

Il principio di conversione del contratto nullo: sviluppi piú o meno recenti in Europa

Giuseppe Gandolfi

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *La secolare gestazione italiana, e le divergenti concezioni tedesca e francese.* – 3. *La motivazione di una decisione della Corte di cassazione italiana del 1931 vista alla luce della precedente esperienza tedesca.* – 4. *L'atteggiamento della dottrina italiana di fronte al neologismo di cui all'art. 1424 del codice civile del 1942.* – 5. *Il caso deciso nel 2002 della Corte di cassazione italiana e le tre fasi del procedimento.* – 6. *La matrice dottrinale di questo revirement giurisprudenziale italiano e il risultato concreto dell'operazione nel caso deciso.* – 7. *La rilevanza della statuizione della Corte di cassazione italiana del 2002 in tema di principî generali del contratto.* – 8. *Il trattamento di conversione e la tutela dei terzi controinteressati: nel BGB, nei codici greco, italiano, portoghese, nel progetto francese di riforma del Code Napoléon, nel codice olandese, nonché in proposte di interventi normativi.*

1. Il cammino difficile e travagliato, attraverso il quale il principio di conversione dell'atto invalido è giunto ad affermarsi in vari ordinamenti, è dovuto essenzialmente al fatto che esso non ha tratto origine, come non pochi istituti, dallo spontaneo esplicarsi della prassi: alla quale, tuttavia, può indubbiamente apprestare un valido ausilio, evitando compromissioni irreparabili in rapporti istaurati in buona fede, e inoltre ragionevolmente recuperabili. In realtà tale criterio

risponde ad un'aspirazione innata nel sentire comune, ostile alle conseguenze di quegli effetti drastici, e in un certo senso innaturali, che siano imposti da un '*summum ius*'.

Il principio stesso è invece dovuto soprattutto ad acute riflessioni dottrinali basate su casi tramandati dal *Corpus iuris civilis*, condizionate e deviate però, per lunghi anni, dai principi di base del sistema che le aveva consentite. Ma notevole è anche l'apporto di pragmatici interventi giurisprudenziali: talora criticamente stimolanti così da determinare decisivi interventi del legislatore; talora inerti di fronte all'innovazione normativa e fedeli ad orientamenti anteriori ed anacronistici, ma tali, in ultima analisi, da suscitare delle prese di posizione e determinare indirettamente una corretta interpretazione ed applicazione del principio medesimo.

In questa relazione vengono delineate le più recenti tappe di questo difficile cammino in Europa: nella giurisprudenza, nei codici, nonché in proposte, di iniziativa anche dottrinale, volte a determinare degli interventi normativi.

2. Mi dedico anzitutto all'esperienza italiana, lungamente laboriosa, che può essere così sintetizzata: nonostante il principio di conversione sia stato enunciato nell'art. 1424 del codice civile vigente, promulgato nel 1942, la portata concettuale del principio stesso e il ruolo che esso assume nel sistema del codice – come effetto dell'innovazione legislativa dovuta all'accoglimento del principio dell'affidamento – sono stati individuati soltanto da una sentenza della Corte di cassazione del 2002. Questa ha dunque una portata storica, dopo un'*impasse* durata oltre mezzo secolo e dovuta fra l'altro all'autorevolezza riconosciuta alla sentenza del 7 febbraio 1931 n. 446 della Corte di cassazione a Sezioni unite.

La Suprema corte ebbe allora ad occuparsi del principio di conversione quando il concetto stesso non era stato ancora accolto nell'ordinamento. E lo fece affrontando il problema con una motivazione conforme al dato dottrinale di quell'epoca. Tale pronuncia ebbe sèguito per oltre settant'anni, anche dopo che il concetto medesimo venne enunciato in termini diversi nel codice vigente. Si suggerisce quindi un confronto fra questa sentenza e quella del 2002, che ha posto fine a tale anacronistica sopravvivenza. Ma per apprezzare la portata di questo *revirement* giurisprudenziale è necessario un breve *excursus* retrospettivo.

Nel 1931 il principio stesso era già enunciato nel § 140 del codice germanico, con una formula la quale costituiva il risultato anche di una trentennale esperienza critica della giurisprudenza tedesca. Questa aveva acclarato che un siffatto trattamento – per le ragioni alle quali accennerò più sotto – non può basarsi su una volontà reale, sia pure implicita o sottintesa, come preteso dalla dottrina pandettistica. Deve invece scaturire da una valutazione 'ipotetica', sia pure ricavata dalla volontà reale.

Tale idea era stata poi accolta nel codice tedesco per effetto delle censure dottrinali espresse durante i lavori della codificazione, e alle quali farò cenno. Ma il risultato che ne conseguì fu una formula piuttosto contorta. Nella quale si afferma che: "qualora un negozio giuridico nullo risponda ai requisiti di un altro negozio, allora è quest'ultimo che ha effetto, sempre che debba ammettersi che esso sarebbe stato voluto dall'autore dell'atto se si fosse reso conto della nullità del medesimo". Pur con la presenza nella norma del BGB di una locuzione che fa riferimento alla 'volontà' del soggetto ("sarebbe stato voluto"), stante il modo condizionale ("sarebbe") dell'espressione verbale stessa la giurisprudenza

tedesca, nonostante la persistenza di autorevoli opinioni divergenti, ne valutò esattamente il significato. Avvertì cioè, già con una sentenza del 5 giugno 1901 del *Reichsgericht*, che la norma fa riferimento ad una volontà non già reale, bensì ipotetica. La stessa espressione (“sarebbe stato voluto”) venne adottata dal legislatore italiano nell’omologa norma, sopra citata, del codice del 1942 con riferimento al contratto sostitutivo; ma essa non venne compresa e credè così, come si vedrà, una catena di equivoci che furono la causa di un’inerzia durata oltre mezzo secolo. Commentando tale norma, rilevai in una mia monografia del 1988 che era stato per lo meno incauto il legislatore italiano a ricorrere all’espressione stessa, senza trarre profitto dalla disputa che l’analoga locuzione tedesca aveva determinato. Gli equivoci si sarebbero forse evitati se, al posto della dizione “sarebbe stato voluto”, fossero state usate le parole adottate nell’art. 1418 per la nullità parziale: “sarebbe stato concluso”.

Nel 1931, dunque, quando la Corte di cassazione italiana dovette occuparsi del principio di conversione era in vigore da un trentennio, come accennato, la norma contenuta in proposito nel codice germanico. Ma essa, pur non essendo ignorata nella letteratura, non era ovviamente utilizzabile in Italia neppure come criterio ispiratore. La dottrina italiana aveva preso conoscenza, alla fine dell’Ottocento, del concetto di conversione quale affermato dalla dottrina pandettistica, che si atteneva alla ‘teoria della volontà (*Willenstheorie*) e quindi pretendeva che la volontà dei soggetti fosse “almeno tacitamente rivolta a volere *in subsidium* il negozio giuridico convertito”. E tale fu anche l’orientamento della dottrina italiana della fine dell’Ottocento e dei primi decenni del Novecento. C’è anche da considerare che a quell’epoca il diritto italiano era ancora tributario del modello francese che non poteva ammettere

il concetto di conversione, quale enunciato nel codice tedesco, essendo incardinato sul principio di *autonomie de la volonté*, incompatibile con il concetto predetto, quale enunciato nel codice germanico. In questo, infatti, la diversa figura negoziale sostitutiva non è voluta dalle parti, ma individuata dal giudice in quanto conforme allo scopo da esse perseguito; mentre per il principio francese di *autonomie de la volonté* può dipendere esclusivamente dalla volontà delle parti la scelta dello “*schéma juridique*” proprio della fattispecie contrattuale. E così nel diritto francese l’unico correttivo ammesso era quello di una conservazione dell’atto, senza una modifica di esso, e solo mediante una eliminazione dell’elemento invalido: un’operazione che non poteva però essere tale da alterarne la configurazione: era la cosiddetta *conversion par réduction*. Già nel Seicento un tale trattamento era stato ritenuto ammissibile dai tribunali, in presenza di un testamento mistico (segreto), nullo come tale per un vizio di forma relativo alla solennità prescritta per tale tipo, e che veniva mantenuto in vita – prescindendosi dalla mancanza o dalla invalidità sul piano formale della solennità stessa - come testamento olografo, se ne avesse i requisiti. E poi nel *Code Napoléon*, analogamente, ebbe a prevedersi nell’art. 1318 che l’atto pubblico nullo per incompetenza del notaio o per un vizio di forma abbia a valere come scrittura privata se contenga le firme delle parti.

La dottrina italiana ebbe ad attingere alle due soluzioni di recupero. Prese in considerazione il trattamento di conversione, consistente in una ‘trasformazione’ dell’atto, quale delineato dalla dottrina pandettistica tedesca dell’Ottocento. Essendo in questa accolta, come rilevato, la ‘teoria della volontà’ l’operazione poteva aver luogo in base alla volontà, sia pure implicita o tacita, delle parti. Ma i giuristi

italiani fecero riferimento anche alle ipotesi legislative accolte nel codice del 1865 relative al recupero del testamento segreto e dell'atto pubblico irrituale, previste rispettivamente nell'art. 804 e nell'art. 1316, che facevano leva sulla volontà effettiva dei soggetti. Fu sulla base di queste premesse che la dottrina italiana accolse, pur nel silenzio della legge, sia il principio di conversione (sostanziale) inteso come trasformazione, e quale coniato dalla pandettistica tedesca e quindi basato sulla volontà implicita o presunta, sia il concetto di conversione formale che è tale da non comportare una modifica del tipo di atto.

3. La motivazione della sentenza della Corte di cassazione italiana del 1931, sopra menzionata, recepì ed espresse nella sua duplice articolazione lo stato della dottrina italiana dell'epoca. Avvertì che 'nella scienza giuridica si riconosce l'esistenza di due specie di conversione: l'una impropria, importante conservazione e non trasformazione, e l'altra che implica invece una trasformazione dell'atto in un altro, di natura diversa, con o senza il medesimo risultato: quale la conversione di una compravendita in una promessa di vendita. In questa seconda ipotesi – si soggiunse nella sentenza – l'operazione è ammissibile se venga accertata la presenza di due elementi imprescindibili; e precisamente: che il negozio nullo contenga i requisiti dell'altro (elemento obbiettivo), e che il negozio sostitutivo sia almeno tacitamente voluto in subordine dalle parti (elemento subbiettivo)'. E dopo aver enunciato tale principio, la Corte di cassazione non ebbe ad operare il trattamento di conversione, affermando che la volontà dichiarata dalle parti non si manifestava tale "da poterla considerare rivolta *in subsidium* anche al negozio sostitutivo". Ma non venne neppure sfiorata dal dubbio – implicito nelle argomentazioni

della giurisprudenza tedesca della fine dell'Ottocento – che fosse illogico pretendere una tale volontà sussidiaria. Certo è che la giurisprudenza tedesca si era limitata a constatare l'inapplicabilità di una tale idea, tentando di recuperare, anzitutto in via ermeneutica, gli atti nulli di cui era chiamata ad occuparsi. Fu invece in sede dottrinale, durante i lavori preparatori del codice germanico, che la concezione pandettistica fu accantonata. Il che avvenne quando venne censurata la norma del progetto di prima lettura, che era così concepita: “Se il negozio giuridico voluto, ma come tale nullo, risponde a tutti i requisiti di un altro negozio, allora esso è da tenere in vita nella veste di quest'ultimo, se ciò è conforme alla volontà quale risulta dall'avvenuta conclusione del negozio giuridico nullo”. Levin Goldschmidt ed Ernst Zitelmann integrandosi a vicenda, osservarono che la formula stessa enunciava un'idea ovvia e comunque diversa dal meccanismo di conversione: e cioè quella di due negozi, l'uno voluto in via principale e l'altro in via alternativa-sussidiaria, per l'eventualità che il primo sia nullo. A tale idea, in quanto ovvia, era inutile dedicare una norma. D'altra parte il riferirsi alla volontà delle parti avrebbe impedito al giudice di applicare il trattamento di recupero, non potendo egli di certo accertare una tale volontà sussidiaria. E' infatti assurdo ipotizzare – osservarono – che le parti abbiano pensato ad una figura negoziale sussidiaria, e non l'abbiano dichiarato quando conclusero il negozio senza essere consapevoli della nullità di esso. Ed è ciò che in linea di fatto avverrà nel 1931, in Italia, quando i giudici della Corte di cassazione realisticamente rilevarono, come già accennato, ma senza andare al di là di questa constatazione, che la volontà dichiarata dalle parti non si manifestava tale “da poterla considerare rivolta *in subsidium* anche al negozio sostitutivo”. Passando dal momento critico a quello costruttivo, Zitelmann affermò che il trattamento di

conversione esige invece soltanto la presenza, nella fattispecie, dei requisiti di un altro e diverso negozio, non voluto dalle parti, ma “conforme ai loro interessi, quali resi riconoscibili dall’intendimento che è alla base del primo negozio”. Il negozio sussidiario, quindi, non deve essere stato voluto dalle parti, neppure implicitamente: deve essere individuato dal giudice, desumendolo egli dalla volontà reale delle parti alla luce degli scopi da essi perseguiti, e per dare a questi effetto.

Implicitamente, dunque, anche la Corte di cassazione italiana nel 1931 giunse ad accertare, ma senza trarne le possibili deduzioni, che il trattamento di conversione non poteva attuarsi in base al concetto che la dottrina aveva desunto dalla pandettistica tedesca dell’Ottocento.

4. Undici anni dopo entrò in vigore nell’ordinamento italiano il concetto di conversione enunciato nell’art. 1424 del codice civile, stilato, salva quale utile integrazione, sulla falsariga del § 140 BGB. Ma la dottrina italiana esaminò in modo visibilmente affrettato la nuova norma e senza tener alcun conto della precedente esperienza tedesca relativa alla matrice della medesima. Si divisero il campo due esegesi della norma radicalmente opposte.

Francesco Messineo, considerando che per l’art. 1424 il contratto nullo produce gli effetti di quel contratto diverso che le parti “avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità”, ebbe purtroppo a identificare la cosiddetta volontà “ipotetica”, alla quale fa riferimento la norma, ossia un elemento per definizione *non* esistente nella realtà, con la volontà “presunta”, cioè con un dato che si suppone esistente. E riesumò così l’inattuabile concezione pandettistica che, come già abbiamo visto, è illogica e insuscettibile di alcun risultato.

Emilio Betti ritenne che, in base alla soluzione legislativa, la conversione debba operarsi del tutto prescindendo da quella che sia stata la volontà concreta delle parti: e ciò come se nel nostro codice fosse stata accolta la ‘teoria della dichiarazione’, o come se la ‘teoria dell’affidamento’, alla quale si è invece ispirato il legislatore italiano, potesse comportare non già una valutazione della dichiarazione negoziale conforme al cosiddetto “orizzonte” del destinatario, bensì addirittura l’irrelevanza del fattore volitivo. Anche questa concezione, pur non essendo illogica, è inapplicabile perché priva di un supporto ossia di un’indicazione sul piano normativo. Infatti l’art. 1424 non fornisce (come pure il § 140 BGB) alcuna indicazione per una scelta del negozio sostitutivo quale da effettuarsi in base a criteri oggettivi, ossia prescindendo dagli intenti che le parti hanno manifestato, dando vita al negozio invalido. Con un criterio oggettivo potrebbe farsi applicazione del principio di nullità parziale (per la quale comunque l’art. 1419 del codice italiano prescrive la volontà “ipotetica”). E infatti nella storia del diritto vi sono vari esempi di un siffatto trattamento di nullità parziale, da operarsi in modo oggettivo. Ciò avviene anche nel diritto inglese. In effetti da un’indagine circa la volontà effettiva, ossia circa gli obbiettivi specifici avuti di mira dalle parti, si potrebbe in una siffatta operazione anche prescindere, perché il legislatore dice in qual modo essa vada effettuata: ossia eliminandosi la clausola o la parte invalida. Invece per il trattamento di conversione, che comporta la sostituzione del negozio *totalmente* nullo con un altro e diverso negozio, la norma non dà alcuna indicazione circa l’individuazione di quest’ultimo. E una scelta “oggettiva” quale proposta da Betti, il quale pensa che il contratto succedaneo debba ricercarsi fra quelli che hanno una “causa” affine al negozio invalido, è fuorviante e tale da non consentire che l’operazione conduca al risultato di realizzare per altra via i

fini perseguiti dalle parti. Si rifletta un istante, alla luce di un esempio evidente, sulle conseguenze che può comportare la teoria “oggettiva”. La vendita (nulla) di una cosa pubblica è considerata convertibile in una locazione o concessione di lunga durata della cosa medesima. Ma all’individuazione di un tale atto non si arriva di certo, com’è palese, ricercandolo fra quelli che abbiano una “causa” analoga, e cioè attraverso il criterio suddetto: la cui improponibilità è resa esplicita dai risultati sterili di chi ha tentato di suggerirne delle applicazioni specifiche.

Di fronte ad un così marcato contrasto – che nei decenni successivi si è protratto nella letteratura – la giurisprudenza ha evidentemente ritenuto di doversi attenere all’autorevole precedente di cui alla sentenza delle Sezioni unite del 1931: la quale, pur se emessa quando il principio di conversione non esisteva nel nostro ordinamento, appariva in un certo senso orientata verso la concezione soggettiva propugnata da Messineo. E un tale orientamento giurisprudenziale è durato più di mezzo secolo, senza che il trattamento di conversione risultasse in concreto applicato, salvo che nelle diverse ipotesi della conversione formale e del negozio alternativo-condizionato.

Questa *impasse* è finita con la sentenza della Corte di cassazione del 27 febbraio 2002 n. 2912, pure menzionata in precedenza.

5. Per apprezzare adeguatamente questa effettiva conquista della giurisprudenza italiana è il caso di considerare analiticamente la fattispecie controversa e l’*iter* attraverso il quale, sulla base delle prospettazioni delle parti i giudici, sia d’appello che di cassazione, sono giunti a delineare e applicare in termini corretti il principio di conversione.

La Società R. e la Società G. avevano concluso nel 1992 un contratto, qualificato come “affitto di azienda integrata”, nel quale si dichiarava che la prima concedeva in affitto alla seconda, per la durata di cinque anni, un’azienda (“integrata”, in quanto inserita in un complesso immobiliare destinato a divenire un centro commerciale nel quale avrebbero distintamente operato numerose aziende), e si prevedeva la consegna di un’azienda dotata delle attrezzature e autorizzazioni amministrative necessarie per l’esercizio di un ristorante. Per la scadenza del quinquennio la prima intimò la disdetta alla seconda, esigendo la riconsegna dell’azienda. La seconda si oppose, obiettando che il contratto era stato denominato come “affitto di azienda” solo per eludere la legge 27 luglio 1978 n. 392 che, per le locazioni di immobili destinati ad uso diverso dall’abitazione, prescrive la durata di dodici anni. Affermava che in realtà erano stati concessi in godimento dei locali non ultimati, nei quali non esisteva alcuna azienda, essendo essi privi di ogni attrezzatura e mancando anche le autorizzazioni amministrative e sanitarie necessarie per l’esercizio dell’attività prevista. Queste erano state rilasciate solo successivamente alla Soc. R. e da questa trasferite alla Soc. G., che nel frattempo aveva provveduto ad attivare l’azienda: il che aveva comportato per essa una spesa di 500 milioni di lire. Quest’ultima sottolineò anche il fatto che la richiesta riconsegna avrebbe costretto la parte medesima a trasferire alla controparte un’azienda che esclusivamente essa intimata aveva creato, e con il relativo avviamento, senza ricevere per questo alcuna indennità. Ciò avrebbe costituito un grave e ingiusto danno una parte e una ingiusta locupletazione per l’altra. Chiese quindi che fosse dichiarata la nullità del contratto, sia perché contrario alle norme imperative sulle locazioni, oltre che per frode alla legge, ma

già per il fatto che l'oggetto del contratto difettava dei requisiti di cui all'art. 1346 del codice civile; e ciò osservò facendo riferimento alla distinzione dettata dalla giurisprudenza fra affitto di azienda e locazione di immobile. Chiese infine del contratto stesso "la conversione in contratto di locazione di immobile ex art. 1424 codice civile regolato dalla legge 392/78 e dalla legislazione vincolistica in materia di locazioni".

La convenuta R. contestò le affermazioni in linea di fatto della controparte. Affermò che non era stato concesso soltanto l'uso di un immobile per il successivo esercizio dell'attività di ristorante, perchè per l'immobile stesso risultavano anche apprestati dei servizi ed impianti di uso comune utilizzabili da tutte le aziende del centro commerciale, e soprattutto perchè era previsto che le autorizzazioni necessarie per l'esercizio dell'azienda sarebbero state rilasciate alla concedente, alla quale sarebbe in esse subentrata la controparte.

In prima istanza il Pretore di Roma, nella sua sentenza del 28 gennaio 1999 n° 661, fa leva soprattutto su quest'ultima circostanza, ossia sul previsto "subentro nella titolarità delle autorizzazioni rilasciate o da rilasciare al concedente", per ritenere che il contratto non sia riconducibile allo schema tipico delle locazioni di immobili: sia che esso possa qualificarsi come affitto d'azienda, "sia - si legge nella sentenza - come appare forse più esatto [quale] contratto atipico". Ordina "alla ricorrente la riconsegna, in favore della resistente, della c.d. azienda integrata... così come consegnatale in base al contratto". Fa però applicazione dell'art. 1384 del codice civile, riducendo l'ammontare della "penale", pattuita per ogni giorno di ritardo nella riconsegna, in quanto manifestamente eccessivo.

In sede di appello, riproponendo la Soc. G. tutte le sue domande - e in particolare chiedendo testualmente la

“conversione del contratto nullo in contratto diverso, del quale sussistono i requisiti di forma e sostanza” – la decisione della controversia è ribaltata (nel frattempo sei pronunzie del Tribunale di Roma – che l’appellante segnala – concernenti altri analoghi contratti, stipulati dalla medesima concedente Soc. R. per lo stesso centro commerciale, hanno ritenuto che essi siano qualificabili come altrettante locazioni di immobili).

Il Tribunale di Roma, nella sua sentenza di seconda istanza del 30 ottobre 1999 n° 21030, ritiene nullo il contratto “per mancanza del suo oggetto”: perché non è stato con esso concesso il godimento di un’azienda, che ancora non esisteva, in mancanza di ogni attrezzatura e delle autorizzazioni amministrative, solo successivamente create e acquisite, e non potendosi quindi parlare di un’azienda, neppure potenzialmente produttiva. Alla luce della distinzione giurisprudenziale fra affitto di azienda e locazione di immobile, il contratto – soggiunge – può essere configurato in questo secondo senso se risulti accoglibile la richiesta di conversione formulata dalla Soc. G. Il Tribunale ritiene che ciò sia ammissibile con questa motivazione, che mi sembra opportuno riferire integralmente: “Ricorrono entrambe le condizioni di legge per la conversione del negozio in quello di locazione: sia per i requisiti di sostanza e di forma, sia per quello soggettivo. Tale ultimo deve ritenersi voluto dalle parti qualora avessero conosciuto la nullità del negozio formalmente instaurato, tenuto conto dello scopo da loro perseguito. Difatti era sicuro interesse di entrambe realizzare, mediante il conferimento dell’immobile, la azienda poi effettivamente realizzata, come sempre avviene nella locazione di immobili ad uso commerciale. Parimenti tutti i patti relativi al negozio, compatibili con la legge in materia di contratto di locazione, possono dirsi voluti. Unico reale

elemento di disaccordo poteva essere quello relativo alla durata del negozio da parte del concedente, di dodici anni anziché di sei; ma di tale diversa volontà non può tenersi conto, attesa la natura imperativa della norma e la non dimostrata volontà della società concedente di voler preferire il contratto di affitto solo per eludere norme imperative. Quanto detto anche prescindendo dalla circostanza della assoluta mancanza di difese o eccezioni al riguardo, pur doverose per il rito adottato (art. 413 c.p.c.)”.

Il Tribunale opera quindi il trattamento di conversione facendo richiamo all'art. 1424 e seguendo il sillogismo enunciato nella norma: attenendosi così alla lettera della medesima. Procedo quindi nello stesso senso di cui ad una sentenza del 1988 del Tribunale di Milano, già da me segnalata in un mio saggio del 1996. Ciò consente ora al Tribunale di Roma di non dover esigere la presenza di una volontà sussidiaria, quale richiesta dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, e che impedirebbe di porre in essere il trattamento di conversione.

La Corte di cassazione, nella sua sentenza già più volte menzionata del 27 febbraio 2002, approva la prospettazione dei fatti operata dal giudice d'appello e l'avvenuta operazione di conversione da esso disposta, del contratto di affitto di azienda, nullo, in quello di locazione di immobile; ma approfondisce il concetto di conversione, non limitandosi a riferire il tenore letterale della norma di cui all'art. 1424, bensì indicandone la *ratio* e l'effettiva portata, e prendendo le distanze da quello che è l'orientamento, in atto da sempre, della Corte di cassazione. Va precisato che in proposito una disputa fra le parti litiganti non si è avuta: la Soc. G. ha chiesto l'applicazione del principio di conversione del quale la controparte non ha contestato l'applicabilità, soffermandosi invece sull'aspetto

ermeneutico e lamentandosi, ma solo nel giudizio di cassazione, del fatto che il Tribunale “avrebbe attribuito alle parti una volontà pacificamente divergente da quella risultate dagli atti del giudizio e dai comportamenti documentati dalle parti”.

Va sottolineato che il distacco dal precedente indirizzo giurisprudenziale si coglie chiaramente nel punto della sentenza in cui viene riferita la conforme statuizione contenuta nelle due precedenti decisioni della Corte di cassazione, del 1990 e del 2001. In esse si afferma - e correttamente - che l'art. 1424 “...vuole offrire la possibilità di argomentare dalle circostanze del caso e soprattutto dalle finalità perseguite dai contraenti che, se avessero conosciuto la nullità del negozio concluso, avrebbero voluto il negozio diverso. Conseguente che l'identità dei requisiti di sostanza e di forma tra il negozio nullo e quello nel quale lo si voglia convertire non esaurisce i requisiti in presenza dei quali la conversione può essere attuata”. Ma a tale statuizione, sin qui ineccepibile, fa seguito una conclusione che è in contraddizione con la premessa: precisandosi che “è necessario anche che risulti la manifestazione di volontà delle parti propria del negozio diverso”. E la contraddizione che sta nel fatto evidente che viene richiesta la manifestazione di una volontà delle parti nel senso del negozio diverso, mentre si è appena osservato, e giustamente, che le parti “*avrebbero*” [e quindi *non hanno*] voluto il negozio diverso”. Non si può insomma esigere la manifestazione di una volontà che non c'è stata; e se non c'è stata, non può neppure essere stata manifestata.

Completando questa idea, ma in realtà rettificandola, la sentenza della Corte di cassazione del 2002 conferma che “occorre il c.d. elemento soggettivo”, precisando però che, “come rilevato in dottrina, non occorre l'accertamento della

volontà concreta delle parti ad accettare il contratto trasformato per effetto della conversione, poiché, ciò comporterebbe la coscienza della nullità dell'atto compiuto, esclusa per definizione dall'art. 1424 c.c. Ciò che occorre è la considerazione dell'intento pratico perseguito, cosicché il contratto nullo può convertirsi in un altro contratto i cui effetti realizzino in tutto o in parte quell'intento". Valutando alla luce di questo criterio la sentenza del Tribunale, impugnata, la Corte di cassazione soggiunge: "Nell'ambito di questo principio si è mantenuta la sentenza appellata quando ha affermato che era interesse di entrambi realizzare, mediante il conferimento dell'immobile, l'azienda poi effettivamente realizzata, come sempre avviene nella locazione di immobili ad uso commerciale".

La Corte di cassazione si avvale così di una tecnica argomentativa di particolare finezza, muovendo dal dato preesistente, per rettificarlo, innovando; una tecnica che ha dei precedenti quanto mai illustri nella storia del diritto: dalla glossa, all'aggiramento del precedente nella formazione della *common law*.

6. In un significativo inciso della motivazione appena riportata, nel punto che segna l'accantonamento e il superamento della precedente, inveterata concezione giurisprudenziale, si precisa: "come rilevato in dottrina". In un pregevole commento a tale sentenza, pubblicato nel 2002 sulla rivista "*I contratti*", Marida Zaffaroni afferma che tale *revirement* della Corte di cassazione è dovuto all'accoglimento della tesi da me sostenuta in vari miei scritti, in contrasto con le opinioni dottrinali avanzate e con l'indirizzo giurisprudenziale in atto da oltre mezzo secolo. Posso solo osservare che è uno dei compiti specifici della

dottrina quello di dedicarsi all'interpretazione dei dati del sistema, in funzione della loro applicazione. In effetti, nel mio ultimo saggio del 1996 su questo tema sintetizzavo fra l'altro le argomentazioni in parte sopra da me esposte, e in forza delle quali la giurisprudenza tedesca aveva dato alla norma sulla conversione quel significato che risponde alla sua ragion d'essere e che ne consente applicazione. E concludevo esprimendo l'auspicio "che ormai anche la Corte di cassazione [italiana] abbandoni il suo attuale, anacronistico atteggiamento, e si conformi all'indirizzo della giurisprudenza tedesca seguito dalle Corti supreme dei Paesi che hanno recepito, come il nostro, il principio in esame del codice germanico".

Questo auspicio si è ormai realizzato!

Mi resta da osservare, con riferimento al risultato concreto dell'operazione di conversione in esame, che nel suo predetto commento Marida Zaffaroni, mentre condivide le affermazioni della Corte di cassazione "riguardo all'essenza dell'elemento soggettivo", esprime delle perplessità circa l'applicazione del principio di conversione al caso controverso per le conseguenze che comporta. Svolge in sostanza delle considerazioni in parte analoghe a quelle contenute nella sentenza d'appello, e sopra riferite, che però non sono state prese in esame nella pronuncia della Corte di cassazione, e delle quali ella non ha quindi potuto venire a conoscenza esaminando la sentenza di terza istanza. Rileva, dunque, che il trattamento di conversione soddisfa l'interesse delle parti alla realizzazione di un'azienda commerciale "a costo però di un aggravamento del vincolo contrattuale in capo al conduttore", determinando anche "la creazione di obbligazioni nuove ed aggiuntive in capo al locatore", alle quali la sentenza d'appello non ha fatto cenno: dovendo egli versare alla controparte l'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale al

termine della locazione, e inoltre subire da parte della predetta l'esercizio del diritto di prelazione *ex lege* qualora egli decidesse di trasferire la proprietà dell'immobile. Si tratta di rilievi senza dubbio pertinenti e di non poco momento, tali da indurre a riflettere. Ed è certamente in relazione anche a questi aggravamenti del vincolo contrattuale in capo al locatore che la Corte di cassazione ha statuito che con il contratto sostitutivo si “realizza in tutto o in parte” l'intento perseguito dei contraenti. E si tratta di una locuzione che ricorre nella giurisprudenza europea, con altre consimili, quali: realizza in misura idonea, consente il conseguimento di obbiettivi sostanzialmente analoghi, ecc.

Come si è visto, il giudice d'appello ha considerato la natura imperativa della norma, relativa alla durata del rapporto, come tale da sostituirsi ad una diversa volontà ipotetica e inoltre l'assenza di una prova circa una volontà ostativa, sotto il profilo della “non dimostrata volontà della società concedente di voler preferire il contratto di affitto solo per eludere norme imperative”. Ma forse, applicandosi un'argomentazione non infrequente nella giurisprudenza tedesca, avrebbe potuto osservarsi che la parte concedente, di fronte all'alternativa di non realizzare alcun obbiettivo, come conseguenza del contratto invalido, e invece di realizzarlo sia pure in misura meno vantaggiosa e assumendo maggiori oneri, avrebbe preferito questa seconda soluzione, non essendo stata d'altra parte dimostrata una volontà ad essa ostativa.

7. Nella panoramica della giurisprudenza italiana la sentenza della Corte di cassazione del 2002, qui esaminata, rappresenta in realtà una pietra miliare, e non soltanto per l'importante statuizione in tema di conversione dell'atto

invalido. Essendosi occupata dell'elemento volitivo nel contratto, ha implicitamente individuato di questo il nuovo ruolo e l'esatta portata che esso ha assunto nella codificazione del 1942 e, di conseguenza, ha identificato la nuova dimensione ontologica dell'atto di autonomia privata.

Il codice italiano del 1865 era impostato, com'è noto, sul modello napoleonico, ispirato al già menzionato principio di *autonomie de la volonté*. In base a questo – come pure già osservato – dipende esclusivamente dalla volontà dei contraenti la scelta dello “*schéma juridique*” proprio della fattispecie contrattuale. Nella pandettistica tedesca dell'Ottocento che si atteneva, come s'è visto, alla “*Willenstheorie*”, tale scelta veniva indicata come “*Geschäftswille*”, ossia volontà diretta ad uno specifico negozio. Ma la pandettistica tedesca, con più intensa approssimazione, distingueva quest'ultima oltre che dalla “*Erklärungswille*”, ossia dalla volontà della dichiarazione negoziale, anche dall' “*Erklärungsbewusstsein*”, ossia dalla consapevolezza del valore giuridico della dichiarazione. Nella letteratura, l'esemplificazione corrente era tratta dal comportamento di un partecipante alla famosa asta dei vini della Mosella. Se, dopo l'indicazione del prezzo-base da parte del banditore, una persona alzi la mano per fare un cenno di saluto ad un amico appena giunto, tale gesto è da lui senz'altro ‘voluto’ (non è involontario come l'atteggiamento di un sonnambulo), e quindi c'è in esso la volontà della dichiarazione o del comportamento, ma non c'è la consapevolezza dell'effetto giuridico (di partecipare all'asta). E nemmeno la volontà relativa alla scelta del contratto specifico, quello di compravendita, quale proposto dal banditore.

Ma nella dottrina italiana della seconda metà dell'Ottocento l'attenta analisi delle fonti romane aveva indotto i romanisti prima, e i civilisti poi, a sostenere che è solo richiesta la

volontà degli effetti ‘pratici’, e non anche quella degli effetti giuridici, i quali dipendono dalla legge, in mancanza di ammissibili previsioni patrizie. Questa concezione, che divenne la *communis opinio* agli inizi del Novecento, favorì nella codificazione del 1942 la recezione dell’impostazione contenuta nel BGB: nel senso di non esigere la ‘volontà del negozio’; cosicché il giudice può individuare il negozio succedaneo, tenuto conto degli obbiettivi pratici perseguiti dalle parti e per renderli operanti, in presenza di un atto nullo.

Sensibile alle scelte innovative contenute nel codice germanico – scelte che destarono grande interesse anche in Francia, suscitando dei propositi di revisione del *Code Napoléon*, che restarono però inattuati – il legislatore italiano del 1942 abbandonò quella concezione individualistica dei rapporti privati, che costituiva un’eredità del codice francese, e accolse quella teoria “dell’affidamento” che privilegia anzitutto l’orizzonte del destinatario della dichiarazione e degli eventuali controinteressati, tutelando inoltre la ‘buona fede’, intesa come “criterio di reciproca lealtà di condotta tra le parti”. Ed è appunto da questo nuovo criterio, dell’affidamento, e dall’applicazione del metro della ‘buona fede’, così intesa, che risultano ispirate in Italia le nuove scelte legislative: in tema di interpretazione del contratto (e anzitutto per la necessaria valutazione del comportamento delle parti anche successivo alle conclusioni di esso), di errore (per la sua rilevanza solo se ‘riconoscibile’ dalla controparte), di simulazione, di annullamento e di rescissione (per la considerazione dell’interesse dei terzi), di conversione e anche di nullità parziale (perché l’operazione è affidata al giudice sulla base della c.d. volontà ipotetica, da intendersi come sopra specificato).

Affermando, dunque, che per l’operazione di conversione l’ordinamento italiano non esige “l’accertamento della volontà

concreta delle parti”, ma solo “la considerazione dell’intento pratico perseguito”, la sentenza della Corte di cassazione del 2002 ha dato un notevole contributo all’esatta individuazione di una delle fondamentali strutture portanti del sistema civilistico italiano attuale.

8. Un rilievo di non poco momento è stato espresso circa la validità dell’innovazione costituita dall’enunciazione nel § 140 del BGB del principio di conversione: tale norma si limita invero a risolvere la situazione di stallo instauratasi fra le parti, ignorando però gli interessi e le aspettative dei terzi. Ma, più in generale, un tale rilievo può farsi anche per le altre applicazioni nel BGB del principio di affidamento. E’ invece nel codice italiano vigente che si tiene conto dell’esigenza di una tutela dei terzi: nel caso dell’annullamento, della rescissione, della simulazione; non però nel caso della conversione. Ma c’è da dire che una tale lacuna ricorre anche in altri codici europei che hanno recepito il principio di conversione. L’art. 182 del codice greco del 1940 e l’art. 293 di quello portoghese del 1966 sono del tutto conformi all’archetipo tedesco.

Anche in Francia quando, nel secondo dopoguerra, la Commissione per la riforma del codice civile, costituita nel giugno 1945 da De Gaulle e presieduta da Julliot de la Morandière, ebbe a far ricorso a vari tentativi, allo scopo di dedicare una disposizione al principio di conversione, non si diede cura di considerare l’interesse dei terzi. Comunque questi tentativi non ebbero successo, perché si susseguirono diverse formulazioni che si ispiravano alle norme dei codici tedesco e italiano, e che venivano l’una dopo l’altra accantonate. Finché si optò per una soluzione assai meno impegnativa, nel senso che “l’atto nullo può ricevere una qualificazione di un atto valido se questa sia

conforme all'intenzione manifesta delle parti" ma anche in questa veste la norma venne rifiutata come "erronea ed inutile": perché, come disse Henri Mazeaud, un atto che può "rivivere" sotto una diversa qualificazione non è nullo e perché un tale trattamento è consentito sul piano dell'ermeneutica contrattuale.

Una disposizione che consente, per un atto che non può avere effetto, un trattamento di recupero assimilabile alla cd. conversione formale è contenuta nel *Contract code*, progetto redatto negli anni Sessanta da Harvey McGregor di Oxford per la *English Law Commission* insediata dal Parlamento britannico. Si tratta dell'art. 62, in base al quale un accordo che non può valere come contratto di un certo tipo, a causa di un vizio di forma, può valere come contratto di tipo diverso.

Nel suo commento il redattore stesso, McGregor, fa richiamo anzitutto al trattamento disposto nella *section 17(2)* del *Bill of Exchange Act* del 1882, da cui è previsto che un pagherò cambiario deve essere fatto per iscritto; ed egli avverte che quindi la promessa verbale di restituire una somma di denaro avuta a prestito non può avere effetto come pagherò; ma soggiunge che, ciononostante, essa può essere fatta valere sul piano contrattuale, mancando però del carattere tipico del pagherò, che è quello della trasferibilità. Rileva poi che, similmente, se una persona si accorda con un'altra di darle in affitto un terreno, un tale rapporto non si instaura senza un atto scritto sotto sigillo, perché questo è prescritto nella *section 52* del *Law of Property Act* del 1925; e tuttavia l'accordo stesso può essere fatto valere come contratto. Ma in tal caso l'inosservanza delle formalità predette comporta che l'affittuario resti privo di un diritto che avrebbe altrimenti acquistato sul terreno nei confronti dei terzi. In entrambi i casi l'invalidità dell'atto posto in essere non esclude la validità del contratto sottostante, con effetti però limitati.

Per la sanatoria dell'atto invalido non è prevista, nella norma predetta del *Contract code*, alcuna indagine circa l'intento specifico perseguito dai soggetti; né, nella disposizione medesima, risulta preso in considerazione l'interesse dei terzi.

Il primo codice europeo che si dà cura di considerare l'interesse dei terzi, in presenza della conversione di un atto nullo, è il codice olandese, con l'art. 42 del libro III, promulgato nel 1980 ed entrato in vigore nel 1990. Il Collega Prof. Hans Ankum dell'Università di Amsterdam, che ha tenuto negli anni scorsi, da me invitato, una conferenza all'Università di Pavia su questo codice, ha osservato che tale norma può essere così tradotta: "Se la portata concreta di un atto giuridico nullo è talmente conforme a quella di un altro atto, valido, al punto da doversi ammettere che quest'ultimo sarebbe stato posto in essere se non si fosse concluso il primo a causa della sua nullità, allora l'atto nullo produrrà gli effetti dell'altro, a meno che quest'ultimo determini delle conseguenze ingiuste per un interessato che non sia parte dell'atto concluso".

In questa formula, dunque, l'operazione di conversione non esige la presenza nell'atto invalido dei requisiti di quello sostitutivo, ma solo la piena conformità della portata concreta dell'uno e dell'altro, tale da dover far ammettere che il secondo sarebbe stato concluso se si fosse rinunciato a porre in essere il primo a causa della sua invalidità. L'omessa indicazione, relativa alla necessaria presenza degli stessi requisiti nei due atti, è dovuta all'idea che la base logica dell'operazione stia soprattutto nell'equità, oltre che nella buona fede in senso oggettivo, e che pertanto debba solo esigersi che i due atti abbiano la stessa portata, ossia la stessa funzione specifica. Una tale convinzione è dovuta anche alle riflessioni determinate da una sentenza della Corte suprema olandese del 21 gennaio

1944 che, sulla base di uno stimolo dottrinale, introdusse l'istituto, sino allora sconosciuto in Olanda.

Inoltre nella norma si esclude la possibilità della conversione se essa provocherebbe delle conseguenze irragionevolmente ingiuste a danno di un terzo controinteressato, che non sia stato parte dell'atto.

Del trattamento di conversione si occupa anche l'art. 145 del progetto del "Codice europeo dei contratti", redatto negli anni scorsi dall'Accademia dei Giusprivatisti Europei, con sede a Pavia. A tale progetto è stata dedicata una sessione del Congresso internazionale di diritto comprato, tenutasi in Rio de Janeiro nel 1999.

In base alla predetta norma "il contratto nullo produce gli effetti di un contratto diverso e valido, di cui sussistano i requisiti di sostanza e di forma, e che consenta di realizzare in modo ragionevole lo scopo perseguito dalle parti". E' ammesso inoltre che il trattamento sia applicabile anche alla singola clausola di un contratto annullato ed altresì ad un contratto "definitivamente" inefficace (come previsto nell'art. 153). La conversione non è invece ammessa se "dal contratto o dalle circostanze risulta una diversa volontà parti" e, in base all'art. 143-I comma, se un contratto è nullo perché "contrario all'ordine pubblico, ai buoni costumi, a una regola imperativa emanata per la tutela dell'interesse generale o per la salvaguardia di situazioni di rilevanza sociale primaria". E' previsto che la conversione si verifichi *ipso iure*; ma la parte che intende avvalersene deve indirizzare alla controparte una dichiarazione in merito, entro il termine di prescrizione di tre anni decorrenti dalla data della conclusione del contratto.

La norma è stata così stilata tenendosi conto soprattutto dell'esperienza tedesca, circa la *ratio* del principio e la possibile

estensione del trattamento stesso al contratto annullato e a quello inefficace; e si è inoltre in essa cercato di evitare quelle incertezze che si sono manifestate in presenza di contratti nulli perché illeciti. Per motivi di chiarezza e di certezza si è richiesta una dichiarazione della parte che intende avvalersi del trattamento – come previsto per i vari casi di invalidità e di sanatoria – e si è fissato un termine di prescrizione. Non si è tenuto conto della riserva contenuta nella norma appena esaminata del codice olandese, nella quale si prevede che la conversione non abbia luogo se la sua applicazione risulti ingiusta nei confronti di un terzo che non sia parte del contratto. E ciò perché – come precisato nella ‘Relazione del coordinatore’ – non essendo palese entro quale termine l’interesse contrario del terzo debba manifestarsi, potrebbe esserci il rischio che la possibilità di operare il trattamento restasse paralizzata per un tempo che potrebbe diventare eccessivo, e decorrendo il quale, oltretutto, il bene che costituisce l’oggetto del contratto nullo (da convertire) potrebbe risultare poi introvabile o danneggiato, così che una siffatta tutela potrebbe rivelarsi vana.

D’altra parte la tutela dei terzi è prevista in linea generale nel progetto dall’art. 161, in base al quale “in tutte le ipotesi di inesistenza, nullità, annullamento, inefficacia, inopponibilità, risoluzione, recesso, ogni parte è responsabile dei danni che, a causa del suo comportamento, i terzi subiscono per avere essi in buona fede fatto affidamento sull’apparenza del contratto così creatasi, se l’atto stesso ha poi un diverso o nessun effetto”. La norma precisa che il risarcimento è regolato dalle norme (artt. 162 ss.) relative alla responsabilità contrattuale, in base alle quali il debitore è esente da responsabilità se il fatto dannoso non è riconducibile alla sua condotta, essendo dovuto ad una causa estranea imprevedibile e irresistibile (salvo che per gli obblighi di fare di natura professionale, nei quali assume rilevanza la diligenza prestata).