

La problematica del principio di tassatività nell'ambito delle promesse unilaterali.

Autore: Ianni Vincenzo

In: Diritto civile e commerciale

L'obbligazione è lo specifico vinculum iuris in virtù del quale un soggetto (cd. debitore) assume l'obbligo di effettuare una determinata prestazione di natura patrimoniale, volta al soddisfacimento dell'interesse di un altro soggetto (cd. creditore).

Circa le fonti da cui quel vincolo può nascere, il referente normativo è rappresentato dall'art. 1173 c.c., a mente del quale: « Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico ».

È di meridiana evidenza che l'ampia formulazione della norma è dettata dalla volontà del legislatore di tener conto delle esigenze, che il divenire sociale manifesta in una data congiuntura storica.

Questi, pur conscio che le dinamiche relazionali in ambito economico registrano l'assoluta predominanza della fattispecie contrattuale, ha voluto evitare un sistema rigido e tassativo delle fonti delle obbligazioni.

In tale ottica va inquadrata una peculiare categoria di atti, diversi dalla tipologia contrattualistica, ed idonei ad originare effetti obbligatori.

Si tratta delle cd. promesse unilaterali (prevedute nel titolo IV del libro IV del codice civile), ossia negozi giuridici unilaterali dotati di efficacia vincolante, ed aventi ad oggetto la promessa di una prestazione.

Quest'ultima fa insorgere un'obbligazione in capo a colui che esegue la promessa (cd. promittente), a prescindere dall'intervenuta accettazione o dal rifiuto del beneficiario della stessa (cd. promissario).

Facendo un passo a ritroso, può ricordarsi che già le fonti romane al pactum affiancavano la pollicitatio, che è offerentis solius promissum.

Ciò premesso, ai fini di inquadramento della tematica si rende necessario passare alla disamina del dettato legislativo.

Stando alla sistematica codicistica, nel novero delle promesse unilaterali tipiche rientrano i titoli di credito, la promessa al pubblico, la promessa di pagamento e la ricognizione (o riconoscimento) di debito.

In merito a queste ultime sembra doveroso un chiarimento.

Innanzitutto può ricordarsi che con la ricognizione di debito il debitore dichiara nei confronti del creditore di riconoscere la fondatezza della pretesa di quest'ultimo in merito all'esistenza del debito.

Con la promessa di pagamento un soggetto promette ad un altro l'adempimento di una prestazione, in relazione ad un rapporto obbligatorio già venuto in essere o che potrà sorgere, e ciò fino al momento in cui il promissario agisce per l'esecuzione della promessa.

Orbene, un movimento d'opinione contesta la sussunzione di queste fattispecie nella categoria delle promesse unilaterali, e lo fa sulla base di un corredo motivazionale di immediata percezione.

Difatti, sebbene queste si collocano dopo l'art. 1987 c.c., non può parlarsi di promesse unilaterali atteso che non comportano effetti obbligatori.

In sostanza, le ipotesi testè delineate si riallacciano ad un titolo preesistente, ed è soltanto da questo che derivano effetti vincolanti.

Rebus sic stantibus, la loro funzione sarebbe soltanto quella di determinare un'inversione dell'onus probandi.

Può dirsi, dunque, che per la corrente di pensiero di cui si discorre gli istituti in commento mettono in esponente un'astrazione processuale.

Oltre a quelle poc'anzi riportate, si rammenti che sussistono singole fattispecie ricondotte, non senza vivaci contrasti, sotto le insegne delle promesse unilaterali.

Si pensi, ad esempio, all'atto di concessione unilaterale d'ipoteca, alla fondazione di una persona giuridica, o ancora alla donazione obnuziale.

Si consideri, altresì, la fattispecie di cui all'art. 1329 c.c., che contempla l'ipotesi di colui che si obbliga a mantenere ferma una proposta per un dato tempo.

Per una parte della dottrina in tale ultimo caso si sarebbe in presenza di una promessa tipica.

A contrario, può obiettarsi che la fattispecie de qua è un atto prenegoziale, che si colloca nell'ambito delle trattative, ragion per cui sembra quantomeno inopportuno parlare di promesse unilaterali.

Altra ipotesi sovente richiamata in relazione al tema che qui ci occupa è la promessa di mutuo.

Secondo taluni si tratta di un'ipotesi evidente di contratto preliminare, ad avviso di talaltri nel caso di specie si configura un mutuo ad effetti obbligatori.

Invero, non sembra revocabile in dubbio che nella fattispecie di cui si discorre non si è in presenza di una promessa unilaterale, bensì di un accordo tra il soggetto mutuante ed il promissario (cd. mutuatario).

Ciò detto, in tema di promesse unilaterali il punto su cui dottrina e giurisprudenza si sono maggiormente dibattute è il principio di tassatività che informa tale categoria civilistica.

A tenore dell'art. 1987 c.c., rubricato "Efficacia delle promesse": « La promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge ».

Dalla norma di cui supra sembra lecito desumere che all'autonomia privata sia preclusa la possibilità di dar luogo a promesse unilaterali oltre quelle previste dall'ordinamento.

In ciò può cogliersi una marcata differenza di queste ultime rispetto alla tipologia contrattualistica.

Sostanzialmente, il legislatore pare escludere che la promessa unilaterale configuri un tipo generico di fonte di obbligazioni (in dottrina condividono tale ricostruzione, tra gli altri: Barassi e Rescigno).

Epperò, gli addetti ai lavori non hanno potuto esimersi dall'interrogarsi sulla ratio sottesa al principio di tipicità in materia, e sulla possibilità del configurarsi di promesse atipiche.

Orbene, taluni hanno affermato che l'elencazione prevista dall'art. 1987 c.c. è meramente esemplificativa.

Ad avviso di talaltri il carattere rigido di una norma sulle fonti delle obbligazioni non implica che debbano essere ispirate ad un sistema tassativo anche le singole previsioni legislative, nelle quali quella disposizione si articola.

Tanto premesso, sembra indubbio che la ratio sottesa alla tassatività delle promesse unilaterali riposa sull'esigenza di evitare che il solo consenso, non supportato da elementi ulteriori quali la forma, la causa, e così via, possa produrre effetti obbligatori al di fuori dei casi preveduti dalla legge.

Può ricordarsi che lo stesso diritto romano accordava valenza alle promesse unilaterali unicamente se dirette a vantaggio della comunità e qualora fossero sorrette da una giusta causa.

Proprio quest'ultimo elemento viene valorizzato da quella dottrina per la quale potrebbero ammettersi promesse non tipizzate, purchè ricorra un fondamento giustificativo dell'obbligo che il promettente va ad assumere.

In altri termini occorre che le fattispecie superino il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti, in ossequio al disposto di cui all'art. 1322, 2° comma c.c.

Orbene, secondo la teoretica di cui si discorre, l'art. 1333 c.c. sarebbe la fonte per la quale l'autonomia privata potrebbe dar luogo a promesse unilaterali atipiche.

Giusta la previsione di cui alla disposizione in commento: « La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata.

Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso ».

Per i fautori di tale teoria nella disposizione surricordata il legislatore pur parlando di contratto si riferirebbe a promesse unilaterali.

Sostanzialmente, la norma di cui all'art. 1987 c.c. atterrebbe alle ipotesi tipiche di promesse, mentre l'art. 1333 c.c. riguarderebbe quelle che pur riferendosi formalmente al contratto, di fatto sono promesse unilaterali.

Il richiamo del contratto da parte del legislatore nell'art. 1333 c.c. deriverebbe dal fatto che lo stesso ha voluto imporre il requisito di un'idonea giustificazione causale.

La singolarità del congegno tecnico di cui all'art. 1333 c.c., non incentrato sul tradizionale binomio proposta-accettazione, ha offerto terreno fertile per un intenso dibattito dottrinale in ordine al relativo inquadramento sistematico della disposizione.

In relazione alla tematica de qua sono ravvisabili tre tesi.

Oltre a quella surriferita (cd. tesi della promessa unilaterale), vi è una seconda opzione ermeneutica, cd. dell'accettazione tacita.

In riferimento a quest'ultima, una corrente di pensiero opina nel senso che

nell'art. 1333 c.c. sarebbe ravvisabile un vero e proprio contratto, concludentesi in virtù di un'accettazione tacita.

La legge in tal caso equiparerebbe il mancato rifiuto all'accettazione legale.

Per un altro filone interpretativo (teoretica cd. del contratto unilaterale), l'art. 1333 c.c. sarebbe la prova che il contratto può prescindere dall'accordo, il quale di tal guisa non sarebbe un elemento essenziale.

A sostegno di tale opzione interpretativa può osservarsi che esistono contratti unilaterali i quali ben possono difettare dell'accordo.

Tanto premesso, può adesso rilevarsi che le ultime due ricostruzioni riconducono lo schema dell'art. 1333 c.c. al contratto sulla scorta di rilievi di tipo esegetico.

In tal senso deporrebbe innanzitutto il collocamento della disposizione di cui supra nel titolo del contratto.

Non meno significativo si rivelerebbe il dato per cui il legislatore nella norma si richiama alla proposta.

Infine, la correttezza di un simile approdo teoretico sarebbe avvalorata dalla stessa rubrica, che richiama il contratto.

Quantunque sembra indubbio che la disposizione di cui all'art. 1333 c.c. presenta punti di contatto con la fattispecie del contratto, nondimeno, ad un'attenta analisi le tesi contrattualistiche prestano il fianco ad almeno due obiezioni difficilmente superabili.

Una prima attiene al tenore letterale dell'art. 1321 c.c., che ai fini della conclusione del contratto richiede *expressis verbis* la sussistenza di un accordo.

Si potrebbe, altresì, rilevare il limitato valore della sistematica codicistica; e ciò per quanto attiene alla ricomprendimento della norma di cui all'art. 1333 c.c. sotto il titolo del contratto.

Ma quello che più preme sottolineare, è che giusta la previsione di cui all'art. 1326 c.c., l'accettazione implica una condotta.

Orbene, da una lettura della norma di cui all'art. 1333 c.c. si evince chiaramente che la stessa non richiede un comportamento dell'oblato.

Posto che il destinatario della proposta deve rimanere inerte, ci si è chiesti se solo per questo manifesterebbe una volontà.

Probabilmente no. Difatti, perché mai la legge dovrebbe imporgli un onere di rifiuto?

Non si dimentichi che da un punto di vista civilistico l'inerzia non ha significato, potendo assumere valenza solo in talune evenienze.

A decretare la crisi delle tesi contrattualistiche ha contribuito una significativa pronuncia della Suprema corte, intervenuta nel 1995 (Cass. 27 settembre 1995, n. 10235).

Quest'ultima riguardava la stipula, la conclusione e la rilevanza di un istituto giuridico nuovo, ossia le cd. lettres de patronage (o lettere "di gradimento" o "di intenti", od anche, negli ordinamenti di Common law, di comforts letters e letters of awareness), fenomeno sviluppatosi con la diffusione delle cd. "holdings".

Prima della disamina della decisione surricordata, ai fini di inquadramento della lettera di patronage si rende necessario qualche cenno preliminare.

Con tale missiva un soggetto, di regola una società che è a capo di un gruppo, si rivolge ad un istituto di credito per propiziare l'apertura di un credito, o anche una semplice proroga/rinnovo di una precedente erogazione a favore di una società "satellite", di cui detiene il pacchetto di maggioranza o con cui sussiste altro legame funzionale.

A tal fine fornisce notizie e rilascia dichiarazioni il cui contenuto si presenta assai variegato.

Spesso, la società controllante fa presente alla banca di possedere una partecipazione di controllo sulla società che aspira al finanziamento, e che esercitando la propria influenza vigilerà perché questa adempia regolarmente le obbligazioni di restituzione.

A ciò, talvolta, secondo il rituale più diffuso si aggiunge l'ulteriore dichiarazione da parte della controllante di non dismettere la propria partecipazione di controllo fino all'avvenuta estinzione del debito, oppure che essa comunicherà tempestivamente l'eventuale cessione delle proprie quote azionarie.

In buona sostanza, la controllata, "presentata" dalla capogruppo, fa leva sull'autorevolezza e sulla reputazione commerciale di cui questa gode nei mercati finanziari.

Sotto l'esperienza anglosassone, le lettere di patronage si sono rapidamente imposte nella prassi dei rapporti finanziari in molti Paesi europei.

Allineandosi al trend in costante ascesa, anche le società italiane hanno inviato missive di tale tipologia alle banche, le quali sollecitamente hanno iniziato ad erogare credito.

Orbene, a fronte dell'insolvenza della società controllata si è palesato il problema del soggetto cui ascrivere la responsabilità.

In altri termini ci si è interrogati sulla vincolatività giuridica delle cd. lettere di patronage.

Prima degli anni 80', la qualificazione normativa delle lettere di patronage era una problematica di non poco momento, atteso che il codice non ne faceva menzione alcuna.

A quanto detto si aggiunga il dato per cui non facilitava la situazione il fatto che le stesse recassero dichiarazioni di svariata natura e diverso tenore.

La giurisprudenza italiana, nel tentativo di dare loro una collocazione sistematica, ha distinto le lettere di patronage in due categorie.

In una prima vi rientrano le lettere cd. deboli (soft comfort letters), risolventesi in mere enunciazioni di carattere informativo, in una seconda, invece, quelle cd. forti (hard comfort letters), aventi un contenuto impegnativo.

Per quanto concerne le prime, a titolo esemplificativo si consideri la dichiarazione di scienza con cui la capogruppo si limita a confermare la propria posizione di controllo nei confronti della patrocinata, ne attesta la regolare gestione, escludendo mutamenti nell'assetto di controllo o del management, ovvero più semplicemente sostiene di essere a conoscenza del rapporto di credito intercorrente tra l'istituto e la società satellite.

Venendo alle lettere cd. forti, la loro funzione sostanzialmente è quella di assicurare la banca sui rischi economici del finanziamento.

A tal fine, usualmente il patrocinante si impegna per l'intera durata del contratto di finanziamento, a non dismettere la propria partecipazione sociale senza il previo consenso dell'istituto creditizio.

Non è infrequente, poi, che questi si assume l'onere di approntare tutte le misure necessarie acciocché la società patrocinata faccia fronte ai propri doveri.

Delineati gli stilemi che caratterizzano le lettere di patronage, può dirsi che diverse sono le teorie

sviluppatasi intorno alla valenza giuridica di tali fattispecie.

Per una nota dottrina minoritaria (Galgano) entrambe non possono che assumere rilievo ex art. 2043 c.c.

Secondo l'Autore incorre in responsabilità chi con dolo o colpa induce in errore l'istituto di credito, ad esempio omettendo di riferire talune informazioni di una certa importanza.

Un'altra dottrina minoritaria opina nel senso che entrambe le fattispecie di lettere non possono che assumere valenza sul piano non giuridico, dispiegando i propri effetti su un ambito morale (sostanzialmente si sarebbe in presenza dei cd. *gentlemen agreement's*).

La mancata osservanza del contenuto delle lettere comporterebbe unicamente la perdita di affidabilità nelle relazioni commerciali.

Aderendo a tale opzione ermeneutica l'unico effetto giuridico potrebbe essere, dunque, la *soluti retentio*, laddove il patrocinante decidesse spontaneamente di adempiere.

Presentemente dottrina e giurisprudenza sembrano essere addivenute ad una sostanziale convergenza di opinioni circa l'inquadramento delle lettere cd. deboli.

Si ritiene che in capo al patrocinante possa configurarsi una responsabilità di tipo precontrattuale, laddove mediante dichiarazioni mendaci e fuorvianti, o comportamenti negligenti (es. all'istituto di credito viene detto che la società controllata è finanziariamente solida, invece non lo è), induca la banca all'erogazione del credito, la quale senza la missiva non si sarebbe determinata nel senso della concessione del finanziamento.

In buona sostanza, il patrocinante può avere generato nell'istituto di credito delle lecite aspettative circa il buon esito dell'operazione bancaria e, quindi, circa il recupero delle somme di denaro erogate.

Può dirsi, pertanto, che nel caso delle lettere di patronage il patronnant è ben lungi dall'assumere la veste di un terzo « qualunque », che s'inserisce nell'ambito di una trattativa a lui estranea.

La qual cosa, ad avviso della Suprema corte fa sì che lo stesso possa rispondere a titolo di responsabilità precontrattuale, allorquando artatamente o mediante valutazioni superficiali abbia spinto l'istituto bancario a confidare nella bontà dell'operazione economica.

Ciò posto, maggiori problematiche sono sorte in relazione alle lettere cd. forti, con cui il patrocinante assume nei confronti del destinatario della lettera un impegno, che può essere di contenuto vario (es. mantenere un certo controllo azionario della società controllata).

Tale tipologia di missive viene usualmente ricondotta alla causa di garanzia.

Al proposito occorre precisare che la lettera di patronage, quando presenta un contenuto impegnativo (es. il patrocinante garantisce la solvenza), assume punti di contatto con la fideiussione (art. 1936 c.c.).

Orbene, occorre sgomberare risolutamente il campo da equivoci.

Si tratta di un accostamento inappropriato, atteso che la fideiussione implica la manifestazione espressa del fideiussore che intende prestare la garanzia.

Può dirsi che quella prevista dall'art. 1937 c.c. rappresenta una norma di grande rilievo sistematico, in

quanto serve a far comprendere la differenza tra manifestazione di volontà espressa e tacita.

Il codice per la validità della fideiussione richiede una volontà espressa al fine di proteggere il fideiussore e, dunque, evitare che il contratto di fideiussione possa venire in essere attraverso una manifestazione di volontà tacita.

Sebbene le lettere di patronage “forti” con garanzia di solvenza della società controllata, sembrano ricalcare la fideiussione, non scatta la disciplina di cui agli artt. 1936 ss. c.c. se non viene manifestata *expressis verbis* la volontà di prestare garanzia.

Ciò detto, può anche rilevarsi che non sembra possibile ricondurre le lettere cd. forti nell’alveo della promessa di fatto del terzo.

In tal senso depone il dato che il raccomandante non promette l’adempimento del raccomandato, ma si limita a garantire un “fatto proprio”, ossia il proprio impegno personale acciocché l’obbligato adempia puntualmente.

Tanto premesso, quando la lettera presenta un contenuto impegnativo non est disputandum che ci si muove all’interno di una logica obbligatoria, la qual cosa ovviamente implica il risarcimento del danno per l’ipotesi di inadempimento

(art. 1218 c.c.).

Ai fini della presente tematica particolare valenza assume la questione se accanto all'azione risarcitoria sia possibile promuovere altre azioni (es. quelle contrattuali).

Qui viene in rilievo il problema di stabilire se nel caso di specie si è in presenza di un contratto o di una promessa unilaterale.

Si tratta di un interrogativo di non poca valenza atteso che dalla qualificazione discendono diverse conseguenze, in ordine al momento di produzione dell'effetto ed alla disciplina applicabile.

La giurisprudenza è ormai pacifica nel ritenere che le lettere di patronage si perfezionano secondo uno schema affine a quello di cui all'art. 1333 c.c.

Quando tali missive, dal tenore impegnativo, pervengono alla banca, questa può limitarsi a non rifiutare, indi discendono obblighi solo a carico del proponente.

Sulla scorta di siffatti rilievi, la Cassazione nel settembre del 1995, per la prima volta ha affermato che l'art. 1333 c.c. di fatto disciplina un negozio unilaterale, non un contratto perchè sussiste una sola volontà.

Venendo alle lettere di patronage, l'unica volontà sussistente nel caso concreto è quella del patrocinante.

La trama è semplice: la promessa arriva alla banca, diviene irrevocabile, e con l'omesso rifiuto produce effetti.

Tanto premesso, ci si può interrogare sulla causa delle lettere di patronage.

Orbene, l'assunzione unilaterale di obbligazioni sarebbe giustificata dall'interesse della controllante a favorire la propria controllata.

Nella pronuncia 25 settembre 2001, n 11987, la Cassazione ha confermato che le lettere cd. forti si perfezionano ex l'art. 1333 c.c., ma non ha puntualizzato che questa norma è una valvola di sfogo verso l'ammissibilità delle promesse atipiche.

I Giudici hanno altresì dichiarato che il grado di vincolatività delle lettere in commento deve essere ricostruito sulla base delle regole di ermeneutica contrattuale, enunciate dagli artt. 1362 e 1366 c.c.

Conclusivamente, sembra potersi affermare che nell'odierna temperie le dinamiche relazionali in ambito commerciale vedranno imporsi le lettere di patronage come una valida alternativa alla forme di garanzia tipiche.

<https://www.diritto.it/la-problematica-del-principio-di-tassativita-nell-ambito-delle-promesse-unilaterali/>