

5. IPOTESI PARTICOLARI DI FORMAZIONE DEL CONTRATTO: I CONTRATTI PER ADESIONE

I contratti per adesione contengono clausole contrattuali già predisposte da una delle parti (art. 1341 c.c.) oppure in moduli o formulari (art. 1342 c.c.), per cui al contraente non resta che aderire.

5.2 Contratto predisposto da uno dei contraenti (art. 1341 c.c.)

Per la tesi contrattuale (*Cariota - Ferrara*) le condizioni generali sono efficaci perché hanno titolo nel contratto, cioè in quanto accettate dall'aderente.

Per la teoria normativa (*Betti*) le condizioni generali di contratto, ex articolo 1341 c.c., hanno natura normativa e non contrattuale, perché il predisponente impone la sua volontà ad una collettività indeterminata.

È preferibile la tesi della **dichiarazione tipizzata** (*Genovese, Mirabelli*) per cui il destinatario delle condizioni generali di contratto emette una dichiarazione, alla quale la legge conferisce effetti predeterminati di accettazione della proposta contrattuale e delle condizioni generali conosciute o conoscibili secondo l'ordinaria diligenza. Dunque, l'accettazione della controparte si riferisca non solo alla proposta contrattuale, ma anche alle condizioni ivi contenute.

5.3 Contratto concluso mediante moduli o formulari (art. 1342 c.c.)

Si tratta dei «*contratti conclusi mediante la sottoscrizione di modulo formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali*»; le clausole aggiunte al modulo o al formulario, incompatibili con quelle in esso contenute, prevalgono sulle stesse, anche ove queste ultime non siano state cancellate (art. 1342 c.c.).

5.4 Contratto aperto

Ai sensi dell'articolo 1332 c.c. «*se ad un contratto possono aderire altre parti e non sono determinate le modalità dell'adesione, questa deve essere diretta all'organo che sia stato costituito per l'attuazione del contratto o, in mancanza di esso, a tutti i contraenti originari*».

Attraverso l'adesione, un soggetto diviene contraente rispetto ad un negozio già esistente. L'**adesione** non è un atto di accettazione, bensì un **negozio giuridico unilaterale** attraverso il quale l'aderente rende efficace nei propri riguardi un contratto già concluso (*Mirabelli*).

5.5 Contratto con obbligazioni del solo proponente

Ai sensi dell'articolo 1333 c.c. «*la proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appe-*

na giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata. Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto, il contratto è concluso».

- Secondo una parte della dottrina (*Betti*) si tratta di un negozio giuridico unilaterale.
- Per un'altra teoria (*Sacco*) è un contratto a formazione unilaterale, formato da una sola volontà.
- Per la **tesi preferibile** seguita in dottrina (*Mirabelli*) ed in giurisprudenza (Cass. 26 maggio 1997, n. 4646) si tratta di un **contratto nel quale l'accettazione consiste in un comportamento legalmente tipizzato**, ossia nell'assenza di rifiuto nel termine richiesto (silenzio significativo).

5.6 Offerta al pubblico (art. 1336, comma I, c.c.)

Ai sensi dell'articolo 1336, comma I, c.c. «*l'offerta al pubblico, quando contiene gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, vale come proposta, salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi*».

Secondo la **dottrina prevalente** (*Mirabelli, Messineo*) si tratta di una **proposta di contratto (atto prenegoziale) in incertam personam**, perché rivolta ad una generalità indeterminata di destinatari, ed avente **natura recettizia sui generis**, in quanto acquista efficacia quando, per effetto della pubblicità, viene resa percepibile alla generalità di persone cui è rivolta.

5.6.1 Revoca dell'offerta al pubblico (art. 1336, comma II, c.c.)

Ai sensi dell'articolo 1336, comma II, c.c. «*la revoca dell'offerta, se è fatta nella stessa forma dell'offerta o in forma equipollente, è efficace anche in confronto di chi non ne ha avuto notizia*».

Si tratta di **negozio giuridico unilaterale** che, al pari dell'offerta, ha una **recettività sui generis**, perché per acquistare efficacia anche nei confronti di chi non ne ha avuto conoscenza, è sufficiente che sia resa pubblica nella stessa forma dell'offerta od in forma equipollente.

5.7 Promessa al pubblico (art. 1989 c.c.)

Ai sensi dell'articolo 1989, comma I, c.c. «*colui che, rivolgendosi al pubblico, promette una prestazione a favore di chi si trovi in una determinata situazione o compia una determinata azione, è vincolato dalla promessa non appena questa è resa pubblica*».

Secondo la **tesi prevalente** si tratta di un **negozio giuridico unilaterale**, che vincola il promittente non appena è reso pubblico (Cass. Sez. Un. 10 febbraio 1969, n. 449). È, peraltro, fonte di obbligazione che nasce nel momento

in cui sia compiuta l'azione o sia data la situazione ricollegata alla promessa medesima.

5.8 Invito a trattare

Autorevole dottrina ha messo in luce l'esistenza di una fase procedimentale prodromica, completamente autonoma rispetto alle trattative, la quale non rientra nella fase formativa del contratto. Si tratta di quella attività che va sotto il nome di sondaggi, nella quale assume particolare rilievo il **c.d. invito a trattare (c.d. *invitatio ad offerendum*)**, che si distingue dall'offerta al pubblico perché chi invita si limita a provocare l'offerta altrui (si pensi all'invio di un catalogo di merci): in tal caso non troverà applicazione la disciplina sulla responsabilità precontrattuale (artt. 1337, 1338 c.c.).

6. ELEMENTI NECESSARI DEL CONTRATTO: LA CAUSA

L'articolo 1325 c.c. annovera tra i requisiti del contratto la causa, la cui mancanza od illiceità, *ex* articolo 1418 c.c., produce la nullità del contratto.

- Secondo la **teoria soggettiva** (*Barassi*), oggi superata, la causa è il motivo ultimo del processo psichico di formazione della volontà.
- Secondo la **teoria oggettiva**, consolidata in dottrina (*Santoro-Passarelli - Trabucchi - Giorgianni - Galgano*) ed in giurisprudenza (Cass. 15 luglio 1993, n. 7844) la causa viene ravvisata nella funzione economico sociale del contratto, quale sintesi degli effetti essenziali che il negozio è capace di produrre. La causa è *«la funzione economico-sociale che il negozio obiettivamente persegue e il diritto riconosce rilevante ai fini della tutela apprestata. Essa è ontologicamente distinta dallo scopo particolare che ciascuna delle parti persegue, rappresentando lo scopo obiettivo del negozio»* (Cass. 18 febbraio 1983, n. 1244). Peraltro, secondo questa impostazione i negozi tipici, a differenza di quelli atipici, non possono avere causa illecita *ex* articolo mille 1343 c.c., posto che la previsione legislativa degli stessi attesta la liceità dello schema causale. Ai negozi tipici è, viceversa, applicabile l'articolo 1344 c.c. che, infatti, parla di causa reputata illecita e non direttamente *contra legem*.
- Secondo la **teoria della causa in concreto (o c.d. della funzione economico-individuale)**, sostenuta in dottrina (*Bianca - Gazzoni - Bessone - Ferri*) ed in giurisprudenza (Cass. 8 maggio 2006, n. 10480), la causa consiste nella sintesi degli interessi che il contratto è concretamente diretto a realizzare. In particolare, *«la causa del contratto è lo scopo pratico del negozio ... quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato»*. Peraltro, secondo questa impostazione

la nozione di frode alla legge di cui all'articolo 1344 c.c. è assorbita in quella di illiceità della causa, venendo in considerazione l'interesse concretamente perseguito dalle parti. Pertanto, anche i negozi tipici possono avere causa illecita *ex art. 1343 c.c.*, ove sia accertata l'illiceità dell'interesse concretamente perseguito dalle parti.

6.1 Negozio in frode alla legge (art. 1344 c.c.)

Ai sensi dell'articolo 1344 c.c. «*si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa*».

- Secondo una parte della dottrina (*Betti*) è un contratto che raggiunge le stesse finalità proibite dalla norma imperativa; questa teoria cd. oggettiva è stata seguita anche da una parte della giurisprudenza (Cass. n. 3568/1971; Cass. n. 63/1973). In contrario è stato osservato (*Carraro*) che il negozio di cui all'articolo 1344 c.c. è diverso dal negozio contrario alla legge (*contra legem*), poiché attraverso quest'ultimo i soggetti realizzano una violazione diretta e non indiretta della legge. Inoltre, lo stesso articolo 1344 c.c. parla di «*causa reputata illecita*» e non di causa illecita.
- Secondo un'altra parte della dottrina (*Santoro-Passarelli - Messineo*), che sostiene la teoria soggettiva, il contratto è in frode alla legge se le parti hanno l'intenzione di eludere la legge (cd. intento fraudolento od elusivo). In contrario è stato osservato (*Giacobbe*) che il motivo, in assenza di un'espressa previsione del legislatore, è giuridicamente irrilevante; peraltro, ove ci si riferisca al motivo illecito determinante e comune ad entrambe le parti si applica l'articolo 1345 c.c. e non il 1344 c.c.
- Altra tesi (*Cariota - Ferrara - Bianca - Bigliuzzi Geri*) invece lo considera come una **species del genus negozio indiretto**; nel contratto in frode alla legge si possono individuare **due negozi distinti, ma tra loro collegati**: un negozio-mezzo lecito, ed un negozio-fine illecito e, quindi, nullo. Anche con il contratto in frode alla legge si persegue uno scopo ulteriore rispetto a quello tipico del negozio adoperato e, precisamente, uno scopo contrario alla legge.

6.2 Negozio astratto

Il negozio **assolutamente astratto** è quello che produce effetti a prescindere dalla causa, che non ha mai alcuna rilevanza. Tale astrazione è **inammissibile**, poiché il nostro ordinamento giuridico stabilisce il principio della causalità necessaria (Cass. 7 giugno 1966, n. 1495).

Il negozio **relativamente astratto** produce i suoi effetti, pur avendo la causa un'efficacia ritardata. Secondo la teoria prevalente (*Santoro-Passarelli -*

Trabucchi - Torrente) non si tratta di un negozio a causa variabile, né di negozio a causa esterna, né di negozio con causa indeterminata o determinabile, bensì di negozio in cui l'astrazione della **causa** non significa irrilevanza della stessa, ma solo **rilevanza indiretta**, nel senso che la causa viene in rilievo successivamente, senza impedire nel frattempo l'efficacia del negozio.

Si ha, infine, **astrazione processuale** in presenza di un'inversione legale dell'onere della prova; si pensi, ad esempio, alla ricognizione di debito che, peraltro, è un negozio causale.

6.3 Contratto su cosa futura

Ai sensi dell'articolo 1348 c.c. «*la prestazione di cose future può esser dedotta in contratto, salvi i particolari divieti della legge*». Il contratto su cosa futura ed in particolare la vendita di cosa futura:

- secondo una parte della dottrina (*Gazzara*) è una «*fattispecie traslativa complessa a formazione successiva*», in cui agli elementi essenziali del tipo negoziale adottato si aggiungono «*fatti ulteriori estranei allo schema causale del contratto stesso*» (ad. es. la venuta ad esistenza della cosa);
- un'altra tesi (*Cariota - Ferrara*) ritiene che si tratti di un negozio sottoposto a condizione sospensiva, rappresentata dalla venuta ad esistenza della cosa;
- altri autori (*Rubino*) ritengono che sia un contratto incompleto, mancando l'oggetto, quale elemento essenziale del contratto. Ricorre, dunque, eccezionalmente un'inversione dell'ordine cronologico della formazione del contratto, in base alla quale la manifestazione del consenso preesiste rispetto alla venuta ad esistenza dell'oggetto;
- secondo la **tesi preferibile** (*Capozzi*) si tratta di «*un contratto con effetti negoziali e taluni effetti finali immediati e con un effetto finale differito*», che, nella vendita di cosa futura, consiste nel trasferimento del diritto. Gli effetti immediati, che si realizzano al momento della conclusione del contratto, sono rappresentati sia dall'irrevocabilità dello stesso, sia dall'obbligo di adoperarsi affinché la cosa futura venga ad esistenza ovvero di non impedire la nascita della stessa.

6.4 Contratto con oggetto determinabile a mezzo dell'arbitratore - Arbitraggio (art. 1349 c.c.)

Ai sensi dell'articolo 1349, comma I, c.c. «*se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita ad un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea la determinazione è fatta dal giudice*» (c.d. *arbitrium boni viri*).

Ai sensi dell'articolo 1349, comma II, c.c. «*La determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede. Se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo.*» (c.d. *arbitrium merum*).

In merito alla **natura giuridica** del contratto con oggetto determinabile a mezzo dell'arbitratore sono state proposte varie teorie:

- secondo alcuni autori (*Lordi*) è un contratto sottoposto a condizione sospensiva, rappresentata dalla determinazione dell'oggetto ad opera dell'arbitratore;
- secondo un'altra parte della dottrina (*Vecchione*) è un contratto imperfetto;
- per la **tesi preferibile** (*Messineo - Fragali - Di Pace*) è un **contratto perfetto**, in cui le parti, per la determinazione della prestazione dedotta in contratto, **rinviano per relationem alla dichiarazione del terzo**.

6.4.1 La fonte dell'arbitraggio

In merito alla **natura giuridica** dell'atto negoziale, fonte dell'arbitraggio:

- secondo parte della dottrina (*Mirabelli - Gazzoni*) è un contratto d'opera intellettuale;
- secondo altri autori (*Fragali*) e la **giurisprudenza prevalente** (Cass. 13 dicembre 1974, n. 4253) è un **contratto di mandato**, realizzando l'arbitratore-mandatario un'attività giuridica in sostituzione delle parti.

6.4.2 La determinazione dell'arbitratore

Discussa è, altresì, la **natura giuridica** della determinazione dell'arbitratore:

- secondo una parte della dottrina (*Mirabelli*) è un «*atto dovuto di partecipazione*», consistente in una valutazione effettuata in adempimento dell'incarico ricevuto dai contraenti;
- altri autori (*Scognamiglio*) ritengono che si tratti di un «*atto giuridico di arbitramento, collegato al contratto attraverso la clausola di arbitraggio*»;
- la **tesi preferibile** (*Fragali*) afferma che si tratta di un negozio giuridico integrativo di quello già esistente. Ricorrerebbe, in particolare, «*un negozio ausiliarie che si caratterizza per la sua funzione strumentale*».

6.5 Convenzione sulla forma

Ai sensi dell'articolo 1352 c.c. «*se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta per la validità di questo*».

- Seconda parte della dottrina (*Genovese*) la convenzione sulla forma è un contratto preliminare. In contrario è stato osservato che le parti non si im-

- pegnano a stipulare un futuro contratto, ma esclusivamente ad adoperare per la conclusione dello stesso una determinata forma.
- Secondo la **tesi preferibile** (*Scognamiglio*) è un'ipotesi di **contratto normativo**. È, dunque, un negozio bilaterale che deve essere stipulato per iscritto; peraltro, la presunzione di cui all'articolo 1352, essendo *iusuris tantum*, ammette la prova contraria.

7. ELEMENTI ACCIDENTALI DEL CONTRATTO: LA CONDIZIONE SOSPENSIVA E RISOLUTIVA (art. 1353 c.c.)

Gli elementi accidentali del negozio giuridico sono quegli elementi che possono concorrere a formare la struttura del contratto, in quanto sono apposti liberamente dalla volontà delle parti. Il concetto di accidentalità si riferisce alla facoltà delle parti di introdurli o meno del contratto; tuttavia, volta inseriti, tali elementi divengono obbligatori, condizionando la stessa efficacia del contratto. Essi costituiscono uno strumento mediante il quale viene attribuita rilevanza ai motivi individuali dei contraenti.

In particolare la condizione è un **avvenimento futuro ed incerto** al quale le parti subordinano sospensivamente (condizione sospensiva) o risolutivamente (condizione risolutiva) l'efficacia di un singolo patto.

Secondo la dottrina dominante (*Messineo - Santoro-Passarelli - Trabucchi*), l'apposizione di una condizione non fa perdere al contratto il carattere della unitarietà, in quanto non esiste una volontà delle parti, autonoma, che si aggiunga ad una principale, già perfetta; infatti, i contraenti, fin dall'inizio, vogliono un risultato complessivo unico e non due risultati, dei quali l'uno limita l'altro.

7.1 Condizione legale

Essa sussiste quando è la norma giuridica, e non la volontà delle parti, a subordinare l'efficacia del contratto al verificarsi di un determinato avvenimento. A differenza della condizione volontaria, quella legale è un elemento della fattispecie, necessario e costante, in quanto è la norma stessa a subordinare gli effetti del negozio ad un certo evento. Gli esempi principali sono: la morte per l'efficacia del testamento, la ratifica per l'efficacia del contratto concluso dal *falsus procurator*, la nascita del beneficiario per l'efficacia delle disposizioni testamentarie e della donazione a favore dei nati.

Quanto alla **natura giuridica**:

- parte della dottrina (*Bianca*) sostiene la tesi **unitaria**, riunendo nella stessa categoria sia la condizione volontaria, che quella legale.
- altra parte della dottrina (*Messineo - Rubino - Rescigno*) sostiene, invece, la

teoria **dualistica** in quanto si tratta di figure diverse sia sul piano costruttivo che su quello pratico; su tale ultimo punto, si osserva come nella condizione legale manchi la caratteristica principale della condizione volontaria, ossia la retroattività.

7.2 Condizione unilaterale

La condizione unilaterale, a differenza di quella bilaterale, è apposta nell'interesse di una sola delle parti, la quale può rinunciarvi rendendo il negozio puro. Pertanto, l'unilateralità non attiene alla predisposizione della condizione, bensì all'interesse soddisfatto dalla sua apposizione.

- Una parte della dottrina (*Villani*) ritiene che la condizione unilaterale sia composta da due negozi: uno bilaterale e condizionato, l'altro consistente in un'opzione avente ad oggetto lo stesso negozio, ma puro.
- La giurisprudenza e la dottrina dominanti, invece, inquadrano la fattispecie in un **unico negozio condizionato**. Tuttavia vi sono alcune differenze: alcuni autori (*Gazzoni*) ritengono che si tratti di un unico contratto **con doppio condizionamento**, di cui uno di tipo causale e l'altro di tipo potestativo. La prevalente dottrina (*Bianca*) e giurisprudenza (Cass. 17-8-1999 n. 8685) sostengono che il negozio sottoposto a condizione unilaterale è un **normale negozio con un'unica condizione**; essi traggono sostegno dall'art. 1359 c.c., il quale afferma che la natura unilaterale o bilaterale della condizione non incide sulla struttura del contratto, che rimane disciplinato dagli artt. 1353 e ss c.c.

7.3 Condizione meramente potestativa (art. 1355 c.c.)

Il nostro ordinamento, all'art 1355 c.c., sancisce la **nullità della condizione sospensiva meramente potestativa** (Cass. 16 gennaio 2006, n. 728), la quale si verifica quando l'avveramento della condizione sospensiva dipenda esclusivamente dalla mera volontà dell'alienante o da quella del debitore (ad. es. se vorrò).

Essa si distingue dalla condizione potestativa, poiché quest'ultima consiste in un fatto che, pur essendo volontario, ha un apprezzabile interesse per la parte (es. la dichiarazione di riscatto nel contratto di vendita *ex art.* 1500 c.c.).

Si discute, invece, circa l'ammissibilità della **condizione risolutiva meramente potestativa**:

- alcuni autori (*Rescigno - Santoro-Passarelli - Barbero*) sostengono la tesi negativa, in quanto tale condizione non rientra tra le cause di scioglimento del contratto previste dall'art. 1372, comma I, c.c.. Inoltre, la sua ammissibilità non può essere dedotta dall'art. 1383 c.c., in quanto quest'ul-

- timo si riferisce soltanto ai contratti di durata, qualora essi non abbiano ancora avuto un principio d'esecuzione; infine la condizione *de qua*, a differenza del recesso, ha efficacia retroattiva;
- sembra preferibile la **tesi positiva** sostenuta in dottrina (*Bianca*) ed in giurisprudenza (Cass. 15 settembre 1999, n. 9840), in quanto l'art. 1355 c.c. prevede la nullità soltanto per la condizione sospensiva meramente potestativa: trattandosi di norma restrittiva, essa non può essere applicata per analogia a fattispecie ivi non contenute. Inoltre, tali autori, richiamano l'art. 1373 c.c. che prevede il recesso unilaterale quale mera dichiarazione di volontà del recedente.

7.4 Retroattività della condizione

Si tratta di **retroattività reale** e non obbligatoria, in quanto gli effetti contrattuali si considerano verificati o caduti dal momento della conclusione del negozio, non solo tra le parti contraenti, ma anche nei confronti dei terzi. Tale regola, tuttavia, subisce delle eccezioni, previste dagli artt. 1360, 1361, 1606, 1757, 2935 c.c.

7.5 Termine di efficacia

Si tratta di un **elemento accidentale del negozio**, consistente in un evento futuro, ma certo nel suo verificarsi, a partire dal quale (termine iniziale – *dies a quo*) o fino al quale (termine finale – *dies ad quem*) si producono gli effetti del negozio giuridico.

7.6 Termine di adempimento

Tale tipologia di termine, espressamente regolata dall'art. 1181 c.c. e ss, non ha la funzione di limitare gli effetti contrattuali, bensì attiene alla fase esecutiva, regolando il tempo in cui un'obbligazione deve essere adempiuta.

7.7 Termine di diritto

A differenza dei contratti aventi efficacia obbligatoria, nei quali vi è uguaglianza tra il termine dell'obbligazione ed il termine del contratto, nei contratti aventi efficacia reale il termine finale si riferisce al diritto e non al negozio (Ad es. Mevio cede a Caio per € 100.000,00 l'usufrutto sul fondo Beta, prevedendo la durata del diritto in dieci anni; tale contratto di vendita non avrà un termine finale in quanto avrà già esaurito i suoi effetti col trasferimento, mentre sarà il diritto di usufrutto ad avere il suo autonomo termine).

7.8 Recesso estintivo

La fattispecie del recesso estintivo, delineata dall'art. 1372, comma II, c.c. prevede il diritto a favore dei contraenti di un contratto avente durata indeterminata, di estinguere il rapporto stesso.

Tale istituto si differenzia dal termine a causa della sua incertezza, in quanto le parti potrebbero anche decidere di non recedere dal contratto.

7.9 Modo od onere

Il *modus*, consistente in un peso che il beneficiario di una liberalità subisce per volontà dell'autore della stessa, può essere applicato sia alle donazioni, sia ai negozi *mortis causa* e, più in generale, a tutti i negozi a titolo gratuito, al fine di limitarli. **Discussa** è la **natura giuridica**:

- la prevalente dottrina (*Santoro-Passarelli - Torrente*) sostiene la tesi della natura accessoria (elemento accidentale del negozio giuridico), argomentando dagli art. 647 e 794 c.c.; infatti, nel caso di onere impossibile o illecito, esso si ha per non apposto, quando non sia stato il solo motivo che ha determinato il lascito o la liberalità;
- la dottrina preferibile (*Capozzi*), invece, qualifica il modo come un «**negozio giuridico collegato al negozio principale cui accede**»; tali autori, traendo spunto dalla cd. ambulatorietà del modo (art. 676, comma II, e 677, comma II e III), sottolineano che, il fatto che l'onere passi agli eredi o ai legatari, in favore dei quali si determina l'accrescimento, dimostra l'autonomia del modo rispetto alla disposizione cui accede.

7.10 Il modo nelle disposizioni testamentarie

Vedi Parte II - Delle Successioni Capitolo I par. 22.14

7.11 La donazione modale

Vedi Parte II - Delle Donazioni Capitolo II par. 11

7.12 Differenza tra modo e legato

Secondo la dottrina preferibile (*Giorgianni - Triola - Criscuoli*), il **legato** sussisterebbe nei casi in cui il testatore abbia designato **una persona, determinata o determinabile, quale legatario-onorato**, mentre si avrebbe il ***modus* testamentario quando il beneficiario è indeterminato**.

Alcuni autori hanno proposto altri criteri di distinzione:

- il legato è un negozio autonomo, mentre il *modus* è un elemento accidentale del negozio testamentario (*Cicu*);

- il *modus* determina una diminuzione della disposizione testamentaria, mentre, il legato può consistere anche in un *facere* o in un *non facere* a carico dell'erede;
- mentre il legato ha per oggetto un'attribuzione patrimoniale diretta, a favore del legatario-onorato che diventa avente causa del *de cuius*, il *modus* configura un'attribuzione indiretta ed il beneficiario diventa avente causa dell'onerato (Cass. 28 novembre 1984, n. 6194).

7.13 Differenza tra modo e condizione

La differenza tra i due istituti riguarda:

- **la struttura:** il *modus* è un «*negozio giuridico collegato al negozio principale cui accede*» (Capozzi) e può essere apposto solo nei contratti gratuiti, mentre la condizione può essere prevista in tutti i contratti ad eccezione degli *actus legitimi*.
- **gli effetti:** la condizione sospensiva sospende l'efficacia del negozio, ma non costringe, mentre il modo obbliga, ma non paralizza l'efficacia del negozio; la condizione risolutiva produce effetti qualora il soggetto non tenga il comportamento dedotto nella condizione, mentre l'inadempimento del modo non risolve gli effetti della liberalità e comunque, in caso contrario, sarà necessaria la pronuncia dell'autorità giudiziaria. Infine, la condizione è dotata di retroattività reale, a differenza di quella obbligatoria che caratterizza il modo.
- **l'interpretazione:** il criterio adottato in dottrina è quello del valore determinante, per cui la condizione è sempre determinante, mentre il modo può rappresentare l'unico motivo determinante del negozio; pertanto, i casi dubbi si risolvono sempre a favore della previsione della condizione.

7.14 Donazione nella quale è apposto un onere a favore di un soggetto determinato

Vedi Parte II - Delle Donazioni Capitolo II par. 11

7.15 Comodato modale

Vedi Parte IV - Delle Obbligazioni Capitolo III par. 16.1

8. DEROGHE CONVENZIONALI AGLI EFFETTI DEL CONTRATTO: IL MUTUO DISSENSO

Discussa è la **natura giuridica** del mutuo dissenso:

- secondo una parte della dottrina (*Dejana*) e della giurisprudenza (Cass. 30 agosto 2005, n. 17503) è un nuovo contratto con contenuto uguale e contra-