II.

Appello Venezia, 15 novembre 2010 — Tosatti *Presidente* — Modena *Relatore* — Z.A. ed altri (avv.ti Spiga, Cacco) - B.M. ed altro (avv. Dalla Valle) ed altri.

**Contratto preliminare — Condizione sospensiva — Mancata realizzazione — Clausola che prevede che il prezzo resti ugualmente acquisito al promissario venditore — Mancanza di causa — Nullità del contratto** (C.c. artt. 1325, 1418).

*Il contratto preliminare che prevede che il prezzo della futura compravendita già corrisposto resti acquisito al promittente venditore anche se non si verifichi la condizione sospensiva cui è subordinata la conclusione del contratto definitivo è nullo per mancanza di causa* (3).

I.

V. già *Recentissime dalla Cassazione civile* a cura di Carbone, in *Giur. It.*, 2010, 12, 2483; v., inoltre, *Giur. It.*, 2011, 3, 567, con nota di Spiotta.

II.

*Omissis*. — *Svolgimento*: Con atto notificato in data 13-22.4.2005, Z.A., T.F. ed altri convenivano dinanzi al Tribunale di Venezia, Sezione Distaccata di Dolo, B.M. e L. ed altri, chiedendo pronunciarsi sentenza di trasferimento, in proprio favore, ex art. 2932 c.c., della proprietà di un terreno in Mira, in esecuzione di una convenzione in data 21.12.1994, stipulata tra Z.A. e T.I. (di cui gli attori erano eredi) da un lato, e B.R. (di cui i convenuti erano eredi), dall'altro, assumendo essersi verificata la condizione sospensiva (edificabilità del fondo), ed essere stato interamente corrisposto il prezzo pattuito di lire 31 milioni. Si costituivano i convenuti chiedendo il rigetto della domanda previa declaratoria di nullità del contratto per mancanza di causa, in subordine la sua sopravvenuta inefficacia per mancato avveramento della condizione sospensiva, in ulteriore subordine per indeterminatezza dell'oggetto, in estremo subordine per non essere comunque dovuto un trasferimento di terreno nell'estensione indicata in citazione. Istruita la causa per testi e CTU, il Tribunale adito rigettava la domanda, ritenendo nullo il contratto preliminare per indeterminatezza dell'oggetto, e condannava gli attori alle spese. Avverso tale sentenza proponevano appello lo Z., i T. ed altri, rilevando che l'oggetto del contratto era chiaramente identificato dalla terza planimetria allegata al preliminare, in cui l'oggetto del trasferimento assumeva diversa colorazione rispetto alla zona circostante degli stessi mappali richiamati nella scrittura privata. Riproponeva inoltre le proprie difese in ordine alle altre eccezioni ex adverso sollevate in primo grado, chiedendo l'accoglimento delle domande in tale grado già proposte. Si costituivano gli appellati B.L. e M. (restando gli altri contumaci), i quali chiedevano il rigetto dell'appello, insistendo nelle eccezioni già svolte in primo grado, e di cui, in via di appello incidentale, chiedevano l'accoglimento, chiedendo ordinarsi la cancellazione della trascrizione. — *Omissis*.

*Motivi*: Preliminarmente si è osservato che è infondata l'eccezione processuale degli appellati, secondo cui gli appellanti avrebbero censurato una statuizione che non esiste (e non avrebbero quindi interesse all'impugnazione, da ritenersi inammissibile) perché il Tribunale non avrebbe dichiarato la nullità del preliminare ex artt. 1346-1418 c.c. È chiaro invece che il Tribunale ha respinto la domanda perché "in conclusione, l'oggetto della convenzione non è di per sé sufficientemente determinato, ma neppure appare determinabile mediante riferimento ad atti o fatti esterni ad essa". Mancando, secondo il Tribunale, la determinatezza o determinabilità dell'oggetto, questo manca, evidentemente, di uno dei requisiti indicati dall'art. 1346 c.c., con la conseguente nullità del contratto ex art. 1418 c.c. ("producono nullità ... la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346 c.c."), ancorché le menzionate disposizioni non siano state espressamente richiamate nella sentenza di primo grado. Il fatto che, nel passo successivo della motivazione, il Tribunale abbia precisato che l'individuazione del bene oggetto del contratto debba risultare dai dati contenuti nel contratto stesso, non contraddice la precedente affermazione circa l'indeterminatezza dell'oggetto, ma semplicemente la integra con la precisazione che, trattandosi di negozio che richiede la forma scritta ad substantiam ex art. 1351 c.c., anche l'oggetto deve risultare esattamente individuato dal testo del documento sottoscritto dalle parti, come insegna costante giurisprudenza. Nel merito, secondo gli appellanti l'oggetto del contratto preliminare per cui è causa, ivi indicato al punto 2 della convenzione come "un lotto di terreno individuato come da allegata planimetria che, sottoscritta dalle parti, diviene elemento integrante ed inscindibile della presente", dovrebbe essere facilmente identificato con la zona colorata in grigio scuro nella terza planimetria (delle tre allegate alla convenzione), che risalta per differenza con la seconda planimetria, in cui sono colorati per intero tutti i mappali 252 e 331 (*omissis*). L'appello è infondato. Pur riconoscendosi che alla determinazione dell'oggetto, come per ogni altro elemento del contratto, sia possibile giungere anche attraverso un'interpretazione complessiva e non meramente letterale del documento negoziale, si osserva tuttavia che, nel preliminare in questione, esistono plurime espressioni che contraddicono l'interpretazione sostenuta dagli appellanti, e già ampiamente evidenziate nella sentenza di primo grado: in particolare, al punto 6, capoverso, della convenzione, si afferma che "le misure ed i grafici" (il riferimento è, all'evidenza, relativo alle "planimetrie sottoscritte ed allegate sub lett. A, B, e C" indicate nell'alinea) "hanno unicamente valori indicativi, rilevando esclusivamente per quanto concerne la collocazione dell'area promessa in vendita fermo ed immutato quanto sopra pattuito". Pertanto, come onestamente riconoscono gli appellanti nell'atto di citazione in appello (pag. 11) "l'effettiva estensione del terreno sarebbe stata determinata in concreto solo all'esito dell'approvazione del piano di lottizzazione e della variante allo stesso". In altre parole, per determinare esattamente l'oggetto del contratto sarebbe stata necessaria una nuova manifestazione negoziale delle parti, posto che l'approvazione del piano di lottizzazione e relativa variante non avrebbe di per sé consentito tale identificazione mediante un procedimento tecnico di mera attuazione (non essendo stati indicati nel preliminare criteri di collegamento col futuro piano utili in tal senso), ma avrebbe solo genericamente orientato le parti nella scelta, da farsi in un secondo momento alla luce dello strumento approvato, dell'appezzamento da trasferire, previo scorporo dal più ampio appezzamento indicato in planimetria (solo in questo senso possono dirsi identificati i confini: non cioè, come effettivo perimetro del terreno promesso in vendita, ma come limiti massimi entro i quali esso — un po' più in qua o un po' più in là — sarebbe stato compreso) a titolo, appunto, indicativo, fino al raggiungimento della cubatura promessa che (punto 2 della citata convenzione) "nel complesso non dovrà essere inferiore a 5.000 mc. al lordo della cubatura dei fabbricati esistenti": che giustamente il giudice di prime cure ha detto essere il vero parametro in base al quale è stato individuato il terreno (trattato, in tal modo, alla stregua di un genus, più che di un bene determinato). In tale situazione, il contratto deve dirsi nullo per indeterminatezza dell'oggetto (per una fattispecie analoga, cfr. Cass. 06/7279). Peraltro, tale indeterminatezza si riflette anche sulla stessa domanda giudiziale, con la quale non si chiede di trasferire l'area colorata in grigio nella terza planimetria (come si sostiene nei motivi di appello), bensì "una porzione di 3.000 mc. del terreno sito in Mira... individuato al NCT fg. 27 mapp. 252/B e 331/B", laddove è chiaro che non sono i mappali ad identificare il terreno (che da tali mappali dovrebbe essere scorporato) ma la cubatura intesa come potenzialità edificatoria. Risulta peraltro fondata anche l'eccezione degli appellati relativa alla mancanza di causa del contratto, poiché quello che viene indicato, al punto 3 del

preliminare, come prezzo della futura compravendita, ossia la somma di lire 31.000.000, che si afferma "liquidata in data odierna", è previsto che sarebbe stata "comunque trattenuta dai sigg. Bello anche in caso di esito sfavorevole da parte del Consiglio di Stato", ossia nell'ipotesi in cui non si fosse verificata la condizione sospensiva (l'edificabilità, nella premessa del preliminare, veniva infatti fatta dipendere dall'esito favorevole di un ricorso alla giustizia amministrativa, e solo in via eventuale e residuale da una nuova determinazione dell'autorità comunale). Il che ne esclude la natura di corrispettivo per la futura vendita. Onde, anche per tale via, che rappresenta un'ulteriore ratio decidendi, l'appello principale dev'essere respinto. — *Omissis.*

## (1-3) Mancanza di causa, nullità e qualificazione del contratto

A dispetto del fatto che tutti i manuali istituzionali dedichino ampio risalto alla nozione di causa e agli effetti della sua mancanza, ben raramente i Tribunali si trovano ad affrontare il problema: forse perché chi impegna le proprie risorse è di solito ben attento a non concludere affari balordi, privi di qualsiasi utilità per lui.

Le due sentenze consentono quindi di rimeditare profili ancora insoluti dell'istituto, che qualcuno ha ritenuto talmente misterioso da risultare indefinibile[1]. Ma è noto che non è un buon insegnamento quello che interpreta le norme sterilizzandole, dato che il legislatore si sarà pur posto un obiettivo quando le ha scritte; donde la necessità di cercare sempre un senso operativo della disposizione[2].

Com'è ovvio un primo profilo del problema attiene alla nozione stessa di causa, in quanto il legislatore è stato avaro di ogni definizione, pur essendosi profuso nella relazione al codice.

Si contendono il campo, sia in letteratura che tra i giudici, come tutti sanno, due nozioni antitetiche[3] e in realtà entrambe inutili se considerate avulse l'una dall'altra.

La tesi che vi coglie la funzione economico sociale del contratto[4] ha un'origine illiberale, perché doveva costituire lo strumento di controllo dell'autonomia dei privati[5] ed è oggi ovviamente improponibile in quella versione, mentre se fosse utilizzata solo per indicare una sorta di effetto macroeconomico del tipo contrattuale, non aiuterebbe in alcun modo l'interprete[6].

Dire che la causa della vendita è lo scambio di un diritto con un corrispettivo[7] significa solo raccontare il meccanismo contenuto nella formula dell'art. 1470 c.c., senza illuminare in ordine all'operazione che i contraenti abbiano posto in essere, ciò che rappresenta evidentemente il problema sottoposto al giudice, che deve decidere la loro lite e non limitarsi a rileggere il codice civile.

D'altro canto intendere la causa come funzione economico individuale del contratto, nozione disegnata da G.B. Ferri per reagire alla pretesa funzionalizzazione dell'autonomia privata[8] che Betti continuava a propugnare sia pure in modo diverso rispetto al passato[9], significa esattamente il contrario, cioè individuare l'effetto per così dire microeconomico di quell'affare e le sue regole di dettaglio, senza però che ne siano forniti gli strumenti valutativi, che evidentemente sono contenuti nelle regole del codice[10].

---

[1] Osilia, *Considerazioni sulla causa del contratto*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1949, 365; v. anche Giorgianni, voce "Causa (dir. priv.)", in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 547. Da altri pur scettici si propone almeno di individuare la causa nell'interesse alla controprestazione: Sacco, *La causa*, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Sacco, Torino, 2004, I, 792.

[2] Messineo, *Variazioni sul concetto di rinunzia alla prescrizione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1957, 505; Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 227; Burrows, *Interpretation of documents*, London, 1946, 62 e ivi 92 e segg. per la regola ermeneutica *res magis valeat quam pereat*; Lewinson, *The interpretation of contracts*, London, 1989, 127 e segg., 140 e segg.

[3] Sulla ricostruzione storica delle diverse nozioni, v. Sicchiero, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995, 7 e segg., 167 e segg. e, più di recente, il bel libro di Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, 1 e segg.

[4] Tra i giudici ad es. Cass., 13 febbraio 2009, n. 3646: «L'assunzione a carico di ciascuna delle parti di contrapposte obbligazioni non solo esclude la gratuità del negozio ma rende palese la sussistenza della causa di cui agli art. 1325 e 1343 c.c., la quale si identifica con la funzione economico sociale che il negozio obiettivamente persegue e che il diritto riconosce come rilevante ai fini della tutela apprestata, rimanendo ontologicamente distinta rispetto allo scopo particolare che ciascuna delle parti si propone di realizzare».

[5] Betti, *Sui principi generali di un nuovo ordine giuridico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1940, I, 217. V. anche la Relazione, n. 603: «Se si traggono le logiche conseguenze dal principio corporativo che assoggetta la libertà del singolo all'interesse di tutti, si scorge che, in luogo del concetto individualistico di signoria della volontà, l'ordine nuovo deve accogliere quello più proprio di autonomia del volere. L'autonomia del volere non è sconfinata libertà del potere di ciascuno, non fa del contratto un docile strumento della volontà privata; ma, se legittima nei soggetti un potere di regolare il proprio interesse, nel contempo impone ad essi di operare sempre sul piano del diritto positivo, nell'orbita delle finalità che questo sanziona e secondo la logica che lo governa (art. 1322, comma 1). Il nuovo codice, peraltro, non costringe l'autonomia privata a utilizzare soltanto i tipi di contratto regolati dal codice, ma le consente di spaziare in una più ampia orbita e di formare contratti di tipo nuovo se il risultato pratico che i soggetti si propongono con essi di perseguire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico (art. 1322, comma 2): l'ordine giuridico, infatti, non può prestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto».

[6] Ma l'indicazione è già nel n. 614 della Relazione.

[7] Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, 128, ove precisa che la causa sarebbe un elemento «oggettivo, perché è connaturata a una determinata figura di negozio, dà alla stessa la sua impronta tipica», il quale (*ivi*, 174), precisa però la necessità della sussistenza in concreto della causa, dove potrebbe mancare (*ivi*, 183).

[8] V. le indicazioni di Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 98 e seg. e *ivi* n. 70-71, ma anche 100, 104, 112-115, 124 e n. 142, 127 e n. 144 ecc. fino oggi a *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, 51 e segg. e 109 e segg.; v. inoltre le considerazioni nello scritto *Il Code Européen des Contrats*, in *Contr. Impr./Europa*, 2002, 36 e seg.

[9] V. la *Teoria generale del negozio giuridico*, nel *Tratt. Dir. Civ. It.* a cura di Vassalli, Torino, 1960, par. 23, 195 e segg.

[10] Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova Giur. Comm.*, 2010, I, 448: «Causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato».

Vi sono peraltro letture diverse ancora[11], ad esempio quella di chi preferisce la nozione di ragione giustificativa del contratto da valutarsi in concreto[12] o quella di funzione *tout court* del contratto[13]; ancora, altri privilegiano l'idea che la causa vada identificata con la ragione pratica del contratto[14] o la «giustificazione degli effetti complessivamente riconducibili al contratto»[15], ma è evidente che queste nozioni possono pur sempre ricondursi alle due tesi contrapposto sopra ricordate.

Di qui, allora, la necessità di utilizzare entrambe le nozioni e ciò raffrontando l'operazione concretamente costruita dalle parti, individuando in questa la funzione economico individuale di quello specifico contratto, con i tipi contrattuali codificati e quindi con la loro funzione economico sociale[16], termini qui usati (se si vuol mantenerli) per la rilevanza che assume il tipo contrattuale e non per funzionalizzare l'autonomia dei privati.

In tal modo si potrà infatti arrivare al primo eventuale risultato, che è quello per cui la coincidenza delle funzioni, denotando la tipicità del contratto in concreto concluso, comporta la validità automatica del contratto. Questo perché il legislatore ha già espresso una prognosi favorevole per i contratti tipici[17], che evidentemente sono validi per definizione.

In tale attività l'interprete verificherà ovviamente che il contratto realizzato dia vita ad uno scambio effettivo (cioè di prestazioni lecite ed esistenti) e non sia diretto a frodare la legge, come può accadere quando si ricorra impropriamente allo schema apparente di un contratto tipico. Così ad esempio per il preliminare di divisione di cosa altrui[18], per l'appalto di servizi, per l'accertamento di fatti oggetto di imposizione fiscale quando il termine per l'imposizione sia già scaduto[19], per la garanzia per l'adempimento di un contratto illecito[20], per la concessione di un mutuo industriale «qualora le parti non abbiano inteso realizzare il relativo progetto»[21], ipotesi che, ove non illecite[22], dimostrano come il contratto astrattamente tipico sia privo di una funzione concreta.

Con il che si potrà dar riconoscimento alle obiezioni di chi nota autorevolmente che le operazioni illecite sono compiute prevalentemente usando schemi tipici[23]: e infatti la nullità del contratto in frode alla legge (art. 1344 c.c.) serve proprio ad evitare questo.

Superato tale vaglio, il giudice non dovrà svolgere alcuna ulteriore indagine sulla rilevanza degli interessi che le parti intendano soddisfare.

Questa lettura, all'evidenza, non condivide perciò la tesi, pur autorevole, per cui il giudice dovrebbe invece valutare la meritevolezza anche dei contratti tipici[24]: una tale indagine, se diretta a decidere degli interessi lecitamente realizzati, comporterebbe un'inammissibile intrusione del giudice nella libertà dei privati, che è stata la ragione principale della reazione contro la causa intesa come funzione economico sociale del contratto.

Se fosse così, infatti, il giudice dovrebbe poter decidere sulle ragioni per cui una persona compie gli atti della propria vita quotidiana, giungendo ad es. a dichiarare nullo l'acquisto di un pacchetto di sigarette perché non è meritevole vendere beni dannosi, per quanto la vendita sia ammessa dal legislatore.

Su questa strada il percorso alle forme più odiose di controllo della nostra libertà sarebbe brevissimo, pur non auspicato da chi ha formulato quella proposta[25], mentre va ribadito che non spetta ai privati realizzare gli scopi di interesse pubblico, trattandosi di compiti che gravano sui poteri pubblici[26].

Se invece il raffronto tra la funzione di quel contratto e quella dei tipi codificati non indichi alcuna coincidenza di sorta, allora il giudice dovrà verificare se gli interessi realizzati siano meritevoli di tutela, come impone l'art. 1322 c.c., anche se la tesi scettica è giunta ad optare «per una lettura abrogativa della regola in questione o, a tutto concedere, per una lettura ispirata a grande cautela»[27], mentre per altri la sua esistenza sarebbe dovuta ad un puro caso[28].

---

[11] Per indicazioni esaustive che non trovano spazio in una nota a sentenza v. Sicchiero, *op. cit.*, 167 e segg. e Rolli, *op. cit.*, 45 e segg.

[12] Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Iudica, Zatti, Milano, 2001, 361 e segg., ove avvisa però che non si tratta dell'antica nozione soggettiva.

[13] Cataudella, *I contratti, parte generale*, Torino, 2000, 155.

[14] Bianca, *Il contratto*, Milano, 2000, 447, 452 e segg. Cass., 8 maggio 2006, n. 10490: «La causa quale elemento essenziale del contratto non deve essere intesa come mera ed astratta funzione economico sociale del negozio bensì come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, e cioè come funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo contrattuale astratto, fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti».

[15] Camardi, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, 2007, 188.

[16] Galgano, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2010, II, 208 cui aderiscono anche Sicchiero, *op. cit.*, 194 e segg. o Rolli, *op. cit.*, 71, 74 ecc.

[17] Galgano, *op. cit.*

[18] App. Venezia, 15 febbraio 2001, in *Foro Pad.*, 2002, I, 93.

[19] Cass., 14 febbraio 1984, n. 1115.

[20] Cass., 7 marzo 2002, n. 3326.

[21] Cass., 11 gennaio 2001, n. 317, in *Contratti*, 2001, 466.

[22] Cass., 4 aprile 2003, n. 5324: «La causa del contratto si identifica con la funzione economico sociale che il negozio obiettivamente persegue e che il diritto riconosce come rilevante ai fini della tutela apprestata, rimanendo ontologicamente distinta rispetto allo scopo particolare che ciascuna delle due parti si propone di realizzare; ne consegue che si ha illiceità della causa, sia nell'ipotesi di contrarietà di essa a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, sia nell'ipotesi di utilizzazione dello strumento negoziale per frodare la legge, qualora entrambe le parti attribuiscano al negozio una funzione obiettiva volta al raggiungimento di una comune finalità contraria alla legge».

[23] Sacco, *op. cit.*, 787, il quale contesta il fatto che anche il contratto di vendita di droga dovrebbe allora possedere una causa lecita.

[24] Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. critica dir. privato*, 2001, 223 e segg., spec. 230.

[25] Perlingieri, *op. cit.*, 229, afferma però testualmente che «in uno Stato sociale di diritto, contratto e controllo sono destinati a convivere»; così anche Betti, *Teoria generale*, cit., 174, per il quale la causa concreta del contratto è «un interesse sociale oggettivo e socialmente controllabile, cui esso [il negozio] deve rispondere».

[26] Galgano, *op. cit.*, 211.

[27] Guarnieri, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, I, 814.

[28] Ferri, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, 313-316.

Infatti la sussistenza della causa del contratto atipico, ovvero la rilevanza positiva dell'operazione economica voluta con quel contratto atipico, si potrà affermare solo dopo l'accertamento della meritevolezza dell'operazione concretamente realizzata[29].

Questa verifica vede però divisa la letteratura e tale contrapposizione si è recentemente rinvigorita di fronte all'introduzione dell'atto di destinazione (art. 2645 *ter* c.c.), ammissibile purché diretto a realizzare interessi meritevoli ai sensi dell'art. 1322 c.c.[30]

Moltissimi ritengono infatti che l'indagine di meritevolezza dei contratti atipici debba fermarsi alle soglie della liceità del contratto, altro non dovendosi accertare[31]. In tal caso avrebbe allora ragione chi ritiene che l'art. 1322 c.c. «non adempirebbe ad alcuna funzione autonoma», servendo a tutto concedere solo ad accertare la volontà di giuridicizzare il vincolo pattizio[32].

Altri rilevano invece come non vi sia coincidenza tra meritevolezza e liceità, non trattandosi di sinonimi e occorrendo quindi un accertamento ulteriore rispetto alla non illiceità del contratto[33].

Un caso deciso non di recente dalla suprema Corte aveva ritenuto immeritevole il c.d. "patto di buona entrata", al tempo non vietato, in forza del quale il lavoratore doveva pagare un compenso al datore di lavoro per il fatto di essere assunto, rilevando che «la funzione del negozio atipico deve dunque (relazione al codice, n. 613) essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole di tutela»[34]; peraltro una tale ipotesi si sarebbe potuta risolvere anche ritenendo il patto nullo per contrarietà al buon costume.

Più di recente il problema è stato affrontato di nuovo dalla suprema Corte, che ha preso in considerazione un contratto atipico che violava norme regolamentari: non essendo queste le norme di legge cui si riferisce l'art. 1418 c.c., la nullità era certamente da escludersi[35].

Ecco allora che, se prevalesse la prima tesi, si dovrebbe concludere nel senso che un contratto atipico che violi norme regolamentari è meritevole perché non nullo.

A chi scrive questa soluzione non piace: se le norme regolamentari sono legittime, è il contratto che le viola ad essere immeritevole, come ha ritenuto in quel caso la suprema Corte[36].

Si pensi poi alle ipotesi del vitalizio privo di alea per le gravi condizioni di malattia del vitaliziato[37] o del «contratto con il quale il marito cede alla propria moglie la nuda proprietà di un bene immobile in cambio dell'assistenza, delle cure e dell'ospitalità da questa già prestate e promesse per il futuro»[38].

Non si coglie qui alcuna illiceità: ma dove sta la meritevolezza? Eppure vi è il reciproco scambio di promesse di prestazioni lecite, che forse dovrebbe bastare a chi confina la causa entro questa nozione; ma scambiare un bene proprio con un corrispettivo che di fatto non arriverà di sicuro o che si ha già diritto di ricevere, è uno scambio che ai più sembra davvero ingiustificato.

Che poi i casi di immeritevolezza, al di fuori di questi e dei discutibili esempi scolastici che la vita di tutti i giorni non conosce, siano praticamente inesistenti, poco importa e anzi tanto meglio[39].

È infatti convincente la tesi per cui il giudice, chiamato a verificare la meritevolezza, farà riferimento anzitutto alle soluzioni ricavabili sulla base dell'analogia e dei principi generali dell'ordinamento e, in mancan-

---

[29] Galgano, *op. cit.*, 209; Gardani Contursi Lisi, *Contratti atipici*, Torino, I, 1997, 12 e segg. e 68 e segg.

[30] V. una rassegna di posizioni diverse in Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645* ter *c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 12 e segg., ove l'autore prende posizione a favore della tesi per cui è sufficiente la non illiceità; riferimenti più aggiornati in Stefini, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645* ter *c.c.*, Padova, 2010, 53 e segg.; Ceolin, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Padova, 2010, 204 e segg.

[31] Oltre a Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 129-131 e 406 e segg., o *Meritevolezza degli interessi ed utilità sociale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1971, II, 91 e segg. e ancora *Il negozio giuridico*, cit., 109 e segg.; Carresi, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Cicu, Messineo, Milano, 1987, 245; Scognamiglio, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 229; Roppo, *op. cit.*, 424-425; Carusi, *La disciplina della causa*, in AA.VV., *I contratti in generale* a cura di Gabrielli, Torino, 1999, 539-541; v. anche, sia pure in una diversa ottica, Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, 93-99.

[32] È la tesi di Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1978, I, 58, 82, 93 e 103; *passim*.

[33] L'idea, che si coglie già nella Relazione (nn. 193, 603, 614) è che la coincidenza tra causa del tipo codificato e causa del contratto concreto impedisca di valutare la meritevolezza del contratto, perché il giudizio è già stato operato dal legislatore nel codificare il particolare contratto. Sul punto v. Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Cicu, Messineo, Milano, 2002, 100; Rolli, *op. cit.*, 62. 91 e segg.; Cataudella, *op. cit.*, 184; Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Cicu, Messineo, Milano, 1972, I, 706; Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1970, 42; Majello, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, I, 493; Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d. (ma 1949), 201.

[34] Cass., 5 luglio 1971, n. 2091, in *Foro It.*, 1971, I, 2190.

[35] Sul fatto che il riferimento sia alla legge in senso formale v. ad es. Galgano, *Trattato di diritto civile*, cit., 320.

[36] Cass., 23 febbraio 2004, n. 3545 e prima Id., 28 luglio 1981, n. 4845.

[37] Cass., 9 novembre 1999, n. 117, in *Giur. It.*, 1999, 1360; Id., 19 febbraio 1997, n. 1516; Id., 15 maggio 1996, n. 4503, in *Corriere Giur.*, 1996, 1265.

[38] Trib. Cagliari, 9 aprile 1993, in *Giur. Comm.*, 1995, II, 618.

[39] Sulla pretesa (inaccettabile) che non sarebbero ammissibili contratti futili o dallo scopo socialmente indifferente (Betti, *op. cit.*, 49 e segg.; Santoro Passarelli, *op. cit.*, 184) v. le acute critiche di Gorla, *Il contratto*, Milano, 1955, I, 213 e segg., anche in ordine agli esempi, indicati nella Relazione al codice, n. 603, del contratto «col quale qualcuno consenta, dietro compenso, all'astensione da un'attività produttiva o a un'esplicazione sterile della propria attività personale o a una gestione antieconomica o distruttiva di un bene soggetto alla sua libera disposizione, senza una ragione socialmente plausibile, ma solo per soddisfare il capriccio o la vanità della controparte», che vengono infatti riconsiderati da Gorla in accezioni nelle quali emergono interessi reali alla conclusione di contratti di quel tipo.

za, a forme di civiltà affine alle nostre[40], criterio utilizzato sia pure in altri campi dalla suprema Corte[41] e quindi riconoscerà ingresso alle forme contrattuali che il mercato normalmente pratica.

E sebbene sia facile obiettare che l'ultimo criterio citato non indica gli indici di raffronto[42], è del pari agevole ritenere che il richiamo a tale affinità (oltre ad essere l'ultimo) non importa automatica adesione alle soluzioni degli altri, ma indica che l'*id quod plerumque accidit*, quale segnale di normalità dei comportamenti, è ciò che accade nel mondo e non solo nei nostri confini patrii, non sempre forieri di fulgidi esempi di buon costume da prendere in considerazione al posto di quelli.

Ma se le cose stanno così sembra davvero difficile trovare contratti atipici senza causa: in effetti gli esempi sono pochissimi e talora fuorvianti, dato che il contratto di protezione astrale[43], prima di essere nullo per mancanza di causa, è nullo per impossibilità dell'oggetto[44].

Più volte la giurisprudenza si era invece occupata del contratto di formazione e lavoro[45], per dire che se il lavoratore sia già formato, allora manca la causa del contratto. In realtà anche qui il rimedio sembra un altro, ovvero quello della nullità per frode alla legge, visto che il contratto serviva solo per pagare meno tasse e meno stipendio.

Un caso molto famoso perché mal massimato è quello della mancanza di causa quando non vi sia una tendenziale corrispondenza dei valori scambiati[46]: si trattava di un *obiter dictum* in quanto il problema era quello della mancanza totale di corrispettivo dello scambio e quindi quell'affermazione era del tutto fuori luogo ed è stata poi abbandonata nelle sentenze successive[47].

Le sentenze in esame sono due esempi interessanti, sebbene riferite a contratti tipici: quella di merito potrebbe ben figurare nei manuali, perché il pagamento del prezzo in cambio di nulla è davvero un caso eccezionale. In realtà, conoscendo quel che negli atti non è emerso, si sa che dietro quel contratto vi era una molteplicità di altri rapporti, ma se questi non emergono e se l'operazione, in sé, non dimostra una propria ragionevolezza economica, come quella del pagamento del corrispettivo al giardiniere perché porti via gli alberi tagliati e altre ricordate nel passato da Gerardo Santini[48], la soluzione è una sola: il contratto è nullo[49].

La sentenza di legittimità pone invece un interrogativo al giurista attento ai dettagli: una volta accertata «la mancanza della causa tipica» del contratto di apertura di credito in conto corrente, la risposta non è che i versamenti fatti dal correntista siano rimesse revocabili, ovvero pagamenti di debiti esistenti effettuati con mezzi anormali, ma che il contratto è nullo per mancanza di causa e che le prestazioni reciprocamente eseguite assumono natura di indebito oggettivo[50].

In un caso come quello in esame, ad esempio, la differenza sta nel fatto che l'azione di ripetizione può essere proposta nei termini ordinari di prescrizione, mentre la revocatoria va attivata entro i termini di cui all'art. 69 *bis* L. Fall. Inoltre l'intervenuta abrogazione dell'art. 71 L. Fall., per cui il creditore andava ammesso al passivo del fallimento per le somme oggetto di revocatoria, diventa irrilevante, perché il creditore ha diritto alla restituzione del credito erogato in quanto indebito e va quindi ammesso al passivo del fallimento per quel credito, mentre se il credito non è stato estinto dai pagamenti indebiti del correntista, allora resta in vita ed è ammissibile al passivo.

Se la Corte avesse proseguito nella sua indagine, una volta esclusa la causa tipica, avrebbe dovuto verificare se il contratto potesse ugualmente ritenersi valido non come apertura di credito tipica, ma come mutuo o, in alternativa, contratto di finanziamento atipico, come deve sempre fare il giudice quando un'operazione economica non sia riconducibile ad una di quelle codificate.

È infatti compito irrinunciabile del giudice qualificare il contratto e tale compito non si assolve dicendo quel che il contratto non è, ma accertando quel che risulta essere in base alla sua natura specifica.

Nel caso di specie la Corte avrebbe allora potuto rilevare o l'immeritevolezza del contratto se ritenuto atipico o l'eventuale nullità del contratto, se appartenente ad un tipo, in quanto in frode alla legge (art. 1345 c.c.), posto che la sua funzione pratica era di rendere non revocabili dei versamenti altrimenti assoggettabili a revocatoria fallimentare, cioè pagamenti ricevuti ledendo la *par condicio creditorum* qualora il debitore fosse poi fallito, come in effetti accaduto.

Insomma, almeno in questo caso il discorso sulla causa si è fermato a metà strada, lasciando però un'indi-

---

[40] Galgano, *Trattato di diritto civile*, cit., 210 e 212.

[41] Per Cass., 11 novembre 2000, n. 14662, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 2719, «la concezione più recente induce a restringere la nozione di ordine pubblico a principi non peculiari del nostro ordinamento ma generalmente condivisi nella comunità delle genti»; v. anche Id., 3 settembre 1966, n. 2310, in *Banca Borsa*, 1967, II, 38.

[42] Perlingieri, *op. cit.*, 234 e seg.

[43] Trib. Sanremo, 13 dicembre 1993, in *Giust. Civ.*, 1994, I, 1401.

[44] Lo nota già Sacco, *op. cit.*, 780.

[45] V. le diverse decisioni in Sicchiero, *op. cit.*, 53 e segg.

[46] Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro It.*, 1993, I, 1506; l'errore di massimazione è sottolineato da Galgano, *Trattato di diritto civile*, cit., 535.

[47] Cass., 28 agosto 1993, n. 9144, in *Foro It.*, 1994, I 2489. Che lo scambio non debba necessariamente riproporre i valori del mercato, ammesso che siano rilevabili, è indicato da Galgano, *Trattato di diritto civile*, cit., 535 e segg.; Bianca, *op. cit.*, 490; Carresi, *op. cit.*, 349; v. anche Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contratto Impresa*, 2002, spec. 800 e segg. Emergono ora tendenze in senso diverso, sia pure con indicazioni non coincidenti: v. ad es. Roppo, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, 43 e Id., *Il contratto*, cit., 387; Lanzillo, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003; Maugeri, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003.

[48] V. *Della compravendita con prezzo a carico del venditore e di altri scambi anomali con natura di servizi*, in *Contratto Impresa*, 1987, 416; per altre osservazioni v. anche Sicchiero, *Osservazioni sul contratto gratuito atipico*, in *Giur. It.*, 1995, I, 2, 945. Si può inoltre ricordare che per Cass., 28 gennaio 2002, n. 982, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 978, «la sola mancanza del corrispettivo in favore dell'obbligato non comporta la mancanza di causa del contratto atipico allorquando esso sia assimilabile ad un tipo nominato dal codice per il quale sia prevista la gratuità, sempre che l'atto di autonomia privata sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

[49] Sulla nullità della divisione di un bene di cui un condividente non sia comproprietario, v. Cass., 25 ottobre 2005, n. 20645.

[50] Cass., 8 aprile 2009, n. 8564, in *Giust. Civ.*, 2009, I, 1867.

cazione francamente difficile da condividere: quella della revocabilità — e dunque della originaria efficacia — dei pagamenti fatti in forza di un contratto privo di causa.

GIANLUCA SICCHIERO

## VENDITA DI COSA FUTURA

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 22 ottobre 2010, n. 21739 — TRIFONE *Presidente* — AMENDOLA *Relatore* — CENNICOLA *P.M.* (conf.) — Cooperativa Skivip (avv. Vincenzo) - Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. (avv. Corrado).

*Conferma App. L'Aquila, 10 febbraio 2005.*

**Vendita — Vendita di cosa futura — Contratto preliminare — Esecuzione anticipata — Effetto traslativo** (C.c. artt. 1351, 1472).

*Il preliminare di vendita di cosa futura, seppure ad esecuzione anticipata, differisce dalla vendita di cosa futura, in quanto è necessaria la conclusione di un ulteriore contratto definitivo affinché si produca l'effetto traslativo* (1).

*Omissis.* — 2 Si prestano a essere esaminati congiuntamente, per la loro evidente connessione, i primi due motivi di ricorso. Le critiche in essi svolte sono per certi aspetti inammissibili, per altri infondate.

Merita evidenziare che la Corte territoriale, premesso che l'accertamento della proprietà degli immobili oggetto della scrittura in data (*omissis*) costituiva il presupposto necessario e imprescindibile della verifica della denunciata invalidità e inefficacia dell'ipoteca iscritta sugli stessi, ha escluso che a tale quesito potesse darsi la risposta sollecitata dall'appellante, conseguentemente confermando il rigetto della domanda proposta.

E invero, secondo il giudice di merito, considerato che la scrittura intercorsa tra le parti formalizzava non già il trasferimento della proprietà di immobili da costruire, ma l'assunzione dell'obbligo di Valle Romana di edificare e trasferire in favore di ente o di persona che parte acquirente si riserva(va) di nominare determinate unità immobiliari, il contratto concluso tra le parti andava qualificato come preliminare di vendita di cosa futura, "figura giuridica autonoma e distinta dalla vendita di cosa futura".

3 Il percorso argomentativo del giudice di merito è in linea con l'insegnamento di questa Corte Regolatrice, sintetizzato nella massima secondo cui il contratto preliminare di vendita di cosa futura ha come contenuto soltanto la stipulazione di un successivo contratto definitivo e costituisce, pertanto, un contratto in via di formazione, idoneo a produrre, dal momento in cui si perfeziona, semplici effetti obbligatori preliminari, distinguendosi dal contratto di vendita di cosa futura che costituisce vicenda negoziale conchiusa ab initio, direttamente attributiva dello ius ad habendam rem nel momento in cui la cosa verrà ad esistenza, giusta il disposto dell'art. 1472 cod. civ. (confr. Cass. civ. 1 marzo 2007, n. 4888; Cass. civ. 10 agosto 2006, n. 18129).

Per la verità, anche la vendita del bene futuro è contratto ad effetti obbligatori, piuttosto che reali, perché la sua ricostruzione in termini di vendita soggetta alla condicio iuris della venuta ad esistenza della res (confr. Cass. civ. 25 gennaio 2007, n. 1623), non elide il fatto che, potendo formare oggetto di proprietà o di diritti reali solo beni già esistenti in natura, la condizione cui essa è sottoposta ha carattere sospensivo, di talché il trasferimento non si produce immediatamente, in virtù del puro e semplice consenso.

Dirimente è tuttavia che, mentre nella vendita di cosa futura non occorre un successivo atto di trasferimento, contenuto del preliminare di vendita di cosa futura è pur sempre l'obbligazione delle parti di stipulare il successivo contratto definitivo, obbligazione alla quale può aggiungersi, ove si tratti di cosa da costruire, quella — cedente a carico del promittente venditore — avente ad oggetto la realizzazione del bene, obbligazione del cui adempimento lo stesso risponde secondo la comune disciplina in materia di responsabilità contrattuale (confr. Cass. civ. 25 gennaio 2007, n. 1623; Cass. civ. 27 maggio 1992, n. 6383).

3.1 Tutto quanto sin qui detto evidenzia che gli schemi dogmatici utilizzati dalla Curia territoriale nella sua attività di ermeneutica contrattuale sono giuridicamente corretti.

Peraltro è ben noto che l'interpretazione del contratto è operazione riservata al giudice di merito, censurabile in sede di legittimità solo per violazione dei canoni legali di cui all'art. 1362 c.c. e segg. ovvero per vizi di motivazione (confr. Cass. civ., 4 maggio 2009, n. 10232; Cass. civ. 26 febbraio 2009, n. 4670).

Ora, a conferma della intrinseca plausibilità della qualificazione adottata dal decidente, è sufficiente rilevare che alla tesi, qui sostenuta — del già intervenuto effetto traslativo in favore della cooperativa — le stesse parti mostrarono, a suo tempo, di non credere troppo, se è vero, come è vero, che in occasione della stipula dei contratti condizionati di mutuo, poi naufragata per mancato accordo su taluni punti del programma negoziale, la società costruttrice intervenne come terza datrice di ipoteca, e cioè in veste di proprietaria degli immobili. Del resto il trasferimento del possesso della cosa e il pagamento del prezzo non comportano sempre e necessariamente che le parti abbiano voluto concludere un contratto definitivo di compravendita, con immediato trasferimento della proprietà, ben potendo tali condotte costituire esecuzione anticipata di una futura vendita, da stipularsi in adempimento degli obblighi assunti in sede di preliminare (Cass. civ., 6 dicembre 1995, n. 12583).

Risulta quindi del tutto convincente che, fallite le trattative volte ad assicurare che il prestito venisse erogato alla cooperativa, la società costruttrice si sia risolta a stipularlo direttamente, gravando gli immobili che si era obbligata a trasferire di garanzia reale. Ed è condivisibile l'assunto del giudice di merito che ciò essa abbia fatto nella legittima spendita dei suoi perduranti diritti dominicali.

In realtà, altri erano evidentemente i rimedi che la cooperativa, a fronte di un'iscrizione ipotecaria non prevista o diversa e più gravosa rispetto a quella prevista nel preliminare avrebbe potuto e dovuto attivare, chiedendo le pronunce reintegratorie e risarcitorie idonee a salvaguardare l'equilibrio sinallagmatico della contrapposte obbligazioni prefigurato dalle parti al momento della stipula del contratto (confr. Cass. civ. 28 aprile 2008, n. 8143), o agendo addirittura in risoluzione (confr. Cass. civ. 12 marzo 2002, n. 3565). — *Omissis.*

(1) La pronuncia in commento[1] mette in luce la differenza tra vendita di cosa futura e contratto preliminare di vendita di cosa futura[2].

[1] Nel caso di specie esaminato dalla Corte, la parte attrice, in base alla erronea qualificazione in termini di contratto definitivo del preliminare di vendita di cosa futura stipulato con la controparte, denuncia l'avvenuto trasferimento in suo favore della proprietà sugli immobili oggetto del contratto e chiede che venga dichiarata l'invalidità del contratto di mutuo e della relativa ipoteca iscritta dalla controparte sugli immobili stessi, da considerarsi ormai di proprietà altrui.

[2] In materia di contratto preliminare la bibliografia è ampia. *Ex multis* DI MAJO, voce "Obbligo a contrarre", in *Enc Giur.*