

G. SICCHIERO, *Fondamenti di tecnica contrattuale*, 3a ed.

CEDAM SCIENZE GIURIDICHE

Gianluca Sicchiero

FONDAMENTI DI TECNICA CONTRATTUALE

TERZA EDIZIONE



Wolters Kluwer

Copyright 2018 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via Dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 - Milano

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633. Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale - cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale - e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Finito di stampare nel mese di gennaio 2018
da LegoDigit S.r.l.,
Via Galileo Galilei, 15/1 - 38015 Lavis (TN)

Ad A.D.T., che nel suo non è da meno di Ernest Shackleton



Indice

1. La distribuzione del rischio contrattuale	pag.	5
2. La determinazione del contenuto del contratto	pag.	11
3. Le norme imperative di legge	pag.	15
4. Il problema della complessità	pag.	19
5. La prassi contrattuale	pag.	21
6. L'intitolazione	pag.	23
7. Le parti e i poteri rappresentativi; la domiciliazione	pag.	24
8. Le definizioni	pag.	28
9. Le premesse	pag.	30
10. La parte dispositiva	pag.	33
11. La clausola di inscindibilità	pag.	35
12. La clausola di irrisolvibilità	pag.	37
13. La clausola di omnicomprensività	pag.	39
14. La clausola di segretezza	pag.	40
15. Le clausole di adeguamento monetario	pag.	41
16. Le condizioni	pag.	46
17. Le clausole sui tempi di pagamento	pag.	52
18. Il patto di non concorrenza	pag.	55
19. Le clausole di recesso	pag.	58
20. Clausola risolutiva espressa e termine essenziale	pag.	61
21. La clausola penale e la caparra confirmatoria	pag.	65
22. Clausole che impongono l'utilizzo del bene	pag.	72
23. La clausola sulla rilevanza probatoria delle scritture contabili	pag.	75
24. Clausole sulla mora	pag.	76
25. La clausola sul regresso	pag.	77
26. La clausola di prelazione	pag.	78
27. Clausole per la restituzione del bene	pag.	80
28. La clausola arbitrale	pag.	82
29. Il foro elettivo	pag.	86
30. La sottoscrizione (data, luogo e firma)	pag.	87
Predisposizione di un preliminare di vendita di immobile	pag.	91
Predisposizione di preliminare di vendita di partecipazioni	pag.	100
Bibliografia	pag.	127



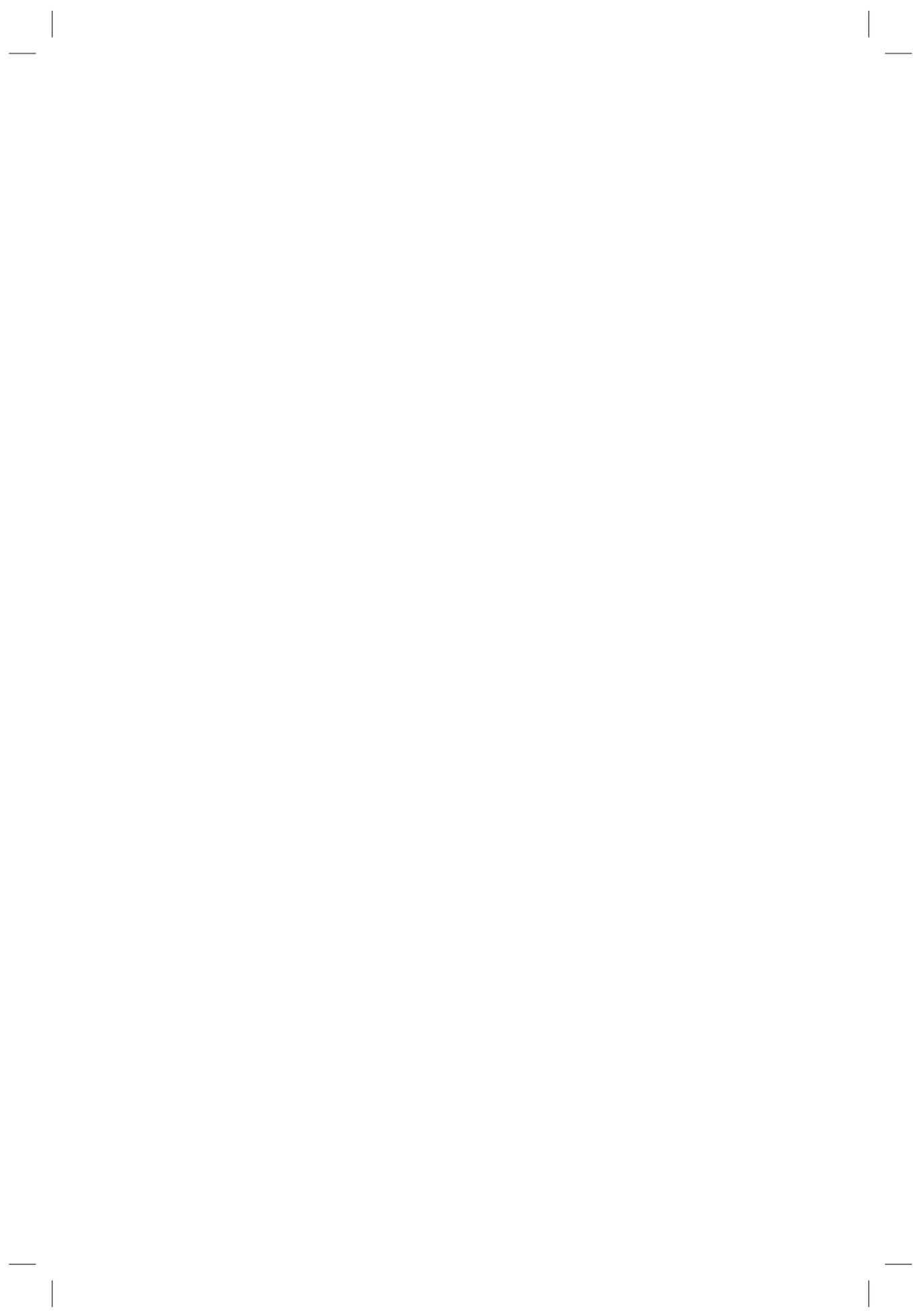
Ho scritto questo libretto per i miei studenti del corso di Istituzioni di diritto privato; aggiungerei della Facoltà di Economia, ma pare che a breve le facoltà scompariranno, com'è già sparito un corso dedicato solo al contratto che tenevo negli scorsi anni, durante il quale si studiava sì il contratto ma, nel contempo, si imparava a costruirne qualcuno.

Ho sempre pensato che l'astrattezza dello studio del diritto in generale e di quello privato in particolare, nuocia alla comprensione della funzione del diritto stesso, che non è un gioco di regole ma serve a risolvere conflitti: il contratto, in questo senso, dovrebbe anzi prevenirli il più possibile. Non esistono però "laboratori" di diritto privato, dove esercitarsi come fanno gli studenti di chimica o di altre materie scientifiche; il che non impedisce tuttavia di costruirli da soli, con un piccolo strumento di lavoro quale questo libricino: quantomeno dal profilo delle risorse, se ci si arrangia, i giuristi costano poco. Molti dei miei studenti degli anni scorsi sono già dottori commercialisti ed in tale veste spesso predispongono contratti e non solo statuti societari; altri lavorano in imprese dove i contratti sono il loro pane quotidiano: spero perciò di far vedere ai più giovani e fin dai banchi dell'aula, che stanno apprendendo i fondamenti per la loro professione futura. Sarò grato di qualsiasi suggerimento. Venezia, settembre 2010

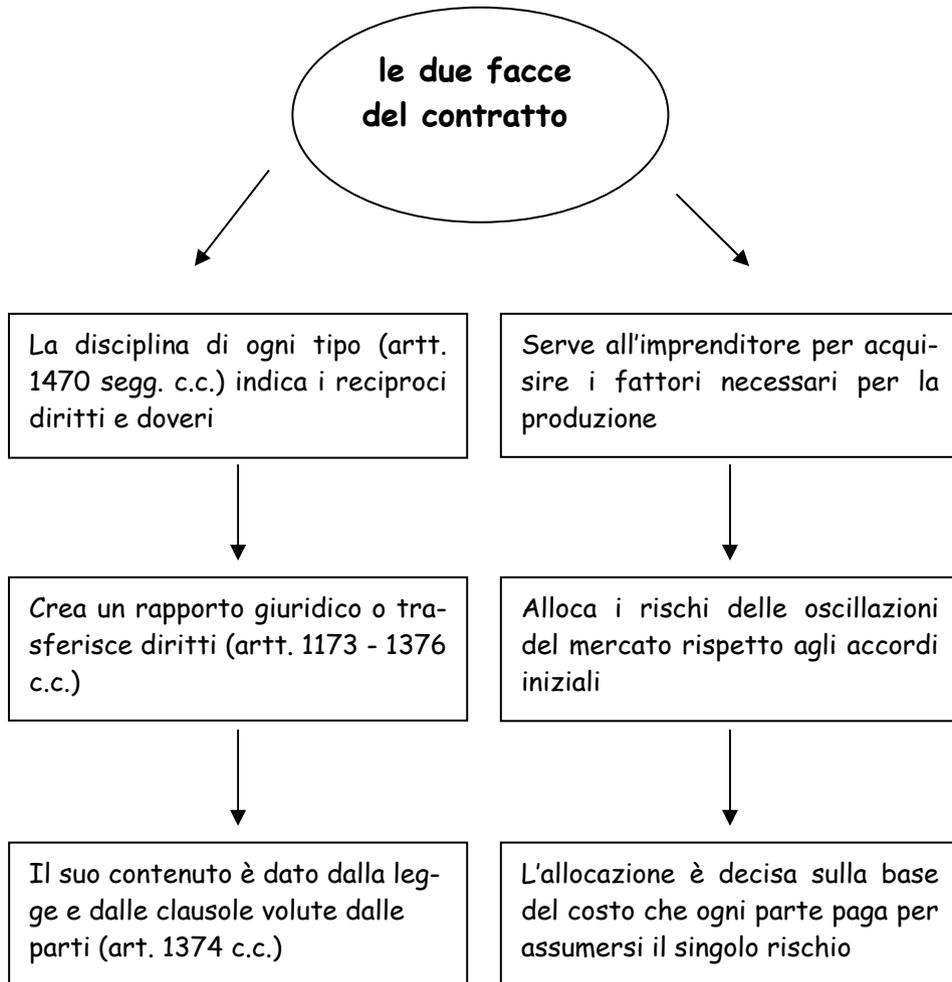
Il libretto si è esaurito in fretta e questa seconda edizione mi offre l'occasione di aggiungere alcune delle clausole che l'esperienza professionale quotidiana mi ha suggerito e di rinnovare la dedica. Venezia, giugno 2012

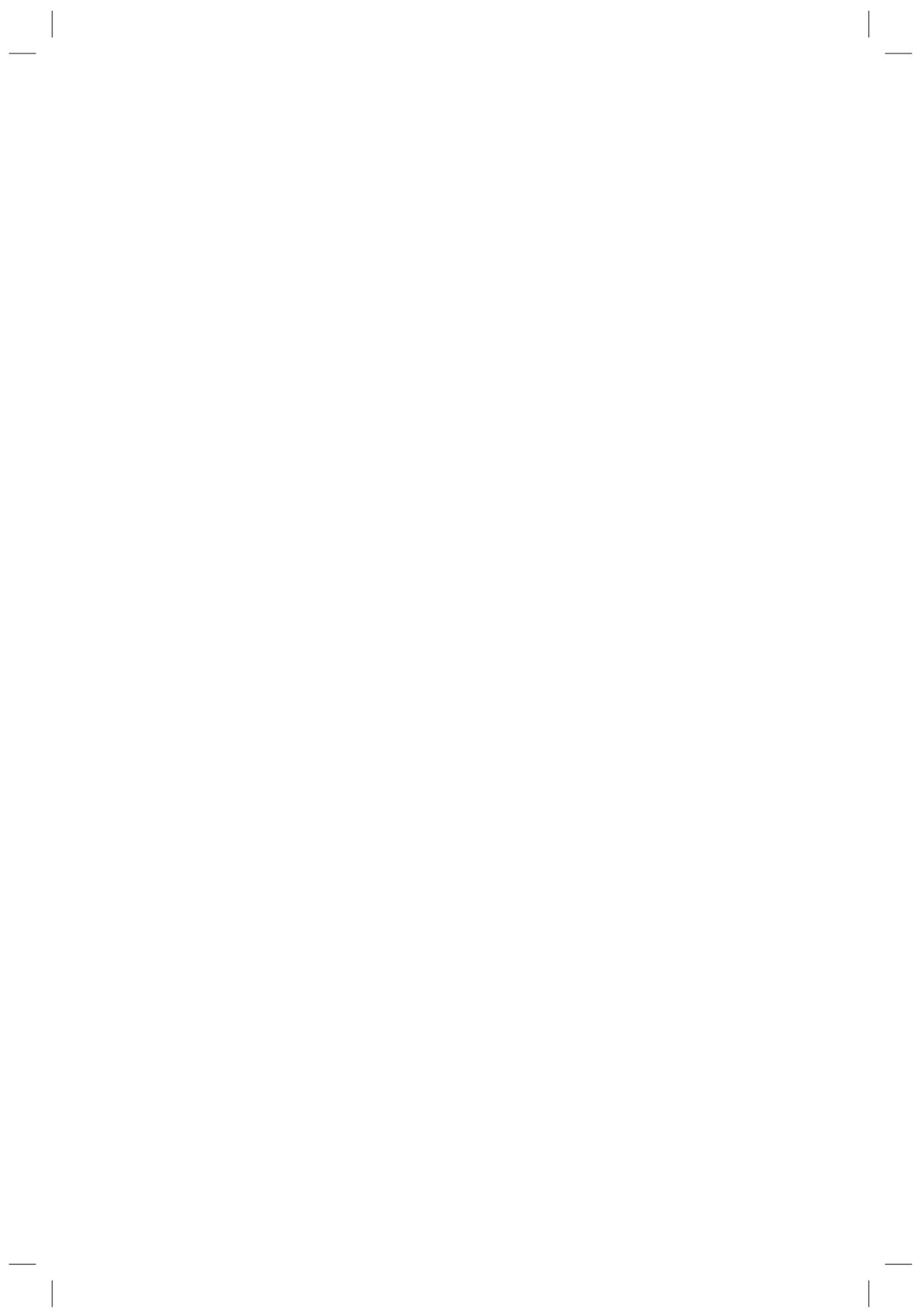
Nella terza edizione ci sono aggiornamenti nelle note e nel testo: nel 2012 era ignota la deflazione che poi abbiamo avuti due anni dopo ed il leasing era ancora un contratto atipico; ora non più. Rinnovo la dedica. Venezia, ottobre 2017

Gianluca Sicchiero



Il contratto è un fenomeno giuridico ed economico insieme:





1. LA DISTRIBUZIONE DEL RISCHIO CONTRATTUALE

Il contratto è considerato nel codice civile come un accordo che crea effetti per i contraenti (artt. 1372 ss.) e quindi che vincola le parti ad una serie di regole, che in parte sono già contenute nel codice e non possono essere modificate (art. 1418), in altra parte sono quelle stabilite dai contraenti nel loro accordo (art. 1322) ed in altra parte ancora sono sì contenute nel codice, ma operano solo se le parti non abbiano previsto liberamente in senso diverso (art. 1374).

Come si comprende, il codice considera quindi il contratto come insieme di regole, cioè di comandi in senso proprio (*"ha forza di legge"*: così l'art. 1372) mentre non prende espressamente in considerazione gli effetti economici del contratto stesso, di cui sembra disinteressarsi come se questi fossero la pura conseguenza delle scelte coscienti dei contraenti nell'ambito della propria libertà (art. 1322)¹.

In realtà quando il codice indica che il contratto vincola le parti (art. 1372), provvede in tal modo anche all'allocazione dei rischi economici in relazione agli effetti giuridici contenuti nelle singole regole. Il primo meccanismo di allocazione consiste proprio nel divieto di liberarsi dal contratto a propria scelta al di fuori dei casi previsti dalla legge (art. 1372), nel senso che ogni contraente resta vincolato ai propri obblighi anche se insoddisfatto o perfino deluso dall'esito economico delle scelte.

¹ È ormai venuto meno anche il mito della pretesa razionalità delle persone nelle proprie scelte economiche: v. AA.VV., *Le nuove economie*, a cura di Viale, Milano, 2005 ed i risultati delle teorie dei giochi.

Restare vincolati significa, ad es., che se anche ci pentiamo di aver promesso in vendita la nostra casa, l'altro contraente potrà ottenere dal giudice una sentenza che glie la farà acquistare contro la nostra volontà (art. 2932 c.c.).

Più in generale, a parte gli effetti immediati del contratto, per cui la proprietà della casa venduta passa subito anche se ci rifiutiamo di ricevere il prezzo e consegnare le chiavi (art. 1376 c.c.), la parte che intenda ottenere l'esecuzione del contratto può sempre chiederla al giudice (artt. 1453 e 2930 e segg. c.c.), domandando anche il risarcimento dei danni (art. 1453 c.c.). Insomma, una volta concluso il contratto, si è tenuti ad adempierlo anche se il risultato economico sia perfino deludente e negativo.

Si può allora parlare di rischio contrattuale riferendosi quantomeno a:

- 1) Possibilità che la prestazione, sebbene resa secondo i patti, risulti inidonea o insoddisfacente: rischio di errata previsione delle utilità future, ad es. i clienti non vengono più al bar che ho acquistato perché preferiscono un concorrente che apre vicino al mio.
- 2) Possibilità di sopravvenienze che riguardino il soggetto: perdita di autorizzazioni, mancato acquisto di altre risorse necessarie o perdita di quelle esistenti, sopravvenienza di divieti, ad es. l'immobile acquistato non può essere adibito a supermercato.

- 3) Possibilità di sopravvenienze di mercato quali il mutamento dei costi dei fattori della produzione o dei prezzi di vendita dei beni: il costo delle materie prime aumenta; il prezzo di vendita del bene cala.

Tali rischi non sono disciplinati dal codice, salvo il caso di cui al numero 3) ma limitatamente all'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.). La norma consente infatti di chiedere la risoluzione del contratto solo se la situazione di mercato sia mutata per cause imprevedibili ed eccezionali²; mai quando si tratti delle normali oscillazioni del mercato stesso³.

Le altre cause restano perciò a carico di chi subisca il costo della sopravvenienza, trovandosi ad es. a pagare troppo - ma non eccessivamente - una determinata prestazione oppure ricevendo poco - ma non eccessivamente - il corrispettivo per la propria. Ciò significa che il rischio contrattuale, nelle diverse accezioni sopra ricordate, resta a carico del sogget-

² Indica ad es. Cass., 25-5-2007, n. 12235, in *Giur. it.*, 2008, p. 326, che "l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione determina, ai sensi dell'art. 1467 c.c., la risoluzione del contratto, in presenza di intervenuto squilibrio tra le prestazioni dovuto ad eventi straordinari ed imprevedibili, non rientranti nell'ambito della normale alea contrattuale".

³ V. Cass., 21-4-2011, n. 9263: "l'alea normale di un contratto, che, a norma del 2° comma dell'art. 1467 c.c., non legittima la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, comprende anche le oscillazioni di valore delle prestazioni originate dalle regolari e normali fluttuazioni del mercato, qualora il contratto sia espresso in valuta estera: in tale ipotesi, infatti, le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, hanno assunto un rischio futuro, estraneo al tipo contrattuale prescelto, così rendendo il contratto di mutuo aleatorio in senso giuridico e non solo economico, quanto al profilo della convenienza del medesimo".

to sul quale grava, ove non si sia provveduto a traslarlo sulla controparte.

Esempi di allocazione legale del rischio di sopravvenienza sono:

- 1) L'onerosità sopravvenuta che non integri i requisiti dell'art. 1467 c.c.: il maggior costo resta a carico del soggetto colpito dalle modifiche di mercato.
- 2) Nell'appalto, l'aumento o la diminuzione dei costi dei materiali o di manodopera inferiori al 10% non consentono di chiedere la revisione del corrispettivo (art. 1664 c.c.).

Un diverso profilo del rischio contrattuale è quello connesso al contenzioso: qualora i contraenti litighino, la decisione sul rapporto controverso arriverà quantomeno a distanza di 3-4 anni in primo grado; non è però difficile che la sentenza definitiva arrivi anche dopo 10 anni ove la lite si protragga per tutti i gradi del giudizio. Il rischio consiste in ciò: che il contraente deluso che abbia già adempiuto dovrà attendere almeno la sentenza di primo grado (che è esecutiva) per poter ottenere in forma coattiva l'adempimento⁴ che l'altra parte non esegua spontaneamente.

⁴ Il termine adempimento viene qui usato in senso economico, per riferirsi all'alternativa concessa dal codice, ovvero esecuzione forzata della sentenza oppure risoluzione del contratto e restituzione della prestazione, fermo il risarcimento del danno che si cumula ad entrambe o che può essere chiesto autonomamente: art. 1453 c.c.

Peraltro il giudice d'appello può anche sospendere l'esecutività della sentenza, spostando quindi ulteriormente il momento della reintegrazione patrimoniale.

Altri rischi sono connessi alla gestione di contratti assoggettati a diritti diversi da quello italiano, di cui non si sia a conoscenza. Ad es. per il diritto americano, contrariamente a quello italiano (e sia pure con qualche eccezione), ogni parte in giudizio deve pagare la propria assistenza legale e non ha diritto al rimborso delle spese qualora vinca la causa. In difetto di apposito patto contrattuale, può quindi capitare di vincere una causa e di pagare per spese legali somme che assorbono l'esito favorevole della lite.

Il principio di autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.) consente alle parti:

- 1) di mantenere la distribuzione legale del rischio
oppure
- 2) di riallocare il rischio secondo gli accordi⁵.

⁵ Cass., 12-10-2012, n. 17485: anche per i contratti cosiddetti commutativi le parti, nel loro potere di autonomia negoziale, possono prefigurarsi la possibilità di sopravvenienze, che incidono o possono incidere sull'equilibrio delle prestazioni, ed assumere, reciprocamente o unilateralmente, il rischio, modificando in tal modo lo schema tipico del contratto commutativo e rendendolo per tale aspetto aleatorio, con l'effetto di escludere, nel caso di verifica di tali sopravvenienze, l'applicabilità dei meccanismi riequilibratori previsti nell'ordinaria disciplina del contratto (art. 1467 e 1664 c.c.).

Limite a tale facoltà (v. sempre l'art. 1322 c.c.) è il divieto posto da norme imperative: il rischio di impresa, ad es. non può essere rovesciato sugli stipendi dei dipendenti, accollando a questi gli esiti negativi delle scelte imprenditoriali (art. 36 Cost.).

Non è quindi possibile che lo stipendio del dipendente sia accordato solo se il datore di lavoro guadagni o meno dalla propria attività.

Altra ipotesi è il c.d. divieto di patto leonino (art. 2265 c.c.): nessun socio può essere escluso dalle perdite o dagli utili della società.

Vi sono poi settori dell'ordinamento in cui i limiti sono molto pressanti: ad es. nella disciplina agraria; in quella della locazione degli immobili ad uso abitativo (l. n. 431 del 1998) o ad uso commerciale (l. n. 392 del 1978); particolare la disciplina relativa agli accordi per il pagamento dei debiti tra imprese (d. lgs. n. 231 del 2001); in materia di prodotti finanziari (d. lgs. n. 58 del 1998) e di attività bancaria (d. lgs. n. 385 del 1993); di concorrenza (l. n. 287 del 1990) ecc.

Peraltro in ogni ambito del diritto privato e commerciale esistono sempre norme imperative che non possono essere modificate dai contraenti e norme dispositive che, nel silenzio del contratto, lo integrano e quindi possono produrre effetti sulla distribuzione del rischio che i contraenti non abbiano previsto in anticipo.

Un settore nel quale la redistribuzione del rischio è valutata con estrema cautela è quello dei contratti con i consumatori, disciplinati dal codice del consumo (d. lgs. n. 206 del 2005).

Il legislatore ha infatti ritenuto vessatorie e quindi nulle le clausole che "determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi che derivano dal contratto", se siano inserite automaticamente nel contratto senza un'apposita valutazione del consumatore.

Tali clausole sono elencate nell'art. 33 e la loro validità è infatti subordinata ad un complesso meccanismo di approvazione⁶. Inoltre nell'art. 143 ha qualificato come imperative e quindi immodificabili le norme poste a tutela del consumatore. La conoscenza dei limiti posti all'autonomia contrattuale è perciò fondamentale perché la relativa violazione, come si vedrà, comporta conseguenze di vario tipo, che vanno dalla nullità dell'intero contratto fino alla sostituzione della clausola contrattuale con la norma imperativa violata.

2. LA DETERMINAZIONE DEL CONTENUTO DEL CONTRATTO

Nei sistemi di diritto comune di matrice inglese (Common law)⁷, nei quali manca il codice civile, vale la regola giurisprudenziale per la quale "il giudice non può andare oltre i quattro angoli del documento", cioè non può reperire soluzioni al di fuori del testo predisposto dai contraenti⁸.

⁶ Su questo meccanismo v. Sicchiero, *Il riconoscimento di aver trattato specificamente una clausola vessatoria*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 1.

⁷ Per la conoscenza dei paesi di Common law v. *l'Atlante di diritto comparato* a cura di Galgano, Bologna, 2011.

⁸ Su questo argomento v. Ferreri, *Il giudice italiano e l'interpretazione del contratto internazionale*, Padova, 2000.

Sebbene vi siano oggi dei temperamenti (oltre alla regola dei c.d. *implied terms*)⁹, ciò significa che il giudice non può integrare il contratto, modificandolo od integrandolo rispetto alle scelte delle parti.

Di conseguenza l'allocazione dei rischi contrattuali dipende esclusivamente dalle clausole ed infatti i contratti di Common law sono lunghissimi (alle volte 100-150 pagine), perché si tenta di disciplinare tutti i possibili rischi ed eventualità che possano interferire con gli interessi delle parti. Nel sistema italiano, come già visto, il contenuto del contratto è invece rappresentato:

- 1) dalle norme imperative di legge (artt. 1322 e 1418 c.c.), che possono integrare automaticamente il contratto anche contro la volontà delle parti (art. 1339 c.c.);
- 2) dalle clausole volute dai contraenti (art. 1374 c.c.) che possono modificare le regole legali dispositive, cioè quelle non imperative (vedi ad es. l'ultimo comma dell'art. 1373 c.c.);
- 3) dalle norme integrative (art. 1374 c.c.), che riempiono il contratto ove non derogate e che operano anche se le parti non le abbiano richiamate (es. la garanzia per i vizi del bene o della prestazione);

⁹ Gli *implied terms* sono le clausole che il Common law ritiene implicitamente volute dalle parti ove non manifestino volontà contraria; v. sul tema Cartwright, *Il diritto inglese dei contratti. Una presentazione per il civil lawyer*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 819 ss, spoec. p. 822.

4) da eventuali usi normativi (art. 1374 c.c.)¹⁰, da non confondere con gli usi contrattuali (art. 1340 c.c.);

5) in mancanza, dall'applicazione analogica di regole che riguardano contratti simili (art. 12 preleggi), come accadeva per il leasing, che solo dal 2017 è stato regolato dalla legge, pur essendo da decenni frequentissimo¹¹.

Ciò significa che laddove le parti non abbiano previsto nei patti un certo caso, questo verrà regolato in base alla disciplina legale di quel contratto.

Se la disciplina legale non preveda quel particolare caso, verrà regolato in base all'applicazione analogica di regole di contratti simili (art. 14 preleggi) e poi, nell'ordine, da eventuali usi (oggi peraltro scomparsi)¹² e, infine, dall'equità.

In letteratura si parla di contratti "incompleti" riferendosi alla mancata regolazione di talune sopravvenienze da parte dei contraenti¹³.

¹⁰ Gli usi normativi sono tuttavia pressoché scomparsi: i casi in cui entrambi i contraenti si comportano in un certo modo ritenendo che sia la legge ad imporre quel comportamento, pur mancando un vincolo legale, non esistono più.

¹¹ Si vedano i commi 136 segg. dell'art. unico della legge n. 124/2017, che ovviamente vale solo per i contratti conclusi dopo la sua entrata in vigore.

¹² Sicchiero, *Gli usi legali non esistono più: cronaca di una morte certificata*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 1266.

¹³ V. Guerinoni, *Il contratto incompleto*, Milano, 2007, che usa questa nozione quando le parti abbiano dimenticato di regolare un problema; invece Fici, *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005, riferisce la nozione al contratto il cui completamento sia stato rimesso dalle parti ad un terzo estraneo: la nozione problematica qui in esame è la prima.

In realtà un contratto non è mai incompleto perché, come appena detto, il nostro ordinamento indica come debba procedere il giudice quando manchi una regola prevista dalle parti e quindi il giudice troverà sempre una soluzione ad un problema.

Il contratto è semmai insoddisfacente per chi non abbia pensato ad un rimedio alle sopravvenienze del mercato o della vita che corrisponda ai propri interessi: qui non c'è però incompletezza perché si tratta di un problema che affligge uno solo dei contraenti.

Ovviamente sopravvenienze diverse possono colpire entrambe le parti in modo diverso, ma l'allocazione dei rischi resterà pur sempre quella derivante dalla disciplina, pattizia o legale, del contratto.

Non c'è insomma il rischio di incertezza circa le regole da seguire in ordine alle sopravvenienze, perché quando non si arrivi alla rilevanza prevista dall'art. 1467 c.c., rischi e vantaggi resteranno a carico ed a favore della parte che venga colpita od avvantaggiata dagli eventi stessi.

La tecnica contrattuale serve quindi a:

- 1) conoscere le norme imperative per evitarne la violazione e la conseguente nullità del contratto (art. 1418 c.c.) o le altre diverse conseguenze previste dalla legge;
- 2) allocare i rischi nel modo confacente ai contraenti, modificando la disciplina dispositiva del codice.

3. LE NORME IMPERATIVE DI LEGGE

Il problema delle norme imperative consiste:

- a) nella loro individuazione, perché non esiste un elenco;
- b) nella determinazione delle conseguenze della loro violazione.

A) individuazione delle norme imperative

Sono norme imperative quelle che esprimono un comando insuperabile dall'autonomia privata, che consiste il più delle volte in divieti ma talora anche in obblighi di contenuto.

Alle volte queste norme si individuano con facilità perché il legislatore si è espresso con parole chiare: "sotto pena di nullità" (art. 1350 c.c.) o "è nullo" (artt. 1351-1354-2744 c.c.).

In altri casi il legislatore usa un linguaggio indiretto ma ugualmente chiaro: "nonostante patto contrario" (art. 1525 c.c.).

Vi sono però ipotesi in cui il divieto si ricava dai principi generali dell'ordinamento¹⁴: ad esempio il principio che vieta i trasferimenti di ricchezza senza corrispettivo al di fuori degli atti di liberalità, che si ricava dalla disciplina dell'arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.), induce a rite-

¹⁴ Un esempio è quello di Cass., 18-7-2003, n. 11256: "in tema di nullità del contratto prevista dall'art. 1418 c.c. la natura imperativa della norma violata deve essere individuata in base all'interesse pubblico tutelato" (in questo caso la nullità riguardava un contratto avente ad oggetto una fornitura di caffè, atteso che le relative confezioni non recavano la data di scadenza del prodotto, contrariamente alle prescrizioni dettate a tutela della salute del consumatore).

nere nulla la clausola di uno statuto societario che preveda il divieto di rimborso al socio il valore della sua quota nel caso di esclusione o di recesso.

Al di fuori delle discipline di diritto privato, sono norme imperative:

- a) le norme comunitarie;
- b) le norme sanzionatorie ed in particolare quelle penali;
- c) le norme tributarie.

Ciò significa che non si può derogare alle regole poste da tali settori dell'ordinamento utilizzando a tal fine il contratto.

Una clausola che talora si legge in ipotesi rozze di contratto è ad es. quella per cui dal giorno della firma "la responsabilità civile e penale passa" ad un determinato contraente.

Tale clausola è del tutto inefficace quanto alla responsabilità penale, che è personale (art. 27 cost.) e quindi non trasferibile; per quella civile non opera verso i terzi perché nessuno può sottrarsi dalla propria responsabilità verso gli altri (art. 1372 c.c.), mentre può valere ma solo a determinate condizioni fra le parti (art. 1229 c.c.).

In qualche ipotesi la nullità è però comminata espressamente, come prevede ad es. l'art. 62 d.p.r. 131/1986 per i patti contrari alla disciplina dell'imposta di registro, ad es. quando ci si obbliga a dichiarare nel contratto un valore minore di

quello reale, al solo effetto di pagare meno imposte¹⁵.

È inoltre nullo il contratto di locazione per il quale non sia stata pagata l'imposta di registro: art. 1, comma 346, l. 30 dicembre 2004, n. 311¹⁶.

B) conseguenze della violazione

La violazione di una norma imperativa produce la nullità del contratto salvo che la legge disponga diversamente (art. 1418 c.c.).

La legge dispone diversamente, ad es., quando:

- 1) sostituisce la clausola nulla o interviene sul suo contenuto: questo accade se venga pattuita una locazione di immobili commerciali per una durata inferiore a quella legale prevista dall'art. 27 della l. n. 392 del 1978; v. gli art. 1339 e 1419 c.c.;
- 2) applica una conseguenza civilistica diversa: ad es. di fronte alla truffa - art. 640 c.p. - il contratto non è nullo ma annullabile: art. 1439 c.c.¹⁷;

¹⁵ Cass., 28-6-2000, n. 8794: "la pattuizione, inserita in un preliminare, con la quale le parti concordino di dichiarare, in sede di stipulazione del rogito notarile, anziché il prezzo reale, «la minor cifra che verrà indicata dal venditore» è nulla per espressa disposizione di legge (art. 62 l. registro), concretizzando un patto elusivo degli obblighi fiscali".

¹⁶ La validità di tale norma, che "non introduce ostacoli al ricorso alla tutela giurisdizionale, ma eleva la norma tributaria al rango di norma imperativa, la violazione della quale determina la nullità del negozio ai sensi dell'art. 1418 cod. civ.", è stata confermata dalla Corte costituzionale con ordinanza 5-12-2007, n. 420.

- 3) prevede una sanzione non civilistica diversa: es. di fronte alla violazione di una norma fiscale, si applicano le tasse, sovrattasse, sanzioni ed interessi al fine di consentire allo Stato il prelievo fiscale, che non ci sarebbe se il contratto fosse dichiarato nullo¹⁸.

Occorre però ricordare che mentre la nullità totale del contratto comporta la sua completa inefficacia, sicché ogni parte dovrà restituire ciò che avesse ricevuto e non potrà pretendere ciò che le fosse stato promesso, le altre ipotesi possono dar vita a rapporti contrattuali che restano validi ed efficaci ma con un contenuto diverso da quello desiderato.

Ad es. se si pattuisca un contratto di locazione di un immobile ad uso commerciale per una durata inferiore a quella prevista dall'art. 27 della l. n. 392 del 1978, la conseguenza sarà che la clausola contrattuale sarà nulla, ma il contratto resterà valido e con la durata minima prevista dalla legge.

¹⁷ Cass., 31-3-2011, n. 7468: "il contratto concluso per effetto di truffa di uno dei contraenti in danno dell'altro non è radicalmente nullo, ma annullabile, atteso che il dolo costitutivo del delitto di truffa non è diverso da quello che vizia il consenso negoziale".

¹⁸ Cass., 28-2-2007, n. 4785: "le pattuizioni contenute in un contratto che siano dirette ad eludere, in tutto o in parte, la normativa fiscale, non implicano di per sé la nullità del contratto stesso, trovando nel sistema tributario le relative sanzioni"; così anche Cass., 22-7-2004, n. 13621. Tuttavia si ricordi in senso contrario Cass., 7-3-2002, n. 3328: "la clausola del contratto preliminare con la quale si conviene di indicare nel contratto definitivo di compravendita un prezzo inferiore a quello concordato è nulla per violazione degli art. 62 e 72 d.p.r. 26 aprile 1986 n. 131, e, se di carattere essenziale, determina la nullità dell'intero contratto".

Infatti qui la previsione di legge si sostituisce automaticamente alla clausola difforme, in base al meccanismo contenuto nell'art. 1339 c.c.¹⁹.

È evidente che questa diversa soluzione può scontentare una o entrambe le parti, vincolate ad un contenuto diverso da quello voluto originariamente!

4. IL PROBLEMA DELLA COMPLESSITÀ

Quanto fin qui indicato dimostra quindi come sia necessario conoscere i meccanismi giuridici di allocazione dei rischi contrattuali, perché gli effetti economici del contratto e delle sopravvenienze coincidano con quanto ogni parte voglia ricavare. Ovviamente l'allocazione dei rischi e dei vantaggi avrà un costo; chi compra un'auto usata rinunciando alle garanzie per i vizi, la paga meno di quanto farebbe se fosse nuova: ecco come l'allocazione di un rischio (che la durata del bene sia inferiore alle proprie attese) si trasforma in un costo inferiore del bene.

In apparenza si dovrebbe allora concludere che la stesura del testo contrattuale debba valutare tutti i possibili rischi connessi alle sopravvenienze di ogni tipo ed essere in tal senso "completo", cioè regolare tali rischi secondo la propen-

¹⁹ Cass., 26-4-2004, n. 7927: "in tema di locazione, la nullità della clausola che limita la durata di un contratto soggetto alle disposizioni dell'art. 27 l. n. 392/1978, ad un tempo inferiore al termine minimo stabilito dalla legge determina l'automatica eterointegrazione del contratto, ai sensi del 2° comma dell'art. 1419 c.c., con conseguente applicazione della durata legale prevista dal 4° comma del citato art. 27".

sione di ogni parte, la quale investirà nel contratto ogni risorsa disponibile in relazione al risultato che intenda assicurarsi.

Tuttavia questa idea non considera uno degli aspetti fondamentali della tecnica contrattuale, ovvero il problema della complessità della stesura del testo e dei conseguenti costi (c.d. costi di transazione) connessi.

Maggiore è la complessità del testo, maggiori saranno i tempi dedicati alle trattative, con relativi costi economici: occorre dunque tener conto che in una valutazione ragionevole del rapporto rischi/costi di transazione, la stesura di un testo idoneo a traslare il maggior numero di rischi dovrà essere proporzionata al valore economico del contratto.

L'analisi economica del diritto conferma che spesso le parti preferiscono non discutere il contenuto del contratto per modificare l'allocazione dei rischi, quando ritengano che i costi per tale attività possano superare il beneficio che ricaverebbero dalla riallocazione del rischio stesso²⁰.

Ovviamente si tratta pur sempre di ipotesi e quindi l'incidenza economica reale dell'evento che si realizza è del tutto incerta: nessuno può sapere, ad es., se l'inflazione che abbassa il valore del corrispettivo pattuito e da pagare nel futuro sarà di un certo ammontare o meno; è incerto, in caso di lite, se un certo saggio di inflazione possa considerarsi eccezionale e imprevedibile ai sensi dell'art. 1467 c.c. per potersi liberare dal contratto²¹.

²⁰ In tal senso v. ad es. Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi ed Ulen, *Il mercato delle regole Analisi economica del diritto civile, I Fondamenti*, Bologna, 1999, pp. 151 ss.

²¹ Ad es. un aumento dei costi derivanti dall'inflazione nella misura del

D'altro canto un contratto non può regolare tutti gli eventi della vita: essendo innumerevoli, tentare di disciplinarli comporterebbe la redazione di un contratto di centinaia e centinaia di pagine.

In ogni caso nessun testo è mai perfetto perché esistono eventi imprevedibili fino a che non si verificano per la prima volta, come accadde ad es. l'attentato alle torri gemelle di New York dell'11 settembre 2001.

Ciò chiarito, si può comunque dire che al di là delle diverse prassi seguite, una buona tecnica contrattuale deve comunque assolvere alle esigenze economiche cui il contratto sia diretto.

5. LA PRASSI CONTRATTUALE

Non esiste alcuna regola che si riferisca alle modalità di redazione di un testo scritto; in realtà non esiste nemmeno una disposizione che imponga la sottoscrizione degli atti predisposti dai privati (altro è per gli atti pubblici), anche se la

cinquantadue per cento con riferimento al biennio gennaio 1973-gennaio 1975 è stato ritenuto eccessivo da Cass., 13-2-1995, n. 1559, mentre per Cass., 28-1-1995, n. 1027, "lo svilimento della prestazione in denaro, verificatosi dopo la conclusione del contratto preliminare di vendita di un suolo con pagamento dilazionato del prezzo, come effetto non dell'inflazione (nella specie, accertata in misura inferiore alla media prevedibile del diciotto per cento annuo con riferimento al periodo gennaio 1977-aprile 1983) bensì delle fluttuazioni del mercato immobiliare non costituisce evento straordinario ed imprevedibile ai fini della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità".

necessità della firma si ricava dall'art. 2702 c.c., che la considera come imprescindibile²².

La prassi contrattuale, cioè il modo con cui si procede a scriverli nella vita professionale, conosce tuttavia un meccanismo minimo ricorrente, che di fatto ha luogo normalmente con queste fasi:

A) intitolazione dell'atto;

B) indicazione delle premesse;

C) predisposizione della parte dispositiva;

D) data e sottoscrizione.

E) I sistemi di common law aggiungono nella prassi anche le "definizioni", cioè l'indicazione del significato da attribuire ai termini usati nel contratto, per ridurre i conflitti interpretativi.

Non vi è alcuna difficoltà a seguire questa prassi, in tutto o in parte, anche se è opportuno chiarire il valore relativo da attribuire a tale partizione, sia per l'utilizzo proficuo della tecnica contrattuale, sia per comprendere se eventuali variazioni comportino o meno problemi, come ora si farà.

²² Tuttavia quando sia stata redatta una semplice minuta (bozza) di contratto ma le parti con il loro comportamento dimostrino che intendevano ritenerla vincolante, allora il giudice dovrà ritenere concluso il contratto: tra le varie decisioni sul tema è significativa Cass., 17-10-1992, n. 11429, ma v. anche Cass., 2-2-2009, n. 2561.

Seguendo la prassi ma avvertendo che non esiste alcun obbligo in tal senso, si possono esaminare le seguenti fasi di stesura del testo di un contratto.

6. L'INTITOLAZIONE

Secondo un orientamento ormai pacifico dei giudici, il nome che i contraenti attribuiscono ad un contratto è indicativo, in linea di massima, del tipo di contratto che si voleva concludere, ma non è vincolante per il giudice²³.

Ciò significa che qualora si intitoli "*contratto preliminare*" un accordo nel quale le parti scrivono che vendono e comprano anziché promettere di farlo successivamente, non potrà ritenersi che si tratti davvero di un preliminare.

Infatti la volontà espressa è diretta a produrre subito l'effetto traslativo, anziché rinviarlo nel tempo come accade con il preliminare: il che può comportare effetti anche dal profilo fiscale²⁴.

²³ Sul valore da attribuire al c.d. "*nomen iuris*" del contratto v. ad es. Cass., 22-6-2005, n. 13399: "in tema di interpretazione del contratto, il giudice non è vincolato dal *nomen iuris*, adoperato dalle parti, ma può correggere la loro autoqualificazione quando riscontri che non corrisponde alla sostanza del contratto come da esse voluto".

²⁴ Infatti per la (oggi abolita) Comm. trib. centrale, 8-10-1998, n. 4787, "va considerato come contratto definitivo di vendita, e non come contratto meramente preliminare, la scrittura privata che, a prescindere dalla qualificazione come contratto di vendita, individua il bene trasferito e determina il prezzo, del cui pagamento stabilisce i termini temporali e sulla *traditio* della cosa, a nulla rilevando il rinvio della traduzione in pubblico strumento dell'atto concluso mediante scrittura privata e da

Nel dubbio circa la natura del contratto che si stia concludendo - non è raro che la molteplicità dei patti impedisca una definizione sicura - è preferibile utilizzare intitolazioni del tutto generiche, che spesso si trovano nella prassi, quali: "scrittura privata"; "convenzione"; "accordo".

Si tratta a ben vedere di intitolazioni che potrebbero tranquillamente essere omesse, ma che fungendo da titolo dell'atto servono anche a rendere chiaro che non esistono altre clausole che precedano il testo che inizia con l'intitolazione.

Va qui però segnalata la spinta psicologica trascinante della prassi, che induce le parti a comportamenti superflui ma tranquillizzanti. Nessun problema in proposito: ognuno si regola come si sente più sicuro, è però importante aver ben chiaro che, per gli atti privati, non esiste un obbligo di intitolazione del contratto.

7. LE PARTI E I POTERI RAPPRESENTATIVI; LA DOMICILIAZIONE

L'indicazione delle parti, con rispetto di eventuali obblighi fiscali (es. l'indicazione del codice fiscale) oltre ad essere necessaria per individuare i contraenti, alle volte è indispensabile per i successivi incombenti formali che ne derivano.

circostanze preesistenti, coeve o successive che possono impedire la produzione degli effetti voluti o tipici dell'atto che, di conseguenza va sottoposto a registrazione, ai sensi dell'art. 1 tariffa allegata al t.u. 26 aprile 1986 n. 131".

La trascrizione dell'acquisto di un immobile deve essere fatta con il rispetto delle indicazioni contenute nell'art. 2659 c.c. e quindi occorre indicare già nell'atto anche il luogo e la data di nascita delle persone fisiche.

Inoltre quando si sia in presenza di enti collettivi, bisogna verificare i poteri rappresentativi del soggetto che compare nell'atto, per avere certezza che chi spende il nome della società sia legittimato (cfr. l'art. 1393 c.c.) in relazione ai poteri attribuiti dallo statuto dell'ente.

Nel caso in cui si tratti di società, occorre distinguere tra società di persone e società di capitali.

Per le società di persone si pone infatti il problema della possibilità che l'atto risulti estraneo all'oggetto sociale oppure che si tratti di atto per il quale lo statuto richieda una particolare delibera di autorizzazione o che sia compiuto congiuntamente da un certo numero di amministratori.

Si ricordino:

a) l'art. 2266 c.c., che per le società semplici contiene la regola della rappresentanza generale del singolo amministratore e l'estensione della rappresentanza *"a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale"*;

b) l'art. 2298 c.c. che per le società in nome collettivo (ed in base all'art. 2315 c.c. per le accomandite) che rende opponibili ai terzi le limitazioni ai poteri dell'amministratore, che risultino iscritte nel registro delle imprese²⁵.

²⁵ Cass., 5-5-2004, n. 8538: "i poteri di rappresentanza dell'amministratore di società in nome collettivo vanno individuati con riferimento agli atti che rientrano nell'oggetto sociale, qualunque sia la loro rilevanza economica e natura giuridica, fatta eccezione per le specifiche limitazioni". V. però anche Cass., 18-2-2000, n. 1817: "il principio secondo cui per

Tali limitazioni possono essere contenute nell'atto costitutivo fin dall'origine oppure essere state deliberate successivamente; del pari i poteri iniziali possono essere stati deliberati successivamente e quindi per opportuna documentazione serve una copia dell'atto costitutivo nonché un certificato camerale aggiornato per accertare che non risultino iscritte al registro imprese, delibere modificative anche dell'ultimo minuto. Delibere non iscritte non hanno alcuna rilevanza.

Viceversa per le società di capitali la rappresentanza degli amministratori è generale e si estende a qualsiasi atto, essendo inopponibili ai terzi le limitazioni di potere anche se iscritte nel registro delle imprese.

Vi è solo l'eccezione della collusione con il terzo a danno della società, ipotesi in cui l'atto è inopponibile alla società, che potrà farlo dichiarare inefficace: artt. 2384 c.c. per le spa²⁶; art. 2475 bis c.c. per le srl.

una società esercente l'attività imprenditoriale edilizia la vendita di un immobile deve considerarsi rientrante nell'oggetto sociale (escludendosi che possa configurarsi come atto di disposizione o di straordinaria amministrazione) vale solo in difetto di una specifica disposizione statutaria che espressamente esiga (come nella specie) la firma congiunta dei soci, non solo, in linea generale, per gli atti di straordinaria amministrazione, ma specificamente per l'acquisto e la vendita di immobili.

²⁶ Sull'attuale valore di tutela dei terzi espresso dall'art. 2384 c.c., v. Cass., 26-3-2009, n. 7293: "in tema di limiti derivanti ai poteri degli amministratori delle società di capitali dall'oggetto sociale, l'introduzione della regola contenuta nell'art. 2384 c.c. - che esclude che sia opponibile ai terzi in buona fede l'estraneità all'oggetto sociale degli atti compiuti dagli amministratori in nome della società - comporta che la società che neghi la buona fede del terzo ha l'onere di allegare e dimostrare che l'operazione controversa rappresentava in concreto mezzo del tutto

È inoltre opportuno imporre nel contratto l'obbligo di avvisare di eventuali mutamenti di residenza o sede. Infatti sia le comunicazioni che gli atti giudiziari vanno inviati alla residenza o al domicilio del destinatario (v. ad es. l'art. 1334 c.c. e gli art. 139 ss. c.p.c.).

In tal senso si può prevedere che:

"le parti concordano che qualsiasi comunicazione o notificazione andrà effettuata all'indirizzo dichiarato e che eventuali mutamenti saranno efficaci solo da quando comunicati per scritto alla controparte.

In difetto di comunicazione, qualsiasi atto diretto alla parte che abbia cambiato indirizzo senza comunicarlo, qualora non ricevuto, viene fin d'ora ritenuto ugualmente valido ed efficace ma dal momento della sua spedizione".

In questo modo si inserisce nel contratto la c.d. *mailbox rule*, cioè la regola di diritto inglese, per cui l'efficacia della comunicazione è legata al suo invio e non alla sua ricezione.

estraneo rispetto al suo fine sociale e che il terzo ne fosse consapevole; ai fini dell'opponibilità del terzo contraente delle limitazioni dei poteri di rappresentanza degli organi di società di capitali, l'art. 2384, 2° comma, c.c. richiede invece non la mera conoscenza dell'esistenza di tali limitazioni da parte del terzo, ma altresì la sussistenza di un accordo fraudolento o, quanto meno, la consapevolezza di una stipulazione potenzialmente generatrice di un danno per la società".

In realtà questa clausola non può modificare la disciplina processuale delle notificazioni, che è inderogabile perché di diritto pubblico, ma contiene quantomeno in parte il rischio che le comunicazioni diverse non arrivino in tempo utile.

8. LE DEFINIZIONI

Scopo delle definizioni è di evitare il contenzioso sul significato che assumano i termini usati nel contratto. Ovviamente anche le definizioni avvengono tramite parole e quindi possono essere a propria volta fuorvianti; tuttavia il rischio di incomprensioni viene in tal modo ridotto.

L'impiego delle definizioni è usuale nella contrattazione collettiva di lavoro, ad es. per chiarire il senso di termini quali "ferie", "periodo di comporta" ecc.; il legislatore ne fa uso in discipline molto importanti quali il testo unico bancario (art. 1 d. lgs. n. 385 del 1993) o il testo unico della finanza (art. 1 d. lgs. n. 58 del 1998).

Alle volte tra le definizioni si includono determinazioni che riguardano l'oggetto della prestazione: ad es. se si indichi per un certo prodotto, quali debbano essere le qualità del medesimo, nel senso che si scriverà che per "petrolio" si dovrà intendere petrolio con una certa quantità di zolfo ed una determinata densità.

È comunque importante chiarire, come si dirà anche nel punto successivo, che le definizioni vengono utilizzate perché vincolanti (hanno cioè contenuto prescrittivo) ed è quindi opportuno che tale efficacia sia fuori discussione.

Si potrà ad es. scrivere che:

Le parti convengono che il termine "pomeriggio" indica l'orario che inizia alle ore 14 del giorno stabilito e termina alle ore 18.

oppure

Le parti convengono che per "calo naturale" si intende un calo del peso non superiore al 10% del peso convenuto.

Qui non importa se sia vero o meno che il pomeriggio inizia ad una certa ora e termini ad una altra certa ora; rileva solo l'accordo delle parti nell'utilizzo del termine pomeriggio; non rileva che quel determinato prodotto potrebbe calare per cause naturali anche del 12%; rileva che solo il calo fino al 10% viene ritenuto fisiologico.

Si tratta dunque di clausole con le quali i contraenti regolano i propri interessi.

Si ricordi infine che esistono termini che hanno un significato ormai codificato, come avviene per le clausole dei contratti di trasporto internazionali, il cui significato è contenuto nella raccolta denominata Incoterms pubblicata dalla Camera di commercio internazionale.

In tal caso, per evitare qualsiasi dubbio sul significato della clausola²⁷, si farà riferimento a quel significato.

²⁷ Infatti secondo la Corte d'appello di Genova, 10-12-1981, in *Foro pad.*, 1981, I, p. 337, "gli «incoterms» non sono vincolanti se non richiamati espressamente nel contratto come disciplina dello stesso (nella specie: era usato il termine Cif)"; inoltre trattandosi di clausole devono essere accettati dall'altra parte: Cass., sez. un., 14-11-2014, n. 24279.

9. LE PREMESSE

È praticamente impossibile trovare contratti che non inizino con le premesse, dove si legge davvero di tutto; per chiarire allora il valore da attribuire alle premesse, occorre preliminarmente distinguere le clausole dichiarative da quelle dispositive (o precettive)²⁸.

Ricordiamo però ancora che stiamo considerando pur sempre la prassi contrattuale e non una disciplina vincolante del modo di scrivere i contratti, sicché la collocazione di una clausola in una parte o in un'altra del contratto non è significativa per dedurre l'efficacia.

Le clausole dichiarative indicano fatti o circostanze, mentre le clausole precettive prevedono obblighi o trasferiscono diritti²⁹.

Il codice non si preoccupa delle clausole dichiarative: queste non producono effetti (salvo contengano confessioni: art. 2730 c.c.) e quindi non possono mai essere nulle.

Affermare ad es. di essere imprenditori, di essere in possesso dell'organizzazione necessaria per adempiere agli obblighi contrattuali o di aver interesse ad acquistare le azioni

²⁸ Su questo argomento e sulle clausole in generale v. Sicchiero, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003 o, più in sintesi, Sicchiero, voce *Clausola contrattuale*, in *Digesto civile, Appendice di aggiornamento*, Torino, 2003, I, *ad vocem*.

²⁹ Secondo App. Venezia, 3-4-2014, in *Foro it.*, 2014, I, c. 1933, "qualora le parti non abbiano esplicitato alcunché in ordine alla valenza delle premesse del testo contrattuale, occorre ricostruire la comune volontà dei contraenti onde stabilire se gli stessi avevano inteso, attraverso le enunciazioni ivi contenute, assumere obblighi o limitarsi a mere dichiarazioni di scienza".

di una certa società è un fatto, che può aver rilevanza se ed in quanto il contratto possa poi risultare viziato da errori giuridicamente rilevanti, ma non per pronunciare la nullità o meno del contratto, appunto perché quei fatti non producono il sorgere di diritti in forza del contratto.

Tantomeno da dichiarazioni di questo genere derivano obblighi di fare qualcosa, come ben si intuisce.

Viceversa il problema della nullità riguarda le clausole dispositive, laddove queste possano violare un qualche divieto: se una premessa contenga impegni e non pure affermazioni, andrà intesa appunto come clausola precettiva, impropriamente inserita (secondo la prassi) tra le premesse anziché nella parte dispositiva.

Normalmente le premesse sono invece costituite da clausole dichiarative, che indicano ad es. l'interesse di una parte ad un certo risultato, la situazione di un certo bene e così via; di conseguenza il più delle volte le premesse non hanno un valore particolare.

Tuttavia quando nelle premesse una parte dichiara ad es. di avere le competenze tecniche per realizzare un certo lavoro, di aver ben esaminato il progetto nonché i luoghi dove realizzare l'opera (simili dichiarazioni sono tipiche negli appalti) sarà ben difficile invocare poi sopravvenienze relative alle difficoltà esecutive dell'opera (v. l'art. 1664, comma 2, c.c.)

Assumono inoltre particolare importanza quando, nell'attestare fatti, rendano ad es. evidente un possibile errore di una delle parti.

Così se nel contratto preliminare si dichiara di aver intenzione di costruire un immobile ed il terreno in vendita sia agricolo, il testo del contratto dovrà evidenziare appunto anche

la natura agricola del terreno, in quanto altrimenti il futuro acquirente potrebbe poi impugnarlo affermando di essersi sbagliato e che l'errore possedeva anche il requisito della riconoscibilità (art. 1428 c.c.), per essere stata indicata nelle premesse la sua intenzione.

L'uso delle premesse deve quindi essere finalizzato per evidenziare tutti quegli aspetti che possano apparire importanti per chiarire le intenzioni delle parti.

Si ridurranno in tal modo questioni su errori o sulla c.d. presupposizione³⁰ ed in particolare sul rischio che il giudice non ne riconosca i presupposti (art. 1431 c.c.) per annullare il contratto.

Nessuno potrà cioè lamentare di non aver chiaro ciò che era stato ben esplicitato nelle premesse.

Si faccia comunque attenzione alla circostanza che anche nelle premesse possono essere contenute clausole dispositive, ad es. se si "dichiari" la titolarità del bene da trasferire, giacché questa dichiarazione vale come garanzia della titolarità stessa e non come semplice affermazione di un fatto (v. l'art. 1478 c.c. sulla vendita di cose altrui).

In tali ipotesi può discenderne una patologia del contratto³¹.

³⁰ Si ricordi che si parla di presupposizione per riferirsi ad una situazione che le parti hanno considerato ma "non espressamente enunciata dalle parti in sede di stipulazione del medesimo, quale presupposto imprescindibile della volontà negoziale, il cui successivo verificarsi o venire meno dipenda da circostanze non imputabili alle parti stesse": così ad es. se prendo in locazione un balcone sul Canal Grande a Venezia il giorno della regata storica, ma non ne indico la ragione, nondimeno questa è ben chiara.

³¹ Così secondo l'unica decisione nota, cioè Cass., 23 luglio 1948, n. 1228, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, III, p. 163, per la quale la modifica della

10. LA PARTE DISPOSITIVA

La parte dispositiva è quella che nella prassi segue le premesse e contiene i reciproci impegni e diritti che si trasferiscono. È usuale trovare all'inizio delle disposizioni una clausola che collega le premesse alla parte dispositiva, normalmente formulata così: *"le premesse formano parte integrante e sostanziale del presente contratto"* o simili.

Tale clausola non serve a nulla e non produce alcun effetto. Infatti le premesse sono già contenute nel testo del contratto e con la sottoscrizione del documento lo si accetta tutto e non solo una parte, sicché scrivere che le premesse fanno parte del contratto è una banale ovvietà.

Inoltre qualora le premesse rivestano contenuto meramente dichiarativo, l'affermazione che siano parte sostanziale o essenziale del contratto, non aggiunge nulla alla loro rilevanza, appunto solo dichiarativa. Tra l'altro quando le premesse dichiarino fatti, assumono allora contenuto confessorio contro la parte verso la quale possano produrre effetti negativi, la cui efficacia e rilevanza è regolata appunto dalla disciplina della confessione. Qualora invece le clausole ivi inserite rivestano contenuto precettivo, allora la circostanza che siano collocate nelle premesse anziché nelle disposizioni non le priva della loro idoneità a produrre effetti giuridici.

Comunque quando si prova a togliere una clausola di questo tipo dal contratto predisposto da altri professionisti, si in-

situazione di fatto descritta nelle premesse "che per patto espresso facevano parte integrante della convenzione, talmente che senza di esse le parti non sarebbero addivenute a questo contratto" comporta la modifica del contratto nel suo contenuto.

genera subito il convincimento che vi sia un tentativo di "truccare" il contratto e si ottiene un netto rifiuto!

Poco importa: è questione di stile nella redazione dei testi.

Dopo tale clausola di collegamento, la prassi inserisce quelle che ritiene le clausole vere e proprie, ma che in realtà possono comparire anche tra le premesse, ivi individuando le prestazioni che si scambiano e fissando le ulteriori obbligazioni connesse al riparto dei rischi contrattuali.

Naturalmente nella parte dispositiva deve essere in ogni caso regolato lo scambio nelle due prestazioni, trattandosi dell'individuazione dell'oggetto, ciò che può costituire in molte ipotesi il contenuto minimo indispensabile ma anche sufficiente per la validità del contratto, con ripartizione dei rischi secondo la disciplina legale.

Si ricordi che quando il contenuto del contratto è indeterminabile, allora il contratto è nullo (art. 1346 e 1349 c.c.) e questo vale per le singole clausole, salvo il possibile riverberarsi della loro nullità sull'intero contratto.

Se la clausola indichi che *"il corrispettivo per i lavori eseguiti sarà determinato sulla base delle condizioni economiche del mercato"* allora è nullo l'intero contratto, in quanto è indeterminabile l'oggetto consistente nella prestazione di una delle parti. Se invece una clausola indichi che, fermo il corrispettivo stabilito per le vendite da parte dell'agente, *"qualora le vendite superino l'ammontare dell'anno precedente, verrà riconosciuta una maggiorazione sulla differenza"*, la sua totale imprecisione sui criteri di calcolo non consente alcuna quantificazione per tale eccedenza.

La clausola è quindi nulla ma diventa difficile capire in anticipo se la nullità colpisca solo il diritto al maggior compenso o

se travolga l'intero contratto perché riguardi una parte dell'oggetto. A questo si rimedia con la clausola di inscindibilità, di cui si dirà subito, se si voglia far cadere tutto il contratto, oppure altrimenti applicando il principio indicato dall'art. 1419 c.c., ovvero salvaguardando il contratto senza quella clausola nulla, se il contratto resti in concreto utile per le parti pur in sua mancanza.

Le clausole possono assumere una formulazione unilaterale (es. la clausola di recesso stabilita per solo a favore del promissorio acquirente) o bilaterale (es. la clausola arbitrale, che vincola qualsiasi delle parti intenda agire, a rivolgersi agli arbitri anziché al giudice ordinario), a seconda che l'impegno riguardi una sola parte o entrambe.

11. LA CLAUSOLA DI INSCINDIBILITÀ

La clausola di inscindibilità serve ad impedire che eventuali interventi giudiziali su una parte del contratto, lo mantengano in vigore nonostante il contratto risulti difforme da quello originario.

Ciò è possibile perché l'art. 1419 c.c. prevede che in ipotesi di nullità parziale del contratto, questo resti valido salvo risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso senza la clausola nulla. Poiché si riconosce oggi che non è possibile un'indagine sulla c.d. "volontà ipotetica" delle parti, il giudice opererà una verifica sulla possibilità che il contratto parzialmente nullo abbia ugualmente un significato economico utile per le parti³².

³² Cass., 1-3-1995, n. 2340: "in caso di nullità parziale di un contratto, l'indagine diretta a stabilire se la pattuizione nulla debba ritenersi es-

Tale accertamento, di tipo oggettivo, può sacrificare l'interesse di una delle parti a che il contratto non sia modificato sicché per impedire tale sacrificio occorre appunto che sia indicato nel testo, che il contratto non può sopravvivere se modificato.

La clausola può essere scritta così:

"le parti dichiarano che il presente contratto risponde ai loro interessi solo nella sua formulazione integrale, sicché per qualsiasi ipotesi di modifica, riduzione, invalidità od inefficacia, in tutto o in parte, anche sopravvenuta, di una sua clausola, il contratto dovrà ritenersi invalido o inefficace nella sua interezza, non volendone la sua modifica a contenuti diversi o ridotti".

È tuttavia opportuno ricordare che la clausola di inscindibilità non può essere utilizzata per aggirare norme imperative di legge; in tal caso è nulla proprio la clausola di inscindibilità. Se ad es. in un contratto di locazione di immobili ad uso commerciale venga stabilita una durata inferiore a 6 anni, sostituita automaticamente dalla durata minima legale (art. 27 l. n. 392 del 1978; art. 1339 c.c.), la clausola di inscindibilità, per la quale l'intero contratto dovrebbe essere nullo, deve ritenersi nulla essa stessa perché diretta ad aggirare una norma imperativa di legge quale è quella sulla durata minima (cfr. l'art. 1419 c.c.)³³.

senziale va condotta con criterio oggettivo, con riferimento alla perdurante utilità del contratto rispetto agli interessi con esso perseguiti"; v. anche Cass., 21-5-2007, n. 11673.

³³ Si veda di nuovo Cass., 26-4-2004, n. 7927, che dopo aver indicato che

Di conseguenza la clausola di inscindibilità è efficace solo se non aggiri una norma di protezione posta a tutela di una delle parti.

12. LA CLAUSOLA DI IRRESOLUBILITÀ

Talora l'inadempimento di una delle parti o comunque l'eliminazione del contratto, che comporta l'obbligo delle restituzioni di quanto si fosse ricevuto (artt. 1445 e 1458 c.c.), può generare una situazione negativa anche per la parte che intenda avvalersi della tutela di legge.

Si pensi ad es. al caso del trasferimento di un'azienda, con inadempimento all'obbligo di pagarne il prezzo da parte dell'acquirente e gestione economicamente negativa dell'impresa da parte sua, che dovrebbe quindi renderla indebitata.

In questa ipotesi l'eventuale retrocessione dell'azienda può risultare dannosa, comportando la solidarietà per i debiti aziendali maturati durante la gestione (art. 2560 comma II c.c.). Si pensi anche al caso della vendita di un terreno sul quale l'acquirente inadempiente costruisca opere di nessun interesse per il venditore: al momento di ottenere la restituzione del terreno si porrebbe il problema della loro rimozione, che potrebbe essere lunga e complicata.

la durata legale si sostituisce a quella pattizia, precisa che è "irrilevante l'aver le parti convenuto che l'invalidità anche di una sola clausola contrattuale comporti il venir meno dell'intero negozio" al fine di evitare tale effetto sostitutivo.

È quindi possibile pattuire la irrisolubilità del contratto³⁴, perché questa sarà controbilanciata dal diritto alla controprestazione ma anche al risarcimento del danno per il ritardo oppure per i vizi e relative conseguenze, ad es. secondo questo testo:

"le parti concordano che qualsiasi pretesa per qualsivoglia natura che i contraenti vantino uno nei confronti dell'altro, non potrà mai far conseguire la risoluzione del contratto, venendo pattuito che gli eventuali rimedi da esperire saranno limitati all'azione di esecuzione specifica e/o al risarcimento del danno".

Ovviamente questa clausola può risultare dannosa in concreto laddove il contraente inadempiente si spogli di ogni bene, perché in tal caso il risarcimento risulterà di fatto impossibile. Inoltre, essendo esclusa la risoluzione, il contraente deluso non potrà mai ottenere in restituzione quanto abbia prestato all'altra parte.

Il patto andrà quindi opportunamente accompagnato da una fideiussione o da altra garanzia per chi tema l'altrui inadempimento oppure dallo spostamento, nel tempo, del pagamento totale o parziale del corrispettivo, come si indicherà di seguito.

³⁴ Per Cass., 10-2-2003, n. 1952, "rientra nell'autonomia privata la facoltà di rinunciare agli effetti della risoluzione del contratto per inadempimento". Un abbaglio è quello di Cass., 9-5-2012, n. 7054 che afferma il contrario; v. la mia nota *Nullità della clausola di rinuncia alla risoluzione e massime mentitorie*, in *Giur. it.*, 2012, 2255.

Talora per evitare rischi si impone alla controparte di assicurarsi da eventi dannosi, indicando come beneficiario dell'assicurazione la parte creditrice di una somma di denaro: ciò è frequente nei mutui bancari.

Qui le banche pretendono che il mutuatario concluda un'assicurazione per il caso di incendio dell'immobile o per il caso di disoccupazione ed altri rischi, ipotesi nelle quali l'assicurazione erogherà l'indennizzo alla banca, che evita così il rischio di non recuperare il proprio credito o di recuperarlo solo al termine di un lungo procedimento esecutivo.

13. LA CLAUSOLA DI OMNICOMPRESIVITÀ

L'art. 1362 c.c. prevede che il contratto si interpreti secondo il tenore letterale del testo e secondo il comportamento delle parti.

Accade spesso che si utilizzino a fini interpretativi documenti predisposti prima del contratto, come le varie bozze del testo o altri documenti esterni, anche successivi, alla conclusione come pure la corrispondenza intercorsa.

Talora ciò è necessario come quando si allegano al contratto le mappe contenenti l'individuazione catastale del bene o la sua individuazione concreta (es. le foto di un quadro); in altri casi l'uso di documenti esterni sulla cui irrilevanza non c'è chiarezza è rischioso.

Per evitare la possibilità che tale meccanismo comporti interpretazioni inattese da parte del giudice, è dunque opportuno che sia tolto valore a qualsiasi elemento diverso dal contratto. Si potrà ad es. pattuire:

"Le parti concordano che il presente contratto contenga la loro la volontà finale, revocando qualsiasi altro documento o trattativa precedente, in modo che l'interpretazione della loro volontà avvenga solo sulla base di quanto qui pattuito.

Concordano inoltre che qualsiasi modifica al presente contratto potrà avvenire solo in forma scritta e con espressa indicazione della clausola da modificare, rimanendo altrimenti irrilevante qualsiasi documento diversamente formulato".

Va tuttavia ricordato che, sempre in base all'art. 1362 c.c., il comportamento delle parti che sia univoco resta pur sempre un criterio interpretativo del significato che i contraenti hanno attribuito al contratto.

In tal senso, quindi, se ad es. il contratto preveda il pagamento solo in contanti o con bonifico bancario ma per lungo tempo si accettino assegni bancari, sarà difficile sostenere che questa forma di pagamento costituisca inadempimento perché contraria ai patti che non devono essere interpretati difformemente.

14. LA CLAUSOLA DI SEGRETEZZA

La clausola di segretezza serve ad impedire la divulgazione esterna di notizie riservate ed è opportuno che sia oggetto di accordo specifico fin dall'instaurazione delle trattative, specie per il rischio che possano chiudersi senza essere seguite da un accordo. La maggior efficacia della clausola di segretezza si raggiunge solo se sia connessa ad una clausola

penale, in modo che i contraenti siano dissuasi dalla relativa violazione; peraltro, come si dirà oltre, la clausola penale può essere ridotta se manifestamente eccessiva ed i giudici ritengono che si possa procedere d'ufficio alla riduzione.

Sarà quindi indispensabile chiarire l'importanza che la segretezza assuma al fine di ridurre il rischio che il giudice intervenga sulla penale:

"Le parti riconoscono che le informazioni acquisite durante le trattative ed in forza del presente contratto riguardano notizie che non devono essere divulgate perché inerenti la rispettiva attività economica. Si impegnano quindi a mantenere la segretezza assoluta su quanto appreso e convengono che la violazione di tale impegno comporti una penale di...".

Ovviamente la clausola può essere oggetto di specifico patto quando sia incerto se le trattative giungeranno alla conclusione; in questo caso dal testo scritto sopra basta eliminare le parole "ed in forza del presente contratto".

15. LE CLAUSOLE DI ADEGUAMENTO MONETARIO

Uno dei punti di maggior importanza nei contratti ad esecuzione differita nel tempo o ad esecuzione prolungata, riguarda il rischio che si modifichi il valore economico di una delle prestazioni.

È sufficiente ricordare che l'inflazione riduce il valore d'acquisto della moneta anche in tempi di stabilità dei rapporti di cambio, per evidenziare l'opportunità di regolare sempre il rischio in esame.

Attenzione: può capitare talora, anche se davvero occasionalmente, che la legge non consenta di inserire liberamente clausole di questo tipo. Questo avviene ad es. per l'aggiornamento del canone di locazione degli immobili ad uso commerciale, per il quale l'art. 32 l. n. 392/1978 vieta che l'aggiornamento superi il 75% dell'inflazione accertata dall'Istat.

Nei contratti di durata (es. appalto di servizi) si potrà scrivere che:

"Il corrispettivo previsto all'art. ... andrà aggiornato dopo 365 giorni dalla conclusione del contratto, nella misura del tasso di inflazione accertato dall'Istat rispetto alla data di sottoscrizione del presente contratto".

La clausola di adeguamento può anche tener conto di altri meccanismi di indicizzazione, ad. es. il valore dell'oro o del petrolio o di altra materia prima:

"Il corrispettivo previsto all'art. ... andrà aggiornato dopo 365 giorni dalla conclusione del contratto, nella percentuale derivante dal cambiamento del valore occorrente per acquistare a tale data 100 grammi di oro [1 barile di petrolio] rispetto al costo attuale".

Ovviamente in tal caso è possibile che il valore di riferimento cali anziché aumentare (infatti è scritto *cambiamento* e non *aumento*): nel periodo 2014-2016 vi è stata infatti una diminuzione dei prezzi da deflazione che non aveva precedenti nei 50 anni anteriori!

La clausola di adeguamento può servire per evitare la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.) anche al di fuori dei contratti di durata:

“qualsiasi modifica del costo del petrolio [oppure: superiore al ... %] successiva alla sottoscrizione del presente contratto [oppure: che intervenga a partire dal...] comporterà il contestuale e proporzionale aumento o diminuzione del corrispettivo dovuto per le partite consegnate dopo tale data”.

Ovviamente occorre tener conto che tale scelta potrebbe risultare antieconomica, perché in talune ipotesi la risoluzione del contratto appare preferibile in quanto consente di modificare strategie aziendali.

Ad es. l'eccessivo rialzo del costo del petrolio può suggerire di cambiare fonte di approvvigionamento (carbone, gas) o cercare un fornitore disponibile a venderlo a prezzi inferiori ecc., piuttosto che imporre di pagare somme sempre più alte. In tal caso si può prevedere la soluzione opposta, autorizzando una delle parti a recedere dal contratto, aggiungendo alla clausola sopra riportata la precisazione che:

“tuttavia modifiche del prezzo che ne comportino un aumento superiore all'n% danno diritto a X di recedere dal contratto per le partite da consegnare successivamente alla comunicazione di recesso”.

D'altro canto le parti possono anche convenire che il corrispettivo non sia influenzato dalle sopravvenienze, trasfor-

mando così il contratto da commutativo (cioè di scambio) ad aleatorio (art. 1469 c.c.), cioè a rischio³⁵.

A tal fine si può utilizzare la clausola di invariabilità del prezzo, di cui si è già fatto cenno e la cui funzione è di porre il rischio delle sopravvenienze a carico della parte che debba ricevere un corrispettivo fisso ed invariabile per l'opera che deve realizzare³⁶.

In questa ipotesi la clausola potrà ad es. indicare che:

"il corrispettivo previsto per l'appalto è fisso ed invariabile, restando a carico dell'appaltatore, anche in deroga all'art. 1664 c.c., qualsiasi aumento dei costi quale ne sia la causa, anche geologica, idrica o simile sebbene qui non indicata, assumendosi l'appaltatore il relativo rischio".

Diversa è la questione relativa alla determinazione del saggio di interessi di mora, cioè degli interessi che servano a risarcire il creditore per il ritardo ai sensi dell'art. 1224 c.c.

Il problema si può risolvere indicando che *"in caso di ritardo saranno dovuti interessi moratori nella misura del...% annuo"*.

³⁵ Cass., 12-10-2012, n. 17485, in *Giur. it.*, 2013, p. 2476: anche per i contratti cosiddetti commutativi le parti, nel loro potere di autonomia negoziale, possono prefigurarsi la possibilità di sopravvenienze, che incidono o possono incidere sull'equilibrio delle prestazioni, ed assumere, reciprocamente o unilateralmente, il rischio, modificando in tal modo lo schema tipico del contratto commutativo e rendendolo per tale aspetto aleatorio, con l'effetto di escludere, nel caso di verifica di tali sopravvenienze, l'applicabilità dei meccanismi riequilibratori previsti nell'ordinaria disciplina del contratto (art. 1467 e 1664 c.c.).

³⁶ È il c.d. appalto "a forfait": Cass., 21-2-2014, n. 4198.

Occorre tuttavia ricordare che se gli interessi siano fissati in misura troppo alta, potrebbe derivarne il reato di usura. Sebbene gli interessi di mora nulla abbiano a che fare con gli interessi corrispettivi, perché i primi decorrono solo in caso di inadempimento mentre i secondi sono dovuti automaticamente quale ordinaria remunerazione del prestito, vi sono sentenze per le quali la disciplina dell'usura riguarderebbe anche gli interessi moratori.

Esistono a tal fine i c.d. tassi soglia, cioè le misure determinate con appositi decreti ministeriali (art. 2 l. n. 108 del 1996) oltre le quali si realizza l'usura, conseguendone quindi sia la sanzione penale (art. 644 c.p.) sia la perdita degli interessi stessi (art. 1815 c.c.).

Poiché con legge n. 24 del 2001 si è precisato che la natura usuraria degli interessi deve essere valutata avuto riguardo unicamente al limite di legge fissato al momento della conclusione del contratto, sarà necessario verificare la misura del tasso soglia esistente appunto quando si concluda il contratto.

Se è un problema determinare interessi in misura eccessiva, lo può essere anche fissarli ad un saggio troppo basso.

Infatti il d. lgs. n. 231 del 2002 disciplina i pagamenti tra imprese, disponendo ad es. che gli interessi di mora decorrano dopo trenta giorni dalla consegna della merce o dal ricevimento della fattura (art. 2): questo per evitare che i creditori che si trovino in stato di dipendenza economica, quali sono i piccoli fornitori di grandi imprese che assorbono la loro produzione³⁷, siano costretti loro malgrado a finanziare il

³⁷ Si ricordi che la legge n. 192 del 1998 disciplina il rapporto di dipendenza economica tra imprese, vietandone l'abuso nell'art. 9.

proprio debitore accettando tempi di pagamento troppo dilazionati.

La disciplina in esame vieta però anche saggi di interesse troppo bassi, ad evitare che il problema si riproponga appunto pagando somme irrisorie a titolo di mora (art. 7).

16. LE CONDIZIONI

La condizione (art. 1353 c.c.) serve perché gli interessi che spingono una parte e che normalmente non hanno alcuna rilevanza, diventino invece parte del meccanismo contrattuale, impendendo che sorga l'obbligo di adempiere (o facendo estinguere i precedenti obblighi) se gli interessi siano frustrati.

La condizione può rappresentare ad es. la necessità che siano rilasciate determinate autorizzazioni, che il valore di una azione quotata non scenda/salga oltre un certo indice, che si riceva in locazione un immobile, che si superi un concorso e così via.

La condizione sospensiva impedisce che gli effetti del contratto si producano fino a quando l'evento si realizzi; in tal modo, ad es., non si dovrà pagare il prezzo di acquisto di un bene e nel contempo non si diventa proprietari.

La condizione risolutiva serve invece a porre nel nulla il contratto: se ad es. ad un certo punto venga revocata un'autorizzazione e quindi non si possa più esercitare una certa attività, viene meno il contratto risolutivamente condizionato. La scelta dipende dal tipo di interesse da proteggere: come si capisce dai due esempi precedenti, non c'è interesse ad

acquistare un immobile pagando il suo prezzo se, prima della vendita, non sia accolta la domanda di sanatoria degli abusi realizzati dal venditore, sicché qui la condizione da apporre sarà sospensiva.

Quando invece si possa esercitare subito l'attività commerciale nell'immobile che fa parte dell'azienda affittata, ma c'è il rischio non immediato che vengano revocate o annullate determinate autorizzazioni, allora la condizione risolutiva permetterà di svolgere subito l'attività economica, fino a che non cambi la situazione.

Una clausola sospensiva in un contratto preliminare di vendita può essere:

"il presente contratto preliminare è sottoposto alla condizione sospensiva che il promittente venditore liberi l'immobile promesso in vendita dagli inquilini entro la data ultima, essenziale ed improrogabile del...".

In tal modo il contratto definitivo si concluderà solo se entro quel termine l'immobile sia libero, altrimenti le parti saranno libere da ogni vincolo.

Una clausola risolutiva può essere:

"il presente contratto di affitto d'azienda è sottoposto alla condizione risolutiva che il comune non revochi l'autorizzazione commerciale n....".

Da tempo si ammette anche la condizione di adempimento, cioè la possibilità che il contratto sia soggetto alla decisione

che una delle due parti assuma, di eseguire o meno la prestazione³⁸.

Infatti la condizione è normalmente costituita da un evento futuro ed incerto che non dipende dalla volontà dei contraenti, come nei casi di prima; tuttavia si può arrivare anche a rendere l'evento dipendente dalle loro scelte, come nel caso in cui si prometta di vendere un immobile ad un terzo se ci si trasferirà a seguito del proprio matrimonio, visto che il matrimonio dipende pur sempre dalle decisioni di uno dei contraenti.

La condizione di adempimento non è nulla, come da qualcuno si prospetta qualificandola meramente potestativa (art. 1355 c.c.), tale essendo la condizione che rimette al puro arbitrio di una parte decidere se realizzare o meno l'evento³⁹.

³⁸ Non tutte le sentenze sono però d'accordo; v. ad es. Cass., 2-10-2014, n. 20854, per la quale "l'adempimento di una prestazione non può essere dedotto come evento futuro ed incerto di una condizione risolutiva, in quanto appare più coerente con la previsione di una clausola risolutiva espressa, piuttosto che con la considerazione di un elemento accidentale rispetto alla vita del contratto".

³⁹ Cass., 26-8-2014, n. 18239: "la condizione è «meramente potestativa» quando consiste in un fatto volontario il cui compimento o la cui omissione non dipende da seri o apprezzabili motivi, ma dal mero arbitrio della parte, svincolato da qualsiasi razionale valutazione di opportunità e convenienza, sì da manifestare l'assenza di una seria volontà della parte di ritenersi vincolata dal contratto, mentre si qualifica «potestativa» quando l'evento dedotto in condizione è collegato a valutazioni di interesse e di convenienza e si presenta come alternativa capace di soddisfare anche l'interesse proprio del contraente, soprattutto se la decisione è affidata al concorso di fattori estrinseci, idonei ad influire sulla determinazione della volontà, pur se la relativa valutazione è rimessa all'esclusivo apprezzamento dell'interessato".

Si ritiene infatti che chi possa decidere se adempiere o meno lo faccia sulla base di un interesse economico all'adempimento: tale interesse la fa allora qualificare come (valida) condizione potestativa anziché come (invalida) condizione meramente potestativa⁴⁰.

La clausola può ad es., essere così formulata:

"il trasferimento delle azioni/quote [oppure: della proprietà dell'immobile promesso] è subordinato alla condizione sospensiva dell'intero pagamento del prezzo entro la data del...".

La funzione della condizione di adempimento serve ad evitare che un diritto si trasferisca quando non è certa la controprestazione, perché una volta che il contratto sia efficace, occorre anzitutto eseguire la prestazione a proprio carico. La condizione di adempimento può essere inoltre risolutiva anziché sospensiva ed in tal caso il suo contenuto può essere ancora più ampio. Si ricordi in tal senso che la condizione

⁴⁰ V. ad es., Cass., 15-11-2006, n. 24299: "nell'ambito dell'autonomia privata, le parti possono prevedere l'adempimento o l'inadempimento di una di esse quale evento condizionante l'efficacia del contratto in senso sospensivo o risolutivo, sicché non configura una illegittima condizione meramente potestativa la pattuizione che fa dipendere dal comportamento - adempiente o meno - della parte l'effetto risolutivo del negozio, e ciò non solo per l'efficacia (risolutiva e non sospensiva) del verificarsi dell'evento, ma anche perché, in base a tale clausola, l'efficacia della condizione risolutiva così convenzionalmente stabilita la cui operatività è rimessa a una valutazione ponderata degli interessi della stessa parte non è subordinata a una scelta arbitraria della medesima".

meramente potestativa, che è nulla e rende nullo il contratto, è solo quella sospensiva, non quella risolutiva.

A ben vedere, infatti, la clausola risolutiva meramente potestativa assume natura di clausola di recesso, di cui si dirà oltre, perché come la clausola di recesso consente alla parte a cui favore sia stabilita, di decidere liberamente se recedere o meno dal contratto.

Quando la condizione di adempimento è risolutiva, appunto perché clausola di recesso, consente di recedere dal contratto senza dover pagare alcun corrispettivo e, soprattutto, senza dover risarcire alcun danno⁴¹.

Dal profilo economico vi è una forte similitudine tra condizione sospensiva di adempimento ed opzione (art. 1331 c.c.)⁴²: infatti quando si conclude un contratto di opzione, si paga un corrispettivo in cambio dell'impegno dell'altro contraente di mantenersi obbligato fino alla scadenza del termine concordato, con facoltà per chi paghi l'opzione, di decidere se concludere o meno il contratto opzionato.

La differenza consiste nel corrispettivo, che normalmente è pagato nell'opzione mentre non si versa nel caso di condizione

⁴¹ Cass., 24-11-2003, n. 17859.

⁴² Cass., 6-11-1996, n. 9675: "il patto di opzione previsto dall'art. 1331 c.c. impone nella compravendita ad una delle parti l'obbligo incondizionato ed irrevocabile di vendere o di comprare, attribuendo contestualmente all'altra parte il diritto di conseguire la vendita o l'acquisto del bene o di rinunciarvi a sua insindacabile scelta, di modo che per rendere eseguibile il patto è sufficiente la dichiarazione di volontà del promissario essendo quella del proponente già manifestata, vincolante e per lui irrevocabile ed essendo il proponente stesso liberato dal vincolo derivante dall'opzione solo se l'accettazione della proposta intervenga dopo la scadenza del termine fissato".

sospensiva di adempimento (beninteso, salva diversa decisione delle parti).

Dal profilo giuridico, però, l'acquisto sotto condizione sospensiva può essere subito trascritto (art. 2655 c.c.) e si può anche disporre del diritto, sia pure sempre condizionatamente (art. 1357 c.c.).

Quindi chi acquista sotto condizione può disporre del bene, anche se tutti i contratti saranno pur sempre efficaci solo se la condizione si realizzerà (se sospensiva) o perderanno effetto da quando si avveri (se risolutiva). È però possibile che i contraenti la costituiscano come condizione unilaterale, ovvero nell'interesse di una sola delle parti⁴³. La parte a favore della quale sia prevista la condizione unilaterale può di conseguenza anche rinunciarvi⁴⁴ e pretendere l'esecuzione del contratto.

Un esempio di condizione unilaterale è:

"il contratto definitivo sarà stipulato a condizione, posta nel solo interesse del promissario acquirente, del rilascio del premesso di costruire come chiesto dal promettente venditore con l'istanza allegata sub A".

⁴³ Secondo Cass. civ., 17-8-1999, n. 8685 la condizione unilaterale può anche essere implicita.

⁴⁴ Cass., 5-8-2011, n. 17059: "nell'ambito dell'autonomia privata, le parti possono apporre al contratto una condizione sospensiva o risolutiva convenuta nell'interesse esclusivo di uno solo dei contraenti, il quale resta, di conseguenza, libero di avvalersene o di rinunciarvi, sia prima che dopo il non avveramento della stessa, senza possibilità per la controparte di ostacolarne la volontà"; v. anche Cass., 3-7-2013, n. 16620.

È inoltre possibile collegare una penale all'ipotesi di inadempimento⁴⁵, ma in tal caso verrà meno la funzione potestativa cui la clausola è diretta e la libertà di sciogliersi dal contratto dipenderà in definitiva da una valutazione di convenienza tra la liberazione del vincolo ed il costo rappresentato dalla penale.

17. LE CLAUSOLE SUI TEMPI DI PAGAMENTO

Le clausole sul pagamento del prezzo hanno la funzione di costituire una garanzia impropria a favore dell'acquirente, il quale pagherà il saldo del dovuto solo quando abbia la certezza del buon esito del contratto.

Tipica dei contratti d'appalto è la c.d. ritenuta a garanzia, che il committente opera sul saldo complessivo del prezzo dovuto all'appaltatore, per versare il dovuto solo dopo le opportune verifiche dell'opera (a collaudo avvenuto; tot mesi dopo il collaudo).

Occorre però ricordare di nuovo che tra imprenditori i tempi di pagamento delle forniture sono regolati da norme imperative (d. lgs. n. 231 del 2002) e che, nella vendita di beni immobili, in caso di mancato pagamento integrale del prezzo prima della vendita il codice stabilisce l'ipoteca legale a favore del venditore (art. 2817 c.c.), con i relativi costi (imposte proporzionali) tanto di iscrizione quanto poi di cancellazione.

⁴⁵ Cass., 15-11-2006, n. 24299.

È comunque possibile formularla così, ad es. nel caso di vendita di una macchina di cui manchino alcuni pezzi accessori:

"Le parti convengono che del prezzo, versato quanto ad €... al momento della sottoscrizione del presente contratto, il residuo importo di €... verrà pagato entro 60 giorni dalla consegna, con diritto dell'acquirente di trattenere tale importo ove il venditore entro tale data non consegna anche i seguenti accessori:...."

La clausola può essere utilizzata per verificare la situazione materiale del bene acquistato, ad es. per essere certi che una determinata macchina funzioni adeguatamente:

"Le parti convengono che del prezzo, versato quanto ad €... al momento della sottoscrizione del presente contratto, il residuo importo di €... verrà pagato entro 60 giorni dalla consegna, con diritto dell'acquirente di trattenere tale importo qualora entro tale termine emergano difetti che il venditore non rimedi entro 30 giorni dalla comunicazione da parte dell'acquirente, che sia inviata al più tardi entro ... giorni dalla loro scoperta"

Qualora però il vizio sia particolarmente grave, è preferibile che il contratto si sciogla per non tenersi un bene inidoneo, aggiungendo quindi a tal fine queste parole:

"salvo che l'acquirente, decorso quel termine, comunichi che intende recedere dal contratto, fermo il suo diritto al risarcimento dei danni"

In ogni caso non si evita il rischio che il venditore contesti la gravità del vizio in relazione alla parte del prezzo non trattenuta: se il vizio risulti marginale, l'acquirente tratterebbe una parte del prezzo sproporzionata al difetto ed in tal caso la clausola diventa in definitiva una penale che, se eccessiva, può essere ridotta (art. 1384 c.c.).

D'altro canto il problema si pone solo se il venditore non rimedi ai vizi denunciati, mentre l'acquirente è qui tutelato dal fatto di essere autorizzato a non pagare quantomeno fino a che termini il contenzioso sull'eventuale eccessività della parte di prezzo non versata.

Come si vede, costruire bene un contratto è davvero difficile quando i casi cui si voglia far riferimento siano così generici da consentire soluzioni di ogni tipo: certi problemi appaiono quindi quasi insuperabili.

Il problema dei "costi di transazione" di cui si è già detto è proprio questo: più casi si vogliono regolare, più il contratto è complesso e maggiori sono i costi sia per le trattative sia per l'assistenza professionale necessaria.

Qui la soluzione si trova o limitando il campo di applicazione, cioè indicando a quali vizi si faccia riferimento oppure si fa in modo che la clausola non diventi una penale eccessiva, scrivendo a chiusura:

"in caso di contestazioni del venditore, l'acquirente potrà comunque trattenere l'importo ancora dovuto sul prezzo fino alla definizione della controversia con sentenza passata in giudicato".

Questa precisazione trasforma la clausola da penale (che potrebbe essere eccessiva e quindi ridicibile) a clausola di garanzia perché impedisce di dover eseguire la prestazione in attesa della definizione del giudizio⁴⁶.

18. IL PATTO DI NON CONCORRENZA

Il patto di non concorrenza, da utilizzare quando non operi già l'obbligo legale (art. 2557 c.c.) serve ad impedire, ad es. nella cessione d'azienda o in caso di cessione di pacchetti azionari di controllo, che il cedente inizi attività concorrenti che possano far perdere di valore il bene acquistato.

La giurisprudenza applica talora il divieto legale contenuto nell'art. 2557 c.c. anche all'affitto d'azienda, una volta che l'affittuario l'abbia restituita⁴⁷.

I patti di non concorrenza sono guardati con sfavore⁴⁸ e il codice li ammette ma contenuti entro limiti di tempo: art.

⁴⁶ Questo anche per prevenire ordini giudiziali di pagamento come il decreto ingiuntivo (art. 633 c.p.c.) per il pagamento del prezzo.

⁴⁷ Cass., 20-12-1991, n. 13762: "le disposizioni dell'art. 2557 c.c., concernenti il divieto di concorrenza in caso di trasferimento di azienda, trovano applicazione non soltanto con riguardo alle ipotesi di alienazione di questa, intesa in senso tecnico, ma anche a tutte quelle altre ove si avveri la sostituzione di un imprenditore all'altro nell'esercizio dell'impresa, come conseguenza diretta della volontà delle parti o di un fatto da esse espressamente previsto e, pertanto, anche in favore del proprietario di un'azienda nel caso che l'abbia data in affitto allorché l'azienda gli sia stata ritrasferita dall'affittuario per scadenza del termine finale o per altra causa negozialmente prevista".

⁴⁸ Ad es. nel rapporto di lavoro Cass., 13-6-2003, n. 9491 indica che "la previsione della risoluzione del patto di non concorrenza rimessa

2557 c.c. e purché siano provati per scritto ed indichino la zona o l'attività cui si riferiscano (art. 2596 c.c.); nel lavoro subordinato v. l'art. 2125 c.c.; per l'agente l'art. 1751 *bis* c.c.

Tra l'altro possono assumere valore particolare nei rapporti tra imprese di grandi dimensioni, quali accordi che limitano la concorrenza (divieto di intese orizzontali restrittive della concorrenza: art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea; art. 2 l. n. 287/1990).

Si faccia attenzione: l'art. 2557 c.c. si riferisce alla cessione dell'azienda e quindi non opera nel caso di cessione di azioni, perché l'azienda resta nella titolarità della società che ne è proprietaria, a prescindere da chi sia il socio⁴⁹.

Tuttavia si è anche detto che ove la cessione delle quote sia in realtà diretta a regolare un trasferimento d'azienda, allora varrebbe di nuovo la regola contenuta nell'art. 2557 c.c.⁵⁰.

Il patto di non concorrenza non può poi inibire qualsiasi attività di lavoro⁵¹.

all'arbitrio del datore di lavoro concreta una clausola nulla per contrasto con norme imperative".

⁴⁹ Cass., 17-4-2003, n. 6169: "il divieto di concorrenza che l'art. 2557 c.c. pone a carico di chi alieni l'azienda non è applicabile nei confronti del socio receduto da una società in nome collettivo, atteso che, nel caso di recesso, non si determina alcun trasferimento della titolarità dell'azienda".

⁵⁰ Cass., 24-7-2000, n. 968: "in caso di cessione delle quote di una società di capitali, qualora il giudice di merito accerti che le parti hanno in realtà inteso trasferire l'azienda di cui la società è titolare, con conseguente pericolo di sviamento della clientela, deve applicarsi, in via analogica, il divieto di concorrenza previsto dalla legge per l'ipotesi di alienazione dell'azienda". La regola vale anche per la cessione di quote di società di persone: Cass., 16-2-1998, n. 1643.

⁵¹ Cass., 19-12-2001, n. 16026: "è nullo, in quanto contrastante con l'ordine pubblico costituzionale (art. 4 e 35 cost.), il patto di non concor-

La clausola può essere formulata così:

"Il venditore si obbliga ad astenersi dall'iniziare direttamente o indirettamente attività concorrenti a quelle esercitate tramite l'azienda trasferita fino al...."

In particolare l'ambito territoriale di non concorrenza è individuato nei comuni/province ecc. di.....; l'attività che il venditore si impegna a non svolgere consiste nella vendita dei seguenti prodotti... oppure: nella fornitura dei seguenti servizi:".

Il riferimento all'attività esercitata indirettamente serve ad evitare che si possa operare all'interno di soggetti diversi ma concorrenti, avvalendosi formalmente della circostanza che non si esercita direttamente l'attività⁵².

Il patto può comprendere anche il divieto di assumere dipendenti dell'azienda ceduta⁵³, ad evitare di perdere proprio il personale che sia in grado di operare nell'ambito di quella

renza diretto, non già a limitare l'iniziativa economica privata altrui, ma a precludere in assoluto ad una parte la possibilità di impiegare la propria capacità professionale nel settore economico di riferimento".

⁵² Cass, 25-6-2014, n. 14471: va confermata la pronuncia di merito con cui è stata ritenuta illecita la condotta di chi, pochi mesi dopo aver ceduto un'azienda per il commercio di prodotti ortofrutticoli, sia entrato con una quota minoritaria nell'impresa familiare dedita alla vendita di alimentari nelle vicinanze dell'azienda alienata, ove risulti che egli di fatto gestiva in proprio il settore ortofrutticolo e che il suo nome veniva pubblicizzato radiofonicamente e impresso sulle buste di plastica utilizzate per contenere i prodotti.

⁵³ Cass., 7-7-2008, n. 18591.

specifica attività (si pensi ai "maestri" soffiatori delle vetriere di Murano).

Per meglio assicurare l'efficacia del patto è opportuno stabilire anche qui una clausola penale, che può consistere nell'indicazione della somma complessiva da pagare o in un determinato importo per ogni bene venduto in violazione del patto o per ogni giorno di attività in concorrenza.

È chiara peraltro la difficoltà di provare quanti siano i prodotti messi in commercio in violazione del patto o i giorni di effettiva concorrenza.

19. LE CLAUSOLE DI RECESSO

È regola generale che i contratti si sciolgano solo per mutuo consenso o per cause previste dalla legge (art. 1372 c.c.), sicché il contraente "pentito" non può liberarsi dal contratto se non quando la legge lo preveda come facoltà (es. nell'appalto v. art. 1671 c.c.) oppure quando esista un apposito patto (art. 1373 c.c.), che si può liberamente inserire nel contratto salvo divieti da norme imperative (v. art. 27 l. n. 392/1978, la disciplina agraria, quella del lavoro subordinato ecc.).

La clausola può prevedere il recesso "ad nutum", cioè senza necessità di giustificarlo⁵⁴ o solo per casi particolari, al di fuori dei quali non si può recedere.

Inoltre può essere accompagnata o meno da un corrispettivo che deve versarsi per recedere (art. 1373 c.c.) ed in tal modo chi recede conosce in anticipo quanto dovrà pagare per li-

⁵⁴ Il codice del consumo lo prevede ad es. per le vendite a distanza o fuori dei locali commerciali: art. 64.

berarsi dal contratto, ad es. perché trova altro contraente disposto a pagare di più la sua prestazione.

Ove sia previsto un corrispettivo per il recesso, questo non è efficace fino a quando il corrispettivo non sia pagato (art. 1373 c.c.).

Si tratta di una norma dispositiva, come si comprende dall'ultimo inciso della disposizione, che fa salvo il patto contrario: ciò significa che si può pattuire l'efficacia immediata del recesso anche qualora il corrispettivo da pagare non sia stato versato. Evidentemente la parte interessata a ricevere il corrispettivo per il recesso dovrà proteggersi dal rischio del mancato pagamento, con apposita garanzia.

Si noti che per l'art. 1373 c.c. il recesso può essere esercitato "finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione": ciò in quanto il recesso non ha effetto retroattivo, come indica anche il secondo comma della stessa disposizione per le prestazioni già eseguite nei contratti ad esecuzione periodica o continuata.

Tale previsione non impedisce però alle parti di modificare la regola e di consentire il recesso anche successivamente, giacché il codice conosce una simile facoltà nell'appalto a favore del committente (art. 1671 c.c.).

Tuttavia in tal caso si dovrà regolare anche il riequilibrio delle prestazioni eseguite, altrimenti il recedente che abbia ricevuto una parte della prestazione potrebbe trattenerla: l'art. 2041 c.c. vieta l'arricchimento senza causa, come sarebbe il recedere liberamente trattenendo il ricevuto.

Si ricordi che il recesso è un atto unilaterale recettizio (artt. 1324, 1334 e 1335 c.c.) e quindi la sua efficacia sorge quando venga ricevuto al domicilio del destinatario.

È perciò opportuno che la relativa clausola indichi le modalità di comunicazione in relazione ai mezzi tecnici a tal fine prescelti (es. la posta elettronica), evitando contenziosi sull'effettività della comunicazione. Ad es.:

"il recesso potrà essere comunicato anche per posta elettronica non certificata, da confermarsi in tal caso con raccomandata da spedire entro 24 ore assieme alla copia del messaggio di posta elettronica; il recesso produrrà effetto dal giorno di spedizione della posta elettronica [alternativa, a seconda del soggetto da proteggere: il recesso produrrà effetto dal giorno di ricezione della raccomandata]"⁵⁵.

Se c'è corrispettivo, l'ultimo inciso andrà così sostituito: *"l'efficacia del recesso è subordinata all'avvenuto pagamento dell'importo di €... da parte del recedente"*.

Se il recesso è limitato a singole ipotesi oppure nel tempo, lo si dovrà precisare:

⁵⁵ Per Cass., 19-8-2016, n. 17204, "la lettera raccomandata - anche in mancanza dell'avviso di ricevimento - costituisce prova certa della spedizione attestata dall'ufficio postale attraverso la ricevuta, da cui consegue la presunzione, fondata sulle univoche e concludenti circostanze della spedizione e dell'ordinaria regolarità del servizio postale, di arrivo dell'atto al destinatario e di conoscenza ex art. 1335 c.c. dello stesso, per cui spetta al destinatario l'onere di dimostrare di essersi trovato senza sua colpa nell'impossibilità di acquisire la conoscenza dell'atto"; così anche Cass., 25-09-2014, n. 20167, 22-10-2013, n. 23920 ecc.; in senso opposto ma isolata Cass., 21-6-2016, n. 12822.

"il recesso potrà essere esercitato entro tot giorni dalla sottoscrizione del contratto"; "il recesso potrà essere esercitato solo ove il comune non rilasci al promissario venditore il permesso di costruire entro il...".

In definitiva la clausola di recesso senza corrispettivo equivale ad una condizione di adempimento o ad una condizione vera e propria a seconda dei casi, salva qui la previsione del corrispettivo, il che è ben possibile trattandosi sempre di materia rimessa all'autonomia delle parti (art. 1322 c.c.). Qualora il corrispettivo per il recesso sia pagato anticipatamente, si configura una caparra penitenziale regolata dall'art. 1386 c.c.

20. CLAUSOLA RISOLUTIVA ESPRESSA E TERMINE ESSENZIALE

La clausola risolutiva espressa è regolata dall'art. 1456 c.c. e la sua funzione è di individuare specifici inadempimenti che generino la risoluzione automatica del contratto.

Si tratta di una funzione particolarmente importante perché evita la pronuncia del giudice sulla gravità dell'inadempimento (art. 1455 c.c.), che spesso produce risultati diversi dalle proprie attese.

Il giudice non può infatti sindacare la gravità dell'inadempimento contemplato in tale clausola e respingere la domanda di risoluzione se l'inadempimento sia provato⁵⁶.

⁵⁶ Cass., 20-12-2004, n. 23625; Cass., 7-3-2001, n. 3343 ecc.

È importante ricordare che per la giurisprudenza la clausola risolutiva espressa che si riferisca genericamente all'inadempimento di ogni obbligazione prevista dal contratto, non vale come clausola risolutiva espressa in quanto ritenuta una c.d. "clausola di stile"⁵⁷.

In questo caso, cioè se la clausola sia generica, il giudice valuterà liberamente se l'inadempimento sia così grave da legittimare la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1455 c.c.⁵⁸.

La clausola può essere scritta così:

*"L'inadempimento di quanto previsto dalle clausole n. 1, 3, 5, provoca la risoluzione del presente contratto ai sensi dell'art. 1456 c.c."*⁵⁹.

La clausola risolutiva espressa opera quando il contraente deluso comunica che intende avvalersene: la comunicazione, in base all'art. 1334 c.c., è c.d. atto unilaterale recettizio e quindi produce effetto quando arriva al destinatario, anche se poi questo non legga la comunicazione (art. 1335 c.c.).

Ciò significa che nonostante l'inadempimento il contraente infedele può ancora adempiere fino a quando riceva la comunicazione stessa; è però possibile eliminare l'obbligo di comunicazione, in quanto in tal modo si riprodurrebbe il meccanismo già ammesso dal codice a proposito del termine essenziale.

⁵⁷ Cass., 11-3-2016, n. 4796; Cass., 30-5-2014, n. 12285 ecc.

⁵⁸ Cass., 27-1-2009, n. 1950.

⁵⁹ Spesso nei testi contrattuali si trova scritto che la violazione provoca la risoluzione del contratto "ipso iure" per dire che la risoluzione avviene di diritto; è una terminologia perfettamente superflua perché si limita a ripetere quanto indicato nell'art. 1456 c.c., ma dimostra una propensione per i latinismi da parte di chi non ha idea di quel che sta scrivendo.

Attenzione: la clausola risolutiva espressa opera solo a favore del contraente deluso e quindi il contraente inadempiente non può far valere la risoluzione in virtù del proprio inadempimento, altrimenti si trasformerebbe in clausola di recesso che però non è stata pattuita.

Inoltre il contraente deluso può agire per l'adempimento del contratto anziché avvalersi della risoluzione, rinunciando cioè ad avvalersi della clausola.

Si noti che talora si ritiene che la parte protetta da tale clausola debba subito invocarla, perché altrimenti rischia di perdere tale facoltà⁶⁰: in quel caso si è trattato di una c.d. rinuncia tacita, che si ha quando il titolare di un diritto si comporta in modo incompatibile con la volontà di avvalersi del diritto stesso; non si tratta però di un orientamento univoco⁶¹.

Per evitare adempimenti tardivi è allora possibile indicare nel contratto il termine essenziale (art. 1457 c.c.) entro il quale debba essere eseguito l'adempimento: qui l'adempimento tardivo non è possibile, salvo che il contraente protetto non rinunci al termine stesso entro 3 giorni; tale termine può anche essere prorogato.

Qui occorre avvisare che la semplice indicazione "entro e non oltre" non è considerata termine essenziale dai giudici⁶².

⁶⁰ Cass., 17-12-2009, n. 26508.

⁶¹ In senso diverso v. infatti Cass., 15-7-2005, n. 15026.

⁶² Cass., 15-7-2016, n. 14426: "l'accertamento in ordine alla essenzialità del termine per l'adempimento, ex art. 1457 c.c., è riservato al giudice di merito e va condotto alla stregua delle espressioni adoperate dai contraenti e, soprattutto, della natura e dell'oggetto del contratto, di modo che risulti inequivocabilmente la volontà delle parti di ritenere perduta l'utilità economica del contratto con l'inutile decorso del termine mede-

È allora necessario che nello stabilire tale termine, ad es.:

"la consegna della merce dovrà avvenire entro la data tassativa del..." sia precisato che si tratta *"di termine essenziale ai sensi dell'art. 1457 c.c."*.

Resta tuttavia fermo che se le parti qualificano impropriamente come termine essenziale una condizione, il giudice dovrà valutarla per quel che è nella sostanza, appunto una condizione sospensiva, come accade se si indichi che una certa autorizzazione pubblica dovrà arrivare entro un certo termine essenziale⁶³. La differenza si coglie nel fatto che quando l'evento che deve realizzarsi entro un certo termine (in questa ipotesi il rilascio della autorizzazione) non dipenda dalla volontà di una delle parti, la clausola dovrà appunto qualificarsi come condizione⁶⁴.

In tal caso, ove la condizione non si realizzi, deriverà l'impossibilità di chiedere il risarcimento dei danni per l'inadempimento, che spetta invece in caso di mancato rispetto del termine essenziale.

Ovviamente si tenga presente che nell'esempio indicato si presuppone che la richiesta di autorizzazione sia stata presentata tempestivamente e completa.

simo, che non può essere desunta solo dall'uso dell'espressione «entro e non oltre», riferita al tempo di esecuzione della prestazione, se non emerga, dall'oggetto del negozio o da specifiche indicazioni delle parti, che queste hanno inteso considerare perduta, decorso quel lasso di tempo, l'utilità prefissatasi"; così anche Cass., 7-6-2011, n. 12296.

⁶³ Cass., 24-6-2008, n. 17181.

⁶⁴ A cavallo tra le due ipotesi resta la condizione di inadempimento, di cui si è già detto.

21. LA CLAUSOLA PENALE E LA CAPARRA CONFIRMATORIA

In caso di inadempimento il contraente deluso può chiedere il risarcimento del danno (art. 1453 c.c.) ma deve dimostrarne sia l'esistenza che l'ammontare (art. 2697 c.c.) e questo può essere alle volte molto difficile.

La funzione della caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.) è duplice: da un lato serve a determinare in anticipo la somma che sarà dovuta in caso di inadempimento, dall'altro protegge il soggetto che la chieda, perché la riceverà al momento della conclusione del contratto e quindi senza dover attendere l'esito di un giudizio in caso di lite.

Chi la riceve potrà quindi recedere dal contratto e trattenerla se chi la versa sia inadempiente; invece se sia lui ad essere inadempiente, dovrà restituire quanto percepito e pagare alla controparte un eguale importo, oltre interessi e rivalutazione monetaria con decorrenza da quando l'ha ricevuta⁶⁵.

Si badi però che diversamente da quanto previsto per la clausola penale, dove occorre un apposito patto, è qui possibile rinunciare alla caparra e chiedere il risarcimento ordinario, dovendo allora dimostrarsi la misura effettiva del danno subito⁶⁶.

⁶⁵ Cass., 5-10-2000, n. 13284.

⁶⁶ Si ritiene però dai giudici che chi agisca per il danno effettivo, possa trattenerne la caparra che abbia ricevuto, a garanzia del proprio maggior credito fino al termine del giudizio: Cass., 16-5-2006, n. 11356; Cass., 19-4-2006, n. 9040; Cass., 16-3-2006, n. 5846; ma se non dimostra il danno dovrà restituirla: Cass., 27-4-2016, n. 8417; Cass., 13-3-2015, n. 5095.

Tale possibilità è invece esclusa se la caparra sia qualificata "penitenziale", cioè per consentire il recesso (art. 1386 c.c.), al pari di quanto previsto dall'art. 1373 c.c. di cui si è già detto⁶⁷: la caparra penitenziale serve infatti solo per pagare in anticipo la somma che consente di pentirsi e di liberarsi dal contratto, senza ulteriori costi.

Quindi se un contraente intenda riservarsi la facoltà di liberarsi dal contratto pagando un corrispettivo, dovrà far attenzione perché mentre la clausola di recesso non consente di domandare il risarcimento del danno, questo può accadere nel caso di caparra, salvo sia qualificata come caparra penitenziale.

È invece vietato cumulare i due rimedi⁶⁸, cioè trattenere la caparra e chiedere i danni ulteriori, cosa invece possibile nel caso di penale se appositamente previsto nel contratto.

⁶⁷ Cass., 18-3-2010, n. 6558: "l'istituto della c.d. «multa penitenziale» previsto dall'art. 1373, 3° comma, c.c., assolve - non diversamente dalla caparra penitenziale di cui all'art. 1386 c.c., nella quale il versamento avviene anticipatamente - alla sola finalità di indennizzare la controparte nell'ipotesi di esercizio del diritto di recesso da parte dell'altro contraente; ne consegue che in tali casi, poiché non è richiesta alcuna indagine sull'addebitabilità del recesso, diversamente da quanto avviene in tema di caparra confirmatoria o di risoluzione per inadempimento, il giudice deve limitarsi a prendere atto dell'avvenuto esercizio di tale diritto potestativo da parte del recedente e condannarlo al pagamento del corrispettivo richiesto dalla controparte".

⁶⁸ Cass., 20-12-2013, n. 28573: la parte non inadempiente che, avendo versato la caparra, recede dal contratto per l'inadempimento dell'altra e chiede il pagamento del doppio, ai sensi dell'art. 1385, 2° comma, c.c., accetta tale somma a titolo di integrale risarcimento del danno conseguente all'inadempimento e non può, dunque, pretendere ulteriori e maggiori danni, neppure sotto forma di rivalutazione monetaria della caparra

Si badi che anche qui emerge il rischio della cattiva intitolazione della clausola: in un caso la Cassazione ha infatti affermato che qualificare nel contratto come caparra il versamento di una somma, non obbliga il giudice a ritenerla tale, ove risulti che in concreto non è stato assegnato a quel versamento la funzione di caparra⁶⁹.

È dunque opportuno, in caso di caparra confirmatoria, non solo qualificare la clausola con tale nome, ma o riprodurre alla lettera il testo dell'art. 1385 c.c., oppure rinviare all'art. 1385 c.c.

Si potrà allora scrivere:

"Tizio versa al momento della sottoscrizione l'importo di € 1.000, che costituisca caparra confirmatoria ai sensi dell'art. 1385 c.c.".

Se invece si vuol essere certi che il rischio a carico di chi versa sia limitato alla caparra, poiché la giurisprudenza non si accontenta del nome attribuito alla clausola dai contraenti⁷⁰, bisognerà indicare chiaramente che:

stessa; così anche Cass., 7-6-2006, n. 13339 e Cass., 20-9-2004, n. 18850.

⁶⁹ Cass., 7-7-2004, n. 12472: "il giudice di merito è tenuto ad indagare in ordine alla effettiva intenzione delle parti attraverso l'esame del complessivo regolamento contrattuale da esse diviso, non essendo sufficiente il mero elemento formale della denominazione in termini di «caparra» del detto versamento anticipato". Inoltre per Cass., 4-3-2004, n. 4411 "la consegna anticipata di una somma di denaro effettuata dall'uno all'altro dei contraenti al momento della conclusione di un negozio ha natura di caparra confirmatoria quando risulti che le parti abbiano inteso perseguire gli scopi di cui all'art. 1385 c.c., ovvero attribuirle la funzione di liquidazione convenzionale del danno da inadempimento qualora la parte non inadempiente abbia esercitato il potere di recesso".

⁷⁰ Infatti secondo Cass. 2-12-1993, n. 11946 "la caparra ha normalmente

"Tizio versa al momento della sottoscrizione l'importo di € 1.000, che costituisce caparra penitenziale ai sensi dell'art. 1386 c.c. al fine di consentirgli il libero recesso dal contratto senza obbligo di corresponsione di alcun ulteriore importo".

La giurisprudenza ha detto infine che la caparra non può essere ridotta se manifestamente eccessiva, come invece il giudice può fare anche d'ufficio per la penale⁷¹.

La funzione della clausola penale è invece di determinare in anticipo la misura del danno da inadempimento⁷², così da prevenire le lungaggini del giudizio e l'incertezza che talora impedisce di determinare tale danno in modo esatto, imponendo al giudice di ricorrere all'equità (art. 1226 c.c.). La penale si

carattere confirmatorio e la sua previsione in contratto, quand'anche accompagnata dalla definizione di «penitenziale» e dal richiamo alla norma di legge che tale tipo di caparra contempla (art. 1386 c.c.), non è sufficiente a far ritenere sussistente un diritto di recesso unilaterale *ad nutum*, inteso come *ius poenitendi*, svincolato dall'altrui inadempimento, occorrendo invece che un tale diritto sia stato espressamente pattuito, dovendosi ritenere in mancanza di ciò che la caparra abbia natura confirmatoria e quindi sanzionatoria dell'inadempimento dell'altra parte"; v. anche Cass. civ., 8-5-1991, n. 5119 ed altre ancora.

⁷¹ Cass., 30-6-2014, n. 14776; Cass., 1-12-2000, n. 15391.

⁷² Per Cass., 10-5-2012, n. 7180, la pattuizione di una clausola penale non sottrae il rapporto alla disciplina generale delle obbligazioni, per cui deve escludersi la responsabilità del debitore quando costui prova che l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione, sia determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, essendo connotato essenziale di tale clausola la sua connessione con l'inadempimento colpevole di una delle parti e non potendo, pertanto, essa configurarsi allorché sia collegata all'avverarsi di un fatto fortuito o, comunque, non imputabile alla parte obbligata. In senso contrario v. invece Cass., 20-7-2000, n. 9532.

determina tuttavia senza che l'importo venga versato in anticipo e senza riprodurre il meccanismo di funzionamento della caparra a carico del soggetto a favore del quale la penale sia prevista.

Esistono due tipi di penali (art. 1382 c.c.): a) per il ritardo nell'adempimento; b) in caso di inadempimento definitivo⁷³; l'una non può produrre gli effetti dell'altra⁷⁴.

La penale per il ritardo può anche cumularsi con la domanda di adempimento della prestazione dovuta (art. 1383 c.c.)⁷⁵ o con quella di risarcimento del danno per l'inadempimento definitivo.

In tale ultimo caso si dovrà però tener conto di quanto sia stato risarcito appunto in virtù di tale penale⁷⁶, ad evitare

⁷³ Si ricordi che per Cass., 17-1-2003, n. 625 "la condanna della parte inadempiente al pagamento della penale convenuta non presuppone necessariamente una pronuncia di risoluzione del contratto".

⁷⁴ Cass. civ., 9-11-2009, n. 23706: "la clausola penale mira a determinare preventivamente il risarcimento dei danni soltanto in relazione alla ipotesi pattuita, che può consistere nel ritardo o nell'inadempimento; ne consegue che, ove sia stata stipulata per il semplice ritardo e si sia verificato l'inadempimento, essa non è operante nei confronti di questo secondo evento".

⁷⁵ Cass., 12-7-2004, n. 12826.

⁷⁶ Cass., 13-1-2005, n. 59: "in tema di clausola penale, volta al rafforzamento del vincolo contrattuale e alla liquidazione preventiva del danno, l'art. 1383 c.c., nel vietare il cumulo della penale pattuita per l'inadempimento con la prestazione principale, non esclude che la penale per il ritardo possa cumularsi, nel caso di risoluzione del contratto, con il risarcimento del danno da inadempimento; in tale ipotesi, peraltro, per evitare un ingiusto sacrificio dell'obbligato ed il correlativo indebito arricchimento del creditore, dovrà tenersi conto, nella liquidazione della prestazione risarcitoria, dell'entità del danno per il ritardo, che sia stato già autonomamente considerato nella determinazione della penale".

che il contraente deluso possa ricevere somme superiori al semplice risarcimento dei propri danni.

Del pari è possibile anche prevedere entrambe le penali⁷⁷, cioè quella per il ritardo e quella per l'inadempimento definitivo, ma anche qui il giudice sarà tenuto a ridurre gli effetti economici delle due penali ove possano eccedere il risarcimento del danno⁷⁸.

Non è possibile invece chiedere l'adempimento ed insieme la penale per l'inadempimento definitivo (art. 1385 c.c.).

In sostanza, ove non sia pattuito nel contratto il diritto al risarcimento del danno ulteriore, la penale per l'inadempimento viene quindi a costituire il corrispettivo per il recesso (art. 1373 c.c.), senza però necessità che sia pagata in anticipo.

La differenza sta in ciò: che in caso di recesso si può esercitare solo fino a che il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione e la decisione del recedente non è sindacabile; invece nel caso di penale per l'inadempimento, la parte obbligata può decidere di non adempiere anche quando abbia già

⁷⁷ Cass., 22-11-2002, n. 16492; Cass., 22-8-2002, n. 12349.

⁷⁸ Cass., 30-5-2003, n. 8813: "in tema di contratti, l'art. 1383 c.c. vieta il cumulo tra la domanda della prestazione principale e quella diretta ad ottenere la penale per l'inadempimento, ma non esclude che le parti possano, nell'ambito della loro autonomia contrattuale, convenire, secondo la previsione dell'art. 1382 c.c., una penale sia per l'ipotesi di inadempimento sia per l'ipotesi di ritardo nell'adempimento, e quindi contemplare per lo stesso rapporto due diverse penali, anche cumulativamente tra loro per tali due ipotesi; in tal caso, in presenza cioè di richiesta di risarcimento per il ritardo e per l'inadempimento, il giudice ha il potere, esercitabile solo su istanza della parte interessata, di ridurre ad equità la penale, per manifesta eccessività o sopravvenuta onerosità".

eseguito una parte della prestazione; qui e solo qui si può inoltre preventivamente concordare il risarcimento del danno ulteriore⁷⁹.

Infine il corrispettivo per il recesso, al pari dell'ammontare della caparra, non possono essere ridotti dal giudice, mentre la penale sì e anche d'ufficio secondo la giurisprudenza⁸⁰.

La soluzione migliore è di fondere le penali e pattuire il risarcimento del danno ulteriore:

"In caso di ritardo sarà dovuta una penale di €.. per ogni giorno (mese) di ritardo; in caso di inadempimento definitivo, sarà dovuta una penale di €..., salvo il diritto al risarcimento dei danno ulteriori non coperti dalla penale".

Peraltro non esiste alcun criterio di sorta per sapere in anticipo se una penale sia eccessiva⁸¹, se non il riferimento alla

⁷⁹ La regola indicata da Cass., 22-6-2016, n. 12956: la clausola penale, quando è prevista la risarcibilità del danno ulteriore, costituisce solo una liquidazione anticipata del danno destinata a rimanere assorbita, nel caso di prova di ulteriori e maggiori danni, nella liquidazione complessiva di questi; ne consegue che, qualora la parte adempiente non voglia limitare la propria richiesta alla penale pattuita, ma intenda richiedere la liquidazione del danno subito, deve dimostrarne l'effettiva entità, non potendo altrimenti risultare provato il danno «ulteriore», cioè superiore all'entità della penale; così anche Cass., 22-7-2005, n. 15371.

⁸⁰ Cass. 28-3-2008, n. 8071; Cass., 24-11-2007, n. 24458 ecc.

⁸¹ La cassazione dice che il giudice deve avere come riferimento il corretto equilibrio degli interessi contrattuali contrapposti deve tenere conto sia dell'originaria volontà contrattuale delle parti, sia del complessivo comportamento, anche giudiziale, delle parti (Cass., 7-7-2016, n. 13902) e deve considerare anche la sussistenza di elementi d'incertezza nei rapporti commerciali delle parti, qualora gli aspetti d'ambiguità siano

legge anti usura, per cui una penale per il ritardo nei pagamento il cui ammontare sia pari ad un interesse di tal tipo incorrerà addirittura nelle conseguenze esaminate a proposito degli interessi usurari.

Attenzione: se non si indica chi sia il soggetto tenuto alla penale, questa è una clausola bilaterale e quindi obbliga entrambe le parti.

22. CLAUSOLE CHE IMPONGONO L'UTILIZZO DEL BENE

Può sembrare strano che una clausola imponga ad uno dei contraenti di utilizzare un bene ricevuto.

Il riferimento è a beni in godimento temporaneo e non a quelli trasferiti in proprietà, perché chi acquista un bene è normalmente libero di usarlo come creda (v. l'art. 832 c.c.), dovendosi ritenute eccezionali clausole che gli impongano un certo contenuto⁸².

Si pensi però a chi prenda in affitto un'azienda e poi, per ragioni economiche, preferisca pagare il canone ma non utilizzarla perché la gestione sia in perdita: ne può conseguire la perdita dell'avviamento sicché, al momento di restituirla, il proprietario si troverà con un danno rilevante.

tali da incidere sull'equilibrio della regolazione negoziale (Cass., 10-4-2013, n. 8768): tutti elementi che non sono determinabili nel contratto.

⁸² Però non è escluso: Tizio può trasferire a Caio un immobile adiacente al proprio, imponendo però nel contratto di vendita che, per ragioni estetiche, la casa se ridipinta lo sia in colori omogenei.

Si ricordi poi che l'attività di esercizio del commercio è disciplinata (oltre che da leggi regionali anche) dal d. lgs. n. 114 del 1998, il cui art. 22 prevede la revoca dell'autorizzazione commerciale se l'attività non sia iniziata entro un determinato termine oppure sia sospesa per più di un anno.

È dunque interesse di chi affitta un'azienda che l'affittuario si impegni ad utilizzarla: in questo caso si potrà imporre l'uso in una clausola risolutiva espressa:

"l'affittuario riconosce che l'utilizzo dell'azienda per l'attività d'impresa risponde anche all'interesse dell'affittante (in caso di attività commerciale aggiungere:

"anche in relazione alle previsioni dell'art. 22 del d. lgs. n. 114 del 1998") e si impegna a non sospendere l'attività per tutta la durata del contratto d'affitto".

Per meglio rafforzare il patto si può anche inserire una clausola risolutiva espressa aggiungendo a quanto scritto:

"concordando che la sospensione per un periodo superiore a tot giorni, per qualsivoglia ragione accada, comporterà la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1456 c.c. con obbligo di immediata restituzione dell'azienda".

In realtà i giudici ritengono che la clausola risolutiva espressa operi solo se l'inadempimento sia almeno colposo⁸³, il che non accade ad es. se la sospensione dell'attività derivi da un

⁸³ Cass., 16-9-2013, n. 21115; Cass., 27-8-2013, n. 19602 ecc.; qualche considerazione diversa si legge però in Cass., 9-6-2015, n. 11864.

ordine amministrativo non dovuto da violazioni del conduttore. In queste ipotesi si evidenzia infatti che l'inadempimento non è imputabile al debitore.

Tuttavia, a ben vedere, l'interesse dell'altra parte sarà irrimediabilmente deluso e quindi la risoluzione dovrebbe pronunciarsi ai sensi dell'art. 1463 c.c. per impossibilità sopravvenuta della prestazione, se a tanto si giunga.

Ad evitare il problema è allora opportuno che i casi di sospensione incolpevole siano dedotti come condizione risolutiva, perché anche se non sarà possibile ottenere il risarcimento dei danni, quantomeno l'azienda verrà restituita all'affittante.

Ovviamente occorre valutare con attenzione questa clausola: può essere interesse dell'affittante a che il contratto continui, perché magari l'evento è superabile (si pensi ad un danno ad alcune macchine che però l'affittuario intenda riparare).

Si potrà allora costruire la condizione risolutiva come unilaterale, aggiungendo queste parole:

"il contratto è altresì soggetto a condizione risolutiva allorché si verifichi un evento non imputabile al conduttore, che determini la sospensione dell'attività per un termine superiore a tot giorni, salvo il diritto dell'affittante di rinunciare agli effetti della presente condizione nell'esclusivo interesse proprio".

23. LA CLAUSOLA SULLA RILEVANZA PROBATORIA DELLE SCRITTURE CONTABILI

Uno dei problemi più frequenti nelle liti attiene alla dimostrazione dei fatti che fondano le proprie pretese: è il c.d. onere della prova (art. 2697 c.c.); le parti possono però modificare la regola, purché senza rendere troppo difficile l'esercizio del diritto (art. 2698 c.c.). Questa facoltà può essere utilizzata ad es. con il rendere prova idonea i documenti contabili di una delle parti a proprio favore; infatti i documenti formati da un contraente fanno prova contro di lui se contengano una confessione (art. 2730 c.c.; v. anche l'art. 2709 c.c.), ma non a proprio vantaggio, dato che altrimenti ognuno potrebbe sempre darsi ragione.

Tuttavia nei rapporti tra imprese l'art. 2710 c.c. prevede che i documenti "bollati e vidimati nelle forme di legge" facciano prova tra imprese (cioè anche verso la controparte) e quindi nulla vieta che i contraenti, nell'esercizio della loro autonomia, decidano appunto che i documenti contabili di uno di loro facciano prova a suo favore dei rapporti in essere.

In definitiva questo patto inverte l'onere della prova, nel senso che chi intenda contrastare le risultanze di tali documenti dovrà dimostrare i fatti contrari agli stessi.

L'unico limite è che non si tratti di diritti indisponibili, perché in questa ipotesi l'art. 2698 c.c. vieta di invertire o modificare l'onere della prova⁸⁴.

⁸⁴ Per Cass., 2-12-2011, n. 25857, vale la "clausola, contenuta nel contratto di conto corrente, con la quale il cliente riconosca che i libri e le altre scritture contabili della banca facciano piena prova nei suoi confronti, trattandosi di clausola immune da nullità, agli effetti dell'art.

La clausola, che evidentemente serve quando non operi già l'art. 2710 c.c. e quindi nei confronti di un soggetto che non sia imprenditore, potrà scriversi così:

"Le parti riconoscono piena efficacia probatoria alle scritture contabili di Alfa a suo favore per quanto nelle medesime attestato".

24. CLAUSOLE SULLA MORA

Quando il debitore è in mora (cioè in ritardo), grava su di lui il rischio che la prestazione diventi oggettivamente impossibile, perché non potrà dare alcuna prova liberatoria se non in casi limitatissimi (artt. 1219 segg. c.c.); inoltre è tenuto a pagare gli interessi di mora anche se non fossero prima dovuti (art. 1224 c.c.).

L'art. 1219 c.c. indica quando per la mora occorra un'intimazione scritta e quando invece la situazione sorga automaticamente; peraltro la disciplina non è imperativa e quindi le parti possono modificarla.

A seconda del soggetto che si intende tutelare, è possibile ad es. imporre l'intimazione scritta anche quando non occorra oppure, al contrario, eliminare la necessità dell'intimazione.

Ecco le due ipotesi, contrapposte:

In deroga a quanto previsto dall'art. 1219 c.c., le parti convengono che qualora Alfa non esegua la prestazione entro la

2698 c.c., in quanto non integrante una non consentita inversione dell'onere probatorio su diritti di cui le parti non possano disporre, né un aggravamento eccessivo dell'esercizio del diritto"; *id.*, 29-1-1982, n. 575.

data fissata [oppure: descrivere ciò che interessa], sarà automaticamente in mora senza necessità di intimazione scritta.

In deroga a quanto previsto dall'art. 1219 c.c., le parti convengono che qualora Alfa non esegua la prestazione entro la data fissata [oppure: descrivere ciò che interessa], sarà costituito in mora solo previa intimazione scritta”.

25. LA CLAUSOLA SUL REGRESSO

In caso di obbligazioni solidali, ad es. per le imposte verso l'erario, chi paga oltre la quota a proprio carico ha diritto al regresso verso gli altri creditori per la loro quota.

Il fideiussore ha invece diritto al regresso per intero (art. 1950 c.c.), perché egli non è obbligato in proprio.

L'art. 1299 c.c. consente però il regresso al condebitore che abbia pagato l'intero debito e quindi, qualora paghi oltre la propria quota ma non per l'intero, non avrebbe diritto al regresso, come si è detto in qualche sentenza, sia pure contrastata da altre⁸⁵.

Inoltre si discute se chi agisce in regresso abbia diritto alla surrogazione nelle garanzie del creditore (art. 1203 c.c.)⁸⁶ e

⁸⁵ Per la necessità del pagamento integrale v. Cass., 28-5-2010, n. 13087; in senso contrario v. invece Cass., 19-1-1984, n. 459.

⁸⁶ A favore v. Cass., 5-6-2007, n. 13180: “il coobbligato in solido che paga al creditore ha diritto di surrogarsi nei diritti dell'accipiens, per cui regresso e surrogazione devono ritenersi azioni concorrenti”; per l'alternatività v. invece Cass., 21-10-1995, n. 10968.

quindi, a seconda dell'idea che prevalga, il condebitore che agisca in regresso, facendo valere espressamente questo diritto, potrebbe non surrogarsi nelle garanzie del creditore soddisfatto.

Ad evitare rischi di questo tipo si può inserire questa clausola:

"l'eventuale regresso che una delle parti svolgesse verso l'altra per aver adempiuto anche per la parte di debito a carico della stessa, potrà avvenire per qualsiasi quota di debito pagata in eccedenza alla quota a proprio carico, senza necessità che l'adempimento avvenga per l'intero; il regresso non pregiudica il diritto alla surrogazione nei diritti del creditore, contestuale o successiva al pagamento".

26. LA CLAUSOLA DI PRELAZIONE

La prelazione, ovvero il diritto di essere preferiti ad estranei in caso di trasferimento di beni o partecipazioni, è legale quando prevista dalla legge (v. ad es. l'art. 732 c.c. o l'art. 38 l. n. 392 del 1978 per gli immobili ad uso commerciale) e convenzionale quando voluta dalle parti. Le clausole di prelazione, hanno però il difetto di non possedere la natura "reale", cioè di non consentire il riscatto del bene venduto a terzi violando il patto, contrariamente alle ipotesi di prelazione legale. Inoltre sono complicatissime perché legate a meccanismi diretti ad evitare accordi nascosti con i terzi, che ad es. offrano simulatamente una somma elevatissima, solo perché il prelazionario non eserciti il diritto. Ad evitare questo ri-

schio si inserisce la possibilità, per il prelazionario, di chiedere una stima del valore del bene⁸⁷, con diritto di pagare tale importo qualora risulti più basso, appunto per evitare accordi fraudolenti.

La clausola, che viene qui semplificata, può essere scritta come segue, riferendola a partecipazioni societarie (ipotesi in cui, però, la natura reale della prelazione è condivisa da molti):

"Il socio che intenda trasferire a terzi le proprie partecipazioni, dovrà previamente offrirle in prelazione agli altri soci, indicando il prezzo richiesto e le modalità di pagamento; entro 15 giorni dalla ricezione della comunicazione, ogni altro socio potrà esercitare la prelazione comunicando la propria volontà.

Qualora nella comunicazione il prelazionario contesti la congruità del prezzo richiesto, offra un diverso importo e nei 10 giorni successivi non si formi un accordo su un prezzo diverso, le parti faranno determinare il relativo valore da un perito nominato da [presidente del tribunale; presidente dell'ordine dei dottori commercialisti ecc.] su richiesta del prelazionario, il quale potrà acquistare le partecipazioni nei 15 giorni successivi alla determinazione del perito, al prezzo determinato da questo. Qualora il prezzo richiesto dal venditore sia confermato, il corrispettivo del perito è a carico del prelazionario; negli altri casi è a carico a metà per ciascuno ove il prezzo sia inferiore a quello richiesto ma superiore a quello proposto; è interamente a carico del socio ven-

⁸⁷ Per la validità di questa clausola v. Trib. Venezia, 23-9-2010, in *Giur. it.*, 2011, c. 1323.

ditore se coincida con il prezzo offerto dal prelezionario, che potrà detrarre il costo dal corrispettivo dovuto”.

27. CLAUSOLE PER LA RESTITUZIONE DEL BENE

Al termine del contratto di locazione o di affitto d'azienda il concedente ha diritto di rientrare nel possesso del bene; spesso vi sono ritardi nella restituzione e altrettanto spesso il bene viene reso con danni o perfino con beni che il conduttore non rimuove.

È possibile quindi fissare idonee cautele con apposite clausole, anzitutto in ordine alle condizioni di restituzione; si ricordi che per la locazione questa regola c'è già nell'art. 1590 c.c., il quale prevede che il bene sia restituito "nello stato medesimo" in cui fu consegnata, salvo l'utilizzo o il consumo in conformità all'uso previsto nel contratto⁸⁸.

Sebbene il medesimo art. 1590 c.c. presuma che il conduttore abbia ricevuto il bene "in buono stato di manutenzione", questo buono stato deve essere definito in concreto e quindi, per evitare contenziosi sul punto, occorre descriverlo inizialmente:

"il locatario riconosce che l'immobile consegnatogli è in perfetto stato di conservazione, ridipinto e senza danno alcuno e senza parti usurate”.

⁸⁸ Nel passato si è ritenuta nulla la clausola che obblighi il conduttore ad uso abitativo a ridipingere l'immobile, perché ponendogli a carico un costo ulteriore rispetto al canone, ne aggravava la posizione in violazione dell'art. 79 della l. n. 392 del 1978: Cass., 5-8-2002, n. 11703.

Una simile clausola può essere inserita anche in un affitto d'azienda⁸⁹.

Potrà essere anche inserita in un comodato ed in tal caso si potrà pretendere che il bene sia "*restituito in perfetto stato, ridipinto e sostituite le parti usurate*", in quanto non esiste nel comodato un corrispettivo per il godimento (canone) che giustifichi il diritto di non rimborsare l'usura ordinaria.

Quanto al risarcimento dei danni per il ritardo nella consegna, mentre per le locazioni ad uso abitativo esiste (oltre all'art. 1591 c.c.) una serie di norme specifiche, invece per l'affitto d'azienda, come per le locazioni ad uso non abitativo (a parte il richiamato art. 1591 c.c.), è opportuno fissare una penale per il ritardo, di cui si è detto in precedenza.

Inoltre alle volte si indica che "*la mancata restituzione del bene dopo la scadenza concordata, costituisce spoglio del proprietario*", tentando in tal modo di avvalersi della disciplina rapidissima della tutela possessoria (art. 1168 c.c.; artt. 703 ss. c.p.c.).

I giudici sono però restii perché dicono che le questioni inerenti i rapporti contrattuali non danno mai luogo a spoglio violento o clandestino, ma a semplice inadempimento del contratto, che va risolto per le vie ordinarie⁹⁰.

Accade poi con una certa frequenza, che chi restituisce un immobile vi lasci dentro beni che abbandona.

⁸⁹ Si ricordi che non può qualificarsi affitto d'azienda il puro godimento di un immobile, senza che vi sia anche il godimento di ulteriori beni (es. le scorte di magazzino e l'uso dell'autorizzazione commerciale come consentito dalla specifica disciplina) che differiscano il contratto da una pura locazione.

⁹⁰ V. ad es. Cass., 1-7-2004, n. 12007.

È un problema non da poco, perché non è possibile buttare via tali beni se non vi sia certezza della volontà di abbandonarli⁹¹.

Inoltre la rimozione è sempre costosa e quindi sarebbe opportuno che una certa somma venisse tenuta a garanzia (c.d. deposito cauzionale) fino alla restituzione effettiva dell'immobile.

In ogni caso è opportuno aggiungere questa clausola:

"Il conduttore si obbliga a rimuovere ogni suo bene prima della restituzione dell'immobile (o dell'azienda); qualora non provveda, il proprietario è autorizzato a far asportare tali beni e smaltirli o distruggerli senza alcun obbligo di rendiconto al conduttore e con diritto comunque al rimborso dei relativi costi oltre al risarcimento di eventuali danni".

28. LA CLAUSOLA ARBITRALE

La funzione della clausola arbitrale è di ridurre sensibilmente i tempi del processo e di affidarsi, specie per materie particolarmente delicate, alla competenza di arbitri specializzati. Inoltre gli arbitri sono tenuti alla segretezza di quanto appreso durante l'arbitrato (art. 622 c.p.) e non hanno obbligo di comunicare all'Agenzia delle entrate eventuali

⁹¹ Va segnalato che per le procedure esecutive immobiliari è stato inserito nel codice di procedura civile (art. 560) l'apposito potere, per il custode, di intimare allo sfrattato di rimuovere i propri beni mobili, con facoltà altrimenti di disporre "lo smaltimento o la distruzione".

violazioni fiscali delle parti che possano aver appreso, al contrario del giudice.

All'arbitrato non si applica poi il preventivo tentativo obbligatorio di conciliazione imposto dal 2011 in poi nelle cause civili indicate dal d. lgs. n. 28 del 2010 a pena di improcedibilità, il che rende l'arbitrato ancora più rapido rispetto alle cause civili, considerato che quel tentativo di conciliazione può essere e viene normalmente tentato anche dagli arbitri.

L'arbitrato si divide in rituale ed irrituale⁹², secondo uno schema generalmente sconosciuto nel resto del mondo, che giudica una stranezza questa divisione tipicamente italiana.

Nella sostanza l'arbitrato rituale culmina in una decisione che assume valore di sentenza appena il tribunale vi abbia apposto la formula esecutiva (il c.d. "exequatur") e che è impugnabile in casi limitati di nullità (art. 829 c.p.c.).

L'arbitrato irrituale produce invece una decisione che ha valore di contratto e che si può impugnare come si impugnano i contratti (nullità, errore, dolo, violenza).

L'arbitrato irrituale, da questo profilo, non elimina ma aggiunge un grado di giudizio perché la parte vincitrice, ove il lodo non venga eseguito, dovrà rivolgersi al tribunale per avere ad es. un decreto ingiuntivo di pagamento o una sentenza di condanna all'adempimento, mentre la parte delusa lo impugnerà avanti al tribunale con un giudizio di primo grado lamentando l'esistenza degli errori!

È dunque consigliabile avvalersi sempre di arbitrato rituale, con un unico arbitro se il valore del contratto sia modesto ed

⁹² Senza dimenticare la perizia contrattuale ed altre ulteriori sottigliezze del nostro modo di pensare.

un collegio se sia di particolare delicatezza o di valore economico non trascurabile.

Ovviamente i costi dell'arbitrato sono proporzionati al valore della lite ed al numero degli arbitri.

È importante fissare la sede dell'arbitrato perché quel luogo comporta anche la competenza del giudice dell'impugnazione.

Spesso le clausole arbitrali che normalmente si trovano nei contratti dimostrano la scarsissima cultura arbitrale di chi le predispone: quasi mai è indicato se si tratti di arbitrato rituale o irrituale; alle volte si dispone che gli arbitri decidano "ex bono et aequo" senza chiarire se si intenda deferire o meno un giudizio di equità.

Molte volte si assegna agli arbitri un termine di 90 giorni (ne ho trovato ripetutamente anche uno di 30) per decidere la lite, dimenticando che in quel termine bisogna anche far predisporre le memorie difensive, sentire le parti e che le questioni da decidere sono alle volte complicatissime, perché servono perizie, si sentono i testimoni e così via.

Tali clausole sono pessime, mettono in difficoltà gli arbitri, le parti ed i loro difensori ed anziché semplificare la procedura la rendono inutilmente contorta, anche se la recente riforma dell'arbitrato, dovuta in gran parte ad uno dei maggiori giuristi italiani viventi, ha risolto gran parte di questi problemi.

È semmai meglio non dare indicazioni, di certo non quelle appena viste, poiché ora il codice di procedura civile contiene ottime soluzioni per quasi tutte le questioni che si possano porre. La clausola arbitrale che produce meno problemi per gli arbitri e conseguentemente per i difensori delle parti è la seguente:

"qualsiasi controversia che riguardi il presente contratto o al medesimo comunque riconducibile verrà decisa mediante arbitrato rituale e secondo diritto; la sede dell'arbitrato sarà in; gli arbitri potranno anche emettere ordinanze di pagamento ai sensi degli artt. 186 bis e ter c.p.c.

Il lodo dovrà essere pronunciato entro 60 giorni dalla data fissata per il deposito dell'ultimo scritto difensivo o dall'udienza di discussione dell'arbitrato, se successiva".

Per la nomina degli arbitri è possibile rimettersi alle previsioni contenute nell'art. 810 c.p.c. oppure indicare un'apposita procedura:

"l'arbitrato sarà attivato dalla parte che intenda ottenere una decisione, secondo il procedimento previsto dall'art. 810 c.p.c."

oppure:

"l'arbitrato sarà attivato dalla parte che intenda ottenere una decisione, la quale comunicherà a mezzo racc.ta r.r. a tutte le altre parti la propria intenzione, il nominativo del difensore eventualmente scelto, nominerà l'arbitro di propria designazione invitando le altre a provvedere nei 20 giorni dalla ricezione della comunicazione; ove le altre parti non provvedano nel termine predetto, potrà rivolgersi al presidente del tribunale di (o della camera di commercio di, o dell'ordine degli avvocati o dei dottori commercialisti ecc. di) per la nomina di tutti gli ulteriori arbitri".

Si ricordi però che ove gli arbitri siano 3 (o più) è importante precisare se la nomina del presidente debba essere fatta

dagli arbitri nominati dalle parti o dalle parti stesse ed indicare comunque, in caso di disaccordo, chi debba nominare il presidente.

Si ricordi inoltre che per gli arbitrati societari esistono disposizioni imperative contenute negli artt. 34 segg. d. lgs. n. 5 del 2003.

Infine: è opportuno aggiungere che *"il lodo sarà impugnabile per errore di diritto"*, perché le impugnazioni sono ristrette a casi limitati e l'errore di diritto non è tra questi se non espressamente previsto (art. 829 c.p.c.). Senza questa aggiunta,) un lodo sbagliato in diritto non è censurabile.

29. IL FORO ELETTIVO

Il termine "foro elettivo" significa scelta (elezione) del giudice (foro) competente per territorio: quasi sempre i contraenti possono liberamente scegliere di far decidere le loro liti ai giudici di un determinato luogo. Ovviamente il contraente più forte tende a far concentrare le liti nel tribunale della propria sede perché in tal modo riduce i costi di gestione delle liti e conosce in anticipo gli orientamenti di un certo tribunale su determinate materie.

Occorre però prestare attenzione: il codice di procedura indica più fori concorrenti (artt. 18-20) ma consente alle parti di concordare per scritto un foro ulteriore, che si aggiunge agli altri se non si indichi che sia scelto in loro sostituzione (art. 29). La clausola dovrà quindi prevedere:

"ogni controversia relativa al presente contratto è devoluta in via esclusiva al tribunale di.... o al giudice di pace di....."

Non è possibile scegliersi la corte d'appello, che è individuata in relazione al tribunale di primo grado.

Questa clausola normalmente si usa in sostituzione di quella arbitrale di cui si è detto; può anche concorrere con la stessa ed allora andrà scritta così:

"ogni controversia relativa al presente contratto che sia esclusa dalla competenza arbitrale è devoluta in via esclusiva al tribunale di...."

La scelta del foro è clausola abusiva nei contratti con i consumatori (art. 33, comma 2, lett. u) c. cons.) e quindi è efficace solo se fatta oggetto di trattativa individuale (art. 34 c. cons.).

30. LA SOTTOSCRIZIONE (data, luogo e firma)

La sottoscrizione è indispensabile perché il contratto si possa ritenere concluso; durante le trattative può infatti accadere che siano siglate le clausole sulle quali vi è accordo e ciò può comportare il rischio che il giudice ritenga in qualche modo formato l'accordo stesso pur in difetto di firma⁹³.

⁹³ Cass., 18-1-2005, n. 910: "ai fini della configurabilità di un definitivo vincolo contrattuale è necessario che tra le parti sia raggiunta l'intesa su tutti gli elementi dell'accordo, non potendosi ravvisare pertanto la sussistenza là dove, raggiunta l'intesa solamente su quelli essenziali ed

Quindi durante le trattative occorre sempre evitare di sottoscrivere i documenti oppure, se firmati, scrivere in modo evidente che si tratta di "bozza non conclusiva e non vincolante" o altra dicitura che escluda la conclusione del contratto.

Per evitare problemi, andrà comunque inserita nel testo finale la clausola di omnicomprensività di cui si è già detto.

Si ricordi poi che per la conclusione del contratto non è necessaria la sottoscrizione di un unico documento, sicché può aversi contratto concluso anche quando proposta ed accettazione siano scambiati in documenti diversi⁹⁴.

Ciò accade ad es. se Tizio invii un testo qualificato proposta e Caio risponda che gli va bene.

ancorché riportati in apposito documento (c.d. «minuta» o «puntuazione»), risulti rimessa ad un tempo successivo la determinazione degli elementi accessori; peraltro, anche in presenza della completa regolamentazione di un determinato assetto negoziale può risultare integrato un atto meramente preparatorio di un futuro contratto, come tale non vincolante tra le parti, in difetto dell'attuale effettiva volontà delle medesime di considerare concluso il contratto, il cui accertamento, nel rispetto dei canoni ermeneutici di cui agli art. 1362 seg. c.c., è rimesso alla valutazione del giudice di merito"; v. anche Cass., 17-10-1992, n. 11429.

⁹⁴ Cass., 25-10-2005, n. 20653: "in tema di stipulazione del contratto, anche preliminare, il requisito della forma *ad substantiam* è soddisfatto anche mediante scritti non contestuali, non essendo indispensabile la compresenza fisica delle parti stipulanti, né l'adozione di particolari formule sacramentali, bensì sufficiente che dal contesto documentale complessivo sia desumibile l'incontro della volontà delle parti, costituito da una proposta e dalla relativa accettazione, dirette a contrarre il vincolo giuridico"; v. anche Cass., 24-3-2016, n. 5919 e Cass., 11-7-2014, n. 15993.

Attenzione: nella prassi è usuale far firmare, oltre al contratto, anche specificamente le clausole agli effetti dell'art. 1341 c.c. con una successiva firma, ma è un errore quando si tratti di un contratto predisposto a seguito di trattativa individuale, perché l'art. 1341 c.c. si riferisce alle sole condizioni generali di contratto (cioè ai contratti su modulo stampato che viene predisposto per più contraenti) e non si applica alle condizioni c.d. individuali⁹⁵.

Lo stesso vale se una delle parti sia professionista e l'altra consumatore, in quanto il requisito della trattativa individuale imposto dall'art. 34 c. cons., che evita la nullità della clausola, dipende appunto dalla circostanza che vi sia stata una trattativa individuale delle clausole, il che non è garantito da una firma generica di approvazione.

È opportuno ricordare in chiusura che:

- le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori sono valide solo se approvate con il meccanismo ora indicato;
- le clausole relative a contratti in serie devono essere approvate specificamente come impone l'art. 1341 c.c., con apposita e separata sottoscrizione;

⁹⁵ Cass., 15-4-2015, n. 7605: un contratto è qualificabile «per adesione» secondo il disposto dell'art. 1341 c.c. - e come tale soggetto, per l'efficacia delle clausole cosiddette vessatorie, alla specifica approvazione per iscritto - solo quando sia destinato a regolare una serie indefinita di rapporti e sia stato predisposto unilateralmente da un contraente; ne consegue che tale ipotesi non ricorre quando risulta che il negozio è stato concluso mediante trattative intercorse tra le parti. Così anche Cass., 10-7-2013, n. 17073, 23-5-2006, n. 12153 ecc.

- le clausole relative a contratti in serie dirette ai consumatori sono valide ed efficaci solo se rispettino entrambi i predetti metodi di approvazione;
- le clausole non in serie tra impresa e consumatore possono comunque essere abusive secondo il codice del consumo⁹⁶;
- le clausole nei contratti tra privati o tra imprese non in serie sono efficaci quando sia concluso il contratto.

⁹⁶ Cass., 20-3-2010, n. 6802.

Predisposizione di un preliminare di vendita di immobile

Utilizzando il materiale fin qui raccolto è ora possibile predisporre un contratto preliminare di vendita di immobile. Il contratto preliminare, molto frequente nella pratica, non è regolato dal codice, che indica solo:

- a) la forma che deve rivestire (art. 1351 c.c.);
- b) la possibilità di trascriverlo quando riguardi beni immobili (art. 2645 bis c.c.), in modo che se il proprietario, incassati gli acconti, lo venda ad altri, chi ha trascritto possa ugualmente ottenerne la proprietà tramite apposita sentenza (art. 2932 c.c.);
- c) la possibilità in generale che il giudice emetta una sentenza che trasferisca la proprietà quando una delle parti si rifiuti senza valide ragioni (art. 2932 c.c.);
- d) altre regole specifiche che riguardano i preliminari di immobili (artt. 2775 bis e 2825 bis c.c.; d. lgs. n. 122 del 2005 per gli immobili da costruire).

La nozione di contratto preliminare è ricavata dall'art. 2932 c.c., che però non si riferisce solo a questo, come contratto con cui una parte si impegna a trasferire ad altra un diritto e questa si impegna ad acquistarlo successivamente per un determinato corrispettivo: il tutto con un successivo contratto chiamato definitivo; v. anche l'art. 2645 bis c.c.

Viene invece definito preliminare "ad effetti anticipati" il preliminare in cui una delle prestazioni venga eseguita, in tutto o in parte, al momento del preliminare stesso.

Nella pratica, però, tutti i preliminari sono ad effetti almeno in parte anticipati, perché chi si impegna a trasferire un proprio bene vuole subito un acconto; i preliminari puri non vengono fatti.

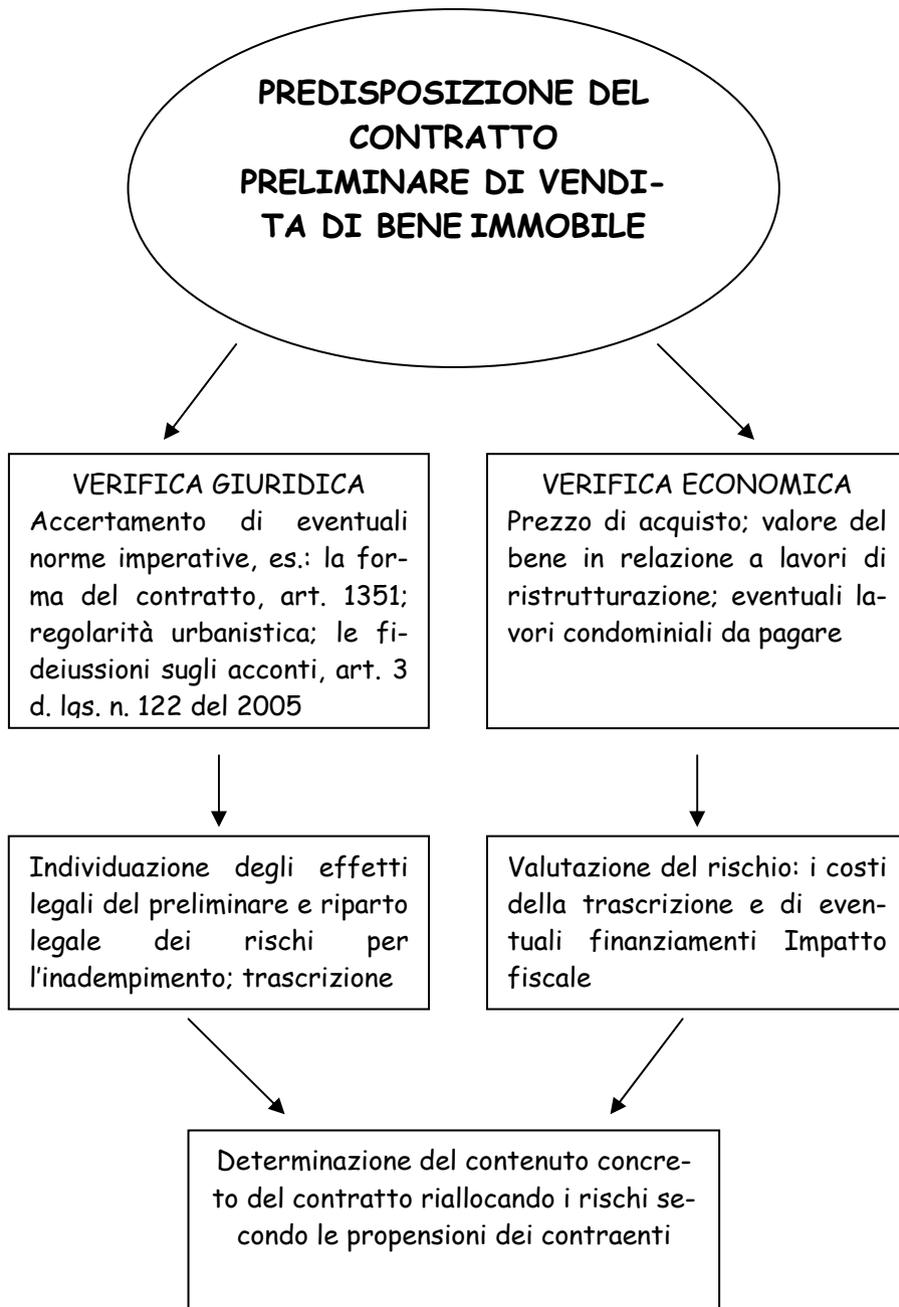
Si noti che il preliminare, sebbene normalmente utilizzato per il futuro acquisto di immobili, può riguardare qualsiasi diritto, perché il codice non prevede alcun limite alla contrattazione preliminare, che è espressione dell'autonomia dei contraenti.

Il preliminare è infatti spesso usato in relazione all'affitto d'azienda.

Per concludere un valido preliminare basterebbe rispettare l'art. 1325 c.c. e quindi indicare il bene che si venderà (o affitterà ecc.), il prezzo che sarà pagato e gli eventuali acconti, il termine entro il quale si deve concludere il definitivo (altrimenti la regola, art. 1183 c.c., è subito), il notaio avanti quale concludere il definitivo se si tratti di atto soggetto a forma pubblica o a trascrizione o a deposito al registro delle imprese e questo sarebbe già sufficiente.

In realtà vi sono spesso molti problemi da risolvere: chi vuol acquistare non ha subito il denaro disponibile (altrimenti concluderebbe già il definitivo); se è un immobile, questo è occupato da inquilini o è in corso una sanatoria edilizia ecc.

Lo schema che riassume le valutazioni che vengono operate è il seguente:



Vediamo quindi come predisporre un contratto preliminare molto semplice, tra due privati, che consenta a chi vuol comprare, di esprimere chiaramente le proprie esigenze, richiamando le indicazioni date nei paragrafi precedenti, senza necessità di fare precedere le clausole dalle indicazioni "intitolazione", "individuazione delle parti" ecc., che svolgono qui una semplice funzione illustrativa.

Intitolazione

CONTRATTO PRELIMINARE

Individuazione delle parti

"Il sig. Giulio Cesare, nato a (luogo e data), residente a (luogo), c.f. (codice fiscale), di seguito indicato anche come promittente e il sig. Tarquinio Prisco nato a (luogo e data), residente a (luogo), c.f. (codice fiscale), di seguito indicato anche come promissario",

Premesse

Si è già detto che si tratta di clausole superflue; spesso si legge che Tizio vuol comprare e Caio vuol vendere, ma è ovvio, dato che è un preliminare!

Semmai si può precisare che il promissario ha chiesto un mutuo per l'acquisto dell'immobile o sta attendendo di vendere la propria casa, ma questo rileva se poi nelle disposizioni si regola conseguentemente il termine per il definitivo.

Disposizioni

Queste le parti indispensabili:

si conviene:

(1: definire l'oggetto del contratto)

Giulio Cesare promette di vendere a Tarquinio Prisco, che promette di comprare, il seguente bene immobile: appartamento sito al primo piano di via dei Mille n. 1 a Venezia Mestre, così censito al catasto urbano di Venezia (dati catastali) nonché relativa autorimessa (garage) in via dei Mille a Venezia Mestre, così censito al catasto edilizio di Venezia (dati catastali) oltre alle parti condominiali comuni ex art. 1117 c.c. Gli immobili sono stati costruiti in forza di permesso di costruire n... (indicare i dati della licenza edilizia o concessione edilizia o permesso di costruire a seconda delle epoche: attenzione, se manca l'autorizzazione il bene, a seconda di quando fu costruito, potrebbe non essere vendibile!).

I beni vengono venduti per il prezzo complessivo di €...., di cui €.... sono versati al momento della sottoscrizione del presente contratto [attenzione: indicare se si tratta di semplice acconto o di caparra confirmatoria secondo quanto si è spiegato sopra] ed il residuo al momento della sottoscrizione del contratto definitivo.

Attenzione: alle volte sorgono questioni su quali beni il venditore possa tenere per sé: ad es. le tende delle terrazze o i condizionatori. Poiché quando si vende un immobile, si vendono anche le relative pertinenze, senza necessità di dirlo (art. 818 c.c.), se si vuol escludere che una pertinenza sia automaticamente trasferita, occorre indicarlo.

Inoltre, poiché alle volte non è chiaro se un certo bene costituisca pertinenza, nel dubbio è bene indicarlo nel contratto:

"parte promittente potrà tenere per sé i seguenti beni: ..."

(2: indicare il termine per il definitivo)

"Il contratto definitivo si concluderà avanti al notaio dr..... [oppure: avanti al notaio che parte promissaria indicherà almeno una settimana prima] entro il termine essenziale ed improrogabile del.....".

Occorre ora individuare le clausole che proteggono chi intenda acquistare; chi intenda vendere è tutelato perché incassa l'acconto - e quindi è suo interesse qualificare l'acconto come caparra confirmatoria - e resta proprietario fino al termine di scadenza, che tra l'altro viene qualificato essenziale in modo che se la controparte non sia pronta ad acquistare, il preliminare si risolva.

Prima ipotesi: può essere che il mutuo che il promissario acquirente ha chiesto, non venga deliberato entro la data concordata: bisogna poter prorogare il termine per il definitivo.

"Poiché è in corso la pratica per la concessione del mutuo chiesto dal promissario acquirente, il termine indicato per la conclusione del definitivo potrà essere prorogato di..... qualora il mutuo non sia stato deliberato tot giorni prima del definitivo, previa comunicazione scritta del promissario acquirente che alleggi apposita dichiarazione della banca".

Si possono usare clausole simili se, invece del mutuo, si attende di vendere la propria casa per acquisire le risorse finanziarie.

Seconda ipotesi: l'immobile è occupato da inquilini: occorre che venga liberato ed in anticipo rispetto alla scadenza per il definitivo, per avere la certezza che l'affare si concluda senza problemi.

"Parte promittente si obbliga a liberare l'immobile (appartamento e garage) dagli attuali occupanti e a renderlo libero da persone e cose di ogni tipo entro la data del..., termine essenziale nell'interesse del promissario, consentendogli di verificare la libera disponibilità dell'immobile a partire da tale data".

Terza ipotesi: l'immobile ha necessità di alcune riparazioni.

"L'immobile viene venduto nello stato di fatto attuale, salvi i seguenti interventi di ripristino [elenco] che parte promittente si obbliga a terminare entro la data del..., termine essenziale nell'interesse del promissario, consentendogli di verificare che i lavori siano stati completati ed in conformità con le necessarie autorizzazioni edilizie".

Alcune clausole da inserire sempre e comunque: anzitutto, se l'immobile fa parte di un condominio, può essere vigente un regolamento condominiale (art. 1138 c.c.) anche molto restrittivo, ad es. che vieta talune attività oppure che impone di rispettare norme estetiche nel mettere tende sulle terrazze e così via.

"Parte promittente dichiara che nel condominio ove si trova l'immobile promesso in vendita non vige alcun regolamento condominiale".

oppure:

"vige il regolamento condominiale che si allega in copia".

Inoltre in base all'art. 63 delle disposizioni di attuazione del codice civile, chi subentra ad un precedente condomino è tenuto con lui al pagamento dei contributi relativi all'anno in corso e a quelli dell'anno precedente.

Inoltre potrebbero essere state deliberate spese (es. ridipintura della facciata del condominio; art. 1123 c.c.) da eseguire successivamente.

"Parte promittente dichiara che non è in mora con alcun contributo per spese condominiali e si impegna a pagare tutti quelli maturati fino alla data della vendita, con diritto del promissario acquirente di detrarre dal saldo prezzo eventuali arretrati.

Dichiara altresì che non sono state deliberate spese condominiali ancora da affrontare (oppure: che sono state deliberate le seguenti spese), con diritto del promissario acquirente di detrarre dal saldo prezzo eventuali spese non dichiarate".

Si ricordi inoltre che per l'art. 1475 c.c. le spese della vendita, ad es. quelle notarili, sono a carico di compra, salvo patto contrario e quindi una diversa regolazione dell'accollo dei costi deve essere pattuita.

Al termine del contratto, mettere sia il luogo (che a seconda dei casi può servire anche agli effetti della competenza per territorio del giudice) sia la data ed entrambe le firme.

Si ricordi comunque il problema della complessità e dei costi transattivi: più il contratto viene adattato ad esigenze specifiche, maggiori possono essere le difficoltà di completezza ed i costi inerenti.

Ad es. la clausola arbitrale è raccomandabile se si vuole velocità nella decisione; non lo è se il contratto cui viene inserita abbia un valore economico modesto, perché in caso di lite il costo della gestione dell'arbitrato può superare i vantaggi che si possano ottenere.

Predisposizione di preliminare di vendita di partecipazioni

Procediamo ora a predisporre un preliminare molto più complesso, quello per il trasferimento di partecipazioni di una società, distinguendo tra società di persone e di capitali, ricordando che minore è l'intervento sul contenuto minimo necessario, maggiore sarà la corrispondenza del riparto dei rischi con la disciplina del codice civile.

Anche qui l'adozione dello schema del contratto preliminare consente di spostare nel tempo la conclusione del definitivo: ciò può servire a chi deve comprare per acquisire le occorrenti risorse finanziarie o a chi deve vendere per liberare le azioni/quote da eventuali vincoli.

Il preliminare serve anche per consentire una serie di verifiche sul valore patrimoniale effettivo della società di cui si intendono acquistare le partecipazioni, che si definisce "*due diligence*".

Purtroppo molte volte persone prive di scrupoli vendono partecipazioni di società che sono indebitate o magari colpite da accertamenti fiscali di cui si tace l'esistenza e così via.

Inoltre il valore patrimoniale di una società può dipendere da eventi che non sempre sono correttamente individuati nel bilancio: se ad es. il diritto di utilizzare un brevetto altrui o se il contratto di locazione della sede dell'azienda siano in imminente scadenza, il valore della società può calare improvvisamente o perfino azzerarsi, se senza quel brevetto non sia più possibile procedere alla produzione dei beni.

Secondo la giurisprudenza le partecipazioni sono beni c.d. "di secondo grado": chi acquista le quote di una srl non acquista l'immobile di proprietà della srl e poi non può lamentarsi se

quell'immobile venga ipotecato o venduto dagli amministratori nel periodo che intercorre tra preliminare e vendita.

Se non si adottano specifici accorgimenti per evitare manovre sul patrimonio e se non si eseguono adeguati controlli prima di acquistare le partecipazioni per accertare il valore effettivo dell'azienda, c'è il rischio che non si possa ricorrere poi ad alcuna specifica tutela, salvi casi particolari.

Per valutare il tipo di clausole da inserire al fine di riallocare il regime legale di ripartizione dei rischi, occorre ovviamente ricordare che le esigenze del compratore sono opposte a quelle del venditore: il primo cercherà di ridurre al minimo il rischio di perdere il bene acquisito, sia ampliando le garanzie legali, sia legando l'efficacia del contratto al valore patrimoniale della società della quale acquista i titoli, sia spostando nel tempo il pagamento del corrispettivo.

Al contrario, il venditore è interessato ad ottenere il pagamento del prezzo nel termine più breve possibile, a ridurre al massimo la garanzia sul bene e ad escludere qualsiasi rapporto tra efficacia della vendita e valore patrimoniale della società.

Ovviamente più il contratto viene completato, maggiori sono i costi di transazione, il che va tenuto in considerazione in relazione all'investimento che si intenda fare: altro è comperare un piccolo bar ed altro ancora una grossa società.

Lo schema che riassume le valutazioni che normalmente vengono operate è il seguente:



Sono clausole specifiche che allocano i rischi quelle che:

- a) spostano l'effetto traslativo della vendita (art. 1376 c.c.) al momento dell'accertamento del valore, come la condizione sospensiva;
- b) impongono una garanzia sulla verità delle poste di bilancio (es. sulla stima dei beni del magazzino);
- c) impongono una garanzia sulle sopravvenienze, quali crediti inesistenti; debiti sopravvenuti ad es. per esito delle liti pendenti; accertamenti fiscali per periodi d'imposta anteriori alla cessione; mancato rinnovo di contratti di durata come la locazione dell'immobile o la concessioni di marchi o brevetti;
- d) regolano patti di non concorrenza;
- e) spostano nel tempo il pagamento del prezzo;
- f) prevedono la collaborazione personale del cedente nell'attività d'impresa.

Si ricordi che assume particolare importanza, nel trasferimento di quote di società di persone, il rischio che l'acquirente, divenuto (secondo i casi) socio illimitatamente responsabile, possa gestire male l'attività: il fallimento delle società di persone comporta infatti il fallimento anche dei soci illimitatamente responsabili che siano receduti nell'anno anteriore al fallimento, qualora i debiti esistessero nel periodo della cessione (così il vigente art. 147, comma II, l. f. ma la legge fallimentare presto sarà riformata).

Il testo può essere costruito anche qui mettendo insieme le parti in corsivo, senza necessità di farle precedere dalle indicazioni "intitolazione", "individuazione delle parti" ecc., che svolgono qui sempre una semplice funzione illustrativa.

Intitolazione

CONTRATTO PRELIMINARE

Attenzione: si riconosce in generale che il trasferimento delle quote o delle azioni, che sono beni mobili, non debba essere fatto in forma pubblica o scritta e quindi sarebbe possibile anche un preliminare orale⁹⁷, il che è ovviamente sconsigliato per i limiti processuali alla prova di un tale contratto (art. 2721 c.c.).

Peraltro agli effetti dell'opponibilità alla società e per poter pretendere poi l'iscrizione nel registro delle imprese, il successivo trasferimento delle azioni/quote deve essere autenticato da notaio (art. 2355 c.c.); lo stesso vale per quote di srl (art. 2470 c.c.)⁹⁸.

Individuazione delle parti e legittimazione

"Tra XXX, di seguito indicato anche come promittente

e

il sig. Giulio Cesare, n. a Roma il 10.2.1962, ivi res. in via dei Fori Imperiali n. 1, c.f., di seguito indicato anche come promissario",

Attenzione! Come si è già visto, il promittente XXX può essere una persona fisica o un ente collettivo: bisogna quindi verificare i poteri rappresentativi.

⁹⁷ Per Cass., 29-10-2014, n. 22984, il contratto di cessione richiede la forma scritta solo al fine dell'opponibilità del trasferimento delle quote alla società e non per la validità o la prova dell'accordo; v. anche Cass., 16-12-2010, n. 25468; Cass. 11-3-2003, n. 3556.

⁹⁸ Trib. Milano, 5-5-2003, in *Foro pad.*, 2004, I, c. 112.

In realtà la giurisprudenza ritiene che la cessione di un immobile di proprietà di una società di persone vada considerata come un atto di ordinaria amministrazione⁹⁹, cui sarebbe legittimato qualsiasi amministratore.

A maggior ragione la vendita di un diverso cespite patrimoniale, quali le azioni o quote in patrimonio, assume la medesima valenza.

Tuttavia tale indicazione non è necessariamente valida per ogni ipotesi: una società di persone può essere costituita come pura holding di gestione di un pacchetto azionario e quindi la cessione di tale pacchetto può rappresentare l'impossibilità di perseguire l'oggetto sociale (art. 2272 c.c.), valendo quindi come atto di straordinaria amministrazione.

Inoltre lo statuto prevede alle volte atti che, per il loro contenuto o per il loro valore economico, debbano essere compiuti congiuntamente dagli amministratori: occorre quindi prevenire qualsiasi rischio di possibili contestazioni.

Conseguentemente quando il promittente sia una società di persone o anche una società semplice ove non abbia oggetto commerciale, che trasferisce partecipazioni in altra società, si dovrà indicare:

⁹⁹ Cass., 18-2-2000, n. 1817: "il principio secondo cui per una società esercente l'attività imprenditoriale edilizia la vendita di un immobile deve considerarsi rientrante nell'oggetto sociale (escludendosi che possa configurarsi come atto di disposizione o di straordinaria amministrazione) vale solo in difetto di una specifica disposizione statutaria che espressamente esiga (come nella specie) la firma congiunta dei soci, non solo, in linea generale, per gli atti di straordinaria amministrazione, ma specificamente per l'acquisto e la vendita di immobili."

"la snc/sas/s.s. Alfa, in persona dell'amministratore sig. Mario Rossi, autorizzato alla cessione in forza dei poteri contenuti nell'art.... dell'atto costitutivo che si allega sub a) unitamente a certificato camerale in data... che pure si allega sub b) al presente contratto".

Quando invece il cedente sia una società di capitali, l'art. 2384 c.c. consente di superare il problema senza necessità di alcuna integrazione documentale o autorizzazione.

Premesse

Se si vuole si possono descrivere trattative intercorse, attuale titolarità delle quote/azioni, interesse all'acquisto ecc., ma come già visto si tratta di clausole superflue; le questioni rilevanti saranno disciplinate dalle clausole dispositive, dove si dovranno indicare anche i patti inerenti il valore patrimoniale dell'azienda.

Definizioni

Trattandosi di preliminare di cessione di quote/azioni, non è necessario procedere con definizioni, a meno che non risulti opportuno dalla particolarità del caso.

Disposizioni

1. individuazione dell'oggetto.

- segue ora un'ipotesi di contenuto minimo indispensabile ma senza alcuna riallocazione di rischio -

"Il promittente promette di vendere al promissario, che promette di acquistare, n. 100 azioni della società Beta di proprietà del promittente, al prezzo di € 100.000".

2. termine e luogo per la conclusione del definitivo.

"Il contratto definitivo andrà concluso entro 3 mesi dalla firma del presente preliminare, avanti al notaio... (oppure avanti al notaio scelto da...)".

Come anticipato, con l'indicazione del contenuto minimo il contratto è valido¹⁰⁰ ma non vi è alcuna protezione in ordine alle proprie aspettative di reddito.

I rischi sono qui allocati secondo la disciplina legale della vendita; in particolare la protezione accordata è quella derivante dalla disciplina dei vizi del bene e dal rischio di evizione.

Va ricordato, in ordine ai rischi, come sia controversa la rilevanza che assume il valore patrimoniale dell'azienda di cui è titolare la società della quale si acquistano le partecipazioni,

¹⁰⁰ In tema di vendita di immobili si dice ad es. da Cass., 29-5-2007, n. 12506, che "per la validità di una compravendita immobiliare è necessario che l'oggetto di detto contratto sia determinato, ovvero determinabile in base ad elementi contenuti nel relativo atto scritto (e, perciò, documentati e non estrinseci all'atto stesso), e tale requisito deve essere ravvisato nella inequivocabile identificazione dell'immobile compravenduto per il tramite dell'indicazione dei confini o di altri dati oggettivi incontrovertibilmente idonei allo scopo e ad impedire, perciò, che rimangano margini di dubbio sull'identità del suddetto immobile"; ovviamente occorre anche la determinazione del prezzo, ma non occorrono altre clausole.

essendo invece esclusa la protezione in ordine al valore delle partecipazioni.

Secondo un orientamento, il silenzio sul valore patrimoniale indicato significa che non vi è alcuna garanzia in proposito¹⁰¹; secondo altre decisioni, invece, si deve affermare il principio opposto¹⁰².

¹⁰¹ Cass., 13-12-2006, n. 26690: "la cessione delle azioni o delle quote di una società di capitali o di persone fisiche ha come oggetto immediato la partecipazione sociale e solo quale oggetto mediato la quota parte del patrimonio sociale che tale partecipazione rappresenta; pertanto, le carenze o i vizi relativi alle caratteristiche e al valore dei beni ricompresi nel patrimonio sociale -e, di riverbero, alla consistenza economica della partecipazione- possono giustificare la risoluzione del contratto di cessione per difetto di «qualità» della cosa venduta ai sensi dell'art. 1497 c.c. solo se il cedente abbia fornito a tale riguardo specifiche garanzie contrattuali, anche diversamente qualificate, sufficiente essendo che il rilascio della garanzia si evinca in equivocamente dal contratto".

¹⁰² Cass., 9-9-2004, n. 18181: "le azioni (e le quote) delle società di capitali costituiscono beni di «secondo grado», in quanto non sono del tutto distinti e separati da quelli compresi nel patrimonio sociale, e sono rappresentative delle posizioni giuridiche spettanti ai soci in ordine alla gestione ed alla utilizzazione di detti beni, funzionalmente destinati all'esercizio dell'attività sociale; pertanto, i beni compresi nel patrimonio della società non possono essere considerati del tutto estranei all'oggetto del contratto di cessione del trasferimento delle azioni o delle quote di una società di capitali, sia se le parti abbiano fatto espresso riferimento agli stessi, mediante la previsione di specifiche garanzie contrattuali, sia se l'affidamento del cessionario debba ritenersi giustificato alla stregua del principio di buona fede; ne consegue che la differenza tra l'effettiva consistenza quantitativa del patrimonio sociale rispetto a quella indicata nel contratto, incidendo sulla solidità economica e sulla produttività della società quindi sul valore delle azioni o delle quote, può integrare la mancanza delle qualità essenziali della cosa, che rende ammissibile la risoluzione del contratto ex art. 1497 c.c., ovvero, qua-

È quindi evidente che il silenzio su questo problema significa comunque rischio contrattuale, perché rende impossibile perfino una previsione sulle possibilità di vincere una lite, ove si discutesse dell'incidenza della perdita di valore patrimoniale dell'azienda sull'efficacia del trasferimento delle partecipazioni.

Altre conseguenze legali del preliminare predisposto in termini essenziali è che i costi dell'atto (es.: registrazione del preliminare; costo dell'atto definitivo, relative imposte) sono ripartiti secondo la legge, cioè a carico di chi acquista (art. 1475 c.c.).

Per modificare tale assetto complessivo, occorre quindi procedere alla valutazione dei rischi e dei costi da riallocare nonché all'individuazione delle tecniche di protezione dall'inadempimento, nel rispetto delle norme imperative.

È ad es. norma dispositiva quella che prevede che le spese della vendita siano a carico del compratore, perché l'art. 1475 c.c. indica tale conseguenza *"se non è stato pattuito diversamente"*. Si ricordi però che la previsione fiscale contenuta nell'art. 62 del dpr n. 131/1986 (imposta di registro) prevede la nullità dei patti contrari al testo unico *"compresi quelli che pongono l'imposta e le eventuali sanzioni a carico della parte inadempiente"*.

Le scelte dirette a modificare il contenuto minimo del contratto andranno trasformate in clausole del contratto, sempre senza dimenticare che la crescita di complessità del con-

lora i beni siano assolutamente privi della capacità funzionale a soddisfare i bisogni dell'acquirente, quindi «radicalmente diversi» da quelli pattuiti, l'esperimento di un'ordinaria azione di risoluzione ex art. 1453 c.c., svincolata dai termini di decadenza e prescrizione previsti dall'art. 1495 c.c.

tratto rappresenta maggiori costi di transazione, che si giustificano o meno in relazione al valore economico dell'operazione. Tra i costi di transazione assume poi particolare rilievo il prezzo da pagare per il rilascio di fidejussioni bancarie "a prima richiesta e senza eccezioni", che sono particolarmente efficaci per chi le riceva a garanzia, ma particolarmente costose per chi debba farle rilasciare da una banca.

IPOTESI DI RIALLOCAZIONE DI RISCHIO

Un primo rischio da riallocare è quello che riguardi il valore delle azioni/quote nel periodo che intercorre tra il preliminare ed il definitivo. Il rischio può derivare anzitutto da azioni giudiziarie, accertamenti fiscali o, per le azioni quotate, da modifiche del valore di mercato.

Per far fronte a tali rischi è possibile:

- 1) individuare una soglia di modifica del valore oltre la quale si possa recedere dall'obbligo di concludere il definitivo;
- 2) individuare soglie entro le quali le modifiche incidano solo sul prezzo (così le sopravvenienze successive al preliminare ed anteriori al definitivo);
- 3) in aggiunta a quanto indicato al punto 2, per le sopravvenienze successive al definitivo ma riferibili a periodi anteriori, spostare il termine di pagamento del prezzo successivamente alla stipula del contratto definitivo.

Ipotesi 1):

"le parti convengono che qualora nel periodo intercorrente tra la sottoscrizione del presente contratto e la data del....., intervenissero accertamenti dell'amministrazione finanziaria o richieste di pagamento o azioni giudiziarie che comportino domande verso la società di ammontare superiore ad €....., ancorché solo proposte, parte promissaria acquirente potrà"

(attenzione: le possibilità sono diverse a seconda del tipo di interesse che abbia il promissario):

- a) *recedere dal contratto, con obbligo del promittente venditore di restituire la caparra ricevuta [si ipotizzi anche la restituzione del doppio della caparra se la sopravvenienza sia da ritenere derivante da fatto del promittente] contestualmente alla ricezione della comunicazione del recesso, senza possibilità di proporre eccezioni per ritardare la restituzione (ovviamente l'interesse del promittente venditore è invece che sia prevista la possibilità di opporsi alla restituzione immediata della caparra);*
- b) *chiedere al promissario venditore di prestare fideiussione bancaria a prima richiesta e senza eccezioni a favore della società e per l'importo pari al valore della richiesta avanzata ed aumentata del 25% a copertura di ogni ulteriore costo connesso, valida ed efficace fino al passaggio in giudicato della sentenza che dirima la lite con il richiedente, con facoltà di recesso ove la*

fideiussione non venga prestata prima del contratto definitivo; [ipotizzare il diritto alla restituzione del doppio della caparra; se non è stata data caparra, combinazione della clausola b) con eventuale penale in caso di mancata prestazione della fideiussione e recesso del promissario].

- c) altre varianti, che in particolare stabiliscano il diritto di ottenere la immediata restituzione della caparra in caso di azioni che siano connesse a comportamenti del promittente venditore. Ovviamente l'interesse del promittente venditore è di trattenerne la caparra fino all'esito della lite.

L'interesse del promittente venditore potrebbe essere invece nel senso di farsi carico della lite e quindi di giungere comunque al definitivo. In tal caso anziché indicare le facoltà del promissario acquirente come sopra indicata, si potrà scrivere: *"parte promittente si farà carico della gestione della pretesa, occorrendo anche per conto del promissario, provvedendo anche al pagamento di qualsiasi pretesa risultasse definitivamente dovuta, inclusa ogni spesa o tassa, che rimborserà al promissario a prima richiesta e senza eccezioni ove da questo anticipate"*.

È ovvio che il promissario ha interesse a che tale patto sia sicuro e cioè garantito anche qui da fideiussione oppure mediante rinvio del saldo prezzo per un valore adeguato.

Si badi: tali clausole hanno la funzione di mantenere intatto il valore patrimoniale della società, di cui si acquistano quote/azioni; in alternativa è possibile che la garanzia sia prestata a favore dell'acquirente, in relazione alla perdita di valore delle azioni/quote stesse.

Ad es.: "il promittente venditore si obbliga a consegnare al promissario, una fideiussione bancaria a prima richiesta e senza eccezioni, rilasciata da (se possibile individuare una banca, altrimenti scrivere) istituto bancario di primaria importanza e valida fino al (fissare una data il più possibile successiva al termine per la conclusione del definitivo) nonché, in caso di richiesta di escussione, fino al passaggio in giudicato dell'eventuale controversia sul diritto di escuterla qualora per qualsivoglia ragione non fosse stato eseguito il pagamento, dell'importo di €, a garanzia dell'inesistenza di pretese fiscali, amministrative o comunque di qualsiasi genere, che non siano state dichiarate nel presente atto.

Tale garanzia potrà essere escussa a prima richiesta e senza diritto ad opporsi qualora entro il termine di validità della stessa emergano pretese già esistenti ma qui non dichiarate oppure non già esistenti ma relative alla gestione anteriore alla conclusione del contratto definitivo. Al termine di efficacia della garanzia, il documento andrà restituito al promittente".

Ovviamente occorrerà poi inserire una clausola nella quale siano dichiarate le liti o pretese esistenti:

"le parti dichiarano che nella determinazione del prezzo si è tenuto conto delle seguenti pretese in contenzioso [elen-

co] e che quale che sia l'esito delle stesse il corrispettivo pattuito per la vendita resterà inalterato [in alternativa indicare il valore oltre il quale chi vende debba ristorare chi compra o pagare il debito della società verso chi abbia vinto la lite]; il promittente venditore dichiara inoltre che non esistono ulteriori pretese non incluse nell'elenco che precede".

Punto 2). Si tratta di riproporre i meccanismi sopra indicati ma indicando l'incidenza delle sopravvenienze sulla misura del prezzo da pagare.

Ad es. *"le parti convengono che qualora nel periodo intercorrente tra la sottoscrizione del preliminare e la data del....., intervenissero accertamenti dell'amministrazione finanziaria o richieste di pagamento o azioni giudiziarie che comportino domande verso la società di ammontare non superiore ad €....., ancorché solo proposte, il contratto definitivo verrà ugualmente concluso ma il prezzo verrà pagato con riduzione di un importo pari all'ammontare della pretesa aumentato del 20%. Il saldo prezzo verrà corrisposto solo quando la pretesa sarà stata definitivamente rinunciata o, se decisa giudizialmente, al netto di quanto sarà stato pagato, comprensivo di ogni onere connesso e quindi incluse spese legali sia della controparte sia per resistere alla domanda, spese di giudizio incluse perizie anche di parte, interessi, tasse e quant'altro comunque connesso".*

Ovviamente parte venditrice cercherà di ottenere una fideiussione a garanzia del saldo prezzo.

Punto 3). In alternativa alle clausole sopra riportate e per semplificare le trattative, è possibile semplicemente spostare il termine per il saldo del prezzo:

“il pagamento del prezzo concordato avverrà per il 75% al momento del contratto definitivo e per il residuo 25% entro 6 mesi dalla data del definitivo. Il promissario acquirente dovrà consegnare, al momento del trasferimento delle azioni/quote, una fideiussione bancaria per l'importo pari al saldo prezzo da effettuare,

[variante 1: a tutela dell'acquirente:]

che non potrà essere escussa qualora sia comunicata al fideiussore la proposizione di domanda giudiziale (o in alternativa: di promovimento dell'arbitrato) diretta a dirimere la controversia sull'esistenza di debiti non dichiarati o sopravvenienze inerenti la gestione dell'impresa anteriore al contratto definitivo;

[variante 2: a tutela del venditore:]

a prima richiesta e senza eccezioni per impedirne il pagamento nonostante qualsiasi pretesa avanzata dal promissario acquirente”.

Un secondo rischio è quello che riguardi la perdita di valore delle partecipazioni nel periodo che intercorre tra il preliminare ed il definitivo, causata da cattiva gestione dell'impresa che sia in tal modo indebitata.

Tale rischio si può prevenire utilizzando le clausole sopra riportate, sostituendo all'indicazione riferita alle pretese di terzi,

"la perdita di valore patrimoniale dell'azienda, incluso l'avviamento, determinata dalla gestione della società per il periodo fino al momento della conclusione del definitivo".

Naturalmente occorre anche fissare nel preliminare un valore di riferimento dell'azienda, rispetto al quale calcolare la perdita di valore determinata dalla gestione successiva al preliminare. Ciò può avvenire utilizzando come valori di riferimento l'ultimo bilancio o una situazione patrimoniale c.d. "semestrale" o "trimestrale", in cui ovviamente i valori provvisori non hanno quella determinatezza propria del bilancio annuale, che andranno quindi integrati con la valutazione delle poste attive e passive di cui vi sia certezza ancorché non contabilizzate (es. con la tecnica dei ratei e dei ristorni utilizzata per valutare il valore del patrimonio riferito al trimestre o semestre preso in considerazione per la stima).

Per le società di persone, non esistendo un bilancio in senso tecnico, saranno necessarie stime sul magazzino e valutazione sui crediti e debiti come se si trattasse di redigere appunto un bilancio.

Qui è però possibile individuare anche meccanismi di partecipazione del futuro acquirente, alla gestione dell'impresa della società di cui acquisterà le partecipazioni: è evidente che ciò può avvenire solo quando il futuro acquisto riguardi partecipazioni di controllo, salvo il promittente riesca ad ottenere il consenso dei soci.

Tale partecipazione può avvenire: a) nominando il promissario direttore generale; b) amministratore.

In alternativa alla gestione, il promissario può essere autorizzato alla verifica dei dati contabili e della consistenza patrimoniale della società, con diritto di recedere dal preliminare ove emergano passività non dichiarate o nuove: si veda quanto si indicherà subito di seguito.

Problema comune: come si accertano le sopravvenienze?

L'accertamento delle sopravvenienze alle volte è semplicissimo, ad es. se si tratti di rilevare il diverso valore delle azioni di società quotate nel periodo che intercorre tra contratto preliminare e contratto definitivo. In altri casi dipende da una verifica sull'azienda: ad es. se la consistenza di magazzino sia rimasta inalterata è un fatto che deve essere verificato materialmente. In queste ipotesi occorre indicare il soggetto che debba procedere all'accertamento, qualora si intenda effettuare la verifica prima della conclusione del definitivo.

Ad es.: "le parti affidano al sig. l'incarico di procedere alla verifica della consistenza del magazzino alla data del... e di accertare eventuali differenze rispetto alla consistenza descritta nella clausola .., indicando il minor valore della merce. In ipotesi di accertamento di minor valore, il prezzo di cessione delle quote/azioni verrà ridotto di..."

L'incarico al terzo può assumere natura di c.d. perizia contrattuale; si veda in ogni caso l'art. 1349 c.c., senza dimenticare che l'oggetto del contratto qui non è l'azienda ma la partecipazione. Si noti che la riduzione del prezzo di cessione

ne delle partecipazioni non dipende dal solo valore del magazzino e quindi tendenzialmente non vi sarà una riduzione automatica nella stessa misura del minor valore della merce. La stessa clausola, con le opportune modifiche, può essere utilizzata per incaricare un soggetto di fiducia, di verificare la pendenza di azioni o di pretese tributarie, che dovrebbero risultare dai documenti della società.

Ad es.: "le parti affidano al sig. l'incarico di esaminare le scritture contabili della società Alfa nei 15 giorni antecedenti la data fissata per il contratto definitivo e di comunicare eventuali sopravvenienze o comunque ogni circostanza che possa assumere rilievo in ordine al valore patrimoniale indicato nella clausola x".

Si badi: un tale accertamento è possibile a condizione che non vi sia opposizione della società, perché essendo questo soggetto autonomo ed estraneo al contratto preliminare di cessione delle quote/azioni, non è tenuta a consentire verifiche come quelle sopra indicate.

Pertanto occorrerà che la clausola che prevede le verifiche sia contenuta in un atto separato al quale partecipino gli amministratori della società e che questi manifestino il consenso alla verifica.

Ciò può risultare in concreto impossibile: infatti gli amministratori hanno un obbligo di riservatezza e quindi qualora le partecipazioni cedute non rappresentino il 100% del capitale sociale, una tale verifica è possibile solo con il consenso unanime di tutti i soci, dovendo altrimenti gli amministratori opporsi a rendere accessibili ad estranei fatti della società.

Diversamente con la cessione di una sola quota/azione si consentirebbe ad un estraneo di accertare situazioni coperte da riservatezza, che potrebbe utilizzare per propri interessi in contrasto con quelli della società. Si ipotizzi ad es. la verifica della durata di una licenza di marchio o di brevetto, notizia di importanza vitale per la concorrenza interessata ad entrare nel medesimo settore di mercato!

Conseguentemente quando non vi sia la possibilità concreta di procedere prima della conclusione del definitivo, le verifiche in oggetto possono essere effettuate successivamente alla cessione ma in un tempo ravvicinato, spostando il saldo prezzo all'esito delle medesime.

Le clausole sopra indicate si possono così adattare:

"la verifica andrà effettuata entro 15 giorni dal trasferimento delle quote, all'esito della quale l'acquirente verserà il saldo prezzo ancora dovuto; in caso di accertamento di una minor consistenza del magazzino - oppure: di esistenza di pretese di terzi o dell'amministrazione finanziaria non dichiarate nel preliminare o sopravvenute allo stesso - il saldo sarà versato solo all'esito della definizione della controversia e dedotto il valore della pretesa che risultasse dovuta, ivi inclusa ogni tassa o costo anche di gestione della lite".

Questa clausola va inserita anche nel contratto definitivo; infatti è regola generale quella per cui il definitivo supera il preliminare¹⁰³, cioè i patti del preliminare non riprodotti nel

¹⁰³ In giurisprudenza è ricorrente l'affermazione per cui "il contratto c.d. definitivo rappresenta l'unica fonte di obblighi tra le parti e prevale sul preliminare, che può invece essere utilizzato al fine di ricostruire la co-

definitivo si ritengono abbandonati e quindi non più vincolanti¹⁰⁴.

Si badi però che anche questa clausola dipende dalla possibilità che l'acquirente abbia il controllo della società acquistata: in caso di acquisto di partecipazioni di minoranza, non è possibile imporre la verifica in oggetto.

Un terzo rischio da riallocare attiene all'attuale composizione del consiglio di amministrazione.

L'acquisto delle partecipazioni di società di capitali non comporta l'automatica possibilità di gestire la società: ciò dipende dalla possibilità di nominare amministratori di propria fiducia, se non di diventare direttamente amministratori.

A tal fine è quindi necessario che il venditore si impegni a che gli amministratori rassegnino le proprie dimissioni contestualmente al trasferimento delle partecipazioni, perché la loro revoca deve avvenire per giusta causa.

mune intenzione dei soggetti contraenti": Cass., 20-5-2014, n. 11036; Cass., 28-5-2003, n. 8515 ecc.

¹⁰⁴ Tuttavia per Cass., 29-10-2014, n. 22984, "l'omessa riproduzione, nel contratto definitivo di cessione di quote sociali, di una clausola già inserita nel preliminare non comporta, necessariamente, la rinuncia alla pattuizione ivi contenuta, che non resta assorbita ove sussistano elementi in senso contrario ricavabili dagli atti ovvero offerti dalle parti; ne consegue che il giudice è tenuto ad indagare sulla concreta intenzione delle parti, tanto più che il negozio di cessione richiede la forma scritta solo al fine dell'opponibilità del trasferimento delle quote alla società e non per la validità o la prova dell'accordo, per cui occorre verificare se, con la nuova scrittura, le parti si siano limitate, o meno, solo a «formalizzare» la cessione nei confronti della società, senza riprodurre tutti gli impegni negoziali in precedenza assunti".

Poiché non costituisce giusta causa il cambiamento dell'assetto della proprietà, la loro revoca comporta in questa ipotesi il risarcimento del danno a loro favore: art. 2383 c.c.

Ovviamente anche qui tutto dipende dalle circostanze di fatto, ovvero che il cedente sia in grado di ottenere le loro dimissioni, ma è chiaro che il cedente si impegnerà a tanto solo ove sia in grado di provvedere.

Comunque tale impegno può essere garantito da una penale o altrimenti dal diritto di recesso del promissario e regolazione in punto caparra.

Si tenga conto della sequenza temporale degli atti da predisporre, cioè dimissioni del c.d.a. prima del trasferimento delle quote/azione, consegna all'acquirente degli atti necessari per il deposito delle dimissioni al registro delle imprese, successivo trasferimento delle quote/azioni. La clausola potrà essere così scritta:

"parte promittente si obbliga a ottenere le dimissioni dal consiglio di amministrazione della società alfa contestualmente al trasferimento delle quote/azioni e a consegnare al promissario gli atti di rinuncia in forma idonea per il deposito al registro delle imprese, costituendo tale adempimento condizione sospensiva per la conclusione del contratto definitivo".

Qualora si ritenga che l'eventuale inadempimento debba essere solo sanzionato, anziché indicarlo come condizione sospensiva si potrà qualificarlo come *"condizione di adempimento in difetto della quale il contratto preliminare sarà risolto e parte promissaria potrà chiedere il pagamento di una penale di €....."*.

Qualora fosse stata versata una caparra al momento del preliminare, non serve indicare il diritto alla penale ma precisare *"; in difetto di tale adempimento parte promissaria potrà recedere dal contratto definitivo ai sensi dell'art. 1385 c.c. in relazione alla caparra versata al promittente"*.

Un quarto aspetto da regolare attiene al trasferimento dell'avviamento soggettivo.

Allorché il cedente operi attivamente nell'impresa, è opportuno regolare l'acquisto dell'avviamento soggettivo, inteso come conoscenza personale dei clienti e dei fornitori, tale da assicurare di fatto la continuità nei rapporti contrattuali in essere.

Ciò servirà anche a rendere effettivamente operativo un eventuale patto di non concorrenza, giacché questo non risulta efficace se il cedente eserciti indirettamente un'attività concorrente, ad es. come accomandante di nuova sas o mediante prestanome. Si potrà procedere in tal senso o partecipando alla gestione aziendale nel periodo tra contratto preliminare e contratto definitivo o mediante la permanenza del cedente nell'azienda dopo la cessione oppure combinando le due ipotesi.

Quest'ultima ipotesi è più semplice quando si trasferiscano partecipazioni in una società di persone; nella cessione di partecipazioni in una società di capitali (salvo per le piccole srl) è invece più probabile che risulti impossibile imporre la presenza del futuro acquirente nella società prima dell'acquisto, mentre è irrilevante che vi resti dopo la vendita, perché se ad es. non è mai entrato nella gestione della socie-

tà, non potrà essere di alcun aiuto. Ipotizzando invece il preliminare di cessione delle quote del socio accomandatario, caso che serve come riferimento al problema in esame, si può scrivere:

"Poiché è interesse che il promissario acquirente acquisisca le conoscenze occorrenti per mantenere nell'impresa l'avviamento di cui gode attualmente, si conviene che:

1) il promissario potrà accedere ai locali della società alfa per il periodo dal.. alla compravendita ed in tali occasioni verrà messo a conoscenza [qui dipende dall'attività svolta dalla società, ma v. ad es.:]

- dei sistemi di produzione de....

- dei nomi dei clienti della società alfa e dei sistemi utilizzati per effettuare le forniture dai medesimi acquistate;

- dei nomi dei fornitori della società alfa e dei meccanismi utilizzati per l'acquisto dai medesimi delle materie prime e così via;

2) il promittente presterà la propria attività di collaborazione per i n. mesi successivi alla vendita, al fine di trasmettere tutte le conoscenze occorrenti o comunque che gli verranno chieste in ordine a

[ricopiare quanto scritto sopra a seconda delle esigenze]".

Un quinto aspetto da regolare attiene alla disciplina della futura concorrenza.

Il codice civile regola il divieto di concorrenza nell'art. 2557 quando vi sia trasferimento d'azienda; in talune ipotesi la

cessione di partecipazioni è intesa appunto quale cessione dell'azienda¹⁰⁵; inoltre l'ex socio, anche se amministratore, non ha obblighi legali di non concorrenza dopo la cessione. Se l'ex socio conosce il know-how della società ceduta, sarà opportuno prevedere che:

"parte promittente dichiara che sono a sua conoscenza i seguenti dati della società alfa:

- *nome ed indirizzo dei clienti al 31.12.2012;*
- *nome ed indirizzo dei fornitori della società alfa al 31.12.2012;*
- *ciclo produttivo di...*

Si impegna a non fare concorrenza alla società alfa nell'ambito della provincia di... fino al 31.12.2015.

In caso di violazione

(le alternative sono formulate a seconda degli interessi che si proteggono:)

- *il contratto di cessione sarà risolto ai sensi dell'art. 1456 c.c. e sarà dovuta, oltre alla restituzione del prezzo, una penale di... (clausola demolitoria);*
- *il cedente dovrà cessare immediatamente l'attività esercitata e sarà dovuta una penale di... (clausola conservativa);*

¹⁰⁵ Cass. 24-7-2000, n. 9682: "in caso di cessione delle quote di una società di capitali (nella specie, di una società a responsabilità limitata), qualora il giudice di merito accerti che le parti hanno in realtà inteso trasferire l'azienda di cui la società è titolare, con conseguente pericolo di sviamento della clientela, deve applicarsi, in via analogica, il divieto di concorrenza previsto dalla legge per l'ipotesi di alienazione dell'azienda".

- *l'acquirente potrà decidere se recedere dal contratto di vendita e chiedere la restituzione del prezzo ed il pagamento di una penale di €... oppure se chiedere al venditore di cessare immediatamente l'attività esercitata e sarà dovuta una penale di...* (clausola che protegge l'acquirente consentendogli la scelta secondo le risultanze del caso ovvero a secondo di quanto renda la gestione della società alfa).

Alternativa: il saldo del prezzo viene spostato nel tempo, come si è detto sopra. I costi di transazione sono: a) la durata del frazionamento del pagamento che però sono compensabili mediante interessi o aumento del corrispettivo in relazione alla durata del pagamento; b) fideiussione a garanzia del divieto (costo della fideiussione); c) pagamento di una parte del prezzo calcolata con quota sugli utili prodotti nel futuro (attenuare il rischio che gli utili non giungano causa la futura cattiva gestione dell'impresa con la partecipazione del cedente a tale gestione).

"Il cedente riconosce inoltre che costituisce concorrenza anche la semplice divulgazione a terzi dei dati sopra indicati in qualsiasi modo vengano poi utilizzati dai terzi; si impegna infine a non comunicare tali dati anche qualora non vengano utilizzati. Le parti concordano che ove tali dati siano comunicati a (proteggero il venditore perché occorre la prova della comunicazione) conosciuti da (proteggero l'acquirente perché basta la conoscenza dei terzi) terzi, sarà dovuta una penale di €....."

Possono poi aggiungersi altre clausole tenendo sempre conto del rapporto tra rischi e costi di transazione; la clausola di omnicomprensività non ha alti costi di transazione.

Lo ha invece la *due diligence*, perché la stima del valore dell'azienda è molto oneroso.

Può essere onerosa la clausola arbitrale, dati i costi dell'arbitrato, ma la rapidità della decisione è il vero valore da perseguire.

B I B L I O G R A F I A

Sul contratto in generale è essenziale l'opera di F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, Cedam, 2014, vol. II.

Una delle opere complete e più approfondite di recente pubblicazione è il *Trattato del contratto* a cura di V. Roppo, 6 volumi, Giuffrè, 2006 oltre ai successivi volumi. Esistono poi trattati in più volumi dedicati al contratto che affrontano singoli temi man mano che l'opera viene arricchita (Utet e Giappichelli).

Sulla clausola risolutiva espressa, sul termine essenziale ed in generale per i problemi connessi alla risoluzione del contratto per inadempimento v. G. Sicchiero, *La risoluzione per inadempimento*, Giuffrè, 2007.

Altri testi rilevanti e da consultare sempre negli studi in tema di contratto sono:

Roppo, *Il contratto*, Giuffrè, 2011; R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, Utet, 2003 (2 vol.); Bianca, *Il contratto*, Giuffrè, 2006.

Tra le opere meno recenti ma di grande interesse teorico, anche per lo sviluppo di tesi diverse, v. anche:

F. Messineo, *Il contratto in genere* (2 vol.), nel *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, 1972-1973; F. Carresi, *Il contratto* (2 vol.), nel *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, 1987; R. Scognamiglio, *Del contratto in generale*, nel *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, ora ristampato da Edizioni scientifiche italiane, 1994; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del negozio giuridico*, Jovene, 1982; L. Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, senza data (ma 1949).

Per indicazioni più succinte ma ugualmente di spessore teorico, si consulti la voce *Contratto* dell'*Enciclopedia del diritto* (Giuffrè), del *Digesto civile*, IV edizione (Utet); dell'*Enciclopedia giuridica* (Treccani) e, anche per valutare le diverse prospettive adottate nel passato, del *Novissimo digesto italiano* (Utet).

Nelle stesse enciclopedia si trovano altre voci che danno indicazioni su argomenti qui trattati, come le voci *Recesso*, *Clausola penale*, *Caparra* ecc.

Ai giuristi suggerisco la lettura di R. Coase, *Impresa, mercato e diritto*, Il Mulino, 2006 ma anche, per non credere che la volontà interna esista come la disegna il codice, Richard H. Thaler (premio Nobel per l'economia 2017), Cass R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, Feltrinelli, 2009.

Appunti

