

infra), caratterizzato per l'elemento peculiare dell'eccedenza del mezzo utilizzato rispetto allo scopo perseguito.

13. Negozio in frode alla legge.

Si ha frode alla legge quando le parti utilizzano un determinato **contratto**, in sé **lecito**, **per realizzare un risultato vietato** attraverso la combinazione di tale contratto con altri atti giuridici.

Con il negozio in frode alla legge si attua un'operazione economica complessa, caratterizzata dal modo con cui vengono collegati i negozi, ovvero dal modo con cui le parti costruiscono il regolamento contrattuale sul piano del contenuto.

L'**art. 1344 c.c.** utilizza l'espressione "*eludere l'applicazione di una norma imperativa*" per indicare il meccanismo indiretto con cui si persegue lo scopo vietato: si pongono in essere atti di per sé leciti e produttivi di effetti previsti e tutelati dall'ordinamento giuridico per realizzare concretamente un assetto di interessi che si pone in contrasto con la legge (SANTORO PASSARELLI).

DIBATTITO DOTTRINALE

Si discute sull'individuazione delle **caratteristiche identificative** del negozio in frode alla legge.

Secondo la **teoria oggettiva**, la frode si configura allorché il contratto persegue, mediante patti aggiunti ovvero procedimenti indiretti od obliqui, lo stesso risultato vietato da una norma imperativa.

Tale teoria postula una distinzione tra **norme materiali** e **norme formali**.

Le prime vietano il raggiungimento di un risultato con determinati mezzi, lasciando libere le parti di raggiungerlo con mezzi alternativi. In relazione a tali norme, pertanto, la frode è logicamente inconfigurabile.

Le norme formali, invece, vietano il raggiungimento di un risultato con qualsiasi mezzo e non solo mediante il comportamento espressamente stigmatizzato dalla norma. In relazione a tali norme la frode è configurabile, allorché i contraenti ottengano il medesimo risultato vietato dalla norma attraverso un percorso diverso da quello testualmente proibito, dando origine a un atto formalmente rispettoso della legge, ma contrario al suo spirito.

La **teoria soggettiva**, invece, individua **due requisiti** in base ai quali decretare la sussistenza di un negozio in frode alla legge: un requisito **oggettivo**, consistente nel perseguimento non della stessa finalità vietata dalla norma, bensì di una finalità analoga o equivalente rispetto a quella espressamente stigmatizzata; un requisito **soggettivo**, consistente nel c.d. "intento fraudolento", ossia nella volontà dei contraenti di frodare la legge.

Il ruolo dell'**art. 1344 c.c.** è stato notevolmente "depotenziato" dalla c.d. teoria della causa in concreto, secondo cui anche i contratti tipici - e non solo quelli atipici - possono avere causa illecita o possono essere carenti di causa. Secondo tale teoria, dunque, il contratto tipico con causa illecita non sarebbe riconducibile nell'ambito della frode alla legge, ma nell'alveo della causa illecita, prevista dall'**art. 1343 c.c.**

Tuttavia, non tutti gli autori che aderiscono alle diverse teorie sulla causa in concreto giungono a negare autonoma esistenza alla figura del negozio in frode alla legge, ritenendo alcuni che essa si caratterizzi rispetto al contratto direttamente violativo della legge per le modalità indirette di violazione della disposizione normativa, ossia attraverso l'utilizzo di un negozio indiretto o di più negozi collegati (c.d. procedimento indiretto).

SEZIONE II

L'OGGETTO DEL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. L'oggetto del contratto. - 2. Il contratto di cosa futura. - 3. L'arbitraggio.

1. L'oggetto del contratto.

L'art. 1325, n. 3, c.c., senza fornirne una definizione, include l'oggetto tra gli elementi essenziali del contratto (art. 1325, n. 3, cc.).

L'**assenza** di una **definizione** normativa ha generato l'elaborazione di diverse tesi sulla nozione di oggetto del contratto, ravvisato ora nel bene che forma oggetto del regolamento contrattuale, ora nella prestazione, ora nel contenuto del contratto.

L'**art. 1346 c.c.** stabilisce che l'oggetto del contratto deve essere **possibile, lecito, determinato o determinabile**.

Tale disposizione va coordinata con l'**art. 1418 c.c.**, che sanziona con la nullità la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346 cc.

Il requisito della **possibilità** dell'oggetto va inteso **in senso materiale** (o fisico) e **giuridico**.

L'oggetto è materialmente impossibile quando le parti non riescono ad assolvere, anche attraverso uno sforzo di diligenza superiore alla media, l'impegno derivante dalla regola contrattuale; l'impossibilità materiale si verifica anche quando il contratto ha per oggetto cose non esistenti in natura o attività materialmente irrealizzabili (si pensi all'assicurazione sulla vita di persona già morta).

L'impossibilità giuridica si configura, invece, quando l'oggetto del contratto consiste in beni o comportamenti rispetto ai quali l'ordinamento non consente la costituzione di rapporti giuridici (si fa comunemente l'esempio della compravendita di un bene demaniale). Si considera, inoltre, giuridicamente impossibile quell'oggetto nei cui confronti l'ordinamento assume una posizione di indifferenza: l'oggetto, pur non essendo illecito, non risulta meritevole di protezione. Ciò consente di tracciare una definita linea di demarcazione rispetto alla illiceità, la quale deriva dalla violazione di divieti posti dall'ordinamento e dai principi del buon costume.

La possibilità dell'oggetto va valutata **nel momento della produzione degli effetti del contratto**.

L'oggetto del contratto è **illecito** quando è contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume (v. *supra* in relazione alla causa del contratto).

Per la valutazione della liceità dell'oggetto – diversamente da quanto osservato con riferimento alla valutazione della possibilità – deve aversi riguardo **al momento della conclusione del contratto e alla legge in quel momento vigente**. Un'eventuale questione di illiceità sopravvenuta sarebbe risolta in base ai normali criteri di successione di leggi nel tempo.

Il requisito della **determinatezza o determinabilità** esprime un'esigenza di concretezza dell'atto contrattuale: è necessario, infatti, che le parti conoscano, nelle sue linee fondamentali, l'impegno che assumono.

L'oggetto è determinato quando, sebbene non indicato con estrema precisione, risulti chiara e univoca la volontà delle parti anche mediante il ricorso a regole interpretative. L'oggetto, invece, si ritiene determinabile quando lo stesso risulti tale mediante il ricorso a criteri legali o convenzionali, tra cui l'indicazione *per relationem*, con riferimento a fattori esterni cui le parti espressamente rimandano.

2. Il contratto di cosa futura.

Può essere dedotta in contratto anche la prestazione di cose future, salvi i particolari divieti stabiliti dalla legge (art. 1348 cc.).

La previsione della possibilità per i contraenti di negoziare in ordine a beni futuri, (salva la previsione legislativa di espressi divieti, come quelli di cui agli artt. 458 e 771 c.c.) rientra nel quadro del riconoscimento da parte del legislatore della più ampia e articolata autonomia privata.

Nell'ambito dei beni futuri si distingue tra **beni soggettivamente futuri** e **beni oggettivamente futuri**: i primi indicano le *res* esistenti *in rerum natura* ma non facenti parte del patrimonio del disponente e che tuttavia si prevede che in seguito possano appartenergli; i secondi sono quelli che non esistono nel patrimonio né del disponente né di altra persona, ma di cui si prevede la futura esistenza *in rerum natura*. Solo rispetto a quest'ultima tipologia di beni futuri rileva l'art. 1348 c.c., dal momento che le cose soggettivamente future, in realtà, sono cose esistenti ma appartenenti ad un terzo, in relazione alle quali il legislatore predispone un'apposita disciplina.

Il negozio avente ad oggetto un bene futuro è **efficace dal momento della sua stipula**, con la sola peculiarità di impegnare la parte ad adoperarsi al fine di procurare la venuta ad esistenza della cosa. Se ciò non avviene, non si producono le conseguenze della nullità, bensì quelle dell'inadempimento contrattuale.

Le ipotesi di contratto di cosa futura più ricorrenti nella prassi hanno ad oggetto la permuta di cosa presente con cosa futura, attraverso la quale si trasferisce la proprietà di un'area da parte del proprietario contro il diritto di ottenere il trasferimento della proprietà dell'immobile che verrà costruita sull'area stessa.

Nella prassi è frequente anche il ricorso al contratto preliminare di cosa futura, il quale ha come contenuto solo la stipulazione di un successivo contratto definitivo e costituisce, pertanto, un contratto in formazione, produttivo, dal momento in cui si perfeziona, di semplici effetti obbligatori preliminari, distinguendosi dal contratto di vendita di cosa futura che si perfeziona *ab initio* ed attribuisce lo *ius ad habendam rem* nel momento in cui la cosa venga ad esistenza.

Un'ulteriore fattispecie di larga diffusione nella prassi è la **cessione di crediti futuri**, in cui l'effetto traslativo si verifica solamente quando il credito viene ad esistenza.

Nel novero delle fattispecie di contratto di cosa futura rientra anche il **pegno omnibus** e il **pegno di cosa futura**.

3. L'arbitraggio.

L'art. 1349 cc. consente alle parti di deferire a un terzo la determinazione dell'oggetto del contratto (c.d. arbitraggio). Per effetto di tale accordo le parti si rimettono, su uno specifico aspetto del loro assetto di interessi delineato nel regolamento negoziale, all'attività e all'atto del terzo, che opera al fine di colmare una lacuna del contratto.