la cd. astrazione processuale, che la nostra legge ammette rispetto alla promessa di pagamento e alla ricognizione del debito (art. 1988). Queste presuppongono un rapporto obbligatorio, ma la legge ne presume l'esistenza, salva al debitore la prova dell'inesistenza del rapporto. L'astrazione processuale si risolve pertanto in un'inversione le-

(1) FIORENTINO, *Distinzione dei titoli di credito causali ed astratti*, Riv. dir. comm., 1946, I, p. 552 ss.; ASCARELLI, *Titoli causali e negozio di accertamento*, *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 477 ss.; PAVONE-LA ROSA, *Sul problema della « causa » nel titolo del trasporto marittimo*, Riv. dir. nav., 1956, I, p. 129 ss.

gale dell'onere della prova (art. 2697¹; cfr. n. 62); ed è un fenomeno affatto diverso da quello che si verifica in caso di confessione stragiudiziale del fatto da cui origina il debito (cfr. n. 63) (1).

Vedremo più innanzi quali siano le categorie del negozio giuridico in relazione alla causa. Qui è da rilevare come, malgrado il diverso atteggiarsi della causa nei singoli negozi, il negozio adempia per sua natura una funzione dispositiva in senso largo, cioè nel senso che gli autori del negozio regolando i loro interessi ne dispongono, in virtù del potere che è a loro conferito dalla legge: perciò il negozio è per sè idoneo a modificare la situazione preesistente. Quest'attitudine si spiega anche quando le parti si siano proposte col negozio di accertare retroattivamente l'incerta situazione giuridica esistente: vale, in ogni caso, anche se vi sia divergenza, il regolamento dettato col negozio di accertamento, perchè le parti hanno, a differenza dal giudice, un potere di disposizione, e non un potere d'accertamento in senso proprio. Possono rendere certa la situazione, disponendone.

Solo eccezionalmente, in vista di circostanze particolari, compete al privato un potere d'accertamen-

Disposizione e
accertamento.

Negozio d'ac-
certamento.

(1) CARNELUTTI, *Confessione e ricognizione*, Riv. dir. proc. civ., 1942, I, p. 23 ss.; BETTI, *Ricognizione di debito e promessa di pagamento secondo il nuovo codice*, Temi emil., 1943, p. 3 ss.; FURNO *Promessa di pagamento e ricognizione di debito (a proposito dell'art. 1988 c. c.)*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1950, p. 90 ss.; LASERRA, *Riconoscimento del debito e promessa di pagare*, Dir. e giur., 1949, p. 241 ss.; MONTESANO, *Confessione e astrazione processuale*, Riv. dir. proc., 1951, I, p. 65 ss.; TAMBURRINO, *Sull'inquadramento della promessa di pagamento e della ricognizione di debito tra le promesse unilaterali*, Scritti in onore di A. Scialoja, III, Bologna, Zanichelli, 1953, p. 571 ss.; Cass. 20 marzo 1947, Giur. it., 1948, I, 1, 20, con nota di PUGLIESE, e Giur. compl. Cass. civ., 1947, II, 423, con nota di DE MARTINI; 9 luglio 1949, Giur. it., 1950, I, 1, 746, con nota di FURNO, e Riv. dir. comm., 1951, II, 1, con nota di CORRADO; 9 gennaio e 11 luglio 1963, Mass. Foro it., 1963, rispettivamente, 5, 15 e 547, 1882; 23 settembre 1964, ivi, 1964, 646, 2412.

to del fatto in senso proprio, ma l'atto compiuto nell'esercizio di questo potere è per l'appunto un atto non negoziale. L'atto di accertamento non è la fonte, ma soltanto il presupposto di una nuova situazione giuridica: così il riconoscimento del figlio naturale, che è impugnabile se non è veridico e dal quale dipende lo stato giuridico di filiazione naturale (articoli 250' e 263) (1).

Perciò non può ammettersi una contrapposizione fra negozio dispositivo e negozio d'accertamento (2).

Motivi del negozio.

39. — Resta a dire dei motivi (3), che differiscono dalla causa, come si è accennato (n. 26), perchè, mentre questa è il motivo tipico del negozio, quello che il negozio porta in se stesso e perciò è anche e non può non essere il motivo individuale immediato, quelli sono invece i motivi ulteriori del caso concreto, variabili nelle singole ipotesi e indiffe-

(1) Diversamente *Dottrine generali*, 6ª ediz., Napoli, Jovene, 1959, p. 175.

(2) GIORGIANNI, *Il negozio d'accertamento*, Milano, Giuffrè, 1939; *Accertamento (negozio di)*, Enc. dir., I, Milano, Giuffrè, 1958, 227 ss.; CORRADO, *Il negozio d'accertamento*, Torino, Ist. giur., 1942; COSATTINI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, Cedam, 1942; VALSECCHI, *Transazione*, Milano, Giuffrè, 1954, specialm. p. 195 ss.; CARRESI, *La transazione*, Torino, Utet, 1954, specialm. p. 41 ss.; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, Sansoni, 1948; DEL BONO, *Dichiarazione riproduttiva*, Milano, Giuffrè, 1948; SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, Saggi, I, p. 303 ss.; *Negozio e giudizio*, Saggi, I, p. 335 ss.; PUCCINI, *Contributo alla teoria dell'accertamento privato*, Milano, Giuffrè, 1958; FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, Enc. dir., I, Milano, Giuffrè, 1958, 205 ss.; Cass. 13 maggio 1950, Giur. compl. Cass. civ., 1950, II, 363, con nota di G. LONGO; 28 aprile 1951, Giur. compl. Cass. civ., 1951, III, 1780, con nota di MONTESANO; 4 luglio 1962, Giust. civ., 1963, I, p. 83 ss., con nota di LAZZARO; 13 e 15 febbraio 1963, Mass. Foro it., 1963, rispettivam. 78, 276 e 98, 338; 24 e 27 luglio e 25 settembre 1964, ivi, 1964, rispettivam. 527, 2027; 544, 2070; e 646, 2413.

(3) DEJANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, Ist. giur., 1939; GUZZI, *Motivo del negozio giuridico*, Noviss. Dig. it., X, Torino, Utet, 1964, 970 ss.

renti per il negozio, proprio perchè rimangono fuori del congegno negoziale (1).

I motivi acquistano rilevanza, e influiscono sulla validità e sull'efficacia del negozio, solo penetrando nella struttura negoziale, e vi possono penetrare, diventando una modalità del negozio, nel limite consentito dalla causa (cfr. n. 42).

Fuori di questa ipotesi, della volontaria inserzione nella struttura del negozio, i motivi non sono mai presi in considerazione dalla legge in quanto concorrano retamente a determinare la volontà; ma solo, ed eccezionalmente, in quanto la volontà ne sia fuorviata, più precisamente, quando il motivo sia erroneo o illecito. Si è già visto come il motivo erroneo rilevi in taluni negozi gratuiti (n. 35); del motivo illecito si dirà più innanzi (n. 41).

Nulla più che un motivo, tale rimanendo l'intento negoziale che vada oltre la causa del negozio, è, a nostro avviso, alla base del negozio fiduciario e del negozio indiretto, che sono per noi nomi con cui si designano fenomeni, ma non si indicano categorie giuridiche.

Viene tradizionalmente configurato come negozio fiduciario (2) quello col quale un soggetto (fiduciario) viene investito

Negozio fiduciario.

(1) Cass. 28 giugno 1958, Mass. Foro it., 1958, 432, 2148; 27 febbraio 1962, ivi, 1962, 111, 380.

(2) MESSINA, *Negozi fiduciari*, Scritti giuridici, I, Milano, Giuffrè, 1948; CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, Cedam, 1933; GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, Riv. dir. comm., 1936, I, p. 345 ss.; BERTINI, *I negozi fiduciari di preparazione all'adempimento*, Roma, s. e., 1939; DE MARTINI, *Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato*, Giur. compl. Cass. civ., 1946, II, 1, 705 ss.; PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, Diritto civile, Milano, Giuffrè, 1951, p. 250 ss.; BOLOGNA, *Considerazioni sui negozi fiduciari*, Riv. dir. civ., 1955, p. 618 ss.; GIACOBBE, *Rapporti tra simulazione e negozi fiduciari*, Giust. civ., 1959, I, p. 2039 ss.; MANCINI, *In tema di negozi fiduciari*, Foro it., 1960, I, 1838 ss.; VALENTE, *Nuovi profili della simulazione e della fiducia*, Milano, Giuffrè, 1961; NICOLÒ LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, Giuffrè, 1961; Cass. 5 aprile 1946, Giur. compl. Cass. civ., 1946,

da un altro (fiduciante) di un posizione di fronte ai terzi, eccedente l'intento che le parti perseguono e per la cui realizzazione sorge un'obbligazione del primo verso il secondo; onde si distingue un'efficacia reale del negozio, e un'efficacia obbligatoria, che fra le parti compensa o corregge la prima. Questo eccesso del mezzo sul fine, eventualmente attraverso il collegamento di più negozi, può verificarsi nel senso che al fiduciario sia attribuita una posizione, di cui egli deve, per la fiducia, investire, a sua volta, un altro soggetto: interposizione reale di persona, che si affianca all'interposizione fittizia (cfr. n. 33), dalla quale si distingue per l'effettiva, e non già simulata, investitura, che con la fiducia avviene in favore dell'interposto (1). Quell'eccesso può altrimenti verificarsi nel senso che al fiduciario sia attribuita, sempre di fronte ai terzi, una posizione, che è poi limitata fra le parti: come quando venga venduta fiduciariamente la cosa che deve servire di garanzia al credito del fiduciario.

Può ammettersi il negozio fiduciario, contraddistinto da una *causa fiduciae*, nel nostro diritto? Noi riteniamo di no, perchè la cosiddetta *causa fiduciae* in sostanza si risolve in un'arbitraria e non consentita astrazione parziale dalla causa del negozio tipico. Una vendita, una donazione, una disposizione di ultima volontà fiduciaria non sono possibili, perchè la funzione cui sarebbero piegate dalla cd. *causa fiduciae* sarebbe incompatibile con la causa propria di ciascuno di questi negozi. Tanto meno, come si è accennato

I, 183, con nota di TAMBURRINO; 11 agosto 1952, Giur. compl. Cass. civ., 1953, I, 262, con nota di U. MIELE; 2 settembre 1953, Mass. Foro it., 1953, 559, 2931; 18 gennaio 1955 e 15 ottobre 1955, ivi, 1955, 24, 103 e 691, 3191.

(1) DISTASO, *Osservazioni in tema di interposizione di persona*, Giur. it., 1951, I, 2, 641; Cass. 14 aprile 1951, Giur. compl. Cass. civ., 1951, II, 246, con nota di CARIOTA-FERRARA, *Negozi fiduciario e negozio indiretto*; 22 ottobre 1963, Mass. Foro it., 1963, 801, 2801; 20 marzo 1964, ivi, 1964, 154, 626; 28 luglio 1964, Giur. it., 1965, I, 1, 406.

(n. 38), può ammettersi un matrimonio fiduciario (1). Perciò la fiducia non può essere che un motivo, inetto a reagire sul negozio. Il fine ulteriore può penetrare nella struttura negoziale solo attraverso la strada che, come s'è visto, battono i motivi per acquistare rilevanza: così lo scopo, non più fiduciario, ma indiretto, della garanzia può essere perseguito con l'inserzione nella vendita della condizione del riscatto (art. 1500 ss.), salva la questione sull'esistenza in tale caso di un negozio in frode alla legge, e precisamente al divieto del patto commissorio (art. 2744) (2).

La stessa fiducia può peraltro servire ad eludere una norma imperativa: allora il motivo fiduciario, diventando illecito, può essere preso direttamente in considerazione dalla legge, secondo quanto si è accennato a proposito della rilevanza dei motivi.

Alla luce di queste considerazioni va interpretata la particolare disciplina della disposizione testamentaria

(1) GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, Temi, 1951, p. 325 ss.; DEL BONO, *Simulazione del matrimonio civile?*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1951, p. 563 ss.

(2) GIOV. PUGLIESE, *Ancora sul divieto del patto commissorio in relazione alla vendita con patto di riscatto*, Giur. compl. Cass. civ., 1946, I, 87 ss.; DE MARTINI, *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, Giur. it., 1946, I, 2, 331 ss.; ONDEI, *Sulle vendite a scopo di garanzia*, Foro pad., 1948, III, 54 ss.; U. BRASIELLO, *Vendita con patto di riscatto o «de retrovendendo» in funzione di garanzia*, Giur. compl. Cass. civ., 1950, I, 98 ss.; FERRARI, *Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio*, Giur. it., 1951, I, 1, 799 ss.; PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, Diritto civile, Milano, Giuffrè, 1951, p. 335 ss.; BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, Giuffrè, 1957, spec. p. 243 ss.; *Garanzia mediante alienazione simulata*, Foro pad., 1958, I, 455 ss.; DALMAZZO, *Divieto di patto commissorio e promessa di vendita a scopo di garanzia*, Riv. dir. comm., 1958, II, p. 180 ss.; Cass. 16 aprile 1945, Giur. compl. Cass. civ., 1946, I, 154, con nota di PUGLIESE; 21 dicembre 1950, Foro it., 1951, I, 573, con nota di PUGLIESE; 9 novembre 1959, Mass. Foro it., 1959, 623, 3314; 10 febbraio 1961, Foro it., 1961, I, 1155, con nota di MANCINI; 14 maggio 1962, Mass. Foro it., 1962, 312, 1004.

ria fiduciaria (art. 627). La disposizione fiduciaria non crea un'obbligazione di trasferimento a carico del fiduciario, come contraria alla liberalità, salvo il temperamento della *soluti retentio* (cfr. art. 2034) (1); il motivo fiduciario, ancorchè risulti dal testamento, non influisce sulla validità della disposizione; viceversa la rende nulla, sebbene non risulti dal testamento, quando sia illecito, perchè la fiducia sia diretta a beneficiare persone incapaci di ricevere (cfr. articoli 599², 779², 780⁴) (2).

Negoziario indiretto.

Il negozio indiretto ha in comune col negozio fiduciario l'insistenza di un motivo che va oltre la causa del negozio, ma ne differisce nel mezzo tecnico, attraverso il quale le parti perseguono un loro scopo ulteriore, al di là dello scopo tipico del negozio, e cioè della causa del medesimo. Il raggiungimento dello scopo ulteriore qui non viene affidato a un'obbligazione diretta a ridurre l'effetto tipico del negozio, ma è una conseguenza, in senso giuridico o anche soltanto economico, dello stesso effetto tipico del negozio, o anche di più negozi all'uopo collegati (3). Poichè si tratta appunto di un motivo, che resta estraneo al negozio e

(1) C. A. FUNAJOLI, *Adempimento per opera di terzo di una disposizione fiduciaria*, Temi, 1950, p. 124 ss.; Cass. 12 giugno 1950, Giur. it., 1950, I, 1, 545, con nota di G. STOLFI, e Giur. compl. Cass. civ., 1950, III, 272, con nota di TRESCA; 5 maggio 1962, Mass. Foro it., 1962, 268, 889; 22 maggio 1963, Foro it., 1963, I, 2356.

(2) MIRABELLI, *Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 c.c.*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1955, p. 1057 ss.

(3) ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, Studi in tema di contratti, Milano, Giuffrè, 1952, p. 3 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Interposizione di persona, negozio indiretto e successione della prole adulterina*, Saggi, II, p. 751 ss.; GRAZIANI, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, Studi di dir. civile e comm., Napoli, Jovene, 1953, p. 327 ss.; RUBINO, *Il negozio indiretto*, Milano, Giuffrè, 1937; DE GENNARO, *Sul valore giuridico del negozio indiretto*, Messina, Principato, 1939; MOSSA, *Nuova riv. dir. comm.*, I, 1947-48, II, p. 157 ss.; DI PAOLO, *Contro il negozio indiretto*, Arch. ric. giur., 1951, 267 ss.; Cass. 30 agosto 1947, Giur. compl. Cass. civ., 1957, III, 409, con nota di DE MARTINI; 6 marzo 1962, Mass. Foro it., 1962, 124, 423.

alla sua causa, il negozio indiretto non costituisce una categoria giuridica.

Come al solito, lo scopo, cui il negozio indirettamente tende, può reagire sul negozio solo in quanto ne costituisca il motivo illecito (1). Si è già accennato alla vendita con riscatto a scopo di garanzia. Un'altra applicazione noi ravvisiamo nella disposizione testamentaria e nella donazione fatta a favore di determinati congiunti della persona incapace di ricevere, di cui la legge stabilisce la nullità (articoli 599², 779², 780⁴). Qui la legge prescinde dall'esistenza di una fiducia o, in quanto il negozio vi si presti, di una simulazione. Per reprimere preventivamente un tentativo di frode alle norme che stabiliscono l'incapacità di ricevere, viene sancita senz'altro la nullità della disposizione a favore di quei congiunti. La spiegazione è, a nostro avviso, la seguente. Quelle disposizioni sono colpite, perchè, secondo un apprezzamento legale tipico (cfr. n. 33), indirettamente rivolte a favorire, anche in senso soltanto economico, attraverso i congiunti, le persone incapaci di ricevere: lo scopo ulteriore, anche soltanto economico, diventa rilevante in quanto motivo illecito delle disposizioni.

40. — Se la causa, proprio perchè è l'elemento caratteristico del negozio, non può mancare nel negozio tipico, qual è regolato dalla legge, può invece mancare, e in diverse guise, nel negozio concreto. La causa può mancare in tutto o in parte dall'origine, oppure viene a mancare in tutto o in parte successivamente, nella sua realizzazione: mancanza genetica o funzionale della causa. Quando si abbia o sopravvenga un difetto parziale, si può parlare di vizio quantitativo della causa.

La causa manca affatto nel negozio concreto quando questo, per la situazione su cui dovrebbe operare, non può esplicare la sua funzione, come nell'alienazione di un diritto già appartenente all'acquirente, nel vitalizio su una persona de-

(1) Cass. 16 novembre 1950, Giur. it., 1951, I, 1, 1492.

Mancanza della causa: totale o parziale: genetica o funzionale.

funta (art. 1876), nell'assicurazione senza rischio (art. 1895). Nei negozi innominati, il cui tipo è soltanto genericamente previsto dalla legge, sì che con essi trovano soddisfazione interessi non specificamente determinati, ma mutevoli da caso a caso, la causa può mancare affatto in un altro senso, cioè nel senso che la volontà privata non sia diretta a realizzare interessi socialmente opportuni e quindi meritevoli di tutela (art. 1322²). Se la causa è la giustificazione dell'autonomia privata, s'intende come possa mancare, quando in concreto, per il fine che la volontà persegue, non si giustifichi la creazione del vincolo giuridico (relazione sul codice, n. 613): uno scopo futile, uno scopo socialmente indifferente, anche uno scopo che può essere lasciato alla tutela di altre regole di condotta (moralì, di convenienza, ecc.) non è causa di un negozio giuridico. La mancanza originaria della causa rende il negozio nullo (art. 1418²).

Può darsi che la causa manchi solo in parte, cioè sia viziata, dall'origine o successivamente.

Il vizio originario consiste in una sproporzione degli interessi rispettivamente sacrificati dalle parti col contratto (1). La legge reprime questa sproporzione, non riscontrabile nei contratti aleatori, quando una delle parti abbia profittato, in mala fede, dello stato di pericolo (2) o di bisogno (3) dell'altra (cfr. n. 36 in fine). Il vizio causale

(1) MIRABELLI, *Il vizio della causa del negozio giuridico*, Dir. e giur., 1950, p. 257 ss.; GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, Riv. dir. comm., 1963, p. 424 ss.

(2) MAJORANO, *Il contratto concluso in stato di pericolo*, Giust. civ., 1953, p. 995 ss.; Cass. 25 luglio 1951, Temi, 1952, 413, con nota di MAJORANO; 3 marzo 1962, Mass. Foro it., 1962, 120, 411.

(3) MESSINEO, *Lo « stato di bisogno » del contraente nella lesione enorme*, Foro it., 1950, IV, 193 ss.; SCALFI, *Appunti sulla nozione di stato di bisogno*, Temi, 1950, p. 13 ss.; SACCO, *I requisiti soggettivi nella fattispecie della lesione secondo l'art. 1448 cod. civ.*, Riv. dir. comm., 1949, II, p. 257 ss.; DE CUPIS, *Usura e approfittamento dello stato di bisogno*, Riv. dir. civ., 1961, I, pp. 504 ss.; Cass. 31 agosto 1948, Foro it., I, 865, con nota di JANNUZZI; 16 ottobre 1964, Giur. it., 1965, I, 1, 397.

originario della sproporzione, rispetto al quale operano come presupposto le altre circostanze, dà luogo, nei casi e modi indicati dalla legge, alla rescissione del contratto (art. 1447 ss.) (1).

La causa, pur esistendo originariamente, può poi non realizzarsi in conformità della volontà negoziale per circostanze sopravvenute, il che pure assume un particolare rilievo nei contratti con prestazioni corrispettive: l'inadempimento o l'impossibilità sopravvenuta della prestazione di una parte, l'impedimento all'efficacia reale, sulla quale il compratore abbia fatto affidamento, nella vendita di cosa altrui, giustificano la risoluzione del contratto per la mancanza funzionale della causa (articoli 1453 ss., 1479, 1480) (2).

Possono anche darsi vizi funzionali della causa: l'impossibilità parziale sopravvenuta della prestazione di una parte, che dà luogo, secondo i casi, alla riduzione della prestazione della controparte o al recesso della stessa

(1) A. GIORDANO, *Sul fondamento dell'azione di rescissione dei contratti*, Giur. compl. Cass. civ. 1946, II, 2, p. 677 ss.; SCALFI, *Il fondamento dell'azione di rescissione*, Temi, 1949, p. 39 ss.; MUSATTI, *Appunti sulla lesione enorme*, Foro it., 1950, IV, 177 ss.; MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, 2^a ediz., Napoli, Jovene, 1962; MAJORANO, *L'azione di rescissione e l'azione di annullamento*, Foro it., 1953, IV, 85 ss.; COMPORI, *Fondamento e natura giuridica della rescissione del contratto per lesione*, Studi senesi, 1956-1957, p. 7 ss.; CARRESI, *La fattispecie della rescissione per lesione (art. 1448 c. c.)*, Temi, 1963, p. 151 ss.; Cass. 23 maggio 1950, Giur. compl. Cass. civ., 1950, III, 260, con nota di DISTASO.

(2) OSTI, *Impossibilità sopravveniente*, Noviss. Dig. it., VIII, Torino, Utet, 1962, 287 ss.; AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1942; *Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempiere*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1955, p. 655 ss.; *Inadempimento imputabile e non imputabile*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1959, p. 1058 ss.; MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, Jovene, 1950; PERSICO, *L'eccezione d'inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1955; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1959; Cass. 15 dicembre 1962, Foro it., 1963, I, 1220.

(art. 1464) (1); l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, valutata in relazione alle previsioni delle parti al momento del contratto, che dà luogo, nei casi e modi indicati dalla legge, alla risoluzione del contratto (art. 1467 ss.) (2).

La causa può infine essere qualitativamente viziata, perchè illecita. S'intende che, se la legge esige una giustificazione per la creazione negoziale di un vincolo giuridico, e questa giustificazione sta nell'importanza sociale dell'interesse che si vuol tutelare, *a fortiori* debba negare rilievo all'autonomia privata dove questa pretende di perseguire un fine non soltanto indifferente, ma anzi riprovato dalla coscienza sociale (3).

Poichè il requisito della liceità deve ritenersi stabilito per la causa in senso proprio, concretamente considerata, e non per il motivo al quale si riferisce altra norma che esamineremo fra poco (art. 1345), è chiaro come questo requisito si ponga soltanto per i negozi, la cui causa non è specificamente determinata dalla legge, cioè per i negozi

(1) SGROI, *L'impossibilità parziale della prestazione nei contratti sinallagmatici*, Giust. civ., 1953, p. 717 ss.

(2) BRACCANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti*, Milano, Giuffrè, 1946; OSILIA, *Sul fondamento della risoluzione del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, Riv. dir. comm., 1949, I, p. 15 ss.; DE BLASI, *La clausola « rebus sic stantibus » nel nuovo codice civile e nelle prime applicazioni della giurisprudenza*, Giur. it., 1949, IV, 132 ss.; DE MARIANI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, Giuffrè, 1950; BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, Utet, 1952; PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, Cedam, 1952; REDENTI, *Sulla nozione di eccessiva onerosità*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1959, p. 344 ss.; GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, Riv. dir. comm., 1960, I, p. 416 ss.; Cass. 2 agosto 1950, Giur. it., 1952, I, 1, 66, con nota di BOSELLI; 20 ottobre 1959, Foro it., 1960, I, 87, con nota di BRANCA.

(3) Per la dipendenza da un precedente rapporto fra le parti dell'illiceità della causa del contratto, Cass. 13 giugno 1957, Mass. Foro it., 1957, 443, 2213.

in nominati: nei negozi a causa predeterminata la stessa non può essere che lecita (v. tuttavia, impropriamente, art. 2126¹) (1).

Si noti che l'illiceità della causa non s'identifica con l'illiceità di nessun altro degli elementi del negozio, nè è la risultante di questa illiceità. La causa è illecita proprio quando l'illiceità stia esclusivamente nella funzione cui è destinato il negozio. Ha causa illecita, ad esempio, il negozio con cui si attribuisca un compenso per l'astensione da un atto illecito. Qui illecito non è l'oggetto, chè anzi l'astensione dall'illecito è un comportamento assolutamente doveroso; illecita è la causa, perchè l'astensione non deve diventare il corrispettivo di un compenso.

Secondo il codice, « la causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume » (art. 1343). Ciò significa che la funzione cui la volontà privata s'indirizza può essere riprovata dalla coscienza sociale o secondo la valutazione che di questa fa la legge o immediatamente attraverso il costume: nell'uno e nell'altro caso la causa è illecita.

Del resto non solo della causa, ma degli altri elementi del negozio la liceità deve valutarsi alla stregua tanto delle norme imperative della legge, quanto dell'ordine pubblico e del buon costume, come si argomenta da varie disposizioni del codice (articoli 5, 634, 1354, 2031²).

In tal guisa la legge appresta, accanto a quello rigido dato dalle sue norme imperative, due criteri essenzialmente, seppure diversamente, variabili nel tempo, per la determinazione della liceità o illiceità della causa o altro elemento del negozio. L'ordine pubblico è costituito da norme di carattere giuridico, e il suo rilievo proprio sta in ciò che l'illiceità sussiste anche dove si abbia contrarietà non ad una specifica norma, ma a un principio generale che si ricavi da un sistema di norme imperative

(1) SARGENTI, *Causa illecita del contratto di lavoro?*, Foro pad., 1956, I, 487 ss.; Cass. 22 maggio 1963, Mass. Foro it., 1963, 394, 1330.

(cfr. anche art. 31^o prel.) (1); il buon costume consiste invece in norme di carattere non giuridico (2) e che tali rimangono malgrado il rinvio legislativo e la rilevanza giuridica conferita alle stesse dalla norma che stabilisce l'illiceità del negozio contrario al buon costume (3). Ad esempio, la causa è contraria a una norma imperativa nel patto di esonero del debitore da responsabilità per dolo o colpa grave (art. 1229) o d'interessi usurari nel mutuo (articolo 1815^o); è contraria all'ordine pubblico nel patto col quale il prestatore di lavoro esoneri l'imprenditore dalle provvidenze dirette a « tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro » (arg. art. 2087); è contraria al buon costume nel contratto, accennato più sopra, col quale sia stabilito un compenso per l'astensione da un atto illecito, e anche, a nostro avviso, nei contratti di giuoco e di scommessa non proibiti dalla legge.

La causa contraria al buon costume o immorale (*causa turpis*), la quale, appunto come causa, è necessariamente comune alle parti del negozio, ha questa conseguenza particolare rispetto alle altre specie di causa illecita, che la prestazione eseguita malgrado la nullità del negozio non è ripetibile (*soluti retentio*), come dispone espressamente il codice (art. 2035), in conformità alla regola tradizionale *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis* (4).

(1) DE CUPIS, *Leggi proibitive, norme imperative e ordine pubblico*, Ann. dir. comp., 1949, p. 245 ss.

(2) G. CODACCI-PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, Giuffrè, 1940; TRABUCCHI, *Buon costume*, Enc. dir., V, Milano, Giuffrè, 1959, 700 ss.; Cass. 17 giugno 1950, Foro it., 1951, I, 185; 21 marzo 1955, Giust. civ., 1955, 1088; 15 febbraio 1960, Giur. it., 1960, I, 1, 1134.

(3) CARRESI, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1949, p. 29 ss.; BOSCHI, *Considerazioni sui negozi contro il buon costume*, Iustitia, 1960, p. 389 ss.; *Effetti giuridici dei negozi contro il buon costume*, Nuovo dir., 1961, p. 9 ss.

(4) Per l'applicabilità della regola al solo contratto immorale Cass. 15 dicembre 1955, Mass. Foro it., 1955, 847, 3883; in genere al

Il negozio con causa illecita è un negozio illecito, ma il negozio può essere illecito anche per l'illiceità di altri suoi elementi (1). Oltre che causalmente illecito può essere oggettivamente oppure soggettivamente illecito, secondo che una norma escluda l'idoneità della cosa o del comportamento oppure della persona ad essere termine del rapporto negoziale (cfr. n. 27). Ancora il negozio può essere illecito per una modalità che ne limiti il contenuto (condizione, modo), quando l'illiceità, secondo le regole che saranno indicate più innanzi, non vizi soltanto la modalità (2). Infine il negozio è illecito per illiceità del motivo, nei casi in cui, come subito vedremo, il motivo illecito è rilevante.

Il negozio comunque illecito, rispetto al soggetto, all'oggetto, alla causa, alla modalità, al motivo, è nullo, « salvo che la legge disponga diversamente » (art. 1418). Una sanzione diversa per la stessa causa illecita potrebbe ravvisarsi, ad esempio, nella limitazione d'efficacia dei contratti di giuoco e di scommessa (art. 1933), se anche la *soluti retentio* potesse ricondursi al contratto e non dipendesse soltanto dall'avvenuta prestazione (art. 2035) (3).

Talvolta la liceità e la validità del negozio sono subordinate ad un'autorizzazione (es. articoli 17, 170, 187).

Il negozio illecito non è per sé un atto illecito: infatti, mentre nell'atto illecito è il fatto stesso contrario alla norma e la sanzione, come si è detto (n. 21), sta nella produzione di conseguenze contrarie all'interesse dell'agente,

negozio illecito Cass. 29 aprile 1946, Dir. e giur., 1946, 280, con nota contraria di BIGIAMI.

(1) FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, 2^a ediz., Milano, Soc. ed. libraria, 1914.

(2) CASTIGLIONE-HUMANI, *Criteri diagnostici del negozio illecito (in particolare della condizione illecita e della clausola penale)*, Giur. comp. dir. civ., 1946, p. 8 ss.

(3) SANTORO-PASSARELLI, *Giuoco e scommessa, mutuo per giuoco*, Riv. dir. civ., 1941, p. 470 ss.; G. LONGO, *Sulle obbligazioni naturali e sul debito di giuoco*, Giur. compl. Cass. civ., 1949, III, p. 288 ss.

nel negozio illecito non il fatto in sè è contrario alla norma, ma l'effetto cui esso tende, e perciò è sufficiente sanzione, intesa questa parola in senso lato, l'inidoneità del negozio a produrre tale effetto. Tuttavia, in alcuni casi, il fatto viene in considerazione come atto illecito, a prescindere dalla natura ed efficacia negoziale (es. articoli 2098¹; 416, 509, 556 c.p.).

Illiceità del motivo.

41. — L'illiceità del motivo si comunica eccezionalmente al negozio, quando nei negozi a più parti esso sia stato il solo determinante e comune alle parti (articolo 1345) (1), e in taluni negozi a titolo gratuito (disposizione testamentaria, donazione) sia stato similmente il solo determinante e inoltre risulti dall'atto (articoli 626, 788) (2).

Il motivo determinante, che, illecito, rende illecito il negozio, è pur sempre un motivo individuale e contingente. In particolare non è da confondere con la causa illecita il motivo illecito comune a entrambe le parti nei negozi bilaterali. E così potrà essere illecito per illiceità del motivo comune non solo un negozio innominato, ma anche un negozio nominato, mentre, come si è visto, in questo non può essere illecita la causa. La locazione di una casa perchè il locatario vi svolga un'attività contraria alla legge o al buon costume (3), il mutuo di una somma di danaro perchè il mutuatario la giuochi o scommetta (4) sono negozi

(1) Cass. 20 giugno 1960, Foro it., 1961, I, 89; sull'illiceità del motivo nelle deliberazioni assembleari della società, Cass. 4 marzo 1963, ivi, 1963, I, 684.

(2) GIUSIANA, *Movente e motivo illecito della disposizione testamentaria*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1954, p. 969 ss.; Cass. 30 giugno 1950, Foro it., 1951, I, 1067; 18 maggio 1963, ivi, 1963, I, 863; 27 luglio 1964, ivi, 1964, I, 1574.

(3) Cass. 8 luglio 1948, Giur. compl. Cass. civ., 1948, III, 104, con nota di DEJANA, *In tema di negozi contrari al buon costume*; 21 ottobre 1954, Mass. Foro it., 1954, 194, 3972.

(4) SANTORO-PASSARELLI, *Giuoco e scommessa, mutuo per giuoco*,

con motivo illecito che diventano illeciti quando questo motivo sia il solo e comune ad entrambe le parti (1). Anche la prestazione eseguita per un motivo turpe comune alle parti deve ritenersi irripetibile, come la prestazione eseguita per una causa turpe (art. 2035) (2).

Uno speciale rilievo ha il motivo illecito nel negozio in frode alla legge (3). Il negozio in frode alla legge è quello col quale si tenta di eludere una norma imperativa, che fa divieto di conseguire col negozio un certo risultato, perseguendo un risultato analogo. Due sono pertanto i tratti caratteristici del negozio in frode alla legge: un elemento oggettivo, consistente nell'idoneità del negozio posto in essere a raggiungere un risultato analogo a quello vietato; un elemento soggettivo, consistente nel proposito di eludere la norma imperativa. Su questi due elementi è da osservare che il risultato non dev'essere quello stesso vietato dalla norma, interpretata all'occorrenza, com'è possibile, estensivamente, ma soltanto simile a quello, perchè altrimenti il negozio sarebbe *contra legem*, non *in fraudem legis*; che il proposito di eludere il divieto costituisce un mo-

Negozio in frode alla legge.

Riv. dir. civ., 1941, p. 470 ss.; GRASSETTI, *Debito di gioco e mutuo fra i giocatori*, Temi, 1946, p. 354 ss.; Cass. 17 giugno 1950, Foro it., 1951, I, 135.

(1) Cass. 26 aprile 1951, Giur. it., 1952, I, 1, 691, con nota di P. FORCHIELLI; 28 gennaio 1953, Giust. civ., 1953, 333; 7 maggio 1955, Giur. it., 1955, I, 1, 487; 6 ottobre 1955, Mass. Foro it., 1955, 616, 2861. Per l'illiceità della causa del contratto commutativo usurario (art. 644 c. p.), Cass. 20 novembre 1957, Giur. it., 1957, I, 1, 1338, con nota di BERRI; 30 luglio 1963, Mass. Foro it., 1963, 616, 2156.

(2) Cass. 14 maggio 1955, Temi, 1955, 441, con nota di MONTELLI.

(3) CARRARO, *Il negozio in frode della legge*, Padova, Cedam, 1943, e sullo stesso OPPO, Riv. dir. comm., 1944, I, p. 177 ss.; con replica di CARRARO, *Essenza della frode alla legge*, Dir. e giur., 1945, p. 97 ss.; *Frode alla legge*, Noviss. Dig. it., VII, Torino, Utet, 1961, 647 ss.; CALVOSA, *La frode alla legge nei negozi giuridici*, Dir. e giur., 1949, p. 32 ss.; CESSARI, *La struttura della « fraus legi »*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1953, p. 1071 ss.; SUPPIES, *Contrarietà indiretta alla legge e frode alla legge*, Foro it., 1953, I, 600 ss.

più produrre gli effetti definitivi del negozio, vengono meno anche i suoi effetti preliminari e il negozio risulta inutile; quando manchi la condizione risolutiva, gli effetti tipici del negozio si consolidano e il negozio si purifica. La condizione positiva manca quando l'avvenimento non può più seguire (1).

Al contrario di quanto accade nel caso di avveramento della condizione, nel caso di deficienza cadono i negozi sull'aspettativa, che rimane delusa, e si rafforzano i negozi di disposizione del diritto pendente.

44. — Il termine adempie a due funzioni, che bisogna tener distinte (per il computo, cfr. n. 23).

Vi è un termine, che, secondo la volontà negoziale, limita nel tempo l'efficacia del negozio, ed è questo che presenta delle somiglianze con la condizione. Come la condizione può essere sospensiva o risolutiva, esso può essere iniziale o finale, secondo che stabilisca il principio o la fine dell'efficacia del negozio; come la condizione sospensiva, il termine iniziale impossibile rende nullo il negozio. Se la condizione rende incerta la nascita o l'estinzione del rapporto, qui la nascita o l'estinzione è certa, però può esserne certo od incerto il momento. Trattandosi di termine iniziale, il rapporto non sorge immediatamente, ma alla scadenza del termine, e solo da questo momento, esclusa ogni retroattività, il diritto può essere fatto valere dalla parte cui spetta; trattandosi di termine finale, il rapporto cessa alla scadenza del termine, e solo da questo momento colui che abbia disposto di un diritto recupera il diritto medesimo e il suo esercizio.

Prima della scadenza del termine, iniziale o finale, alla parte interessata alla scadenza deve ritenersi che spetti soltanto una aspettativa, tutelata con la concessione di quei mezzi di conservazione e di garanzia con-

(1) SCOGNAMIGLIO, *Sulla mancanza definitiva della condizione e la conseguente inefficacia del negozio*, Foro pad., 1962, I, 253 ss.; Cass. 24 aprile 1962, Foro it., 1962, I, 1719.

Termine di efficacia del negozio:

iniziale o finale.

impossibile.

sentiti dalla legge alla parte interessata all'avveramento della condizione (articoli 640¹⁻², 1347, 1465², 1523).

Vi è invece un termine, che, secondo la volontà negoziale, non limita nel tempo l'efficacia del negozio, ma soltanto attiene alla sua esecuzione, regolando specialmente il tempo della prestazione. Qui il rapporto obbligatorio non solo è certo, ma sorge immediatamente: il termine è una modalità non del negozio, ma dell'adempimento (1).

Mentre manca una disciplina generale dei termini di efficacia del negozio, parallela alla disciplina della condizione (salvo che per i negozi a causa di morte, art. 633 ss., e salve le norme dianzi ricordate), il termine di adempimento dell'obbligazione è regolato da varie norme (articoli 1183 ss., 1457) (2). E' da rilevare, a conferma dell'accennata differenza di funzione del termine, che il termine di adempimento non consente di ripetere ciò che si sia pagato anticipatamente, anche se chi ha pagato ignorava l'esistenza del termine (art. 1185²), appunto perchè il diritto di credito sorge immediatamente; ripetizione che invece è consentita per ciò che si sia pagato prima dell'avveramento della condizione o prima del termine cui sia subordinata la nascita del diritto di credito.

45. — L'onere, a differenza dalla condizione e dal termine, non modifica gli effetti tipici del negozio, ma a questi aggiunge altri effetti, che non reagiscono sui primi, pur limitandoli in senso economico (3). Si parla di onere, in un

(1) Cass. 3 gennaio 1950, Giur. it., 1950, I, 1, 659; 27 maggio 1964, Giust. civ., 1964, I, 1768.

(2) NATOLI, *Il termine essenziale*, Riv. dir. comm., 1947, I, p. 230 ss.; G. ANDREOLI, *Appunti sulla clausola risolutiva espressa e sul termine essenziale*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1950, p. 72 ss.; *Appunti in tema di obbligazioni a termine e di impossibilità della prestazione*, Temi, 1950, p. 202 ss.; CASTELLINI, *Sulla fissazione del termine « necessario » ex art. 1183 cod. civ.*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1961, p. 1084 ss.; Cass. 11 aprile 1963, Foro it., 1963, I, 1143; 19 ottobre 1963, Foro it., 1964, I, 565; 20 marzo 1964, Mass. Foro it., 1964, 154, 624.

(3) NATOLI, *In tema di modo condizionale*, Giur. compl. Cass. civ., 1951, III, p. 1063; GASPERONI, *Apposizione di oneri al beneficio nel*

Termine di esecuzione del negozio.

Onere o modus.

senso affatto diverso da quello che ha l'onere come figura specifica del dovere giuridico, di cui si è detto altrove (n. 16), per indicare tanto la modalità, quanto l'obbligazione che da questa deriva: obbligazione per colui che è gratificato con una donazione o disposizione testamentaria, la quale si dice perciò modale in senso stretto (in senso largo è modale il negozio cui inerisca una qualunque modalità), di dare o fare o non fare qualche cosa a favore del disponente o di terzi. Talvolta la stessa legge, con una sua interpretazione tipica, considera il negozio *sub modo*: è quello che accade per le disposizioni dette a favore dell'anima (art. 629).

Il *modus* non diventa mai corrispettivo dell'attribuzione negoziale, e perciò la causa del negozio attributivo rimane liberale, senza commistione con un elemento di onerosità (1).

E' bensì vero che il *modus* importa, come si è detto, a carico del gratificato un'obbligazione, la quale può essere assicurata da una garanzia (art. 647²) e il cui adempimento, nel limite del valore della liberalità a titolo particolare, può essere preteso da qualsiasi interessato (articoli 648¹, 793²⁻³); ed altresì che l'inadempimento dell'onere può anche dar luogo alla risoluzione del negozio. La risoluzione non dipende però da un difetto funzionale della causa, come nei contratti con prestazioni corrispettive (cfr. n. 40): infatti può essere pronunciata, su istanza del donante o dei suoi eredi se si tratta di donazione, o di qualsiasi interessato se si tratta di disposizione testamentaria, solo quando sia stata espressamente prevista dal disponente (2), o quando risulti che l'adempimento dell'onere sia stato il solo motivo determinante della disposizione testamentaria (articoli 648², 793¹).

contratto a favore di terzo, Assicurazioni, 1955, I, p. 30 ss.; Cass. 10 agosto 1963, Foro it., 1964, I, 329.

(1) Cass. 4 dicembre 1962, Foro it., 1963, I, 1, 38 ss.

(2) Cass. 3 agosto 1955, Foro it., 1956, I, 397.

Perciò è da ritenere che il *modus*, a differenza dalla condizione e dal termine, sia veramente una volontà accessoria rispetto alla volontà liberale (1).

La riprova se ne ha nel trattamento dell'onere impossibile o illecito. Questo, a meno che l'onere non risulti essere stato il solo motivo determinante, nel qual caso il negozio modale è nullo secondo la norma concernente il motivo illecito (articoli 626, 788) (2), si ha per non apposto (*vitiatur sed non vitiatur*), sia la liberalità *inter vivos* o *mortis causa* (articoli 647³, 794) (3).

Non è già che per il *modus* si allarghi anche ai negozi *inter vivos* la deroga, che per la condizione impossibile o illecita è apportata, nei negozi a causa di morte, al principio dell'unità del volere. L'inutilità del *modus* impossibile o illecito e quindi la validità del negozio cui esso inerisca corrispondono invece al carattere accessorio dell'onere, che ne fa una determinazione separata dalla determinazione negoziale principale.

46. — Nello studio dei vari elementi del negozio abbiamo già avuto occasione di individuare alcune categorie negoziali. Così, a proposito dell'atto, o forma del negozio, abbiamo distinti i negozi di attuazione dai negozi di dichiarazione (n. 28), e accennato alla categoria dei negozi solenni (n. 30); a proposito della causa, abbiamo distinto fra negozi nominati e innominati, causali e astratti, e notato come carattere comune delle varie possibili cause del negozio, al di sopra delle particolari differenze, sia che il negozio adempie a una funzione di disposizione e non di accertamento della situazione esistente (n. 38); in connessione con la causa e il motivo del negozio abbiamo ricordato le figure del negozio fiduciario e

(1) GIORGIANNI, *Il «modus» testamentario*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1957, p. 889 ss.

(2) Cass. 28 luglio 1950, Foro it., 1951, I, 921.

(3) ALLARA, *Sull'impossibilità sopravvenuta del «modus»*, Foro pad., 1952, I, 989 ss.; CONTURSI-LISI, *Soppravvenuta impossibilità o illiceità di onere testamentario*, Riv. dir. civ., 1955, p. 767 ss.

Onere impossibile o illecito.

Categorie dei negozi giuridici.

Risoluzione per inadempimento.

tanto si attua la causa del negozio e l'intento negoziale viene conseguito. Alterandoli, si altera il negozio.

Effetti naturali.

Altri effetti, invece, corrispondenti soltanto normalmente all'intento negoziale, si verificano, per la volontà della legge, purchè non siano positivamente esclusi. Questi sono chiamati effetti naturali del negozio; e una volta erano anzi ricondotti a corrispondenti pretesi e elementi naturali del negozio, onde la tripartizione fra elementi essenziali, naturali e accidentali. In realtà tali effetti, frequentissimi, non sono da ricondurre in concreto alla volontà privata, che può invece escluderli; essi dipendono da una norma suppletiva, che s'ispira, come s'è detto, alla volontà normale. Elementi naturali, se si vuole, potrebbero considerarsi soltanto le cosiddette clausole d'uso (art. 1340) (cfr. n. 51).

Un importante effetto naturale è la garanzia per evizione e i vizi occulti, nella vendita e nelle altre alienazioni a titolo oneroso (articoli 1476-3°, 1487, 1490, 1553, 1555; cfr. anche art. 1266). Altri effetti naturali, generalizzati dal codice vigente, sono l'obbligazione alla retribuzione nel mandato (art. 1709), l'obbligazione agli interessi nel mutuo (art. 1815°).

Effetti irregolari.

Talvolta il negozio, per la particolare natura dell'oggetto, non può produrre il suo effetto tipico, ma un effetto diverso. Si parla allora di negozi con effetti irregolari o, più brevemente, di negozi irregolari, nei quali la diversità dell'oggetto e degli effetti non rimane senza influenza sulla causa. Così quei negozi che, quando hanno per oggetto cose fungibili o consumabili, producono, in luogo dell'obbligazione tipica di restituzione dell'*eadem res*, il trasferimento della proprietà della *res* con l'obbligazione di restituzione del *tantundem* (articoli 182°, 995, 1640°, 1782, 1851) (cfr. n. 12) (1).

(1) DE SIMONE, *I negozi irregolari*, Napoli, Jovene, 1952; MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, Riv. dir. comm., 1960, I, p. 94 ss.; SIMONETTO, *Deposito irregolare*, Noviss. Dig. it., V, Torino, Utet, 1960, 528 ss.; MESSINEO, *Contratto irregolare (di fatto) e ad effetto irregolare*, Enc. dir., X, Milano, Giuffrè, 1962, 111 ss.

53. — Gli effetti del negozio possono mancare, perchè il negozio sia inesistente o invalido, oppure perchè, pur essendo il negozio esistente e valido, una circostanza, e cioè un fatto estraneo al negozio, ne impedisca l'efficacia o ne determini l'inefficacia. Sotto questo profilo l'inesistenza e l'invalidità si presentano come cause d'inefficacia del negozio, accanto ad altre che suppongono la sua esistenza e sono compatibili con la sua validità (1).

Inefficacia del negozio.

La prima indagine da compiere è quella diretta alla determinazione delle nozioni d'inesistenza e d'invalidità, rispetto alle quali l'inefficacia è una conseguenza, senza quel rilievo autonomo che la stessa assume, in varia guisa e a tutela di diversi interessi, per il negozio valido (2). Essa non è agevole come può sembrare a prima vista. Un primo punto da stabilire, decisivo per la conclusione dell'indagine, è che essa va condotta non in base ad argomenti di pura logica, ma in base agli argomenti offerti dal diritto positivo, cioè secondo la logica del sistema legislativo, dominato essenzialmente, anche nella determinazione dell'invalidità e dei suoi modi, dal principio, tante volte richiamato, della conservazione del negozio (3).

Astrattamente la mancanza di uno qualunque degli elementi costituenti il negozio o dei requisiti legali degli stessi o anche dei requisiti soggettivi od oggettivi potrebbe determinare l'inesistenza o rispettivamente l'invalidità del negozio. Ma in realtà l'ordinamento procede con molta cautela, dove implicitamente riconoscendo l'inesistenza del negozio, dove

(1) A. FEDELE, *L'invalidità del negozio di diritto privato*, Torino, Ist. giur., s. d. (1943); S. TONDO, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, Noviss. Dig. it., VIII, Torino, Utet, 1962, 995 ss.

(2) Contro la distinzione tra nullità e inefficacia Cass. 7 maggio 1948, Foro it., 1948, I, 1129, con nota critica di SANTORO-PASSARELLI, Foro it., 1949, I, 40. Diversamente Cass. 29 luglio 1950, Foro it., 1950, I, 993.

(3) G. B. FUNAJOLI, *Invalidità della volontà negoziale e conservazione del negozio giuridico*, Nuova riv. dir. comm., 1, 1947-48, II, p. 215 ss. GRASSETTI, *Conservazione (principio di)*, Enc. dir., IX, Milano, Giuffrè, 1961, 173 ss.

stabilendone l'invalidità, che viene però variamente graduata, dove facendone dipendere la mera inefficacia, dove limitandosi a comminare una pena per il negozio irregolare (art. 140).

Inesistenza giuridica.

L'inesistenza giuridica del negozio non può riassumersi nella nozione dell'invalidità, perchè solo un negozio esistente può essere valido o invalido. La questione che si pone è se il nostro ordinamento riconosca la figura del negozio inesistente, come distinta da quella del negozio invalido. Noi crediamo che essa debba risolversi affermativamente, poichè, mentre il silenzio della legge non è un argomento contrario, talune disposizioni non trovano spiegazione se non con riferimento al negozio nullo, come figura diversa dal negozio inesistente, e in taluni casi la figura del negozio nullo manca affatto (1).

Il silenzio della legge sul negozio inesistente si giustifica col rilievo che non è necessaria una norma, per stabilirne l'inefficacia. Vero è che è difficile fissare la nozione d'inesistenza, poichè la legge dalla mancanza di alcuni degli elementi del negozio o dei loro requisiti sembra desumere al più quella massima specie d'invalidità del negozio, che, come si vedrà, è la nullità del medesimo. Ma, a nostro avviso, si deve distinguere fra la mancanza che tuttavia permetta la giuridica identificazione del negozio, mancanza che induce soltanto l'invalidità del medesimo, e la mancanza che invece impedisce l'identificazione del negozio, per ciò giuridicamente inesistente. L'identificazione è impossibile quando l'incompletezza sia tale da escludere

(1) DE VALLES, *Un concetto errato: gli atti « giuridicamente inesistenti »*, Foro it., 1953, I, 505 ss.; ASCARELLI, *Sul concetto del titolo di credito*, Saggi di diritto commerciale, Milano, Giuffrè, 1955, p. 572 ss. (in nota); *Inesistenza e nullità*, Problemi giuridici, Milano, Giuffrè, 1959, I, p. 225 ss.; CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, Riv. dir. proc., 1955, I, p. 208 ss.; S. SATTA, *Sull'inesistenza degli atti processuali*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1956, p. 337 ss.; FERRARI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, p. 514 ss.; Cass. 30 marzo 1963, Giur. it., 1964, I, 1, 345.

che in un fatto possa ravvisarsi un determinato negozio (1).

Se questa è la nozione d'inesistenza, è vero altresì che ne è difficile l'applicazione al caso concreto, quando si prescinda dalle ipotesi senza interesse, nelle quali l'inesistenza giuridica è evidente perchè corrisponde all'inesistenza di fatto. Qui non si può dire altro che l'applicazione varia secondo la natura del negozio. Ci limitiamo a un esempio, che crediamo significativo. La legge stabilisce quali sono i difetti formali che danno luogo a nullità e quali quelli che danno luogo ad annullabilità del testamento (art. 606). Ma essa suppone sempre un minimo di requisiti, per cui nel caso concreto possa ravvisarsi un testamento, secondo la natura essenzialmente formale di quest'atto. Quando invece la forma solenne sia affatto mancante, ad esempio perchè le disposizioni di ultima volontà siano state dettate oralmente, il negozio, nel silenzio legislativo, è, a nostro avviso, piuttosto da ritenere inesistente.

Vengono a questo punto in considerazione quelle norme, cui si alludeva dianzi, le quali, attribuendo un'efficacia indiretta al negozio nullo, non possono intendersi riferite altresì al negozio inesistente, donde l'importanza anche pratica della distinzione fra inesistenza e nullità del negozio. Basti accennare ora, rinviando per la possibile efficacia rispetto ai terzi del negozio nullo a quanto si dirà più innanzi, all'eccezionale sanatoria della nullità del testamento e della donazione (articoli 590, 799), sulla quale torneremo fra poco, possibile per il negozio nullo, non per il negozio inesistente.

D'altra parte, in taluni negozi di diritto familiare, e specialmente nel matrimonio, l'inesistenza assume un rilievo particolare, perchè soltanto l'inesistenza impedisce al negozio di produrre gli effetti, che invece sono sempre prodotti, anche se soggetti a scomparire, dal negozio invalido. Ora qui ci sembra impossibile negare che, se da una parte la nullità degrada ad annullabilità, dall'altra, dove ricorra quella mancanza che impedisca l'identificazione del negozio, ad esempio

(1) Cass. 30 gennaio 1960, Giust. civ., 1960, I, 2180.

la mancanza della celebrazione del matrimonio, la nullità ceda il posto all'inesistenza giuridica del negozio (1).

Quando il negozio sia giuridicamente esistente, non ogni mancanza o manchevolezza degli elementi e dei termini del negozio importa l'invalidità del medesimo.

Invalidità.

Come risulta dalla combinazione delle norme generali concernenti l'invalidità (articoli 1418, 1425 ss.), la legge stabilisce l'invalidità del negozio, allorchè, nei modi già indicati, manchi uno degli elementi costitutivi del negozio tipico, volontà, forma, causa, oppure la causa stessa o uno degli elementi aggiunti nel negozio concreto, motivo, modalità, nei limiti in cui questi hanno rilevanza giuridica, sia illecito, o la modalità sia impossibile, oppure l'oggetto o il soggetto non abbia i requisiti stabiliti dalla legge, o infine la volontà sia viziata (2). Si vedrà fra poco come in relazione a tali difetti la legge gradui l'invalidità.

Altre cause d'invalidità, oltre quelle segnalate, la legge non ammette. Un dubbio può sorgere per quel vizio originario della causa che, come s'è visto (n. 40), dà luogo a rescissione, ma la disciplina che di questa detta la legge, in particolare escludendone affatto la retroattività rispetto ai terzi, suggerisce piuttosto d'includere la rescissione, con la risoluzione dipendente da un vizio funzionale della causa (l. c.), nella categoria, per vero generica, della semplice inefficacia del negozio.

L'invalidità assume due aspetti: nullità e annullabilità del negozio.

(1) COSATTINI, *Il possesso di stato conforme all'atto di matrimonio e le nullità matrimoniali*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1947, p. 46 ss.; NATOLI, *Inesistenza e annullabilità del matrimonio civile con particolare riferimento all'ipotesi di celebrazione successiva alla scadenza del termine di validità della procura*, Giur. it., 1949, I, 2, 237 ss.; Cass. 20 ottobre 1959, Foro it., 1959, I, 1826.

(2) P. TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, Temi, 1955, p. 191 ss.; CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità (introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali)*, Milano, Giuffrè, 1955.

In entrambe le sue specie l'invalidità non è esclusa dall'errore comune, in cui le parti e la generalità abbiano versato, sull'esistenza del fatto che è causa d'invalidità: cioè non sussiste, dove manchi una norma, eccezionale e necessariamente espressa (come quella dell'art. 113), il principio tradizionale *error communis facit ius*.

Irrelevance del-
l'errore co-
mune.

L'invalidità determina l'inammissibilità del negozio, se questo faccia parte di un procedimento (n. 20), che si completi con un atto di controllo dell'autorità (omologazione, approvazione, formazione di un atto dello stato civile e simili).

Inammissibilità
del negozio.

54. — Il negozio è nullo quando manchi l'atto o la causa; e, se la legge non dispone diversamente, quando siavi illiceità della causa o, se giuridicamente rilevante, del motivo, oppure la modalità sia illecita o impossibile, o l'oggetto non abbia i requisiti legali o infine il soggetto sia privo della capacità giuridica specifica per il negozio di cui si tratta (articoli 1418, 606¹, 619¹, 1354, 592 ss., 779 ss., 1471-1° e 2°, 1471²) (1). Le nozioni qui indicate sono state tutte precedentemente stabilite.

Nullità del ne-
gozio.

La nullità può essere totale o parziale, secondo che investe l'intero negozio o una parte o qualche clausola di esso (2).

La nullità di singole clausole non determina la nullità del negozio, « quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative » (art. 1419²: es. art. 1932²;

Nullità parzia-
le.

(1) PAVONE-LA ROSA, *Rassegna di giurisprudenza: nullità e annullabilità del contratto*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1949, p. 431 ss.; TORRENTE, *Rassegna di giurisprudenza sulla nullità del contratto*, Giust. civ., 1953, p. 1929 ss.

(2) CARNELUTTI, *Tentativo contrattuale*, Foro it., 1948, I, 239 ss.; CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Milano, Giuffrè, 1959; *Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi della volontà*, Riv. dir. civ., 1964, I, p. 364 ss.; Cass. 25 marzo 1961, Giust. civ., 1961, I, 969; 22 giugno 1962, Dir. Lav. 1963, II, 377, con nota di MOROZZO DELLA ROCCA.

cfr. articoli 1339, 2077²). Fuori di questo caso, la nullità parziale si comunica all'intero negozio quando risulti che il negozio non sarebbe stato concluso senza quella parte che è colpita da nullità (art. 1419¹). La regola dell'incomunicabilità della nullità (*utile per inutile non vitiatur*), corrispondente al principio della conservazione del negozio, trova numerose applicazioni da parte della stessa legge (cfr., ad es., articoli 652, 692³⁻⁴, 771¹, 795², 1500², 1941³) (1).

A tale regola è da ricondurre la norma, secondo cui nei contratti plurilaterali, coi quali le parti perseguono uno scopo comune (cfr. n. 47), la nullità del contratto rispetto ad una delle parti non importa la nullità del contratto rispetto alle altre parti, salvo che la presenza di quella debba considerarsi essenziale (art. 1420): norma alla quale fanno riscontro norme simili per l'annullabilità e la risolvibilità per inadempimento o impossibilità sopravvenuta di una delle prestazioni (articoli 1446, 1459, 1466).

La situazione giuridica preesistente al negozio non è modificata dal negozio nullo, improduttivo per sé di effetti. Di qui l'inesistenza di un diritto soggettivo materiale alla nullità del negozio, suscettibile di prescrizione, e conseguentemente la perpetuità dell'azione per l'accertamento giudiziale della nullità, sebbene, com'è naturale, ciò non pregiudichi le situazioni giuridiche, in cui siano mutate le situazioni di fatto, attraverso l'usucapione e la prescrizione dei diritti che si sarebbero dovuti far valere a seguito della nullità; la rilevabilità d'ufficio della nullità, purchè la stessa consti legalmente al giudice (2); la legittimazione alla domanda di accertamento della nullità di chiunque vi ha interesse (articoli 1421, 1422).

La legittimazione di tutti gli interessati alla domanda di accertamento della nullità è il riflesso processuale del carattere assoluto della nullità, onde questa specie d'invalidità dalla dottrina meno recente era detta nullità assoluta,

(1) Sull'invalidità della disposizione accessoria Cass. 9 giugno 1950, Foro it., 1950, I, 1298, con nota di A. SCIALOJA.

(2) Cass. 15 febbraio 1963, Giust. civ., 1963, II, 1912.

in contrapposizione all'annullabilità, detta nullità relativa.

Più recentemente si è invece sostenuto che l'assolutezza non sarebbe una nota necessaria della nullità; e che accanto alla nullità assoluta esisterebbe una nullità relativa in senso proprio, cioè radicale come la nullità assoluta, ma, a differenza da questa, operativa soltanto in confronto di certi interessati, esclusivamente legittimati di conseguenza a farla valere (1). Un negozio claudicante di questa specie ricorrerebbe, ad esempio, nell'alienazione non permessa o autorizzata del bene dotale, la cui nullità può essere fatta valere soltanto dal marito e dalla moglie (art. 190), o nella disposizione del bene pignorato da parte del titolare, di cui la legge stabilisce l'inefficacia rispetto ai creditori (articoli 2913; 44 l. fall.). Ora a noi pare che la figura della nullità relativa, sebbene sembri ammessa dallo stesso testo legislativo (art. 1421 pr.), non possa accogliersi, perchè intimamente contraddittoria. Un negozio produttivo di effetti per una delle parti, in guisa tale che questa non può sottrarsi, ancora più un negozio produttivo di effetti fra le parti, e improduttivo di effetti solo rispetto a certi terzi, non possono considerarsi negozi nulli, senza alterare la nozione di nullità. Viceversa è assolutamente nullo il negozio che non sia idoneo a produrre effetti fra le parti anche se, combinandosi in una più complessa fattispecie, possa avere un'efficacia riflessa rispetto a certi terzi (ciò che accade, ad esempio, nella simulazione, n. 34; cfr. n.ri 55 e 56). La nullità non può che dirimere il negozio, privandolo della sua efficacia interamente e rispetto ad entrambe le parti (*quod nullum est nullum producit effectum*).

L'alienazione dotale irregolare, poichè l'invalidità non può essere fatta valere dall'altro contraente, e pertanto non può neppure essere rilevata d'ufficio, deve ritenersi annullabile, a parte la questione, cui accenneremo più innanzi, se

(1) CARIOTA-FERRARA, *Annulabilità assoluta e nullità relativa*, Studi in memoria di B. SCORZA, Roma, Sefi, 1940, p. 73 ss.

Inammissibilità
della nullità
relativa.

Inefficacia del
negozio nullo.

tale annullabilità sia in tutto soggetta alla disciplina generale dell'annullabilità (cfr. anche art. 780^b). La disposizione dei beni pignorati deve invece ritenersi, in conformità della terminologia legislativa, semplicemente inefficace rispetto ai terzi creditori, ben potendo anche la semplice inefficacia relativa essere stabilita originariamente e direttamente dalla legge.

In-anabilità del negozio nullo.

Altro carattere della nullità è la sua insanabilità: il negozio nullo non può diventare in nessun modo valido (*quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere*, D. 50, 17, 29) (1). Così l'inefficacia del negozio nullo non solo è originaria e assoluta, ma anche permanente.

Sanatoria eccezionale e validità successiva.

La regola non è tuttavia tassativa, come dovrebbe esserlo in linea di pura logica. La stessa norma, che stabilisce l'insanabilità, limita la regola, in applicazione del principio di conservazione del negozio, soggiungendo «se la legge non dispone diversamente» (art. 1423), e la sanatoria di negozi nulli è effettivamente prevista da altre norme, secondo cui la nullità della disposizione testamentaria o della donazione, da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere dal successore a titolo universale o particolare, che, avendo la capacità d'agire e conoscendo la causa della nullità, ha, dopo la morte del testatore o donante, confermato la disposizione o donazione, o dato volontaria esecuzione alla stessa (articoli 590, 799) (2).

La disciplina, che la sanatoria ha comune del resto con la convalida del negozio annullabile, sarà esposta a pro-

(1) Cass. 13 maggio 1952, Mass. Foro it., 1952, 337, 1360; 20 ottobre 1955, ivi, 1955, 722, 3328.

(2) DE SIMONE, *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, Humus, 1946; PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, Cedam, 1953, e sullo stesso MENGONI, Riv. dir. comm., 1954, I, p. 81 ss.; ARIENZO, *In tema di conferma ed esecuzione di d.t. nulle*, Giust. civ., 1958, I, p. 720 ss.; E. FADDA, *In margine all'art. 590 c.c.*, Foro it., 1958, IV, 175 ss.; BETTI, *Convalescenza* (diritto vigente), Noviss. Dig. it., IV, Torino, Utet, 1959, 789 ss.; GABRIELLI, *L'oggetto della conferma ex art. 590 c.c.*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1964, p. 1366 ss.

posito della convalida, dalla quale la sanatoria essenzialmente differisce, perchè, in luogo di consolidare gli effetti già prodottisi, determina l'efficacia del negozio, con una retroattività, che è limitata alle parti e non pregiudica in nessun caso i diritti acquistati dai terzi in contrasto col negozio nullo.

Il grave problema teorico, che pone la sanatoria del negozio nullo, è di spiegare come un fatto successivo ed estraneo all'autore del negozio (dal quale potrebbe, del resto, provenire soltanto la rinnovazione del negozio (1), e cioè un nuovo negozio) possa dar valore di atto dell'autonomia privata di quel determinato soggetto a un negozio per sé privo di tale valore, e, beninteso, rispetto al successore da cui la sanatoria proviene, non rispetto ad altri successori.

Qui soccorre quella distinzione fra negozio inesistente e negozio nullo, precedentemente stabilita. Dove sussista quella minima fattispecie negoziale, in presenza della quale la legge considera il negozio esistente, ma nullo, vi è quanto basta, perchè la legge, avuto riguardo alla causa del negozio e alla circostanza che per la morte del suo autore è ormai impossibile la rinnovazione del negozio, consenta che il negozio acquisti valore ed effetti di atto di autonomia privata del medesimo, mercè uno speciale negozio integrativo del successore, che supplisce all'incompletezza del negozio nullo. Infatti, malgrado l'ampia formula legislativa, la sanatoria deve ritenersi consentita soltanto per la nullità del negozio che dipenda da incompletezza, non anche per quella che dipenda da illiceità, la quale si rifletterebbe sul negozio confermativo e lo renderebbe nullo a sua volta (2).

(1) SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, Saggi, I, p. 315 s. Sulla rinnovazione del negozio nullo (a volte impropriamente qualificata conferma), mediante nuovo negozio, anche limitato a regolare le conseguenze della nullità, Cass. 30 marzo 1963, Foro it., 1963, I, 1757.

(2) G. STOLFI, *Sull'inammissibilità della convalida del testamento falso*, Giur. compl. Cass. civ., 1946, I, p. 396 ss.; DE SIMONE, *Se il te-*

In conclusione, si ha una riduzione legale della fattispecie originaria, compensata dalla posteriore integrazione, per la validità successiva del negozio fra il successore che l'ha sanato e il beneficiario.

Del resto la legge manifesta, in certi casi e per determinate esigenze, la tendenza alla salvezza dell'esecuzione avvenuta del negozio nullo, anche indipendentemente da una posteriore sanatoria negoziale (testualmente per il contratto di lavoro l'articolo 2126 e per il contratto di società l'art. 2332¹; cfr. anche articoli 2332¹ e 2377¹). E' ancora, spinta al limite, un'affermazione del principio di conservazione del negozio, come atto di autonomia privata. Ciò non considera la dottrina che ravvisa invece nel fenomeno una limitazione dell'autonomia negoziale e assume, per giunta con un'arbitraria generalizzazione, l'esistenza di rapporti negoziali o contrattuali di fatto, rilevanti come tali (1).

Non può dirsi che sia simmetrico al fenomeno della validità successiva quello della invalidazione o nullità successiva, se pure tale figura sia da ammettere, ciò che è dubbio (2).

Invalidazione o
nullità suc-
cessiva

stamento nuncupativo sia confermabile ex art. 590 c. c., Dir. e giur., 1956, p. 319 ss.; AURICCHIO, La conferma del testamento nullo e la sua forma, Foro it., 1956, I, 120 ss. Ipotesi particolari: Cass. 6 ottobre 1954, Giur. it., 1955, I, 1003, con nota di SCHLESINGER; 6 ottobre 1955, Mass. Foro it., 1955, 618, 2870; 20 luglio 1959, Rep. Foro it., 1959, Testamento 8; 13 ottobre 1961, Giust. civ., 1961, I, 1962. Per la sanatoria del negozio illecito, Cass. 19 ottobre 1957, Giur. it., 1958, I, 1, 318; 14 maggio 1962, Mass. Foro it., 1962, 318, 1024.

(1) OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, Cedam, 1947, pp. 372 nota 1 e 380 nota 1; C.A. FUNAJOLI, *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, Annali dell'Università di Ferrara, 1952, p. 103 ss.; G. ANDREOLI, *Note in tema di contratto di lavoro nullo*, Riv. dir. lav., 1952, I, p. 39 ss.; BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Jus, 1957, p. 353 ss.; A. FEDELE, *Invalidità del contratto di lavoro e prestazione di fatto del lavoro*, Dir. econ., 1958, p. 136 ss.

(2) SANTI ROMANO, *Osservazioni sull'invalidità successiva degli atti amministrativi*, Raccolta di scritti di dir. pubbl. in onore di G. Vacchelli, Milano, Giuffrè, 1938, p. 341 ss.; GASPARRI, *L'invalidità successiva degli atti amministrativi*, Pisa, Nistri-Lischi, 1939; ROMANELLI,

Per ammettere una nullità successiva bisogna infatti supporre che il negozio possa venire o venga privato successivamente di un suo elemento, mentre è ancora idoneo a produrre i suoi effetti, così che non corrisponda più alla fattispecie negoziale, prevista dalla legge: solo questa riduzione del negozio, mediante l'eliminazione di un suo elemento, può distinguere la nullità successiva dalla semplice inefficacia successiva (cfr. n. 56).

Esempio tipico d'invalidazione o nullità successiva si potrebbe allora considerare la nullità, a seguito della condanna all'ergastolo o alla pena di morte, del testamento anteriore del condannato (articoli 32², 38 c. p.): il negozio diventerebbe nullo, perchè il condannato verrebbe privato specificamente della capacità giuridica di testare, necessaria per la validità del testamento. Altro caso di nullità successiva potrebbe ravvisarsi nella cosiddetta revocazione di diritto del testamento per sopravvenienza di figli, quando il testatore non preveda questa ipotesi (art. 687), se si ritenesse che, in relazione a tale evento, debba considerarsi ormai mancante, secondo l'apprezzamento della legge, la stessa causa della liberalità testamentaria.

La validità del negozio può talora essere eventuale o sospesa, cioè dipendere dall'effettiva sopravvenienza di quei requisiti del negozio, la cui presenza, come s'è visto (n. 27 in fine), è necessaria in un momento successivo a quello della perfezione del negozio, o della fattispecie (es. articoli 462, 600, 651², 784¹, 1347, 1349²), o dal ripristino, a seguito di un'ulteriore circostanza, di un elemento già eliminato dal negozio (es. art. 687¹).

La validità può anche essere soltanto temporanea, come avviene per i testamenti in forma speciale, i quali perdono il loro valore dopo un certo termine dalla cessa-

Validità even-
tuale o sospe-
sa

e temporanea.

Sulla cosiddetta invalidità successiva degli atti amministrativi, Jus, 1942, p. 123 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici*, Ann. dir. comp., 1951, p. 54 ss. Per la nullità del negozio, quando la norma imperativa di legge sia posteriore, Cass. 5 ottobre 1953, Giust. civ., 1953, 3032; 18 giugno 1955, ivi, 1955, 1052.

zione del fatto che ha impedito al testatore di adottare una delle forme ordinarie (art. 609 ss.).

Conversione del
negozio nullo.

Il principio della conservazione del negozio trova un'altra applicazione nella conversione del negozio nullo. La nozione di conversione va precisamente delimitata. Si ha conversione del negozio quando lo stesso, essendo nullo per la funzione cui siasi indirizzata l'autonomia privata e quindi in relazione al tipo legale da questa prescelto, ha tuttavia « i requisiti di sostanza e di forma » per adempiere a una funzione diversa, ma più ristretta, che la legge consente al negozio di esplicare (art. 1424), in conformità dei criteri che governano l'interpretazione e l'integrazione del negozio (cfr. n. 51).

La questione sull'ammissibilità e sui limiti della conversione si poneva per il codice anteriore, che non la prevedeva espressamente, fra l'altro, al fine di stabilire se la vendita immobiliare, nulla per difetto di forma, potesse valere come promessa di vendita. Oggi questa, che era una delle applicazioni praticamente più importanti della conversione, è venuta meno, poichè il nuovo codice prescrive, come si è già rilevato, per il contratto preliminare la stessa forma del contratto definitivo (art. 1351).

Per il diritto vigente, in tutti i casi in cui il negozio è inidoneo a conseguire gli effetti più ampi o più intensi, propostisi dall'autore o dagli autori del negozio, deve ritenersi possibile, grazie alla conversione, nei limiti che alla stessa assegna la legge, il conseguimento di effetti meno ampi o meno intensi (1).

(1) MOSCO, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, Jovene, 1947; BETTI, *Conversione del negozio giuridico* (diritto civile), Noviss. Dig. it., IV, Torino, Utet, 1959, 811 ss.; BIGLIAZZI-GERI, *Conversione dell'atto giuridico*, Enc. dir., X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 528 ss.; RAFFAELLI, *Circa la conversione dei negozi giuridici*, Foro pad., 1963, I, 1166 ss.; Cass. 8 luglio 1958, Giust. civ., 1958, I, 2102. Sull'inammissibilità della conversione, se la nullità dipenda da illiceità del negozio per contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico, al buon costume, Cass. 18 aprile 1953, in quattro decisioni, pubblicate rispettivamente nei seguenti periodici: Riv. dir. comm., 1954, II, 253, con nota

Da questa conversione, che è uno strumento generale di conservazione del negozio, concesso dalla legge in armonia col fine propostosi dall'autonomia privata e col significato che può attribuirsi alla sua espressione, va tenuta distinta la conversione che la legge direttamente e specificamente stabilisce, sia pure ispirandosi alla normale volontà privata. Poichè l'autonomia privata è signoreggiata dall'ordinamento giuridico, s'intende come questo possa anche convertire la destinazione di un determinato negozio nullo, secondo l'apprezzamento che l'ordinamento faccia dello scopo perseguito dall'autonomia privata attraverso il negozio inidoneo a realizzarlo. Questa conversione legale interviene in vari casi ad attribuire un'efficacia ridotta, o comunque compatibile con l'intento negoziale, al negozio nullo o alla clausola nulla (cfr., ad es., articoli 629, 630, 696⁴, 1059²).

Conversione le-
gale.

In altri casi la legge sostituisce la sua disciplina o altra disciplina normativa (collettiva) a quella del negozio o della clausola, che sono nulli proprio perchè contrari alla norma imperativa (es., articoli 1339, 1932, 2066²⁻³, 2077², 108², 257, 634, 637, 958², 979², 1501¹, 1573, 1865, 1248³, 1815², 2010¹, 2125², 2596²; art. 1 ss. L. 23 ottobre 1960, n. 1369) (1). Qui non si può, a nostro avviso, parlare correttamente di conversione del negozio, perchè la legge determina gli effetti, non deducendoli dall'autonomia privata, in base ad una valutazione dello intento negoziale, ma prescindendo da questo e anzi contrastandolo.

Sostituzione le-
gale dell'au-
tonomia pri-
vata.

Non rientra neppure nella nozione di conversione la cd.

Cd. conversione
formale

di AURICCHIO (1037); Mass. Foro it., 1953, 218, 1039; Foro it., 1953, I, 1127 (1036); Giur. compl. Cass. civ., 1953, IV, 166 (1038); 26 settembre 1964, Mass. Foro it., 1964, 652, 2437.

(1) RUBINO, *Libertà contrattuale ed inserzione automatica di clausole*, Moneta e credito, 1948, p. 530 ss.; G.B. FERRI, *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, Riv. dir. comm., 1963, II, p. 271 ss.; BENEDETTI, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1965, p. 1492 ss.; Cass. 13 dicembre 1948, Giur. compl. Cass. civ., 1948, III, 791, con nota di DE MARTINI.

conversione formale, o impropria, sebbene la rubrica di un articolo adoperi questa inesatta qualificazione. Il documento di un negozio o di un altro atto giuridico, nei casi in cui non abbia i requisiti della forma documentale prescelta, e abbia invece quelli di un'altra forma documentale, vale in questa forma: così il testamento segreto, che manchi di qualche suo requisito, vale come testamento olografo, se di questo abbia i requisiti (art. 607) (1), e il documento, che manchi di qualche requisito dell'atto pubblico, vale, se sottoscritto dalla parte, come scrittura privata (art. 2701) (2). Qui non c'è nessuna conversione, non del documento, perchè, per ipotesi, esso deve avere tutti i requisiti della forma in cui può farsi valere, e tanto meno del negozio eventualmente documentato, posto che il negozio rimane lo stesso e la forma documentale succedanea è sufficiente per l'esistenza o la prova del negozio medesimo.

Annullabilità del negozio.

55. — Il negozio è annullabile quando, nei modi già indicati, manchi o sia viziata la volontà dell'autore del negozio o manchi il requisito soggettivo della capacità d'agire, o anche, in determinate ipotesi, quello della capacità giuridica specifica per il negozio di cui si tratta; e negli altri casi stabiliti dalla legge (articoli 1425, 322, 377, 427, 428, 1427, 591, 624, 775, 776, 323, 378, 1394, 1395, 1471^{1-3°} e 4°, 1471^{2°}; cfr. anche, fra gli altri, articoli 117 ss., 190, 606^{2°}, 619^{2°}, 2098, 2113) (3).

Efficacia interinale del negozio annullabile.

La situazione giuridica preesistente è modificata dal negozio annullabile, finchè non segua l'annullamento giudiziale: Il diritto all'annullamento, e perciò la corrispondente azione di accertamento costitutivo, alla quale la legge testualmente si riferisce, si prescrive in un termine, che normalmente è di cinque anni e de-

(1) Cass. 26 giugno 1964, Mass. Foro it., 1964, 440, 1689.

(2) Cass. 10 marzo 1956, Giust. civ., 1956, I, 1055, con nota di DE SIMONE.

(3) DALMARTELLO, *Questioni in tema di annullabilità del contratto*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1963, p. 16 ss.; LUCARELLI, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, Milano, Giuffrè, 1964.

corre ora dal giorno in cui è cessato il vizio o l'incapacità legale o, nel negozio a causa di morte, da quello in cui si è avuta notizia del vizio, ora, ed è la regola, dal giorno della conclusione o, ancora nel negozio a causa di morte, da quello dell'esecuzione del negozio. L'annullabilità del negozio può peraltro essere sempre opposta in via d'eccezione contro chi ne domandi giudizialmente l'esecuzione (*quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*: cfr. n. 24) (1). In taluni casi l'annullabilità è sospesa (es., articoli 117^{2°}, 431^{2°}).

L'annullamento può essere pronunziato solo in accoglimento della domanda della parte che ha diritto all'annullamento, non d'ufficio. Legittimata alla domanda di annullamento di regola è soltanto « la parte nel cui interesse (l'annullamento) è stabilito dalla legge », onde normalmente si ha un'annullabilità relativa e il negozio si dice claudicante. Tuttavia non solo generalmente alla domanda di annullamento per interdizione legale è legittimato chiunque vi ha interesse, ma di determinati negozi, come il negozio a causa di morte e, in taluni casi, il matrimonio, l'annullamento può essere chiesto da chiunque vi ha interesse e, più specificamente per il matrimonio, « dagli sposi, dagli ascendenti prossimi, dal pubblico ministero e da tutti coloro che abbiano per impugnarlo un interesse legittimo e attuale »: in questi casi l'annullabilità è assoluta (articoli 1441, 1442, 428, 591^{3°}, 606^{2°}, 624, 775, 117).

E' da rilevare la specialità del regime del matrimonio invalido. Come s'è detto, il matrimonio esistente non è mai nullo, producendo in ogni caso i suoi effetti finchè non intervenga una sentenza di annullamento. Tuttavia la legge deliberatamente, in armonia con le concezioni e la terminologia tradizionali in questa materia, considera e chiama nullità

(1) Per la limitazione della regola al contratto Cass. 19 ottobre 1954, Dir. e giur., 1955, 442, con nota di F. PAGANO; per il presupposto che il contratto non abbia avuto esecuzione Cass. 17 ottobre 1961, Mass. Foro it., 1961, 537, 2074; per l'inapplicabilità ai negozi a causa di morte Cass. 13 maggio 1957, Mass. Foro it., 1957, 336, 1686.

Perpetuità dell'eccezione di annullabilità.

Annullabilità relativa

e assoluta.

Annullabilità speciali.

questa invalidità *ope iudicis*. Perciò, se anche correttamente tale invalidità è da ascrivere alla categoria dell'annullabilità, deve ammettersi che questa annullabilità non soggiaccia alle regole comuni dell'annullabilità e, in particolare, che, nel silenzio della legge, quando non sia incorsa una decadenza e non si abbia imprescrittibilità, sia applicabile non la prescrizione quinquennale, ma la prescrizione ordinaria.

Soggetta alla prescrizione ordinaria riteniamo anche l'annullabilità dell'alienazione del bene dotale, qualificata essa pure dalla legge come nullità (art. 190³), e, per conseguenza, dell'alienazione del bene familiare (art. 170¹).

L'incapacità d'agire quale causa di annullabilità del negozio è specialmente regolata sotto tre aspetti: l'incapacità legale del minore diventa irrilevante nel contratto quando il minore, con raggi, e quindi non con la semplice affermazione di essere maggiorenne, occulti la sua minore età; l'annullamento del contratto per incapacità, legale o naturale, importa a carico dell'incapace, in luogo del ripristino della situazione anteriore, l'obbligazione di restituzione della prestazione «nei limiti in cui è stata rivolta a suo vantaggio» (*de in rem verso*); l'annullamento del negozio per incapacità legale ha effetto retroattivo anche rispetto a quei terzi acquirenti in cui confronto l'annullamento per altre cause non è retroattivo (articoli 1426, 1443, 1445; cfr. anche art. 1945).

Infatti, poichè il negozio annullabile, pur producendo i suoi effetti finchè non segua l'annullamento, è un negozio invalido, s'intende come in principio l'annullamento debba essere retroattivo, cioè porre nel nulla il negozio non solo per l'avvenire, ma anche per il passato, eliminando, per quanto possibile, fra le parti e rispetto ai terzi (salvo, rispetto a costoro, per i mobili il disposto dell'art. 1153), gli effetti già prodottisi.

A questo principio il codice vigente, innovando al codice precedente, apporta un'importante deroga, con lo stabilire che l'annullamento, quando non dipenda da incapacità legale,

Disciplina speciale dell'incapacità di agire.

Retroattività dell'annullamento.

Limiti.

« non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede », il cui acquisto sia stato reso debitamente pubblico prima della trascrizione della domanda di annullamento (art. 1445). Ciò vuol dire che l'annullamento è opponibile a tutti i terzi acquirenti a titolo gratuito, e a quegli acquirenti a titolo oneroso che abbiano acquistato conoscendo il vizio del titolo del loro dante causa o dopo la trascrizione della domanda di annullamento; non invece a coloro che abbiano acquistato a titolo oneroso da chi appariva come titolare del diritto per effetto del negozio annullabile, a tutela del loro affidamento.

Altre norme aggravano la deroga, estendendola all'annullamento per incapacità legale e alla stessa dichiarazione di nullità (cfr. n. 54), in favore degli acquirenti in buona fede a qualunque titolo, quando la domanda di annullamento o di nullità non sia trascritta entro cinque o tre anni, secondo che si tratti di immobili o mobili registrati, dalla trascrizione del negozio impugnato (articoli 2652-6°, 2690-3°).

L'efficacia del negozio annullabile, in luogo di essere rimossa con l'annullamento, può diventare da interinale definitiva, o con la prescrizione del diritto all'annullamento, salva la perpetuità dell'eccezione quando il negozio non sia stato ancora eseguito, o, altrimenti, con la convalida del negozio. Sì che altro carattere distintivo dell'annullabilità dalla nullità è la sua costante sanabilità.

Sanato, il negozio annullabile diventa valido *ex tunc* (cfr. anche art. 2824), con la conseguenza dell'intangibilità dei diritti acquisiti dai terzi in dipendenza del negozio annullabile; il che è diverso, è appena il caso di rilevarlo, dall'affermazione della retroattività della convalida sugli effetti del negozio, la quale non ha ragion d'essere, data l'efficacia interinale del negozio annullabile.

La convalida è un negozio integrativo, unilaterale, di dichiarazione o di attuazione, secondo che avvenga mediante conferma od esecuzione del negozio annullabile (cfr. n.ri 48, 28), da parte di colui cui spetti il

Sanabilità del negozio annullabile. Prescrizione del diritto all'annullamento.

Convalida.

diritto all'annullamento e che sia in condizione di concludere validamente anche il negozio principale (art. 1444³). Con la convalida egli ne ripara il difetto (1).

S'intende che rispetto ai negozi assolutamente annullabili la conferma od esecuzione volontaria di uno degli aventi diritto all'annullamento non rende valido assolutamente il negozio, ma vale soltanto (beninteso, dove si tratti di un diritto disponibile) quale rinuncia dello stesso all'annullamento, rinuncia che, d'altra parte, dati i limiti stabiliti dalla legge, non potrebbe essere altrimenti espressa.

Conferma.

La conferma, sebbene la legge non prescriva per essa la forma stabilita per il negozio (come, ad esempio, per la ratifica, art. 1399¹), è sempre un negozio formale, nel senso che la dichiarazione della volontà non è libera, ma determinata nei suoi elementi dalla legge (cfr. n. 46). Questa stabilisce, perchè l'intento confermativo sia indubbio e preciso, che l'atto (col quale sembra che si esiga la scrittura) contenga la menzione del negozio, della causa di annullamento e dell'intenzione di convalidarlo (art. 1444¹) (2).

Esecuzione volontaria.

L'esecuzione del negozio, per valere come attuazione di una volontà convalidatrice (cd. conferma tacita), dev'essere non solo volontaria, ma anche spontanea e consapevole, avvenire cioè liberamente e con la scienza in chi vi procede della causa di annullabilità (art. 1444²; cfr. anche art. 122³) (3). Altro la legge non esige, non più, in particolare, che l'esecuzione avvenga almeno per la maggior parte del negozio, rimettendo al prudente apprezzamento del giudice la

(1) BETTI, *Convalida, del negozio giuridico*, Noviss. Dig. it., IV, Torino, Utet, 1959, 791 ss.; GIACOBBE, *Convalida* (diritto privato), Enc. dir., X, Milano, Giuffrè, 1962, 479 ss.; Cass. 11 giugno 1959, Mass: Foro it., 1959, 382, 1768.

(2) MACCHIA, *La conferma dei negozi giuridici*, Roma, Sanpaulesi, 1930. Sull'art. 2377¹, PAVONE-LA ROSA, *La rinnovazione delle deliberazioni assembleari invalide*, Banca borsa tit. cred., 1954, I, p. 865 ss.

(3) BERTOLA, *Libertà di volere e coabitazione dei coniugi nell'art. 122 c.c.*, Riv. dir. civ., 1957, II, p. 175 ss.

determinazione, se un'esecuzione parziale valga o no come convalida del negozio (1).

Che accanto all'esecuzione in senso stretto del negozio possa valere come attuazione di una volontà di convalida anche una diversa attività, la quale dia spontaneamente e consapevolmente seguito al negozio annullabile, si argomenta dalla norma che ravvisa nell'alienazione spontanea e consapevole della propria porzione da parte del condividente la convalida della divisione annullabile (articolo 768) (2).

56. — La categoria della semplice inefficacia del negozio è, come si è accennato, generica, perchè è determinata soltanto negativamente, nel senso che si tratta di inefficacia non dipendente dall'invalidità del negozio. Si ha semplice inefficacia in tutti i casi in cui il negozio, benchè valido, è inefficace. Per la sua stessa genericità la categoria comprende ipotesi assai svariate, che non è possibile e neppure interessante indicare compiutamente.

Inefficacia in senso stretto del negozio.

Ci limiteremo pertanto ad indicare taluni aspetti e talune applicazioni della mera inefficacia, che valgano a mettere in luce la differenza dall'invalidità, con la quale talora l'inefficacia viene confusa. Non mancano, come si è notato, figure marginali, quali da una parte la nullità successiva (cfr. n. 54) e dall'altra la risolubilità e specialmente la rescindibilità del negozio (cfr. n. 53 in fine). Tuttavia la distinzione concettuale fra invalidità e semplice inefficacia è chiara: come s'è visto, quella dipende da un vizio, più o meno grave, coevo o, se si può ammettere, successivo, del negozio, che perciò è, in varia guisa, inefficace; la semplice inefficacia postula invece l'integrità del negozio, e quindi non può dipendere che da un fatto a questo estraneo.

Mentre l'invalidità del negozio è da valutare solo con riferimento alle parti, e si distingue, nel li-

(1) Cass. 16 giugno 1964, Giust. civ., 1964, I, 2268.

(2) Diversamente MOSCARINI, *Gli atti equiparati alla divisione*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1963, p. 533 ss., spec. p. 568 ss.

§ 4. — LA PROVA DEI FATTI GIURIDICI

Disciplina e funzione della prova.

61. — La prova dei fatti giuridici, beninteso di quelli considerati da una norma di diritto civile, trova la sua disciplina nel codice civile e nel codice di procedura civile, perchè, se la prova, prima ancora che nel processo, spiega, come vedremo, la sua funzione nel diritto materiale, indubbiamente attiene soprattutto al processo. Quest'attinenza va intesa in un duplice senso, perchè al giudice dev'essere data la prova del fatto e perchè talune prove si formano soltanto nel processo.

Qui deve essere esposta, nelle sue linee essenziali, quella parte del diritto probatorio, che attiene non alla teoria del processo, ma alla teoria dei fatti e rapporti di diritto materiale. Diciamo fatti e rapporti, perchè ciò a cui la prova di regola tende, in conformità dell'interesse dei singoli, è di dimostrare l'esistenza o il modo o l'inesistenza di un determinato rapporto giuridico. Però la dimostrazione dell'esistenza o del modo o dell'inesistenza del rapporto può essere data solo attraverso la prova del fatto, costitutivo, impeditivo, modificativo, estintivo del rapporto (cfr. articolo 2697).

Nozione della prova.

Prova è la rappresentazione o l'argomento di un fatto, positivo o negativo. Dove si ha la rappresentazione del fatto, come nel documento o nella testimonianza, si parla di prova storica; dove si ha un argomento del fatto, questo cioè dev'essere desunto da uno o più altri fatti, come nella presunzione (articolo 2727; « argomento di prova » dice l'art. 116^o c. p. c.), si parla di prova critica.

Prova falsa.

Si ha falsificazione della prova, quando questa, per opera consapevole dell'autore o di un terzo, non corrisponde al fatto.

Regole legali della prova.

Le regole legali della prova, le quali vanno dall'imposizione dell'onere della prova fino alla determinazione dei requisiti, dei limiti di ammissibilità, degli effetti delle singole

prove, correttamente mantenute nel codice civile, costituiscono quella parte del diritto probatorio che integra il diritto materiale, poichè per esse, la prova diventa non già un elemento, come la forma nei negozi (cfr. n. 30), ma un complemento del fatto nella fattispecie.

Importanza della prova per il diritto materiale.

Subordinato a queste regole, e a quella della disponibilità delle prove (in applicazione del cd. principio dispositivo del processo civile), è il principio di diritto processuale del libero apprezzamento delle prove da parte del giudice (articoli 115, 116¹ c. p. c.).

Prova libera.

La prova legale, cioè quella che la legge, talvolta con riferimento a fatti determinati, ritiene idonea alla dimostrazione del fatto, manifesta la sua importanza per il diritto materiale soprattutto quando da essa dipenda l'efficacia o una certa efficacia del fatto, o anche l'impossibilità della prova, e quindi l'inefficacia di un fatto contrario. Si consideri, ad esempio, l'importanza della prova legale della filiazione naturale, quando non sia possibile il conseguimento dello stato di figlio naturale, per gli effetti alimentari e successori (articoli 279, 580, 592^o, 593, 594).

Prova legale.

Prova esclusiva.

Ancora più netta è la funzione sostanziale del cosiddetto titolo dello stato. L'atto di celebrazione del matrimonio, l'atto di nascita del figlio legittimo sono non solo in principio, tale è il nostro avviso, le prove esclusive dei fatti rappresentati, ma anche rispettivamente i titoli dello stato di coniuge e dello stato di figlio legittimo, nel senso che questi stati dipendono dall'esistenza di quegli atti. D'altra parte, questi atti, finchè esistono, tolgono che si possa dare la prova di fatti contrari a quelli che essi rappresentano e conseguentemente rendono i fatti medesimi inefficaci (articoli 130 ss., 236 ss.) (1).

Titolo dello stato.

(1) SANTORO-PASSARELLI, *Status familiae*, Saggi, I, p. 421 ss.; ATTARDI, *Efficacia giuridica degli atti di stato civile*, Città di Castello, Leonardo da Vinci, 1949; BARBERO, *Titolo di stato e stato di figlio legittimo*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1952, p. 888 ss.

Prova legale rispetto ai terzi.

Talvolta, invece, ad una certa prova è subordinata l'efficacia del fatto di fronte ai terzi: così la legge indica tassativamente le prove della data dell'atto giuridico contenuto in una scrittura privata, perchè la data possa considerarsi certa rispetto ai terzi e l'atto opponibile ai medesimi (cfr. articoli 2704, 1202-1°, 1380², 1524¹, 2901-1°; 64 ss. I. fall.).

Prove legali speciali.

La disciplina delle prove che la legge detta per determinati fatti riguarda i fatti medesimi. Questa distribuzione della materia corrisponde all'attinenza delle prove speciali ai fatti da provare, secondo la loro natura, e all'interdipendenza della disciplina di tali fatti e delle prove relative. Nel codice le norme sulle scritture delle imprese soggette a registrazione sono invece collocate nel titolo delle prove (art. 2709 ss.).

Onere della prova: disciplina legale

62. — La prova costituisce un onere per il soggetto che è interessato a far valere gli effetti del fatto da provare e quindi ad affermarlo (cfr. n. 16) (1). Alla parte interessata all'esistenza del rapporto spetta la prova del fatto costitutivo, e alla parte interessata al modo o all'inesistenza del rapporto spetta la prova del fatto impeditivo o modificativo o estintivo (art. 2697) (2).

e volontaria.

La volontà delle parti è però abilitata a distribuire diversamente, ad invertire e anche ad aggravare l'onere della prova, purchè sia in questione un interesse individuale, o, come dice la legge, sia disponibile il diritto al quale la prova si riferisce e questa non sia resa eccessivamente difficile (art. 2698) (cfr., per l'analoga disciplina della decadenza, n. 25) (3). Così si può, fra l'altro, stabilire che un futuro contratto, per il quale

(1) MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, Cedam, 1952.

(2) Cass. 29 ottobre 1963, Mass. Foro it., 1963, 819, 2867.

(3) Cass. 23 novembre 1948, Foro it., 1949, I, 652, con nota di DE CUPIS; 31 marzo 1949, Giur. compl. Cass. civ., 1949, III, 34, con nota di MONTESANO, e Giur. it., 1950, I, 1, 261, con nota di BETTI; 13 luglio 1959, Giur. it., 1960, I, 1, 422; 26 ottobre 1961, Mass. Foro it., 1961, 638, 2418.

la legge non richiede la prova documentale, debba essere provato per iscritto (art. 2725¹) (cfr. n. 40).

Da quest'ammissione dell'autonomia privata si trae un ulteriore argomento a conferma della rilevanza sostanziale della prova, perchè il diritto alla prova, se fosse un diritto processuale, sarebbe per sè indisponibile.

Una rilevazione dall'onere della prova può essere stabilita, in relazione a determinati fatti, dalla stessa legge, in considerazione di certe situazioni tipiche (articoli 2727, 2728¹) (1).

Presunzione legale:

Quando la legge consente, espressamente, alla parte interessata all'inesistenza del fatto, di provare tale inesistenza, ossia di dare la prova contraria, si parla di presunzione relativa, o *iuris tantum* (tale è la presunzione di concepimento al tempo dell'aperta successione nell'articolo 462²; tale la cd. astrazione processuale: cfr. n. 38).

relativa

Quando invece la legge non consente la prova contraria, si parla di presunzione assoluta, o *iuris et de iure* (tale la presunzione di concepimento durante il matrimonio nell'art. 232) (art. 2728²). In questo secondo caso, però, la norma non è più di diritto probatorio, perchè stabilisce in realtà, sia pure sulla base di una massima d'esperienza, l'equivalenza, per la produzione degli effetti, al fatto che li dovrebbe produrre, di un fatto diverso (nell'esempio su indicato l'equivalenza della nascita, nel periodo previsto dalla legge, al concepimento in matrimonio) (cfr. anche n. 29 in fine).

e assoluta.

Abbiamo visto come taluni fatti, e più specialmente taluni negozi, debbano avere una forma documentale per la loro esistenza. Allora quel fatto che è il negozio non viene ad esistenza senza la documentazione, sia questa stabilita dalla legge o dalla volontà privata: nel dubbio anzi la legge ritiene che la documentazione sia stabilita dalle parti *ad substantiam* (art. 1352) (cfr. n. 30).

Forma e prova legale o volontaria del fatto.

(1) Cass. 25 giugno 1954, Giur. it., 1955, I, 1, 666.