

QUESTIONI GIURDICHE

FAMIGLIA E DANNI ENDOFAMILIARI

Nell' ambito delle relazioni familiari si riscontrano spesso condotte che possono divenire fonte di danno risarcibile.

Un primo nucleo di condotte viene in rilievo nella fase patologica del rapporto coniugale in relazione alla gestione degli aspetti di carattere propriamente patrimoniale di una separazione prima e di un divorzio in secondo momento.

La casistica giurisprudenziale conosce , però , ulteriori categorie , che attengono anche a profili di carattere non patrimoniale.

A tal proposito si parla di illeciti endofamiliari ed esofamiliari : i primi attengono alla possibilità di estendere i rimedi di natura risarcitoria anche alle ipotesi di violazione dei doveri coniugali ; i secondi discendono dal carattere plurioffensivo di determinate condotte poste in essere dal danneggiante e si inquadrano nella tematica della lesione del credito.

Tali due tipologie sono accomunate dal tipo d' interesse leso e dalla natura del danno che ne consegue : l' interesse protetto concerne , infatti , le relazioni familiari e i diritti che le strutturano ; il danno , inteso come pregiudizio che consegue alla lesione di tale interesse , attiene alle diverse manifestazioni ed espressioni della personalità del familiare che rilevano come alterazioni della dimensione esistenziale di un individuo.

La risarcibilità del c.d. danno endofamiliare è oggi concordemente ammessa dalla giurisprudenza.

La Corte di Cassazione , con sentenza 10 maggio 2005 , n. 9801 , ha infatti affermato che la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio deve trovare necessariamente

tutela risarcitoria , in quanto causativa di danno non patrimoniale , secondo le coordinate tracciate a più riprese dalla giurisprudenza di Legittimità nel 2003.

E' , dunque , ormai superato l' orientamento che negava la tutela aquiliana in caso di violazione dei doveri coniugali , sul presupposto che si trattasse di doveri non giuridicamente rilevanti o a giuridicità limitata.

La sentenza in questione costituisce leading case in materia , giacchè per la prima volta la Cassazione ha riconosciuto che anche il mondo del diritto di famiglia non è un sistema chiuso in sé stesso , autoreferente , autosufficiente , ma è un sistema aperto , al quale si applicano tutti i principi generali del diritto civile ed in particolare la clausola generale del *neminem laedere* di cui all' art. 2043 c.c..

Di conseguenza , non è esclusa in linea generale la possibilità che la violazione degli obblighi coniugali comporti , oltre alle conseguenze tipiche del diritto di famiglia (e quindi l' addebito della separazione ; la regolamentazione patrimoniale conseguente alla cessazione del rapporto coniugale o anche altre sanzioni civili , come quelle previste nei casi di indegnità a succedere , ovvero anche sanzioni penali) anche il rimedio risarcitorio dell' illecito aquiliano ai sensi degli artt. 2043 e 2059 c.c..

In passato , questa soluzione veniva esclusa sulla base di una serie di argomentazioni. Il primo argomento di fondo era fondato sull' idea che le regole e i doveri nascenti dalla contrazione del vincolo matrimoniale (e quindi i doveri rilevanti solo sul piano etico – affettivo e non sul piano della coercibilità e della sanzionabilità giuridica ; in sostanza , si reputava che si trattasse solo di precetti morali rimessi alla spontaneità del singolo e non precetti giuridici vincolanti.

La seconda argomentazione , che si è sviluppata fino ai tempi più recenti , è invece quella della giuridicità limitata : la circostanza che il diritto di famiglia preveda dei rimedi al fine di sanzionare o comunque reagire e di porre rimedio alla violazione dei doveri coniugali , come la separazione , il divorzio , l' addebito , comporta che , in base al principio di specialità , il diritto di famiglia , regola le violazioni dei doveri coniugali secondo sanzioni speciali e tipiche , ritenute più aderenti al tipo di doveri , al tipo di interessi che vengono in rilievo .

Di conseguenza , anche a volere ritenere che dagli artt. 143 ss. C.c. sorgano in capo ai coniugi dei doveri giuridicamente rilevanti , ad essi si raccordano sanzioni speciali che , proprio perché tali , prevalgono sulla sanzione generale di cui all' art. 2043 c.c.. Il terzo argomento è basato sull' idea che l' art. 2043 c.c. sia concepito con riferimento alle interferenze occasionali nella sfera giuridica altrui , mentre è incompatibile con la violazione di doveri perpretata non dall' extraneus , bensì da un soggetto che ha contratto il vincolo negoziale , dal quale derivano conseguenze legate allo specifico negozio , sulla base della concezione del c.d. contatto sociale qualificato.

Questi argomenti sono stati superati in modo sostanzialmente convincente dalla giurisprudenza degli ultimi anni e in modo compiuto dalla citata sentenza del 2005.

La tesi della non giuridicità dei doveri è contraddetta in primo luogo dal dato positivo , giacchè l' art. 143 c.c. non parla di doveri soltanto (espressione che secondo una certa etimologia potrebbe evocare anche i doveri aventi una rilevanza etico- affettiva e non giuridicamente sanzionabile e non certamente ad un concetto sanzionabile) , ma usa anche la parola obblighi e soprattutto diritti ;pertanto , è evidente che se il legislatore fa riferimento ad un rapporto obbligo – diritto , fa riferimento ad un concetto di doverosità sul piano meramente etico - affettivo.

L' assunto è corroborato dalla considerazione che l' art. 160 c.c. , a sua volta , nell' enunciare le caratteristiche dei diritti in questione , afferma che non solo sono diritti quelli corrispondenti ai doveri che sono prima obblighi e poi doveri , ma sono diritti inderogabili , con la conseguenza quindi che sono affette da nullità testuale le pattuizioni con cui i coniugi prima del matrimonio o anche durante il matrimonio concordino di derogare al coacervo degli obblighi sanciti dall' art. 143 e fondamentalmente per lo stesso motivo sono nulli per illiceità della causa i patti con i quali prima del matrimonio o prima comunque della crisi coniugale si gestisca la crisi coniugale e quindi si decida quali saranno le conseguenze economiche derivanti da un eventuale fallimento del matrimonio.

Questi patti , infatti , da un lato ledono la libertà morale del soggetto di continuare ad essere legato dal vincolo di matrimonio , perché questa decisione potrebbe essere condizionata dalla maggiore o minore favorevolezza delle condizioni economiche pattuite ; dall' altro lato ledono comunque il diritto del coniuge debole a conseguire le provvidenze che la legge prevede per l' ipotesi di divorzio , dal momento che tali provvidenze possono essere stabilite solamente al momento della cessazione del vincolo ed in base alle condizioni in cui si trova il soggetto in tale momento.

Anche l' argomento della specialità e autosufficienza delle norme del diritto di famiglia mostra chiaramente la sua debolezza , perché di specialità si potrebbe parlare soltanto se le norme del diritto di famiglia si occupassero in modo sostanziale e adeguato della riparazione del danno conseguente alla violazione degli obblighi , ossia se le norme speciali assicurassero al coniuge che è stato vittima di una violazione dei doveri coniugali foriera di un danno , la riparazione del pregiudizio.

Viceversa , nessuna delle norme del diritto di famiglia si occupa precipuamente , se non in modo accessorio e marginale , del problema di fondo di cui si occupa l' art. 2043 c.c. , ossia della riparazione di un danno che sia ingiustamente patito dalla vittima del dovere coniugale inadempito.

Pertanto , se si partisse dall' assunto che le norme del diritto di famiglia non si occupano di questo profilo , e si continuasse a ritenere inapplicabile l' art. 2043 c.c. , si riconoscerebbe l' esistenza di danni ingiusti non risarcibili , con conseguente violazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3 e 24 Cost., in combinato disposto con gli art. 29 , 30 e 31 : difatti , la famiglia è una formazione sociale in cui si sviluppa la personalità in modo precipuo , e quindi la violazione dei doveri essenziali del matrimonio è un attentato essenziale al diritto della persona allo sviluppo della sua personalità sul piano costituzionale.

Nessuna delle norme in materia di diritto di famiglia si occupa di riparazione del danno : la disciplina dell' assegno di mantenimento ha una funzione assistenziale più che riparatoria , come è dimostrato dal fatto che il beneficiario dell' assegno non è la vittima della violazione dell' obbligo foriera di un danno , ma piuttosto il soggetto

che versa in condizioni economiche necessitanti di un sostegno ; la disciplina dell' addebito nella separazione ha una funzione di tipo sanzionatorio e non una funzione di tipo precipuamente riparatorio come invece l' art. 2043 c.c. : ai fini dell' integrazione del danno ingiusto , infatti , non è sufficiente la violazione dell' obbligo coniugale che abbia delle connotazioni di gravità sul piano della realizzazione di un danno ingiusto e sul piano dell' elemento soggettivo , tale da giustificare la reazione risarcitoria da parte dell' ordinamento giuridico.

Neppure la disciplina penale di cui agli artt. 570 c.p. (violazione degli obblighi assistenza) e 572 c.p. (maltrattamenti in famiglia) soddisfa l' esigenza riparatoria , giacchè le norme penali hanno una funzione sanzionatoria e non riparatoria e comunque non si riferiscono alla generalità dei doveri coniugali , ma a talune violazioni che abbiano una particolare consistenza qualitativa o una particolare connotazione di abitualità in termini di gravità che giustifica la reazione penale.

La tesi della necessaria applicazione della clausola generale dell' art. 2043 c.c. anche ai doveri coniugali è suffragata decisamente dall' evoluzione generale del sistema della responsabilità aquiliana.

Dalla rivoluzione giurisprudenziale del 2003 , sono derivate , tuttavia , in questa materia una serie di questioni interpretative.

Ci si è chiesti se il danno familiare sia un danno- evento o un danno conseguenza , ossia se la violazione degli obblighi familiari sia in sé un danno ovvero occorra dimostrare che abbia cagionato una perdita sul piano economico . La categoria del danno evento è stata ideata , come si è visto , al fine di individuare una collocazione sistematica ai danni alla persona nell' ambito dell' art. 2043 c.c. A partire dal 2003 , torna applicabile il principio generale secondo cui ogni danno va provato con dimostrazione della lesione del bene giuridico e delle conseguenze dannose. Pertanto , anche il danno familiare è danno conseguenza perché occorre dimostrare non solo che c'è stata la violazione dell' obbligo , ma anche che tale violazione ha prodotto una conseguenza.

Ci si è inoltre domandati sulla base di quali parametri si possa verificare se tale danno familiare sia o no ingiusto. Il giudizio sintetico comparativo per valutare la meritevolezza delle situazioni, in materia di famiglia è particolarmente complesso , perché gli obblighi coniugali interagiscono strettamente con la sfera dei sentimenti, con la sfera delle pulsioni ; c'è una soglia di gravità della violazione che deve essere oltrepassata per qualificare il danno come ingiusto ed entro questa soglia le violazioni sono fisiologiche , inevitabili e collegate al dinamismo , alla inevitabilità ed alla incontrollabilità di certe scelte e debolezze sentimentali .Quindi , la giurisprudenza ha distinto tra la mera violazione dell' obbligo che è giuridicamente fisiologico sul piano dell' art. 2043 c.c. e che non può comportare una reazione dell' ordinamento sul piano dell' ingiustizia del danno (ma al limite , può comportare l' addebito) e la violazione dell' obbligo che abbia una connotazione , un disvalore e delle caratteristiche precipue tali da rendere intollerabile sia la violazione , sia che il danno venga subito dalla vittima. In questo giudizio sull' ingiustizia opera una componente relazionale più forte rispetto a quella riscontrabile in ogni giudizio sull' ingiustizia.

Ci si è chiesti , infine , se la violazione dell' obbligo coniugale debba essere accompagnata dalla lesione di diritti ulteriori rispetto alla lesione del mero diritto agli obblighi coniugali. Parte della giurisprudenza , ad esempio , in tema di infedeltà coniugale , ha reputato che non è sufficiente la violazione dell' obbligo coniugale al rispetto del vincolo di fedeltà, ma sia necessario che tale violazione assuma delle connotazioni lesive di altri diritti del coniuge : ad esempio , il tradimento conclamato e pubblico comporta la lesione dell' onore e della reputazione. Secondo la ricostruzione oggi maggioritaria , viceversa , la violazione dell' obbligo coniugale è una violazione risarcibile , qualora abbia una connotazione di particolare gravità ed indipendentemente dalla lesione della salute , dell' onore , della reputazione, per il fatto stesso di ledere gravemente il diritto della persona a svolgere la propria vita affettiva in un contesto coniugale ordinato e corretto. Il diritto al rispetto degli obblighi coniugali e quindi , allo svolgimento della persona nel contesto fisiologico è

un diritto della persona in quanto tale , con la conseguenza che lesione di tale diritto , in presenza delle coordinate dell' art. 2043 c.c., produce un danno risarcibile.

IL DIRITTO DI PROPRIETA': CARATTERI E LIMITI

L' art. 832 c.c. definisce il diritto di proprietà come il diritto di godere e di disporre in modo pieno ed esclusivo di una determinata cosa.

Il diritto di godere si sostanzia nel diritto di utilizzare e di trarre dal bene tutte le utilità che questo può dare , mentre il diritto di disporre si traduce nel diritto di compiere tutti quegli atti , sia giuridici che materiali , di disposizione.

Il contenuto del diritto di proprietà , diritto reale per eccellenza , risulta tuttavia , maggiormente delineato da alcuni caratteri tipologici che esamineremo qui di seguito. In primo luogo lo stesso art. 832 c.c. precisa che il diritto di godere e quello di disporre sono delineati dalla pienezza e dalla esclusività.

La pienezza è proprio l' elemento caratterizzante che permette di distinguere il diritto di proprietà dagli altri diritti reali minori , poiché attribuisce al proprietario ogni lecita facoltà per ciò che riguarda sia il godimento sia l' utilizzazione del bene.

Naturalmente la pienezza potrà risultare attenuata da un atto convenzionale con cui il proprietario costituisce a favore di terzi un diritto reale minore oppure dalla presenza di disposizioni di legge. Si pensi a limiti legali della proprietà o al divieto degli atti emulativi .

L' esclusività deve correttamente essere intesa in un duplice significato sia come potere del proprietario di escludere chiunque altro dal godimento del proprio bene , sia come impossibilità di coesistenza sulla stessa cosa di più diritti di proprietà.

E' quest' ultima caratteristica che permette di qualificare esattamente il fenomeno della comunione dei diritti.

Infine il diritto di proprietà è caratterizzato dal requisito della perpetuità che , diversamente da altri diritti reali minori , determina l' assenza di un limite temporale di durata e conseguentemente l' impossibilità di estinzione del diritto per prescrizione.

Invero , occorre osservare che in dottrina è discusso se tra i caratteri essenziali del diritto di proprietà si collochi anche la perpetuità in quanto si ritiene compatibile con il nostro ordinamento la ricostruzione di una figura generale di proprietà a termine iniziale o finale.

L' attuale codice effettivamente prevede alcune figure di proprietà temporanea , ma si tratta evidentemente di ipotesi eccezionali che non legittimano , secondo l' interpretazione prevalente , la costituzione di una categoria generale di proprietà temporanea.

Si consideri , infatti , che i contratti diretti al trasferimento del diritto di proprietà non potrebbero tollerare un termine poiché l' effetto traslativo si realizza interamente ed istantaneamente con lo scambio di consensi (art 1376 c.c.).

L' apposizione di un termine finale ad una vendita o ad una donazione ne determinerebbero la nullità per impossibilità giuridica dell' oggetto in quanto non è possibile stabilire un termine finale ad un rapporto che si è già interamente realizzato. Piuttosto è ammissibile l' apposizione di un termine iniziale in quanto ciò è espressamente previsto dall' art. 1465 , secondo comma , c.c..

E' , inoltre , consentita la condizione risolutiva , poiché in questo caso l' elemento accessorio non incide sull' oggetto del contratto rendendo temporalmente limitato il diritto come nel caso del termine finale , ma rende precario il titolo. In altri termini la condizione risolutiva non interrompe il diritto dell' acquirente , ma determina soltanto l' inefficacia retroattiva dell' acquisto.

Alla luce di queste considerazioni , pertanto , è da condividere la dottrina che ritiene eccezionali le ipotesi di proprietà temporanea contemplata dal codice.

Dall' analisi delle principali fattispecie quali , ad esempio il legato di specie a termine finale e la proprietà superficiaria a termine , si deduce che la proprietà temporanea si

colloca a metà strada tra il diritto di proprietà e i diritti reali su cosa altrui.. Detta qualificazione è supportata dal fatto che allo scadere del termine finale il diritto si trasferisce automaticamente in capo ad un altro soggetto.

L' art. 832 c.c. definisce , come abbiamo visto , il diritto di proprietà come il diritto di godere e di disporre in maniera piena ed esclusiva entro i limiti e con l' osservanza degli obblighi imposti dall' ordinamento giuridico.

In realtà , quindi , le facoltà del proprietario incontrano una molteplicità di limiti che incidono in vario modo sulla sua libertà di godere e di disporre.

Si è soliti affermare che il proprietario può non solo usare , ma anche abusare del suo bene , perfino distruggendolo , ma in ogni caso l' ordinamento non tollera il compimento di quegli atti il cui unico scopo è quello di nuocere o arrecare molestia ad altri.

Si osservi che in base all' interpretazione giurisprudenziale prevalente gli atti emulativi vietati sono solamente quelli caratterizzati dalla presenza sia di un elemento soggettivo , che si sostanzia nell' intenzione di nuocere o recare molestia (animus nocendi) sia di un elemento oggettivo che si concreta invece nel compimento di atti di esercizio del proprio diritto privi di qualsiasi utilità per il proprietario.

Naturalmente l' atto emulativo non rileva in sé , ma occorre che si produca effettivamente una lesione ad un apprezzabile interesse altrui.

E' interessante ricordare che l' art. 833 c.c. , secondo una parte della dottrina , assume il ruolo di norma fondamentale dell' ordinamento enunciando il generale principio del divieto di abuso del diritto che starebbe , altresì , alla base del divieto degli atti emulativi. Il diritto di proprietà è un diritto soggettivo assoluto che come tale riceve dall' ordinamento una tutela immediata e piena , tuttavia , se l' esercizio si trasforma in abuso viene meno ogni apprezzabile e meritevole interesse di salvaguardia del diritto.

Passiamo adesso a trattare dei limiti legali che rispondono a varie esigenze , in particolare mirando a preservare la funzione sociale e a garantire rapporti di buon vicinato.

I limiti legali posti nell' interesse pubblico non sono altro che l' esplicazione del principio della funzione sociale codificato nell' art. 42 della Costituzione in base al quale si giustifica la compressione del diritto quando ciò sia richiesto per il bene generale.

Sul punto si possono ricordare alcuni istituti tipici del diritto amministrativo quali l' espropriazione per pubblica utilità , la requisizione e l' occupazione , ma anche tutti i vincoli imposti al proprietario dalla normativa urbanistica.

Si pensi , ad esempio , allo jus aedificandi che è insito nelle facoltà proprie del diritto di proprietà benché il suo esercizio sia subordinato al rilascio di un provvedimento amministrativo nel presupposto che siano rispettate le condizioni di legge.

E' , ormai superata la tesi in base alla quale l' attività di edificazione dei suoli non rappresenta l' esercizio di una facoltà propria del titolare del diritto di proprietà , ma è oggetto di un provvedimento amministrativo di natura concessoria.

In realtà tale teoria traeva la propria giustificazione dall' errata interpretazione , della legge 28 Gennaio 1977 n. 10 , che aveva sostituito la vecchia licenza con la concessione edilizia creando , così , l' equivoco per il quale lojus aedificandi non fosse più da considerare come una delle facoltà inerenti la proprietà.

Nonostante il diverso nomen juris il provvedimento amministrativo concessorio non attribuisce diritti nuovi in capo al proprietario , ma mira ad accertare che vi sia il rispetto di quegli standard previsti ed imposti dall' ordinamento per poter esercitare la facoltà di costruire di cui il proprietario è titolare in quanto tale (**Corte Costituzionale 5 Maggio 1983 n. 127**).

Il testo unico sull' urbanistica e l' edilizia ha provveduto a rinominare il provvedimento di concessione edilizia in permesso a costruire con ciò sottolineando di un atto amministrativo dovuto e non discrezionale volto a rimuovere un ostacolo legale al ricorrere di tutti i presupposti richiesti dal piano edilizio.

La pienezza e l' esclusività del diritto di proprietà trovano , poi , una ulteriore limitazione nell' interesse reciproco dei proprietari. Vengono, qui , in rilievo i rapporti di buon vicinato che si traducono , appunto , in limiti legali interni al contenuto del diritto di proprietà ed hanno precipuo obiettivo l' ordinata coesistenza della proprietà fondiaria.

Le norme di buon vicinato si traducono a seconda dei casi in obblighi , divieti , soggezioni come è facile verificare dall' esame delle varie norme a ciò dedicate nell' attuale codice civile.

Si possono citare gli articoli che disciplinano l' apertura di luci e vedute (artt. 900/907), oppure le norme di cui agli artt 873/899 c.c. e i regolamenti comunali che si occupano delle distanze tra le costruzioni ; importante è poi la regolamentazione delle immissioni , lo stillicidio , le acque e i muri.

Occorre precisare che i limiti legali di vicinato non si traducono mai in veri e propri rapporti obbligatori poiché sono insiti nello stesso diritto di proprietà formando e conformando il suo contenuto.

Non sono neppure qualificabili come servitù in quanto non sono diritti reali limitati , sussistono indipendentemente da un atto costitutivo e non si estinguono per non uso essendo imprescrittibili come lo stesso diritto di proprietà.

I limiti legali di vicinato , inoltre , sono caratterizzati dalla reciprocità al contrario , quindi , delle servitù unilaterali.

OLTRE I CONFINI DELLA PROPRIETA': LA MULTIPROPRIETA'

Il fenomeno della multiproprietà ha trovato una discreta diffusione nell' ambito del nostro ordinamento a partire da una decina di anni.

La sua fortuna è dovuta principalmente al fatto che consente di ottenere un risparmio di spesa sulla seconda casa che viene utilizzata soltanto per brevi periodi di tempo durante l'anno per le vacanze. Si consideri , infatti , che la casa in multiproprietà

viene posseduta da più proprietari che ne godono in maniera esclusiva a turno dividendo così oneri e spese.

La multiproprietà non è una figura unitaria ed, infatti, con questo termine si indicano una pluralità di fattispecie accomunate dal godimento a turno di un dato bene.

In particolare si è soliti distinguere tra multiproprietà azionaria, alberghiera e immobiliare.

Nella *multiproprietà azionaria* una società per azioni è proprietaria di un complesso immobiliare che concede in godimento a turno ai soci titolari di azioni

In questa ipotesi la società stipula con l' acquirente delle proprie azioni una convenzione autonoma, ma collegata al rapporto sociale in virtù della quale si concede dietro corrispettivo al socio un diritto personale di godimento di una porzione immobiliare e dei servizi accessori per una determinata frazione spaziotemporale.

Anche nella multiproprietà alberghiera vi è un unico proprietario, ma questa figura è caratterizzata dalla destinazione ad albergo delle unità immobiliari e dalla conseguente possibilità dei soci di avvalersi di tutti i servizi inerenti la relativa struttura (**Cass. 4048 / 97**).

La multiproprietà immobiliare può, invece, definirsi come la comproprietà di porzioni immobiliari ad uso abitativo, in cui il godimento spetta ai compartecipi a turno in periodi prefissati dell' anno in perpetuo o per lunghissimo tempo.

Secondo l' interpretazione prevalente la multiproprietà si inquadra nell' ambito della comunione e del condominio poiché i titolari del diritto di godimento a turno, infatti sono comproprietari di una quota millesimale dell' appartamento e, allo stesso tempo, condomini del complesso condominiale in cui la stessa è collocata.

L' inquadramento della multiproprietà nella comunione e nel condominio consente di ravvisare in capo a ciascun compartecipe il diritto di proprietà dell' immobile e il diritto al turno quale delimitazione all' uso dello stesso.

Secondo parte della dottrina il diritto al turno stabilito contrattualmente avrebbe natura reale e sarebbe suscettibile di trascrizione nei registri immobiliari ex art. 2645c.c.

Detta tesi si scontra con il principio del numero chiuso dei diritti reali di cui ci siamo occupati nella precedente lezione e pertanto, da questo punto di vista, pare preferibile la teoria che riconduce il godimento ternario nell'ambito del regolamento della comunione opponibile erga omnes ai sensi dell'art. 1106 c.c.

Anche questa ricostruzione non è però scevra da inconvenienti, infatti, nella multiproprietà il regolamento al turno ha natura contrattuale e non assembleare cosicché per la sua modifica occorrerebbe l'unanimità mentre non sarebbe sufficiente la maggioranza (artt. 1106- 1107c.c.).

Oltre a ciò, preme, tuttavia, segnalare e che sono molteplici le obiezioni mosse dalla dottrina anche se, come vedremo, non sempre condivisibili.

In primo luogo nella multiproprietà l'uso ternario rappresenta l'unico modo di regolamentare l'uso tra i comproprietari come avviene per le acque private.

Altro ostacolo all'inquadramento della multiproprietà nella comunione sarebbe rappresentato dalla sua tendenziale perpetuità mentre il patto di in divisione non può avere durata superiore a dieci anni. Sul punto, occorre, però, osservare che l'impossibilità per il multiproprietario di chiedere lo scioglimento della comunione deriva dall'oggettiva indivisibilità della cosa comune: uno stesso alloggio non potrebbe, infatti, essere frazionato in tante porzioni, quanti sono i compartecipi, suscettibili di assolvere alla stessa funzione dell'intero appartamento.

Infine altra affascinante tesi, più descrittiva che qualificatoria, è quella secondo cui la multiproprietà non sarebbe altro che un diritto di proprietà avente, però, ad oggetto un bene individuato nello spazio e nel tempo.

Il negozio con cui si acquista un bene in multiproprietà ha natura atipica e prende il nome di contratto di “timesharing” parola inglese che significa ripartizione nel tempo.

Detto contratto , trova attualmente una parziale regolamentazione nel D.Lgs n. 427/1998 confluito negli articoli 69/81 del codice del consumo

In primo luogo si precisa che il termine multiproprietà può essere utilizzato solamente quando il diritto in questione ha natura reale e non può essere riferito a fattispecie in cui l' oggetto del contratto si concretizza in un diritto di natura personale (multiproprietà azionaria o alberghiera).

Il contratto di timesharing rilevante ai sensi del codice al consumo è quello stipulato tra un consumatore e un professionista , ha la durata di almeno tre anni ed è teso al trasferimento anche non immediato di un diritto reale o di altro diritto – ma in tal caso , come sopra già detto , non si può parlare di multiproprietà - avente ad oggetto il godimento di uno o più beni per un periodo determinato o determinabile dell' anno non inferiore ad una settimana.

Le altre norme richiamate dettano delle disposizioni volte a tutelare incisivamente il consumatore quale contraente più debole : si richiede la forma scritta, la redazione chiara e precisa delle clausole contrattuali ; si attribuisce al consumatore il diritto di ricevere una copia del contratto , di recedere ad nutum dallo stesso. Al tempo stesso si preclude al professionista la possibilità di ricevere o esigere acconti sul prezzo prima che siano scaduti i termini per l' esercizio del recesso in modo tale che il consumatore non rinunci a detto diritto per il timore di non vedersi restituite le somme già corrisposte. Analoga funzione di garanzia e protezione viene svolta dalla fideiussione bancaria o assicurativa che deve essere prestata dal professionista nelle ipotesi indicate nell' art. 76 del codice al consumo.

IL SINDACTO GIUDIZIALE SULL' AUTONOMIA NEGOZIALE

La nozione di equilibrio contrattuale può essere riferita sia al profilo normativo che al profilo economico del contratto. Nel primo caso , essa concerne la sintesi di diritti , obblighi , oneri , responsabilità e rischi derivanti dal programma contrattuale ; sotto il

secondo aspetto , invece , la nozione di equilibrio riguarda il valore economico delle prestazioni oggetto di scambio , considerate nel complesso dell' operazione cui accedono.

Ulteriore precisazione terminologica va fatta con riferimento alla distinzione tra equilibrio oggettivo e soggettivo , intendendosi , per il primo , la proporzione tra le prestazioni , per il secondo , l' equilibrio originario delle stesse come voluto dalle parti , a prescindere dalla corrispondenza dei valori economici. Il mantenimento di tale equilibrio iniziale è garantito dall' ordinamento ed è quindi possibile valutare l' incidenza delle sopravvenienze che scardinano il sinallagma contrattuale , verificando se possono dar luogo alla risoluzione del contratto o a rimedi finalizzati al riequilibrio della stipulazione contrattuale.

Ciò premesso , occorre verificare se la nozione di equilibrio contrattuale coincida o meno con quella di giustizia contrattuale , nozione , quest' ultima , che sembra esprimere una potenziale contrapposizione tra vicolo contrattuale e giustizia , ossia tra osservanza del contenuto delle pattuizioni e salvaguardia di interessi che possano risultare da esse pregiudicati.

L' indagine dovrebbe essere effettuata utilizzando criteri fondati su dati di mercato in combinato con elementi economici che consentano di determinare , oltre al valore oggettivo dei beni e dei servizi , anche le condizioni normative che accompagnano il loro scambio. Innanzitutto , potrebbero essere utilizzabili come parametro di giustizia contrattuale le clausole proprie delle transazioni commerciali , sempre che esse non derivino da comportamenti abusivi o antitrust , ma siano il frutto di un funzionamento corretto del mercato. In secondo luogo , è necessario che l' interprete , nell' effettuare una comparazione della singola contrattazione con la regola del mercato , consideri tutte le circostanze e le condotte tenute nel contesto della singola operazione , con particolare riguardo alle condizioni soggettive delle parti , agli interessi da esse perseguiti , ai comportamenti posti in essere nella fase delle trattative ed in quella relativa alla formazione del contratto.

Secondo l' orientamento tradizionale , la sussistenza dell' equilibrio contrattuale non presenta alcuna rilevanza per l' ordinamento giuridico.

Una tale impostazione ha trovato fondamento nel principio di signoria della volontà , secondo il quale le parti , nell' esplicazione dell' autonomia contrattuale , sono libere di esprimere la loro volontà senza che si renda necessario alcun controllo da parte dell' autorità giudiziaria , anche laddove ne derivi una macroscopica sproporzione tra le prestazioni.

Pertanto , secondo una concezione liberale di autonomia privata , si è originariamente ritenuto che il giudice non avesse il potere di sindacare l' equivalenza tra le prestazioni , dal momento che ogni determinazione relativa alla congruità dello scambio era rimessa al libero potere negoziale delle parti.

Sebbene l' impostazione del codice civile vigente riecheggi la concezione individualistica dominante nel XIX secolo , numerose sono le norme che in vario modo limitano o escludono la forza vincolante del contratto in presenza di determinate situazioni tipiche : si pensi , a titolo esemplificativo , agli istituti giuridici dell' incapacità , dei vizi della volontà e della rescissione. Da tali specifiche previsioni legislative la dottrina classica ha negato l' ammissibilità del controllo giurisdizionale sull' equilibrio economico e normativo del contratto , laddove l' autonomia si fosse esplicata liberamente.

A sostegno del dogma dell' insindacabilità dell' equilibrio contrattuale , si è addotto , inoltre , l' indeterminatezza propria delle nozioni di giustizia ed equità. Si è ritenuto , infatti , che la verifica della conformità del contratto ad un modello ideale di giusto equilibrio economico – normativo rappresentasse un fattore di rischio per la sicurezza delle transazioni commerciali.

In merito agli indici codicistici posti a fondamento dell' orientamento tradizionale , occorre sottolineare che nell' impianto codicistico , l' equità rileva generalmente come canone ermeneutico e di integrazione del contratto e non come parametro di valutazione del programma contrattuale al fine di determinarne la caducazione o la sostituzione. Dunque , salvo casi eccezionali di equità correttiva (artt. 1384 , 1536

commi 2 e 3 , 1934 comma 2 c.c.) , l' intervento equitativo del giudice , rispetto alla disciplina convenzionale del rapporto , ha carattere suppletivo.

In particolare , l' art. 1371 c.c. contiene un riferimento all' equo temperamento degli interessi delle parti quale criterio residuale , cui è consentito ricorrere in sede interpretativa , quando , nonostante l' applicazione delle precedenti regole , il contratto rimanga oscuro.

Anche la funzione dell' equità ex art. 1374 c.c. è suppletiva , dal momento che è volta a colmare le lacune del regolamento convenzionale non coperte dalla legge o dagli usi. Parimenti , nel codice civile non vi è alcuna norma che richiami la di buona fede come parametro di sindacato dell' autonomia contrattuale . Dagli artt. 1336, 1375 e 1175 c.c. deriva l' obbligo di interpretare ed eseguire i contratti secondo buona fede e dall' art. 1337 c.c. l' obbligo di correttezza nello svolgimento delle trattative . D' altra parte la funzione della buona fede integrativa di cui all' art. 1374 c.c. si esplica in senso solidale al programma contrattuale stabilito dai contraenti. Si esclude , quindi , che alla buona fede possa essere attribuito un ruolo antagonistico rispetto all' autonomia privata , relegando il controllo giudiziale secondo correttezza all' ambito dell' integrazione del programma contrattuale , ove questo sia lacunoso. Una conferma dell' assunto può essere rinvenuta nella collocazione della buona fede nel sistema delle fonti del regolamento contrattuale , che vede , in posizione sovraordinata , la norma imperativa e l' ordine pubblico , a seguire , la convenzione e la buona fede in funzione integrativa e, da ultime , le norme dispositive di legge , gli usi e l' equità.

Per quanto concerne il controllo di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti , ex art. 1322 , comma 2 c.c., esso è testualmente limitato ai contratti atipici . Ma, anche ritenendo , contrariamente al dato letterale , che il vaglio di meritevolezza interessi anche i contratti tipici , la ratio dell' art. 1322 , comma 2 c.c. è quella di consentire al giudice di verificare la congruenza del programma contrattuale con i valori dell' ordinamento giuridico e della coscienza sociale e non di sindacare l' equilibrio interno del contratto.

Per questi stessi motivi non sarebbe auspicabile sostenere che l' art. 1343 (illiceità della causa) o l' art. 1346 (illiceità dell' oggetto) legittimino un sindacato generalizzato sull' equilibrio contrattuale.

Anche la disciplina della rescissione offre indicazioni concordi all' orientamento in esame . Il rimedio della rescissione dei contratti conclusi in stato di pericolo (art. 1447 c.c.) o di bisogno (art. 1448 c.c.) richiede , infatti , oltre allo squilibrio (le condizioni inique nella prima , e la lesione ultra dimidium , nella seonda), la ricorrenza di determinate circostanze o condotte inirenti alla fase della formazione . Si ritiene che tali prescrizioni non abbiano utilità laddove da altre norme o principi dell' ordinamento si possa trarre la regola dell' invalidità dei contenuti negoziali , o comunque della loro sindacabilità o modificabilità giudiziaria , in presenza di iniquità delle condizioni o di sproporzione tra le prestazioni.

Anche la disciplina del dolo incidente dà rilievo non allo squilibrio in sé , ma in quanto mediato dalla condizione soggettiva del contraente . Il dolo incidente consiste nel raggiro di chi abbia indotto un soggetto a concludere un negozio a condizioni diverse e più onerose rispetto a quelle che avrebbe liberamente voluto. In presenza , quindi , del mero dolus incidens , dato che il soggetto si sarebbe comunque determinato a stipulare il contratto , il legislatore prevede la stabilità del vincolo contrattuale ed un rimedio risarcitorio , il quale è finalizzato ad un sostanziale riequilibrio delle rispettive posizioni delle parti .

Con riferimento alla risoluzione per eccessiva onerosità ex art. 1467 c.c. , si osserva che l' espressa previsione di un rimedio allo squilibrio sopravvenuto esclude la prospettazione di un rimedio all' equilibrio originario stabilito dai contraenti che sia implicito al regime codicistico. Ed è proprio l' assetto risultante dalle pattuizioni a costituire il parametro per l' apprezzamento dei presupposti della risoluzione .Il rimedio di cui all' art. 1467 c.c. non potrebbe operare se le vicende sopravvenute fossero state previste o prevedibili dai contraenti. Parimenti la suddetta norma non è applicabile ai contratti aleatori tipici e ai contratti convenzionalmente aleatori. Il legislatore prevede la possibilità di evitare la rescissione o la risoluzione del contratto

attraverso la riconduzione ad equità del medesimo (artt. 1450 e 1467. comma 3) ; ma , secondo l' impostazione tradizionale , anche nella *reductio ad aequitatem* non vi è un intervento del giudice di verifica sull' equità dello scambio e , in generale , sull' equilibrio economico iniziale del contratto. In effetti , nell' interpretazione corrente dell' art. 1467 , comma 3 , viene in considerazione un' iniziativa del contraente che ha interesse alla conservazione del contratto e non un intervento autoritativo del giudice , il quale, invece , chiamato a pronunciarsi sull' idoneità dell' offerta di riduzione ad equità , si limita ad accertare se la proposta avanzata dal contraente si presenti idonea allo scopo.

Infine , l' art. 1349 c.c. costituisce un ulteriore indice a favore della libera rinunciabilità all' equità contrattuale da parte dei contraenti. Esso prevede , infatti , che le parti possano rimettere al mero arbitrio di un terzo la determinazione di uno o più elementi di un contratto.

In tempi più recenti l' evoluzione del pensiero giuridico e dell' assetto normativo ha portato al superamento dell' impostazione tradizionale appena riportata.

In particolare , si è confutata l' irrilevanza dell' ingiustizia contrattuale al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dal legislatore e si affermata l' esistenza , nel nostro ordinamento giuridico , di un generale principio di sindacabilità giurisdizionale dell' equilibrio economico- normativo del contratto.

Tuttavia , occorre esaminare se lo squilibrio contrattuale sia sindacabile *ex se* oppure solo laddove sia stato provocato da specifiche situazioni soggettive. In altre parole , si deve valutare se si debba dare rilievo alla c.d. *substantive justice* , con la conseguenza che, a prescindere dal fatto che visia o meno una parità di forze tra le parti , i contratti debbano essere sempre caratterizzati da un *quid minum* di equità e proporzionalità ; ovvero se sia preferibile porre al centro dell' indagine la c.d. *procedural justice* , al fine di verificare se la procedura di formazione del contratto sia stata inficiata da anomalie connesse alla posizione di debolezza di una delle parti.

Prima , però , sarebbe opportuno soffermarsi sull' analisi delle ragioni che hanno portato al superamento del dogma dell' insindacabilità dell' equilibrio contrattuale.

Il principio di solidarietà sociale enunciato dall' *art. 2 Cost.* impone , innanzitutto , di considerare l' autonomia negoziale non più un valore in sé , ma come uno strumento per il perseguimento di interessi socialmente accettabili.

Opportunamente , la dottrina ha affermato che la libertà non è tale soltanto quando è arbitraria , indiscriminata e senza limiti. La libertà in un ordinamento solidaristico deve essere regolata , conformata ai valori di fondo ai quali l' ordinamento si ispira.

Dunque , l'atto di esplicazione di autonomia privata è meritevole di tutela ove sia rispondente ad una finalità considerata apprezzabile per l' ordinamento giuridico.

In particolare , valorizzando il disposto *dell' art. 2 Cost.*, in correlazione con l' art. 1322 , comma 2 c.c. e con i criteri di correttezza e buona fede che devono informare la formazione , l' interpretazione e l' esecuzione del contratto , si è giunti a ritenere sussistente un interesse superiore dell' ordinamento giuridico all' equità contrattuale indipendentemente dalla posizione di debolezza di uno dei contraenti. A sostegno di tali asserzioni si è addotta l' inderogabilità dell' art. 1375 c.c. da parte dei privati , con conseguente prevalenza sulle pattuizioni convenzionali di valori di correttezza assunti come esterni e sovraordinati rispetto al regolamento negoziale ed implicanti potenzialità correttive da parte del giudice. Tuttavia , è stato criticamente osservato che l' inderogabilità dell' art. 1375 va intesa nel senso della nullità della pattuizione che disponga in generale la non applicabilità della clausola di buona fede al rapporto contrattuale. In altre parole sarebbe inammissibile una deroga generalizzata al principio , mentre sarebbe ammissibile derogare , in modo individualizzato , alle singole applicazioni concrete.

Dunque , intendendo l' inderogabilità della buona fede nel senso indicato , il giudice non dovrà vagliare l' equilibrio contrattuale in sé considerato ma dovrà , piuttosto estendere il proprio controllo alle circostanze e condotte che costituiscono il contesto della conclusione dell' accordo.

LA FORMAZIONE PROGRESSIVA DEL CONTRATTO E IL CONTRATTO PRELIMINARE

L' iter formativo del contratto è spesso contrassegnato dall' intervento di accordi parziali , non vincolanti , su specifici punti , spesso , peraltro contenuti in documenti scritti redatti dalle parti e nella prassi variamente denominati : *minute* , *puntuazioni* o *lettere d' intenti*.

Si è , dunque , posto in dottrina e in giurisprudenza il problema di individuare i criteri utilizzabili dall' interprete per stabilire quando il contratto possa dirsi concluso.

Un primo indirizzo dottrinale ha proposto di considerare concluso il contratto quando le parti raggiungano l' accordo sugli elementi astrattamente essenziali ed indipendentemente dalla determinazione di quelli accidentali.

Tale tesi presenta l' evidente limite di avvalersi esclusivamente del criterio della completezza contenutistica , prescindendo da un' indagine sulla volontà delle parti di vincolarsi o meno all' assetto di interessi delineato.

Le parti , infatti , possono attribuire valore decisivo ai fini del consenso anche ad elementi astrattamente accessori : si pensi al termine , alla condizione , alla rateizzazione del pagamento del prezzo . In tal caso , riservandosi di svolgere ulteriori trattative , determinano l' essenzialità in concreto di specifiche clausole.

Dunque , anche un documento contrattuale racchiudente un insieme completo di clausole e condizioni può essere ritenuto privo di valore conclusivo e vincolante , se vi sono elementi dai quali si deduca che le parti non sono decise a contrarre.

Parallelamente , può accadere , invece , che le parti abbiano inteso vincolarsi definitivamente , ma il contenuto del contratto non sia sufficientemente determinato , né aliunde determinabile . La valutazione della sufficienza del contenuto , infatti , rileva ai fini della validità del contratto ai sensi del combinato disposto degli artt.

1346 e 1418 II comma c.c. , presupponendo come già accertata la formazione dello stesso.

Un primo significativo intervento giurisprudenziale sul tema si è avuto nel 1994 da parte della Cassazione. La suprema Corte , in tale occasione, ha chiarito che al fine di stabilire il momento in cui il contratto può ritenersi concluso , è necessario ricostruire l' effettiva volontà delle parti quale manifestata nella scrittura ed interpretata secondo i criteri di cui agli artt. 1362 ss c.c.. Dunque , per sostenere la natura di semplice minuta contrattuale di un documento contenente una completa regolamentazione degli interessi , occorre che dalla scrittura stessa emerga la mancanza di una volontà negoziale attuale.

Successivamente la giurisprudenza di legittimità ha cercato di meglio definire i contorni della nozione di minuta contrattuale. Essa comprende sia i documenti contenenti intese parziali in ordine al futuro regolamento di interessi (c. punteggiatura di clausole) sia le scritture con cui le parti predispongono con completezza un accordo negoziale in funzione preparatoria del medesimo (c.d. punteggiatura completa di clausole): E' , però ricavabile una differenza a livello di regime probatorio : un documento regolante con completezza un assetto negoziale è , infatti , assistito da una presunzione semplice di avvenuto perfezionamento del contratto , superabile attraverso la dimostrazione dell' insussistenza in capo alle parti di una reale e definitiva volontà di impegnarsi. Di recente la Suprema Corte ha avuto modo di ritornare sul tema , effettuando un ' ulteriore precisazione di carattere processuale. Nella vicenda esaminata dalla pronuncia de qua la ricorrente ha sostenuto che , in presenza di una punteggiatura completa di clausole , assistita , come appena visto , da una presunzione semplice , il giudice , se non viene fornita la prova contraria , deve ritenere perfezionato il contratto , essendogli precluso desumere la prova aliunde e , dunque procedere alla diretta interpretazione dell' accordo , in quanto ciò comporterebbe sollevamento della parte dall' onere probatorio.

La Cassazione , non condividendo l' impostazione proposta dalla ricorrente , ha chiarito che al fine di accertare se le parti abbiano effettivamente inteso porre in

essere il rapporto contrattuale oppure se abbiano differito la conclusione del contratto ad una manifestazione successiva di volontà , il fulcro dell' indagine giudiziale è rappresentato dal documento , “sicchè il giudice non solo può , ma deve portare la propria valutazione su di esso , fermo restando che la parte ha la più ampia facoltà di provare con elementi extratestuali il mancato perfezionamento del contratto”.

Si osservi , infine , che le intese racchiuse in minute contrattuali o puntuaioni , pur non avendo natura vincolante , assumono , comunque , rilevanza sul piano della responsabilità precontrattuale . In altri termini , le parti , pur avendo predisposto nel corso delle trattative un regolamento negoziale completo , documentato per iscritto , sono comunque legittimate a rifiutare la stipulazione definitiva , ma un recesso ingiustificato dalle trattative espone la parte che vi ha dato causa a responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.

A volte nel corso delle trattative si inseriscono negozi preparatori con cui le parti assumono impegni o , in qualche misura obblighi in relazione ad una futura stipulazione contrattuale.

In altri termini , si tratta di limiti convenzionali all' autonomia negoziale , variamente incidenti sull' esplicazione della stessa.

Sotto il profilo funzionale , sono individuabili tre tipologie di vincoli precontrattuali.

Innanzitutto , vengono in rilievo vicoli diretti a rendere irrevocabile la proposta, privando il soggetto proponente del diritto potestativo di revocarla fino al momento in cui non venga portata a sua conoscenza l' accettazione dell' oblato. Rientrano in quest' ambito la proposta irrevocabile (art. 1329 c.c.) e l' opzione (art. 1331 c.c.).

La prima è un negozio giuridico unilaterale , la seconda è un accordo bilaterale (normalmente oneroso) da cui deriva per una delle parti il diritto potestativo alla conclusione del contratto.

Spesso , nella realtà degli affari , l' opzione si inserisce in una trama negoziale articolata , costituendo , in sostanza una clausola di un altro contratto : si pensi al

caso di un leasing in cui si preveda il patto di riscatto , ossia un ‘ opzione di acquisto a favore dell’ utilizzatore del bene , esercitabile al termine dell’ operazione.

Un’ altra categoria di negozi preparatori è rappresentata dai vincoli incidenti sulla libertà di decidere l’*an* della stipulazione : si pensi al contratto preliminare .

Infine , vi sono vincoli precontrattuali che incidono sulla libertà di scelta della controparte : si pensi al patto di prelazione . In tal caso un soggetto si obbliga nei confronti di un altro ad attribuirgli preferenza , a parità di condizioni rispetto ad altri eventuali interlocutori , nella stipulazione di un contratto , se e quando deciderà di contrarre.

In ordine al tipo di relazione partorita , è agevole osservare che mentre prelazione e preliminare danno vita ad un rapporto obbligatorio , opzione e proposta irrevocabile generano una relazione di diritto potestativo- soggezione.

Si pensi alle differenze intercorrenti tra preliminare unilaterale ed opzione . Dal preliminare unilaterale deriva in capo al soggetto vincolato l’ obbligo di prestare il consenso alla stipula del contratto definitivo. Nell’ opzione , invece , nessuno dei contraenti è obbligato alla stipulazione successiva ; il concedente , infatti , non è richiesto alcun suo comportamento perché si realizzi definitivamente la vicenda contrattuale , e senz’ altro , alla stipulazione del contratto finale.

In dottrina e giurisprudenza si è posta la questione dei rimedi esperibili dal titolare del diritto nascente da un vincolo prenegoziale , laddove la controparte , aggirando quest’ ultimo , stipuli un contratto con un terzo.

Secondo l’ orientamento tuttora prevalente , detti vincoli hanno rilevanza esclusivamente *inter partes* , con la conseguenza che il contratto stipulato con il terzo, in violazione degli stessi , è valido ed efficace , fatto salvo il diritto al risarcimento del danno della parte lesa . Trattasi quindi di vincoli ad efficacia obbligatoria e privi di effetti reali a danno di terzi.

Il maggior ostacolo all’ opponibilità di tali vincoli precontrattuali nei confronti dei terzi è rappresentato dalla non trascrivibilità degli stessi.

L'art. 2643 c.c. , infatti , indicando in modo tassativo gli atti soggetti a trascrizione non annovera tra essi i negozi giuridici preparatori . Proprio muovendo da tale presupposto , il legislatore è intervenuto nel 1996 sull' impianto codicistico con una novella , ammettendo in alcuni casi specifici la trascrivibilità del contratto preliminare. In particolare , sono ora trascrivibili ex art. 2645 bis c.c. i preliminari aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai numeri 1,2,3,4, dell' art. 2643 c.c. se risultano da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente.

Il contratto preliminare è un vincolo negoziale preparatorio , incidente sulla libertà di contrarre . Con esso una sola parte o entrambe si impegnano a stipulare un successivo contratto , il cui contenuto è stato determinato nel preliminare stesso.

Pur essendo un modulo già diffuso nella prassi , ha ricevuto l' avallo legislativo solo con il codice civile del 1942.

Nel quadro normativo vigente non è , tuttavia rinvenibile una disciplina compiuta ed organica della fattispecie in esame , essendosi il legislatore limitato a regolare in modo frastagliato alcuni aspetti della stessa.

Nell' ambito del codice civile le norme che vi fanno riferimento sono l' art. 1351 che si limita a disporre che il preliminare abbia la stessa forma del definitivo ; l' art. 2932c.c. che prevede il rimedio giudiziale dell' esecuzione in forma specifica dell' obbligo di concludere un contratto , qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo ; e l' art. 2652n.2) c.c. che prevede la trascrizione della domanda diretta ad ottenere l' esecuzione in forma specifica dell' obbligo a contrarre , con funzione prenotativi rispetto alla trascrizione della sentenza.

Il decreto legge n. 669 /1996 , convertito dalla l. n. 30 /1997 ha , poi , introdotto nell' impianto codicistico l' art. 2645 bis che contempla la trascrivibilità di alcune specifiche tipologie di contratti preliminari , tassativamente indicate ; l' art. 2775 bis che riconosce al promissorio acquirente un privilegio speciale sul bene immobile

oggetto del preliminare , nel caso di mancata esecuzione del preliminare trascritto ; e l' art 2825 bis in materia di ipoteca sul bene oggetto del contratto preliminare.

Infine , è da segnalare un recente intervento legislativo (d.lgs. n. 122/2005) concernente il preliminare di vendita avente ad oggetto immobili da costruire , ispirato dall' avvertita esigenza di tutelare il promissorio acquirente dal rischio di insolvenza del costruttore a causa del verificarsi di una delle situazioni di crisi normativamente predeterminate.

Il tema della natura giuridica del contratto preliminare , nel corso degli anni , è stato oggetto di varie elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali.

Secondo l' impostazione tradizionale , il contratto preliminare è un negozio meramente preparatorio , da cui deriva solo un obbligo di fare , ovverosia l'obbligo di prestare il consenso alla stipula del contratto definitivo. E' , quindi, una mera promessa di consensi con la quale le parti si impegnano ad un mero fare , dato dalla prestazione del consenso alla stipula del definitivo e non ad un dare , concretatesi nel trasferimento della proprietà del bene promesso in vendita .

Di conseguenza , il programma delle prestazioni finali permea la causa del definitivo ed è , viceversa, totalmente estraneo alla causa del preliminare.

Alla magrezza contenutistica degli obblighi da quest' ultimo discendenti corrisponde, poi , un' estrema penuria di rimedi contrattuali azionabili direttamente verso il preliminare.

Si afferma , generalmente , da parte dei sostenitori della tesi in esame che gli unici strumenti di tutela esperibili nelle more tra preliminare e definitivo sono : L' azione di nullità per difetto di forma ad substantiam ; l' azione di annullamento per incapacità o vizi del consenso ; e , infine , la risoluzione per impossibilità sopravvenuta.

Relativamente a quest' ultima è , però , doveroso precisare che , in tale contesto , essa è ammissibile , solo qualora per morte o incapacità sopravvenuta di una delle parti diviene impossibile la prestazione del consenso.

A ciò si aggiunga che le suddette domande giudiziali vanno incontro ad una preclusione coincidente con il momento in cui interviene la stipula del definitivo , in quanto , secondo la tesi in esame , è con essa che il preliminare esaurisce la sua funzione.

Gli altri rimedi (ad esempio la nullità per illiceità dell' oggetto o della causa ;la rescissione e la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta) essendo inerenti programma contrattuale finale , saranno , invece , praticabili solo nei confronti del definitivo.

Similmente non sono applicabili al preliminare , ove venga in rilievo un problema di inadempimento dell' obbligo relativo alla prestazione finale , l' art. 1460 e l' art. 1461 c.c.

Per le stesse ragioni non sono esperibili nei confronti del preliminare , pur sussistendone già i presupposti , le azioni di garanzia per i vizi del bene compravenduto (e cioè , l' *actio redibitoria* e l' *actio quanti minoris*).

Dunque, il promissario acquirente , sarà , comunque , tenuto a stipulare il contratto definitivo , anche laddove , nelle more , si avveda che il bene promesso è viziato e pertanto funzionalmente inidoneo a soddisfare gli interessi perseguiti.

Quanto ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale generica , seguendo tale impostazione , è revocabile ex art. 2901 c.c. solo il contratto definitivo , in quanto quello preliminare , non essendo un atto dispositivo , non pregiudica le ragioni dei creditori.

Per quanto concerne l' azione surrogatoria ex art. 2900 c.c. , simmetricamente , essa non è esperibile dai creditori della parte non adempiente , al fine di ottenere la stipula del definitivo , in quanto quest' ultimo lungi dall' essere un mero atto solutorio , è espressione di autonomia negoziale , il cui esercizio è esclusivamente rimesso alle parti.

Infine , la tesi ora esposta comporta un ulteriore corollario , e cioè la incontrastata prevalenza del definitivo , ogniqualvolta contenga clausole difformi rispetto a quelle previste nel preliminare , oppure non riproduca clausole da esso programmate.

A tale orientamento sono state , nel tempo , mosse alcune obiezioni.

In primo luogo , si è invocato il principio di economia dei mezzi giuridici , in virtù del quale sarebbe preferibile consentire alle parti di esperire , già nei confronti del preliminare , i rimedi inerenti le prestazioni finali , piuttosto che obbligare le stesse a stipulare un definitivo *ictu oculi* inidoneo a soddisfare gli interessi sottesi all'operazione negoziale.

In secondo luogo , il principio di buona fede non più solo un criterio di valutazione delle condotte , ma anche uno strumento di integrazione del contratto , in virtù del quale ciascun contraente , nei limiti di un sacrificio non eccessivo . Alla luce di tale considerazione è , dunque , evidente che le parti del contratto preliminare sono comunque , *ex bona fide* obbligate a comportarsi in modo tale da assicurare l' utilità della stipula del definitivo.

Infine , tale impostazione rischia di dare adito ad una indebita distinzione tra preliminare semplice e preliminare ad esecuzione anticipata , essendo inconcepibile che quest' ultimo , ove obblighi all' esecuzione pressoché integrale delle prestazioni finali , pur in assenza della produzione dell' effetto traslativo , abbia una causa meramente preparatoria alla quale debbano reputarsi estranee le prestazioni finali di cui si impone l' anticipata esecuzione . Ed allora , essendo il preliminare una categoria unitaria si impone il riconoscimento generale dell' inerenza alla causa dello stesso programma contrattuale delle prestazioni finali.

E tanto , a maggior ragione , alla luce della teoria della *causa in concreto* che determinando una traslazione del concetto di causa dall' empirico della volontà legale astratta al terreno dell' assetto di interessi concretamente perseguito , evidenzia la centralità del programma prestazionale finale , costituente la funzione economico-individuale del contratto preliminare.

Nel 1985 una storica pronuncia delle Sezioni Unite (25 Febbraio 1985 , n. 1720) ha inaugurato un nuovo orientamento sul tema della natura giuridica del preliminare , facendolo *assurgere da una promessa di consensi a promessa di prestazioni ; ossia da promessa avente ad oggetto il mero facere dato dalla stipula del definitivo a*

promessa avente come oggetto finale un dare dato dal trasferimento della proprietà. Non più , dunque , mero pactum de contrahendo , ma anche , per non dire principalmente , pactum de dando.

Tale impostazione , tuttora prevalente in dottrina e giurisprudenza , assestandosi lungo una linea interpretativa mediana , implementa il contenuto del preliminare senza svilire l' essenza negoziale del definitivo.

Dunque , preliminare e definitivo hanno entrambi natura contrattuale e , almeno in parte , sono sorretti da una medesima causa , ossia la realizzazione complessiva del programma concernente le prestazioni finali.

Il contratto definitivo , a sua volta , è assistito , di norma , da un concorso di cause , e cioè presenta una causa propria , connessa alla funzione assolta dal preliminare quale strumento di controllo delle sopravvenienze , ed una funzione solutoria , che si concreta nell' esecuzione dell' obbligo assunto in sede di preliminare .Segnatamente , la funzione di controllo delle sopravvenienze assolta dal preliminare rende plasticamente conto di come il definitivo non è mai mero adempimento burocratico di un obbligo , ma atto negoziale con causa propria mercè il quale le parti , valutate le sopravvenienze , verificano che le stesse non incidono sul perseguimento del programma finale ovvero incidono in guisa da esigere una modifica della pattuizione iniziale al fine di sincronizzarla con gli accertamenti sopraggiunti. *In entrambi i casi le parti rinnovano il consenso , confermando e modificando la stipulazione ; e tanto con una scelta che è pura espressione di autonomia privata , come tale di spessore schiettamente negoziale.*

Si è , infatti , chiarito che il preliminare di vendita è fonte per il promettente alienante di un' obbligazione , primaria , di dare , e cioè di far acquistare al promissorio acquirente la proprietà del bene promesso ; e di un' obbligazione , secondaria , di facere strumentale all' adempimento del precedente , consistente nell' acconsentire alla conclusione del definitivo.

E' interessante notare che anche in passato le prime significative aperture alla tesi in esame , si sono registrate in sentenze riguardanti preliminari di vendita di cosa altrui.

E' , infatti , proprio in tale ambito che la lettura del preliminare quale pactum de contraendo mostra in modo più evidente i suoi limiti , in quanto una pedissequa applicazione della stessa condurrebbe alla conclusione che il preliminare di vendita di cosa altrui obbliga i contraenti alla successiva stipula di una vendita di cosa altrui. La cassazione ha , invece affermato , con crescente fermezza , che dal preliminare di vendita di bene altrui deriva in capo al promettente alienante non un mero obbligo di contrahere , ma un obbligo di dare , e cioè di procurare al promissorio acquirente l' acquisto della proprietà della cosa.

Occorre , infine , dar conto seppur sinteticamente di un minoritario *orientamento dottrinale il quale giunge ad identificare il preliminare di vendita con una vera e propria vendita obbligatoria definitiva* , con cui , , da un lato il promissorio acquirente si obbliga definitivamente al pagamento del prezzo , e dall' altro , il promettente venditore si vincola in modo definitivo a trasferire la proprietà del bene oggetto del contratto. La produzione dell' effetto traslativo sarebbe , invece differita al compimento da parte del promettente venditore di un successivo atto meramente solutorio. Tale tesi , riecheggiando il modello tedesco – che , dando la stura alla nota scissione tra *titulus e modus acquirendi* , attribuisce efficacia traslativa ad un atto astratto solutorio rispetto ad un contratto definitivo ad efficacia reale meramente obbligatoria *eleva il preliminare contratto definitivo ad efficacia reale differita e degrada il definitivo ad atto , dalla negoziabilità dubbia o pallida , meramente adempitivi dell' obbligo assunto con la stipulazione a mente , e quindi privo di una causa propria.*

E evidente che la maggior parte dei rimedi contrattuali (nullità per illiceità dell' oggetto o della causa , rescissione , risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta o per impossibilità sopravvenuta) saranno esperibili solo nei confronti del preliminare.

Saranno deducibili verso il definitivo solo la nullità per difetto della forma ad substantiam , atteso il chiaro disposto dell' art. 1351 c.c., e, per quanti riconoscono al

definitivo , quanto meno natura negoziale , l' azione di annullamento per incapacità e vizi del consenso.

IL DANNO DA LESIONE DELLA RISERVATEZZA.

Il I comma dell' art. 15 del codice privacy dispone : Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento dei dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell' art. 2050 c.c. “

Il richiamo contenuto nella norma ha posto non pochi problemi interpretativi.

Si è in particolar modo discusso se l' attività di chi tratta dati personali sia disciplinata ai sensi del 2050 c.c. perché intrinsecamente pericolosa , oppure se il richiamo investe unicamente l' applicabilità , ad un' attività non necessariamente pericolosa del regime giuridico in tema di prova , dettato con riferimento ad una fattispecie astrattamente diversa.

Risulta necessario , a tal fine , chiarire il significato attribuibile alla formula legislativa impiegata nell' art. 2050 c.c., con particolare riferimento alle caratteristiche della pericolosità dell' attività che consentono l' applicabilità della relativa disciplina.

Parte della dottrina , favorevole alla qualificazione in termini di pericolosità dell' attività di trattamento dei dati personali , muove dalla considerazione del rischio tipico di danni conseguenti all' esplicazione di detta attività.

Tale orientamento muove non solo dall' art. 15 della Legge n. 675 /1996 , che disciplina le misure di sicurezza adottate per evitare rischi di trattamento non consentito o non conforme alle finalità della raccolta , ma anche dall' enunciazione di principio contenuta nell' art. 1 , comma 1 , della legge n. 675 /1996 , ove era esplicitato lo scopo perseguito dalla legge: il trattamento dei dati personali deve svolgersi nel rispetto dei diritti , delle libertà fondamentali , nonché della dignità delle persone fisiche , con particolare riferimento alla riservatezza e all' identità personale ,

garantendosi altresì i diritti delle persone giuridiche e di ogni altro ente o associazione .

Dalle definizione delle finalità della legge del 1996 (ma analoghe considerazioni potrebbero valere anche per il codice della privacy) è stato argomentato che il rischio tipico dell' attività di trattamento dei dati è quello di ledere situazioni giuridiche particolarmente qualificate dell' interessato , individuabili essenzialmente nei diritti all' identità personale ed alla riservatezza ; talchè l' attività medesima può essere considerata pericolosa per sua natura , avuto riguardo alla natura dei diritti fondamentali dell' interessato che è in grado di ledere.

La disciplina introdotta dal legislatore circa la pericolosità di questa attività costituisce una presunzione legale di pericolosità , in parziale difformità con il principio per cui le attività pericolose non sono valutabili in astratto , ma per le caratteristiche concrete con le quali vengono esercitate.

L' attività di trattamento dei dati personali , dunque , è considerata pericolosa dalla legge : con l' orientamento fatto proprio dal legislatore la nozione di pericolosità è conseguenza dell' oggetto giuridico tutelato.

Si tratta di diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost.) , che di riflesso , qualificano le attività come pericolose anche quando ledono beni fondamentali della persona diversi da quelli tradizionalmente individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale , come la salute.

Secondo questa interpretazione non sarebbe persuasivo l' argomento contrario , secondo cui , data l' ampiezza della nozione di trattamento , si finirebbe per qualificare come pericolose anche le attività di trattamento meramente manuale , nonché quelle realizzate per soli fini personali . Si obietta , a tal fine , che la qualificazione legislativa di pericolosità dell' attività di trattamento dei dati personali sarebbe data in ragione dell' assoluta preponderanza statistica delle attività di trattamento automatizzate, connotate , per caratteristiche proprie , da una maggiore dannosità.

La dottrina in esame , inoltre , evidenzia come la tecnica legislativa adoperata di mostri la persistente vitalità delle disposizioni del codice civile , ingenerando una interazione tra regole codicistiche e disciplina speciale.

Altra parte della dottrina , invece , ha escluso che l' attività di trattamento dei dati personali oggetto di disciplina dell' art. 15 del d.lgs n. 196 / 2003 possa essere qualificata come pericolosa : ciò in considerazione dell' ampia formulazione della norma e del significato dei concetti di trattamento e di dato personale , secondo le definizioni fornite dall' art. 4 , comma 1 , lett.a) e b) , d.lgs n. 196 /2003.

Si sostiene , in particolare , che il trattamento dei dati personali non sarebbe attività pericolosa perché va operata la necessaria distinzione tra attività intrinsecamente pericolosa e semplice condotta pericolosa , intesa come attività non pericolosa in sé , ma la cui pericolosità insorga per errori o colpe nell' uso dei mezzi adoperati.

Secondo detta ricostruzione , le caratteristiche della fattispecie individuata dall' art. 15 , d.lgs. n. 196 / 2003 corrispondono in molti casi ad ipotesi di attività intrinsecamente innocue , seppure concretamente idonee a provocare dei danni , ma essenzialmente per effetto della condotta non diligente di chi compie il trattamento : non ricorre , pertanto , la figura di attività pericolosa delineata dall' art. 2050 c.c..

Autorevole dottrina interpreta il riferimento all' art. 2050 c.c. come un mero richiamo dell' effetto giuridico , della regola di responsabilità espressa dalla norma , poiché il richiamo prescinderebbe dalla qualificazione in termini di pericolosità dell' attività di trattamento . In tale prospettiva , il rinvio all' art. 2050 c.c. vale a determinare l' applicazione delle regole di inversione dell' onere della prova e di limitazione della prova , che si risolvono , sostanzialmente , nella imposizione al danneggiante di una responsabilità di tipo oggettivo.

Questa opinione della dottrina sottolinea l' inopportunità della formulazione legislativa adottata , ritenendo che , ove pur si condivida l' opzione del legislatore di dettare un regime di responsabilità aggravato tipico delle attività pericolose , sarebbe

stato preferibile esplicitare nell' art. 18 esclusivamente il criterio di imputazione e di onere probatorio.

Con il rinvio all' art. 2050 c.c. il legislatore avrebbe in tal modo reputato che unico modello di inversione dell' onere probatorio presente nel nostro ordinamento sarebbe quello dell' art. 2050 c.c.

Sia che il legislatore abbia considerato pericolose le attività in parola , sia che abbia deciso solo di equipararle , sul piano probatorio , ad esse , fatto sta che per ogni danno derivante dalla violazione delle norme di cui alla legislazione in parola , deriverà un danno risarcibile con un meccanismo di responsabilità oggettiva , che *non solo solleva il danneggiato dalla prova della colpa dell' agente , ma restringe al solo caso fortuito la prova liberatoria a carico del presunto danneggiante.*¹

¹ Relazione Prat.Av. Maria Teresa Corrado