

I NEGOZI RISOLUTORI FORMA DEL NEGOZIO E FORMALISMO NOTARILE

La ricostruzione dogmatica del *genus* dei negozi risolutori ha da sempre creato molteplici difficoltà stante la scarsità dei dati normativi sui quali fondare una disciplina unitaria. Il legislatore infatti, non affronta affatto il tema in modo organico ma fornisce solo alcuni spunti normativi ben distanti dal consentire di raggiungere un risultato appagante.

Per quanto attiene ai negozi risolutori a carattere contrattuale abbiamo un primo riferimento proprio nell'art. 1321 c.c. dove espressamente il legislatore afferma che il contratto è finalizzato a costituire modificare o "estinguere" un rapporto giuridico patrimoniale. Da questo primo dato normativo programmatico il codice civile pone sullo stesso piano tutti i negozi idonei ad incidere su di un rapporto giuridico patrimoniale ma nelle successive norme che regolano il contratto in generale ben poche sono dedicate al fenomeno risolutorio.

Un secondo riferimento lo ritroviamo nell'art. 1372 c.c. (norma sugli effetti del contratto) dove anche qui espressamente il legislatore consente alle parti di sciogliere un contratto per mutuo consenso. Detto dato peraltro non fa altro che confermare quanto già indicato nell'art. 1321 c.c. senza apportare alcun ulteriore aiuto nella ricostruzione del *genus* negozi risolutori se non confermandone l'ammissibilità nel nostro ordinamento.

Un ulteriore spunto è rinvenibile nell'ambito del contratto concluso dal *falsus procurator* dove il legislatore al terzo comma dell'art. 1399 c.c. consente a quest'ultimo ed al contraente in buona fede di sciogliere il contratto (inefficace) stipulato prima della ratifica del *dominus*.

Più di recente nell'ambito della disciplina del patto di famiglia il legislatore espressamente riconosce alle parti la possibilità di procedere allo scioglimento del patto di famiglia ex art. 768 *septies* c.c.

Già a prima vista ci si rende conto che questi elementi sono davvero scarni per consentire a qualunque interprete di riuscire a ricavare una disciplina ed una regolamentazione "condivisa" da tutti i negozi risolutori in generale. Le difficoltà si acquiscono ulteriormente laddove si cerchi di rinvenire una sia pur minima indicazione normativa in merito alla forma dei negozi risolutori.

Già il tema della forma e della sua funzione ha rivestito e riveste una tale complessità da determinare una ulteriore difficoltà applicativa ai negozi risolutori in particolare. Sono ben

noti gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sulla funzione nelle norme in tema di forma e sulla loro dichiarata e da molti asserita inderogabilità, tassatività ed eccezionalità in diretta correlazione con l'accoglimento e l'esaltazione del principio della libertà delle forme a sua volta direttamente discendente da quello costituzionalmente garantito dell'autonomia negoziale. Non mancano autori che non accogliendo tale principio preferiscono invece sostenere il diverso principio di simmetria delle forme e quindi ritengono che tutti i negozi di secondo grado debbano necessariamente rivestire la stessa forma dei negozi sui quali incidono.

In merito non può non farsi riferimento in questa sede a quegli orientamenti più recenti che hanno dimostrato invece come le norme in tema di forma, lungi dal potersi inquadrare quali eccezioni ad una regola generale di libertà della forma e lungi dal dover necessariamente essere rispettate per un principio di simmetria, lungi dall'essere o dal doversi considerare un limite all'autonomia negoziale sono in realtà un mezzo per la migliore attuazione della stessa; sarebbe errato stabilire quindi sia un principio generale di libertà delle forme sia un principio di simmetria tra le stesse laddove il legislatore non si sia espresso chiaramente in proposito.

La disciplina della forma non può non essere ricollegata al contenuto dell'atto e a i suoi effetti essendo la stessa il mezzo di migliore attuazione della predetta autonomia negoziale; in funzione degli interessi in gioco dovrà valutarsi se la norma in tema di forma (libera o vincolata) vada rispettata anche nell'ambito dei negozi cd. di secondo grado tenendo conto della *eadem ratio*.

Alla luce di quanto sopra sommariamente esposto, e volgendo lo sguardo ai dati normativi in nostro possesso nell'ambito della disciplina del contratto in generale solo uno spunto indiretto può trarsi dalla norma in tema di forma del contratto preliminare (art. 1351 c.c.) laddove espressamente è previsto che quest'ultimo deve rivestire la stessa forma prevista per il contratto definitivo. *Mutatis mutandis* anche i negozi risolutori dovrebbero rivestire la stessa forma dei negozi sui quali andranno ad incidere per le stesse motivazioni; sia i negozi cd. preparatori, sia i negozi di secondo grado dovrebbero rivestire la medesima forma del negozio principale se la *ratio* della norma in tema di forma lo giustifica.

L'analisi della forma dei negozi risolutori non può nel nostro caso non essere effettuata anche nell'ottica notarile che a

mio avviso ne ha distorto ruolo e finalità. Preliminarmente può osservarsi che il notaio tendenzialmente e doverosamente è portato a formare sulla base della volontà espressa dalle parti un contratto destinato a durare nel tempo. L'impegno del notaio è quello di trasfondere e plasmare la volontà delle parti in uno schema contrattuale cercando di disciplinarne tutti i risvolti in modo anche da prevenire anche liti future.

In tal senso, indirettamente, inconsciamente e quasi non accorgendosene e per finalità differenti si è mosso lo stesso legislatore il quale a più riprese per le finalità più diverse ha imposto al notaio di integrare l'atto con le più svariate formalità (fiscali, urbanistiche, energetiche ecc.).

Alla luce di questa primaria funzione del notaio già può apparire difficile da "digerire" per questo professionista l'idea di cancellare qualcosa che con tanta cura e attenzione si è cercato di creare e di rendere duraturo; vi è per così dire una difficoltà "ontologica" da parte del notaio ad accettare di dover eliminare o sciogliere un contratto nato sotto la sua egida e che lo ha impegnato e responsabilizzato nei confronti della parti e dei terzi in maniera durevole. Dopo essere riuscito a far raggiungere alle parti una "ampia intesa", una "convergenza di interessi" un "accordo" il notaio potrebbe essere chiamato a "distruggere" quel contratto che con tanta fatica ed impegno si è riusciti a costruire. A molti è apparso infatti davvero incomprensibile da un punto di vista "morale" ancor prima che da un punto di vista giuridico rompere e distruggere il lavoro già compiuto ed il contratto già concluso per regredire allo *status quo ante*.

Questa difficoltà psicologica o ontologica del notaio è stata acuita dal dibattito dottrinale e giurisprudenziale che certo non ha fatto altro che aumentare i dubbi della categoria sulla effettiva applicabilità del negozio risolutorio ai contratti con effetti reali. Su questo tema per tutti i notai il punto di riferimento assoluto ed il faro da seguire sono stati, sono e saranno gli insegnamenti del Maestro Guido Capozzi il quale già nel lontano 1973 in un articolo apparso su Vita Notarile, (i cui risultati sono stati confermati e ribaditi circa venti anni dopo in un altro saggio sulla stessa Rivista), anche a seguito dell'ampia monografia dedicata al mutuo dissenso da parte del prof. Luminoso, ha da sempre aderito alla tesi del negozio risolutorio quale annientamento del negozio di primo grado e non come controvicenda o contronegozio con valide ed insuperate argomentazioni.

Tuttavia la grandissima onestà intellettuale del Maestro Guido Capozzi, il suo massimo rispetto per gli Autori che non

condividono il suo argomentare, il suo amore per l'insegnamento e per la divulgazione di tutte le teorie prospettate sugli argomenti trattati, non gli hanno consentito di "stroncare" definitivamente la teoria del contronegozio che è rimasta così sullo sfondo del mutuo dissenso ed ha indirettamente influito sulla coscienza dei notai che pur condividendo le idee del capostipite indiscusso della progenie notarile non hanno avuto il coraggio di portarle fino alle estreme conseguenze. In tal senso le scelte dell'amministrazione finanziaria che tanta rilevanza hanno nell'ambito dell'attività notarile hanno ulteriormente acuito le difficoltà dei notai di schierarsi apertamente al fianco del proprio Maestro e di abbandonare definitivamente la ricostruzione del mutuo dissenso come contronegozio.

Su questo tema non è stato certo di grande aiuto alla categoria il massimo organo rappresentativo del notariato; ci riferiamo in particolare alla posizione assunta dal CNN nello Studio n. 478 approvato il 18 maggio 1993 nel quale l'estensore nell'ambito di un parere richiesto sullo scioglimento di contratto di vendita ha ritenuto che stante il contrasto dottrinale e giurisprudenziale il notaio, che deve sempre ispirare la propria attività a principi di cautela, pur accogliendo eventualmente la teoria del mutuo dissenso come contratto eliminativo, dovrebbe comunque applicare tutte quelle prescrizioni formali e sostanziali previste dalla legge per i contratti traslativi con particolare riferimento alle cd. menzioni urbanistiche e fiscali.

Alla luce di questo *excursus* storico non possiamo certo meravigliarci se più di un notaio non ha ritenuto di poter ricevere un mutuo dissenso come contratto eliminativo, ovvero pur ricevendolo ha comunque applicato buona parte delle normative in tema di contratti traslativi. Queste difficoltà si rinvengono d'altronde proprio da una lettura degli atti stipulati dove è evidente la commistione (voluta ma comunque ampiamente giustificata dai dubbi interpretativi e indotta dal fisco e dalla prudenza) tra negozio a carattere giuridicamente eliminativo ma a carattere fiscalmente e urbanisticamente traslativo volendo così dare un colpo al cerchio (alla teoria eliminativa spostata da Capozzi e Luminoso) ed uno alla botte (alla teoria traslativa sposata dal Fisco e non criticata fortemente dal CNN) in modo da consentire al mutuo dissenso di contratto ad effetti reali di oltrepassare indenne le "Forche Caudine" rappresentate dal controllo tributario da un lato e dal controllo ispettivo dell'Archivio Notarile dall'altro.

Non è il caso di criticare eccessivamente l'operato dei notai

in quanto tutti hanno remato contro (anzi gli stessi notai hanno remato contro laddove hanno ritenuto non corretto l'operato di chi ha accolto la tesi del negozio eliminativo chiedendo espressamente l'intervento del CNN).

Queste "difficoltà" notarili come già accennato sono ben evidenti in un esame degli atti notarili stipulati e negli schemi utilizzati. Cominciano ad analizzare le possibili formule utilizzabili per il mutuo dissenso di contratto ad effetti reali, statisticamente il più frequente tra gli atti di scioglimento di precedenti contratti unitamente all'atto di scioglimento di affitto di azienda (che peraltro ha ben poco da condividere con il mutuo dissenso in senso tecnico).

Sul tema delle formule non deve trarre in inganno il nome scelto per la relazione in oggetto; l'idea alla base del mio intervento non è quella di fornire una formula di mutuo dissenso valida "per tutti i gusti"; tutte le formule che ho avuto la fortuna di visionare grazie alla collaborazione dei colleghi possono dare un contributo alla regolamentazione del mutuo dissenso senza necessariamente doverle tutte ricondurre ad unità. In primo luogo qualche riflessione merita la stessa intitolazione dell'atto *de quo*.

La formula più diffusa utilizza il sostantivo "risoluzione" unitamente al richiamo della fonte di tale risoluzione e quindi risoluzione di contratto per mutuo dissenso. Altri invece preferiscono porre più in evidenza lo strumento (mutuo dissenso) anziché l'effetto (scioglimento) e quindi utilizzano la dizione mutuo dissenso di contratto di donazione. Non manca chi preferisce porre l'accento solo sull'effetto che dovrebbe discendere dal mutuo dissenso e quindi preferisce parlare direttamente di "ripristino di situazione antecedente a donazione in conseguenza di mutuo dissenso".

Se vogliamo in primo luogo tenere presente quanto approfondito dallo Studioso (Luminoso) che più di tutti ha analizzato l'istituto del mutuo dissenso non possiamo non rilevare come questo Autore critichi fortemente l'accostamento (anche terminologico) del mutuo dissenso ai fenomeni risolutivi del contratto in quanto la risoluzione consensuale o volontaria mira a designare una differente figura tipologica incidente sul rapporto contrattuale e non sulla stessa rilevanza giuridica del contratto fonte a sua volta del predetto rapporto contrattuale

Anche la stessa utilizzazione della sola formula "mutuo dissenso" non dà l'idea di cosa realmente le parti intendano porre in essere (contratto eliminativo o contronegozio).

Appare forse preferibile pertanto mettere in risalto qual è lo scopo del mutuo dissenso (scioglimento inteso come fenomeno estintivo del contratto) e quindi optare per una formula del tipo "Scioglimento / Estinzione / Eliminazione di contratto di... per mutuo consenso / dissenso". La dicitura mutuo dissenso (ampiamente utilizzata dagli studiosi) potrebbe essere sostituita da quella di "mutuo consenso" più aderente al dato letterale del codice civile.

Passiamo quindi all'esame delle prime formalità dell'atto, con particolare riferimento alla necessità della presenza dei testimoni. Sul punto nessun notaio ha ritenuto di poter stipulare un atto di "mutuo dissenso di donazione" senza la presenza dei testimoni. In merito possiamo rilevare (come sopra solo marginalmente accennato) che la forma del contratto deve essere scelta in funzione degli interessi che la stessa intende tutelare. Nella donazione, la forma dell'atto pubblico con la obbligatoria presenza dei testimoni dovrebbe richiamare l'attenzione del donante sull'atto che sta per compiere; nell'ambito del mutuo dissenso bisognerebbe valutare se ricorre la *eadem ratio*; qualora si accettasse l'idea del contronegozio *nulla quaestio*: i testimoni sarebbero inevitabilmente necessari; qualora invece si accogliesse la natura del mutuo dissenso quale negozio eliminativo la sua eventuale gratuità non necessariamente dovrebbe determinare la qualificazione dell'atto come donazione con la conseguente non necessaria presenza dei testimoni; in ogni caso la questione appare solo scolastica, in quanto ogni notaio per buona pace propria e dei clienti non ha certo problemi a far intervenire due testimoni evitando così qualunque problema di validità dell'atto.

In tutti gli atti che si è potuto visionare vi è l'utilizzo della premessa per spiegare la situazione che precede l'atto che si sta per compiere; inevitabile infatti è il richiamo all'atto pregresso che si intende sciogliere; frequente (ed opportuno) è il riferimento alle parti che "sono addivenute all'intesa di sciogliere il contratto di..." precedentemente stipulato in quanto non più rispondente alle loro esigenze; non credo che nella premessa si debba aggiungere altro; frequentemente nella premessa, soprattutto negli atti di vendita da società costruttrice, si utilizza la premessa per ricostruire la storia catastale, urbanistica di un immobile corredata anche dal richiamo ai titoli di provenienza. Francamente preferisco invece limitare la premessa agli aspetti che difficilmente possono trovare spazio in altre parti dell'atto e ripartire tutto il resto in appositi articoli (in tal modo l'atto dovrebbe essere più facilmente intellegibile ai non addetti ai lavo-

ri): mi riferisco in particolare all'utilizzo dell'intestazione dei singoli articoli (consenso, oggetto, precisazioni, provenienza, regolamento di condominio, prezzo, possesso, garanzie, dichiarazioni urbanistiche, dichiarazioni fiscali, legge 151/75, ipoteca legale ecc.); questi piccoli accorgimenti consentono a chiunque legga un atto notarile di poter immediatamente rinvenire la parte dell'atto che interessa senza dover necessariamente leggere prima tutto il contratto.

Per quanto riguarda il cd. "consenso ed oggetto" ritroviamo prevalentemente questa dizione: "I comparenti convengono di sciogliere / risolvere retroattivamente il contratto di... in premessa citato". E' questa la formula più utilizzata e senza dubbio la più chiara e intellegibile. Alcuni aggiungono il richiamo all'art. 1372 c.c.: anche questo appare opportuno al fine di ricondurre il mutuo dissenso nell'ambito di quei pochi e scarni dati normativi a nostra disposizione.

Tutti i notai si preoccupano in questo articolo o in quello successivo relativo alle precisazioni di far salvi i diritti dei terzi. Il nucleo essenziale del mutuo dissenso è tutto qui: efficacia retroattiva e salvezza dei diritti di terzi medio tempore maturati; praticamente tutti i notai mettono in risalto queste caratteristiche con formule a volte davvero enfatiche - "risoluzione con effetto retroattivo (1458 c.c.)" oppure "eliminazione ab origine del contratto originario", ovvero ancora "contratto precedente come mai avvenuto", "fatti salvi i diritti dei terzi".

Abbiamo già accennato alla possibile inesattezza del richiamo alle norme in tema di risoluzione del contratto che pertanto potrebbe essere evitata; in realtà l'effetto eliminativo del mutuo dissenso è per sua natura necessariamente retroattivo in quanto destinato alla rimozione *ab origine* della stessa vicenda del rapporto contro cui si dirige. Retroattività e inopponibilità dell'atto ai terzi sono ovviamente due fenomeni profondamente distinti in quanto i diritti dei terzi non costituiscono un limite alla retroattività del contratto ma costituiscono l'essenza della relatività del contratto stesso; il mutuo dissenso è tendenzialmente sprovvisto di capacità di incidere sui diritti dei terzi se non in modo favorevole agli stessi secondo ormai l'ampio e consolidato orientamento dottrinale che ha sostituito al principio di intangibilità della sfera giuridico patrimoniale del terzo quello più permeabile dell'autonomia della sfera giuridica altrui.

Per quanto sopra specificato il richiamo della salvezza dei diritti dei terzi, tutto sommato, appare solo opportuno e non necessario; i privati non potrebbero in alcun modo pregiudicare i

diritti dei terzi; è opportuno tuttavia valutare quando eventualmente il mutuo dissenso è in grado legittimamente di incidere sui diritti dei terzi.

Anzi possiamo addirittura immaginare alcune ipotesi in cui l'atto possa incidere legittimamente sui diritti dei terzi; pensiamo allo scioglimento di donazione di un immobile locato; a seguito del mutuo dissenso l'immobile torna nella disponibilità dell'originario disponente e l'affittuario è tenuto nuovamente a pagare all'originario donante; il subingresso nel contratto tuttavia avverrà *ex nunc* e non *ex tunc* (art. 1602 c.c.), salvo espresso consenso dell'affittuario sulla retroattività del mutuo dissenso in oggetto.

Pensiamo ancora alla cessione di un credito con conseguente notifica della cessione al debitore ceduto. Lo scioglimento di tale contratto di cessione di credito andrà ovviamente notificata al debitore ceduto che può tuttavia subire gli effetti sfavorevoli derivanti dalla retroattività dello scioglimento e quindi la sua accettazione avrà efficacia *ex nunc* e non *ex tunc* salva una sua espressa volontà in tal senso.

Ritengo che sia molto importante per fugare ogni dubbio circa la natura eliminativa del mutuo dissenso richiamare in atto l'effetto del contratto eliminativo consistente nell'inevitabile ripristino dello *status quo ante*; detto ripristino si sostanzia nella precisazione che vengono restituiti i frutti, l'immobile torna *ex tunc* nella disponibilità del donante come se non fosse mai uscito dalla sua disponibilità; opportuna ancora appare anche una clausola di chiusura con la quale le parti si dichiarano pienamente soddisfatte riconoscendo di non aver più nulla a pretendere in merito al contratto sciolto, *rectius* eliminato.

Se teniamo conto della natura del mutuo dissenso non appaiono invece opportune formule che utilizzino le parole "riacquisto dell'immobile" in quanto potrebbero porre in dubbio la natura solutoria del mutuo dissenso; nemmeno appare opportuno utilizzare locuzioni "cedente" e "cessionario" anche queste non adatte al fenomeno solutorio e non traslativo.

Tutti i notai che ritengono di poter ricevere un atto di mutuo dissenso (totale o parziale) lo costruiscono come atto risolutivo eliminativo; d'altronde non potrebbe essere altrimenti in quanto il mutuo dissenso in tanto viene stipulato in quanto venga ricostruito in termini di scioglimento di un precedente contratto altrimenti non avrebbe ragion d'essere potendo essere più semplicemente utilizzato lo schema del contronegozio.

Tuttavia, una volta imboccata questa strada quasi tutti i no-

tai non ritengono di poter seguire fino in fondo la teoria del negozio eliminativo e pertanto si ritengono più sicuri nell'inserire tutte le clausole tipiche nei negozi traslativi in senso stretto (menzioni urbanistiche ecc.). A quanto ho potuto verificare dai pochi dati raccolti un solo notaio (Riccardo Ricciardi) mi ha inviato un atto di mutuo dissenso "puro" non contaminato dalle formule più rassicuranti (in termini disciplinari) dei negozi traslativi.

Come già sopra accennato il CNN non ha certo confortato e sostenuto i notai in questa scelta e le conseguenze si sono alla lunga viste sul campo in quanto l'Amministrazione Finanziaria ha avuto gioco facile a confermare e ribadire la natura del mutuo dissenso quale contronegocio traslativo stante anche le formulazioni adottate negli atti dai notai.

Per ridurre l'inevitabile schiacciamento dell'atto notarile tra l'incudine (dell'Agenzia delle Entrate) ed il martello (del Controllo ispettivo) sarebbe preferibile relegare le clausole proprie degli atti traslativi alla fine dell'atto volendo comunque metterne in evidenza in tal modo la loro superfluità rispetto alla natura dell'atto stipulato assecondando così la necessità dei notai di dare un colpo al cerchio ed uno alla botte, senza scontentare nessuno.

Una parte dottrina al fine di dotare l'effetto eliminativo del mutuo dissenso di opponibilità *erga omnes* ritiene legittimo addirittura condizionare risolutivamente il primo contratto traslativo alla stipula di un contratto di mutuo dissenso tra le stesse parti. In tal modo attraverso il meccanismo condizionale si potrebbe rendere opponibile ai terzi il mutuo dissenso dotandolo non solo di una retroattività assoluta ma addirittura di una opponibilità anche nei confronti dei terzi. Pur tenendo conto dell'autorevolezza di colui che ha proposto siffatta clausola appare opportuno valutarne approfonditamente la sua legittimità soprattutto tenendo conto delle peculiarità del mutuo dissenso così come sono state enucleate dalla più attenta dottrina.

La ricostruzione dell'Autore richiamato presuppone sia la piena legittimità della cd. condizione risolutiva potestativa (bilaterale) sia la possibilità di dedurre in contratto non solo un evento (futuro e incerto) ma anche un altro contratto inteso nella sua componente fattuale a prescindere dalla sua rilevanza giuridica in senso stretto; non saremmo pertanto nell'ambito del cd. collegamento negoziale causale ma ci troveremmo di fronte ad un contratto la cui stipula determinerebbe il verificarsi di una condizione risolutiva apposta ad un primo contratto. Sul punto

non ci sembra di poter dissentire; non si vedono elementi di contrasto con qualche principio dell'ordinamento qualora le parti intendano sottoporre un contratto alla condizione risolutiva della stipula di un altro contratto (tra loro, tra loro stessi e terzi o addirittura solo tra terzi); in realtà la difficoltà effettiva nel caso sopra prospettato consiste proprio nella deducibilità in condizione di un contratto eliminativo del precedente negozio condizionato.

In sostanza il mutuo dissenso dovrebbe fungere da condizione risolutiva di un precedente contratto. Senonchè siffatta ricostruzione non tiene conto a mio avviso della peculiarità della incidenza del mutuo dissenso sul primo contratto; mentre in caso di verificarsi della condizione risolutiva si risolvono gli effetti del contratto (che mantiene in pieno la sua rilevanza dal punto di vista giuridico anche senza più effetti, risoltisi a seguito del verificarsi della condizione risolutiva) il mutuo dissenso opera molto più incisivamente sul contratto originario privandolo del tutto di rilevanza giuridica come se lo stesso non fosse mai stato stipulato.

A questo punto la domanda che ci dobbiamo porre è la seguente: come può il mutuo dissenso usufruire della opponibilità tipica della condizione risolutiva laddove lo stesso è diretto proprio ad eliminare ogni rilevanza al contratto cui la stessa condizione è apposta? In altri termini, una volta stipulato il mutuo dissenso, il contratto originario perde ogni rilevanza giuridica, viene eliminato dalla sfera del diritto; detta eliminazione dalla sfera del diritto travolge inevitabilmente la rilevanza della stessa condizione risolutiva apposta: pertanto il mutuo dissenso determina "la irrilevanza giuridica di tutto il contratto, compresa la condizione risolutiva che lo accompagna".

Il ragionamento sopra riportato non esclude *a priori* la possibilità di apporre ad un contratto una condizione risolutiva potestativa ma alla luce di quanto sopra esposto detto meccanismo condizionale non è conciliabile con il mutuo dissenso in quanto condizione risolutiva e mutuo dissenso sono destinati ad incidere sul contratto principale in maniera tra loro incompatibile.

Altra questione particolarmente dibattuta riguarda la possibilità di stipulare un mutuo dissenso parziale (non particolarmente analizzata dagli addetti ai lavori) che rappresenta certamente un ulteriore elemento di criticità della figura *de qua*. Il comune sentire tende a negare siffatta figura a mio avviso più per un pregiudizio psicologico che sulla base di effettivi dati

normativi impeditivi.

Generalmente a favore della tesi che nega il mutuo dissenso parziale si potrebbe richiamare una presunta intangibilità, unitarietà e immodificabilità della volontà espressa dai contraenti nel primo contratto. In realtà ad un attento esame dei dati normativi sembra che il Legislatore abbia adottato il criterio esattamente opposto: è pur vero che il contratto ha forza di legge tra le parti, deve essere rispettato dalle stesse anche dopo la conclusione ma il contratto può anche modificare e/o estinguere un precedente contratto. Il Legislatore, pertanto, proprio sulla base del principio fondamentale della autonomia negoziale delle parti non preclude la possibilità di modificare e/o estinguere un precedente contratto; anzi il legislatore tende sempre alla conservazione del contratto qualora lo stesso anche solo parzialmente riesca a preservare l'interesse delle parti. Tutti i fenomeni di patologia del contratto (nullità, annullabilità, inefficacia, risoluzione) prevedono la possibilità che il "vizio" che inficia *latu sensu* il contratto possa non travolgere l'intero programma negoziale; pensiamo ai fenomeni della nullità parziale, annullabilità parziale, inefficacia parziale, risoluzione parziale ecc.

Pertanto, non ripugna affatto al Legislatore una modifica sia pur parziale del contratto in funzione della necessità di preservare comunque quanto di buono il contratto può produrre o abbia già prodotto; ora se il Legislatore ritiene pertanto importante la conservazione del contratto anche in ipotesi di invalidità parziale del contratto non si vede quale possa essere l'impedimento ad ammettere uno scioglimento parziale del contratto esaltando in tal modo proprio la autonomia delle parti e non cristallizzando la stessa in un contenitore *a priori* immodificabile.

Proprio su quest'ultima affermazione tuttavia dobbiamo porre la nostra attenzione in quanto il vero problema è valutare se possa ammettersi dal punto di vista tecnico un vero e proprio mutuo dissenso parziale ovvero se si debba inquadrare il fenomeno nel più ampio *genus* della modifica del contratto; sul punto l'unico Autore (Luminoso) che ha affrontato espressamente l'argomento propende per la ricostruzione dello scioglimento parziale del contratto come fenomeno modificativo e non eliminativo, pur confermando comunque l'ammissibilità della figura stessa.

In merito non può negarsi che il mutuo dissenso parziale lascia intatto il nucleo fondamentale degli interessi delle parti in quanto determina soltanto un adeguamento dell'oggetto del contratto. In altri termini, non si crea alcuna soluzione di continuità

sul piano della realizzazione degli effetti in quanto soltanto a seguito di eventi e circostanze che assumono più incisiva rilevanza e impediscono l'attuazione dell'interesse fondamentale, si manifesta l'esigenza di un radicale eliminazione del negozio.

Viceversa attraverso il mutuo dissenso parziale non vi è alcuna incidenza sul nucleo fondamentale dei valori espressi dal rapporto, la cui fonte rimane sempre quella originaria. Il mutuo dissenso parziale lascia pertanto integra la parte essenziale delle regole che disciplinano il rapporto stesso. Tale peculiare caratteristica consente di catalogare la trasformazione provocata dal mutuo dissenso parziale nell'ambito dell'atto di tipo modificativo in funzione della conservazione ed attuazione degli interessi fondamentali espressi dal rapporto giuridico, al punto che senza la modificazione o si avrebbe l'estinzione del rapporto o, comunque, l'attuazione degli interessi non potrebbe avvenire secondo i criteri fissati dalle parti o garantiti dall'ordinamento nel perseguimento delle sue più generali finalità.

Mariano Sannino