

2. *i creditori del simulato acquirente* che avranno un interesse opposto ai primi in quanto vorranno far considerare efficace l'atto di acquisto del loro debitore in modo da essere più garantiti. Potrebbe accadere, infatti, che entrambe le categorie di creditori intendano soddisfarsi sul bene oggetto del contratto simulato. Chi prevarrà? È intuitivo che prevarranno i creditori del simulato alienante in quanto deve prevalere la realtà sulla finzione (il bene non è mai uscito dal patrimonio del loro debitore) ma quando il loro credito è sorto dopo la finta alienazione prevarranno i creditori del simulato acquirente. Riassumiamo le nostre conclusioni:

- *Se il credito è sorto prima del contratto simulato*: i creditori chirografari del simulato alienante prevarranno sui creditori chirografari del simulato acquirente; in tal caso la realtà prevale sulla finzione;
- *Se il credito è sorto dopo il contratto simulato*: prevarranno i creditori chirografari del simulato acquirente sui creditori chirografari del simulato alienante perché questi ultimi hanno fatto affidamento sul patrimonio del loro debitore che, al momento della nascita del credito, appariva privo del bene oggetto del contratto simulato.

Come si vede la situazione che abbiamo descritto fa riferimento ai creditori "chirografari" che sono quelli che non sono garantiti da pegno o ipoteca; di conseguenza l'esistenza di tali diritti di garanzia salvaguarderà la posizione dei creditori titolari di tali diritti indipendentemente dal momento in cui è sorto il loro credito. Chiudiamo l'argomento accennando al problema dei mezzi di prova che possono essere proposti per provare l'avvenuta simulazione; distinguiamo, infatti, tra:

- *Simulazione fatta valere dalle parti*: potranno far valere la simulazione solo con atto scritto che di solito s'identifica con la controdedichiarazione o ricorrendo al giuramento; non potranno valersi di testimoni a meno che non si voglia provare l'illiceità del contratto dissimulato;
- *Simulazione fatta valere dai terzi o dai creditori*: potranno far valere la simulazione con qualsiasi mezzo di prova.

8) Il negozio indiretto e il negozio fiduciario

- *Nozione: il negozio è indiretto quando, attraverso la combinazione di diversi atti, si giunge a un risultato diverso rispetto a quello tipico dei singoli atti utilizzati, risultato che è il vero scopo che vogliono raggiungere le parti con il negozio indiretto.*

Si pensi al caso di chi volendo alienare un bene, ma evitare di usare lo strumento del contratto di compravendita, conferisce un mandato irrevocabile ad amministrare il bene. Il negozio indiretto può essere usato per perseguire scopi illeciti; in questa ipotesi abbiamo una combinazione di atti che presi singolarmente sono leciti, ma combinati tra di loro producono un risultato vietato.

Tradizionalmente si distinguono due tipi di negozio fiduciario:

a) fiducia cum amico: si trasferisce il bene a un altro soggetto con l'accordo, però, di far godere il bene ad altri.

b) fiducia cum creditore: si trasferisce il bene al proprio creditore con l'accordo che estinta l'obbligazione, il creditore dovrà ritrasferire il bene al suo ex debitore.

Quest'ultimo tipo di negozio può però essere considerato nullo se l'intenzione delle parti è stata quella di violare il divieto del patto commissorio ex art. 2744 c.c.

9) I vizi della volontà

- *Nozione: sono elementi perturbatori della volontà che agiscono in maniera tale da formare una volontà diversa da quella che si sarebbe formata nel caso in cui non avessero agito.*

Occupiamoci dei singoli vizi della volontà, errore, violenza e dolo.

10. Errore

Nell'indicare questo tipo di errore si fa riferimento, in realtà, a due ipotesi, l'errore ostativo e l'errore vizio, ma solo quest'ultimo è un vero e proprio vizio della volontà, poiché con l'errore ostativo si verifica un caso di mancanza di volontà. Occupiamoci, in primo luogo, proprio dell'errore ostativo.

10.a) Errore ostativo

- *Nozione (art. 1433 c.c.): è l'errore che cade sulla dichiarazione e non sulla volontà; ad esso è equiparata l'ipotesi in cui la dichiarazione è stata inesattamente trasmessa dalla persona o dall'ufficio che ne era stato incaricato.*

Come si vede l'errore ostativo può verificarsi in due casi:

1. L'errore sulla dichiarazione; per es. dico 10 mentre volevo dire 100;
2. L'errore sulla trasmissione; per es. incarico una persona di dire 10 ed invece dice 100, oppure l'addetto ai telegrammi invece di digitare 10 digita 100.

Questo errore è nella struttura profondamente diverso dall'errore-vizio della volontà. Qui, infatti, non c'è proprio la volontà di emettere quella dichiarazione, mentre nell'errore vizio si vuole proprio quello che si dichiara, non c'è divergenza tra volontà e dichiarazione, solo che la volontà non si è correttamente formata. È quindi chiara la differenza tra l'ipotesi di errore ostativo (dico 10 ma volevo dire 100) e di errore vizio (dico di voler comprare un anello credendolo d'oro mentre è d'ottone).

La conseguenza del negozio viziato da errore ostativo dovrebbe essere la nullità per mancanza di volontà, ma il codice l'ha equiparato all'errore vizio stabilendo in entrambi i casi l'annullabilità del negozio, e sempre che l'errore ostativo sia essenziale e riconoscibile dall'altro contraente.

10.b) Errore vizio

- *Nozione: consiste in una falsa rappresentazione della realtà che concorre a determinare la volontà di un soggetto; ad esso è parificata l'ignoranza.*

Questo è il vero errore vizio della volontà consistente in una falsa rappresentazione della realtà;

L'errore vizio si distingue in:

- 1) errore di fatto: quando cade su una circostanza materiale del negozio (casi 1,2,3 dell'articolo 1429 c.c.);
- 2) errore di diritto: consiste nell'ignoranza o falsa conoscenza circa l'esistenza o l'interpretazione di una norma di legge.

L'errore per essere causa d'invalidità, debba avere due caratteristiche ben precise: *deve essere essenziale e riconoscibile. Vediamo quando l'errore è essenziale:*

- quando cade sulla natura o sull'oggetto del contratto;
- quando cade sull'identità dell'oggetto della prestazione ovvero sopra una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso;
- quando cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso;
- quando, trattandosi di errore di diritto, è stata la ragione unica o principale del contratto.

Le ipotesi riportate devono essere ulteriormente specificate.

Esempio di errore sulla *natura del contratto*: credo di dare in comodato mentre il contratto è di locazione.

Esempio di errore *sull'oggetto del contratto*: credo di acquistare vino mentre ho acquistato aceto. L'errore che cade *sull'identità dell'oggetto* non è dissimile da quella relativa all'errore sull'oggetto di cui abbiamo parlato prima. Possiamo pensare, ad esempio, all'errore relativo a un fondo rustico. Invece di acquistare il fondo di Tizio acquisto quello di Caio. L'errore che cade sulla *qualità dell'oggetto* si differenzia da quello dell'errore sull'oggetto di cui abbiamo detto prima.

Qui, infatti, non si confonde un oggetto con un altro, ma il consenso cade proprio sull'oggetto voluto, solo che ci si aspettava che quest'oggetto avesse delle qualità che, in realtà, non possiede. Pensiamo all'ipotesi che mi decida ad acquistare un televisore che permetta il collegamento satellitare, caratteristica che in realtà manca.

Opportunamente la legge dispone che per la rilevanza di tale errore è anche necessario che la qualità da me richiesta sia in genere determinante del consenso oppure rilevante per le circostanze in cui si è svolto il contratto. Non è rilevante, invece, l'errore sul valore.

Per l'errore che cade *sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente*, il riferimento è per i contratti intuitus personae, quei negozi, cioè, dove è determinante la persona dell'altro contraente, come il mandato; ma il riferimento è anche ad altri negozi giuridici dove l'identità o le qualità della persona sono essenziali; pensiamo ai negozi di diritto familiare, come il riconoscimento dei figli o il matrimonio.

Non è essenziale l'errore sui motivi come nel caso di chi acquista un appartamento in una città credendo di dovervi lavorare mentre ottiene il lavoro in un altro luogo. In certi casi, tuttavia, l'errore sui motivi è determinante, come nella donazione (art. 787 c.c.) e nel testamento (art. 624 c.c.) e ciò per la particolare natura di questi negozi.

Per ottenere l'annullamento di un contratto l'errore deve essere non solo essenziale, *ma anche riconoscibile* e questa ipotesi si verifica quando: *in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo* (art. 1431 c.c.). Come si vede il codice civile sposa la teoria dell'affidamento per definire l'elemento della riconoscibilità di cui abbiamo già parlato in occasione della volontà nel

negozio giuridico.

Nel caso di errore di entrambi i contraenti sulla stessa circostanza, però, si ritiene non necessario considerare il requisito della riconoscibilità (e quindi tutelare l'affidamento) bastando il solo requisito della essenzialità.

Abbiamo visto che conseguenza dell'errore sarà l'annullabilità del negozio; tuttavia la parte non in errore può offrire di eseguire il negozio in maniera conforme alle modalità ed al contenuto che la parte caduta in errore avrebbe voluto se non fosse caduta nell'errore (art. 1432 c.c.).

Il potere della parte non in errore di rettificare il contratto si atteggia come un vero e proprio diritto potestativo che può essere azionato prima che all'altra parte ne sia derivato un pregiudizio. La rettifica, di cui stiamo parlando, potrà essere utilizzata dalla parte non in errore sia nei casi di errore ostativo che in quelli di errore vizio.

Concludiamo il discorso ricordando l'errore di calcolo di cui all'art. 1430 c.c.

Questo non è un errore che porta all'annullabilità del negozio ma solo a rettifica. Vi è errore di calcolo, ad esempio, quando nel calcolare il peso complessivo della merce acquistata, per un'errata operazione aritmetica, risulta un peso superiore o inferiore a quello reale (10 kg al posto di 100). In questo caso una semplice rettifica servirà a rimediare allo sbaglio, ma se l'errore di calcolo provoca un errore sulla quantità (credevo di comprare a causa del mio errore di calcolo 100 kg di merce mentre ne ho acquistati 1.000 kg) il contratto sarà annullabile se l'errore era riconoscibile dall'altro contraente.

11. Violenza

- *Nozione: consiste nella minaccia di un male ingiusto e notevole volta ad ottenere una dichiarazione negoziale dal minacciato.*

La violenza di cui parliamo è una forma di coazione della volontà che menoma la libertà di determinazione; è causa di annullabilità del negozio, sia che provenga dall'altra parte del negozio sia che provenga da un terzo.

Esistendo una volontà, per quanto viziata dalla minaccia, si spiega l'annullabilità e non la nullità che si ha quando manca la volontà.

Abbiamo quindi:

- *Violenza morale:* consiste in una minaccia e provoca l'annullabilità del negozio;
- *Violenza fisica:* consiste in una coazione fisica del dichiarante e provoca la nullità del negozio.

Il male minacciato deve essere ingiusto e notevole (art. 1435 c.c.).

- *Male ingiusto:* il male minacciato deve essere contrario a norme di legge; non sarebbe tale la minaccia di far fallire un imprenditore che non onora i suoi debiti. Ma se attraverso la minaccia di fallimento si vuole ottenere un vantaggio ingiusto, questa sarà causa di annullabilità, come nel caso in cui si voglia ottenere dall'imprenditore il consenso ad un matrimonio attraverso la minaccia di fallimento (art. 1438 c.c.);
- *Male notevole:* la minaccia deve essere vera o comunque apparire seria in modo da far impressione su di una persona normale; la valutazione sulla serietà della minaccia, però, non sarà solo oggettiva, ma anche soggettiva essendo necessario valutare anche le condizioni personali di chi la riceve.

Come abbiamo già accennato la violenza è causa di annullabilità pure se proveniente da un terzo ed anche nel caso in cui la controparte ne fosse all'oscuro. Vediamo, però, se è vero l'opposto, se cioè la minaccia rivolta ad un terzo è anch'essa causa di annullabilità. Ci risponde l'art. 1436 c.c. che distingue due categorie di terzi:

- *Persona o beni del coniuge del contraente o di un discendente o ascendente di lui:* il negozio è annullabile;
- *Male rivolto ad altre persone:* l'annullamento è rimesso alla prudente valutazione delle circostanze da parte del giudice.

Non è causa di annullamento, invece, il timore reverenziale, quel particolare timore, cioè, che una persona incute ad un'altra a causa della sua posizione sociale, di potere, personale etc. Si ritiene, tuttavia, che se tale timore è consapevolmente sfruttato per svolgere un'attività intimidatoria per la conclusione di un contratto, questo sarà annullabile in quanto concluso ricorrendo a violenza.

12. Dolo

- *Nozione: consiste in quel comportamento ingannatorio che si sostanzia in artifici e raggiri grazie ai quali un soggetto cade in errore nel compimento di un negozio.*

Come si vede con il termine dolo si individua uno specifico comportamento volto ad ingannare, a far cadere in errore. L'articolo 1439 c.c. pur senza definire il dolo, fa intendere in che cosa esso consista riferendosi specificamente ai raggiri, che possiamo intendere come ogni subdolo avvolgimento della psiche, magari compiuto solo con le parole, ma anche con l'aiuto di artifici, producendo, ad esempio, falsi documenti.

Il dolo, o meglio il comportamento doloso, può provenire sia dall'altra parte contraente sia da un terzo; in questi casi: a) se proveniente da una parte: il contratto sarà annullabile; b) se proveniente da un terzo: vi sarà annullabilità solo se i raggiri erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio.

Per aversi dolo è necessario che tra il comportamento doloso e l'errore in cui cade il *deceptus* vi sia un nesso di causalità, ma per ottenere l'annullamento del negozio non è necessario dimostrare che l'errore in cui si è caduti sia anche essenziale e riconoscibile; basta, infatti, dimostrare che il comportamento ingannatorio abbia provocato un errore, anche sui semplici motivi. Il codice civile distingue due tipi di dolo:

- *Dolo determinante:* quando senza il comportamento doloso la parte ingannata non avrebbe compiuto il negozio.
- *Dolo incidente:* quando la parte ingannata avrebbe comunque compiuto il negozio anche senza il comportamento doloso, ma, in mancanza di questo, l'avrebbe concluso a condizioni più favorevoli.

Nel caso del dolo determinante la parte ingannata potrà senz'altro chiedere l'annullamento del negozio ed il risarcimento del danno, mentre nel caso di dolo incidente il contratto è valido, ma la parte in mala fede risponde comunque dei danni. Si discute se anche un semplice comportamento omissivo possa dar luogo a dolo, quando, ad esempio, ci si accorga dell'errore in cui è caduta l'altra parte e non si faccia nulla per avvertirla (dolo negativo); si ritiene che in questi casi il contratto sia annullabile solo se incombe sulla parte non in errore uno specifico dovere d'informazione.

13. Forma del negozio giuridico

- *Nozione: è la veste esteriore del negozio giuridico attraverso, il mezzo attraverso cui la volontà negoziale si manifesta all'esterno.*

Nel nostro ordinamento *vige il principio della libertà delle forme.*

In conseguenza di ciò un negozio potrà nascere validamente con una forma puramente orale, oppure attraverso dei gesti, come di solito avviene durante le aste, o, ancora, attraverso fatti concludenti, cioè attraverso comportamenti che fanno intendere in modo univoco la volontà di porre in essere negozio giuridico come nel caso dell'erede che accetta tacitamente l'eredità (articolo 476 c.c.).

La manifestazione di volontà, e quindi la forma può essere *espressa e tacita.*

La differenza sta nel fatto che nel primo caso c'è un comportamento diretto a far conoscere la propria volontà, mentre nel secondo caso la volontà si presume in base a comportamenti (univoci) del soggetto, incompatibili con una volontà diversa.

Vi sono, poi, *i negozi di attuazione*, dove la volontà si manifesta con la stessa realizzazione dello scopo, ad esempio impossessamento della cosa abbandonata nel caso di occupazione.

Abbiamo già visto che in alcuni casi la legge richiede una determinata forma per la validità del negozio giuridico.

L'articolo 1350 c.c. elenca i casi in cui la forma scritta è richiesta per i contratti (ma anche più generale per i negozi giuridici) a pena di nullità; ricordiamo, ad esempio, che i negozi riguardanti i beni immobili richiedono la forma scritta a pena di nullità.

Si parla in questi casi di negozi " solenni " e ritroviamo tali tipi di negozi in diverse norme del codice e di leggi speciali.

Ricordiamo, ad esempio, le norme riguardanti i contratti di locazione di beni immobili che richiedono necessariamente la forma scritta, oppure l'atto pubblico richiesto a pena di nullità per il contratto di donazione. *In tutti questi casi si parla di forma necessaria per la validità del negozio giuridico, cioè di forma ad substantiam.*

Quando è richiesta la forma ad substantiam non è possibile usare una forma diversa e neppure è possibile sanare il negozio attraverso la sua esecuzione o attraverso atti ricognitivi. Si è soliti discorrere, oltre che di forma ad substantiam, anche di forma ad probationem; i due concetti però non devono essere confusi.

La forma ad substantiam è richiesta per l'esistenza stessa del negozio, mentre *la forma ad probationem* è richiesta solo per provare l'esistenza del negozio, come nel caso di trasferimento di azienda.

14. Causa del negozio giuridico

Della causa si possono fornire due definizioni, secondo le teorie più seguite, la causa come scopo economico sociale, e la causa concreta.

- *Nozione: la causa è lo scopo, rilevante dal punto di vista sociale e/o economico, che s'intende conseguire attraverso il negozio giuridico.*

Secondo l'altra teoria, della causa concreta:

- *Nozione: la causa rappresenta gli scopi concreti che le parti attraverso il contratto intendono soddisfare.*

Esistono alcuni negozi che sono previsti e regolati dalla legge, come la compravendita, dove la valutazione circa la meritevolezza della causa è stata già compiuta dal legislatore, mentre in altri casi saranno gli stessi privati che creeranno nuove forme di negozi (come il leasing) dove sarà necessario verificare l'utilità economica e sociale della causa. Abbiamo quindi:

- *Negozi tipici:* sono quelli previsti dalla legge per questi è inutile verificare l'utilità della causa;
- *Negozi atipici:* non previsti dalla legge, per la loro validità sarà necessario verificare l'utilità della causa.

14.a) Causa illecita

- *Articolo 1343 c. c. la causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.*

Vediamo quando la causa è illecita:

- *Causa contraria a norme imperative:* sono tutte quelle norme che vietano determinati comportamenti che, se tenuti, comportano la nullità del negozio giuridico;
- *Causa contraria all'ordine pubblico:* ci riferiamo in questo caso all'ordine pubblico interno per distinguerlo dall'ordine pubblico internazionale. Nel nostro caso il contrasto con l'ordine pubblico non avviene da atti provenienti dall'esterno dello Stato, ma da atti che provengono dall'interno dello Stato, come i negozi giuridici. La causa è illecita per contrarietà all'ordine pubblico (interno) quando contrasta non solo con norme di legge che esprimono i principi fondamentali della nostra comunità sociale, ma anche quando contrasta con quei principi, anche di natura economica, non necessariamente espressi in norme di legge ;
- *Causa contraria al buon costume:* si tratta di negozi che contrastano con il senso morale della comunità in un determinato momento storico sociale. A guardare bene il concetto buon costume rientra in quello dell'ordine pubblico, ma se differenzia perché riguarda strettamente i principi di ordine morale; vi rientrano certamente tutti quegli atti contrari alla morale sessuale, ma anche atti in genere contrari alla morale come ad esempio il caso di chi si obbligasse a ubriacarsi.

La conseguenza dell'illiceità della causa sarà la nullità del negozio giuridico (articolo 1418 c.c.), ma un'importante differenza v'è quando la causa sia illecita per contrarietà al buon costume; in questo caso, infatti, l'articolo 2035 c. c. stabilisce che non è possibile farsi restituire quanto si è dato per una prestazione illecita.

Riassumiamo ora i casi in cui l'illiceità comporta la nullità del negozio giuridico:

- 1) illiceità della causa;
- 2) illiceità del motivo comune;
- 3) illiceità della condizione;
- 4) illiceità dell'oggetto del negozio.

14.b) Il negozio in frode alla legge

- *Nozione: è il negozio posto in essere per eludere un divieto posto da una norma imperativa.*

Abbiamo già accennato parlando della simulazione del negozio indiretto e del negozio in frode alla legge; secondo l'articolo 1344 c.c. quando il negozio è posto in essere per eludere l'applicazione di una norma imperativa *si considera nullo per illiceità della causa.*

Ma viene chidersi come sia possibile che un negozio, che evidentemente si presuppone valido, possa di per sé eludere una norma di legge. La risposta la troviamo nel fatto che il risultato vietato non si raggiunge semplicemente ponendo in essere il negozio, ma, di solito, attraverso una serie di negozi che, combinati tra loro, producono un risultato equivalente