

---

# Capitolo 6

## LE DIFESE CONTRO LA VINCOLATIVITÀ DEL CONTRATTO

### SEZIONE I

#### *Gentlemen's agreement*

di LUCA BARCHIESI

---

#### Sommario

1. Autonomia privata tra socialmente e giuridicamente rilevante – 2. Autonomia sociale quale *genus* della *species* autonomia negoziale. Disponibilità degli effetti giuridici – 3. Esclusione degli effetti giuridici; riserva mentale; mancanza di serietà del volere – 4. L'atto di autonomia sociale tra effetti negoziali in senso proprio ed effetti finali (pratici ed empirici) – 5. *Gentlemen's agreement* quale atto di autonomia sociale. Effettività ed efficacia della sanzione sociale – 6. Generali rapporti civili e relazioni sociali intensive. L'incidenza dell'*intuitus personae* sulla configurazione del tipo sociale *gentlemen's agreement* – 7. *Gentlemen's agreement* e disciplina del contratto: ricerca della comune intenzione delle parti di escludere il vincolo giuridico. L'onere della prova dell'intento giuridico negativo espresso o implicito – 8. (Segue): nullità per illiceità e nullità per illegalità – 9. *Gentlemen's agreement* ed effetti reali. Esecuzione del patto e consenso traslativo – 10. *Gentlemen's agreement* ed interessi endo e para-familiari (accordo di convivenza; patto sulla separazione personale non omologato) – 11. *Gentlemen's agreement* ed interessi economici (lettera di *patronage*; patto parasociale) – 12. La lettera o dichiarazione d'intenti – 13. Inadempimento del *gentlemen's agreement* e risarcibilità del danno patrimoniale immediato e diretto. Esclusione – 14. Rapporti tra criterio di giudizio (arbitrato d'equità) e regola sostanziale

---

### 1. Autonomia privata tra socialmente e giuridicamente rilevante

Nell'intraprendere l'indagine su un fenomeno sprovvisto di norme che ne regolano la disciplina o, anche solo, che ne definiscono il tipo, si è più che mai autorizzati a privilegiare un approccio che rintracci nelle **categorie generali** il materiale utile per l'edificazione delle fondamenta sulle quali poggiare una possibile ricostruzione giuridica della tematica.

Un primo rinvio d'obbligo è allora riservato all'**autonomia privata** e, ancor meglio, alle ragioni «pratiche» che si ritrovano al fondo delle elaborazioni concettuali ad essa dedicate tradizionalmente: si muove infatti da una constatazione di ordine razionale per approdare al dogma

del **pre-giuridico** quale spazio di anticipazione essenziale e selettiva del giuridicamente rilevante<sup>1</sup>.

La constatazione razionale rileva che i bisogni che il diritto privato disciplina esistono prima ancora nella «vita sociale», cosicché i privati si trovano naturalmente spinti a provvedere da sé a forgiare i mezzi che consentono loro di pervenire ad un certo, praticabile assetto degli interessi emergenti nella vita di relazione. Tale premessa consente un'intuibile osservazione: l'iniziativa dei privati volta a dare un «reciproco» e «consapevole» regolamento agli opposti interessi dei quali sono normalmente portatori, germoglia nella «vita sociale, all'infuori di ogni tutela da parte del diritto»; non altrettanto intuibile è invece l'ulteriore corollario: l'autoregolamento che nasce e si dispiega obiettivamente sul «terreno sociale», e che in quanto «consapevole» sgorga soggettivamente da una «coscienza sociale», è già a tale livello considerato impegnativo per le parti, prima ancora che allo stesso vengano poi attribuite forma e sostanza giuridiche<sup>2</sup>.

Non interessa in questa sede dibattere sul momento nel quale può legittimamente dirsi che un autoregolamento abbia maturato i requisiti minimi per entrare a far parte dell'ordine giuridico, posto che si tratterebbe, altrimenti, di intraprendere l'altra e diversa indagine sulla meritevolezza degli interessi contingenti che emergono ai vari livelli della vita sociale<sup>3</sup>; interessa invece riflettere sulle **condizioni pratiche e materiali** che si accompagnano agli atti di iniziativa che i privati adottano per regolare i loro socialmente apprezzabili bisogni.

---

<sup>1</sup> È prima ancora la stessa riflessione generale intorno al diritto, l'ambito entro il quale si studiano i rapporti tra norma ed azione. Per i teorici della attualità o esperienza concreta, la norma si ricava dal fatto, poiché sta dentro il fare dell'uomo, rivelandosi per mezzo di una giuridicità che è insita nel compimento dell'azione umana; di questo passo, la giuridicità, espressa dal fatto, poiché intrinseca ad esso, non viene attribuita da fonte esterna ma s'individua attraverso l'analisi dell'esperienza: quest'ultima consente di ricavare il diritto e le norme attraverso la ricognizione di taluni tipi o classi di fatti. Su opposto versante, si situano i normativisti e, pur con le dovute differenze, i decisionisti, per i quali la norma è estrinseca all'azione, in tanto in quanto è, quest'ultima, oggetto di una qualificazione ed attribuzione di significato nuovo (in quanto giuridico) ad opera della prima. Su tali aspetti, si vedano le interessanti, meditate sintesi in IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004, 75-79. Con più diretta attinenza al tema trattato in queste pagine si consideri, nell'ambito del primo orientamento, la stessa dottrina sul rapporto giuridico, inteso, quest'ultimo, quale traduzione in termini giuridici di un determinato rapporto dell'esperienza empirica, ovvero di un certo rapporto sociale, LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia (Spunti per una teoria del rapporto giuridico)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 414, spec. 419 s.

<sup>2</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1960, 40-51. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, 90-112.

<sup>3</sup> BETTI, *Teoria generale*, cit., 53.

Mi pare si possa riconoscere che le anzidette, rilevanti condizioni siano essenzialmente riducibili a quattro, delle quali due già poste in rilievo: la **reciprocità** delle attese che l'autoregolamento genera e la comune **consapevolezza** della rilevanza ed importanza dei bisogni ivi contemplati (in altri termini, la «coscienza sociale»)<sup>4</sup>; la terza, costituita anche in questo caso dalla comune consapevolezza della insostituibilità del mezzo forgiato (l'autoregolamento, s'intende) quale unico, possibile strumento esplicativo ed attuativo delle iniziative private delle parti<sup>5</sup>; la quarta infine, anch'essa agevolmente desumibile atteso un certo carattere fondamentale qual si accompagna costantemente all'atto di iniziativa in questione, rappresentabile nel necessario differimento, rispetto all'istante nel quale l'autoregolamento si pone, del momento al verificarsi del quale il bisogno ivi contemplato si realizza (e nel realizzarsi si esaurisca) per tramite, s'intende, del relativo soddisfacimento (cioè, a dire: l'atto d'iniziativa immancabilmente dispone **per l'avvenire**)<sup>6</sup>.

La reciprocità delle aspettative di soddisfacimento dei bisogni contemplati nell'autoregolamento, unita alla comune consapevolezza della rilevanza ed importanza dei medesimi, sviluppa già un primo livello di presupposta, **condivisa impegnatività necessaria** delle regole di condotta divise nel programma in cui confluiscono e maturano gli originari propositi individuali dei fautori dell'atto di autonomia<sup>7</sup>; al pa-

---

<sup>4</sup> FERRI, *Il diritto statale e il suo doppio*, in *Quadrimestre*, 1993, 1 ss., spec. 6-10, individua a ragione, nelle più autorevoli voci della dottrina degli anni '60 in tema di autonomia negoziale, il tratto comune e unificante del riconoscimento di una previa dimensione sociale già dotata di una certa impegnatività e vincolatività, seppure presidiata da sanzioni meno incisive rispetto a quelle assicurate dall'ordinamento giuridico. Più in generale, sullo stretto e imprescindibile rapporto tra regole giuridiche e regole sociali, PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, 54 s.

<sup>5</sup> Su tale insostituibile carattere dell'atto di autonomia, si vedano i numerosi spunti in SACCO, *L'occupazione, atto di autonomia (Contributo ad una dottrina dell'atto non negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 343 ss., spec. 346.

<sup>6</sup> Sul punto si abbia nuovamente riguardo, anche per il contesto specifico nel quale la riflessione si articola, al saggio di FERRI, *op. cit.*, 5 s. Nello stesso senso, a proposito del carattere costantemente programmatico del negozio giuridico, SACCO, *op. cit.*, 343 ss.; *contra*, PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 162, che riconduce alle teorie precettive del negozio il limite di aver indotto a riconoscere solo nell'atto rivolto a regolare ipotesi future, e non già nell'atto volto a comporre interessi attuali rispetto alla sua stipulazione, il carattere del negozio.

<sup>7</sup> Sul terreno del *gentlemen's agreement*, nello stesso senso espresso nel testo, MAZZONI, *Le lettere di patronage*, Milano, 1986, *passim*, per il quale la c.d. coscienza che spinge le parti ad adempiere diventa, a fronte dell'infittirsi dei rapporti economici e del connesso timore delle sanzioni sociali conseguenti all'inesecuzione dello stesso, convenienza ad adempiere, cosicché l'impegno d'onore, siccome dotato di rilevante valenza economica e sorretto da una sorta di cogenza di fatto, non può non diventare giuridicamente rilevante.

ri, l'impossibilità di concepire altrimenti la stessa astratta possibilità di conseguire il soddisfacimento dei bisogni agognati, se non attraverso il mezzo dell'autoregolamento, unita alla circostanza che la realizzazione dei medesimi è solo una, seppur ragionevole, mera prospettiva di realizzazione, appronta infine il secondo decisivo livello sul quale fondare il valore impegnativo dell'autoregolamento medesimo.

In altri termini, nel fatto che tutte le parti dell'autoregolamento si muovano da una «situazione socialmente apprezzabile» di bisogno, suscettibile di essere soddisfatta solo per mezzo di un atto di iniziativa privata normalmente limitato poiché non immediatamente realizzativo, risiede la ragione pratica del fondamentale carattere impegnativo dell'atto di «autonomia sociale»<sup>8</sup>.

## 2. Autonomia sociale quale *genus* della *species* autonomia negoziale. Disponibilità degli effetti giuridici

La rilevata efficacia impegnativa dell'atto di autonomia già sul piano sociale, ricostruita attraverso l'analisi delle **condizioni materiali** e delle **ragioni pratiche** che si accompagnano all'assunzione di un autoregolamento, trova un punto di sintesi nella esplicitazione dei criteri alla luce dei quali dovrà essere giudicata e sanzionata la condotta del mancato rispetto della parola data: essi dovranno essere informati a canoni di valutazione del comportamento quali il **costume**, la **correttezza**, la **buona fede**, che nella loro dimensione di effettività, lungi dall'operare al pari delle sanzioni proprie dell'ordine giuridico, si traducono in «misure di ritorsione e di autotutela» o in conseguenze più generali quali la «perdita o diminuzione del credito sociale con conseguente impossibilità o difficoltà di concludere nuovi affari»<sup>9</sup>.

Al di là della diversità della sanzione dunque, il negozio assunto nel suo concetto empirico ovvero divisato per mezzo del suo substrato reale, è un fatto o fenomeno sociale, o per meglio dire un atto di autonomia sociale che, quando per motivi «di contingente opportunità» assurge al rango di negozio giuridico, non muta in nulla né il suo originario «tenore formale» né il suo primigenio tenore «sostanziale»<sup>10</sup>; in altri termini, l'autonomia che si esplica «nel campo della correttezza»<sup>11</sup>, rispetto a quella più propriamente negoziale, mantiene, rispetto al suo

<sup>8</sup> Felice aggettivazione dell'atto di autonomia, ogniquale volta esso si espliciti nel campo delle relazioni economico-sociali, SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 95 ss.

<sup>9</sup> BETTI, *Teoria generale*, cit., 43. Sul punto, CAMPANA, *Il dubbio e la fiducia nel diritto degli affari*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 293 ss., spec. 295-297.

<sup>10</sup> BETTI, *Teoria generale*, cit., 42, spec. nota 6.

<sup>11</sup> SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 94, spec. nota 18. FERRI, *op. cit.*, 8 e 10.

precedente manifestarsi sotto forma di autoregolamento solo socialmente rilevante, una identità di struttura e di contenuto, identica restando tanto l'essenza dell'atto strutturalmente identificabile quale «statuizione di regole»<sup>12</sup>, quanto la fisionomia della «situazione socialmente apprezzabile» o interesse il cui soddisfacimento le parti si propongono di presidiare con un più intenso vincolo e una «più energica tutela»<sup>13</sup>.

Una volta premessa la sussistenza di un genere di autonomia privata, che è quello nel quale gli individui possono darsi regole da sé nel campo «delle relazioni economico-sociali, del traffico»<sup>14</sup>, e una volta chiarito che all'interno di un tale genere – unitariamente contrassegnato dal fatto che gli individui si diano una regola da valere «nell'ambito delle relazioni intersoggettive» – rientri qualunque atto di autonomia purché, nel senso appena divisato, «sociale», e dunque anche l'atto di autonomia negoziale<sup>15</sup>, occorre introdurre l'indagine del carattere che, all'interno del genere prospettato, renda invece compiutamente la specificità di quell'**atto di autonomia sociale** che tale resti, per non esser stato dalle parti inteso quale atto preordinato alla costituzione di un vincolo dotato di sanzione giuridica<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> L'autoregolamento dei privati interessi si traduce immancabilmente in un «comando o precetto», e non si esaurisce nel «concetto generico di atto di soddisfacimento dei propri interessi», che se così non fosse non potrebbe essere distinto da un qualunque altro generico atto con cui si provvede ai propri interessi, SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 111, spec. nota 45.

<sup>13</sup> BETTI, *Teoria generale*, cit., 40, spec. nota 2 e 42, spec. nota 6. FERRI, *op. cit.*, 14, in primo luogo: *l'action en justice*.

<sup>14</sup> SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 94. Pur con la dovuta attualizzazione e revisione alla quale la categoria generale dovrà essere necessariamente sottoposta, al punto che tra «libertà umana» *ex artt.* 41, 2° co., e 2 Cost. e «autonomia contrattuale» *ex art.* 1322 c.c., vi sarebbe poco o nulla in comune, stante che l'autonomia ideologicamente e nostalgicamente intesa quale potere di determinazione del contenuto negoziale, ovvero potere di negoziare, discutere e trattare il contenuto del contratto, sarebbe ormai per lo più fuori dal nostro tempo: IRTI, *op. cit.*, 103.

<sup>15</sup> Il fenomeno dell'autonomia negoziale, non a caso, viene definito in termini né più né meno corrispondenti a quelli che la dottrina più volta richiamata riserva al genere dell'autonomia sociale: «per autonomia negoziale in senso proprio deve intendersi un fenomeno sociale, non psicologico, e precisamente l'attitudine dei privati a darsi regola da sé nel campo delle loro relazioni economico-sociali», SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 99.

<sup>16</sup> Salvo quanto si farà rilevare in seguito, può osservarsi che il *gentlemen's agreement* si presta, negli scritti dedicati al tema, ad essere principalmente studiato nella sua dimensione di atto o fonte non contrattuale di un rapporto sociale non giuridico, poiché è essenzialmente in tale prospettiva statica che ne viene esaminato il tratto caratterizzante costituito dalla intenzione esplicita delle parti di creare tra di loro un vincolo solo morale o economico-sociale (MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano, 1998, 86-93); di contro, le promesse o atti di cortesia vengono costruttivamente annoverati nella serie dei fenomeni nei quali «il riferimento al rapporto rappresenta un necessario punto di partenza, come dato individuante il fenomeno pratico che si tratta di classificare e disciplinare», LIPARI, *op. cit.*, 421 s.

L'analisi, che dal piano oggettivo dell'atto di autonomia quale fenomeno sociale, si sposta su quello soggettivo della considerazione dei termini nei quali si esprime la volontà sottesa all'autoregolamento, conduce alla verifica della effettiva utilità sistematica di categorie classiche, tra le quali quella dell'**intento giuridico**: quest'ultimo è un particolare aspetto o modo di atteggiarsi della volontà di darsi regola da sé nel campo di una relazione economico-sociale, poiché, là dove presente, si coglie per taluno<sup>17</sup> quale requisito positivo indefettibile affinché un atto di autonomia, che pure si caratterizzi per una funzione pratica socialmente rilevante e degna di tutela, si distacchi dal piano del puramente sociale (in cui comunque s'apprezza, ivi essendo la sua genesi e la sua indefettibile, costante identità di genere) e si sviluppi sul terreno dell'ordine giuridico<sup>18</sup>.

Del resto, la stessa dottrina che strenuamente avversa l'idea secondo la quale «un negozio della vita privata in senso sociale con una corrispondente funzione pratica» deve, perché possa assurgere al rango di negozio giuridico, accompagnarsi ad una concordante (rispetto alla funzione, ragione o causa del negozio) manifestazione di «volontà individuale rivolta agli effetti giuridici»<sup>19</sup>, osserva che l'intento delle parti positivamente (e sufficientemente) rivolto verso un mero risultato pratico, potrebbe negativamente caratterizzarsi in un senso ulteriore, là dove alle stesse parti si riconosca la possibilità di escludere gli effetti

---

<sup>17</sup> Da ultimo si veda, anche per la dottrina conforme, MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 86 ss., spec. 90 s., il quale ribadisce che l'intento giuridico «non indica la perfetta coincidenza tra la volontà programmatica empirica (...) e gli effetti realmente nascenti dal negozio anche per effetto della volontà del legislatore, ma solo indica questa più generica consapevolezza dell'impegnatività giuridica dell'accordo o della promessa» e che, più in particolare, la volontà negoziale «(...) si esprime nella scelta di giurificazione del patto o della promessa (...) diretta (...) tanto alla realizzazione dello scopo pratico-economico quanto alla sua tutela giuridica, pur se variamente consapevole, secondo la levatura intellettuale del contraente». La sintesi riportata sulla duplice, eppure unitaria, direzione dell'intento negoziale, mostra ancora una volta lo sforzo di conciliazione tra gli opposti: volontà degli effetti giuridici-volontà rivolta all'effetto pratico-empirico; sul punto, tra gli altri, SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 215 s.

<sup>18</sup> *Contra*, per tutti, SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 217 ss., spec. 220, 222. BETTI, *Teoria generale*, cit., 51 ss., 54-58, spec. nota 21. È noto che l'autorevole dottrina classica citata, nel quadro di una concezione oggettiva del negozio, distingue quest'ultimo, dall'atto di correttezza e dall'atto di cortesia, «(...) dal grado di tipizzazione sociale del negozio, nel senso cioè che, più sarà diffusa nella coscienza sociale la valutazione del comportamento, in astratto, come negoziale, più agevolmente si procederà per il riconoscimento, nel caso concreto, di un negozio» (SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 217 ss.). Sul piano della terminologia e dei concetti usati, per «ordine giuridico» dovrà intendersi ciò che «riposa sull'ordinamento» e che, per ciò stesso, si traduce nella «uniformità e regolarità dei significati giuridici»: il concreto compratore sarà tenuto a pagare il prezzo e a rispondere per l'inadempimento, al pari del compratore astrattamente contemplato nell'ordine giuridico instaurato con la norma positiva applicabile. Sul punto, IRTI, *op. cit.*, 80 s.

<sup>19</sup> BETTI, *Teoria generale*, cit., 50 s., 54 s.

giuridici: cosicché accadrebbe, in tal caso, che gli scopi o conseguenze pratiche alla cui realizzazione gli individui tendono resterebbero sul piano del giuridicamente irrilevante, per fissarsi sul solo terreno del socialmente rilevante<sup>20</sup>.

Pur se con la qualifica di irrilevante per il diritto, si tratterebbe anche in tal caso di un atto di autonomia privata non dotato di sanzione giuridica, non già perché oggettivamente indifferente rispetto alle funzioni pratiche che l'ordine giuridico reputa degne di tutela, ma perché soggettivamente fornito, in quanto espressamente dotato, di un **intento appositamente rivolto alla esclusione degli effetti giuridici**: si tratterebbe dunque, pur sempre di un negozio (irrilevante per il diritto) che porta all'emersione di una realtà di interessi e scopi pratici i cui mezzi per garantirne il soddisfacimento, lungi dall'essere traducibili nei tipici rimedi della coazione e della sanzione giuridica, si mostrano nella indefinita forma della **sanzione sociale**<sup>21</sup>.

### 3. Esclusione degli effetti giuridici; riserva mentale; mancanza di serietà del volere

Il rapporto tra **competenza dispositiva dei privati** e competenza normativa dell'ordine giuridico si pone dunque in termini più generali rispetto a quelli ai quali tradizionalmente si fa riferimento<sup>22</sup>, poiché se per un verso, partendo dal secondo termine del binomio, compete all'ordine giuridico considerare non giuridico quell'atto di autonomia privata che non assolva ad una funzione «meritevole o bisognosa di sanzione giuridica»<sup>23</sup>, per altro verso, spetta agli individui escludere dalle conseguenze pratiche dei propri atti di autonomia la serie degli effetti giuridici da essi tipicamente e normalmente scaturenti<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> BETTI, *Teoria generale*, cit., 82-86, 123.

<sup>21</sup> BETTI, *Teoria generale*, cit., 86, 114, 123. *Contra*, FERRI, *op. cit.*, 15 ss., il quale con ricchezza di argomenti osserva che il vincolo che si realizza a livello sociale consente di individuare comunque «l'esistenza di una *dimensione giuridica (...) originaria ed autonoma*».

<sup>22</sup> BETTI, *Teoria generale*, cit., 82, nota 1.

<sup>23</sup> BETTI, *Teoria generale*, cit., 53, 114. È noto il passo dell'autorevole dottrina più volte citata, là dove avverte «che il diritto non concede la propria sanzione al mero arbitrio, al capriccio individuale, al motivo transeunte (motivo, che, anche quando non sia frivolo, ma plausibile, rimane irrilevante), ma la concede solo a funzioni che esso valuta socialmente rilevanti e utili per la comunità cui dà ordine e in cui si svolge». *Contra*, notoriamente, GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1954, 199 ss., spec. 203, 224 ss.

<sup>24</sup> L'autonomia delle parti può porre «il disposto regolamento d'interessi sopra un piano diverso da quello giuridico, affidandosi alla fede o alla discrezione altrui (...). E se ciò avviene d'accordo fra le parti (nei negozi bilaterali) o in modo riconoscibile (nei negozi unilaterali), il vincolo giuridico è certamente escluso (...) l'autonomia delle parti non ha

L'esclusione, la limitazione o anche soltanto la variazione del vincolo giuridico dovrà essere però oggetto di un accordo o, se contenuta in un negozio unilaterale, dovrà essere esteriormente riconoscibile, poiché in caso contrario si dovrebbe concludere nel senso di un atto affetto da **riserva mentale** o caratterizzato da una «velleità irrilevante» che non avrebbe alcuna incidenza sulla tipica e normale efficacia giuridica dell'autoregolamento<sup>25</sup>. Si osserva inoltre che l'intento delle parti che sia rivolto ad escludere o limitare la normale operatività del vincolo giuridico, oltre che oggettivamente rilevabile all'interno dell'atto di autonomia, potrà inequivocabilmente apprezzarsi in tanto in quanto sia psicologicamente compatibile con il particolare e concreto atteggiarsi della volontà vista attraverso il relativo procedimento di formazione: la volontà di escludere il vincolo potrà pertanto convivere con un **errore comune** ad entrambe le parti, là dove esso «non sia tale da escludere per incompatibilità psicologica la valutazione della portata impegnativa dell'atto o l'intento pratico tipico corrispondente al negozio che si compie», mentre non potrà essere rinvenuta in un atto di autonomia affetto da una «**mancanza di serietà**»<sup>26</sup>.

Il caso del trattamento di una dichiarazione di volontà non seria segna, in un certo senso, il limite alla competenza dispositiva dei singoli là dove riafferma la competenza normativa dell'ordine giuridico a statuire sulla disciplina da applicare alla concreta fattispecie: la **mancanza di serietà del volere** evoca cioè una valutazione negativa da parte dell'ordine giuridico, poiché viene decodificata in termini di vizio dell'atto tale da farne un atto, appunto, inesistente o nullo, cosicché, essa

---

una funzione e rilevanza positiva, nel senso che sia chiamata esplicitamente a crearlo, ma ha solo una funzione e *rilevanza negativa*, nel senso che è in potere di escluderlo o limitarlo», BETTI, *Teoria generale*, cit., 89 s., 170 s. *Contra*, LIPARI, *op. cit.*, 427.

<sup>25</sup> BETTI, *Teoria generale*, cit., 90. La riserva mentale si considera come noto irrilevante, nel senso che – pur traducendosi in una volontà divergente e discordante rispetto alla volontà dichiarata consapevolmente – non essendo stata debitamente manifestata, non ha per ciò stesso alcuna rilevanza sulla validità del negozio, e dunque alcuna incidenza sul carattere perfetto del procedimento di costituzione del vincolo giuridico, SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, 150 s. Da aggiungere ai nostri fini, che la riserva mentale si traduce pur sempre in una discordante e divergente manifestazione meramente interiore di volontà giuridica, tant'è che la cennata divergenza – irrilevante ai fini della validità del negozio – si pone proprio tra due manifestazioni di volontà negoziale, ovvero tra due intenti entrambi giuridici.

<sup>26</sup> BETTI, *Teoria generale*, cit., 90. La dichiarazione non seria è tradizionalmente considerata improduttiva di effetti giuridici, poiché, a titolo esemplificativo, fatta per scherzo, per insegnamento, per rappresentazione teatrale, SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 150 ss. Da aggiungere ai nostri fini, che l'intento non serio non potrebbe giammai essere considerato compatibile con la volontà, necessariamente seria, di porre in essere un autoregolamento impegnativo seppure sul piano meramente sociale.



e la presenza di un intento giuridico negativo rappresentano due diverse fattispecie, soggette a due diversi trattamenti normativi<sup>27</sup>.

#### 4. L'atto di autonomia sociale tra effetti negoziali in senso proprio ed effetti finali (pratici ed empirici)

Chiarita la struttura dell'atto di autonomia sociale volutamente improduttivo di effetti giuridici, nonché premesso che questo ed il negozio giuridico si caratterizzano per una sostanziale identità di interessi e scopi pratici perseguiti, si può a questo punto legittimamente osservare che quando i soggetti tra i quali esiste una certa relazione economico-sociale, dispongono per l'avvenire un regolamento dei propri interessi volutamente limitato, per una loro contingente valutazione, ad esplicitare una efficacia costitutiva sul solo piano sociale – dacché è solo su tale piano, non già su quello giuridico, che le parti intendono in tali casi dispiegare «effetti ordinativi» – essi pongono in essere, allora, un atto di autonomia privata le cui conseguenze pratiche tipiche si distinguono da quelle scaturenti dal corrispondente negozio giuridico per il sol fatto di operare su un piano extra-giuridico, per il resto risultando ad esse identiche; cosicché, l'elaborazione di una definizione del fenomeno economico-sociale costituito dall'**atto di autonomia extra-giuridico** potrà prendere le mosse dalla corrispondente **nozione positiva di contratto** sancita dall'art. 1321 c.c.: rispetto a quest'ultimo, il primo è pur sempre un accordo tra due o più parti, volto parimenti a costituire e regolare un rapporto a contenuto patrimoniale, seppur extra-giuridico<sup>28</sup>.

Quale sia a questo punto la natura e l'identità degli «effetti ordinativi» che scaturiscono da un atto di autonomia privata extra-giuridico è questione che potrà essere agevolmente risolta avuto essenzialmente riguardo alla riflessione dedicata alla **efficacia del negozio giuridico**.

---

<sup>27</sup> La distinzione tra mancanza di serietà del volere e intento giuridico negativo è un punto fermo anche in quella parte della trattazione nella quale la dottrina più volte citata riafferma il principio, assai spesso ribadito, secondo il quale *l'opinio necessitatis*, intesa quale apposita valutazione dell'atto siccome impegnativo, costituisce una illazione generica dell'esperienza, un dato immanente alla coscienza sociale che, solo se si vuole escludere, si ha l'onere di rendere ciò esteriormente riconoscibile agli altri, mediante riserve dirette a spogliare la dichiarazione del suo valore altrimenti impegnativo; qui infatti, l'espressione «mancanza della serietà necessaria» assume chiaramente il significato di intento giuridico negativo, BETTI, *Teoria generale*, cit., 170 s.

<sup>28</sup> L'intento empirico diretto a provvedere a un dato regolamento d'interessi di contenuto patrimoniale dà luogo ad un accordo operante sul piano extra-giuridico, in tanto in quanto all'atto di autonomia manca quella comune intenzione (*ex art. 1362 c.c.*) diretta a costituire fra le parti una disciplina vincolante dei loro rapporti, BETTI, *Teoria generale*, cit., 91.

Si osserva che il negozio giuridico, in quanto fattispecie, non può non essere identificato per mezzo dell'effetto suo proprio, effetto dal quale dipende, appunto, il suo «significato giuridico», o più semplicemente la sua stessa esistenza; ciò premesso, l'effetto che segna l'esistenza della fattispecie, in tanto in quanto la identifichi nell'ambito della fenomenologia giuridica, è – s'intende – quello negoziale in senso stretto (che in termini di diritto positivo trova conferma negli artt. 1372 e 1374 c.c.); quest'ultimo in particolare, coincide con la giuridicità del negozio, ed in quanto **effetto negoziale in senso proprio** deve essere tenuto distinto dagli **effetti finali**, che sono quelli corrispondenti alle disposizioni delle parti, mezzo tramite il quale esse possono realizzare la funzione o scopo pratico programmato «sul piano del diritto»<sup>29</sup>.

L'effetto negoziale coincide dunque con la «giuridica rilevanza» del negozio giuridico, e sul piano formale si apprezza nei termini di una qualsiasi modificazione del mondo del diritto, tale da segnare, su tale «piano» appunto, una «differenza (...) tra una situazione giuridica preesistente e un'altra successiva»<sup>30</sup>: l'effetto negoziale in senso proprio e, con esso, la rilevanza del negozio si colgono allora «al di fuori degli effetti c.d. finali»<sup>31</sup>, ovvero del tutto a prescindere da questi.

Lo svolgersi della dinamica effettuale del negozio giuridico porta poi a precisare che l'effetto negoziale costituito dalla impegnatività e dalla irrevocabilità «sul piano del diritto» dell'autoregolamento – impegnatività e irrevocabilità che, si è già detto, introducono di per sé la mutazione di una situazione giuridica preesistente – è tale rispetto al contenuto dispositivo programmato dalle parti<sup>32</sup>, che altro non integra se non la serie degli effetti finali: questi ultimi in particolare sono presidiati da un mezzo coercitivo che ne contempla la potenziale attuazione, in quanto dotato, quest'ultimo, dell'attitudine o idoneità a realizzarli.

Gli effetti finali dunque, ovvero il contenuto dispositivo del negozio giuridico, non appartengono allora al tratto distintivo essenziale di quest'ultimo, poiché rilevano solo indirettamente, in quanto regolamento dei privati interessi che il mezzo negoziale, impegnativo e irrevocabile «sul piano del diritto», è idoneo a realizzare.

---

<sup>29</sup> SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 275 ss. *Contra*, FERRI, *op. cit.*, 15 ss., per il quale effetto essenziale del negozio, considerato nella sua primigenia dimensione sociale, è quello di esprimere una regola, che altro non è se non lo strumento per realizzare le finalità alle quali le parti tendono: tale regola introduce tra le parti una modificazione che è giuridica per il fatto stesso di essere fondata sul rispetto della parola data e sulla forza di sanzioni, anche se «certamente meno intense ed incisive di quelle assicurate dall'ordinamento statutale».

<sup>30</sup> SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 277.

<sup>31</sup> SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 278, spec. nota 5.

<sup>32</sup> SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 110, spec. nota 42 e 280 ss.

Si può allora osservare che ciò che appartiene all'ambito degli effetti finali, appartiene in realtà al contesto distinto della dinamica degli atti di autonomia privata *tout court*; in altri termini, il **regolamento dei privati interessi** è un tratto che accomuna tutti gli atti di autonomia sociale, e si identifica attraverso la serie degli effetti pratici ed empirici, ovvero per mezzo delle finalità pratiche ed economiche che gli autori degli atti si propongono di realizzare<sup>33</sup>.

Peraltro, ciò che in riguardo ad un negozio giuridico viene qualificato come **rapporto giuridico** – tale è infatti, per la dottrina richiamata, la situazione finale che consegue ad esso<sup>34</sup> – in riguardo ad un atto di autonomia sociale volutamente improduttivo dell'effetto negoziale, dovrà essere genericamente definito quale relazione della vita associata o **rapporto sociale**<sup>35</sup>.

## 5. *Gentlemen's agreement* quale atto di autonomia sociale. Effettività ed efficacia della sanzione sociale

L'accordo tra gentiluomini<sup>36</sup> rientra dunque tra gli atti di autonomia sociale dai quali scaturisce una relazione rilevante sul solo piano sociale ed extra-giuridico<sup>37</sup>: il regolamento con esso assunto vincola esclusiva-

---

<sup>33</sup> Pur muovendo da una diversa prospettiva, nella quale giuridica è anche la dimensione nella quale si ponga il vincolo assunto sul piano della lealtà dei rapporti intersoggettivi, conduce ad una medesima conclusione – qual è quella esposta nel testo – l'autorevole dottrina che assegna all'atto dei privati, che sia tutelato per espressa volontà delle parti con rimedi solo extra-statali, il ruolo di atto volto a dare una concreta regolamentazione ai propri interessi, ovvero la portata di autoregolamento, FERRI, *op. cit.*, 17.

<sup>34</sup> SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 288.

<sup>35</sup> LIPARI, *op. cit.*, 420.

<sup>36</sup> Valga la seguente avvertenza terminologica. Nel riferirci al fenomeno studiato verranno usati termini che, anche nella riflessione dottrinale precedente, vengono pacificamente intesi come sinonimi. La locuzione anglofona *gentlemen's agreement*, traducibile con l'espressione accordo o patto tra gentiluomini, potrà essere evocata anche con i termini patto, impegno o accordo d'onore. Sulla definizione del termine, SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, Napoli, 1995, 11-15.

<sup>37</sup> Del *gentlemen's agreement* è stato, sin dalle prime trattazioni, evidenziato il tratto descrittivo dell'essere esclusivamente fondato sulla parola che l'una parte ha dato all'altra, ovvero del non essere suscettibile di giuridica esecuzione; in esso è stato visto «un ritorno alle nobili tradizioni romanistiche» dei *pacta bonae fidei*, D'AMELIO, voce «*Gentlemen's agreement*», in *Nuovo Dig.*, Torino, VI, 1938, 226 ss., spec. 227. Un tale fenomeno, migrato dal campo giuridico internazionale al mondo degli affari, viene sin da subito designato con i termini indistintamente usati di impegno morale, intesa, contratto senza forma, accordo; in tutti i casi si caratterizzerebbe per il fatto di contenere obbligazioni non nettamente definite, e per il fatto di tendere, attraverso formulazioni elastiche e meno impegnative, a superare lungaggini e ostacoli burocratici, ciò anche attraverso una scelta di fondo volta ad evitare ogni eccessivo formalismo, CANSACCHI, vo-

mente sul piano dell'**onore**, della **lealtà**, della **correttezza**, e sarà tanto più avvertito come vincolante, quanto più i valori del **prestigio**, della **correttezza**, della **buona fede**, della **morale** vengano apprezzati, all'interno del particolare contesto sociale di riferimento, in termini di irrinunciabilità<sup>38</sup>. L'essere **insuscettibile di esecuzione per legge**, rende l'accordo esposto al mero arbitrio del singolo, al quale si pone di fronte una alternativa tra due comportamenti entrambi parimenti leciti: non rispettare l'impegno assunto, e così subire la **squalifica** e il **discredito** da parte degli altri membri del particolare contesto sociale di appartenenza; oppure, tener fede alla parola data e per l'effetto beneficiare di tutto ciò che in termini di immagine, **credibilità**, **stima** e **buona considerazione** potrà derivargli all'interno della **comunità di riferimento**<sup>39</sup>.

Pur con le dovute differenze, l'alternativa che si pone di fronte all'individuo resta spesso definibile in termini di convenienza pratica ed utilitaristica, al pari del raffronto tra costo dell'adempimento e costo dell'inadempimento a cui può esser chiamato il contraente<sup>40</sup>; soprattutto nei contesti sociali appartenenti al mondo economico e commerciale, si osserva che la **parola data** viene in definitiva onorata non tanto per la particolare sensibilità mostrata verso il rispetto dei doveri pregiudiziali di lealtà, correttezza, onestà, buona fede, prestigio, decoro, coscienza, quanto piuttosto perché sarebbe altrimenti particolarmente sconveniente, per le notevoli conseguenze pratiche, subire la **sanzione extra o meta-giuridica**<sup>41</sup>.

---

ce «*Gentlemen's agreement*», in *Novissimo Dig.*, VII, Torino, 1961, 796. CAMPANA, *op. cit.*, 295 ss.

<sup>38</sup> MARTINI, voce «*Gentlemen's agreement*», in *Digesto/civ.*, VIII, Torino, 1992, 639 ss.

<sup>39</sup> MARTINI, *op. cit.*, 640.

<sup>40</sup> Si iscrive in questo genere di argomentazioni l'analisi proposta da CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977, 156 ss., spec. nota 19, 165 ss., per il quale l'accordo di cortesia si contraddistingue per l'elemento della mancata assunzione, ad opera dei pattuenti, del rischio e della responsabilità patrimoniale che potrebbero derivare dall'inesatta o mancata esecuzione del comportamento convenuto. Prima ancora, cenni in TRIMARCHI, *Il problema giuridico delle pratiche concordate tra oligopolisti*, in AA.Vv., *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, IV, Napoli, 1972, 691 ss., spec. 696.

<sup>41</sup> MARTINI, *op. cit.*, 643-654. CAMPANA, *op. cit.*, 297. MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995, 332 ss. DI MARZIO, *Gentlemen's agreement e contratto*, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1176 ss., 1184, spec. note 27 e 28. La dottrina citata è unanime nel rilevare che il sistema sanzionatorio al quale gli individui scelgono di affidarsi, in sostituzione di quello altrimenti riconducibile alle regole del diritto, può essere prescelto perché considerato di maggiore effettività in quel particolare contesto socio-economico, in quanto meno costoso o più rapido: la sanzione sociale può essere dotata di «maggiore performatività» rispetto a quella giuridica, come quando il mancato rispetto degli impegni presi «comporta la squalifica di chi manca alla parola data e la sostanziale espulsione, poco importa se formalizzata o meno, dall'organizzazione o dal gruppo di appartenenza» (in questo senso letteralmente, MAZZONI, *op. cit.*, 397).

La squalifica, il discredito o l'espulsione dal contesto sociale di riferimento, seguono peraltro in modo spesso immediato rispetto alla violazione degli impegni presi, allorquando nella comunità di appartenenza dell'individuo le informazioni relative ai comportamenti dei rispettivi membri circolano piuttosto rapidamente, e inoltre all'interno del gruppo di appartenenza siano presenti soggetti capaci di accertare con rapidità il mancato rispetto della parola data e in grado, con altrettanta rapidità, di adattare alle condotte riprovevoli le corrispondenti reazioni sanzionatorie<sup>42</sup>.

È a dire pertanto che il grado di impegnatività dell'accordo dipende dai livelli di intensità dei legami di interesse che connotano le relazioni tra i membri del gruppo all'interno del quale matura l'accordo medesimo: dall'**intensività della relazione socio-economica** dipende infatti la possibilità concreta di individuare la serie dei valori, dei principi e delle regole interne<sup>43</sup> sui quali poggia l'**effettività dell'ordine e della corrispondente sanzione extra o meta-giuridica**, oltre che, in ultima analisi, la condivisa e sentita preferibilità di essi rispetto all'ordine giuridico ed alle relative, tipiche sanzioni<sup>44</sup>; del resto, l'esistenza certa e l'entità specifica della sanzione sociale, oltre a rendere meritevole il manifestato intento di sottrarsi alle regole del diritto, dissuadono dall'assumere comportamenti in contrasto con quelli oggetto dell'accordo, poiché la ritorsione, l'autotutela<sup>45</sup> o la perdita di credibilità con conseguente «impossibilità o difficoltà di concludere nuovi affari»<sup>46</sup>, sono di certo soggettivamente apprezzabili sotto forma di pregiudizi.

## 6. Generali rapporti civili e relazioni sociali intensive. L'incidenza dell'*intuitus personae* sulla configurazione del tipo sociale *gentlemen's agreement*

La promessa di tenere un certo comportamento può nascere all'interno di una «relazione sociale intensiva», che si ha allorché i soggetti che

<sup>42</sup> MARINI, *op. cit.*, 334. Sottolinea l'efficienza delle sanzioni sociali conseguenti all'inadempimento del *gentlemen's agreement*, «sanzioni a volte più temute delle stesse sanzioni giuridiche», anche MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 103.

<sup>43</sup> Per alcuni spunti, DI MARZIO, *op. cit.*, 1184, e la dottrina ivi citata alla nota 25.

<sup>44</sup> MARINI, *op. cit.*, 335.

<sup>45</sup> BETTI, *Teoria generale*, cit., 43. Il termine non sembra vada inteso nel suo proprio significato, poiché la sanzione sociale, per il fatto di essere per definizione extra o meta giuridica, non può neppure in astratto integrare l'estremo di una misura di autotutela intesa quale tutela del proprio interesse che, seppure operata direttamente dallo stesso interessato, si svolge pur sempre con i mezzi posti a disposizione dalle regole del diritto; la sanzione extragiuridica non rientra, del resto, nemmeno nel novero della c.d. autotutela consensuale. Sull'inquadramento dell'istituto, v. BETTI, voce «Autotutela (diritto privato)», in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 529 ss.

<sup>46</sup> BETTI, *Teoria generale*, cit., 43.

aderiscono all'accordo nel quale la promessa è dedotta, siano membri di un'**unica organizzazione economica**<sup>47</sup> o, più in generale, individui appartenenti ad uno **stesso contesto familiare, parentale, amichevole, commerciale, comunque non giuridico**<sup>48</sup>; in tali casi, la serie dei comportamenti pattuiti risponde al bisogno condiviso di soddisfare predeterminati interessi, alla cui potenziale realizzazione presidia, come si è già rilevato, la forza intrinsecamente persuasiva dei valori specifici sui quali si fonda la stessa esistenza della comunità<sup>49</sup>, valori in nome dei quali il patto è stretto<sup>50</sup>.

Fuori della «relazione sociale intensiva» e del rapporto giuridico, la promessa può essere dettata da compiacenza o convenienza (*causa urbanitatis*), da punto d'onore o da impulso religioso o morale, oppure imposta dall'*affectio* o dalla *benevolentia*<sup>51</sup>, ed assiologicamente potrà essere riconducibile alle prestazioni solidaristiche fondate sull'art. 2 Cost.<sup>52</sup> o più semplicemente alle condotte che attecchiscono sul terreno della mera convenienza e del galateo sociale<sup>53</sup>, e più in generale dei generali rapporti civili<sup>54</sup>.

È certo che in un caso, quello delle **prestazioni cortesi**, queste ultime potranno essere promesse e/o eseguite anche nei confronti di sconosciuti, poiché i comportamenti tenuti o anche soltanto promessi si giustificano generalmente per l'appartenenza ad un contesto generale, la società civile, nel quale promittente e destinatario, nella loro qualità

---

<sup>47</sup> L'espressione virgolettata è ripresa da Trib. Crotone, 5 luglio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1175 ss., con nota di DI MARZIO, cit., 1184, ma è usata prima ancora, seppure come si vedrà con una diversa portata, da CHECCHINI, *op. cit.*, 56. La pronuncia citata segna notoriamente l'apertura della giurisprudenza di merito verso l'ammissibilità del *gentlemen's agreement*, dopo un risalente ed isolato antecedente che tendeva invece a negare a tale fenomeno autonoma rilevanza rispetto al contratto *tout court* (così, Trib. Roma, 10 ottobre 1955, in *Temì romana*, 1956, 150). In dottrina, sottolinea espressamente il carattere della relazione sociale intensiva quale dato che concorre a qualificare un dato accordo come *gentlemen's agreement*, MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 97.

<sup>48</sup> In questo senso, MARTINI, *op. cit.*, 649. Il comportamento promesso non deve essere oggetto di un preesistente rapporto giuridico nel cui ambito «sia possibile configurare come adempimento contrattuale le prestazioni eseguite», BIANCA, PATTI G., PATTI S., *Lessico di diritto civile*, Milano, 1995, 223.

<sup>49</sup> MARTINI, *op. cit.*, 643.

<sup>50</sup> DI MARZIO, *op. cit.*, 1179.

<sup>51</sup> GHEZZI, voce «Cortesia (prestazioni di)», in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 1048 s.

<sup>52</sup> Cfr. PANUCCIO, voce «Prestazioni di cortesia», in *Digesto/civ.*, XIV, Torino, 1996, 270 e 277.

<sup>53</sup> MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 102.

<sup>54</sup> DI MARZIO, *op. cit.*, 1179. Per una dottrina, la promessa di cortesia si caratterizzerebbe per il fatto di non essere vincolante neppure sul piano sociale, oltre che per non esserlo naturalmente sul terreno giuridico: essa apparirebbe intrinsecamente caratterizzata da una vera e propria «potestatività» dell'impegno, CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, Torino, 1966, 72 ss. *Contra*, MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 103 ss.

di consociati, si trovano a condividere *boni mores* e ad assumere, alla luce di questi, comportamenti al più «consigliati», ben consapevoli della loro evitabilità senza apprezzabili conseguenze<sup>55</sup>.

Di contro, la **promessa sull'onore**, individuabile in tanto in quanto appaia caratterizzata «da una evidente *reliance* sul piano sociale»<sup>56</sup>, presenta un ben preciso tratto socialmente tipizzante, costituito dal dato ricorrente ed immancabile della appartenenza dei «gentiluomini» ad una medesima comunità: in questo senso, la presenza costante di una sorta di *status*, qualità comune a tutti i membri del patto, fa di questo un atto nel quale le prestazioni, lungi dall'esser promesse soltanto a titolo di cortesia, vengono invece reciprocamente rivolte siccome ritenute vincolanti sul piano sociale; ciò porta a ritenere inoltre, che l'accordo tra gentiluomini sia contrassegnato da una sorta di **tipicità sociale**, per il fatto di essere caratterizzato dall'*intuitus personae*<sup>57</sup>.

In effetti e peraltro su un piano di tendenziale reciprocità, la contemplazione o considerazione della persona con la quale si stipula un patto di tal genere rileva, in tutta evidenza, proprio al momento della conclusione dell'accordo: in tale istante infatti assume, per ciascuna delle parti, peso decisivo e spicco particolare la caratteristica peculiare e specifica rivestita da ciascuno dei pattuenti, ovvero il fatto che essi appartengano alla medesima comunità sociale o alla medesima organizzazione economica espressiva dei valori e delle sanzioni in nome dei quali, in definitiva, il patto viene assunto. In altri termini, **la considerazione della persona è determinante per la stipula del patto d'onore**, nel senso che ciascun pattuente una tale convenzione non porrebbe di certo in essere là dove non potesse riporre una precipua fiducia su una individua, naturale inclinazione e/o attitudine dell'altro contraente all'esecuzione degli impegni assunti, fiducia o affidamento, peraltro, esclusivamente fondati sulla condivisione, da parte di costui, dei valori e delle sanzioni sociali che, in ipotesi di violazione del patto, verrebbe a subire; non è chi non veda infatti come risulterà determinante per ciascun pattuente che la sanzione sociale applicabile in caso di inadempimento sia dotata di effettività: qualità quest'ultima, ragionevolmente prospettabile (all'atto della conclusione dell'accordo) e in concreto riscontrabile (all'atto dell'applicazione della sanzione a carico della parte inadempiente) se solo si addivenga ad un patto con chi appartiene alla stessa comunità di valori sulla base dei quali la sanzione si legittima.

<sup>55</sup> DI MARZIO, *op. cit.*, 1179.

<sup>56</sup> MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 103.

<sup>57</sup> CATAUDELLA, *Intuitus personae e tipo negoziale*, in ID., *Scritti sui contratti*, Padova, 1998, 71 ss.

## 7. *Gentlemen's agreement* e disciplina del contratto: ricerca della comune intenzione delle parti di escludere il vincolo giuridico. L'onere della prova dell'intento giuridico negativo inespresso o implicito

In linea di principio, l'accordo tra gentiluomini si colloca dunque fuori dall'ambito negoziale, e più precisamente fuori dal contesto positivo formato dalla disciplina del contratto, alle cui previsioni continua però a far riferimento in tutti i casi nei quali si ponga il preliminare problema interpretativo di verificare se l'intesa o il patto possano assurgere al rango di fattispecie inquadabili nello schema dell'art. 1321 c.c., o se siano piuttosto meri atti di autonomia sociale.

Premesso infatti che la presenza (e la relativa allegazione) di una espressa ed esplicita dichiarazione congiunta di non volersi vincolare giuridicamente è ritenuta talvolta coelemento sufficiente dalla giurisprudenza più recente<sup>58</sup> e talvolta, addirittura, elemento di per sé sufficiente, da una certa parte della dottrina<sup>59</sup>, al fine di produrre l'effetto di escludere che l'accordo convenuto rivesta natura e portata di contratto in senso tecnico-giuridico<sup>60</sup>, si rileva che in tutti i casi nei quali l'intento giuridico negativo non appare invece chiaramente espresso, l'interpretazione dell'atto seguirà i dettami di cui agli artt. 1362-1371 c.c., e muoverà essenzialmente dalla **ricerca della comune intenzione delle**

---

<sup>58</sup> Trib. Crotone, 5 luglio 1999, cit., là dove si attribuisce espressamente importanza decisiva alla qualificazione dell'accordo come *gentlemen's agreement*, siccome contenuta nella scrittura privata oggetto del giudizio; ma si attribuisce altresì portata decisiva alla circostanza che i soggetti siano legati tra di loro da una relazione sociale intensiva, in quanto appartenenti ad un'unica organizzazione economica.

<sup>59</sup> Per coloro, in particolare, che ammettono il nudo o puro intento giuridico negativo, che si avrà in tutti i casi nei quali le parti si limitino ad affidare l'accordo al semplice e puro affidamento riposto solo sull'altrui parola e sull'altrui discrezione, senza indicare, neppure implicitamente, il diverso sistema sanzionatorio a cui scelgono di affidarsi: CHECCHINI, *op. cit.*, 56 ss.; MARTINI, *op. cit.*, 649 ss. *Contra*, argomentando nel senso che l'intento giuridico negativo assoluto non appaia invece sufficiente (giacché immeritevole di tutela sarebbe l'interesse ad esso sotteso di escludere il vincolo giuridico, ex art. 1322 c.c.) e che dovrà invece – un tale intento – poter essere contestualizzato avuto riguardo all'ambiente sociale, economico e culturale in cui attecchisce il patto, cosicché siano a tale stregua ricostruibili le regole e i principi alternativi alle sanzioni giuridiche, per tutti, DI MARZIO, *op. cit.*, 1184.

<sup>60</sup> Coglie nel segno chi osserva che l'affermata irrilevanza della essenzialità dell'intento giuridico positivo onde enucleare una fattispecie di contratto (l'intento qui è infatti insito e assorbito dalla volontà negoziale oggettivata nel patto) non comporta altrettanta irrilevanza dell'essenzialità dell'intento giuridico negativo, là dove si tratti in particolare di ricercare, nonostante l'apparente contratto, la comune volontà tesa ad escluderlo per mirare a qualcosa di diverso, DI MARZIO, *op. cit.*, 1182, spec. nota 20.



**parti**, ricostruita secondo criteri suscettibili di essere schematizzati e generalizzati<sup>61</sup>.

Siffatti criteri peraltro, e più in particolare i dati che essi consentono di accertare, rivestono per opinione unanime una differente portata all'interno del processo interpretativo inerente la natura, vincolante o meno, del patto convenuto: premessa infatti la possibilità per le parti di escludere il vincolo giuridico, anche allorquando esse abbiano predisposto un accordo che abbia tutti gli elementi del contratto<sup>62</sup>, è apparso legittimo distinguere tra **affari giuridici tipici e atipici**, ed osservare che mentre per i primi, in special modo se a titolo oneroso<sup>63</sup>, si dovrà presumere sempre presente l'intenzione di vincolarsi sul piano giuridico, per i secondi invece, un tale intento giuridico dovrà essere accertato di volta in volta, non potendosi ritenere operante la presunzione di cui sopra<sup>64</sup>; in particolare, allorquando il contratto atipico contiene una pro-

---

<sup>61</sup> CHECCHINI, *op. cit.*, 148 ss., spec. 162 s. DI MARZIO, *op. cit.*, 1185, ribadisce che la ricerca della volontà giuridica negativa, là dove quest'ultima non risulti chiaramente espressa, dovrà essere effettuata attraverso la consueta indagine vertente sulla individuazione della comune intenzione delle parti, nell'accordo bilaterale o plurilaterale, e sull'intenzione del promittente in quanto nota dal promissario, negli accordi bilaterali a struttura unilaterale (il richiamo, seppure inespresso, è al pensiero di BETTI, *Teoria generale*, cit., 89). In particolare, al di là del significato letterale delle parole, si dovranno analizzare le circostanze oggettive legate al complessivo comportamento delle parti, e così il contesto nel quale l'intesa è attecchita, verificando se essa è sorta in un pre-determinato e preesistente ambito socio-economico costituito da forti legami e connotato da valori etici e morali condivisi; si dovrà inoltre accertare se le parti hanno previsto una sanzione alternativa a quella giuridica per il caso di inesecuzione dell'accordo, e se questo impone prestazioni corrispettive onerose, che peraltro lo riconducano a schemi legalmente o socialmente tipici. *Contra*, MARTINI, *op. cit.*, 648 ss. e, prima ancora, CHECCHINI, *op. cit.*, 57 ss., per i quali il carattere non vincolante di un rapporto vien fatto dipendere essenzialmente dal fatto che esso riproduca una relazione sociale tipicamente improntata su un piano extra-giuridico, solo nei casi in cui la relazione attecchisca, appunto, in un contesto sociale che abbia una sua tipicità, e rispetto al quale dunque si possa dire condivisa la rappresentazione che l'accordo ivi assunto tra alcuni dei membri del gruppo abbia rilievo solo sociale; di contro, al di fuori di un rapporto «tipicamente sociale», la non vincolatività giuridica di un accordo, qual è il *gentlemen's agreement*, deriva esclusivamente dall'intento esplicitamente o implicitamente espresso dalle parti, di vincolarsi solo sul piano dell'onore e della reciproca lealtà.

<sup>62</sup> BETTI, *Teoria generale*, cit., 89 s. *Contra*, Trib. Roma, 10 ottobre 1955, cit., in cui si rilevò che l'atto, possedendo tutti gli elementi costitutivi del contratto di cui all'art. 1321 c.c., non potesse essere per ciò stesso dichiarato compatibile con un intento giuridico negativo: di quest'ultimo veniva pertanto negata, in tal caso, l'ammissibilità, argomentandosi piuttosto che la scrittura conclusa all'insegna dei valori extragiuridici, obbligasse, oltre che sul piano del diritto anche sul piano della morale.

<sup>63</sup> Invitano a distinguere, anche in tali casi, CHECCHINI, *op. cit.*, 150 s.; MARTINI, *op. cit.*, 648; MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 93, per il quale resta necessaria la distinzione tra «piano della ricostruzione teorica della fattispecie negoziale» e «quello della concreta opera di qualificazione delle fattispecie disputate come negoziali o meno».

<sup>64</sup> GORLA, *op. cit.*, I, 9 ss.

messa a titolo gratuito, dovrebbe operare in tali casi un principio di presuntività dell'intento giuridico negativo anziché di quello positivo<sup>65</sup>.

In dottrina sembra dunque tendenzialmente accolto l'argomento che ammette, nella allocazione dell'onere della prova dell'intento giuridico negativo inespresso o implicito, una certa graduazione nel rigore con il quale un tale atteggiamento psicologico possa e debba essere comprovato<sup>66</sup>; tuttavia, risulta utile più che mai, al riguardo, un chiarimento.

L'allegazione dell'esistenza di un impegno d'onore ha riguardo ad un fatto positivo, del quale, in via d'azione o d'eccezione, per chi ha interesse occorrerà provare la serie delle circostanze che ne costituiscono il fondamento; in particolare, e a stretto rigore, **oggetto di prova** saranno non tanto i fatti dai quali emerge la supposta inesistenza dell'intento giuridico positivo, quanto piuttosto i **fatti comprovanti la presenza e dunque l'esistenza dell'intento giuridico negativo**, inteso nella sua esatta portata di manifestazione di volontà positivamente volta a costituire un vincolo extra-giuridico, e dunque – può ben dirsi – correlativamente indirizzata a sottrarre il patto alla disciplina giuridica del contratto<sup>67</sup>.

Ne deriva che ragionare in termini di presunzioni non appare funzionalmente coerente con la natura di ciò che si ha l'onere di provare: verosimilmente infatti, **l'esigenza di provare un patto d'onore** sorgerà allorquando taluno venga chiamato a dare esecuzione coattiva ad un impegno precedentemente assunto; cosicché costui, sia che abbia l'onere di vincere una c.d. presunta vincolatività del patto *ex adverso* allegata, sia che abbia l'onere di corroborare una c.d. presunta non vincolatività del medesimo (là dove di esso possa, se del caso, postularsi una presunta non negozialità per l'atipicità<sup>68</sup> e la gratuità della promessa as-

<sup>65</sup> MARINI, *op. cit.*, 323; MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 92 s. *Contra*, correttamente, DI MARZIO, *op. cit.*, 1182, nota 19.

<sup>66</sup> In ambiente di *common law* invece, è l'«*intention to create legal relations*» (accanto all'accordo ed alla *consideration*) a dover essere provata affinché il patto possa dirsi legalmente vincolante; peraltro, anche in tale contesto, si assiste ad una diversa collocazione dell'onere della relativa prova, posto che nell'ambito dei rapporti commerciali l'intento giuridico si presume esistente salvo che risulti che le parti lo abbiano escluso attraverso una clausola espressa ed univoca, mentre nell'ambito dei rapporti familiari esso dovrà essere espressamente indicato dalle parti, poiché in caso contrario queste non potranno dirsi legalmente vincolate: GORLA, *op. cit.*, I, 8; MAZZONI, *op. cit.*, 19, 90. Per un'analisi comparatistica si veda SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, cit., *passim*, spec. 70 ss.

<sup>67</sup> Sul versante dell'oggetto della prova della esistenza di un patto d'onore, quale prova positiva di una volontà incompatibile con il contratto, spunti in DI MARZIO, *op. cit.*, 1182. Sul punto si veda anche MAZZONI, *op. cit.*, 72.

<sup>68</sup> La presunzione di non negozialità della promessa potrà essere agevolmente vinta ogniqualvolta l'interesse atipico è meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, in guisa tale da rendere contrattuale l'impegno assunto, GHEZZI, *op. cit.*, 1051. Sul punto, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 796 ss.

sunta<sup>69</sup>), dovrà darsi necessariamente carico di provare l'effettivo e concreto intento giuridico negativo comune a tutte le parti della convenzione.

In altri termini, chi è chiamato ad eseguire coattivamente l'impegno d'onore non potrà essere in alcun modo dispensato dal provare i fatti costitutivi dell'inesigibilità giuridica della prestazione richiesta; del pari, a chi richiede, sull'assunto della vincolatività del patto, l'esecuzione coattiva di questo non sarà, neppure in astratto, addossabile l'onere di fornire prova in punto di negozialità del medesimo (si è detto infatti che l'intento giuridico positivo non dovrà esser fatto oggetto di autonoma e specifica considerazione e prova)<sup>70</sup>, e dunque non vi sarà a suo carico alcun onere probatorio dal quale essere dispensato.

Di presunzione in senso stretto non è dato dunque di parlare, neppure in linea teorica, quando ci si riferisca al dato della vincolatività giuridica del patto, poiché in tale evenienza non spetta all'attore dare la prova del carattere giuridicamente vincolante dell'impegno azionato, quanto piuttosto al convenuto provarne la mera rilevanza extra-giuridica; del pari, di alcuna presunzione in senso tecnico beneficerebbe quest'ultimo, né quando eccepisca l'inesigibilità ad una stregua giuridica della prestazione richiesta, né allorquando (come accadrebbe in ipotesi remota e di scuola) si disponesse a fare in modo che la parte inadempiente subisca la sanzione meta-giuridica: in tali casi, a soccorso della prova rigorosa del carattere non giuridicamente vincolante del patto sovengono al più indizi, non già presunzioni.

## 8. (Segue): nullità per illiceità e nullità per illegalità

Si è discusso dell'assoggettamento, entro certi limiti, alle regole del contratto da parte delle intese non vincolanti. Può dirsi, ancor più incisivamente, che un tale fenomeno si impone maggiormente nella fase immediatamente successiva a quella appena studiata; è evidente infatti

---

<sup>69</sup> Contro la valenza di una presuntiva non giuridicità di una prestazione non onerosa milita la considerazione che, specularmente, neppure la patrimonialità delle prestazioni dedotte in un accordo, vieppiù se legate da un vincolo sinallagmatico qual è tipico del contratto di scambio, appaia tale da generare di per sé un affidamento sull'attitudine negoziale del patto al quale esse accedono, MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 93. Del resto, si è propensi a ritenere che, per un verso, l'accordo tra gentiluomini sia strutturato su interessi per lo più oppositivi e confliggenti, mossi da finalità lucrative ed egoistiche (CHECCHINI, *op. cit.*, 44 ss., 101 ss.; MARTINI, *op. cit.*, 648) e che, per altro verso, sia per lo più munito di apprezzabile rilevanza economica (sul punto, GHEZZI, *op. cit.*, 1051; DI MARZIO, *op. cit.*, 1179, e nella prospettiva del danno conseguente all'inadempimento, CHECCHINI, *op. cit.*, 244).

<sup>70</sup> Per tutti, sul punto, VALLETTA, *Delle c.d. prestazioni affectionis vel benevolentiae causa*, in *Dir. e Giur.* 1957, 519 ss., spec. 525.

che una volta verificata la natura extra-giuridica dell'accordo, resta da verificare se l'intento, con il quale gli individui hanno voluto in primo luogo escludere la costituzione tra di essi di un rapporto giuridico, sia in secondo luogo rivolto a dare in concreto vita ad una relazione sociale finalizzata al perseguimento di **scopi pratico-economici illeciti**: ciò in particolare accadrebbe in tutti i casi nei quali le parti vogliono far uso dell'accordo extra-giuridico al precipuo fine di **eludere una normativa inderogabile d'ordine pubblico economico**, normativa dalla cui applicazione imperativa discenderebbe invece, se del caso, la nullità di un ipotetico contratto che sia corrispondente, per finalità, all'accordo extra-giuridico per tale via da dichiararsi parimenti nullo<sup>71</sup>.

In questi casi peraltro, il programma avuto di mira dalle parti, ovvero la scelta *ad hoc* dello strumento del patto non contrattuale, allo scopo di sottrarsi ad una normativa contrattuale inderogabile posta a protezione di una delle parti della relazione socio-economica, renderebbe illecito l'intento giuridico negativo, e con esso l'interesse oggettivo in concreto perseguito, giacché entrambi inficiati da *fraus*; l'**accordo extra-giuridico** presenterà cioè entrambi i tratti caratteristici del **negozio in frode alla legge**: essendo oggettivamente costruito in guisa tale da raggiungere un risultato analogo a quello vietato (elemento oggettivo) ed essendo, inoltre, effettivamente venato dal proposito di eludere la norma imperativa (elemento soggettivo)<sup>72</sup>.

Ritorna ad applicarsi la disciplina generale del contratto anche nei casi in cui il raffronto tra patto non giuridico e corrispondente tipo contrattuale si pone in termini oggettivi: se la norma vieta inderogabilmente la stipula di un certo contratto, o più limitatamente, la stipulazione di singole clausole, allora, ad essere vietato sarà anche il corrispondente impegno d'onore, o le singole clausole in esso eventualmente poste; il divieto, fondato dunque su un **giudizio di disvalore estensibile anche al patto non giuridico**, conduce in sintesi ad una nullità di quest'ultimo<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 89. DI MARZIO, *op. cit.*, 1183, osserva che in tali casi l'illiceità comporta piuttosto una irrilevanza del patto nella sua configurazione extra-giuridica, e una sua corrispondente riqualificazione nel senso giuridico di contratto; tale ultimo effetto, si spiegherebbe alla luce della premessa del carattere protettivo della normativa inderogabile evocata. Sulla base della stessa *ratio* di protezione, si giustifica anche l'effetto della nullità solo parziale della intesa extra-giuridica che presenti clausole o parti nulle: in tal caso, previa riqualificazione in senso giuridico del patto nella sua intierezza, da ciò non scaturisce però l'effetto della nullità dello stesso *ex art.* 1419, 1° co., c.c., ma piuttosto quello, protettivo, della sostituzione automatica ai sensi dell'art. 1419, 2° co., c.c.

<sup>72</sup> SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 153, 191.

<sup>73</sup> MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 92. DI MARZIO, *op. cit.*, 1183, spec. nota 24, in cui si richiama, criticamente, la dottrina che equipara quanto all'effetto della carenza di una

## 9. *Gentlemen's agreement* ed effetti reali. Esecuzione del patto e consenso traslativo

Un problema di trattamento del patto tra gentiluomini si pone anche in tutti i casi nei quali le parti dello stesso hanno inteso mirare ad un programma di effetti pratico-economici assimilabili a quelli che, sul piano del giuridico, vengono comunemente qualificati come di costituzione o di trasferimento di diritti reali *ex art. 1376 c.c.*

La questione divisata, che posta nei termini seguenti s'atteggia in particolare quale verifica di validità o meno del patto non giuridico, se configurata invece in termini più generali s'apprezza sul piano della individuazione dei limiti alla riconosciuta facoltà dei privati di scegliere, nella cura dei propri interessi, se optare per la costituzione di un vincolo giuridico o per l'assunzione di un mero impegno d'onore<sup>74</sup>.

Al riguardo si è soliti affermare che al di fuori del rapporto obbligatorio non vi è alcuno spazio per l'**operatività dell'accordo d'onore**<sup>75</sup>, ma non si è altrettanto esaustivi nell'indicare con nettezza le ragioni di un tale limite.

Si osserva invero efficacemente che, in particolare, gli atti traslativi o costitutivi di diritti reali non possono essere rimessi ad un patto non giuridico, poiché non sono concepibili in questi casi un intento empirico e una funzione socio-economica intesi in un senso differente rispetto all'intento empirico e agli effetti caratteristici tipici del negozio traslativo; in altri termini, posto che la natura degli effetti caratteristici dell'atto traslativo è essenzialmente ed esclusivamente giuridica, non vi è spazio per una intesa che miri sostanzialmente ad escludere la realizzazione di tali essenziali ed esclusivi effetti caratteristici: una tale intesa, se del caso assunta in concreto, non avrebbe alcuna portata sociale poiché non potrebbe, neppure astrattamente, dare luogo ad un risultato pratico<sup>76</sup>.

Risultato pratico-empirico-economico-sociale e risultato strettamente giuridico formano dunque, in tal caso, un'unità inscindibile, tale per cui il primo non potrebbe neppure in astratto essere concepito come suscettibile di realizzarsi a prescindere dal secondo.

---

corrispondente tutela giuridica, la figura del *gentlemen's agreement* a quella del contratto illecito; la critica a tale equiparazione si fonda sulla considerazione che un accordo d'onore illecito, in tanto in quanto illecito sarebbe prima ancora il suo corrispondente contrattuale, presenta un minor grado di impegnatività sociale rispetto ad un accordo d'onore pienamente lecito, poiché la riprovazione sociale per l'inottemperanza nascerebbe già *ab origine* depotenziata.

<sup>74</sup> MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 90.

<sup>75</sup> DI MARZIO, *op. cit.*, 1185, in cui si richiama l'ulteriore dottrina conforme.

<sup>76</sup> CHECCHINI, *op. cit.*, 82 ss., spec. 84.

L'argomentazione si mostra in tutta la sua chiarezza allorché viene utilmente esemplificata nell'intesa con la quale il dante causa, lungi dal trasferire il diritto di proprietà sul bene, s'accorda nel senso di porre a beneficio dell'avente causa il solo godimento, avendo entrambi escluso il prodursi del tipico effetto negoziale – quello traslativo – in virtù di un manifestato intento giuridico negativo<sup>77</sup>; il discorso non risulta invece altrettanto conclusivo allorché misurato con la diversa evenienza di una simulazione relativa, rispetto alla quale, a mio avviso, la specifica differenza – peraltro asserita seppur in diverso modo anche dalla dottrina citata – sussiste per la ragione che mentre nella simulazione relativa coesistono due dichiarazioni negoziali, ovvero due positive manifestazioni di volontà negoziale, nella misura in cui le parti dell'operazione vogliono che producano effetti sul piano giuridico tanto il negozio simulato quanto quello dissimulato<sup>78</sup>, di contro, nel patto non giuridico non ricorre alcuna dualità di dichiarazioni e, tanto meno, la dichiarazione destinata a formare la struttura dell'atto potrà dirsi sorretta da un intento giuridico positivo.

A ben vedere però, la consegna all'avente causa della cosa onde consentirgli il godimento, seppure accompagnata dall'intenzione comune delle parti di non operare: l'una, alcun trasferimento giuridico della proprietà; l'altra, alcun correlativo acquisto traslativo, evoca nel suo complesso una situazione ben diversa da quella del patto non coercibile nel quale dedotto è un comportamento materiale, commissivo od omissivo. Infatti, mentre in quest'ultimo caso la mancata esecuzione del comportamento dedotto nell'impegno si traduce in una situazione non soddisfattiva per una delle parti, nel primo caso l'avente causa ha già ottenuto il soddisfacimento del suo interesse, essendo stato immesso nel godimento della cosa, e solo non potrà ottenere in via coattiva e specifica un provvedimento produttivo degli **effetti traslativi quali sarebbero derivati dall'adempimento dell'obbligo di porre in essere un atto idoneo a trasferirne la proprietà.**

Un'identica condizione si potrebbe invece ipotizzare in tanto in quanto si consideri **assoggettato alla discrezionalità di una delle parti proprio l'adempimento dell'obbligo di dare**<sup>79</sup>: siffatta ipotesi

<sup>77</sup> CHECCHINI, *op. cit.*, 83, spec. nota 35.

<sup>78</sup> Nella simulazione relativa la volontà giuridicizzante delle parti mira a porre in essere «l'intero congegno simulatorio», nel senso che «sussistono due volontà, distinte ma collegate, le quali convergono nella direzione di creare un complesso meccanismo in cui i piani dell'efficacia esterna e dell'efficacia interna del regolamento, pur essendo difforni, convivono»; peraltro, dell'accordo simulatorio va coerentemente riconosciuta la natura negoziale, GAZZONI, *op. cit.*, 947 s.

<sup>79</sup> Assoggettato alla discrezionalità della parte sarebbe cioè l'adempimento di quell'obbligazione avente ad oggetto il «dare» in senso tecnico, e cioè il porre in essere un atto idoneo a trasferire, anche *inter partes*, la proprietà della cosa. Del resto, si riconosce che un obbligo di «dare» in senso tecnico possa nascere anche da regole sociali o morali, allorquando ai sensi dell'art. 2034 c.c. si adempie trasferendo la proprietà di un bene. Su tali aspetti si veda, GAZZONI, *op. cit.*, 560, 805 s., 861 s.

si distingue decisamente da quella evocata dalla dottrina citata, poiché mentre lì la manifestazione di un consenso traslativo era già *ab origine* esclusa, convenendo le parti la sola immissione nel godimento della cosa, qui invece **esse escludono piuttosto la giuridicità dell'obbligazione di dare, limitando l'assunzione dell'impegno (in cui è dedotto propriamente un obbligo di dare) su un piano meramente sociale ed extra-giuridico**<sup>80</sup>.

Il ragionamento prospettato consente pertanto di concludere nel senso che **l'attuazione dell'effetto traslativo** può essere assunta, al pari della esecuzione di una qualunque altra prestazione<sup>81</sup>, quale **oggetto di un impegno d'onore**, là dove l'obbligo di *dare* venga inteso dalle parti in un senso vincolante sul solo piano sociale.

In tal caso, dall'inosservanza dell'obbligo deriverà pertanto solo squalifica e discredito per la parte inadempiente, non potendo l'altra parte invocare né l'applicazione di sanzioni giuridiche, né l'uso di rimedi giuridici altrimenti finalizzati all'esecuzione specifica dell'obbligo di *dare* rimasto inadempito.

È evidente invece che, una volta realizzatosi l'effetto traslativo, dovrà dirsi che lo stesso si sarà compiuto a causa e per l'effetto di un **titolo convenzionale-derivativo**, in quanto tale rientrante nel modo di acquisto che l'art. 922 c.c. indica esaurientemente nel riferirsi, in un senso generale e onnicomprensivo, alla **categoria del contratto**<sup>82</sup>.

A questo proposito va precisato che la potenziale attitudine al trasferimento della proprietà ascrivibile al *gentlemen's agreement* non si può dedurre avendo semplicemente riguardo al meccanismo rappresentato e descritto dall'art. 1376 c.c.: in base ad esso infatti, è il consenso, purché legittimamente manifestato, ad esser causa degli effetti reali; un tale requisito non potrebbe dirsi immediatamente presente nella struttura della fattispecie costituita dal negozio sociale poiché, nel pre-

---

<sup>80</sup> Le parti cioè, oltre ad escludere che la convenzione, e dunque il consenso in essa trasfuso, venga tra di loro a produrre il trasferimento in via immediata della proprietà, come normalmente accade per effetto del principio del consenso traslativo, escludono altresì che la stessa possa finanche assurgere a *titulus adquirendi*, in tanto in quanto da essa non vogliono far sorgere nemmeno alcun obbligo di c.d. pagamento traslativo (ovverosia di «dare»), nella misura in cui la formazione del negozio di attribuzione (da concludersi altrimenti *solvendi causa*) è per espressa volontà delle parti lasciata alla piena libertà del dante causa. Sui concetti richiamati, GAZZONI, *op. cit.*, 846, 861 s.

<sup>81</sup> La prestazione traslativa, consistente nel porre in essere un atto idoneo a trasferire ed a far acquistare, quanto meno *inter partes*, la proprietà di una cosa, viene definita notoriamente, e come già accennato, pagamento traslativo: essa «si configura quando il trasferimento di proprietà avviene *solvendi causa*, cioè in adempimento di un obbligo preesistente», GAZZONI, *op. cit.*, 805.

<sup>82</sup> Si superano pertanto le perplessità ribadite anche di recente, DI MARZIO, *op. cit.*, 1185.

ciso istante del perfezionamento del patto sociale, l'accordo inerente, che è in sé atto a produrre esclusivamente gli effetti voluti, trovandosi sorretto dal comune intento giuridico negativo potrà produrre solo effetti non giuridici. In questo senso allora, non risultando «rispettate le regole poste dall'ordinamento per la giuridicizzazione delle operazioni economiche private»<sup>83</sup>, l'accordo non potrebbe dirsi traslativo.

Il tratto della necessaria giuridicità, se non viene assunto e contemplato in astratto, ovvero programmato sin dal momento della posizione dell'atto di autonomia e della relativa regola dispositiva in esso contenuta, viene però senz'altro a realizzarsi e a fissarsi irrevocabilmente ed irreversibilmente in concreto, nella fase della attuazione del rapporto sociale: il successivo **negozio giuridico di attribuzione (in esecuzione spontanea dell'obbligo extra-giuridico di dare)** comporta infatti, innegabilmente, una modificazione della realtà giuridica preesistente, e dunque consente di qualificare quello che un tempo era al più una sorta di titolo dell'acquisto impegnativo ad una stregua esclusivamente sociale (il *gentlemen's agreement*, s'intende), nei termini di un vero e proprio **titulus acquirendi**; in altri termini, dalla formazione successiva dell'atto idoneo a trasferire la proprietà della cosa (atto compiuto in ossequio all'impegno previamente assunto sul piano extra-giuridico), sorge un autentico rapporto giuridico a carattere innegabilmente patrimoniale, stante che da tale momento (nel quale, con l'esecuzione del c.d. pagamento traslativo dovrà intendersi perfezionato anche il *modus acquirendi*) sorgeranno a carico delle parti della relazione, che un tempo poteva dirsi come meramente sociale, le obbligazioni disciplinate dagli artt. 1476, nn. 1) e 3), e 1498 c.c.

Pertanto, all'accordo in cui è dedotto un obbligo solo socialmente vincolante di dare, allorché ad esso faccia poi seguito l'atto produttivo dell'effetto giuridico traslativo e costitutivo del rapporto giuridico reale, si attaglia a pieno titolo la **definizione del contratto, inteso strutturalmente quale accordo e rapporto giuridico insieme**<sup>84</sup>.

## 10. *Gentlemen's agreement* ed interessi endo e para-familiari (accordo di convivenza; patto sulla separazione personale non omologato)

Si è più sopra riferito a proposito dell'origine del *gentlemen's agreement*, pare ora opportuno verificarne l'**applicazione concreta** in una prospettiva che tenga conto prevalentemente del quadro interno.

<sup>83</sup> Ovvero il requisito della legittimità del consenso, GAZZONI, *op. cit.*, 845.

<sup>84</sup> Su tali aspetti si consenta di rinviare a BARCHIESI, *Il contenuto del contratto tra atto e rapporto*, Torino, 2005, *passim*, spec. 47-51.



Un primo settore tradizionale di applicazione degli accordi d'onore è quello relativo agli **interessi endo-familiari e para-familiari**: premesso il riconoscimento, anche in tale ambito, di un certo potere di autonomia privata riconosciuto alle parti, si ritiene comunemente che il limite su di esso gravante debba essere rinvenuto nella serie delle norme inderogabili e dei principi costituzionali che regolano gli interessi sui quali tali accordi sono destinati ad incidere<sup>85</sup>.

Nell'ambito delle **intese eventualmente assunte in costanza di matrimonio**, si osserva che il processo di giuridicizzazione al quale è stata sottoposta gran parte degli aspetti relativi alla vita familiare impone di confrontare la problematica dell'impegno d'onore con la serie dei diritti e dei doveri inderogabili e, più in generale, con il contesto dei principi dai quali emerge la visione costituzionale della famiglia<sup>86</sup>; cosicché è prima ancora la stessa autonomia dei coniugi, entro la quale trova spazio ed esplicazione la stessa facoltà di scegliere l'assunzione di vincoli non giuridici, a subire una evidente delimitazione<sup>87</sup>.

In considerazione di ciò, una volta esclusa dall'ambito di operatività dell'autonomia privata la serie delle situazioni connesse a **diritti indisponibili**, serie come noto idonea a ricomprendere diritti e doveri tanto a carattere personale quanto a contenuto patrimoniale<sup>88</sup>, si tratterebbe di verificare, volta per volta, se il potere di esigere il rispetto dell'impegno sul solo piano sociale ed extra-giuridico confligga con l'interesse prevalente alla tutela dei singoli nel e dal rapporto familiare<sup>89</sup>; verrebbe allora, in altri termini, da osservare che l'ottica attraverso la quale vagliare la legalità della singola intesa è pur sempre quella del **rispetto del divieto di deregulation**, in forza del quale è fatto talvolta divieto di derogare ai minimi fissati dalle legge, ed è perciò impedita la stessa facoltà di sottoporre ad un mero atto di autonomia sociale la regolamentazione di un interesse per il quale è di contro imposta l'assunzione di un vincolo giuridico, a tutela delle posizioni facenti capo ad una **parte debole** dell'intesa<sup>90</sup>.

In riferimento ai cc.dd. **accordi di convivenza**, il punto focale della questione si sposta, nella esperienza italiana, sul rilievo della loro possi-

<sup>85</sup> SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, cit., 139 ss.

<sup>86</sup> UGOLINI, *I Gentlemen's Agreements sono giuridicamente vincolanti?*, in *Contr. e Imp.*, 2001, 1050 ss., spec. 1059 ss.

<sup>87</sup> Sul processo di tendenziale ampliamento dell'autonomia nel campo matrimoniale, FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, V, 1, Milano, 2002, 83 ss.

<sup>88</sup> Sul punto, A. FINOCCHIARO e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia. Commento sistematico della legge 19 maggio 1975, n. 151. Legislazione. Dottrina. Giurisprudenza*, I, Milano, 1984, 722 ss.

<sup>89</sup> SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico negativo: elaborazione dottrinale e «risveglio» giurisprudenziale*, in *Contratti*, 2001, 85 ss., spec. 87.

<sup>90</sup> MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 89 s.

bile invalidità, e dunque sulla presupposta sussistenza in capo agli stipulanti della costante volontà di assumere, con essi, una serie di veri e propri obblighi giuridicamente rilevanti<sup>91</sup>; del resto, che sia normale la ricorrenza in essi della intenzione di creare un vincolo giuridico, è dato spiegare avuto riguardo alle esigenze pratiche che tali intese sono chiamate a regolare: i patti con esse assunti servono a rafforzare i termini per lo più economici di un impegno personale il cui carattere coercibile, altrimenti, è per definizione negato proprio dalla presenza di una relazione esclusivamente basata sulla adesione spontanea dei conviventi.

Con riguardo ai cc.dd. **patti non omologati** il richiamo al fenomeno dei patti d'onore ha avuto invece un più elevato margine di operatività<sup>92</sup>.

In tali casi l'intesa avviene in vista o in costanza di una separazione personale e si presta ad una diversa qualificazione proprio a seconda del momento nel quale è assunta.

**L'intesa anteriore o coeva** agli accordi sottoposti al decreto di omologazione è stata qualificata accordo d'onore, poiché sottoscritta dai coniugi con la consapevolezza e l'intenzione di non assumere con essa alcun impegno giuridicamente rilevante.

In realtà il tema si presta ad una serie di distinguo tali da rendere forse meno unitaria la conclusione: in primo luogo, ci pare si debba riprodurre anche in tali casi il necessario vaglio di legalità del patto d'onore, che dovrà pertanto essere dichiarato nullo o inefficace in tanto in quanto vada ad incidere su diritti indisponibili; in secondo luogo, a meno che con il patto coevo o successivo all'accordo omologato i coniugi non abbiano inteso rispettivamente specificare o modificare il primo, intendendo assumere perciò il relativo contenuto specificativo o modificativo su un piano giuridicamente rilevante, ad essi è di certo ascrivibile la facoltà di prevedere una diversa regolamentazione dei loro rapporti patrimoniali e personali, da valere sul solo piano personale ed extra-giuridico, e dunque suscettibile di soccombere in tutti i casi nei quali uno dei coniugi, con ciò violando la parola data, si rifiuti di adempiere alla pattuizione d'onore invocando di contro la lettera della opposta regola omologata<sup>93</sup>.

## **11. *Gentlemen's agreement* ed interessi economici (lettera di *patronage*; patto parasociale)**

Due ulteriori tradizionali possibilità di applicazione degli accordi d'onore si rinvencono in **ambito commerciale**, e precisamente nei rap-

<sup>91</sup> UGOLINI, *op. cit.*, 1062 s.

<sup>92</sup> SICA, *Gentlemen's Agreements e intento giuridico*, cit., 157 ss.

<sup>93</sup> Per taluni spunti, si vedano ancora, SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, cit., 164 ss.; UGOLINI, *op. cit.*, 1060 ss.

porti tra gruppi di società da un lato e istituto di credito dall'altro, oppure all'interno delle relazioni che legano tutti o alcuni soci: si ha riguardo, nel primo caso, alle **lettere di patronage**, e nel secondo caso ai **patti parasociali**.

I limiti della presente trattazione non consentono ovviamente di approfondire i molti risvolti problematici legati alla operatività dei fenomeni richiamati, i quali peraltro, ad eccezione di taluni profili che però non sembrano tali da presupporre una completa disciplina normativa<sup>94</sup>, sono accomunati dal tratto di una loro tendenziale **tipicità sociale**.

È dunque la prassi, ed i bisogni che dal suo svolgersi emergono, a dettare la minima unità effettuale dei fenomeni richiamati.

La lettera di *patronage*, in considerazione della natura e della portata economica degli interessi coinvolti, oltre che della professionalità degli operatori che confluiscono in un'operazione siffatta, non ha retto al tentativo di relegarla sul piano del vincolo meramente sociale: si è ragionato nei termini pratici dell'analisi delle conseguenze derivanti dalla violazione degli impegni con essa presi dal dichiarante, e si è concluso nel senso che da tale violazione non può discendere solo riprovazione sociale<sup>95</sup>; cosicché, lungi dal far operare necessariamente una presunzione di giuridicità dell'intento con il quale il dichiarante si ripromette di fare quel qualcosa che interessa al destinatario della dichiarazione, e dunque lungi dal far sorgere dalla dichiarazione, salvo prova contraria, un vincolo contrattualmente rilevante, si è più realisticamente argomentato nel senso condivisibile che il contesto della relazione intensiva nella quale la lettera si svolge è tale da richiamare invariabilmente una **tutela rafforzata**, quale quella costruita sulla figura del **fatto illecito** ai sensi dell'art. 2043 c.c.<sup>96</sup>.

Più interessante si mostra invece la problematica dei patti parasociali, in quanto ad una loro qualificazione in termini d'impegno d'onore si è fatto per lo più riferimento anche espresso – se si ha riguardo alle clausole comunemente contenute – in un senso addirittura rafforzativo rispetto all'impegno che, sul piano giuridico, i paciscenti dichiaravano di voler comunque assumere: l'accordo, dichiarato giuridicamente vincolante e dunque ad efficacia obbligatoria, diventa impegno anche ad una stregua sociale<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> Si veda, FARENGA, «Patti parasociali», in *Digesto/comm.*, XI, Torino, 1995, 12 ss.; RESCIO, *Assemblea dei soci. Patti parasociali*, in AA.Vv., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2005, 202-205.

<sup>95</sup> Si veda la sintesi in TEDESCHI GARDELLA, *Gentlemen's Agreements*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 731 ss., spec. 735 s.

<sup>96</sup> UGOLINI, *op. cit.*, 1063 s.

<sup>97</sup> UGOLINI, *op. cit.*, 1067.

La ragione di un tale **uso rafforzato dell'impegno d'onore** si spiega però per una ragione di carattere pratico: la talvolta ritenuta nullità di taluni patti, in quanto contrari alle **disposizioni cogenti d'ordine pubblico societario**, rendeva in effetti illusoria la possibilità che all'inadempimento degli stessi potesse corrispondere, pur se provato un danno, il risarcimento dello stesso; né del resto, lo stesso patto valido avrebbe in alcun modo consentito una esecuzione forzata in forma specifica degli obblighi ivi dedotti, seppure *in iure*, costituendo il rimedio del risarcimento per equivalente l'unico strumento apprestato in termini di sanzione giuridica; per tali ragioni dunque, la forza dissuasiva e la portata effettiva della particolarmente sentita sanzione sociale ben potevano, anche in tal caso, proficuamente prendere il posto della blanda, indifferenziata e, talvolta, aleatoria sanzione giuridica<sup>98</sup>.

## 12. La lettera o dichiarazione d'intenti

Un ultimo, delicato, campo d'applicazione tradizionale del *gentlemen's agreement* è senza dubbio quello dell'area rappresentata dalla **fase precontrattuale** delle trattative finalizzate alla conclusione di un accordo giuridicamente vincolante<sup>99</sup>: la questione merita di essere affrontata una volta operata una opportuna precisazione.

Si osserva correttamente che il *gentlemen's agreement* tendenzialmente segna un ambito di operatività che coincide con quello normalmente definito dallo strumento contrattuale, nella misura in cui anche l'**impegno d'onore** si presenta, quasi sempre, sotto forma di **disciplina o regolamentazione completa di un rapporto intersoggettivo**, non già dunque quale insieme di previsioni *in fieri*, siccome preordinate alla conclusione di un futuro contratto<sup>100</sup>; inoltre, a presidio del rispetto dei canoni di lealtà e correttezza nella fase delle trattative soccorre pur sempre una sanzione di tipo giuridico, qual è quella richiamata dall'art. 1337 c.c., mentre la violazione dell'impegno d'onore si caratterizza per il fatto di permettere l'accesso a sanzioni extragiuridiche quali il discredito e la squalifica nel contesto dell'ambiente sociale nel quale l'impegno è attecchito<sup>101</sup>.

Ciò premesso, il punto da esaminare è se, pur nel contesto delle trattative, possano dispiegarsi atti che si pongano al di fuori del vincolo

---

<sup>98</sup> Per alcune notazioni di sintesi, TEDESCHI GARDELLA, *op. cit.*, 734 s. Per una panoramica sulla prassi applicativa, BONELLI e JAEGER (a cura di), *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, Milano, 1993, *passim*.

<sup>99</sup> Sul punto, per alcuni accenni, UGOLINI, *op. cit.*, 1067 ss.

<sup>100</sup> MARTINI, *op. cit.*, 651.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

giuridico, foss'anche precontrattuale, in quanto al più idonei a richiamare impegni univocamente assunti sul solo piano extra-giuridico e della relazione intensiva nella quale si traduce il «**contatto sociale**», sia che quest'ultimo appaia già tale da tradursi in un vero e proprio «rapporto precontrattuale», sia che lo stesso risulti inidoneo a tal fine, collocandosi ancora al di fuori del procedimento prenegoziale di formazione del contratto<sup>102</sup>.

Si fa naturalmente riferimento a quel fenomeno assai diffuso nella **prassi commerciale**, denominato **lettera o dichiarazione d'intenti**: atto, quest'ultimo, che sembrerebbe in via di prima approssimazione considerato idoneo a caratterizzare tanto il «rapporto precontrattuale», quanto situazioni di «contatto sociale» non ancora assurte al livello di «rapporto precontrattuale»<sup>103</sup>.

Prima di riscontrare questo assunto occorre evidenziare il *proprrium* della lettera d'intenti. È comune, ma non ancora dotata di capacità distintiva se non addirittura fuorviante, l'affermazione secondo la quale un tale documento, scambiato tra le parti di una contrattazione complessa, risponde all'esigenza prioritaria di far sì che le stesse, al momento del relativo scambio, conservino ancora la *freedom of contracts*, cosicché la lettera d'intenti rappresenterebbe una circostanza di una fase di trattative non ancora concluse<sup>104</sup>; in altri termini, i documenti in questione avrebbero il carattere e la natura di intese precontrattuali, poiché non assurgono al rango di accordi preliminari e men che meno definitivi (dal carattere altrimenti giuridicamente vincolante), e tuttavia segnerebbero un momento particolare nella fase delle trattative precontrattuali<sup>105</sup>.

Di questo passo, le lettere d'intenti assumerebbero il contenuto minimo di atti finalizzati a documentare e puntualizzare le intese raggiunte dalle parti, ovvero il valore di minute precontrattuali, e potrebbero pertanto essere idonee a far sorgere se del caso una responsabilità precontrattuale<sup>106</sup>.

A ben vedere, non sembra che i risultati raggiunti in punto di identificazione della lettera d'intenti possano dirsi minimamente esaustivi; o

---

<sup>102</sup> Su tale distinzione, MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 360 ss.; DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 122 ss.

<sup>103</sup> Si veda, DE MAURO e FORTINGUERRA, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2002, 161 ss.

<sup>104</sup> Per tutti, DRAETTA, *Criteri redazionali di lettere di intento alla luce dei casi Penzoil e Sme*, in *Dir. comm. internaz.*, 239 ss.

<sup>105</sup> DE MAURO e FORTINGUERRA, *op. cit.*, 164 s.

<sup>106</sup> MARTINI, *op. cit.*, 651, altresì accompagnata da altre sanzioni di tipo sociale «consistenti nel discredito e nella squalifica», avuto riguardo all'ambiente commerciale di riferimento.

meglio, l'opera di ricostruzione dei caratteri distintivi di tali fenomeni non sembra pervenuta a risultati coerenti rispetto alle premesse dalle quali ogni indagine sul punto prende invariabilmente le mosse. Le premesse sono le seguenti: la dichiarazione d'intenti, là dove la si voglia inquadrare nell'ambito del *gentlemen's agreement*, è, si è già detto, strutturata in guisa tale da predisporre una regolamentazione tendenzialmente completa, non già *in fieri*, dei rapporti tra le parti; essa inoltre, se disattesa, produce l'esclusivo effetto della sanzione metagiuridica, alla quale dovrebbe ritenersi, dunque, evidentemente estranea anche la sanzione civile in termini di responsabilità precontrattuale.

Si ha l'impressione che se non si tengono fermi i punti appena indicati, al termine lettera o dichiarazione d'intenti non corrisponda alcun effettivo contenuto tale da distinguere siffatto documento rispetto ad altri fenomeni parimenti conosciuti dalla prassi negoziale, quali: la **minuta precontrattuale**, nelle sue varie espressioni<sup>107</sup>, e **gli accordi parziali**<sup>108</sup>.

In questa sede non ci è possibile naturalmente riservare ulteriore spazio di trattazione ad un tale e tanto ambito problematico; doveroso pare invece concludere, seppure sinteticamente, sulla possibilità di elaborare un autonomo profilo di rilevanza dei documenti richiamati, rispetto alla serie delle **intese prenegoziali**.

Muovendo dalle premesse più sopra poste è senz'altro coerente argomentare nel senso che un documento che funga da impegno sul solo piano dell'onore dovrà, per esser tale, collocarsi necessariamente al di fuori di un procedimento prenegoziale; dovrà in altri termini precedere l'inizio vero e proprio delle trattative, cosicché la relazione sorta tra le parti non sarà qualificabile alla stregua di un rapporto giuridico precontrattuale, ma alla diversa stregua della **relazione o del mero contatto sociale**<sup>109</sup>: da tale esatto inquadramento discenderà allora l'inapplicabilità dell'art. 1337 c.c. e l'assoggettamento del vincolo meta-giuridico alla sola sanzione sociale del discredito e della squalifica.

L'individuazione di una lettera d'intenti è pertanto, anch'essa, questione interpretativa, nel senso che la verifica della **reale intenzione delle parti** dovrà farsi alla stregua dei criteri d'interpretazione dettati dal codice civile per l'interpretazione del contratto (artt. 1362-1371 c.c.).

Ciò premesso, la non vincolatività giuridica dell'atto dovrà essere decisamente esclusa in tutti i casi nei quali sia chiara la volontà delle parti di obbligarsi solo sul piano dell'onore, poiché in difetto di un chiaro intento giuridico negativo, competerà al giudice di procedere nella

<sup>107</sup> RICCA, *Carattere vincolativo della minuta nella fase precontrattuale*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1668 ss., spec. 1671.

<sup>108</sup> ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Bessone*, XII, 2, Torino, 2000, 210 ss., spec. 259.

<sup>109</sup> Sul punto, nitidamente, CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000, 35.

direzione di qualificare l'intesa come vincolante *in iure*. Una volta accertata la natura e la portata giuridica dell'intesa, si potrà allora procedere all'ulteriore indagine interpretativa finalizzata al riscontro del carattere concluso o meno dell'accordo<sup>110</sup>: nel primo senso, la violazione farà sorgere una responsabilità civile di tipo contrattuale, nel secondo senso il comportamento rileverà invece in termini di responsabilità civile precontrattuale.

### 13. Inadempimento del *gentlemen's agreement* e risarcibilità del danno patrimoniale immediato e diretto. Esclusione

Resta da esaminare l'ulteriore profilo delle eventuali conseguenze giuridiche derivanti dall'**inadempimento del patto d'onore**, e più in generale degli eventuali effetti giuridici conseguenti alla stipulazione dello stesso.

Una volta ammessa la **risarcibilità dei danni** provocati ad una parte in occasione della **esecuzione della prestazione dedotta** (si pensi al soggetto che, nell' eseguire in base all'impegno preso la raccolta dei frutti sul fondo dell'altro, provoca danni ad alcune colture in corso oppure alla persona verso la quale ha assunto l'impegno della raccolta; o all'impresa che, nel pubblicizzare in base all'impegno preso prodotti semilavorati realizzati dall'altro e assemblati nel bene finale commercializzato dalla prima, diffonde sul mercato di riferimento informazioni commerciali sul prodotto semilavorato non corrispondenti alla qualità dello stesso, tanto da provocare un danno commerciale per il relativo produttore) ovvero derivati alla stessa per l'**inesecuzione della prestazione**, allorché da ciò sia effettivamente derivata la perdita di un affare o di un'occasione di guadagno (avuto riguardo agli esempi già fatti: dalla mancata raccolta dei frutti è derivata l'impossibilità di sfruttare una opportunità di vendita degli stessi ad un buon prezzo; dalla mancata visibilità commerciale discende, per il produttore del semilavorato, la perdita di un mercato), danni tutti risarcibili *ex art. 2043 c.c.*, si tratta di verificare la risarcibilità di quelle conseguenze che, in via immediata e diretta, discendono in ipotesi dall'inadempimento del patto d'onore<sup>111</sup> (con riguardo agli esempi fatti: la parte che ha subito l'inadempimento ha dovuto incaricare e pagare un bracciante; il produttore del semilavorato si è visto costretto ad incaricare e pagare una impresa specializzata in pubblicità commerciale).

<sup>110</sup> Richiama puntualmente la distinzione tra completezza del documento contrattuale, in ordine alle clausole essenziali ed accessorie dell'assetto d'interessi che si vuole raggiungere, e perfezionamento del contratto, GAZZONI, *op. cit.*, 853 s.

<sup>111</sup> Per una sintesi sul punto, DI MARZIO, *op. cit.*, 1186 s.

Le posizioni in merito sono divise.

Una parte della dottrina osserva, dopo un'attenta ed esaustiva riflessione<sup>112</sup>, che il **danno economicamente rilevante derivato direttamente dal fatto di non aver mantenuto la promessa d'onore o dal fatto di essere receduti o di aver comunque interrotto ingiustificatamente l'esecuzione della prestazione promessa**, non può restare sottratto aprioristicamente all'applicazione di una regola risarcitoria, poiché anche nell'uso delle libertà e dei poteri garantiti all'individuo, pur al di fuori del rapporto giuridico, sorge il **dovere di comportarsi secondo buona fede oggettiva e correttezza**; la promessa, in altri termini, crea un'aspettativa seppur di mero fatto, una speranza ovvero un affidamento non in senso stretto<sup>113</sup>, che si rivolge, però, non già alla esatta, integrale e tempestiva esecuzione della prestazione dedotta – ché ciò sarebbe eccessivo stante l'assenza della vincolatività giuridica del patto – quanto piuttosto, e di certo, al comportamento corretto di controparte. In questo senso, avendo espresso riguardo alle circostanze concrete nelle quali si è svolta l'intera vicenda – quelle, per intenderci, che hanno caratterizzato tanto il momento dell'assunzione dell'accordo d'onore quanto il momento successivo del comportamento di violazione degli impegni presi – si potrà ravvisare, nel comportamento improntato ad una **mala fede obiettiva** e nel **conseguente danno previsto o prevedibile**, il binomio essenziale per il richiamo di una regola di **responsabilità** di natura pur sempre **extracontrattuale**<sup>114</sup>.

Ciò premesso, sul piano della determinazione e quantificazione del danno patrimoniale, il criterio della risarcibilità dei pregiudizi economici non oltre una loro prevedibilità<sup>115</sup>, funge da limite equitativo all'applicazione di un principio di riparazione, quale quello sotteso all'illecito extracontrattuale (art. 2043 c.c.) ed all'inadempimento dell'obbligazione in ipotesi di dolo (art. 1225 c.c.)<sup>116</sup>, che se fosse acriticamente applicato porterebbe – nel caso di specie, si ritiene, ingiustamente – alla considerazione anche di tutti i danni imprevedibili.

<sup>112</sup> CHECCHINI, *op. cit.*, 337 ss.

<sup>113</sup> Lo rileva anche MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 105.

<sup>114</sup> *Contra*, GHEZZI, *op. cit.*, 1053, nel senso della natura contrattuale della responsabilità da affidamento, che sorgerebbe in tali casi; mentre variamente configurabile resterebbe il titolo della responsabilità che sgorga da fatti pregiudizievoli provocatisi in occasione della esecuzione della prestazione. Si pone in posizione ulteriormente differente ROVELLI, voce «Prestazioni di cortesia», in *Novissimo Dig.*, XIII, Torino, 1966, 733 ss., che, se si è ben compreso, tende a ricondurre tanto i comportamenti promessi e ineseguiti, quanto i danni cagionati in occasione dell'esecuzione della prestazione, in una logica di tipo contrattuale.

<sup>115</sup> CHECCHINI, *op. cit.*, 344.

<sup>116</sup> L'equiparazione tra ambito del danno risarcibile in materia extracontrattuale ed ambito del danno risarcibile in materia d'inadempimento o ritardo dolosi, è un dato oramai acquisito, GAZZONI, *op. cit.*, 629.



Se si aderisse ad una tale impostazione si dovrebbe però aggiungere che la valutazione della **prevedibilità del danno patrimoniale** susseguente alla violazione di un impegno d'onore dovrà essere correttamente rapportata ai vari momenti nei quali si svolge la vicenda; cosicché ci pare si possa riconoscere che, in tale prospettiva, saranno risarcibili tanto i danni patrimoniali prevedibili al momento dell'assunzione dell'impegno, quanto quelli prevedibili al momento della interruzione ingiustificata dell'esecuzione della prestazione o della sua totale inesecuzione.

Pertanto, nei limiti dell'art. 1227, 2° co., c.c.<sup>117</sup> e pur sempre avuto riguardo alle circostanze, dovrebbero così essere risarciti i costi sostenuti dal promissario per la prestazione sostitutiva di quella in tutto o in parte ineseguita, ciò s'intende nei limiti in cui questa sia fungibile; così come i costi e le spese sostenuti dalla parte non inadempiente per l'eventuale predisposizione del patto o, in caso di prestazioni reciproche, per il suo adempimento.

La dottrina citata, che ci sembra aver fornito una soluzione equilibrata alla questione della eventuale risarcibilità del danno patrimoniale derivante dalla violazione di un *gentlemen's agreement*, non sembra peraltro avere subito particolari opposizioni: le varianti che conducono, a seconda dei casi, ad una responsabilità speciale estranea al disposto normativo dell'art. 2043 c.c. o ad una responsabilità *ex art.* 2043 c.c., la condotta di colui il quale viola un patto d'onore, a seconda che non abbia o, invece, abbia tenuto un comportamento contrario a quanto dichiarato o fatto intendere<sup>118</sup>, non discutono **il principio della risarcibilità dei pregiudizi immediati e diretti conseguenti alla violazione del patto non *in iure***, ma ne ampliano semmai gli effetti, estendendoli, in ipotesi di richiamo della regola di cui all'art. 2043 c.c., anche oltre i danni prevedibili.

**Nega** invece, in radice, **la risarcibilità dei danni derivanti in via immediata e diretta dall'inadempimento dell'accordo d'onore**, una parte della dottrina la quale osserva che la clausola generale di buona fede e correttezza, pur largamente diffusa, sovrintende alla delusione di un affidamento riposto sopra un rapporto giuridico o, al più, sopra un contatto sociale funzionale alla conclusione di un rapporto pur sempre giuridico: tale regola pertanto non potrà essere applicata se ad esser delusa è la mera aspettativa o speranza riposta su un rapporto sociale o su un contatto sociale avviato per giungere ad un rapporto volutamente non giuridico<sup>119</sup> poiché, se fosse altrimenti, verrebbe ad essere frustrato lo stesso esercizio legittimo dell'autonomia privata che

<sup>117</sup> CECCHINI, *Rapporti non vincolanti*, cit., 345 s.

<sup>118</sup> MAZZONI, *op. cit.*, 24; MARTINI, *op. cit.*, 654.

<sup>119</sup> DI MARZIO, *op. cit.*, 1187.

altro non è, in tali casi, se non l'esercizio di una libertà fondamentale qual è quella di decidere, senza con ciò ledere interessi pubblici, generali o privati, di sottrarre un dato rapporto al controllo dell'ordinamento statale; l'applicazione della sanzione risarcitoria costituirebbe pertanto un rimedio invasivo ed indesiderato, che ricondurrebbe forzatamente all'alveo dell'ordinamento giuridico, relazioni volutamente e legittimamente impostate all'interno di sistemi alternativi di norme<sup>120</sup>.

La scarsa giurisprudenza che si è occupata dell'argomento non ha invero fornito, sul punto specifico, alcun chiarimento esplicito: la richiamata e risalente pronuncia del Tribunale di Roma infatti poteva, al più implicitamente, ritenersi portata ad ammettere coerentemente, date le premesse, una risarcibilità dei danni conseguenti all'inadempimento dell'accordo a contenuto patrimoniale, ciò sulla base di una ritenuta e presupposta vincolatività, anche sul piano giuridico precipuamente contrattuale, del *gentlemen's agreement*<sup>121</sup>.

Successivamente, la nota pronuncia del Tribunale di Crotone non ha invece apportato in materia alcun contributo specifico, nella misura in cui si è limitata a rilevare ciò che peraltro costituisce un carattere indiscusso del fenomeno, ovvero che «un impegno connotato dalla mancanza di forza giuridicamente vincolante» è «insuscettibile di esecuzione per legge»<sup>122</sup>; del resto, il divisato carattere non vincolante e non coercibile del *gentlemen's agreement*, risulta più volte confermato anche successivamente dal Consiglio di Stato<sup>123</sup>.

A ben vedere, entrambe le opposte soluzioni discusse risultano correttamente argomentate, e se bene si osserva, appaiono in realtà ruotare attorno all'applicazione di un medesimo principio: la libertà e l'autonomia privata il cui esercizio (volto ad istituire una relazione sul piano solo extra-giuridico) o i cui eccessi (volti a ad arrecare consapevolmente ed intenzionalmente un danno patrimoniale) rispettivamente fondano l'esclusione e l'ammissione della risarcibilità dei pregiudizi correlati in via diretta alla illegittima inesecuzione (o alla illegittima interruzione della esecuzione) della promessa.

Delle due opposte soluzioni però, più sistematicamente e logicamente coerente ci sembra essere quella che nega la risarcibilità dei pregiudizi immediati e diretti, poiché l'altra, essenzialmente fondata su una distinzione tra violazione della regola generale di correttezza e violazione di un interesse meritevole di protezione giuridica *ex art. 2043 c.c.*<sup>124</sup>, non appare altrettanto convincente; ciò non già per la forza del-

<sup>120</sup> DI MARZIO, *op. cit.*, 1187.

<sup>121</sup> Trib. Roma, 10 ottobre 1955, cit., in cui, come già fatto rilevare, viene esclusa la stessa possibilità per i pattuanti di vincolarsi solo sul piano dell'onore.

<sup>122</sup> Trib. Crotone, 5 luglio 1999, cit.

<sup>123</sup> C. Stato, sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1305, in *Giur. it.*, 2002, 1957.

<sup>124</sup> CHECCHINI, *op. cit.*, 348 ss.

l'argomento che ogni fatto umano lesivo di un'altrui posizione di vantaggio giuridicamente tutelata dovrebbe ricevere apposita sanzione soltanto entro i mobili ed elastici confini di cui all'art. 2043 c.c.<sup>125</sup>, ma per la poca persuasività dell'argomento che l'inadempimento di un accordo d'onore, pur non configurandosi «ingiusto» alla stregua dell'art. 2043 c.c., se circostanziato da dolo, mala fede, e purché privo di una causa di giustificazione obiettivamente apprezzabile, si porrebbe per ciò stesso in contrasto con un «dovere imposto dalla legge alla generalità dei cittadini, i quali si trovano in una particolare relazione intersoggettiva»<sup>126</sup>.

Ci sembra cioè che l'emersione di una «regola essenziale di correttezza»<sup>127</sup>, seppure in tesi ricostruibile in via autonoma rispetto alla norma dell'art. 2043 c.c. in quanto ricavabile sistematicamente da un complesso di disposizioni ad essa unitariamente riconducibili<sup>128</sup> e, dunque, in linea di principio avallabile in quanto avente una sua propria, ampia «base normativa»<sup>129</sup>, non potrà per ciò stesso – per il fatto cioè di avere una sua precipua legittimazione e identità all'interno dell'ordine giuridico, quale regola che esso compone e che in esso si giustifica – essere utilmente invocata nei casi in cui la relazione si collochi su un piano metagiuridico: quivi la trasgressione degli impegni assunti si pone in contrasto con valori per certi versi identici, nel contenuto, a quelli giuridici della lealtà, della correttezza, della buona fede, della fiducia, dell'affidamento, anche se da questi ultimi differenti per il fatto di essere colti, all'atto della originaria contemplazione e della conseguente violazione, in una loro specifica «dimensione giuridica parallela» rispetto al relativo «sosia» o «doppio» nel quale si riflettono se colti invece nella loro «dimensione giuridica statutale»<sup>130</sup>.

La dimensione metagiuridica dell'impegno, dunque, non può che costituire la premessa dalla quale far discendere il seguente corollario.

All'interno della dimensione sociale, la determinazione autonoma del privato assume, volendo descriverla con l'uso delle categorie tratte dallo specifico angolo di osservazione della dinamica giuridica, la veste di un **atto umano lecito caratterizzato da un intento giuridico negativo**<sup>131</sup>, che dunque si sottrae, come già fatto rilevare, all'area rappresentata dal negozio giuridico. La portata di atto umano lecito, qual

<sup>125</sup> DI MARZIO, *op. cit.*, 1187.

<sup>126</sup> CHECCHINI, *op. cit.*, 349.

<sup>127</sup> CHECCHINI, *op. cit.*, 350.

<sup>128</sup> CHECCHINI, *op. cit.*, 243 ss.

<sup>129</sup> CHECCHINI, *op. cit.*, 350 s., spec. nota 6.

<sup>130</sup> FERRI, *op. cit.*, 2 ss.

<sup>131</sup> L'atto umano lecito in questione, evidentemente manca della intenzionalità, intesa quale preordinazione dell'atto ad un determinato e specifico fine giuridicamente tutelato. Su tali aspetti, sinteticamente e nitidamente, PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, Torino, 2006, 91 ss.

si riscontra dal lato dell'ordinamento giuridico nell'**atto di autonomia sociale** che si traduce nella previsione dell'impegno d'onore, non potrà che riguardare, allora, anche il relativo **atto di esecuzione** e, infine (sempre avuto riguardo all'ottica dell'ordinamento giuridico), lo stesso **atto commissivo od omissivo di inesecuzione**.

Da ciò consegue pertanto che non potrà sorgere, dal compimento di un atto lecito nel quale si traduce l'inadempimento dell'impegno assunto sul solo piano dell'onore, **alcuna responsabilità civile**.

#### **14. Rapporti tra criterio di giudizio (arbitrato d'equità) e regola sostanziale**

La conclusione alla quale si è giunti, in punto di **irrisarcibilità degli eventuali pregiudizi scaturenti in via immediata e diretta dall'inadempimento del *gentlemen's agreement***, ci consente infine di approdare, seppure assai brevemente, alla risoluzione di una questione piuttosto interessante, e tuttavia trattata solo marginalmente dalla dottrina che si è occupata del tema in discorso: il rapporto tra criterio di giudizio o risoluzione di una controversia, da un lato, e regola sostanziale applicabile al caso da risolvere, dall'altro<sup>132</sup>.

La questione, evidenziatasi nel contesto di una nota controversia arbitrale<sup>133</sup>, si è articolata nei seguenti termini.

All'interno di un **patto di sindacato di voto da assumere a maggioranza**, nullo per il diritto avuto riguardo alla giurisprudenza dell'epoca, era stata stipulata una **clausola compromissoria per arbitrato di equità**; ciò portava a ritenere che il patto parasociale dovesse pertanto intendersi quale accordo d'onore, poiché le parti, dichiarando di voler sottoporre i loro comportamenti alle valutazioni equitative proprie di una data comunità economico-sociale, avevano per ciò stesso inteso porre il vincolo che dall'accordo scaturiva sul terreno delle regole extrastatali.

La premessa conduceva poi alla seguente conclusione: il patto di sindacato di voto dotato di una clausola compromissoria per arbitrato di equità doveva intendersi come una fattispecie diversa rispetto al proprio simile provvisto di clausola per arbitrato secondo diritto; tale diversità, emergente in primo luogo sul piano del criterio di giudizio prescelto, poteva dirsi infatti tale da incidere anche sul piano della individuazione della regola sostanziale utilizzabile per la decisione del caso concreto. In questo senso, presupposta l'equità quale fonte regolatrice del rapporto tra le parti del patto, ne derivava che quest'ultimo dovesse

<sup>132</sup> GALGANO, *Il paradosso dei sindacati di voto*, in *Contr. e Imp.*, 1995, 65 ss.; UGOLINI, *op. cit.*, 1075 ss.

<sup>133</sup> Per una sintesi, UGOLINI, *op. cit.*, 1075 ss.

essere rispettato in quanto, sebbene e proprio perché nullo per chi avesse dovuto giudicare secondo diritto, risultava invece valido per il giudice di equità<sup>134</sup>; un'ulteriore conseguenza veniva però tratta sul versante differente della sanzione, ritenendosi che il trasgressore inadempiente dovesse essere altresì obbligato al risarcimento del danno conseguente all'inesecuzione del sindacato di voto a maggioranza.

Se si considera che l'equità svolge essenzialmente la funzione di dare al caso concreto quella che, nella mente di chi giudica, appare essere come la decisione più «giusta», e se è pertanto ammissibile per questa via che un dato impegno, inesigibile ad una stregua di stretto diritto poiché ritenuto nullo, possa dirsi invece esigibile ad una stregua meta-giuridica, è pur vero che su tale terreno ontologicamente diverso e distinto delle regole e delle sanzioni sociali non dovrebbe attecchire, per definizione, il tipico rimedio civile a fronte dell'inadempimento, qual è appunto il risarcimento del danno; in altri termini, il sindacato di voto a maggioranza, asseritamente nullo per il diritto, potrebbe essere sì «salvato» sul piano dell'onore, ma, coerentemente, è pur sempre ed esclusivamente su tale piano che dovrebbe poi dispiegare anche i suoi tipici effetti sanzionatori a fronte della relativa inesecuzione. Diversamente opinando si giungerebbe al punto di consentire alle parti di far uso della sanzione giuridica del risarcimento del danno in tutti i casi in cui la stessa sarebbe inattuabile poiché priva di un valido titolo giuridico, purché sia sorretta da una ragione metagiuridica: quest'ultima, si è già rilevato, è invece pur sempre soggetta al vaglio di liceità ad opera dell'ordinamento giuridico, né potrebbe costituirsi dunque a mezzo per eludere l'applicazione di un principio inderogabile<sup>135</sup>.

Ciò porta infine a ritenere che l'atto di autonomia sociale, se in astratto è meritevole di tutela anche là dove lecitamente predilige quale sanzione per la inesecuzione dell'impegno d'onore dedotto una sanzione tipicamente civile (il risarcimento del danno)<sup>136</sup> – per tale via ipoteticamente assunta anche al rango di sanzione meta-giuridica, al pari della squalifica e del discredito – di contro diverrebbe illecito se volto a raggiungere, e finanche a presidiare con la tipica sanzione giuridica, uno scopo invece vietato dall'ordinamento giuridico.

<sup>134</sup> GALGANO, *op. cit.*, 67.

<sup>135</sup> Sul punto, oltre alla dottrina citata più sopra, UGOLINI, *op. cit.*, 1071 s.

<sup>136</sup> Salvo a dire che in tal caso appare evidente l'intento delle parti di contrarre un vincolo giuridico, GORLA, *op. cit.*, I, 30 ss., 166 e II, 312 ss.

