2000, 1647; C 4.1.1995 n. 74, *GCM* 1995, 10; C 3.9.1994 n. 7641, *GCM* 1994, 1236; C 11.6.1991 n. 6610, *GCM* 1991, 685; C 16.1.1988 n. 303, *GCM* 1988, 35; C 9.11.1984 n. 5663, *GCM* 1984, 1133; C 14.1.1983 n. 287, *FI* 1983, I, 1273 secondo cui il canone in esame è doppiamente subordinato ai canoni dettati dai primi due gruppi di interpretazione soggettiva ed oggettiva].

L'interpretazione del contratto oneroso ha riguardo agli **interessi al momento della stipulazione** e non a quelli nel momento della decisione della lite [C 3.3.1979 n. 1891, *GI* 1980, I, 1, 1327]. **3**

Nell'interpretazione del **testamento** non trova applicazione il criterio valido per i contratti, della minima onerosità per l'obbligato, sancito dall'art. 1371, non essendo ipotizzabile un conflitto di interessi tra i soggetti del rapporto successorio [C 27.3.2002 n. 4373, *GCM* 2002, 532]. **4**

Bibliografia: (1) Alpa-Fonsi-Resta, *L'interpretazione del contratto. Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, Milano 2001.

CAPO V
DEGLI EFFETTI DEL CONTRATTO

SEZIONE I
DISPOSIZIONI GENERALI

1372. Efficacia del contratto

[1] Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge.

[2] Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge.

Sommario: I. La "forza di legge": l'intangibilità del contratto da parte dei contraenti - II. Le "cause ammesse dalla legge" e la "oggettivizzazione" dello scambio contrattuale: cenni sulla presupposizione - III. Il mutuo dissenso e lo *ius variandi* - IV. L'effetto regolamentare del contratto: le autodiscipline contrattuali - V. Il principio di relatività del contratto: la (problematica) nozione di terzo - VI. La produzione di effetti nei confronti dei terzi: classificazione e casistica.

I. La "forza di legge": l'intangibilità del contratto da parte dei contraenti

L'espressione usata dal codice trae origine dal *Code Napoléon* e, prima ancora dalla tradizione dello *ius honorarium* e dai principi da esso elaborati per conferire efficacia vincolante alle stipulazioni concluse senza adottare le forme solenni del diritto delle origini (*pacta conventa servabo; pacta sunt servanda*) [Franzoni (5), 3; Galgano (8), 1; Roppo (15), 129; Id. (16), 531]. La locuzione non deve essere presa alla lettera e non vale a collocare il contratto tra le fonti del diritto [Franzoni (7), 1053]. Ne consegue **1**

che il contratto non è comunque idoneo a derogare alle norme imperative e che la sua violazione non è equiparabile alla violazione di legge [FRANZONI (5), 6; GALGANO (8), 4; MESSINEO (11), 957; SIRENA (20), 4]. Il significato dell'espressione è quello di conferire al contratto, una volta perfezionato, **valore vincolante** per i contraenti, garantendo in tal modo al rapporto scaturito dall'accordo l'idoneità a svolgere le **funzioni** che gli sono attribuite dal Codice: mezzo per il **trasferimento della proprietà** e dei diritti reali (cfr. artt. 952 e 1376) e **fonte di obbligazioni** (art. 1173) [FRANZONI (5), 5; ROPPO (16), 500]. Le parti sono libere sia di contrarre (art. 1321) sia di dare al contratto il contenuto che desiderano (art. 1322), ma, una volta concluso il contratto, esse restano vincolate al contratto ed ai suoi effetti [ROPPO (15), 129]. In tal senso la forza di legge del contratto non può essere invocata per rendere il contratto insensibile agli interventi del legislatore (o del giudice) [SIRENA (20), 4], ferma restando l'operatività del principio (peraltro derogabile) di irretroattività [SIRENA (20), 5].

2 La "forza di legge" del contratto si traduce quindi nella sua **intangibilità**, intesa come: a) impossibilità per ognuna delle parti del contratto di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale, salve le ipotesi in cui ciò le sia consentito da una apposita previsione del contratto medesimo o dalla legge (e dette ipotesi costituiscono quindi un numero chiuso [ROPPO (15), 130] (cfr. art. 1373); b) impossibilità per uno dei contraenti di modificare le condizioni contrattuali, neppure ricorrendo all'ausilio del giudice, salve le ipotesi in cui la legge preveda l'intervento correttivo di quest'ultimo (cfr. artt. 1374 e 1384) oppure alla parte sia attribuito dalla legge o dal contratto uno *ius variandi* (cfr. *infra*, **III**, 21); c) impossibilità per il giudice - al di fuori delle ipotesi tipiche di legge - di valorizzare circostanze di fatto per modificare il contratto o di utilizzare l'interpretazione del contratto per operare indirettamente una modifica del medesimo [FRANZONI (5), 1053; ID. (7), 6; GALGANO (8), 4; RESCIGNO (14), 28; ROPPO (16), 502 (in senso critico, in quanto sarebbe possibile operare una scissione tra legge ed intervento giudiziale, che nella legge stessa trova fonte); SIRENA (20), 3].

3 Non costituiscono limite, bensì conferma al principio appena esposto le ipotesi del **mutuo dissenso** (cfr. *infra*, **III**, 9) e degli accordi modificativi del contratto, (e parimenti le ipotesi di recesso o modifica unilaterale nell'esercizio dello *ius variandi* riconosciuto dalla legge [SIRENA (20), 5]). Si tratta infatti di accordi a loro volta inquadrabili come contratti. Conseguentemente, gli effetti da essi prodotti rientrano tra quelli contemplati dalla definizione di cui all'art. 1321, e cioè, appunto, "estinguere" o "modificare" un precedente "rapporto giuridico", quale quello scaturito dal primo contratto oggetto del successivo intervento [ROPPO (16), 503; in senso critico, SACCO-DE NOVA (18), 690; ID. (19), 638, ove si sottolinea che la previsione di un'assoluta libertà di scioglimento del vincolo per accordo delle parti è frutto di una mera opzione di diritto positivo e non costituisce principio assoluto, ben potendosi introdurre limitazioni legali alla risoluzione consensuale; SIRENA (20), 6]. Costituiscono invece parziale indebolimento del principio sia la previsione legale della facoltà di **recesso unilaterale** - prevista in un gran numero di contratti - sia l'affermazione generalizzata della facoltà di recesso nei contratti di durata privi di termine finale [SACCO-DE NOVA (18), 697; ID. (19), 645] (cfr. art. 1373). Accanto a queste fattispecie ha poi acquistato progressivo rilievo la tematica

delle **clausole di rinegoziazione**, ovvero di clausole che prevedono, nel caso di sopravvenienza imprevista, l'obbligo delle parti o di procedere ad una nuova trattativa, o addirittura di giungere ad una modifica concordata dei contenuti del rapporto originario [Landini (9), 189], per tacere delle ipotesi in cui tale vincolo è oggetto di espresse previsioni di legge, come nel caso dell'art. 120-*quater* t.u.b. Occorre, semmai, rimarcare la distinzione tra vincolatività del contratto ed efficacia dello stesso, dal momento che la prima non implica necessariamente la seconda (ad es. nel caso di condizione sospensione o risolutiva) e che dall'inefficacia del contratto non può desumersi la sua non vincolatività [Sirena (20), 7]. La diversità dei due profili è esaltata dalla diversità delle fonti della rispettiva disciplina, in quanto mentre la vincolatività trova la propria disciplina all'art. 1372, la efficacia rimane disciplinata all'art. 1321 [Sirena (20), 8].

II. Le "cause ammesse dalla legge" e la "oggettivizzazione" dello scambio contrattuale: cenni sulla presupposizione

Poiché il contratto non si esaurisce nella mera manifestazione di volontà ma è comunque accordo sorretto da una causa (cfr. art. 1325, n. 2), parte della dottrina sottolinea come l'intangibilità non debba essere limitata al solo profilo dell'accordo ma debba essere estesa al vincolo contrattuale sotto il **profilo funzionale**. Ne consegue che il contratto che per un qualche motivo si riveli inidoneo ad assolvere la funzione cui era destinato, cesserebbe di essere vincolante [Franzoni (5), 11; Galgano (8), 7; Roppo (16), 504-505]. A tal proposito si fa riferimento in primo luogo alle previsioni sulla risoluzione, ed ulteriormente alle ipotesi di recesso o revoca per giusta causa di scioglimento della società per impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, ecc. La risoluzione, in particolare, costituirebbe ipotesi di difetto funzionale sopravvenuto (contrapposto al difetto o illiceità originaria della causa, che comporterebbe invece la nullità), che investirebbe il contratto come rapporto (e non come accordo), comportando il venir meno della vincolatività del medesimo [Galgano (8), 8]. **4**

L'interpretazione in esame viene inserita nella tendenza - che sarebbe propria del diritto moderno - alla "**oggettivizzazione**" dello scambio contrattuale, intesa come prevalenza della dichiarazione sulla volontà in caso di divergenza tra le due, e come spostamento del peso del contratto dall'elemento del consenso (valorizzato dal "dogma della volontà") a quello della causa, intesa come funzione socio-economica del contratto [Franzoni (5), 13; Galgano (8), 9]. **5**

Strettamente connessa a tale tendenza si presenterebbe la tematica della **presupposizione**. Si suole definire in tal modo quella circostanza di fatto che costituisce uno dei presupposti che le parti, nel concludere il contratto, hanno tenuto presente, ma che non hanno esplicitato. La figura ha una elaborazione assai risalente nel tempo ed è stata oggetto di dibattito teorico e giurisprudenziale anche in altri paesi. In Italia per molto tempo la presupposizione è stata ritenuta irrilevante in quanto classificabile come errore sul motivo. Si è però sottolineato che tale classificazione non appare corretta, in quanto nel caso della presupposizione si avrebbe non una erronea conoscenza di una situazione presente al momento della conclusione del contratto, bensì il sopravvenire, dopo la **6**

conclusione, di una modificazione imprevista e inaspettata della situazione di fatto che viene ad incidere in modo patologico sul sinallagma contrattuale [FRANZONI (5), 15; GALGANO (8), 13; LANDINI (9) 188].

7 La giurisprudenza - avvalendosi del ricorso alla clausola generale di buona fede - tende ormai a dare rilievo alla presupposizione, quale fattore che provoca un'**alterazione funzionale del rapporto contrattuale e che rende non più giustificato lo scambio delle prestazioni**. Il riscontro normativo viene individuato nell'ipotesi di risoluzione di cui all'art. 1467, e cioè proprio in una delle ipotesi in cui la legge ammette lo scioglimento del vincolo contrattuale [C 14.11.2006, n. 24295, *Gdir* 2007, 3, 50; C 24.3.2006, n. 6631, *GCM* 2006, f. 3; C 24.3.1998, n. 3083, *GI* 1999, 511; C 5.8.1997, n. 7197, *GCM* 1997, 1327; C 5.1.1995, n. 191, *GCM* 1995, 34; C 28.1.1995, n. 1040, *GCM* 1995, 215; C 13.5.1993, n. 5460, *GC* 1994, I, 1981; C 3.12.1991, n. 12921, *GI* 1992, I, 1, 2210; C 31.10.1989, n. 4554, *RG E.N.E.L.* 1991, 523; C App. Cagliari 23.3.1996, *RDComm* 1998, II, 65; C App. Milano 26.5.1992, *RDC* 1994, II, 297; T Sondrio 31.5.2000, *FI* 2000, I, 2832; SACCO-DE NOVA (19), 210]. Particolarmente frequente è l'applicazione nell'ipotesi di compravendita di terreno ritenuto edificabile, ma poi divenuto inedificabile a seguito di provvedimento amministrativo, o comunque oggetto di mutamento di destinazione urbanistica [C 14.8.2007, n. 17698; C 28.8.1993, n. 9125, *FI* 1995, I, 1601; C 17.12.1991, n. 13578, *GCM* 1991, 1826; C 11.8.1990, n. 8200, *GCM* 1990, 1527; T Pescara 5.10.1995, *GM* 1998, 64]. Tale applicazione viene tuttavia esclusa quando l'alternativa di utilizzo del bene quale emerge dal contratto sia tra demolizione totale e ricostruzione, ovvero tra demolizione parziale e ristrutturazione, in quanto in tale caso l'edificabilità del suolo di risulta - necessaria ai fini della ricostruzione - non costituirebbe presupposizione ma solo una speranza dell'acquirente [C 9.2.1985, n. 1064, *FI* 1986, I, 1981].

8 Presupposti necessari per l'applicazione dell'istituto dovrebbero essere: 1) l'**assenza di incertezza** circa la sussistenza della situazione presupposta, dovendosi altrimenti ritenere che vi sia stata accettazione del rischio del suo venir meno, qualificabile quale condizione tacita [C 14.6.2013, n. 15025]; 2) **comunanza della presupposizione** ad entrambi i contraenti o - nel caso in cui la circostanza presupposta rilevi per uno solo dei contraenti - **conoscibilità** della stessa da parte dell'altro contraente [C 23.10.2014, n. 22580; C 11.3.2006, n. 5390]; 3) **obiettività** della circostanza di fatto, il cui verificarsi deve essere del tutto **indipendente** dalla attività e volontà dei contraenti e non deve corrispondere all'oggetto di una specifica obbligazione [GALGANO (8), 16; C 24.3.2006, n. 6631, *GCM* 2006, f. 3; C 31.10.1989, n. 4554, *GCM* 1989, 1034; C 26.1.1987, n. 718, *RN* 1987, 312; 9.2.1985, n. 1064, *RN* 1986, 1145; T Messina 3.4.1985, *GC* 1986, I, 2577; SACCO-DE NOVA (19), 211]. Più discusso è se - in applicazione del principio di cui all'art. 1467 - la presupposizione possa essere invocata solo quando la parte che vuole avvalersene non abbia ancora eseguito la propria prestazione [FRANZONI (6), 19; GALGANO (8), 16].

III. Il mutuo dissenso e lo *ius variandi*

9 Il **mutuo dissenso** è un autonomo contratto col quale le parti o i loro eredi (per la definizione di parti cfr. *infra*, **V**, 25) risolvono un precedente contratto, eliminando

il vincolo scaturito da quest'ultimo [Franzoni (5), 43; Galgano (8), 17; Roppo (16), 509; Sirena (20), 86; Villarosa (21) 985; C 30.8.2005, n. 17503; C 4.6.2002, n. 8102, *AC* 2003, 443]. Come tale si distinguerebbe da altri atti che rimuovono precedenti vicende giuridiche - quali la revoca, il recesso, la disdetta, la rinuncia - in quanto questi ultimi sono atti unilaterali recettizi [Franzoni (5), 43; Galgano (8), 19; *contra*, almeno in parte, Mirabelli (13), 289, secondo il quale il mutuo dissenso altro non sarebbe se non atto di revoca, con la ulteriore precisazione che se l'atto da eliminare è stato compiuto da più soggetti, la revoca dovrebbe essere manifestata da tutti costoro e che se l'atto ha già prodotto effetti, non di revoca si tratterebbe, ma di negozio modificativo del rapporto scaturito dal precedente contratto; in quest'ultimo ordine di idee è anche Carresi (3), 873].

In quanto **contratto autonomo**, il mutuo dissenso è dotato di una propria causa (distinta da quella dello specifico contratto che intende eliminare) [Franzoni (5), 44], unitaria ma atipica, dal momento che il mutuo dissenso, pur se menzionato dall'art. 1372, è tuttavia privo di una specifica disciplina legale [Luminoso (10), 82, n. 119, n. 258 e n. 315; Sirena (20), 86]. La specifica funzione del mutuo dissenso sarebbe quella di eliminare il precedente negozio ed i suoi effetti, ed in tal senso esso dovrebbe essere tenuto distinto dal c.d. "**retrocontratto**" che è il contratto col quale le parti intendono ripristinare la situazione precedente alla stipulazione del primo negozio (retrovendita o retrodonazione). La differenza consiste nel fatto che in tale secondo caso gli effetti del primo contratto non vengono eliminati ma neutralizzati dalla stipula di un secondo contratto avente effetti uguali e contrari [Sirena (20), 87], mentre nel mutuo dissenso si tratterebbe non di neutralizzazione, ma di vera e propria eliminazione retroattiva (cfr. *infra*, **III**, 13), con conseguente venir meno della giustificazione causale delle prestazioni già effettuate. La distinzione viene talora condensata nella contrapposizione tra *contrarius consensus* e *contrarius actus* [Bianca C.M. (2), 735; Franzoni (5), 47; Galgano (8), 17; Luminoso (10), 79]. Il retrocontratto, in realtà, non costituirebbe una figura unitaria riconducibile ad un singolo tipo contrattuale, ma si sostanzierebbe, a seconda dei casi, in un contratto tipico (la retrovendita) o in un contratto atipico [Sirena (20), 87]. L'elaborazione recente della Cassazione, tuttavia, non sembra accogliere la distinzione, riconducendo nell'ambito della risoluzione per mutuo dissenso anche l'accordo che realizzi un **effetto ripristinatorio con carattere retroattivo** per i contratti aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali, in quanto un simile effetto risulta espressamente previsto dall'art. 1458 con riguardo alla risoluzione per inadempimento, ed operando, come unico limite, quello del rispetto della **forma scritta *ad substantiam*** nel caso del trasferimento di diritti su beni immobili [in sede tributaria: C 6.10.2011, n. 20445, *OC* 2012, 144; per una vicenda civilistica C 14.4.2011, n. 8504]. L'effetto finale del mutuo dissenso è quello di privare di qualsivoglia effetto il contratto sciolto ai fini della regolamentazione dei rapporti delle parti, con la conseguenza che questa non possono invocare posizioni soggettive relative al contratto sciolto, essendo i loro rapporti regolati solo dal negozio solutorio [C 10.3.2014, n. 5529, *C* 2014, 982] **10**

Salvi i problemi in materia di forma (su cui *infra*, 15), è opinione che **il mutuo dissenso possa risultare dal comportamento delle parti, anche in sede processuale** **11**

[FRANZONI (5), 46; GALGANO (8), 19; SIRENA (20), 88; C App. Potenza s.l. 17.3.2008; C s.l. 6.7.2007, n. 15264, *MGI* 2007; C 15.6.2001, n. 8106, *GCM* 2001, 1196; C 24.3.2001, n. 4307, *GCM* 2001, 581; C 24.6.1997, n. 5639, *GI* 1998, 425; C 10.9.1992, n. 10354, *GC* 1993, I, 991; C 11.11.1986, n. 6586, *GCM* 1986, 1852; C App. Milano 13.5.1980, *AC* 1980, 591]. Più di recente, il principio affermato dalla Cassazione è quello per cui la risoluzione per mutuo consenso, atteso **il principio della libertà di forme**, non deve necessariamente risultare da un accordo esplicito dei contraenti, ma può risultare anche da un comportamento tacito concludente, **a meno che per il contratto da risolvere non sia richiesta la forma scritta *ad substantiam*** [C 16.2.2016, n. 2984; C 2.3.2012, n. 3245, *N* 2012, 250; C 6.4.2009, n. 8234, *C* 2009, 825]. In particolare porterebbe allo scioglimento del vincolo contrattuale la formulazione di reciproche azioni di risoluzione del contratto, anche ove le stesse risultino entrambe infondate [C 4.4.2000, n. 4089, *GCM* 2000, 715; C 29.4.1993, n. 5065, *GI* 1994, I, 1, 433; C 18.6.1982, n. 3744, *GI* 1983, I, 1, 963; *contra* C 6.11.1981, n. 5865, *GCM* 1981, 2074], mentre a tale esito non condurrebbe la semplice opposizione all'avversa domanda di risoluzione [C 8.7.1983, n. 4600, *GCM* 1983, 1619]. Il mutuo dissenso richiede l'adesione di tutte le parti del contratto da sciogliere [SIRENA (20), 90]. Se il contratto è stato stipulato da un rappresentante senza potere e non è stato ratificato, sarà lo stesso rappresentante a doverlo sciogliere [SIRENA (20), 90; C 27.11.2006, n. 25126; C 16.7.1997, n. 6488, *DR* 1998, 188 che tuttavia puntualizzano che ad essere sciolto non è un rapporto contrattuale che possa essere sorto fra loro, bensì la situazione di soggezione in cui versa il terzo, a fronte del potere di ratifica che compete all'interessato]; se invece si tratta di un contratto per persona da nominare o a favore del terzo, l'avvenuta *electio amici* o accettazione del terzo, renderà necessaria l'adesione del nominato o del terzo [LUMINOSO (10), 117 e 300; SIRENA (20), 90]. Se il contraente è un incapace, la risoluzione del contratto che gli attribuiva un vantaggio necessiterà di autorizzazione del giudice tutelare, mentre tale autorizzazione non occorrerà se il mutuo dissenso liberi l'incapace da un vincolo [SIRENA (20), 91].

12 È stata ipotizzata [LUMINOSO (10), 79] la possibilità di costruire il mutuo dissenso come contratto col quale le parti agirebbero non sugli effetti del primo contratto, ma proprio su quest'ultimo inteso come atto, con effetti sostanzialmente corrispondenti a quelli di una sentenza di nullità o annullamento. La **tesi** è tuttavia disattesa sulla base dell'argomento che le parti non possono porre nel nulla un contratto di per sé valido, ma solo eliderne gli effetti [FRANZONI (5), 48; GALGANO (8), 18; critico anche SIRENA (20), 87].

13 Un primo problema pratico posto dal mutuo dissenso è quello della **decorrenza degli effetti**. Per quanto riguarda gli **effetti tra le parti**, va chiarito che possono essere queste ultime a stabilire espressamente la decorrenza *ex nunc* o *ex tunc*. In caso di assenza di previsioni, la giurisprudenza sembrava in passato propendere per l'affermazione della normale irretroattività [C 6.8.1997, n. 7270, *GCM* 1997, 1346; C 29.4.1993, n. 5065, cit.; C 6.12.1966, n. 2856, *FIM* 1966, 983; C 10.3.1966, n. 683, *FIM* 1966, 232; T Catania 26.1.1983, *VN* 1984, 809; contra SIRENA (20), 98], ma nei meno remoti arresti sembra propendere invece per la retroattività [C 6.10.2011, n. 20445, *C* 2012, 478]. Si è peraltro affermato che l'efficacia del negozio di risoluzione per mutuo dissenso non

può decorrere da un momento successivo alla sua stipulazione, perché in tal modo si attribuirebbe efficacia ultrattiva al precedente contratto, in contrasto con l'essenza del negozio di scioglimento [C 11.12.1998, n. 12476, *GCM* 1998, 2565]. In dottrina si esclude invece che gli effetti debbano essere necessariamente *ex nunc*, ed anzi sembra da individuarsi una certa propensione per la retroattività, eccezion fatta per i casi in cui la irretroattività discenderebbe dalla natura del contratto alla luce dei principi stabiliti espressamente dal Codice: tale sarebbe il caso dei contratti a prestazioni continuate o periodiche alla luce di quanto affermato dagli artt. 1360 e 1458 [Bianca C.M. (2), 735; Franzoni (5), 57; Galgano (8), 18; Luminoso (10), 100; Mirabelli (13), 290; Roppo (16), 509 (secondo cui la retroattività è rimessa alla volontà delle parti); nello stesso senso Villarosa (21), 986]. Conseguenza dello scioglimento del vincolo, nel caso di efficacia retroattiva - ed ove si ammetta che il mutuo dissenso può operare anche nel caso in cui le prestazioni siano già state in tutto o in parte eseguite - sarà il sorgere degli **obblighi restitutori** a carico delle parti, non essendo più le prestazioni sorrette da causa [C 4.4.2000, n. 4089, cit.; T Savona 26.6.1998, *GC* 1999, I, 3151; T Perugia 16.8.1994, *RGU* 1994, 748; Bianca C.M. (2), 735; Franzoni (5), 735; Galgano (8), 19; Sirena (20), 99; *contra* Carresi (3), 874, secondo il quale in caso di esecuzione le parti dovranno provvedere ad un adempimento uguale e contrario rispetto a quello precedente, con la conseguenza che, in caso di contratti ad effetti reali, le parti sarebbero tenute a prestare il consenso al ritrasferimento; T Catania 26.1.1983, cit.]. Sembra invece ormai consolidato l'orientamento della giurisprudenza nel senso della piena **rilevabilità d'ufficio** della risoluzione per mutuo consenso [C 17.3.2014, n. 6125; C 20.6.2012, n. 10201, *C* 2013, 145], mentre incorre in **ultrapetizione** il giudice che, a fronte di una domanda di risoluzione del contratto per inadempimento, pronunci invece la risoluzione consensuale [C 16.2.2016, n. 2984; C 25.2.2014, n. 4493].

Per quanto riguarda la decorrenza degli **effetti per i terzi**, l'opinione è per la salvaguardia dei diritti di questi ultimi, anche in considerazione del fatto che il mutuo dissenso, come tutti i contratti, non produce effetto nei confronti dei terzi. Ne consegue l'**esclusione della efficacia reale** del mutuo dissenso [Bianca C.M. (2), 736; Franzoni (5), 56; Galgano (8), 23; Luminoso (10), 144; Villarosa (21) 987]. Sono salvi gli effetti verso i terzi che derivano dall'opponibilità (cfr. *infra*, **VI**, 36), anche in virtù della possibilità di trascrivere o annotare il contratto risolutivo (cfr. *infra*, 17). Da ciò deriva che il mutuo dissenso sarà opponibile *ex* artt. 1265, 1380, 1155, 2644, 2683 [Franzoni (5), 56; Galgano (8), 24; *contra* per i beni mobili Sirena (20), 101, che ritiene il patto risolutorio assolutamente inopponibile]. **14**

Il problema principale posto dal mutuo dissenso è probabilmente quello della **forma** che esso deve adottare nel caso che il contratto da elidere appartenga al novero di quelli per i quali è prevista la forma scritta *ad substantiam*. Pare infatti pacifico che per i contratti per i quali non è prevista formalità, la forma del mutuo dissenso sia libera e che esso possa essere concluso per *facta concludentia* (cfr. *supra*, 11). La giurisprudenza più recente pare essersi definitivamente stabilizzata nel senso della necessità di adottare per il mutuo dissenso la forma *ad substantiam* prevista per il contratto da sciogliere, compresi i casi in cui quest'ultimo sia un preliminare di compravendita immobiliare [C **15**

26.6.2015, n. 13290; C 14.10.2002, n. 14524, *GC* 2003, I, 352; C 19.10.1998, n. 10328, *RN* 1999, 723; C 7.3.1997, n. 2040, *C* 1997, 545; C 23.12.1995, n. 13104, *VN* 1997, 179; C 29.1.1994, n. 928, *NGCC* 1995, I, 221; C SU 28.8.1990, n. 8878, *GC* 1991, I, 945; *contra*, C 20.5.1991, n. 5684, *VN* 1991, 975; C 6.6.1988, n. 3816, *GC* 1989, I, 1183; C 27.10.1962, n. 3072, *FI* 1962, I, 1860; C 8.6.1961, n. 1320, *GC* 1962, I, 154]. Anche in dottrina prevale l'opinione favorevole al vincolo formale [BIANCA C.M. (2), 736] ma spesso con la precisazione che il vincolo opererebbe per quei contratti rientranti nell'ambito della previsione dell'art. 1350; [FRANZONI (5), 77; GALGANO (8), 21; LUMINOSO (10), 320; MIRABELLI (13), 292; ROPPO (16), 510; SIRENA (20), 95] ma senza adottare un principio di necessaria corrispondenza tra la forma del contratto da sciogliere ed il negozio di mutuo dissenso [FRANZONI (5), 78; LUMINOSO (10), 324; SIRENA (20), 96 escludono che il vincolo formale debba operare ad esempio per lo scioglimento della locazione ultranovennale o dell'anticresi; GALGANO (8), 22 e SIRENA (20), 97 escludono che lo scioglimento della donazione di bene mobile debba adottare la forma scritta o solenne, pronunciandosi per la forma libera; SIRENA (20), 95 osserva che la materiale distruzione consensuale del contratto scritto, impedendo non solo la prova del medesimo ma l'esercizio dei diritti da esso derivanti produrrebbe l'effetto di una vera e propria risoluzione; VILLAROSA (21), 987 sembra propendere per una verifica caso per caso della forma da adottare; *contra* LUMINOSO (10), 327, 331; FRANZONI (5), 79; SIRENA (20), 97 escludono che il patto risolutorio del compromesso in arbitri necessiti della forma scritta]. Qualora le parti abbiano concluso un clausola negoziale che imponga l'adozione di forme convenzionali espresse per la conclusione, ovvero per la successiva modificazione del contratto da esse stipulato, tale clausola non può ritenersi automaticamente estesa, in via analogica, a tutte le ulteriori vicende contrattuali in essa non specificamente contemplate [C 24.6.1997, n. 5639, *C* 1997, 557; SIRENA (20), 97].

16 Nel caso in cui la **forma scritta sia richiesta *ad probationem*** si afferma che non sussisterebbe vincolo formale per il mutuo dissenso, che potrebbe quindi manifestarsi per *facta concludentia*, ad esempio con la distruzione del documento [C 24.3.2001, n. 4307, *GCM* 2001, 581; C 10.9.1992, n. 10354, *GC* 1993, I, 991; FRANZONI (5), 80; LUMINOSO (10), 332].

17 L'applicabilità del mutuo dissenso anche ai contratti ad efficacia reale relativi ad immobili pone il problema della possibilità di effettuare la **trascrizione** del contratto risolutivo. Ad una opinione che nega tale possibilità, sulla base dell'assenza di una previsione legale in tal senso [CARRESI (3), 873] si contrappone un orientamento che pur escludendo la possibilità della trascrizione [*contra* T Catania 26.1.1983, cit.] afferma l'applicabilità del disposto di cui all'art. 2655 e la conseguente possibilità di annotare il contratto di mutuo dissenso [FRANZONI (5), 70; GALGANO (8), 23; LUMINOSO (10), 337; SIRENA (20), 100].

18 L'affermazione per cui il mutuo dissenso è concepibile solo per i contratti dispositivi e non anche per quelli dichiarativi conduce ad escludere la possibilità di configurare un mutuo dissenso per l'ipotesi di **simulazione** [C 9.6.1992, n. 7084, *VN* 1993, 201; FRANZONI (5), 101; GALGANO (8), 24; LUMINOSO (10), 218]. Si argomenta infatti che

nel caso della simulazione assoluta non vi è vincolo da rimuovere o sciogliere poiché le parti nulla hanno voluto, mentre nel caso della simulazione relativa, la parti che decidono di rendere produttivo di effetti il contratto originariamente solo simulato in realtà compiono un nuovo atto dispositivo.

19 La possibilità di sciogliere per mutuo consenso un **contratto nullo** viene esclusa in quanto, mancando un contratto da sciogliere, il contratto di mutuo dissenso sarebbe nullo per difetto di causa o per inesistenza dell'oggetto [Franzoni (5), 62; Luminoso (10), 350; *contra* Sirena (20), 94]. Ammissibile invece sarebbe il mutuo dissenso per il contratto **annullabile, rescindibile, revocabile** [Luminoso (10), 372, che sottolinea la differenza tra questa figura e quella delle convenzioni di annullamento, risoluzione o rescissione; Sirena (20), 94], anche se non mancano perplessità sulla concreta utilità [Franzoni (5), 63, che però non pare aderire alla distinzione di cui sopra].

20 Come ogni altro contratto il mutuo dissenso può essere **viziato da invalidità** o **essere risolto**. Ne conseguirà la reviviscenza delle azioni derivanti dall'originario contratto [T Napoli 26.4.1989, *FI* 1990, I, 3005; Franzoni (5), 89; Sirena (20), 94].

21 A differenza che per il recesso, la legge non contempla una previsione generale relativa al potere generale di **modifica unilaterale** del contratto [Roppo (16), 523], considerato che un simile potere si dovrebbe misurare con la forza di legge del contratto *ex* art. 1372 e potrebbe essere ritenuto un grave *vulnus* per le ragioni dell'altro contraente [Sirena (20), 142]. Tuttavia, che un tale potere sia configurabile è indirettamente deducibile dalle previsioni di cui all'art. 1469-*bis*, nn. 11 e 13; art. 6, l. 18.6.1998, n. 192 (divieto di modifiche unilaterali nella subfornitura); art. 4, l. 17.2.1992, n. 154 (subordinazione dell'ammissibilità della variazione unilaterale del tasso di interesse all'accettazione del cliente), cui, secondo alcuni, andrebbero affiancate le ipotesi di riconduzione del contratto ad equità, *ex* artt. 1450 e 1467 [Sirena (20), 142]. La presenza di casi in cui lo *ius variandi* è ammesso da una previsione di legge ma subordinato ad una espressa pattuizione (come nel caso dell'art. 33, c. 5, cod. cons. o dell'art. 117, c. 5, d.lgs. n. 385/1993) apre lo spazio alla distinzione tra *ius variandi* legale e *ius variandi* volontario [Sirena (20), 142]. La presenza di tali norme palesa che non vi è divieto generale di prevedere contrattualmente uno *ius variandi* a favore di uno dei contraenti [Franzoni (5), 20; Galgano (8), 25; Roppo (16), 524; Sirena (20), 146]. Si ritiene da taluni che l'ammissibilità dello *ius variandi* possa essere subordinata in primo luogo all'accertamento della fluidità della materia del contratto, che dovrebbe essere soggetta a mutamenti tali da giustificare l'attribuzione ad una parte del potere di variazione unilaterale, ed in secondo luogo dall'esigenza che la modifica non venga a snaturare radicalmente gli altri elementi essenziali del contratto, ed in particolare la causa [Sirena (20), 148]. Ulteriore requisito di liceità sarebbe la predeterminazione di limiti e criteri idonei ad evitare che lo *ius variandi* divenga potere arbitrario, fermo restando il carattere presuntivamente abusivo di tali clausole se apposte in un contratto con un consumatore *ex* art. 33, c. 2, lett. m) ed o) [Sirena (20), 147]. In caso di assenza di limiti residuerebbe poi spazio per l'applicazione della clausola generale di buona fede [Roppo (16), 527; Sirena (20), 149]. In ogni caso il fatto che lo *ius variandi* sia

potere che è conferito o dal contratto o dalla legge (cfr. artt. 1661, 1685, 1925, 2103), consente di affermare che lo stesso non costituisce limite al principio di intangibilità del contratto, proprio perché trova la propria fonte nel contratto medesimo o nella legge che lo viene ad integrare [FRANZONI (5), 26]. Peraltro in numerose ipotesi l'altro contraente è tutelato dalle modifiche unilaterali mediante la previsione legale di una facoltà di recesso (cfr. artt. 1660 e 2437; art. 6, l. 17.2.1992, n. 154; artt. 11 e 12, d.lgs. 17.3.1995, n. 111; art. 118, d.lgs. 1.9.1995, n. 385) [ROPPO (16), 521-522]. Si tende ad escludere che lo *ius variandi* possa tradursi nella unilaterale rideterminazione del contratto, potendosi con esso o determinare una prestazione comunque già oggetto dell'obbligazione (artt. 1560, 2103, 6, l. n. 192/1998) o far fronte a fatti sopravvenuti (artt. 1664, 1711, 90 cod. cons.), sicché l'atto di esercizio dello *ius variandi* si caratterizzerebbe come insieme di ordini o istruzioni e comporterebbe un effetto denominato **specificazione** [SIRENA (20), 144].

22 L'atto con cui si esercita lo *ius variandi* ha carattere recettizio [SIRENA (20), 145]. La **forma** per la modifica è quella richiesta per la conclusione del contratto da modificare sia nel caso in cui sia prevista *ad substantiam* sia in quello in cui sia prevista *ad probationem*, ferma restando la possibilità di modifica tacita nel caso in cui per il contratto da modificare viga la libertà di forma [C 26.10.1992, n. 11626, *GI* 1994, I, 1, 502; C 24.11.1994, n. 7851, *GCM* 1994, 1146; FRANZONI (5), 21; GALGANO (8), 25, che traggono entrambi argomento dalla specifica previsione dell'art. 2607, c. 2, per il consorzio].

IV. L'effetto regolamentare del contratto: le autodiscipline contrattuali

23 Gli **effetti regolamentari** del contratto possono essere destinati a trovare applicazione *una tantum*, oppure possono essere suscettibili di applicazioni ripetute oppure destinati ad applicazioni solo eventuali [FRANZONI (5), 29; GALGANO (8), 51]. Il secondo tipo di effetti (tipici dei contratti ad esecuzione continuata e periodica) viene a caratterizzare i contratti con contenuto regolamentare. A tale categoria di contratti appartengono anche gli statuti degli enti [C 21.6.2000, n. 8435, *GCM* 2000, 1364; C 21.6.2000, n. 8435, *GI* 2001, 710] ed i regolamenti condominiali, siano essi contrattuali o assembleari [FRANZONI (5), 32].

24 Al terzo tipo di effetti (determinazioni astratte destinate ad una applicazione solo eventuale) vengono ricondotti i **contratti normativi** o **contratti-tipo**, coi quali le parti fissano in tutto (contratto-tipo) o in parte (contratto normativo) il contenuto di altri contratti futuri ed eventuali e che pertanto vincolano le parti a disciplinare un rapporto nel modo indicato dal contratto nel caso in cui esse decidano di dar vita al rapporto medesimo. A tale categoria vengono ricondotti i contratti collettivi, l'autodisciplina pubblicitaria, l'autodisciplina urbanistica. Pur avendo un contenuto di disciplina astratta il contratto normativo non è assimilabile alla norma di legge in primo luogo perché la disciplina che contiene non ha l'astrattezza della legge, ed in secondo luogo perché comunque non ha l'efficacia reale *erga omnes* della legge, ma vincola i soli contraenti [FRANZONI (5), 36; GALGANO (8), 55].

V. Il principio di relatività del contratto: la (problematica) nozione di terzo

25 Il c. 2 dell'art. 1372, disponendo che il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge, enuncia il c.d. **principio di relatività degli effetti contrattuali**. Si tratta di un portato del principio di autonomia contrattuale: se la parte può risultare vincolata solo in virtù dello scambio di una propria dichiarazione negoziale con quella dell'altro o degli altri contraenti, deriva che detta dichiarazione non può produrre effetti nei confronti di chi non ha partecipato allo scambio di dichiarazioni [Roppo (15), 131]. Naturale conseguenza della dicotomia "parte-terzo" stabilita dalla norma è l'insorgenza del problema, indubbiamente ostico, di individuare e definire le figure in questione. Prevale in dottrina l'opinione che definisce come **terzo** colui che, non essendo stato parte del negozio, neppure ne subisce gli effetti, rimanendo estraneo al rapporto [Ferri (4), 902; Franzoni (5), 110; Messineo (12), 196; Mirabelli (13), 294]. Numerose sono tuttavia le eccezioni a tale definizione convenzionale, al punto da indurre taluni ad escludere la concreta possibilità di individuare un concetto unitario [Ferri (4), 902].

26 L'elaborazione dei concetti di parte e di terzo si è però concentrata proprio sull'enunciazione del principio di relatività, approdando ad alcune regole che costituirebbero il contenuto del principio medesimo: a) il contratto non può imporre obblighi a carico di coloro che non sono stati parti del negozio (cfr. art. 1381); b) il contratto non può sottrarre al terzo i suoi diritti (cfr. artt. 1478 e 1479); c) il contratto non può impedire al terzo di acquistare diritti [Rescigno (14), 29; Roppo (16), 533]. Secondo un filone della dottrina il principio di relatività non impedirebbe invece l'attribuzione al terzo di effetti favorevoli, salva restando la possibilità per il terzo medesimo di opporre il rifiuto [Bianca C.M. (2), 566; Roppo (16), 535, per il quale tuttavia l'attribuzione di diritti sarebbe limitata a quelli di credito, con esclusione dei diritti reali, Sacco (17), 500; Sacco-De Nova (18), 57; Id. (19), 360]. Tali regole possono essere tradotte nella esclusione della possibilità per il contratto di produrre **effetti diretti** nella sfera del terzo, salve le ipotesi in cui tali effetti siano accettati e voluti dal terzo medesimo (*res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*) [C 3.3.2003, n. 3122, *GCM* 2003, 432; C 10.2.2001, n. 1920, *GCM* 2001, 237; C 14.10.1980, n. 5496, *GC* 1981, I, 537; Carresi (3), 667; Sacco (17), 500]. Contrapposti agli effetti diretti sono gli **effetti "non giuridici" o "riflessi"** del contratto, e cioè quegli effetti che non promanano dal regolamento contrattuale ma che sono portati dall'esistenza del rapporto che dal contratto medesimo è scaturito [C 15.6.1991, n. 6775, *GCM* 1991, 895; Bianca C.M. (2), 572; Carresi (3), 676; Franzoni (7), 1055; Galgano (8), 30; Messineo (11), 975; Roppo (15), 131; Id. (16), 530] e che da taluni vengono ricondotti alla categoria di "efficacia" del contratto, la quale comprenderebbe gli effetti in senso stretto, ma non si esaurirebbe in essi [Ferri (4), 909]. Tali effetti "riflessi" sono sottratti al principio di relatività, proprio perché non discendono dalla "forza di legge" del contratto ma dall'esistenza del rapporto contrattuale tra i contraenti. Rispetto a tale valenza "esterna" il contratto risulta essere fonte di effetti non come negozio bensì come fatto giuridico [Galgano (8), 27; per una revisione critica della categoria cfr. Carresi (3), 680, secondo il quale di effetti riflessi dotati di "rilevanza giuridica" potrebbe parlarsi nei soli casi in cui

la legge ricollega al contratto o lo scaturire di diritti per il terzo (ad esempio diritto del mediatore alla provvigione, diritto potestativo del debitore in solido di profittare della transazione fatta da altro condebitore; diritto del terzo di esercitare la prelazione) oppure il prodursi di effetti su rapporti di cui il terzo sia titolare e che siano dipendenti dal contratto o incompatibili con esso (contratti collegati, opponibilità). In giurisprudenza è stato, ad esempio, precisato che non possono ritenersi legittimati ad agire per la nullità di una clausola arbitrale i garanti di una delle parti contrattuali, coobbligati in virtù di altro contratto, non potendo i medesimi essere convenuti innanzi all'arbitro né farsi promotori di un giudizio arbitrale, cfr. C 12.7.2007, n. 15603, *GCM* 2007, f. 7-8].

27 Alle parti del contratto si è soliti parificare **gli eredi o i successori a titolo universale** (come la società risultata dalla fusione di altre compagini, per chi accetta la ricostruzione della fusione in termini di successione universale), nonostante di detta categoria l'art. 1372 non si occupi direttamente, come invece fa l'art. 2909 [MESSINEO (11), 972]. Si afferma solitamente che gli eredi succedono alle parti nella medesima posizione di queste ultime [C 13.11.2009, n. 24133; C 22.2.2001, n. 2613, *GCM* 2001, 305; C 15.5.1997, n. 4282, *GCM* 1997, 750; C 9.6.1990, n. 5618, *GC* 1991, I, 2149; C 17.7.1986, n. 4615, *GCM* 1986, 1335; C 17.6.1980, n. 3834, *GI* 1981, I, 1, 1510; T Udine 5.11.1983, *FI* 1984, I, 278; T Udine 3.11.1983, *VN* 1984, 995], eccezion fatta per i contratti *intuitu personae*, e cioè per quei contratti nei quali la scelta dell'altro contraente ha rilievo essenziale al momento della conclusione [C 28.7.1983, n. 5213, *GCM* 1983, 1832; MESSINEO (11), 970]. Tale ultima opinione è stata oggetto di un processo di revisione critica, che ha evidenziato come sussista un vero e proprio *favor* del legislatore per la continuità dei rapporti oltre la vita degli originari contraenti. Tale continuità si estenderebbe anche ai citati contratti *intuitus personae*, configurando in alcuni casi un "doppio regime" per la cedibilità *mortis causa* o *inter vivos* (ad es. l'art. 2322). Nei contratti *intuitus personae*, alla morte di una delle parti non si ricollegherebbe l'incedibilità della posizione di quest'ultima, ma l'insorgenza di una causa di giusto recesso [FRANZONI (6), 113; ID. (7), 1053; GALGANO (8), 36].

28 Alla luce di tale opinione, l'**incedibilità** in caso di morte di uno dei contraenti si avrebbe in due sole serie di ipotesi: a) contratti che obbligavano il defunto ad una prestazione di **fare inesigibile** a carico degli eredi (contratto di lavoro; prestazione d'opera manuale o intellettuale; mandato); b) **contratti personali**, cioè contratti il cui carattere personale inerisce allo stesso tipo ed influisce non sulla scelta dell'altro contraente ma sull'esecuzione del contratto stesso (patto di non concorrenza, patto parasociale) [FRANZONI (5), 115; ID. (7), 1054; GALGANO (8), 38].

29 Diverso è il discorso per i **successori a titolo particolare**, *mortis causa* o per atto tra vivi, anch'essi esclusi dalla previsione della norma. Per essi non pare individuabile una regola generale [FRANZONI (5), 118; ID. (7), 1054; MESSINEO (11), 972; *contra* GALGANO (8), 41, secondo il quale l'alienazione della cosa estingue il contratto salvi i casi espressamente previsti dalla legge, come gli artt. 1599 e 2558]. Vi sono casi in cui detti soggetti sono assimilati alla parte [C App. Catanzaro 5.7.1986, *GC* 1987, I, 1539] ed ipotesi in cui sono assimilati ai terzi [C 10.2.2001, n. 1920, *GCM* 2001,

237; C 9.4.1985, n. 2356, *FI* 1986, I, 1036; C 7.3.1983, n. 1683, *GCM* 1983, 599]. Questa seconda situazione ricorre in particolare nelle ipotesi di inopponibilità (cfr. *infra*, **VI**, 36).

Di particolare interesse sono due fattispecie: a) **successione nei contratti di impresa e nei contratti aziendali**: l'art. 2558 contempla un meccanismo di subentro dell'acquirente (o usufruttuario o affittuario) dell'impresa in tutti i contratti aziendali (diverso dalla cessione del contratto di cui agli artt. 1406 ss. in quanto può intervenire in qualsiasi fase del rapporto contrattuale, purché non del tutto esaurito [C 11.8.1990, n. 8219, *GI* 1991, I, 1, 584], eccezion fatta per i contratti con carattere personale [C 7.3.2001, n. 3312, *GCM* 2001, 426; C 29.4.1999, n. 4301, *GC* 2000, I, 855; C 14.5.1997, n. 4242, *NGCC* 1998, I, 309; C 19.6.1996, n. 5636, *FI* 1997, I, 2272]. La regola è ritenuta operante non solo per i "**contratti aziendali**" (quelli cioè che hanno ad oggetto il trasferimento o il godimento dei beni aziendali), ma anche per i "**contratti d'impresa**" (e cioè quei contratti stipulati per l'esercizio dell'impresa, quali i contratti di assicurazione ovvero quelli che regolano i rapporti con i fornitori) [C 12.4.2001, n. 5495, *GI* 2001, I, 1, 2315; Franzoni (5), 123; Galgano (8), 44]. La distinzione rileva in quanto la "diversa pattuizione" di cui all'art. 2558 sarebbe concepibile per i soli contratti d'impresa [quale il contratto di agenzia; C 26.2.1994, n. 1975, *MGL* 1994, 255], mentre nessuna deroga sarebbe ammissibile per i contratti aziendali (la cui trasmissione sarebbe elemento identificativo della fattispecie): l'esclusione di alcuni dei contratti aziendali verrebbe a significare che non di cessione di azienda si tratta ma di cessione di alcuni beni o rapporti aziendali [Franzoni (5), 123; Galgano (8), 44]. Complesso è determinare quali siano quei contratti il cui "**carattere personale**" esclude la trasmissibilità. Si è ipotizzato che si tratti di quei contratti che prevedono a carico del soggetto alienante l'azienda una prestazione oggettivamente infungibile, sia quelli in cui si ha una infungibilità soggettiva della prestazione stessa, derivante dalla fiducia riposta dal terzo nella capacità di adempimento della controparte [C 25.7.1978, n. 3723, *GI* 1979, 1129, I, 1; T Milano 6.7.1995, *Gius* 1995, 3985; *contra* Galgano (8), 47, secondo il quale il "carattere personale" andrebbe riferito al terzo contraente e non all'imprenditore alienante, dal momento che le caratteristiche personali dell'alienante rilevano sotto il diverso profilo dell'esercizio del diritto di recesso da parte del terzo]. La definizione più diffusa, almeno in dottrina, è tuttavia quella di contratti in cui ha rivestito importanza fondamentale la "fiducia" intercorrente tra le parti (contratto con un professionista [*contra* C 25.7.1978, n. 3723, cit.]; (patto di non concorrenza), fermo restando che tale categoria non può considerarsi coincidente con i contratti *intuitus personae*, per molti dei quali vige la trasmissibilità [C 22.1.1999, n. 577, *RN* 1999,1235; C 1.10.1993, n. 9802, *GC* 1994, I, 992; C 25.7.1978 n. 3723, cit.; C App. Milano 21.1.1986, *GI* 1986, I, 2, 713; T Verona 9.1.1982, *GI* 1984, I, 2, 76; P Perugia 22.1.1996, *RGU* 1996, 391; Franzoni (5), 125 Galgano (8), 46]; b) **fallimento di uno dei contraenti**: in questa ipotesi sono stati individuati tre ordini di soluzioni. 1) Il fallimento comporta lo scioglimento automatico di tutti i contratti che o presuppongono l'esercizio dell'impresa, o hanno natura personale, o sono inconciliabili con una procedura concorsuale: è il caso dell'associazione in partecipazione, del contratto di conto corrente, dei contratti di borsa a termine dei contratti di mandato a commissione, **30**

dell'assicurazione sulla vita o per infortuni a favore del fallito, dell'appalto, salva l'ipotesi di subentro del curatore (artt. 76, 78 e 81 l. fall.). 2) Si ha prosecuzione, con subentro del curatore, per i contratti di locazione (art. 80 l. fall.), di assicurazione contro i danni (art. 82 l. fall.), di lavoro (art. 2119, c. 2 e 3) Nel caso dei contratti di vendita o somministrazione con prestazioni non ancora del tutto eseguite, la scelta tra la prosecuzione del rapporto e l'interruzione del medesimo è rimessa ad una scelta del curatore o dell'altro contraente (artt. 72, 75 l. fall.) [FRANZONI (5), 127; GALGANO (8), 48]. Per i contratti per i quali nulla sia stabilito dalla legge, prevale l'opinione che debba trovare applicazione il meccanismo di prosecuzione temporanea con facoltà per curatore di optare tra recesso ed esecuzione. L'art. 72 l. fall. viene quindi visto come espressione di un principio generale o comunque come norma operativamente più adeguata agli interessi della procedura [C 22.5.1996, n. 4715, *GI* 1997, I, 1, 1599; C Stato 25.9.1995, n. 1342, *GI* 1996, III, 1, 133; C 13.11.1989, n. 5573, *GCM* 1989, 1245; C 10.3.1988, n. 2385, *Fall* 1988, 572; T Napoli 22.1.1992, *F* 1992, 1040; T Napoli 11.1.1991, *DFSC* 1991, II, 858; T Catania 14.11.1987, *BBTC* 1989, II, 205; FRANZONI (5), 165; GALGANO (8), 50].

VI. La produzione di effetti nei confronti dei terzi: classificazione e casistica

31 Se, come detto, il **principio di relatività** esclude che il contratto possa produrre effetti diretti nei confronti dei terzi, appare logica conseguenza che le ipotesi stabilite dalla legge (e richiamate dallo stesso art. 1372) in cui detta produzione invece si verifica, costituiscano tutte eccezioni al principio di relatività. Una delle possibili classificazioni degli effetti nei confronti dei terzi è quella che distingue: 1) ipotesi di produzione solo apparente di effetti nei confronti di terzi; 2) ipotesi di produzione diretta di effetti nei confronti di terzi; 3) ipotesi di rilevanza verso terzi pur in assenza di produzione di effetti diretti; 4) ipotesi di opponibilità del contratto [FRANZONI (5), 180; ID. (7), 1056].

32 Si ha **produzione solo apparente di effetti nei confronti dei terzi** nelle ipotesi di divieto di alienazione (art. 1379), promessa di obbligazione o di fatto del terzo (art. 1381), di vendita di cosa altrui (art. 1479) e in generale dei c.d. **negozi o contratti "sul patrimonio del terzo"** [CARRESI (3), 670; FRANZONI (5), 179; ID. (7), 1055; MESSINEO (12), 198; ROPPO (16), 522; SACCO-DE NOVA (19), 360]. In tutti questi casi l'accordo contrattuale non è in grado di incidere direttamente sulla sfera del terzo e quindi rimane improduttivo di effetti nei suoi confronti, costituendo fonte di obblighi e diritti solo per le parti [MESSINEO (11), 973; RESCIGNO (14), 29] (per un'analisi ulteriore **cfr. artt. 1379 e 1381**).

33 Una ipotesi di **produzione diretta di effetti nei confronti di terzi** è costituita dal contratto a favore di terzo (cfr. art. 1411). La norma prevede infatti una fattispecie in cui un accordo contrattuale tra le parti produce effetti direttamente nella sfera del terzo, senza mediazione della volontà di quest'ultimo, dal momento che la dichiarazione "di volerne profittare" vale solo a rendere irrevocabile o immodificabile la stipulazione [BIANCA C.M. (2), 569; FRANZONI (5), 183; ID. (7), 1059; GALGANO

(8), 29; *contra* Rescigno (14), 29, secondo il quale la dichiarazione condiziona l'acquisto del diritto, ma l'acquisto avviene per effetto della stipulazione]. La norma costituisce una delle ipotesi in cui la legge *ex* art. 1372, c. 2, consente che il contratto produca effetti nei confronti del terzo ed è vista come deroga al principio di relatività [Franzoni (5), 184; Id. (7), 1059; Galgano (8), 29; *contra* Roppo (16), 535, secondo il quale una lettura più puntuale del principio di relatività conduce a ritenere che esso precluda l'attribuzione al terzo di posizioni svantaggiose ma non di posizioni vantaggiose] (per il commento di tutti i profili della norma **cfr. art. 1411**).

Numerose sono le **ipotesi di rilevanza verso terzi pur in assenza di produzione di effetti diretti**: a) la prima ipotesi è costituita dalle **azioni dirette**, e cioè dalle fattispecie in cui un terzo può pretendere l'esecuzione di una prestazione dalla parte di un contratto (come l'art. 1717 o le azioni dirette del danneggiato verso l'assicuratore previste dagli artt. 18, l. n. 990/1969; 1015 c. nav.; 112, d.P.R. n. 1124/1965) o l'adempimento di una obbligazione che non costituisce oggetto del contratto (art. 1676) [Franzoni (5), 199; Id. (7), 1104; Galgano (8), 31]. Va escluso che in questi casi ci si trovi di fronte a contratti a favore del terzo in quanto il diritto del terzo non scaturisce dal contratto come atto o negozio giuridico, bensì da una fattispecie complessa costituita dalla sussistenza di un diritto nei confronti di un soggetto (il debitore originario) e dall'aggiungersi di un nuovo debitore, estraneo al rapporto originale ed individuato appunto tramite il contratto, che si configura quindi come mero fatto giuridico [Carresi (3), 683; Franzoni (5), 201; Id. (7), 1105; Galgano (8), 31]; b) altra ipotesi di produzione indiretta di effetti è data dal **collegamento contrattuale**, nelle sue varie forme (contratto derivato, contratto accessorio, subcontratto). In tal caso le vicende di uno dei contratti influiscono sull'altro rapporto anche se in questo sono coinvolti soggetti terzi rispetto al primo [C 23.4.2001, n. 5966, *GCM* 2001, 861; C 13.1.1998, n. 212, *C* 1999, 154; C 24.5.1994, n. 5053, *ALC* 1994, 775; C 30.10.1991, n. 11638, *GCM* 1991, 1583; Carresi (3), 685; Franzoni (5), 204; Id. (7), 1105]. Tale effetto del primo contratto sul secondo non deriva da un'espansione dell'efficacia del contenuto normativo, in deroga all'art. 1372, bensì dal porsi del primo contratto come fatto giuridico rispetto al secondo [Franzoni (5), 206; Id. (7), 1107]; c) la **cessione del credito** produce effetti nei confronti del ceduto per effetto della mera comunicazione; d) nel **contratto per persona da nominare** la *electio* accompagnata da accettazione comporta la produzione di effetti nei confronti del nominato; e) la **transazione** conclusa col condebitore produce effetto nei confronti degli altri coobbligati se questi lo dichiarano; f) il contratto concluso dal ***falsus procurator*** assume rilievo verso il rappresentato che lo ratifichi o addirittura diventa impegnativo per il rappresentato che con propria colpa (c.d. "rappresentanza apparente") abbia ingenerato nei terzi il convincimento che il *falsus procurator* avesse in realtà poteri rappresentativi (cfr. art. 1399); g) nell'**agenzia** e nella **mediazione** (per quest'ultima la natura contrattuale è da alcuni esclusa) la conclusione dell'affare fa sorgere il diritto alla provvigione ed è quindi elemento di una fattispecie rispetto al quale il contratto si pone come mero fatto. **34**

35 Tra gli effetti ricollegabili al **contratto come fatto** (e non come negozio) vi è l'obbligo per i terzi di rispettare i diritti dei contraenti [FRANZONI (5), 263; GALGANO (8), 34; SACCO (17), 500]. Tale lesione può verificarsi tramite: a) **induzione di uno dei contraenti all'inadempimento**: ne sono esempi lo storno di dipendenti (art. 2598) [C 9.6.1998, n. 5671, *SJ* 1998, 1122; C 3.7.1996, n. 6079, *GI* 1997, I, 1, 451; C 20.6.1996, n. 5718, *FI* 1997, I, 228; T Monza 24.1.2000, *RDInd*. 2001, II, 44; T Verona 15.10.1996, *RDInd*. 1998, II, 225]; b) **cooperazione all'inadempimento di uno dei contraenti**: il terzo fornisce un contributo all'inadempimento di uno dei contraenti (la differenza rispetto alla lesione del credito è costituita appunto dalla presenza di una condotta inadempiente di uno dei contraenti) [GALGANO (8), 34]. Ne sono esempi il concorso nella violazione del patto di non concorrenza [C App. Milano 4.12.1981, *GADI* 1981, 650]; la doppia alienazione immobiliare seguita dalla trascrizione del secondo acquirente [FRANZONI (5), 277; GALGANO (8), 35] nell'ipotesi in cui esso sia consapevole della precedente alienazione [secondo C 9.1.1997, n. 99, *GI* 1998, 928; C 18.8.1990, n. 8403, *FI* 1991, I, 2473; C 15.6.1988, n. 4090, *GCM* 1988, f. 6; C 8.1.1982, n. 76, *FI* 1982, I, 393; T Verona 4.3.1991, *GM* 1992, 569] o agisca con vera e propria frode [secondo C 25.5.2001, n. 7127, *GCM* 2001; C 9.2.1982, *RN* 1982, II, 315] ai danni del primo acquirente. Più complessa è la classificazione del **contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo**, come il contratto stipulato tra una gestante, una struttura sanitaria ed un medico, avente ad oggetto la prestazione di cure finalizzate a garantire il corretto decorso della gravidanza; tale contratto riverbera per sua natura effetti protettivi a vantaggio anche del concepito e del di lui padre, i quali in caso di inadempimento, sono perciò legittimati ad agire per il risarcimento del danno [C 11.5.2009, n. 10741]. Sembra tuttavia potersi affermare che anche in tal caso il contratto viene a far parte di una fattispecie complessa idonea ad ingenerare effetti obbligatori anche nei confronti di soggetti che non sono parte dell'accordo vero e proprio.

36 Sempre nell'ambito dell'art. 1372, c. 2 vengono ricondotte le ipotesi di **opponibilità del contratto ai terzi** [BIANCA C.M. (2), 576; CARRESI (3), 674; FRANZONI (5), 216; ID. (7), 1109; MESSINEO (11), 976; ROPPO (15), 131; ID. (16), 535]. L'opponibilità ha come imprescindibile presupposto l'esistenza di un conflitto tra due o più soggetti che sullo stesso diritto avanzano pretese derivanti da contratti diversi. La soluzione di un simile conflitto è appunto fornita dai vari meccanismi di opponibilità i quali valgono a rendere un contratto inidoneo a produrre effetti nei confronti di determinati terzi, il cui titolo diviene per contro idoneo a produrre effetti nella sfera del soggetto "soccombente" [CARRESI (3), 674; FRANZONI (5), 216; ID. (7), 1109]. Non esiste una sola regola di opponibilità né può ritenersi che in assenza di regole possa operare come principio generale il brocardo *prior in tempore potior in iure* [ANGELONI (1), 897; BIANCA C.M. (2), 576; CARRESI (3), 675; FRANZONI (5), 241; ID. (7), 1110; *contra* C 22.8.1998, n. 8337, *GCM* 1998, 1748]. L'opponibilità può essere diversa per diverse categorie di terzi (acquirenti o creditori: cfr. artt. 1415, 1416 e 1524); può dipendere dalla trasmissione o meno della disponibilità materiale della *res* (cfr. artt. 1155 e 1380); può dipendere dall'onerosità o meno dell'acquisto (cfr. artt. 534, c. 2, 1445, 2652, nn. 5, 6, 7, 9 e 2901); può essere subordinata allo stato di buona fede (cfr. artt. 1155, 534, c.

2, 1445, 2652, nn. 5, 6, 7, 9); può collegarsi all'osservanza di determinate formalità (notifica della cessione del credito: art. 1265; trascrizione, art. 2644) [Franzoni (5), 220; Id. (7), 1109].

Le regole di opponibilità non costituiscono eccezione o deroga al **principio consensualistico** (cfr. art. 1376), dal momento che opponibilità ed efficacia reale sono tra loro indipendenti: il secondo opera tra le parti, mentre la prima riguarda i terzi. Ne consegue che per tutti i contratti in conflitto opera il principio consensualistico, ma che uno solo di essi sarà opponibile e quindi produttivo di effetti nei confronti dei terzi. In base al principio consensualistico il secondo acquirente sarebbe sempre soccombente in quanto acquirente *a non domino*, sulla base di un titolo inefficace *ex* art. 1376. Il fatto che il conflitto tra più acquirenti sia risolto non sulla base del principio *prior in tempore potior in iure*, e quindi del principio consensualistico, ma di altre regole di opponibilità giustifica la possibilità per il secondo acquirente di prevalere sul primo [Franzoni (5), 226; Id. (7), 1111]. **37**

L'assenza di una regola generale che si basi sul principio *prior in tempore potior in iure* crea problemi nel caso in cui manchi una previsione sulla soluzione dei conflitti, come nel caso della **cessione di beni immateriali**. Ai tentativi della giurisprudenza di applicare le regole elaborate per i diritti su beni materiali [C 26.5.2000, n. 6957, *GI* 2000, 2309; C 13.11.1973, n. 3004, *FIM* 1973, 844] o dell'anteriorità del titolo [T Torino 27.8.1992, *GI* 1993, I, 2, 585] si contrappone l'opinione teorica favorevole all'esclusione reciproca di efficacia tra i contratti in conflitto, con la possibilità per colui che ha effettuato la doppia alienazione di "optare" per il soggetto cui adempiere [Franzoni (5), 241; Id. (7), 1122; Galgano (8), 153]. **38**

Bibliografia: (1) Angeloni, *Il principio di relatività del contratto quale regola per la soluzione dei conflitti di diritti*, *CI* 1999, 897; (2) Bianca C.M., *Diritto civile, Il contratto*, III, II ed., Milano 2000; (3) Carresi, *Il contratto*, Milano 1987; (4) Ferri, *Parte del negozio*, *EdD*, XXXI, Milano 1981, 901; (5) Franzoni, *Degli effetti del contratto, Com. Schlesinger*, I, Milano 1998, 1; (6) Franzoni, *Degli effetti del contratto, Com. Schlesinger*, II, Milano 1999; (7) Franzoni, *Il contratto e i terzi*, *Tr. RES*., I, Torino 1999, 1051; (8) Galgano, *Effetti del contratto*, *Com. S.B*., Bologna-Roma 1993, 1; (9) Landini, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza nelle relazioni contrattuali*, *CI* 2016, 179; (10) Luminoso, *Il mutuo dissenso*, Milano 1980; (11) Messineo, *Contratto (dir. priv.)*, *EdD*, IX, Milano 1961, 749; (12) Messineo, *Contratti nei rapporti col terzo*, *EdD*, X, Milano 1962, 196; (13) Mirabelli, *Dei contratti in generale, Com. UTET*, III ed., Torino 1980, 287; (14) Rescigno, *Contratto, I, In generale*, *EGT*, VIII, Roma 1988, 1; (15) Roppo, *Contratto*, *Dciv*, IV, Torino 1989, 87; (16) Roppo, *Il contratto*, II ed., Milano 2011; (17) Sacco, *Il contratto*, *Tr. VAS*., Torino 1975, 499; (18) Sacco-De Nova, *Il contratto*, *Tr. Sacco*, II, Torino 1993; (19) Sacco-De Nova, *Il contratto*, *Tr. RES*., II ed., Torino 1995, 360; (20) Sirena, *Effetti e vincolo, Trattato del contratto*, a cura di Roppo, *Effetti*, III, Milano 2006; (21) Villarosa, *La risoluzione del contratto per mutuo consenso*, *C* 2014, 984.