



SAPIENZA  
UNIVERSITÀ DI ROMA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

DOTTORATO DI RICERCA in *Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea ed internazionale* – XXXIII CICLO

*Curriculum* – Realtà e radici del diritto privato europeo (IUS/01 - IUS/19)

## PATTI SULLA PATOLOGIA CONTRATTUALE

*Tutor*

Chiar.mo Prof. Enrico del Prato

*dottorando*

Luca Antonio Caloiaro



## PATTI SULLA PATOLOGIA CONTRATTUALE

### INDICE-SOMMARIO

<b>CAPITOLO I – IL CONCETTO DI PATOLOGIA .....</b>	<b>- 5 -</b>
1. La patologia nel linguaggio giuridico.....	- 5 -
2. Patologia, validità, inefficacia in senso stretto. ....	- 11 -
3. Patologia ed illecito. ....	- 17 -
4. Patologia genetica e patologia funzionale. ....	- 25 -
<b>CAPITOLO II – LE NORME SULLA PATOLOGIA .....</b>	<b>- 31 -</b>
5. La patologia nella teoria della sanzione: genesi del principio di conservazione. Patologia e tutele. ....	- 31 -
6. La norma sulla patologia contrattuale: fattispecie, conseguenza giuridica, norma tecnica. Perimetro della patologia del contratto.....	- 47 -
7. Segue. Istituti di dubbia appartenenza alla patologia e disciplina loro applicabile: spigolature. ....	- 55 -
8. Segue. Norme sulla patologia e norme di comportamento (cenni). ....	- 61 -
9. Caducazione del contratto e rimedi: oggetto e modi della tutela. ....	- 66 -
10. Patologia e principio di conservazione del contratto. I rimedi conservativi. ....	- 90 -
<b>CAPITOLO III – I PATTI SULLA PATOLOGIA: LINEAMENTI GENERALI .....</b>	<b>- 112 -</b>
11. I patti sulla patologia contrattuale. Patti conservativi e non conservativi. ....	- 112 -
12. Limiti di ammissibilità dei patti sulla patologia. Autonomia privata e modo della tutela. ....	- 117 -
13. Analisi delle possibili obiezioni: imperatività della norma sulla patologia; natura sanzionatoria; divieto di autotutela privata. Critica.....	- 120 -
14. Per un approccio empirico e graduale al tema.....	- 132 -

<b>CAPITOLO IV – PATTI CONSERVATIVI.....</b>	<b>- 135 -</b>
15. Patto di conversione. ....	- 135 -
16. Patto di scindibilità delle clausole nulle. Sostituzione convenzionale delle clausole nulle. ....	- 148 -
17. Patti di rettifica. ....	- 161 -
18. Patti di riconduzione ad equità. ....	- 185 -
19. Patto di irrisolubilità. ....	- 190 -
<b>CAPITOLO V – PATTI NON CONSERVATIVI .....</b>	<b>- 211 -</b>
20. Patto di inscindibilità delle clausole nulle. ....	- 211 -
21. Patto di adempimento spontaneo.....	- 215 -
22. Condizione risolutiva di inadempimento.....	- 219 -
<b>RILIEVI CONCLUSIVI.....</b>	<b>- 230 -</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>- 231 -</b>

\* \* \*

*Lo studio si propone di indagare gli angusti margini di disponibilità della patologia contrattuale, muovendo dal suo inquadramento teorico, nonché di approfondire la sinergia tra autonomia privata e principio di conservazione in chiave di erosione della caducità del contratto, verificando le potenzialità innovative della patologia sull'assetto di interessi contrattuale.*

## CAPITOLO I – IL CONCETTO DI PATOLOGIA

SOMMARIO: 1. La patologia nel linguaggio giuridico. – 2. Patologia, validità, inefficacia in senso stretto. – 3. Patologia ed illecito. – 4. Patologia genetica e patologia funzionale.

### *1. La patologia nel linguaggio giuridico.*

Si può agevolmente riscontrare nella letteratura giuridica l'impiego frequente e trasversale dell'espressione "patologia". In ogni settore dell'ordinamento, si possono rinvenire ampi studi sulla patologia del contratto, del negozio giuridico, del provvedimento amministrativo, dell'atto processuale, dell'atto tributario e via discorrendo. Talvolta, il termine "patologia" è promiscuamente impiegato in luogo di "invalidità", senza preoccuparsi di precisarne il significato ed i rapporti reciproci. In alcuni settori, invece, si predilige il secondo vocabolo e lo si impiega in via tendenzialmente esclusiva (ad es., negli studi sulla validità delle norme giuridiche). La varietà di impiego dell'espressione "patologia" impone, dunque, di fissarne preliminarmente la latitudine e la capacità semantica e, solo successivamente, di assegnare ad essa un significato specifico per il presente oggetto di studio, il contratto. Tale indagine preliminare è funzionale all'individuazione di un concetto giuridico di patologia, il quale consentirà di isolare, nell'ambito dell'ordinamento giuridico, le norme sulla patologia e di precisarne struttura e funzione, al fine di vagliarne i margini di disponibilità pattizia.

In termini generali, la patologia può assumere due significati: l'uno empirico, l'altro speculativo.

Su un piano empirico, la patologia indica lo *stato di alterazione* che interessa un fenomeno di cui è possibile delineare un andamento normale o una forma di manifestazione tipica<sup>1</sup>. Tale significato è ricavato, in via figurata, muovendo dalla radice etimologica del termine (si allude al greco “πάθος”, malattia) ed amplificandone per astrazione i contenuti. La patologia, sul piano empirico, allude, dunque, ad uno *stato* anomalo del fenomeno osservato.

Tale accezione empirica è trasposta ed adattata nel linguaggio giuridico, ove il fenomeno osservato è cristallizzato in un modello normativo che ne delinea la struttura tipica di riferimento: la patologia, in quest’ottica, indica la discordanza del fatto concreto dalla norma che lo disciplina<sup>2</sup>. Quest’accezione, molto ampia e tendenzialmente descrittiva, di patologia – attraverso cui, in sostanza, si intende delineare uno stato di difformità di una situazione concreta da un modello normativo astratto, senza indagarne le puntuali conseguenze giuridiche e limitandosi alla constatazione della generica inefficacia – è stata prevalentemente sviluppata e precisata con riferimento alla figura dell’atto giuridico<sup>3</sup>, giustificandola

---

<sup>1</sup> Nei vocabolari di lingua italiana più diffusi, in corrispondenza del lemma “patologia”, essa è definita, in senso figurato, come “l’insieme delle condizioni atipiche o degenerate rispetto alla norma nel funzionamento di un ente, nel comportamento di una persona e sim.” (*Il nuovo Zingarelli*, XI ed., Bologna, 1988), ovvero come “insieme di condizioni anomale nel funzionamento di un ente, di un organismo e simili” (*Garzanti linguistica – Dizionario italiano*, Milano, 2005), o ancora come “complesso di condizioni che generano il cattivo funzionamento di un ente o di un organismo” (A. GABRIELLI, *Grande dizionario italiano*, IV ed., Milano, 2020).

<sup>2</sup> Per un primo riscontro, cfr. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, Milano, 1941, 46.

<sup>3</sup> Non si vuole, qui, entrare nel dibattito circa l’ammissibilità di una dottrina generale dell’atto giuridico. Anzi, sono note e ampiamente condivisibili le critiche all’utilità di una categoria unitaria di atto giuridico (che comprenda sia l’atto giuridico in senso stretto sia l’atto negoziale), la quale peccherebbe di genericità, avendo sì le due figure in comune il dato della *volontarietà* e della *consapevolezza* del comportamento, ma tali note hanno prevalentemente un rilievo negativo, nella misura in cui consentono di contrapporre l’atto al fatto giuridico in senso stretto, senza assegnare un’omogeneità di struttura e di funzione all’atto giuridico in senso ampio. Atto in senso stretto e negozio sono figure essenzialmente diverse. Cfr. i limpidi rilievi di F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 204.

Il riferimento alla figura dell’atto giuridico in relazione ad un concetto empirico di patologia è, per ragioni che si cercherà di delineare nel prosieguo, formulato dallo stesso A. citato in precedenza, il quale assume, per lo studio delle concause di efficacia, la generale

sul piano teoretico allo scopo di distinguere le ipotesi in cui l'inefficacia dell'atto giuridico deriva dalla attuale mancanza di una concausa (o coelemento) di efficacia piuttosto che da uno *stato* patologico della fattispecie<sup>4</sup>. Nel primo caso, a parità di inefficacia<sup>5</sup>, vi sarebbe piena concordanza del fatto con la norma che lo disciplina, nel secondo essa farebbe difetto.

L'altro significato, quello speculativo, del termine "patologia" è, invece, direttamente desumibile dalla sua etimologia (dal greco πάθος, "malattia", e λόγος, "studio" o "discorso") ed è correntemente impiegato in medicina: la patologia indica lo *studio* della malattia nella duplice fase dell'osservazione dei sintomi e dei segni che si manifestano nel corso di essa, fino ad estendersi alla spiegazione deterministica degli stessi (eziopatogenesi)<sup>6</sup>. Anche in questa accezione speculativa la patologia è trasposta nella scienza giuridica ed indica lo studio e la classificazione teorica delle deviazioni tipiche di un modello normale di negozio giuridico (non più, genericamente, di un atto giuridico), allo scopo di edificare un sistema

---

prospettiva della "intera cerchia degli atti giuridici" (cfr. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 7).

<sup>4</sup> A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 40 ss., il quale ritiene non definibile il concetto di inefficacia in senso tecnico, in rapporto all'invalidità e all'inesistenza, finché si ha soltanto riguardo al profilo funzionale – ossia, effettuale – della fattispecie (poiché quest'ultima non produce effetti sia quando manca un elemento accidentale sia quando manca un elemento costitutivo), essendo invece delineabile ove venga definito in rapporto all'atto.

In termini analoghi, seppur giungendo a definire diversamente i rapporti tra invalidità ed inesistenza, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1966 (rist. 2012), 241, 259, secondo cui l'inefficacia in senso stretto è ricavabile solo in negativo rispetto all'invalidità: discendendo quest'ultima da un vizio del negozio, l'inefficacia in senso stretto postula l'integrità del negozio, essendo dipendente da un fatto a questo estraneo. Si conferma, dunque, che l'inefficacia in senso stretto è definibile solo in rapporto all'atto.

<sup>5</sup> Il riferimento è, chiaramente, agli effetti giuridici tipici dell'atto, atteso che gli effetti giuridici preliminari discendono da una distinta norma "ausiliaria". Così, A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 40, nota 31. In senso analogo, A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, IV ed., Torino, 2014, 327, con riguardo al contratto, intende il riferimento all'inefficacia come mancanza degli "effetti suoi propri", potendo produrne altri.

<sup>6</sup> M.A. RUSSO, *Patologia*, in *L'universo del corpo*, in *Enciclopedia italiana Treccani*, Roma, 2000, *ad vocem*.

razionale e completo delle cause patologiche e del loro trattamento giuridico<sup>7</sup>: una tassonomia dei mali e dei correlativi rimedi.

In questa declinazione, una volta mutato l'oggetto di studio (dall'atto al negozio), la patologia assume un significato propriamente tecnico. In un primo senso, dunque, l'accezione empirica di patologia, limitandosi ad indicare la difformità del fatto concreto dal modello, era – di regola – concetto perlopiù utile con riferimento ad un atto giuridico in senso stretto, di cui occorre solo vagliare la rispondenza della situazione di fatto allo schema normativo, che attribuisce al fatto valore legale tipico<sup>8</sup>, al fine di sciogliere l'alternativa tra rilevanza ed irrilevanza giuridica del comportamento, cui solo come logico corollario, nel secondo caso, consegue la mancata produzione degli effetti giuridici (potendo invece ammettersi atti rilevanti, ma inefficaci)<sup>9</sup>. In altro senso, con riferimento al negozio<sup>10</sup>, la

---

<sup>7</sup> Cfr., al riguardo, V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, II ed., Padova, 1990, 25, il quale, nella sua ampia e profonda indagine, parimenti rileva che la funzione della classificazione delle varie anomalie del volere è propriamente quella di determinarne il trattamento giuridico.

<sup>8</sup> Nel senso – negativo – che, diversamente dal negozio, ove l'atto conta come esplicazione di un potere di autoregolamento in virtù del riconoscimento normativo dell'idoneità dell'atto a regolare una certa situazione, nel caso degli atti giuridici in senso stretto, l'ordinamento riserva a sé stesso la competenza a disciplinare certi comportamenti, assumendoli come meri presupposti cui ricondurre effetti normativamente stabiliti. Per tali rilievi, F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, cit., 206.

<sup>9</sup> A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 26 s. e 40, secondo cui la rilevanza giuridica designa l'idoneità di un atto a provocare mutamenti nella sfera delle effettualità giuridiche, esprimendosi come *efficacia potenziale*: indica, cioè, una situazione di fatto concreta costituita da tutti gli elementi richiesti dalla norma affinché l'atto venga riconosciuto dal diritto e reso *capace* di produrre effetti giuridici (cd. legge dell'interezza della fattispecie). Così intesa, la rilevanza ha, come logico contrario, il concetto di irrilevanza giuridica o inesistenza: il diritto non interviene con la sua attività qualificativa e non sorge, dunque, alcun problema di efficacia (la quale, invece, postula un atto giuridicamente *rilevante*).

Su posizioni affini, pur muovendo da diverse premesse sistematiche, si pone N. IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968 (rist. 1982), 1106 ss., con riferimento al concetto di *rilevanza esterna* delineato dall'A. stesso, il quale considera *giuridicamente rilevante* il fatto che riceve un predicato giuridico ed *irrilevante* il fatto che non riceve un predicato giuridico, in quanto non si palesa omogeneo con il contenuto della descrizione normativa.

<sup>10</sup> Con particolare riguardo all'invalidità (che rappresenta la patologia per antonomasia del negozio, su ciò *infra*, § 2), osserva puntualmente M. BRUTTI, voce *Invalidità (storia)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 560 ss., che la limitazione al campo negoziale del concetto di

patologia assume un'accezione speculativa, indicando un approccio ordinante delle deviazioni e anomalie dell'atto di autonomia privata, al fine di stabilirne il trattamento giuridico. La patologia diviene – mutuando l'efficace espressione di un illustre giurista – lo studio delle categorie nelle quali, secondo il codice civile, può manifestarsi un impedimento all'efficacia del negozio, la cui trattazione “con terminologia, direi, quasi surrealista chiameremo *patologia del negozio*”, ove “la deviazione dalle regole di vita del negozio porta un difetto che può essere mortale”<sup>11</sup>.

Si nota, così, un fondamento comune ed interdisciplinare nell'approccio speculativo allo studio delle “anomalie”, condotto sotto il nome di patologia. In medicina, la patologia nasce come lo studio di un elemento ignoto (l'organismo umano) attraverso l'indagine delle sue deviazioni e disfunzioni<sup>12</sup>. Anche nella scienza giuridica la patologia nasce come studio di un'entità che, per sua natura, sfugge al controllo dei sensi: si allude alla volontà, quale imperscrutabile fatto psichico che contraddistingue l'atto di autonomia privata, mediante l'individuazione e la classificazione delle sue deviazioni.

---

invalidità è operata dalla Pandettistica (assumendo come paradigmatica l'opera del Windscheid), non riflettendo, tale limitazione, l'impostazione della problematica dell'invalidità nelle fonti romane. Del resto, le dottrine pandettistiche – nota ancora l'A. – erano in ultima analisi mosse da una ricostruzione storica del diritto romano strumentale alla riduzione a sistema attuale di quell'esperienza giuridica, pensata come diritto vigente e come veicolo per giustificare valori e dati normativi della propria esperienza giuridica: con riferimento all'invalidità negoziale, in definitiva, si trattava di avvalorare l'unità delle strutture contrattuali e la libertà del volere.

<sup>11</sup> Con queste parole apre l'indagine sul tema A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XIII ed., Padova, 1962, 185 ss., innovando la rigida bipartizione di matrice pandettistica della materia, articolata tra invalidità ed inefficacia in senso stretto (che, peraltro, l'A. costruisce con diversi confini). L'A. assegnava, inoltre, alla patologia una precisa cornice normativa, richiamando i cinque capi del libro IV, dal X al XIV del titolo II, artt. 1414 ss. (cioè includendo la simulazione nella patologia, su ciò v. *infra*, nota 15 e § II.7, testo e note).

<sup>12</sup> Può osservarsi, inoltre, con parallelismo anatomico, che, così come in medicina la patologia generale si articola nello studio dei singoli elementi dell'organismo umano (organi, tessuti, tipi molecolari o cellulari, etc.), nel diritto civile la patologia si articola in relazione all'elemento oggetto di studio, che rimane pur sempre un atto giuridico (patologia del contratto, del testamento, del matrimonio, del riconoscimento di figlio, della confessione, della rinuncia all'eredità, etc.).

Non è secondario notare, al riguardo, che nel silenzio del codice civile del 1865, la dottrina elaborò le teorie dell'errore ostativo<sup>13</sup>, dell'incapacità di intendere e di volere<sup>14</sup>, della simulazione<sup>15</sup>, della violenza fisica come cause di nullità del negozio, enucleandole dal requisito della volontà, che – si affermava – essendo prevista dal legislatore tra gli *essentialia negotii*, doveva altresì essere esente da anomalie<sup>16</sup>. Da qui emerge la stretta correlazione tra volontà e patologia, premessa implicita anche per gli studiosi mossi dalla diversa consapevolezza teorica che la disciplina della

---

<sup>13</sup> Cfr., per tutti, F. MESSINEO, *Teoria dell'errore ostativo*, Roma, 1915, 59 ss., 163 ss., ove sono vagliate le due principali concezioni di errore ostativo che conducevano entrambe a giustificare la nullità del contratto: la concezione francese dell'*erreur obstacle*, che impedisce la formazione del consenso fra le parti per mancato incontro delle due volontà, assumendo, dunque, come punto di riferimento il contratto; e la concezione pandettistica dell'errore ostativo come causa di divergenza (involontaria) della volontà dalla dichiarazione, assumendo come punto di osservazione il negozio giuridico. Le due teorie, chiaramente, muovono entrambe da premesse volutaristiche, in linea con lo spirito del tempo.

<sup>14</sup> Cfr. la puntuale indagine di M. GIORGIANNI, *La c.d. incapacità naturale nel Primo Libro del Nuovo Codice Civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, 398 ss., il quale rileva che erano ritenute norme di natura singolare le disposizioni del codice civile previgente che stabilivano l'annullabilità (si allude all'art. 112 c.c. abr., relativo al matrimonio dell'interdetto per infermità di mente, cioè ad una ipotesi di incapacità legale, nonché all'art. 336 c.c. abr., con riguardo specifico agli atti anteriori all'interdizione, annullabili se al tempo dell'atto già sussisteva la causa d'interdizione e risultasse, per il grave pregiudizio, la qualità del contratto o altrimenti, la mala fede dell'altro contraente). In particolare, la peculiarità del rimedio dell'annullabilità per gli atti anteriori al giudizio d'interdizione era giustificata dal fine di facilitare la prova a favore dell'incapace. Proprio il regime speciale dell'art. 336 c.c. abr., invece, confluirà, come causa generale di annullabilità del contratto concluso dall'incapace naturale, nell'attuale art. 428 c.c.

<sup>15</sup> Si allude alla nota teoria (di origine pandettistica) che vede la simulazione come divergenza volontaria tra volontà e dichiarazione, ripresa e sviluppata da F. FERRARA sr., *Della simulazione dei negozi giuridici*, V ed., Roma, 1922, 35 ss., secondo cui la simulazione assoluta comportava la nullità del negozio simulato per assenza della volontà. Giungeva, parimenti, alla conseguenza della nullità, seppur muovendo dal diverso postulato della simulazione come contrasto tra due dichiarazioni, G. MESSINA, *La simulazione assoluta*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, I, 493 ss. e 507, in virtù del rilievo che nel negozio simulato non poteva ravvisarsi un negozio, bensì un mero fatto.

Con l'entrata in vigore del codice del 1942, è ancora diffusa l'opinione che assegna alla simulazione rilevanza patologica, mentre la prevalente dottrina più recente tende – opportunamente – ad espungere la simulazione dal quadro della patologia del procedimento di formazione del contratto, per includerla nello studio degli effetti del contratto concluso. Sul punto si tornerà *infra*, sub § II.7, ove ulteriori citazioni.

<sup>16</sup> Approccio, oggi, aspramente criticato: cfr. P. TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, 191 ss.

patologia debba spiegarsi in corrispondenza dei limiti posti alla rilevanza del vizio nell'ottica del destinatario della dichiarazione<sup>17</sup>.

## 2. Patologia, validità, inefficacia in senso stretto.

Dai rilievi appena svolti si ricava che la patologia è un concetto relazionale, in quanto implica la previa individuazione e fissazione di un modello astratto di riferimento, che rappresenta il parametro per individuare l'anomalia rilevante. Pertanto, non vi è patologia senza l'identificazione del fenomeno fisiologico. La patologia – *rectius*, lo stato patologico – è, in altri termini, uno dei due possibili esiti del *giudizio di conformità* dell'oggetto osservato e ne indica la difformità; l'altro esito è lo stato fisiologico, che all'inverso ne sancisce la conformità: *tertium non datur*.

La questione, tuttavia, si complica allorché l'oggetto osservato è scomponibile in parti o elementi, qualitativamente o quantitativamente differenti, idonei a fungere da oggetto di un autonomo giudizio di validità, nella misura in cui – chiaramente – è lo stesso schema o modello di riferimento ad essere scomponibile in corrispondenti parti o elementi (ad es. 1419 c.c.). In tali casi, si prospetta il grave problema logico di stabilire se la patologia che investe una singola parte comporta – per necessità – la difformità dell'oggetto valutato dallo schema complessivo<sup>18</sup>. Ebbene, non deve indulgersi nella inesorabile logica binaria, per cui, da un lato, la conformità postula l'assenza di qualsivoglia difformità e, dall'altro, la patologia l'assenza di totale conformità (dunque: la parziale difformità implicherebbe ineluttabilmente la patologia); la risposta al problema dipende, invece, dalla logica

---

<sup>17</sup> Per tale rilievo, con particolare riferimento ai vizi del consenso, in relazione ai quali vi è stata tradizionalmente maggiore ritrosia ad abbandonare la concezione volontaristica, V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., 5.

<sup>18</sup> F. MODUGNO, voce *Validità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 3 ss., il problema è noto ed affrontato con profondità negli studi di teoria generale con riferimento al concetto di validità. Sui rapporti tra quest'ultimo ed il concetto di patologia, v. *infra* nel testo.

di preferenza (proairetica)<sup>19</sup> imposta dallo stesso modello normativo (e dal giudizio di valore ad esso sotteso). In definitiva, si tratta di comprendere, nella struttura del modello normativo, i margini di frazionabilità del giudizio di conformità ed, in particolare, il nesso o la relazione che lega la parte o l'elemento al tutto (emblematico, al riguardo, l'art. 1354 c.c.).

Ipotesi diversa è quella in cui l'oggetto del giudizio di conformità è costituito esclusivamente dalla singola parte (o dall'elemento), considerata come entità semplice o elementare, cioè non composta: con riferimento a tale ipotesi, il giudizio di conformità resta strettamente binario e non occorre interrogarsi sui rapporti tra la parte ed il tutto. Solo allorché la parte o l'elemento sia ricompreso all'interno di un'entità complessa, ove è assunta come riferimento di un diverso schema o modello, occorre indagare il nesso che lega la parte al tutto (cfr. la diversa considerazione riservata al patto di limitazione della responsabilità negli artt. 1229 e 1341, co. 2, c.c.: nel secondo caso la clausola di limitazione di responsabilità contenuta nelle condizioni generali di contratto è considerata come singola parte di un'entità più ampia ed occorre porsi la questione della sorte del regolamento complessivo nell'ottica della disposizione normativa, sebbene sia da risolvere nel senso della conservazione del regolamento negoziale; nel primo caso, invece, è isolatamente considerata e non occorre porsi la questione dell'incidenza della nullità del patto sul restante assetto di interessi contrattuale o, comunque, sulla permanenza del vincolo obbligatorio, se di fonte non contrattuale).

Nelle trattazioni di teoria generale del diritto o di altre discipline giuridiche, alla nozione di patologia sopra riportata è, in realtà, preferito il concetto di invalidità, cui si attribuisce parimenti natura relazionale<sup>20</sup>. Nulla sarebbe di ostacolo

---

<sup>19</sup> Cfr., ancora, per tale decisivo rilievo, ID., voce *Validità (teoria generale)*, cit., 1 ss. secondo cui si tratterà di un giudizio di conformità in senso debole (testualmente, di “validità in senso debole”) come “non (rilevante) disformità”.

<sup>20</sup> ID., voce *Validità (teoria generale)*, cit., 1 ss., secondo il quale la qualità della validità-invalidità è un concetto di “relazione” *tra* l'oggetto o fatto, di cui essa è predicata, e uno schema o modello di riferimento in cui l'oggetto o fatto individuato può o non riconoscersi; *tra* l'oggetto o fatto individuato e un principio (o schema o modello) che si assume come qualificante; ossia

all'impiego esclusivo del giudizio di validità di un atto, in luogo del ricorso al concetto di patologia<sup>21</sup>, se la risalente e possente tradizione giuridica civilistica non

---

– in definitiva – *tra* esso e una norma o regola che lo disciplina e rispetto alla quale può, o può non, essere conforme.

Invece, allorché si abbia di mira l'ordinamento nel suo complesso, foggiate secondo il principio di completezza, non manca chi ricorre implicitamente al concetto di patologia, allorché discorre di “difetti del testo legislativo” o di “diritto difettoso”, per inquadrare in un'unica categoria superiore – quella, appunto, dei “difetti” – i concetti di lacuna dell'ordinamento, da un lato, e di inesattezza dell'ordinamento dall'altro, cfr. K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. a cura di A. Baratta e F. Giuffrida Repaci dall'edizione tedesca, Milano, 1970, 217 ss., per il quale il difetto consistente nella lacuna viene eliminato mediante un procedimento di integrazione (l'analogia) ad opera del giudice *praeter legem, supplendi causa*, ed il difetto consistente in un'inesattezza (alludendo con tale locuzione alle antinomie di norme) viene eliminato attraverso un procedimento di correzione sempre ad opera del giudice ma *contra legem, corrigendi causa*. L'impiego del concetto di “difetti” sottende il ricorso al concetto relazionale di patologia, ove, sulla scia dell'opinione del Modugno, può notarsi che assume, da un lato, carattere *qualificante* il principio di completezza dell'ordinamento e, dall'altro, che l'oggetto *qualificato* è rappresentato dalla lacuna o dall'inesattezza (antinomia di norme) dell'ordinamento giuridico.

<sup>21</sup> Cfr. ancora F. MODUGNO, voce *Validità (teoria generale)*, cit., il quale rileva che l'indagine compiuta in sede di teoria generale sulla validità delle norme, dei fatti produttivi di norme, dei meri fatti o degli atti normativi, degli enunciati in essi contenuti e dello stesso ordinamento (come insieme di norme), potrebbe essere estesa – in quanto paradigmatica – per altre trattazioni generali della validità di altre prescrizioni o di altri fatti o atti comunemente ritenuti non normativi, sebbene teoreticamente prescrittivi (*op. cit.*, 3 ss.). L'assimilazione proposta non implica l'adesione alla teoria normativa del negozio (la quale vanta illustri sostenitori: cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, 136 ss.; e, nella civilistica italiana, L. FERRI, *Norma e negozio nel quadro dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 38 ss.); muove soltanto dalla constatazione che il regolamento di interessi posto da un atto di autonomia privata condivide, con la norma giuridica, la funzione prescrittiva in senso lato, quella cioè di orientare e modificare il comportamento di un soggetto (sulla funzione prescrittiva, cfr. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 79 e 82 ss.). Del resto, la funzione prescrittiva del negozio emerge nitidamente nella teoria precettiva dell'atto di autonomia privata (il cui più autorevole sostenitore è E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., rist. corretta, Torino, 1952, 156 ss.), ove si rileva che il negozio “*prescrive un regolamento impegnativo*” (corsivo aggiunto). Vero è che l'atto di autonomia privata pone – di norma – imperativi (o prescrizioni o disposizioni) *autonomi*, cioè che si contraddistinguono per la coincidenza tra il soggetto (o i soggetti) che pone (pongono) la regola per il componimento di un conflitto di interessi ed il soggetto (o i soggetti) tenuto(i) ad eseguirla o attuarla: in altri termini, gli imperativi autonomi sono sì improntati alla *pariordinazione* del soggetto che pone la regola e di quello che la esegue, il che tuttavia non elide la funzione prescrittiva della disposizione negoziale, la quale è condivisa con gli imperativi *eteronomi* (tra cui si annoverano le norme giuridiche, ma non solo), ove l'alterità dei due soggetti (colui che pone la regola e colui che la esegue) implica invece un rapporto di *sovraordinazione* tra gli stessi.

avesse riservato il termine invalidità ad alcune *species* della patologia del negozio giuridico – a quelle che, come noto, si riferiscono ad un vizio o difetto genetico dell’atto negoziale (nullità, annullabilità e, solo per alcuni, rescindibilità) –, impedendo di utilizzarlo per indicare il *genus*, il quale invece si estende sino a comprendere i cd. vizi o difetti funzionali (sulla distinzione tra i primi e i secondi e sulla possibilità di inquadrarli in un’unica categoria superiore, ci si soffermerà *infra*, § 4). Si è, infatti, anticipato nel precedente paragrafo che il concetto di patologia acquista un significato propriamente tecnico con riferimento al negozio giuridico e all’indagine speculativa che lo ha riguardato. Si tratta, però, di un impiego relativamente moderno, inaugurato nella metà del secolo scorso<sup>22</sup>. Gli studi sul negozio giuridico dell’epoca, all’inverso, erano per lo più fedeli alla rigida dicotomia, di matrice pandettistica<sup>23</sup>, tra *invalidità* (*Ungültigkeit*) ed *inefficacia in senso stretto* (*Unwirksamkeit im engeren Sinne*), cui si faceva corrispondere la rigida demarcazione tra difetti *intrinseci* al negozio ed *estrinseci* allo stesso<sup>24</sup>.

Secondo l’opinione tradizionale del tempo<sup>25</sup>, infatti, dopo aver avvertito che occorre scindere sul piano concettuale la patologia dal suo trattamento giuridico, si era soliti procedere alla classificazione (descrittiva) delle ipotesi patologiche in ragione della natura intrinseca ovvero estrinseca del difetto. Tale criterio ha reso a

---

<sup>22</sup> A quanto consta, si deve a A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit. (ma prima ed. 1943), 185, l’impiego del termine “patologia” in questa specifica accezione (che si è definita) speculativa. Una notissima opera coeva era, invece, ancora legata all’accezione empirica di patologia, si allude ad E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit. (ma prima ed. 1943), 468, ove si rilevava l’opportunità di tenere distinti i due ordini di problemi concernenti, per verso, “la diagnosi delle anormalità (la patologia)” e, per altro verso, “il loro trattamento giuridico”, criticando la scelta codicistica di “trattare promiscuamente delle anormalità insieme con le forme d’invalidità e inefficacia del contratto (artt. 1418-1448)”, atteso che “non sempre il diritto può tenersi pago di ricollegare alla anormalità del negozio la invalidità come conseguenza costante ed esclusiva”.

<sup>23</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, IX ed., Frankfurt, 1906, 423 ss.; nella trad. it., *Diritto delle Pandette*, I, a cura di Fassa e Bensa, Torino, 1925, 264 ss.

<sup>24</sup> L’approccio è diffusissimo nelle opere della metà del secolo scorso: cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 241 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 467 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 59 ss.; L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., 328 ss.

<sup>25</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 467 ss.

lungo incerta la collocazione della rescissione nell'ambito di tale classificazione<sup>26</sup>, atteso che nella fattispecie patologica ricorrono sia fatti intrinseci sia fatti estrinseci al negozio inteso come autoregolamento di interessi: appartiene ai primi l'iniquità dell'assetto di interessi programmato; ai secondi, invece, appartengono lo stato di pericolo e di bisogno nonché la conoscenza di essi. Ci si è chiesto, inoltre, se la pressione psicologica, che lo stato di pericolo o di bisogno ha esercitato – alterandolo – sull'intento del contraente debole, potesse rilevare nell'ambito della classificazione tra invalidità ed inefficacia in senso stretto, avvicinando le due figure di rescissione ad un (quarto) vizio del consenso.

Questo modo di argomentare evidenzia come una classificazione che muova dai caratteri del vizio non possa ritenersi soddisfacente (per la critica di tale approccio e l'indicazione di un diverso criterio, cfr. *infra*, § 4); del resto, al solo scopo di operare una classificazione non può obliterarsi il fatto che le due fattispecie patologiche che danno luogo a rescissione non contemplano la pressione psicologica come fatto psichico da accertare in concreto. Infatti, se in caso di vizio del consenso (errore, dolo o violenza morale) l'alterazione psichica del contraente deve essere sempre accertata, al punto che il vizio deve essere tale che il contraente non avrebbe concluso il contratto (art. 1427)<sup>27</sup>, in caso di stato di pericolo o di

---

<sup>26</sup> L'incertezza della collocazione ha spinto di recente alcuni autori a criticare in modo radicale l'utilità della distinzione: cfr. E. DEL PRATO, *Patologia del contratto: rimedi e nuove tendenze*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, 20 e 31, per il quale si tratta di un "interrogativo senza costruito", poiché avrebbe senso solo quando la disciplina di un determinato istituto è lacunosa ed occorre attingere altrove le regole o i criteri per colmare le lacune.

<sup>27</sup> Con riferimento all'errore, come noto, la questione è oggetto di fini disquisizioni teoretiche, atteso che il carattere soggettivo della rilevanza determinante dell'errore sembra oscurato a vantaggio del carattere oggettivo dell'essenzialità (art. 1428 c.c.). Tuttavia, sembra decisivo considerare che nella griglia tassativa delle ipotesi di errore essenziale, ove manchi il riferimento al carattere determinante della realtà oggetto di errore (art. 1429 n. 1, e solo in parte n. 2 c.c.), tale assenza sia da attribuire all'intrinseca decisiva rilevanza delle realtà considerate (natura ed oggetto del contratto, identità dell'oggetto della prestazione) al punto che il carattere determinante delle stesse emerge *in re ipsa*. Ciò ha suggerito al legislatore di evitare sterili ragioni di litigiosità in caso di accertamento giudiziale del carattere determinante dell'errore, ma è evidente che la realtà considerata come oggetto di errore rilevante sia stata oggetto di valutazione ad opera del legislatore per il suo carattere viziante del consenso, cioè tale per cui esso non sarebbe stato prestato in assenza della falsa rappresentazione della realtà.

bisogno tale specifico accertamento psicologico non è richiesto, seppure possa apparire evidente che tali due stati rilevano per la loro oggettiva attitudine ad alterare il procedimento psichico di formazione della volontà<sup>28</sup>.

Inoltre, a ben vedere, la patologia, da un lato, e l'invalidità-inefficacia in senso stretto, dall'altro, non rappresentano qualificazioni omogenee, in quanto la patologia non è un concetto comprensivo di tutte le ipotesi riconducibili all'inefficacia in senso stretto. A quest'ultima figura, del resto, appartengono ipotesi svariate ed eterogenee, che fanno dell'inefficacia in senso stretto una categoria eminentemente descrittiva<sup>29</sup> e ricavata in negativo, cioè comprensiva di ogni contratto valido ma, in varie forme, inefficace: così, vi si è soliti includere il contratto originariamente inefficace tra le parti (contratto sottoposto a condizione sospensiva, art. 1353 c.c.; contratto concluso dal *falsus procurator*, art. 1398 c.c.) o successivamente inefficace tra le stesse (contratto risolto per effetto di una clausola risolutiva espressa, art. 1456 c.c.); il contratto efficace tra le parti, ma inefficace originariamente per i terzi (contratto traslativo di beni pignorati, art. 2913 c.c.; contratto traslativo di beni registrati non trascritto, art. 2644 c.c.) o successivamente per i terzi (contratto infirmato da azione di riduzione o revocatoria, artt. 564 e 2901 c.c.); il contratto originariamente inefficace tra le parti, ma efficace per i terzi (contratto simulato, art. 1414 c.c.); il contratto successivamente inefficace tra le parti, ma efficace per i terzi (contratto giudizialmente risolto senza trascrizione della domanda giudiziale, art. 1458, co. 2, c.c.). Ebbene, solo alcune ipotesi di inefficacia in senso stretto possono ascrivarsi, per i rilievi che si svolgeranno, al concetto di patologia, il quale – lo si anticipa – ha esclusivamente

---

<sup>28</sup> Tale oggettiva attitudine si apprezza in ragione della diversità offensività dell'evento nel confronto tra lo stato di pericolo e la violenza morale: in quest'ultima il *male* (art. 1435 c.c.) è solo paventato per mezzo di una minaccia, nel primo il *male* assume caratteri di estrema concretezza dati dall'attualità del pericolo di danno grave alla persona.

<sup>29</sup> Rileva puntualmente A. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, 203, che il *nomen* di inefficacia in senso stretto non è in grado di indicare all'operatore nessuno specifico regime.

di mira la posizione delle parti, non dei terzi (per le ragioni che si vedranno *infra*, §§ 5 ss.).

All'inverso, l'invalidità è sempre riconducibile alla patologia, in quanto il concetto di patologia consiste, al pari del concetto di invalidità, in un giudizio di difformità dell'entità osservata al modello di riferimento, cui consegue la comminatoria dell'inefficacia giuridica, secondo diverse forme ed intensità. Non si tratta però di una difformità che conduce alla mera irrilevanza, cioè di una fallita qualificazione giuridica del fatto, ma di una qualificazione *negativa* del fatto, cui si perviene mediante un sofisticato meccanismo tecnico-giuridico (su cui ancora, *infra*, § II.6). Al riguardo, infatti, l'analisi della conseguenza giuridica dell'inefficacia si rivelerà decisiva per delimitare il fenomeno patologico secondo la valutazione normativa.

### 3. Patologia ed illecito.

Più incerti sono, invece, i confini tra patologia e illecito. La questione, peraltro, risente anche dei dubbi teorici che, in passato, hanno contraddistinto l'illecito e che, di recente, ne hanno favorito l'offuscamento<sup>30</sup>: in tempi più risalenti, l'illecito era genericamente identificato nel fatto difforme dal diritto<sup>31</sup>, in termini cioè sostanzialmente analoghi al giudizio di conformità, in cui il concetto di patologia

---

<sup>30</sup> Il fenomeno dell'offuscamento dell'idea di illecito è acutamente ripercorso (nonché criticato), sia con riferimento all'atto illecito sia al contratto, da F.D. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *Contr. impr.*, 2013, 877 ss. e *passim*, nella convinzione che il recupero dell'illiceità possa restituire una dimensione assiologica al diritto, limitando e circoscrivendo gli ambiti in cui la valutazione giuridica di un atto si piega a criteri economici legati all'efficienza del mercato. Significativi appaiono i segnali del declino individuati dall'A.: si considerino, tra i tanti analizzati, da un lato, la diffusa concezione della responsabilità civile come meccanismo sociale per la traslazione dei costi conseguenti ad eventi dannosi, trascurando l'*iniuria* (l'ingiustizia) che dovrebbe contraddistinguere l'illecito civile; dall'altro, le nullità di protezione del contraente debole ridotte spesso a "rimedi" all'inefficienza del mercato.

<sup>31</sup> Cfr. C. FERRINI, voce *Delitti e quasi delitti*, in *Dig. it.*, IX, Torino, 1887, 657 ss.; G. SCADUTO – D. RUBINO, voce *Illecito (atto)*, in *Nuovo dig. it.*, VI, Torino, 1938, 703 ss.

consiste; tale prospettiva – a ragione – è stata sì aspramente criticata<sup>32</sup>, trattandosi di un connotato generico che non riesce a caratterizzare sufficientemente la figura (ed analoga critica si potrebbe rivolgere al concetto strutturale di patologia, se non venisse ulteriormente ed adeguatamente precisato), ma – sul piano logico – indubbiamente vale comunque a configurarlo, sebbene non riesca ad esaurirlo.

Ai nostri fini, è dunque possibile affermare che, secondo una diffusa (ma non pacifica) concezione, l'illecito consiste nella violazione di una norma di *comportamento* – violazione che, appunto, implica una difformità dell'atto umano rispetto alla condotta prescritta dalla norma giuridica – tale da fondare un giudizio di riprovazione dell'ordinamento mediante la previsione di una reazione (provvisoriamente, si potrebbe dire, una sanzione in senso lato, ma sul punto si tornerà)<sup>33</sup>: il profilo della difformità, sebbene non unicamente determinante, vale, dunque, a caratterizzare l'illecito.

Proprio questo aspetto rende incerto il confine tra la patologia e l'illecito. Avendo, infatti, definito la patologia, sul piano strutturale, come giudizio di conformità, è agevole notare che, in particolar modo là dove il modello normativo consiste in una regola di comportamento, il concetto di patologia si sovrappone – e rischia di confondersi – con la nozione (più circoscritta) di illecito.

---

<sup>32</sup> Cfr. i persuasivi rilievi di R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962 (rist. 1982), 165 s., anche con riferimento al concetto di antiggiuridicità.

<sup>33</sup> Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito*, cit., 167, secondo cui l'illecito si configura, sul piano della realtà formale, in virtù di un divieto di agire o di un obbligo di agire, cui la norma giuridica collega effetti sanzionatori, ma non può prescindere dall'elemento materiale dell'atto umano. In altri termini, si potrebbe egualmente affermare che, affinché si abbia illecito, l'oggetto dell'imperativo (della modalità deontica) posto dalla norma violata consiste necessariamente in un comportamento. Sul punto, v. anche E. BETTI, voce *Atti giuridici*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, 1958, Torino, 1505 che, con riguardo alla distinzione tra atto lecito e atto illecito, parla di valutazione normativa positiva o negativa, a seconda che l'ordinamento approvi o riprovi il comportamento come socialmente vantaggioso o dannoso e, quindi, intenda favorirlo o combatterlo. Nel primo caso, la valutazione può indirizzarsi sia nel senso di imporre il comportamento sia in quello di prevederlo come possibile per ricollegarvi un trattamento giuridico conforme all'interesse e all'intento tipico determinante; la valutazione che si ha nella seconda ipotesi può orientarsi nel senso di vietare il comportamento o in quello di prevederlo per ricollegarvi, con precetti sanzionatori, effetti difformi all'intento che normalmente lo determina.

Giova, al riguardo, esemplificare, considerando la patologia genetica del contratto. Ebbene, pur avendo optato per una tecnica analitica imperniata sulla normazione per fattispecie<sup>34</sup>, il nostro legislatore si è prefigurato, nella frammentazione delle singole norme sulla patologia, un modello fisiologico di contratto (che abbraccia tutte le fasi del ciclo formativo della fattispecie e dei suoi effetti: dall'avvio delle trattative, alla fissazione del regolamento di interessi, sino al perfezionamento e alla efficacia del contratto), in cui indica ciò che *deve essere* e ciò che *non deve essere*. In particolare, se – per ipotesi – la tecnica analitica delle singole fattispecie dettate dalle norme sulla patologia genetica volesse ricomporsi nell'unità sintetica di un (unico e complesso) enunciato prescrittivo<sup>35</sup> in cui delineare un modello fisiologico di contratto mediante l'imposizione – si badi bene – di norme di *condotta*<sup>36</sup>, oscurando la varietà delle conseguenze giuridiche

---

<sup>34</sup> Si segnala, qui, solo la letteratura giuridica più significativa sul concetto di fattispecie. Cfr. D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 3 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 2 s.; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 331 ss.; C. MAJORCA, *Fatto giuridico – Fattispecie*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, 111 ss.; A. CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 433 ss.; ID., *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 926 ss. Di recente, N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 39 ss.; A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 245 ss.; G. D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2019, 16 ss.

<sup>35</sup> La formulazione sintetica di una norma di comportamento in cui fosse regolato uniformemente il modello di contratto poteva essere una possibile (ma più rudimentale) opzione per il legislatore, la quale chiaramente avrebbe peccato per approssimazione e superficialità, lasciando insoluti i delicati conflitti di interessi, invece composti dall'accuratezza tecnica della nostra attuale disciplina normativa.

<sup>36</sup> La possibilità di formulare in termini di norma di comportamento la fase della formazione e della predisposizione del contenuto del contratto è esplorata da F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, 35 ss., al fine di estendere l'oggetto del giudizio di illiceità negoziale – da sempre condotto esclusivamente sull'assetto di interessi contrattuale, cioè sul regolamento posto dalle parti in vista della produzione degli effetti – alla “condotta contrattuale”, intendendo per tale “la condotta tenuta dalle parti nello stabilire il regolamento e nel concludere il contratto”. A ben vedere, l'A. compie un tentativo di lettura imperativistica della norma sulla patologia (“che la causa debba lecita” – prosegue, infatti, l'A. – “altro non significa che divieto di stipulare contratti con causa illecita”), operandone la conversione in norma imperativa “pura” (secondo lo schema “A deve non B”, cioè nella forma di un imperativo negativo). È, tuttavia, lo stesso A. a precisare che il giudizio di illiceità si conduce in primo luogo sul contratto, che è il risultato dell'indicata condotta, è cioè “dall'esame

derivanti dall'inosservanza delle norme sulla patologia che conosciamo, si otterrebbe, esemplificativamente, il seguente risultato normativo: "Le parti che mirino a definire una regolamentazione dei loro rapporti patrimoniali devono concludere un accordo tra persone legalmente capaci di agire nonché naturalmente capaci di intendere e di volere, i cui consensi non devono essere estorti con violenza, né carpiri con dolo o frutto di errore; i contraenti non devono perseguire una causa illecita o essere mossi esclusivamente da un motivo comune illecito; devono pattuire un oggetto lecito, possibile e determinabile nonché devono confezionare l'accordo nella forma prescritta dalla legge; non devono, per mezzo del contratto o in occasione di esso, violare norme imperative né tentare di aggirarle; neppure devono stipulare un contratto in stato di pericolo o di bisogno di una delle parti, a condizioni inique, con la conoscenza o l'approfittamento dell'altra parte; se vi appongono una condizione, anch'essa deve essere lecita e possibile e, se sospensiva, non devono farla dipendere dalla mera volontà del debitore o dell'alienante".

Qualora le parti si discostassero da tale (complesso) modello comportamentale, insorgerebbe sì la patologia (in senso empirico, cioè una difformità), ma al contempo violerebbero la norma di comportamento che governa la formazione ed il contenuto del contratto, cioè potrebbe ben dirsi che tengono un comportamento illecito.

L'esemplificazione proposta, raffrontata al sistema normativo vigente, dovrebbe, allora, consentire di isolare il dato che consente di distinguere nettamente la patologia dall'illecito. Ebbene, è diverso il profilo messo a fuoco nelle due figure: se nell'illecito deve necessariamente riscontrarsi la violazione di una norma di comportamento (da non confondere con la *colpa*), nella patologia tale profilo è irrilevante, in quanto la norma giuridica è, solo *in via mediata*, diretta ad orientare

---

del contratto (del risultato) che si deduce – secondariamente – la illiceità della condotta che lo ha prodotto" (*op. cit.*, p. 41 s.). Allora, per quanto l'indagine compiuta contenga interessanti spunti ricostruttivi, deve rilevarsi che l'estensione del giudizio di illiceità contrattuale alla condotta appare una superfetazione: il giudizio di illiceità negoziale si conduce sull'assetto di interessi, stante la natura programmatica dell'atto.

un comportamento<sup>37</sup>, avendo piuttosto ad oggetto un'entità distinta dal comportamento storico che l'ha occasionato. L'oggetto della norma sulla patologia (così come della norma di validità, che ne rappresenta una *species*) non è un comportamento, ma *un prodotto* del comportamento, giuridicamente suscettibile di autonoma considerazione strutturale e funzionale. La volontà negoziale, nel momento in cui è manifestata e tradotta (per mezzo di una dichiarazione o di un comportamento materiale) in una disposizione o in un comando<sup>38</sup>, si oggettiva, distaccandosi dal soggetto che la pone (*latio*) e dal soggetto (eventualmente, il medesimo) che la farà propria nel momento in cui la osserverà o la eseguirà (*executio*)<sup>39</sup>. L'entità oggetto di valutazione esclusiva della norma sulla patologia contrattuale è l'autoregolamento di interessi predisposto dalle parti, cioè il risultato della loro condotta<sup>40</sup> (o, se si vuole, mutuando un'icastica espressione, “il prodotto

---

<sup>37</sup> Non vuole qui porsi in discussione l'assunto di teoria generale per cui ogni norma giuridica è, in definitiva, regola di comportamento, nella misura in cui le si attribuisce la funzione di modificare il comportamento altrui. Sulla funzione prescrittiva delle norme (nonché sulla norma come proposizione, sulla funzione prescrittiva del linguaggio, sui caratteri delle proposizioni prescrittive), il riferimento d'obbligo è a N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., 71 ss., 176; ID., voce *Norma giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 331 e 337. Cfr., altresì, U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto del diritto*, Milano, 1955, 15 ss. Ancora, sul carattere prescrittivo delle proposizioni normative, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I ed., Padova, 1970, 11 ss. Ovvero, per il concetto di norma di condotta come forma logica generale di un rapporto tra norma e attività pratica come regola e regolato, v. F. MODUGNO, voce *Norma (teoria gen.)*, cit., 331. Sul punto, si tornerà più diffusamente *infra*, § II.6.

<sup>38</sup> Che la volontà negoziale si riferisca non già ad una volontà atta a tradursi, ma in una volontà già tradotta in una disposizione o in un comando è il pensiero di F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit. 134 s., il quale ribadisce che, perché si abbia negozio, non è sufficiente uno stato d'animo o psicologico (*op. cit.*, 125).

<sup>39</sup> Con riferimento al precetto dell'atto di autonomia privata, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 163, puntualizza che esso, per essendo posto da una volontà in ordine ad un dato scopo, si distacca da chi lo pone e forma una distinta “entità socialmente apprezzabile”.

<sup>40</sup> La differenza dell'oggetto osservato nella norma di comportamento e nella norma sulla patologia è ben espressa dal confronto del giudizio di illiceità allorché sia condotto su un atto ovvero su un negozio. Il primo si conduce sul comportamento tenuto dall'autore dell'atto antiggiuridico, il secondo – per opinione tradizionale e pressoché unanime – si conduce sul regolamento di interessi negoziale e sugli effetti che (astrattamente) ne conseguono: cfr. F. FERRARA *sr.*, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, II ed. riveduta (I ed. del 1902), Milano, 1914, 64 ss., spec. 66 e 92; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del*

di uno sforzo creativo comune nel quale si armonizzano gli impulsi e i desideri iniziali delle parti”<sup>41</sup>.

Appare molto significativo notare, al riguardo, che i cd. elementi essenziali (testualmente, i “requisiti”, cfr. art. 1325 c.c.)<sup>42</sup> del contratto non sono posti al fine di identificare il ciclo di perfezionamento dell’atto di autonomia privata, cioè non sono concepiti sul piano della rilevanza giuridica (o, se si vuole, dell’esistenza), ma sul piano della patologia (art. 1418, co. 2, c.c.)<sup>43</sup>, cioè sul piano della qualificazione *negativa* di un fatto giuridico già identificato nella sua rilevanza ed esistenza giuridica. Tale lettura si pone in linea con l’opinione volta a considerare i requisiti del contratto non come *elementi* dalla cui sommatoria germina l’atto di autonomia, bensì come *prospettive di valutazione* dell’entità giuridica osservata, intesa come evento giuridico unitario, non scomponibile<sup>44</sup>. La concezione analitica<sup>45</sup> della fattispecie, cioè la sua scomposizione in elementi primi, sebbene abbia un’innegabile efficacia sia didattica, che ne giustifica il frequente impiego scientifico in relazioni ad altri istituti (dall’illecito aquiliano al possesso, etc.), sia

---

*diritto civile*, cit., 189 s.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 120; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito*, cit., 173; U. BRECCIA, *Causa*, in G. ALPA, U. Breccia e A. Liserre, *Il contratto in generale*, t. III, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, vol. XIII, t. 3, Torino, 1999, 127 ss., spec. 128; ancora, di recente, M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000, 62 s., la quale ribadisce che “oggetto del giudizio non sono i comportamenti posti in essere nella fase antecedente e successiva alla conclusione del contratto, ma l’atto che ne rappresenta il frutto e che oggettivizza in clausole l’accordo delle parti” (sebbene su tale impiego del termine “atto” debba avanzarsi qualche riserva, su cui ci si soffermerà *infra*, § I.4).

<sup>41</sup> L’espressione nel testo è di G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2014, 258.

<sup>42</sup> Cfr. per il riepilogo delle posizioni dottrinali sul rapporto tra elementi e requisiti, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari – Dei requisiti del contratto*, Bologna-Roma, 1970, 69 s.

<sup>43</sup> Proprio il collegamento tra l’art. 1325 e l’art. 1418 c.c. consente a G. OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959 (rist. 1981), 500, di negare la natura meramente descrittiva dell’enunciato normativo di cui all’art. 1325 c.c.

<sup>44</sup> E. DEL PRATO, *Requisiti del contratto – art. 1325*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2013, 15 s.

<sup>45</sup> Dal greco “ἀνάλυσις”, derivato di “ἀναλύω” (composto di “ἀνά”, avv., + “λύω”, sciogliere), scomporre.

applicativa, consentendo il tradizionale ricorso al giudizio di sussunzione<sup>46</sup>, oscura – specialmente con riferimento all’atto di autonomia privata – una comprensione approfondita del fenomeno, che, per la sua intrinseca complessità, non si presta ad agevoli semplificazioni.

Il diverso profilo messo a fuoco dalla patologia e dall’illecito consente, allora, di affermare che dalla violazione della norma sulla patologia non scaturisce un illecito, ma insorge semplicemente uno *stato patologico*. A quest’ultima può sommarsi l’illecito<sup>47</sup>, il quale però deriva dalla violazione di una distinta norma di comportamento. Un esempio aiuterà a chiarire. In caso di consenso viziato da dolo, la violazione del modello fisiologico fissato dall’art. 1439 c.c. non integra illecito: l’illecito scaturisce piuttosto dalla violazione dell’art. 640 c.p. e degli artt. 1337 e 1338 c.c., cioè dalla violazione di una norma di comportamento<sup>48</sup>. Il dolo, quale stato patologico del contratto, rileva per la sua attitudine a viziare in modo determinante il consenso, cioè in quanto recide l’imputazione qualificata dell’entità considerata (il regolamento di interessi) al suo autore.

Il mutamento del termine di riferimento della norma sulla patologia contrattuale (dal comportamento delle parti all’entità che da esso è germinata)

---

<sup>46</sup> I limiti del procedimento sussuntivo sono limpidamente segnalati da G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 121 ss., spec. 127, per il quale esso impone il riscontro nel fatto concreto di tutti gli elementi caratteristici della fattispecie (assunta quale concetto), l’accertamento della cui sommatoria consente l’esito positivo del giudizio sussuntivo, mentre la mancanza di uno di essi comporta l’esito negativo del giudizio, secondo una classica logica binaria: *tertium non datur*.

<sup>47</sup> Per un primo rilievo, cfr. N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. impr.*, 1987, 542 e 549.

Sulla nullità come sanzione nell’accezione lata di “conseguenza giuridica”, cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 469, il quale discorre precisamente dell’invalidità quale “*sanzione dell’onere* imposto all’autonomia privata di adibire mezzi idonei al raggiungimento dei propri scopi di assetto degli interessi” (corsivo aggiunto), sanzione che discende “dalla logica correlazione stabilita fra requisiti ed effetti nel congegno della norma giuridica”.

<sup>48</sup> Ampliando lo sguardo oltre il contratto, si consideri, analogamente, la distinzione che intercorre tra la patologia funzionale del rapporto coniugale, da un lato, intesa quale alterazione intollerabile e irrimediabile del modello di comunione esistenziale e spirituale che i coniugi avevano inteso attuare con il matrimonio (art. 151, comma 1, c.c.), cui consegue la separazione dei coniugi, e l’illecito consistente nella violazione dei doveri coniugali che fonda l’addebito, dall’altro (art. 151, comma 2, c.c.).

consente una prima, provvisoria e limitata, conclusione. Sul piano logico, la norma imperativa, quale archetipo di norma giuridica, avendo immediatamente ad oggetto un comportamento *comandato* o *proibito*, formula una direttiva futura al comportamento umano per modificarlo. All'inverso, sembra che l'accertamento di conformità della fattispecie patologica abbia uno sguardo essenzialmente retrospettivo: valuta il fatto *compiuto* per demolirne le conseguenze.

Così discorrendo, però, si resta sul piano *empirico* della patologia: l'esito negativo del giudizio di conformità dà luogo ad uno *stato* patologico, ma tale conclusione ha un valore giuridico piuttosto limitato ed atecnico (che si vedrà *infra*, § I.5), in quanto non è funzionale a collegare conseguenze giuridiche dirette all'insorta patologia.

Per comprendere la funzionalità giuridica della patologia, occorre, allora, indagarla con lo spirito speculativo che, da sempre, l'ha contraddistinta: ovverosia, muovendo dalla classificazione degli *stati* patologici ritenuti rilevanti (cioè, la classificazione e lo studio delle stesse deviazioni concrete dal modello astratto) in schemi altrettanto *tipici*, valutando l'esigenza di tutela che scaturiva da tali anomalie rilevanti.

Nel congegno tecnico della patologia assume, dunque, esclusivo rilievo la difformità *tipica* dell'entità (a sua volta) astratta assunta ad oggetto di valutazione, difformità che è in sé ritenuta rilevante – *ex ante* dal legislatore – per l'esigenza di tutela che da essa scaturisce (su ciò, *infra*, § I.4-5-7), che viene soddisfatta con l'apprestamento normativo di un rimedio. Il modello fisiologico, pertanto, non entra nella struttura della norma sulla patologia contrattuale: è prefigurato *ex ante* dal legislatore nella formulazione della norma e viene ricostruito e rielaborato induttivamente dagli interpreti nell'analisi delle singole fattispecie patologiche. In altri termini, la patologia del contratto è stata elaborata seguendo il metodo della normazione per fattispecie<sup>49</sup> (sul punto *infra*, § II.6) ed è studiata con approccio tendenzialmente chiuso all'influsso di valutazioni di equità del caso concreto,

---

<sup>49</sup> Per la letteratura sulla fattispecie, cfr. *supra* nota 34.

modellate sul contegno e sulle attitudini specifiche delle parti contraenti<sup>50</sup>. In questa rigida tassonomia dei mali e dei correlativi rimedi si è, per circa un secolo, costruito un sofisticato sistema anelastico e, forse, tralasciato – dai più – l’autentico congegno di funzionamento.

#### *4. Patologia genetica e patologia funzionale.*

Prima di dedicarsi all’esame della norma sulla patologia, resta da chiarire il valore della notissima classificazione della patologia in genetica e funzionale alla luce del concetto qui adottato di patologia.

Si è già posto in luce il legame congenito tra il concetto di patologia e la volontà (*supra*, § I.1). Nel silenzio del codice civile del 1865, la patologia nasce come concetto empirico, più precisamente come studio delle anomalie della volontà, al fine di privare di effetti un contratto non rispondente allo schema normativo

---

<sup>50</sup> Emblematica è la discussa questione dei requisiti di rilevanza invalidante dell’errore bilaterale, cioè l’errore di entrambi i contraenti sulla medesima realtà oggetto di falsa rappresentazione. Secondo un discusso e risalente orientamento giurisprudenziale (recentemente ribadito da Cass. civ., 23 marzo 2017, n. 7557, con mia nota di commento, *L’irrealizzabilità del programma negoziale nell’ottica dei rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1329 ss.), ispirato dal pensiero di F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, 90, l’errore bilaterale determinerebbe l’annullabilità del contratto senza dover procedere al giudizio di riconoscibilità (cfr., però, gli artt. 1428 e 1431 c.c.), atteso che non sarebbe meritevole di protezione l’affidamento di colui il quale è parimenti incorso nel medesimo errore, trattandosi di un affidamento non incolpevole (anche per E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 450 s., la “riconoscibilità ha senso in confronto di chi, essendo immune da errore, ha ragione di non ritenerlo probabile o plausibile”). Non essendo questa la sede per potersi dilungare sull’affascinante questione e rinviando alla nota di commento prima indicata e agli autori ivi citati (ed, in particolare, all’ampia e profonda indagine di V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., *passim* e 80 s., 240 ss. e 520 ss.), ci si limita ad osservare che in tal modo si intende il giudizio di riconoscibilità dell’errore alla stregua di un giudizio di colpa (o, se si vuole, di responsabilità) della parte che ha interesse ad opporsi all’annullamento, reinserendo così nella fattispecie patologica l’abrogato giudizio di scusabilità, seppur riferendolo non più all’errante che agisce in annullamento, ma a colui che ha interesse ad opporvisi (un vero e proprio “ribilanciamento delle colpe”, di chiara ispirazione equitativa). In tale lettura, è evidente che la norma sulla patologia diviene norma di responsabilità: sarebbe, dunque, una norma di comportamento (quella che fissa il giudizio di riconoscibilità inteso alla stregua di un giudizio di colpa) a decidere dell’invalidità del contratto.

delineato dall'art. 1104 c.c. abr. (ove erano dettati i “requisiti essenziali per la validità di un contratto”) al di fuori delle ipotesi in cui l'invalidità era espressamente comminata dagli artt. 1105 ss. c.c. abr.: si ricordi, al riguardo, l'elaborazione dottrinale delle teorie dell'errore ostativo, dell'incapacità di intendere e di volere, della simulazione, della violenza fisica come cause di nullità del negozio (cfr. *supra*, § I.1).

Sulla scorta di tale elaborazione dottrinale, si sono individuati per astrazione i tratti caratterizzanti del concetto di patologia, il quale – si è detto (*supra*, § I.2) – sul piano strutturale consiste in un giudizio di conformità dell'entità osservata al modello. In tal modo si recide definitivamente il legame congenito del concetto di patologia con la volontà: qualunque entità può costituire l'oggetto del giudizio di conformità.

In questo senso, si è diretta l'elaborazione dottrinale successiva al punto da riferire il concetto di patologia non solo alle anomalie della volontà, ma al contratto nel suo complesso (cioè, interessando ogni profilo di esso) e persino alla sua attuazione.

La dottrina moderna è, infatti, solita distinguere la patologia del contratto in patologia genetica e funzionale, operando però tale classificazione in ragione dei caratteri dell'anomalia che infirma il contratto: il carattere da cui si muove è il termine di incidenza del vizio, distinguendo così i *vizi* (o *difetti*)<sup>51</sup> dell'*atto* da quelli del *rapporto*<sup>52</sup>, i primi costituiscono anomalie del momento genetico del contratto, i secondi deviazioni del momento funzionale del contratto.

---

<sup>51</sup> Anche la distinzione in *vizi* e *difetti* è il prodotto della riferita (*supra*, § I.3) concezione analitica del contratto (e del negozio), tendente a scomporlo in elementi primi, il cui “difetto” vuole indicarne la mancanza mentre il “vizio” vuole segnalarne la presenza difettosa.

<sup>52</sup> Cfr., di recente, L. BUONANNO, *Linguaggio della norma ed interpretazione delle categorie nella patologia degli atti negoziali*, in *Contr. impr.*, 2018, 446 il quale, pur muovendo correttamente da un concetto relazionale di patologia, tale da fargli ritenere indisgiungibile la versione negativa dell'atto (in-validità) dal suo paradigma positivo così come – del pari – la qualifica negativa del rapporto (in-efficacia) dal suo correlato positivo, riferisce ancora la distinzione tra patologia genetica e funzionale alla dialettica tra atto e rapporto.

La distinzione, così intesa, assume un'accezione esclusivamente descrittiva – peraltro dotata di poca capacità esplicativa, potendo indurre in equivoci concettuali – e non può ritenersi soddisfacente, dovendo essere ancorata a basi concettuali più solide.

In primo luogo, tale modo di esprimersi invalso nella letteratura – riferendo il vizio al rapporto – rischia di ingenerare confusione su un dato ineludibile: la patologia investe sempre il contratto, tanto nel suo *porsi (latio)* quanto nel suo *attuarsi (executio)*. Il punto sarà meglio chiarito oltre (*infra*, § II.6), ma è evidente che ad essere rimosso, perché deviato, è sempre l'atto di autonomia privata, che non costituisce più titolo idoneo dello spostamento patrimoniale programmato.

In secondo luogo, la distinzione delle forme di patologia in ragione dell'incidenza del vizio sull'atto o, viceversa, sul rapporto è il frutto di un'inaccettabile inversione logica: avendo affermato che la patologia rappresenta un concetto di relazione, non può fondarsi alcuna distinzione muovendo dalla sola osservazione e comparazione di due *stati* patologici (i cd. vizi dell'atto e quelli del rapporto).

Questa inversione di metodo deve essere corretta, assumendo come parametro non il vizio ed il suo punto di incidenza “storico”, ma la diversa funzione che la patologia – genetica o funzionale – intende esprimere, il che consente – a sua volta – di precisare il corretto termine di incidenza del giudizio di conformità in cui la patologia consiste.

Si consideri, allora, che i cd. vizi dell'*atto* sono piuttosto disfunzioni dell'entità giuridica di riferimento osservata, cioè del contratto come *opera* o *prodotto* della volontà di due o più parti: si è già precisato che l'*atto* in senso proprio<sup>53</sup>, cioè il comportamento negoziale delle parti (dalle trattative alla manifestazione di

---

<sup>53</sup> Sulle ambiguità del termine “atto” nella scienza giuridica, cfr. F. MODUGNO, voce *Norma (teoria gen.)*, cit., 336, nota 29, il quale rileva che ciò che indubitabilmente accomuna tutte le accezioni in cui è impiegato è la sostanza di fatto storico irripetibile ed inestinguibile: l'atto si estingue nel suo stesso compiersi, appartenendo, una volta compiuto, al passato; ad essere, invece, variamente disponibili sono i suoi effetti (in senso lato), che possono permanere o porsi ad oggetto di qualificazioni contestuali o future.

volontà), è intrappolato nella storia e non permea nella realtà giuridica contrattuale, in quanto il contratto si pone come *evento* giuridico distinto dai fatti storici che lo hanno determinato. La funzione della patologia genetica è, dunque, quella di stabilire l'idoneità/inidoneità del contratto alla produzione degli effetti giuridici suoi propri. Il modello fisiologico oggetto della valutazione normativa è, dunque, rappresentato dal contratto come autoregolamento di interessi, in tutti i suoi profili di rilevanza intrinseca (art. 1325 c.c.) ma anche estrinseca: ad es. costituisce un profilo estrinseco al regolamento quello della imputazione (qualificata) del regolamento alle parti che l'hanno posto in essere<sup>54</sup>; oppure, parimenti, la valutazione degli scopi individuali che ne hanno determinato o favorito la nascita. Proprio nelle valutazioni estrinseche al regolamento, accade che possa essere recuperato il comportamento negoziale storico delle parti sul piano della patologia (ad es.: le circostanze in cui è avvenuto l'errore, art. 1431; l'età, il sesso e la condizione del minacciato, art. 1435; i raggiri, intesi tradizionalmente come *machinatio*, cioè messinscena, volti intenzionalmente ad indurre in errore la controparte, art. 1439), ma non al fine di valutare la liceità del comportamento, quanto allo scopo di stabilire l'idoneità del contratto – quale realtà giuridica distinta dal comportamento che lo ha occasionato – alla produzione degli effetti giuridici suoi propri.

Allo stesso modo, i cd. vizi del *rapporto* sono, a ben vedere, anomalie dell'*attuazione* del contratto, inteso come atto intrinsecamente programmatico<sup>55</sup>,

---

<sup>54</sup> S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 452, secondo cui l'imputazione consiste in un giudizio storico, volto all'accertamento del vincolo genetico, e in un giudizio deontologico, in forza del quale si afferma la necessità che il soggetto sopporti le conseguenze del fatto.

Diversa questione è, poi, stabilire il criterio in virtù del quale si giunge all'affermazione di tale necessità: se essa si risolve nell'individuazione di una norma di comportamento e di una sua violazione, sarà la colpa il titolo dell'imputazione. Sulla questione, cfr. V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., 268 e nota 34.

<sup>55</sup> La distinzione tra il profilo programmatico ed il profilo esecutivo del negozio è stata ampiamente indagata e precisata da A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano 1967, *passim*, spec. 132 ss. e 252 ss., alla cui profonda analisi si rinvia. L'A. ha posto chiaramente in luce come l'area coperta dall'esecuzione non coincida con l'area della

ove non è più in discussione l'idoneità del contratto alla produzione di effetti (non avendo riscontrato alcuna patologia genetica). Se si concorda sul fatto che la patologia funzionale è volta ad indagare le anomalie dell'attuazione a tal punto rilevanti da frustrare lo scopo perseguito dalle parti per mezzo del contratto, ci si avvede che l'espressione "vizi del rapporto" è imprecisa: il rapporto contrattuale quale sintesi dell'efficacia costitutiva del contratto, appartiene alla sfera del *dover essere* ed in sé non può mai dirsi mai viziato; resta intatto fino a che non è investito da una nuova vicenda giuridica (estintiva, modificativa, etc.).

La diversità di funzione che le due forme di patologia esprimono si traduce nella differente natura giuridica del modello di riferimento assunto come termine del giudizio di conformità: con riguardo alla patologia genetica, il modello di riferimento è foggato dal legislatore; all'inverso, riguardo alla patologia funzionale, il modello di riferimento è tendenzialmente foggato dalle parti. Si vuol dire che, nel primo caso, trattandosi di stabilire l'idoneità di una fattispecie (il contratto) alla produzione di effetti, il modello del giudizio di conformità non può che avere natura *normativa*, essendo posto da una norma giuridica, la quale, sulla base del riconoscimento di una sfera di autonomia ai privati, ne circoscrive l'ambito, i presupposti ed i limiti, stabilendo in quali casi assegnare effetti agli episodi di esercizio di quell'autonomia, salva l'individuazione di una norma attributiva del potere conformativo (ad es. art. 1352). Nel secondo caso, invece, siamo nel pieno dell'esplicazione dell'autonomia privata, salve le integrazioni eteronome (artt. 1339 e 1374 c.c.)<sup>56</sup>, ed al modello assunto come riferimento dalla norma sulla patologia per il giudizio di conformità deve senza dubbio attribuirsi *natura negoziale*.

---

previsione delle parti (profilo programmatico): quest'ultima è strutturalmente completa quando indica o enuncia "il risultato da raggiungere e i termini (soggettivi ed oggettivi) tra i quali e sui quali il risultato si pone"; nella fase esecutiva potranno, invece, "diventare doverosi tutti quei comportamenti che conducono al risultato dalle parti indicato, pur non previsti a suo tempo in contratto" (*op. cit.*, 254 s., corsivi dell'A.).

<sup>56</sup> Non rileva, al riguardo, l'art. 1419, co. 2, c.c., in relazione al quale siamo già nell'incorsa patologia ed è, quindi, superato il problema della posizione del modello di riferimento.

Delineato così il concetto di patologia, ora occorre volgere l'analisi alla sua struttura normativa.

## CAPITOLO II – LE NORME SULLA PATOLOGIA

SOMMARIO: 5. La patologia nella teoria della sanzione: genesi del principio di conservazione. Patologia e tutele. – 6. La norma sulla patologia contrattuale: fattispecie, conseguenza giuridica, norma tecnica. Perimetro della patologia del contratto. – 7. Segue. Istituti di dubbia appartenenza alla patologia e disciplina loro applicabile: spigolature. 8. Segue. Norme sulla patologia e norme di comportamento (cenni). – 9. Caducazione del contratto e rimedi: oggetto e modi della tutela. – 10. Patologia contrattuale e principio di conservazione. I rimedi conservativi.

*5. La patologia nella teoria della sanzione: genesi del principio di conservazione. Patologia e tutele.*

Si diceva che, al fine di comprendere la funzionalità della patologia, occorre muovere dallo studio degli stati patologici tipici, ritenuti rilevanti *ex ante* dal legislatore per l'esigenza di tutela che da essi scaturisce. Il modello fisiologico, pertanto, non entra nella struttura formale della norma sulla patologia contrattuale: esso è prefigurato *ex ante* dal legislatore, che ne tiene conto nella formulazione della norma, e viene ricostruito induttivamente dagli interpreti nell'analisi delle singole fattispecie patologiche.

Il tratto saliente della norma sulla patologia, articolata come giudizio ipotetico secondo la normazione per fattispecie (ove, cioè, nella protasi trova spazio la *fattispecie patologica* e nell'apodosi la *conseguenza giuridica*: sul punto, meglio *infra*, § 6) non sta, dunque, nel giudizio di conformità racchiuso nella fattispecie patologica, ma nella conseguenza giuridica da essa prevista, ovvero nell'inefficacia.

Il nesso tra patologia ed inefficacia era già colto pienamente, con riferimento all'invalidità, dagli studi pandettistici<sup>57</sup>, ma ora deve essere indagato, per mezzo di un'analisi di ampio respiro, con riferimento alle possibili *reazioni* dell'ordinamento all'inosservanza delle norme giuridiche. In altri termini l'inefficacia derivante dalla patologia deve essere inquadrata nella teoria della sanzione, al fine di scoprire una ritrovata sinergia tra sanzione e tutele (*infra*, in questo §); solo tale inquadramento consentirà di precisare il ruolo assunto dall'inefficacia nella struttura della norma sulla patologia (*infra*, § II.6).

Occorre accostarsi con cautela al tema della sanzione<sup>58</sup>, per le preoccupazioni e le incertezze che il vocabolo in sé ha da sempre suscitato nei civilisti<sup>59</sup>, il che ne suggerisce un approccio graduale, ossia gerarchico, che muova dal generale per condurre al particolare.

---

<sup>57</sup> Cfr. B. WINDSCHEID, *op. loc. ult. cit.*, per il quale il negozio può essere “invalido in guisa, che non produce punto l'effetto giuridico a cui mira, proprio come se mai fosse stato concluso” oppure “invalido in guisa, che genera bensì l'effetto giuridico a cui mira, ma questo si appalesa inetto a produrre o a conservare quello stato di fatto che gli corrisponde”. In realtà, osserva M. BRUTTI, voce *Invalidità (storia)*, cit., 562, che l'identificazione del problema dell'invalidità con quello dell'inefficacia risale già a F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, IV, Berlin, 1841, 536, trad. it. a cura di V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, IV, Torino, 1889, 610, il quale concepisce le invalidità come inibizione dell'efficacia dei fatti giuridici in generale (non solo del negozio).

<sup>58</sup> In uno dei più approfonditi studi sulle tutele della nostra dottrina – si allude alla pionieristica opera di A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, (I ed., 1982) IV ed. riv. agg., in *Problemi e metodi del diritto civile*, III, Milano, 2003, 65; nonché, ID., voce *Tutele (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 381 ss.– il tema della sanzione (e della tecnica sanzionatoria) è affrontato nei suoi plurimi e svariati significati, come misura afflittiva e come mera conseguenza sfavorevole (nei rapporti di essa con la finalità preventiva o retributiva e con il giudizio di responsabilità del soggetto sanzionato).

L'impiego plurivoco del termine sanzione è fonte di enormi equivoci nella civilistica: deve, dunque, prestarsi piena adesione alla proposta formulata da F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle «pene private»?*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, 6, di relegare le misure con finalità afflittiva del diritto privato ad una particolare sottocategoria di sanzione, cui attribuire la denominazione di “sanzioni civili punitive” (nel cui ambito deve ricondursi il dibattito sulle cd. “pene private”), raccogliendo così i suggerimenti pervenuti anche dalla dottrina penalistica, cfr. T. PADOVANI, «*Lectio brevis*» *sulla sanzione*, in *Le pene private*, cit., Milano, 1985, 61 s. Nel prosieguo, si vedrà come è possibile isolare le misure afflittive nell'ambito del più ampio concetto di sanzione.

<sup>59</sup> Le recenti preoccupazioni ed avversioni sono ben evidenziate da F.D. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *Contr. impr.*, 2013, 894.

Il piano generale è quello *teoretico*, ove lo studio della sanzione si interseca con il dibattito sulla norma giuridica e con la disputa sui destinatari della stessa<sup>60</sup>. La sanzione, tradizionalmente, era intesa come conseguenza materiale sfavorevole – cioè come fatto psicologicamente negativo: la sanzione come male<sup>61</sup> – per l’individuo che vi era soggetto. La concezione psicologista tradizionale di sanzione rappresentava il mezzo per garantire l’osservanza della norma giuridica mediante la dissuasione dei consociati, in funzione general-preventiva (da qui la spettacolarizzazione della sanzione propria delle esperienze giuridiche meno recenti). Con la formulazione delle teorie imperativistiche del diritto, anche alla sanzione è attribuita la natura di norma imperativa<sup>62</sup>, è intesa cioè come comando. Tuttavia, trattasi di un comando rivolto, non ai consociati, bensì al giudice di applicare la sanzione. Tale aspetto ha spinto un illustre giurista a valorizzare la coercibilità quale carattere distintivo della norma giuridica e dell’ordinamento giuridico, individuando – su un piano generale – come destinatari della norma giuridica non più i cittadini, ma gli organi giudiziari incaricati di attuare la sanzione, esercitando il potere coattivo<sup>63</sup>: la sanzione è contenuta in una norma definita *secondaria*, la quale costituisce la reazione alla violazione di una norma *primaria*

---

<sup>60</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., 142 ss.

<sup>61</sup> Per la critica della concezione psicologista tradizionale, cfr. F. MODUGNO, voce *Norma (teoria gen.)*, cit., 347.

<sup>62</sup> La formulazione classica della dottrina imperativistica è, come noto, quella di A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad. it. a cura di A. Levi della VIII ed. tedesca del 1878, Padova, 1951, 17, secondo il quale “l’intero diritto di una società non è altro che un complesso d’imperativi, i quali sono così strettamente inannellati che la disobbedienza degli uni costituisce il presupposto di ciò che dagli altri è comandato”.

Per una completa panoramica nonché l’analisi di tutte le varie declinazioni delle dottrine imperativistiche, cfr. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., 123 ss.

A tale ambito può ascrivere anche la tesi di E. ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 1 ss., per il quale sotto il concetto di sanzione si intendono i comportamenti più vari, che hanno in comune soltanto l’essere comportamenti obbligatori per gli organi giudiziari, ma che sul piano strutturale – se si eccettua il profilo del soggetto passivo – non divergono da qualsiasi altro comportamento obbligatorio.

<sup>63</sup> È la notissima tesi di R. VON JHERING, *Lo scopo del diritto*, trad. it. a cura di M.G. Losano della II ed. tedesca del 1884, vol. I, Torino, 1972, 336 ss. e *passim*.

(che, invece, pone la regola di condotta agli individui)<sup>64</sup>. In tale ottica, il comando posto dalla norma imperativa agli individui doveva essere necessariamente rafforzato dalla sanzione, in quanto ciò che attribuisce al comando natura prescrittiva, ovvero ciò che vi imprime la funzione di modificare il comportamento altrui, sta nella possibilità della sanzione, al punto che le proposizioni normative sprovviste di sanzione non erano ritenute norme giuridiche<sup>65</sup>.

Lo studio della sanzione, nella ristretta accezione di norma secondaria, presenta scarso rilievo scientifico per il civilista, in quanto l'ultimo baluardo di "norma secondaria" del nostro sistema – si allude, evidentemente, all'art. 2043 c.c. – è ormai caduto con il notissimo arresto di fine secolo trascorso<sup>66</sup>: oggi, dunque, la sanzione intesa come norma secondaria, cioè come comando rivolto al giudice, rappresenta un semplice segmento della tutela giurisdizionale dei diritti (artt. 2907 ss. c.c.).

L'approccio teoretico moderno al tema della sanzione<sup>67</sup>, invece, tende ad inquadrarla nelle possibili risposte dell'ordinamento giuridico alle deviazioni (o, se si vuole, alle violazioni) dei consociati, intese come le situazioni di non corrispondenza tra l'azione voluta dall'ordinamento secondo le sue norme e l'azione storicamente accaduta. Innanzi ad un'azione non conforme alla norma, vi

---

<sup>64</sup> Cfr., *ex multis*, R. GUASTINI, voce *Norma giuridica (tipi e classificazioni)*, in *Dig. IV, Disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1995, ed. *on-line*, n. 14 e nota 55, il quale, inoltre, opportunamente precisa che tali locuzioni non devono essere confuse con quelle analoghe impiegate in sede di teoria delle fonti del diritto.

<sup>65</sup> R. VON JHERING, *Lo scopo del diritto*, cit., 232 ss. e *passim*. Nella dottrina italiana, cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, II ed., Roma, 1951, 32 ss.

È proprio tale congegno tecnico, peraltro, che ha alimentato le teorie antimperativistiche del diritto, cfr. in particolare l'altrettanto nota tesi di H. KELSEN, *Teoria pura del diritto*, trad. it. della prima edizione del 1934, Torino, 1952, 46 ss., il quale sviluppa l'idea che la sanzione, abitualmente definita come norma secondaria, consiste nell'autentica norma primaria, mentre la norma che comanda la condotta che consente di evitare la sanzione (normalmente definita primaria) sia, piuttosto, una norma giuridica secondaria.

<sup>66</sup> Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500.

<sup>67</sup> Cfr., in particolare, N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, 1969 (rist. 1982), 539 ss., il quale, con nitore di pensiero, inquadra le problematiche e i caratteri della sanzione nell'ordinamento giuridico moderno, lasciando disperdere nel passato i tratti della concezione psicologista (la sanzione come male inflitto al *subiecto*).

sono due possibili reazioni dell'ordinamento: adeguare il fatto alla norma, stabilendo i meccanismi per modificare l'azione dei consociati, cioè comminando una *sanzione*; oppure adeguare la norma al fatto, formulando una nuova valutazione dell'azione non conforme, tale da mettere in moto nell'ordinamento i meccanismi per la sua *innovazione*<sup>68</sup>. Allora, è possibile affermare che nel primo caso si tende alla *conservazione della norma*, attribuendo un giudizio di disvalore al fatto; nel secondo caso, si tende alla *conservazione del fatto*, nella misura in cui riceve un nuovo giudizio di valore ad opera dell'ordinamento (per un esempio emblematico nel diritto civile, si consideri l'istituto della prescrizione, artt. 2934 ss. c.c.)<sup>69</sup>. Ma in entrambi casi, sia che si miri a conservare la norma sia che si tenda a conservare il fatto, è l'ordinamento giuridico nel suo complesso a preordinare i meccanismi per la sua stessa conservazione, allo scopo di preservare la propria effettività.

Muovendo da tali rilievi, sul piano teoretico, è allora possibile qualificare la sanzione come la reazione normativa alla violazione di un'altra norma giuridica, al fine di ristabilire l'ordine giuridico violato mediante la riaffermazione della norma

---

<sup>68</sup> L'impostazione del problema, nella sua linearità, si deve ancora all'acume di N. BOBBIO, *op. cit. loc. cit.*, ma nello snodo successivo del testo ci si discosta dal pensiero di questo A., il quale sembra attribuire la funzione di conservazione dell'ordinamento alla sola sanzione, non ai meccanismi innovativi.

<sup>69</sup> Autorevole dottrina, infatti, ritiene che il fondamento della prescrizione stia nell'esigenza di adeguare la situazione di diritto alla situazione di fatto: così, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 114. In senso analogo, G. AZZARITI - G. SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1977, rist. 1985, 202, i quali ritengono di poter continuare ad accomunare, sotto questo profilo, prescrizione estintiva ed usucapione (cd. prescrizione acquisitiva), nonostante il codice civile del 1942, nel separare il trattamento giuridico della seconda, abbia chiaramente optato per il modello – testualmente – della “diversità organica delle due prescrizioni” (la stessa operatività dell'art. 1165 c.c. è subordinata, del resto, ad una clausola di compatibilità). Cfr., altresì, A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, 38, il quale però, pur citando gli autori che precedono, inverte i termini, discorrendo – probabilmente, per un *lapsus calami* – di adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto (cfr. invece nei termini corretti, *op. cit.*, 40).

È risalente – ed oggi sostanzialmente abbandonata (ma seguita da A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 182 ss.) – la tesi che rinviene il fondamento della prescrizione nella certezza dei rapporti giuridici, in un'esigenza di conservazione dello stesso ordinamento giuridico in quanto tale.

sul fatto in cui la violazione consiste<sup>70</sup>; in tale ottica, si può allora intendere per sanzione qualsiasi conseguenza giuridica, qualsiasi misura di sostegno o garanzia della efficacia della norma<sup>71</sup>, avente una generale funzione conservativa della norma violata, cioè volta alla riaffermazione del valore di cui essa è espressione<sup>72</sup>.

Tale estensione del significato teoretico di sanzione consegna all'operatore giuridico un significato molto lato di sanzione, che non consente l'individuazione del regime giuridico applicabile al fatto deviante, al punto da renderlo poco utilizzabile.

Qui si innesta allora il passaggio dal piano generale, *teoretico*, a quello particolare, squisitamente *tecnico*, al precipuo fine di delineare il regime giuridico della sanzione e definirne l'operatività nella realtà giuridica.

Sul piano tecnico, allora, si tende a recuperare l'accezione originaria e psicologica di sanzione (come inflizione di un male *non voluto*), per rileggerla in

---

<sup>70</sup> In tal senso, N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 186 ss.; cfr. anche F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, ed. *on-line*, n. 3, per il quale "la sanzione interviene a correggere la dissimmetria" provocata dall'azione disarmonica rispetto al sistema (dall'azione – testualmente – che "introduce nell'armonia del sistema una stonatura").

<sup>71</sup> SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1946 (rist. 1951), 23.

<sup>72</sup> Intesa in questo senso così lato, si è così finito per assegnare un'ambito molto esteso alla sanzione al punto da operare una trasvalutazione psicologica da conseguenza sfavorevole in conseguenza anche favorevole (cfr. F. MODUGNO, voce *Norma (teoria gen.)*, cit., 347): si è iniziato a includere nel tema delle sanzioni anche le cd. misure di incoraggiamento e le misure premiali volte a stimolare un certo comportamento dei consociati in una ritrovata funzione promozionale del diritto (e si è iniziato a discorrere di "sanzioni positive"). Cfr. N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1969, 1314 ss.; ID., *Sulle sanzioni positive* (1971), ora in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, 83 ss. Sull'attuale variegata fenomenologia delle sanzioni, cfr. G. GAVAZZI, *Elementi di teoria del diritto*, Torino, 1970, *passim*.

Afferma, però, F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria generale)*, cit., n. 3, che la sanzione positiva si caratterizza per non essere in linea di principio dovuta: se non è pensabile un sistema che non reagisca di principio alle violazioni della dimensione di coesistenzialità sulla quale ogni sistema si fonda (secondo l'illustre filosofo del diritto, *op. cit.*, n. 3, la coesistenzialità consiste nel riconoscimento che la presenza dell'altro è costitutiva della soggettività dell'io); è, all'inverso, pensabile un analogo ordine che apprezzi sì, ma non premi atti socialmente meritevoli. L'illecito rende non praticabile la coesistenza; l'atto meritorio la rende più facile, ma non incide sulla sua stabilità. Premiare, dunque, sarà doveroso a livello psicologico o motivazionale, non a livello strutturale.

chiave strettamente oggettiva, quale conseguenza giuridica *sfavorevole* per l'individuo derivante dall'inosservanza di una norma. Tale delimitazione di ambito consente di precisare che, sul piano tecnico, non ha senso inquadrare nella categoria delle sanzioni le misure preventive, cioè i meccanismi (*ante factum*) volti a prevenire la violazione della norma<sup>73</sup>: la prospettiva tecnica da cui si osserva il fenomeno suggerisce di espungere i meccanismi preventivi dall'area della sanzione, in quanto l'ordinamento non può sanzionare alcun individuo prima del fatto commesso (arg. *ex art. 25, Cost.*). Appartengono all'area della sanzione, le cd. tutele preventive (su cui, *infra*), le quali – di regola – si fondano sì su un illecito di pericolo, ma postulano comunque un fatto avvenuto, non conforme alla norma di cautela. Pertanto, nella propugnata concezione oggettiva della sanzione quale conseguenza svantaggiosa, si allude esclusivamente alle misure successive che è possibile attivare a seguito dell'inosservanza della norma (*post factum*) e a cui si riserva, convenzionalmente con il lettore, la denominazione di *sanzione in senso lato*. Muovendo da tali basi, è possibile ordinare le sanzioni in senso lato sia in ragione dell'elemento formale<sup>74</sup> sia in ragione dell'elemento funzionale e contenutistico, al fine di delinearne il regime giuridico e definirne l'operatività nella realtà giuridica.

Il criterio formale consente di distinguere la sanzione in *ablazione* e *frustrazione*.

---

<sup>73</sup> Diversamente, N. BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., 530 ss., muovendo però da un approccio teorico alla tema della sanzione ed assegnandovi il significato molto lato (ed esaminato *supra*) che la identifica in qualsiasi misura o meccanismo volto alla conservazione del sistema normativo (dai quali espunge quelli, sopra definiti, innovativi). Assumendo un così elevato punto di vista, le sanzioni sono sì volte sia a prevenire (misure preventive) le eventuali violazioni di norme, per mezzo di misure di vigilanza (tese a frapporre un impedimento *materiale* alla commissione della violazione) o di scoraggiamento (tese a frapporre un impedimento *psicologico* alla commissione della violazione), sia a reprimere – *post factum* – le violazioni avvenute (misure successive), là dove la funzione di prevenzione non abbia avuto successo.

<sup>74</sup> Lo studio analitico della sanzione è condotto anche nella teoria generale del diritto al fine di distinguere le sanzioni giuridiche sia dalle sanzioni morali, da un lato, sia dalle sanzioni sociali, dall'altro, sebbene siano risultati vani i tentativi per fondare la distinzione tra norme giuridiche, morali e sociali (e dei relativi ordinamenti) in ragione dei caratteri formali delle rispettive sanzioni. Sul punto, ancora N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., 141.

La *ablazione* individua una conseguenza giuridica sfavorevole, integrata dal verificarsi di un evento indesiderabile<sup>75</sup>, rappresentato variamente da una riduzione o da un aggravamento della sfera giuridica di colui che vi è soggetto<sup>76</sup>. Essa può consistere, da un lato, nella nascita di una situazione giuridica soggettiva di svantaggio, dall'altro, nella perdita coattiva di una situazione giuridica di vantaggio (mediante la sua estinzione ovvero la modificazione soggettiva nella titolarità della stessa) nonché nella perdita coattiva di capacità, che può tradursi in un'incapacità giuridica speciale (ad es.: la sospensione dalla successione<sup>77</sup>, art. 463-*bis* c.c.; l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione<sup>78</sup>, artt. 32-*ter* e 32-

---

<sup>75</sup> Cfr. N. BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., 535 il quale, in tali casi, preferisce discorrere genericamente di "sanzione".

<sup>76</sup> Si impiega, dunque, un significato molto lato di ablazione (dal latino, der. di *ablatus*, part. pass. di *aufferre* "portare via"), che non ha come punto di incidenza la singola situazione giuridica soggettiva (per solito, attiva, come nelle ipotesi di acquisti coattivi della pubblica autorità), ma la sfera giuridica del soggetto nel suo complesso, per alludere – figuratamente – al suo peggioramento.

<sup>77</sup> Con riferimento, invece, all'indegnità a succedere (artt. 463 ss. c.c.), si è a lungo dubitato della possibilità di inquadrarla nell'ambito dell'incapacità giuridica speciale, cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, I ed., Roma 1940, 319. Le perplessità sono tradizionalmente legate al regime giuridico che contraddistingue l'indegno che, a differenza – ad es. – dell'incapace di ricevere per testamento, *potest capere, sed non potest retinere*.

Le perplessità tradizionali sono indubbiamente destinate a cadere con riferimento alle ipotesi di indegnità in relazioni alle quali opera, cautelativamente, il recente istituto della sospensione della successione, art. 463-*bis* c.c., la cui *ratio* consiste nel precludere a chi sia sospettato di aver commesso fatti particolarmente gravi nei confronti dell'ereditando di trarre un vantaggio, sia pur temporaneo, dalla sua qualità di chiamato, reputandosi riprovevole che il sospetto omicida possa beneficiare dell'eredità della persona offesa. Per tale fondamento dell'istituto, cfr. A. BERTOTTO, *L'indegnità*, in *Le successioni*, a cura di E. del Prato, Bologna, 2020, 63, cui si rinvia anche per la recente e puntuale panoramica delle posizioni della dottrina sulla natura giuridica dell'indegnità a succedere (*op. ult. cit.*, 50 ss.).

<sup>78</sup> L'incapacità giuridica speciale, infatti, implicando l'inimputabilità del rapporto, importa un espresso divieto di divenire titolare del rapporto (cfr. testualmente art. 32-*ter* c.p.; il divieto non è espressamente riprodotto, invece, nell'art. 32-*quater* c.p., il che potrebbe suscitare dubbi alla luce della generale formulazione dell'art. 1425 c.c.; ma i dubbi che vengono risolti dal proposto inquadramento). Tale divieto comporta, dunque, la nullità (virtuale, ex art. 1418, co. 1, c.c) di ogni contratto funzionale all'instaurazione del rapporto per cui opera l'incapacità giuridica speciale (cioè, tutti i contratti pubblici, salvi quelli volti ad ottenere le prestazioni di un pubblico servizio).

L'inquadramento dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione nell'ambito delle incapacità giuridiche speciali, in luogo delle incapacità di agire, è funzionale

*quater* c.p.) o in un'incapacità di agire (ad es.: l'interdizione legale, art. 32 c.p., che rinvia agli artt. 427 e 1425 c.c.).

Anche la *frustrazione* individua una conseguenza giuridica sfavorevole, ma derivante stavolta dal non verificarsi di un evento desiderabile<sup>79</sup>, il che – chiaramente – postula che l'agente, nella valutazione dell'ordinamento, abbia agito in vista di un risultato; essa, dunque, comporta la negazione di un ampliamento della sfera giuridica di colui che vi è soggetto. Emblematica è la negazione degli effetti giuridici nel negozio, che si traduce nell'inefficacia originaria o successiva<sup>80</sup> del mezzo giuridico impiegato: nel caso di inefficacia originaria la frustrazione è *piena*, attesa la totale mancanza dell'effetto giuridico desiderato; nel caso di inefficacia successiva ed eventuale la frustrazione è *precaria*, in quanto l'effetto giuridico desiderato è claudicante.

Pertanto, mediante l'ablazione l'ordinamento riesce a far sì che, per effetto della violazione della norma, l'agente subisca conseguenze diverse e

---

alla declaratoria di nullità del contratto *ex art. 1418 c.c.*, piuttosto che dell'annullabilità *ex art. 1425 c.c.* L'incapacità giuridica speciale, infatti, implicando l'inimputabilità del rapporto, opera alla stregua di un divieto di divenire titolare del rapporto: tale divieto comporta, dunque, la nullità (virtuale, *ex art. 1418, co. 1, c.c.*) di ogni contratto funzionale all'instaurazione del rapporto per cui opera l'incapacità giuridica speciale.

Ritiene, parimenti, che l'incapacità di contrattare dia luogo a nullità, formulando un simile ordine di ragioni, V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e Resp.*, 2008, 5, 540, secondo cui la “norma può vietare il (o delegittimare la parte al) contratto per la presenza di una certa qualità soggettiva della parte stessa, rilevante nella sua relazione con l'oggetto del contratto stesso: si pensi all'appalto pubblico attribuito a soggetto incorso nella sanzione [*recte*, pena] accessoria dell'incapacità di contrattare con pubbliche amministrazioni”.

<sup>79</sup> Quanto all'impiego della denominazione “frustrazione”, si segue la terminologia individuata da N. BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., 535, per il quale la sanzione comporta “il verificarsi di un evento indesiderabile” mentre la “frustrazione” ha per conseguenza “il non verificarsi di un evento desiderabile”. Cfr., anche, ID., *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 140 s.

Seguendo il lessico coniato dal Bobbio, l'espressione “frustrazione” ha riscosso un discreto successo nella migliore civilistica chiamata ad occuparsi del tema della natura sanzionatoria della nullità: cfr. N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, cit., 542; F.D. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione*, cit., 898.

<sup>80</sup> Diversamente, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 469, il quale preferisce discorrere di inefficacia attuale o potenziale dell'atto, accomunandole nell'ambito di una medesima categoria di trattamento giuridico, l'invalidità del negozio.

tendenzialmente contrarie rispetto al fine che si proponeva; mediante la frustrazione, invece, fa sì che l'agente non raggiunga il fine che si proponeva<sup>81</sup>.

La distinzione secondo il criterio formale è, tuttavia, non pienamente soddisfacente a giustificare il trattamento delle realtà giuridicamente rilevanti. Ad essa deve, dunque, accompagnarsi un'indagine funzionale delle sanzioni in senso lato, intese cioè oggettivamente quali conseguenze giuridiche sfavorevoli, le quali devono essere distinte anche in ragione dell'elemento funzionale, il solo che consente di illuminare la giustificazione del trattamento giuridico.

Una conseguenza giuridica sfavorevole, di quelle precedentemente tratteggiate (ablazione o frustrazione), in termini generalissimi, può essere ispirata da una funzione correttiva o retributiva: la funzione *correttiva* rende il bene al male *subìto* (ove il "bene" è solitamente rappresentato dalla tendenziale rimozione del male); la funzione *retributiva*, all'opposto, rende il male al male *arrecato* (*malum propter malum*)<sup>82</sup>. Nel primo caso, si assume come termine di riferimento il titolare dell'interesse leso dall'inosservanza; nel secondo caso, il soggetto sanzionato. Sul piano funzionale, iniziano così ad emergere le prime correlazioni tra sanzione e tutela, su cui si tornerà più avanti.

Orbene, nel diritto civile è nettamente preponderante la funzione correttiva, la quale si articola in impeditiva (o inibitoria), ripristinatoria e riparatoria.

La funzione *impeditiva* (o *inibitoria*) è volta a mantenere inalterato lo *status quo ante*, operando in due direzioni: inibendo la modificazione fattuale ovvero

---

<sup>81</sup> N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 141. In termini corrispondenti, con riferimento alla distinzione tra atto illecito e negozio illecito, negando a quest'ultimo natura di atto illecito, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 189 s., notava: "[...] mentre nell'atto illecito è il fatto stesso contrario alla norma e la sanzione sta nella produzione di conseguenze contrarie all'interesse dell'agente, nel negozio illecito non il fatto in sé è contrario alla norma, ma l'effetto cui esso tende, e perciò è sufficiente sanzione, intesa questa parola in senso lato, l'inidoneità del negozio a produrre tale effetto". Sul punto si avrà occasione di tornare.

<sup>82</sup> Cfr., ancora, N. BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., 534, il quale, per quanto riguarda le misure successive alle violazioni, preferisce discorrere genericamente – al semplice scopo di distinguerle dalle misure aventi carattere *retributivo* (che rendono il male al male) – di misure aventi carattere *riparatorio*, consistenti "nell'eliminare o per lo meno attenuare il male che la trasgressione della norma ha prodotto nella società".

impedendo la modificazione giuridica. Così, da un lato, la funzione inibitoria emerge nelle cd. tutele preventive (che, come detto, sono misure successive), in quanto volte a conservare la *situazione di fatto* preesistente impedendo la prosecuzione dell'azione non conforme alla norma (di cautela o di tutela) sia nel senso di interrompere atti preparatori non equivoci sia nel senso di proibire la reiterazione dell'illecito ovvero di farne cessare per il futuro la continuazione (si considerino, in proposito, le azioni di nunciazione, artt. 1171 e 1172 c.c., e le azioni inibitorie, artt. 7, 949, comma 2, 1117-*quater* e 2599 c.c.)<sup>83</sup>. Dall'altro lato, la funzione impeditiva emerge con riferimento alle ipotesi in cui la tecnica giuridica predisposta dall'ordinamento mira alla conservazione giuridica della *situazione di diritto* preesistente, considerando la modificazione deviante *tamquam non esset* sul piano giuridico, cioè rendendola inidonea alla produzione di effetti (emblematica, al riguardo, la nullità del contratto, art. 1418 ss. c.c.).

Là dove, quindi, la modificazione non sia stata impedita (e, dunque, nelle ipotesi in cui una conservazione materiale dello stato preesistente non è più possibile ovvero non sia stata disposta la conservazione giuridica della situazione di diritto preesistente), la sanzione può incidere solo sugli effetti (materiali o giuridici) prodotti dall'azione non conforme ed a ciò mirano le altre due funzioni correttive.

La funzione *ripristinatoria* tende a riprodurre *ex novo* la situazione anteriore della realtà, riconducendo la realtà nello *statu quo ante* materiale o giuridico: in tale seconda ipotesi, di tendenziale ripristino della realtà giuridica anteriore, si discorre di *retroattività*<sup>84</sup>. Esempi di ripristino della realtà materiale sono, dunque, le

---

<sup>83</sup> Su tale funzione, cfr. i puntuali rilievi di P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, II ed., Milano, 2019, 3 e 559 ss. che preferisce discorrere di funzione di “prevenzione speciale” per alludere alla funzione conservativa indicata nel testo.

<sup>84</sup> Sul concetto di retroattività, cfr. D. BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, Milano, 1937, 34 ss., il quale dopo aver criticato l'assimilazione della retroattività alla *finzione giuridica*, delinea la retroattività come nuovo comando mediante il quale il legislatore “ottiene una realtà giuridica presente approssimativamente uguale (è approssimazione non identità [...]) a quella che si sarebbe avuta se non ci fosse stato il periodo di pendenza [...], annullando tutto quello, che, in tal periodo avvenuto, sarebbe contrario alla nuova realtà comandata”.

restituzioni obbligatorie (in natura o per equivalente) o le azioni reali di ripristino; invece, esempi di ripristino della realtà giuridica sono le ipotesi di caducazione retroattiva di un atto (tese a rimuoverlo *ex tunc*)<sup>85</sup>.

La funzione *riparatoria* è, invece, volta a realizzare *ex novo* una situazione ipotetica reputata preferibile (uno *status quo* ideale)<sup>86</sup>. È ciò che si ha di mira allorché, sul presupposto di un danno (effettivamente provato o, talvolta, solo presunto *ex lege*), si attua un controbilanciamento, mediante (rispettivamente) un risarcimento o un indennizzo, disponendo cioè una modificazione della realtà equipollente ad un modello ideale in cui il fatto dannoso<sup>87</sup>, o il fatto considerato *ex lege* fonte di danno, è concettualmente eliminato per mezzo di un giudizio ipotetico contro-fattuale (operato *ex post* dal giudice o *ex ante* dal legislatore). Pertanto, la funzione riparatoria si articola nella funzione risarcitoria, la quale presuppone la sussistenza effettiva di un danno<sup>88</sup>, e nella funzione indennitaria, ove l'esistenza del

---

Nello stesso senso, G. TATARANO, voce *Retroattività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 83 s., il quale parimenti precisa che la retroattività costituisce una tecnica legislativa che non è spiegabile ricorrendo al concetto di finzione e che, piuttosto, segna una modifica della realtà giuridica (non della realtà materiale), il cui limite è appunto dato dalle situazioni di fatto, *factum infectum fieri nequit*.

<sup>85</sup> Vi è in dottrina scarsa percezione del fatto che le azioni di impugnativa contrattuale, in quanto volte a demolire il contratto e gli effetti che ne conseguono, siano caratterizzate da una funzione ripristinatoria. Tale inquadramento funzionale è proposto, con precipuo riferimento alla risoluzione per inadempimento, da A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, Artt. 1453-1454, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990, 15 s. Un cenno in tal senso è rintracciabile anche in ID., *Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione per inadempimento*, in *Giur. comm.*, 1990, 29. Con riferimento al negozio annullabile, uno spunto lo si trova già in E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 475, secondo cui il negozio si qualifica come annullabile in quanto possa essere rimosso con forza retroattiva come precetto e considerato come mai posto in essere.

<sup>86</sup> Esula dalla funzione riparatoria la funzione preventiva che, ad es., la funzione preventiva senza comminare ulteriori conseguenze sfavorevoli a quelle che già gravano sull'individuo (è evidente che la prevenzione dell'illecito già costituisce un dovere per ogni individuo e non può costituire a sua volta una sanzione neppure nel senso lato di conseguenza giuridica sfavorevole).

<sup>87</sup> Per la necessaria consistenza del danno *anche* in un fatto, cfr. A. DE CUPIS, voce *Danno (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, 622 ss.

<sup>88</sup> Volendo verificare tali assunti con riferimento alle due tradizionali voci codicistiche di danno patrimoniale (art. 1223 c.c.), si consideri che, da un lato, il danno emergente costituisce il decremento patrimoniale verificatosi nella sequenza reale ma non in quella ideale; dall'altro, il lucro cessante rappresenta l'incremento patrimoniale ipotizzato nella sequenza ideale e non

danno (non, necessariamente, la sua quantificazione) è oggetto di una presunzione legale secondo l'*id quod plerumque accidit* (ad es., l'indennità gravante sul coniuge in mala fede in caso di invalidità del matrimonio da corrispondere in favore del coniuge in buona fede, art. 129-bis c.c.)<sup>89</sup>.

---

verificatosi in quella reale. Parimenti, con riferimento al danno non patrimoniale, occorre la verifica di fatti esistenziali patologici (la sofferenza psichica, la menomazione dell'integrità psico-fisica, l'alterazione significativa delle abitudini di vita), cioè fatti devianti rispetto ad una sequenza ideale, di cui è possibile effettuare una valutazione economica equitativa.

Per tali ragioni, non si condivide la qualificazione dei danni non patrimoniali in termini di conseguenza afflittiva, pur autorevolmente sostenuta, cfr. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, *passim*.

<sup>89</sup> Tuttavia, secondo un'autorevole opinione, cfr. R. NICOLÒ, *sub art. 129 bis. Responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, II, Padova, 1992, 435, la responsabilità sancita da tale norma sarebbe caratterizzata da un profilo sanzionatorio (*recte*, sarebbe preferibile dire, afflittivo) per due ragioni: da un lato, la responsabilità è quantitativamente aggravata rispetto a quella prevista dalla corrispondente norma previgente (l'art. 139 c.c. che prevedeva un'ammenda, cioè una *sanzione afflittiva*, da lire mille a lire cinquemila) e, dall'altro, essa prescinde dalla prova del danno sofferto. Ebbene il confronto quantitativo con la previgente ammenda non può essere condiviso, in quanto, mutando la funzione della prestazione patrimoniale a carico del coniuge in mala fede (da afflittiva a riparativa), è diverso il parametro cui occorre commisurarla, rendendo fallace ogni confronto quantitativo. La funzione afflittiva che caratterizza l'ammenda è, infatti, ispirata alla repressione della condotta, mentre la funzione indennitaria alla riparazione degli effetti della condotta stessa: la prima la si commisura al criterio retributivo, che assume come parametro principale la rimproverabilità della condotta (cfr. nel testo); la seconda assume come parametro l'entità delle conseguenze lesive prodotte. Pertanto, la funzione riparatoria che contraddistingue l'indennità può ben condurre alla determinazione di una prestazione patrimoniale maggiore rispetto all'importo comminato a titolo di retribuzione (ammenda). Quanto alla prova del danno, da cui l'indennità prescinde, occorre, invece, ribadire che ciò non significa che si prescinde dal danno, ma anzi che la sua esistenza è presunta *ex lege* (prescindendo solo dalla sua prova in giudizio): si ha una valutazione legale dell'esistenza di un fatto, il danno, di cui la norma impone la riparazione mediante la corresponsione di una congrua indennità.

La posizione sostenuta nel testo si pone, invece, in linea con il puntuale rilievo di F. GIARDINA, *Per un'indagine sulla responsabilità civile nella famiglia: l'art. 129 bis del codice civile*, Pisa, 1999, 76, per la quale la responsabilità *ex art. 129 c.c.* ha la finalità di sottrarre all'immunità una condotta considerata degna di sanzione e all'irrisarcibilità un interesse considerato degno di tutela: la norma, cioè, giunge là dove non giungerebbe la disposizione generale dell'art. 2043. Nel testo si vuole, infatti, sostenere che l'art. 129 *bis* non intende *risarcire* il danno, ma *indennizzare* il danno subito dal coniuge in buona fede presunto *iuris et de iure* non solo nell'*an* (nella sua esistenza), ma anche parzialmente nel *quantum*, nella misura minima corrispondente a tre anni di mantenimento (quest'ultimo, il mantenimento, rappresenta il parametro cui si affida il legislatore nella propria valutazione dell'*id quod plerumque accidit*).

La funzione *afflittiva*, che nel nostro ordinamento è residuale e recessiva rispetto alle precedenti funzioni<sup>90</sup> (per il principio dell'*extrema ratio*), è volta ad imporre una conseguenza sfavorevole a titolo di retribuzione, per il male arrecato (*malum propter malum*), ed a scopo di prevenzione, dissuadendo per il futuro i consociati e l'individuo sanzionato dal porre in essere le violazioni che la sanzione mirava a scongiurare (funzione generalpreventiva e specialpreventiva)<sup>91</sup>. La conseguenza afflittiva colpisce un *interesse* (o, se si vuole, un *bene*) diverso rispetto a quello leso dalla violazione della norma nonché privo di ogni rapporto funzionale con quest'ultimo (diversamente dalle conseguenze restitutorie e riparatorie)<sup>92</sup>; tuttavia, è per mezzo dello stesso criterio retributivo – espressione del principio di proporzionalità – che si orienta la misura dell'afflizione del diverso interesse colpito in rapporto alla rimproverabilità personale dell'autore dell'azione non conforme (non, dunque, in rapporto all'incidenza della violazione sull'interesse leso, come – ad es. – nelle misure riparatorie). In quest'ottica, il criterio della diversità dell'interesse leso rispetto a quello colpito dalla conseguenza giuridica è connotato indefettibile perché possa parlarsi di *retribuzione* in funzione di

---

Là dove il giudice intendesse comminare un'indennità maggiore, la quale dovrà pur sempre essere *congrua* (cfr. testualmente l'art. 129-*bis* c.c.), egli dovrà, dunque, rispettare la funzione riparatoria cui si ispira il legislatore.

<sup>90</sup> Le funzioni correttive (impeditiva, ripristinatoria e riparatoria) consentono, inoltre, maggiore elasticità nella predisposizione normativa delle tecniche di tutela. Al riguardo, F. BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, 33, osserva l'assenza di vincoli in merito alle fonti del diritto, la meno accentuata esigenza di tipicità e di tassatività, la possibilità di prescindere dal requisito della colpevolezza e correlativamente di delineare forme di responsabilità fondate sul rischio nonché la possibilità di inversione dell'*onus probandi*.

<sup>91</sup> Per tali caratteri della misura afflittiva, non esclusivi del diritto penale, cfr. F. BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, cit., 29 s.; nonché T. PADOVANI, «*Lectio brevis*» sulla sanzione, cit., 59 ss., il quale, inoltre, invita a rileggere la funzione retributiva della sanzione non come scopo dell'afflizione (scopo inaccettabile per un ordinamento moderno), ma come misura dell'afflizione ispirata al principio di proporzionalità. Nella civilistica, è A. DI MAJO, voce *Tutela (dir. priv.)*, n. 14, ad affermare, con nettezza, che lo scopo della sanzione afflittiva sia costituito dalla prevenzione, cioè dalla “funzione di dissuasione”, quale connotato irrinunciabile della tecnica sanzionatoria.

<sup>92</sup> Sul punto T. PADOVANI, *op. loc. cit.*; nonché A. DI MAJO, voce *Tutela (dir. priv.)*, cit., n. 14.

prevenzione e, dunque, di sanzione afflittiva<sup>93</sup>. Per tali ragioni, la funzione afflittiva impone la necessità di un giudizio di responsabilità maggiormente articolato del soggetto cui si commina la sanzione<sup>94</sup>, alla stregua del noto canone *nulla poena sine culpa*<sup>95</sup>.

Solo alla conseguenza giuridica sfavorevole ed afflittiva può riservarsi l'appellativo di *sanzione in senso stretto* ed è l'accezione di sanzione a cui più frequentemente si allude nel diritto civile, cui sarebbe preferibile riservare l'espressione "afflizione" alla quale, da ora in avanti, tendenzialmente ci si uniformerà, cercando – al contempo – di indicare le sanzioni in senso lato più semplicemente come conseguenze giuridiche sfavorevoli.

Devono, ora, riannodarsi i fili dell'indagine sulla conseguenza giuridica sfavorevole, trasponendo l'analisi dall'ordine dei concetti all'ordine degli interessi<sup>96</sup> ed individuandone – in sostanza – il punto di congiunzione con il sistema normativo: l'imposizione di una conseguenza giuridica *sfavorevole* è funzionale alla riaffermazione del valore violato dall'inosservanza della norma.

Si vuol dire che la giustificazione dell'imposizione di una conseguenza giuridica svantaggiosa va ricercata nell'alterazione del rapporto tra l'attività regolata dalla norma ed il giudizio di valore ad essa sotteso, derivante dalla trasgressione della norma. L'ordinamento giuridico prende posizione sui fatti della vita sociale mediante giudizi di valore e di disvalore, favorendoli o ostacolando nella misura in cui quei fatti socialmente rilevanti realizzino interessi dei singoli o della collettività: statuendo in conformità di quei giudizi dispone, attraverso norme, l'effetto correlativo<sup>97</sup>. La norma giuridica, nel regolare l'attività dei consociati, tende per sua natura alla realizzazione di interessi (individuali o superindividuali)

---

<sup>93</sup> In tal senso, nella civilistica, già, A. DI MAJO, voce *Tutela (dir. priv.)*, cit., n. 14.

<sup>94</sup> Cfr., ancora, ID, voce *Tutela (dir. priv.)*, cit., n. 14.

<sup>95</sup> Cfr. il celebre arresto Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, ove la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 5 c.p. "nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità della ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile".

<sup>96</sup> L'uso di espressioni evocative non intende risvegliare un'ormai sopita polemica, tra le due opposte scuole della *Begriffsjurisprudenz* e della *Interessenjurisprudenz*.

<sup>97</sup> Cfr. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 12 ss.

approvati dall'ordinamento; pertanto, è agevole constatare come per effetto dell'inosservanza della norma, non essendosi verificati i fatti della vita sociale valutati come astrattamente idonei alla realizzazione degli interessi perseguiti dall'ordinamento, derivi l'insoddisfazione o la lesione di quegli interessi.

Qui si innesta la congiunzione tra sanzione e tutela, cioè tra la conseguenza giuridica sfavorevole comminata e la protezione apprestata all'interesse leso o insoddisfatto: la tutela dell'interesse approvato e protetto dall'ordinamento è, appunto, offerta dalla conseguenza sfavorevole predisposta dallo stesso per rimuovere la lesione. Là dove, allora, la sanzione in senso lato, sia essa un'ablazione o una frustrazione, sia animata da una funzione correttiva, cioè volta a reagire al male con la sua tendenziale eliminazione, è allora qualificabile come *tutela*<sup>98</sup>; là dove sia animata da una funzione retributiva, è piuttosto qualificabile come afflizione.

In questo senso, emerge la nozione di tutela come reazione dell'ordinamento alla lesione di un interesse non derivante dalla propria sfera giuridica<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Osserva, attentamente, A. DI MAJO, voce *Tutela (dir. priv.)*, cit., n. 2, che tra bisogno e rimedio vi è un filo diretto, in quanto il rimedio necessariamente si raccorda ad un bisogno qualificato di tutela e, solo in via indiretta, all'interesse della cui tutela si tratta.

<sup>99</sup> Per tale nozione di tutela, cfr. il fondamentale studio di L. BIGLIAZZI-GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, *Introduzione*, Milano, 1971, 16 ss., ove l'elemento qualificante è rappresentato dal concetto di lesione, in senso lato (da non confondere con il danno), di una situazione di interesse giuridicamente rilevante. Occorre, tuttavia, precisare il riferimento all'altruità della lesione formulata dall'A. (che intende la tutela come "reazione contro un'altrui «fatto» lesivo o pericoloso", *op. loc. cit.*): tale nozione di tutela può essere accettata a patto che l'altruità venga intesa in senso ampio, cioè in senso solo negativo e relativo allo stesso soggetto leso, cioè tutela come reazione ad una lesione che non si ritiene riconducibile alla propria sfera giuridica.

Le perplessità qualificatorie si manifestano proprio con riferimento alla patologia del contratto, ove la brillante A. mostra, tuttavia, incertezze nell'ascrizione di alcune impugnative contrattuali al concetto di tutela (cfr. EAD., *op. ult. cit.*, 31, nota 58, in particolare mostra dubbi in merito all'annullamento del contratto). In realtà, alla patologia contrattuale corrisponde sempre la lesione di un interesse, il problema è semmai comprendere se tale lesione sia o meno riconducibile alla propria sfera giuridica. Ecco, se l'altruità si intende in senso esclusivamente "negativo", cioè come non riconducibilità alla propria sfera giuridica, e relativo, cioè avendo come riferimento la prospettiva soggettiva della parte lesa, la lesione – suscettibile di tutela – può derivare anche dallo stesso contratto, allorché esso non sia rispondente agli interessi di uno dei contraenti in quanto ne è viziata l'imputazione del consenso. Ad es.: un contratto frutto di

Sanzioni e tutele<sup>100</sup> si ricongiungono e appaiono solo due diverse prospettive da cui osservare un medesimo fenomeno giuridico<sup>101</sup> (cfr. *infra*, § II.9), allorché esso sia ispirato ad una funzione correttiva, nel senso indicato.

Con tali premesse, è allora possibile individuare il congegno tecnico della norma sulla patologia contrattuale.

*6. La norma sulla patologia contrattuale: fattispecie, conseguenza giuridica, norma tecnica. Perimetro della patologia del contratto.*

Nel paragrafo precedente si è chiarito che a fronte di una situazione di fatto non corrispondente alla norma, l'ordinamento può reagire in due direzioni: conservando la norma mediante la predisposizione di una *sanzione*, cioè di una conseguenza giuridica sfavorevole al fine di modificare l'azione deviante dei consociati; oppure conservando il fatto, pur difforme dalla norma, predisponendo gli effetti per la sua *innovazione*. Avendo chiarito che la sanzione in senso lato può riscontrarsi anche

---

errore spontaneo o di incapacità (che sono fatti che non sono riconducibili alla sfera di controparte) non può essere assimilato ad un fatto proprio, in quanto il contratto è un atto di cui la parte lesa contesta l'imputazione e non considera appunto come proprio, cioè lo ritiene non riconducibile alla sua sfera giuridica. Qui giova, ancora una volta, la qualificazione del contratto come entità distinta dal comportamento storico che lo ha occasionato.

Muove, invece, da una nozione più generica di tutela A. DI MAJO, voce *Tutela (dir. priv.)*, cit., n. 1, definendola come “la protezione che viene offerta ad un determinato interesse, ove questo *per una qualche evenienza* risulti lesa o insoddisfatto” (corsivo aggiunto).

<sup>100</sup> Cfr. F.D. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, cit., 893, il quale, esaminando i punti di congiunzione delle reazioni all'atto e al contratto illecito, ribadisce con fermezza che il concetto di sanzione, pur “consustanziale all'idea di illecito”, nella traduzione normativa non può mai prescindere dall'esigenza di tutela dell'interesse lesa: vi è un intimo legame tra protezione e sanzione (ancora, *op. cit.*, 901).

<sup>101</sup> Osservazione effettuata chiaramente dall'angolo di visuale dell'ordinamento giuridico, per il quale – come puntualizza L. BIGLIAZZI-GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., 11 – la tutela è configurata, insieme alla sanzione, come nota logica del diritto oggettivo. E richiama a sostegno l'opinione di A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, II ed., Padova, 1967, 174 ss., secondo il quale la tutela va definita come “l'insieme dei mezzi organizzati dal potere ed eventualmente anche rimessi alla facoltà dei soggetti del diritto, coi quali l'ordinamento giuridico mira a garantire l'imperatività della norma”; distinguendo, inoltre, la tutela immediata che l'ordinamento giuridico appresterebbe al diritto oggettivo e la tutela, soltanto mediata, riservato al diritto o ai diritti dei singoli (*op. cit.*, 179).

nella forma della frustrazione, è possibile osservare che allo stesso modo l'ordinamento si pone con riguardo alla patologia contrattuale, cioè alle ipotesi di non conformità al modello: può optare per la caducazione del contratto patologico (nel che, appunto, consiste la frustrazione, cfr. più avanti), oggetto di un giudizio di disvalore ad opera dell'ordinamento, al fine di riaffermare il valore sotteso alla norma sulla patologia violata; oppure può optare per la conservazione del contratto, pur difforme, alla stregua di un nuovo giudizio di valore che ne promuove l'innovazione. Verranno allora esaminati, dapprima, i meccanismi finalizzati alla demolizione del fatto deviante, poi (*infra*, § II.10) i meccanismi volti alla sua conservazione.

Occorre ribadire che la patologia del contratto segue il metodo della normazione per fattispecie (*supra*, § I.3), in forza del quale l'ordinamento ordina gli stati patologici rilevanti in una tassonomia di deviazioni tipiche ove reputa si verifichi una lesione o un'insoddisfazione di un interesse meritevole di protezione<sup>102</sup> e predispose la conseguenza giuridica correlativa, mediante la struttura di un giudizio ipotetico: “se è *non A*, allora deve essere *non B*”, ove nella protasi è delineata la *fattispecie patologica* (“*non A*”, ovvero la descrizione del fatto difforme dal modello normativo implicito “*A*”) e nell'apodosi la *conseguenza giuridica sfavorevole* (“*non B*”, ove “*B*” indica l'efficacia e “*non B*” la sua negazione), individuata nell'inefficacia originaria o successiva del contratto per le parti (e, solo in via riflessa ed eventuale, per i terzi).

In ragione di ciò, è ora possibile individuare il tipo di conseguenza giuridica sfavorevole collegata alla patologia contrattuale, che si lega allo stesso riconoscimento dell'autonomia privata: l'ordinamento, infatti, consente ai privati di

---

<sup>102</sup> Con riferimento all'invalidità, l'idea reciproca (ma, sostanzialmente, equipollente) secondo cui “la invalidità giuridica presuppone un giudizio di disvalore dell'ordinamento rispetto ad un comportamento umano che evidenzia interessi non meritevoli di tutela” risale già a R. TOMMASINI, *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 577.

Il legame imprescindibile tra la lesione di un interesse e la caducazione del contratto sono sottolineate già da F. LUCARELLI, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964, *passim*.

raggiungere i propri scopi mediante l'autoregolamentazione dei propri interessi in conflitto, fornendo la sua protezione ed i mezzi coattivi per l'attuazione del loro autoregolamento in virtù del riconoscimento di efficacia giuridica all'assetto di interessi programmato dalle parti. Appare, dunque, evidente che l'inefficacia derivante da uno stato patologico del contratto rappresenta, per le parti, una conseguenza giuridica sfavorevole che comporta il non verificarsi di un evento desiderabile, cioè una *frustrazione* (su cui, *supra*, § II.5): l'inefficacia derivante dalla patologia, in altri termini, menoma lo scopo perseguito dagli autori con l'atto di autonomia privata<sup>103</sup>.

Alzando però lo sguardo oltre lo schema ipotetico della fattispecie, si scorge che l'osservanza della norma sulla patologia contrattuale è, in realtà, affidata al congegno della *norma tecnica*<sup>104</sup>: "Se vuoi *B*, allora devi *A*", dove "*B*" è la

---

<sup>103</sup> Con ciò non vuol sostenersi che lo scopo contrattuale vada identificato negli effetti contrattuali, rinfrescando antiche dispute sull'intento empirico ovvero giuridico che dovrebbe animare gli autori del negozio, ma vuole constatarsi che l'efficacia del contratto sia necessaria per la realizzazione dello scopo contrattuale così come concepito e tutelato dall'ordinamento: un contratto privo di effetti non può essere attuato in conformità dell'ordinamento giuridico (ed in tale ottica non raggiunge il proprio scopo).

<sup>104</sup> Lo studio particolareggiato della norma tecnica si deve ad A. RAVÀ, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911, *passim*, spec. 26 ss., il quale, sollecitato dalle teorie imperativistiche del diritto (*supra*, nota 62) e dalla non convincente spiegazione che esse davano delle varie tipologie di norme di cui si compone l'ordinamento (le norme che sanciscono il contenuto dei diritti soggettivi; le norme che fissano termini per il compimento di una data azione, etc.), ha sostenuto, approfondendo la distinzione kantiana tra imperativi categorici ed imperativi ipotetici, che le norme giuridiche si inquadrano nei secondi: cioè la norma non è del tipo: "Devi *X*", ma del tipo: "Se vuoi *Y*, devi *X*". Il Ravà, dunque, è mosso dalla convinzione che le norme giuridiche non impongono azioni buone in se stesse (e, quindi, categoriche), ma azioni buone per il raggiungimento di certi fini (dunque, ipotetiche). La teoria del Ravà, pur ponendo adeguatamente in luce il congegno di funzionamento di alcune norme dell'ordinamento, non offre una convincente spiegazione della natura formale di ogni norma giuridica: osserva N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., 140, che la teoria del Ravà non va molto oltre rispetto alla teoria jherighiana della sanzione come carattere costitutivo del diritto. Infatti, il Ravà assume a fondamento della sua teoria una tipologia di imperativo ipotetico in cui il rapporto mezzo-fine non è la conversione in forma di norma tecnica di un rapporto tra causa ed effetto in senso naturalistico (cioè un imperativo ipotetico che rappresenta la traduzione in norma tecnica di una legge naturale o di esperienza, sempre secondo lo schema: "Se vuoi *Y*, devi *X*"; se vuoi far bollire l'acqua, portala a cento gradi), ma di un rapporto tra un fatto qualificato e, dunque, imputato dall'ordinamento come condizione e un altro fatto che lo stesso ordinamento qualifica come conseguenza (ID., *op. ult. cit.*, 108 s.). Là dove la

conseguenza giuridica voluta (l'efficacia del contratto o se si vuole, in termini generali, lo scopo che l'agente – o, meglio, gli agenti – avevano di mira) di cui viene impedita la realizzazione per effetto della frustrazione (che, appunto, determina il mancato conseguimento dello scopo che gli agenti si proponevano), ed “A” indica la conformità del fatto al modello, come risultato del comportamento delle parti<sup>105</sup>.

La norma tecnica prescrive la conformità al modello come idonea a far conseguire un certo scopo, prevedendo la sanzione (in senso lato) della preclusione del conseguimento dello scopo in caso di difformità del modello prescritto: si tratta, dunque, di una proposizione prescrittiva imponente un *onere*<sup>106</sup>. Occorre, tuttavia, notare che nell'onere qui considerato non è dedotto un mero comportamento (la proposizione prescrittiva “allora devi A” non deve essere letta alla stregua di una regola di comportamento), essendo piuttosto dedotta la sola osservanza del modello come risultato cui devono tendere le parti con il proprio comportamento, il quale resta fuori dalla struttura formale della norma. In ragione di ciò, il perseguimento degli scopi per mezzo dell'esercizio dell'autonomia privata è subordinato all'idoneità dei mezzi posti in opera dalle parti, sulle quali, dunque, grava il *rischio* dell'inosservanza dell'onere, cui consegue l'inefficacia (originaria o successiva) del contratto. La norma sulla patologia non consta, dunque, di una regola di comportamento (sul punto di tornerà, *infra, sub* § II. 8), ma impone l'osservanza

---

conseguenza imputata sia sfavorevole (il mancato raggiungimento del fine), la norma giuridica è volta a modificare il comportamento dei consociati: pertanto, una volta scelto il fine, che è libero, la norma prescrive un mezzo idoneo al suo raggiungimento, comminando per la sua inosservanza una sanzione (in senso lato).

Su tali basi, in virtù del nesso di imputazione che contraddistingue la norma tecnica (Ravà) al pari della norma formulata come giudizio ipotetico (Kelsen), è sempre possibile tradurre lo schema del giudizio ipotetico “Se è *non A*, deve essere *non B*”, che lega la fattispecie alla conseguenza giuridica, nello schema ottativo della norma tecnica “Se vuoi *B*, devi *A*”. Cfr., al riguardo, N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., 140 ss.; F. MODUGNO, voce *Norma giuridica (teoria generale)*, cit., 338 s.

<sup>105</sup> Si è chiarito *supra* che il contratto è il risultato della condotta delle parti e, pertanto, l'oggetto immediato della *prescrizione* contenuta nella norma tecnica non è la condotta umana, ma il risultato della condotta in termini corrispondenti al modello (risultato *dovuto*).

<sup>106</sup> Il legame strutturale tra norma tecnica e onere è sottolineato da tutti gli studiosi: C. MORTATI, *Istituzioni diritto pubblico*, I, Padova, 1975, 303; F. MODUGNO, voce *Norma giuridica (teoria generale)*, cit., 340, nota 50; N. BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., 533.

del modello, ponendo ciascuna parte in una situazione soggettiva di *onere*<sup>107</sup>: l'ordinamento si disinteressa dello sforzo profuso da ciascuna parte per garantire l'osservanza del modello; quest'ultimo costituisce il risultato cui le parti devono tendere – e che forma materia di *rischio* (da ascrivere al *cd. rischio contrattuale*, di cui rappresenta uno dei segmenti più significativi)<sup>108</sup> – al fine di conseguire lo scopo contrattuale.

Per tale via, si recupera la necessaria, per quanto indiretta e limitata ai minimi termini, riferibilità della norma giuridica (anche quella sulla patologia) ad un comportamento umano<sup>109</sup>, al quale è affidato il risultato della conformità del

---

<sup>107</sup> Questa è, del resto, la peculiare prospettiva assunta da E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 101 ss., 163, il quale, discorrendo di “limiti negativi” ed “oneri positivi” che le parti incontrano nel porre il precetto di autonomia privata, fornisce un'illustrazione del negozio giuridico nell'ottica degli oneri ed obblighi gravanti sulle parti nella formazione del contratto. Tuttavia, l'illustre A. – osserva V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., 81, nota 29 – non indica se tale prospettiva assuma valore meramente descrittivo o precipuamente un valore tecnico.

Nel solco della prospettiva bettiana, si pone anche la ricostruzione operata da F. CARRESI, *Oneri ed obblighi nella conclusione del contratto*, in *Foro pad.*, 1948, I, 803 ss.; ID., *Introduzione a uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 823 ss.

<sup>108</sup> In tempi non più recenti, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile commerciale*, vol. III, IX ed., Milano, 1959, rilevava come un “rischio [fosse] insito [...] in qualunque figura di contratto” e ad esso “si assoggetta ciascun contraente, per il fatto di stipulare”.

Cfr. per la nozione di rischio contrattuale, G. ALPA, voce *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1146, il quale, assumendo come dato sistematico di partenza il concetto di rischio, in senso lato, come conseguenza economiche di un evento incerto, futuri e preesistenti al contratto, puntualizza che il rischio contrattuale allude a vari tipi di incertezza: da un lato, il rischio dell'inadempimento, inteso in senso atecnico di mancata esecuzione delle prestazioni per fatto volontario o colposo del debitore, per intervento di terzi, per *factum principis* o per caso fortuito; dall'altro, il rischio della diminuita soddisfazione economica dell'affare, per la preesistenza o la sopravvenienza di circostanze, prevedibili o non previste e non prevedibili.

<sup>109</sup> Si allude alla natura della norma giuridica come regola di azione (già rilevata *supra*, alla nota 36), nella misura in cui si attribuisce ad essa una funzione prescrittiva, cioè di modificare il comportamento altrui. Nelle trattazioni di teoria generale, la riferibilità della norma ad un comportamento è stata, talvolta, enfatizzata sino al punto da configurare il comportamento umano come *oggetto* di ogni norma giuridica, cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., 3 s.; i moderni studi sulla norma giuridica, pur sottolineando la necessaria riferibilità della norma giuridica ad un comportamento umano, delimitano le norme che hanno per oggetto *diretto* i comportamenti alle norme imperative (positive e negative, cioè ai comandi e divieti) e alle norme permissive (positive e negative), riconoscendo l'esistenza di un'ampia

contratto al modello come materia di onere; riferibilità che, per quanto indiretta, sembrava comunque del tutto smarrita nell'asettica valutazione di difformità dell'entità giuridica considerata (il contratto, distinto dal comportamento storico che lo ha occasionato) al modello, su cui è imperniato il concetto di patologia contrattuale (cfr. *supra*, § I.3, con riferimento al concetto empirico di patologia): al riguardo, infatti si notava come l'accertamento di conformità richiesto dalla fattispecie patologica, diversamente dalla norma imperativa (come archetipo di norma di comportamento), abbia uno sguardo essenzialmente retrospettivo, nella misura in cui valuta il fatto *compiuto* per demolirne le conseguenze. Pertanto, il recupero della necessaria riferibilità della norma sulla patologia ad un comportamento umano mediante il congegno della norma tecnica, cui è – in definitiva – affidata l'osservanza del modello fisiologico preso in considerazione dal legislatore, consente di apprezzare la dimensione prospettica della norma sulla patologia, illuminando altresì la precipua capacità della stessa di orientare i comportamenti dei contraenti, in quanto edotti delle deviazioni patologiche idonee ad impedire la realizzazione dei propri fini<sup>110</sup>.

Sulla scorta di tali rilievi è ora possibile precisare l'ambito della patologia contrattuale. Esso non può essere evidentemente tracciato sulla scorta della tradizionale (e già criticata, *supra*, §§ I.2 e I.4) dicotomia, di origine pandettistica,

---

congerie di norme aventi diversa struttura ed intensità. Cfr. N. BOBBIO, voce *Norma giuridica*, cit., 331 ss.; N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., 227 ss.; F. MODUGNO, voce *Norme giuridica (teoria generale)*, cit., 328 ss. Per la netta affermazione che non tutte le norme abbiano ad oggetto comportamenti, cfr. SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947 (rist. 1953), 143 s. Del resto, questa appare la stessa convinzione che ha spinto A. RAVÀ, *Il diritto come norma tecnica*, cit., 31, alla formulazione della teoria del tecnicismo giuridico, muovendo anche dall'osservazione carattere strettamente strumentale di alcune norme dell'ordinamento, come quelle che stabiliscono i termini.

<sup>110</sup> N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, cit., 543 ss., notava, con riferimento alla nullità (reputandola una "sanzione", seppur solo in senso atecnico e sociologico, "*infallibile ed effettiva*" perché priva di una fase attuativa), che in linea di politica legislativa "il *non verificarsi di un evento desiderabile* può essere più spiacevole del *verificarsi di un evento non desiderabile*" (corsivi dell'A.). Tale conclusione sembra potersi estendere anche alle altre ipotesi di patologia del contratto, parimenti caratterizzate da una frustrazione, la quale appunto importa l'irrealizzabilità dello scopo che ha mosso il contraente alla stipula (per dirla ancora con Bobbio, importa cioè il "non verificarsi di un evento desiderabile").

tra *invalidità* ed *inefficacia in senso stretto*, ricavata in corrispondenza dei vizi (o difetti) intrinseci ovvero estrinseci al negozio<sup>111</sup>.

La norma sulla patologia è tale allorché, da un lato, *prescrive* un modello fisiologico di contratto di cui contempla la violazione tipica (in quanto reputata lesiva di un interesse meritevole di protezione), tale da far emergere – quale fondamento normativo della previsione – il giudizio di conformità che connota il concetto relazionale di patologia (cfr. *supra*, I.2), e, dall'altro, *commina* per l'inosservanza del modello l'inefficacia originaria o successiva<sup>112</sup> del contratto *per le parti* (cioè, deve sancire la caducazione del contratto, nel che consiste la frustrazione), al fine di orientarne il comportamento secondo il congegno della norma tecnica, caratterizzato dalla frustrazione.

Sulla scorta di tali rilievi, è agevole verificare e ribadire la piena riconducibilità delle tradizionali figure di invalidità alla patologia (cfr. altresì *supra*, § I.2); l'opera di perimetrazione e le perplessità investono, piuttosto, l'inefficacia in senso stretto, la quale è stata sempre concepita come una categoria eminentemente descrittiva e ricavata in negativo, in quanto comprensiva di ogni contratto valido ma, in varia guisa, inefficace (includendo anche le ipotesi di inefficacia originaria o successiva del contratto nei confronti dei terzi)<sup>113</sup>. Un contratto valido, ma inefficace, significa che esso è conforme al modello dettato dalla norma sulla validità e che l'inefficacia deriva da una distinta norma: ebbene, affinché tale norma possa essere qualificata come norma sulla patologia contrattuale, devono riscontrarsi nella norma il riferimento ad una *difformità* da un modello fisiologico reputata rilevante come indice della lesione di un interesse meritevole di protezione, tutelato per mezzo della *frustrazione* (tale tecnica di tutela verrà approfondita *infra*, § II.7), cioè per mezzo del mancato raggiungimento dello scopo contrattuale connaturale alla comminatoria di inefficacia originaria o successiva del contratto per le parti. In altri

---

<sup>111</sup> Cfr. gli autori citati al § I.2 ed i rilievi ivi svolti, nonché gli ulteriori rilievi *sub* § I.4.

<sup>112</sup> Per inefficacia successiva si intende la caducazione retroattiva del contratto, cioè la rimozione *ex tunc* dei suoi effetti.

<sup>113</sup> Per alcuni esempi dell'eterogenea fenomenologia di ipotesi che vengono tradizionalmente ascritte all'inefficacia in senso stretto, cfr. *supra* § I.2.

termini, per riprendere la già riferita metafora organica di un autorevole giurista, affinché possa discorrersi di patologia, è pur sempre necessario che “la deviazione dalle regole di vita del negozio port[i] un difetto che può essere mortale”<sup>114</sup>.

Ebbene, qualora la norma non travolga interamente gli effetti del contratto patologico – non ne preveda, cioè, l’inefficacia originaria o la caducazione retroattiva (cd. inefficacia successiva) – per le parti, essa non può ascriversi all’area della patologia.

Pertanto, esulano dalla patologia del contratto, per un verso, le ipotesi di inefficacia del contratto nei confronti dei terzi (cd. inopponibilità), quali – a titolo semplificativo e non esaustivo – la frode ai creditori che dà luogo a revocatoria, la cd. forma per l’opponibilità, etc.; per l’altro, esulano dalla patologia le ipotesi in cui il contratto non viene integralmente caducato e se ne stabilizzano gli effetti già prodotti, inibendone solo la successiva efficacia, come nelle ipotesi dello scioglimento del rapporto contrattuale ad esecuzione continuata o periodica derivante da un vizio funzionale (inadempimento, impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità sopravvenuta: cfr. art. 1458, richiamato altresì dall’art. 1467, co. 1, ult. parte). Queste ultime ipotesi, in particolare, esulano dalla patologia del *contratto*, il quale non è toccato dal vizio funzionale, che si limita ad investire unicamente la *prosecuzione del rapporto*, determinandone lo scioglimento, ovvero sia l’estinzione *ex nunc*<sup>115</sup>. Appare evidente che in tale ipotesi l’ordinamento

---

<sup>114</sup> A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 185 ss., citato *supra*, § 1.

<sup>115</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, III ed., Milano, 2019, 689, il quale distingue l’estinzione degli effetti contrattuali dall’estinzione del contratto, precisando esattamente che il primo fenomeno è fisiologico (“in via normale le obbligazioni contrattuali si estinguono mediante l’adempimento”, il quale “non integra l’estinzione del contratto ma, al contrario, la sua esecuzione”), il secondo è invece patologico (“le due fondamentali figure di estinzione del contratto sono l’annullamento e la risoluzione”). Tuttavia, non si condivide la successiva definizione fornita dall’A. della risoluzione come “scioglimento del rapporto contrattuale” e l’inquadramento generico, pure operato dall’A., di tale comprensivo fenomeno nell’estinzione del contratto (*op. cit.*, 690).

Diversamente, A. CATAUDELLA, *I contratti, Parte generale*, cit., 352, ritiene che la risoluzione, allorché operi *ex nunc*, con salvezza degli effetti già prodotti, incida sia sul contratto sia sul rapporto, sciogliendo il primo ed estinguendo il secondo: tra i due eventi non vi sarebbe una successione cronologica, ma una sequenza logica. A ben vedere, lo *scioglimento*

non dispone la *frustrazione* dello scopo perseguito dalle parti per effetto dell'insorgenza del vizio funzionale, anzi stabilizza i risultati già realizzati dalle parti per effetto del contratto<sup>116</sup>. La patologia investe semmai la (perdurante) attuazione del rapporto, non il contratto: le parti, per mezzo del recesso o di una "risoluzione" non retroattiva (*recte*, scioglimento), perseguono unicamente lo scopo di liberarsi dal vincolo contrattuale. Il che sconsiglia di adoperare l'espressione "patologia" per riferirsi a tali ipotesi (cfr. *supra*, § I.4), a pena di ingenerare ulteriore confusione (in particolare con la patologia funzionale, che invece si ascrive alla patologia del contratto).

7. *Segue. Istituti di dubbia appartenenza alla patologia e disciplina loro applicabile: spigolature.*

In presenza dei descritti caratteri, è possibile ascrivere lo stato patologico normativamente previsto alla *patologia* del contratto: tale conclusione non è senza rilievo, in quanto consente di risolvere i casi dubbi di appartenenza alla patologia di alcuni istituti, in funzione dell'individuazione della disciplina loro applicabile. Se è unanime la riconduzione alla patologia delle ipotesi di nullità, annullabilità, rescindibilità e risolubilità del contratto, l'incertezza della qualificazione investe, in particolare, la simulazione, la revocazione della donazione e le fattispecie cui si riconnettono rimedi anodini, quali la mera inefficacia ed il recesso.

---

del contratto, così concepito, limitandosi a provocare l'estinzione *ex nunc* del rapporto, non mette in discussione l'avvenuta attuazione dell'assetto di interessi e non può essere inquadrato nel concetto di *frustrazione*. Il contratto, pur *sciolto*, rimarrebbe il titolo degli spostamenti patrimoniali realizzati in sua attuazione, il che fa dubitare dell'opportunità di discorrere di suo scioglimento (espressione che allude, comunque, ad una "dissoluzione", cioè ad un "venir meno" del titolo): sembra allora preferibile limitarsi ad individuare il punto di incidenza della risoluzione non retroattiva esclusivamente negli effetti contrattuali (estinti *ex nunc*), non anche nel contratto.

<sup>116</sup> Per tali ragioni, in tali ipotesi, è erroneo discorrere di inefficacia successiva del contratto (che impone la rimozione *ex tunc* degli effetti), trattandosi semmai di una cessazione sopravvenuta degli effetti.

Si vuol, dunque, dire che il fondamento patologico di un rimedio può essere strumentale a colmare le lacune di disciplina dello stesso mediante l'applicazione analogica del regime normativo di un altro rimedio patologico simile: si pensi alle diffuse ipotesi di inefficacia o di recesso disseminate nel codice civile, ove alla previsione testuale della conseguenza giuridica non corrisponde un'esaustiva disciplina giuridica applicabile. Si consideri, con riguardo ad una delle tante ipotesi di inefficacia<sup>117</sup>, l'esempio della "condizione" apposta alla donazione volta ad escludere l'usufrutto legale di uno dei genitori del beneficiario (art. 324, co. 3, n. 3 c.c.): siffatta "condizione" (che nulla ha in comune con la *condicio facti* regolata

---

<sup>117</sup> La comminatoria di inefficacia è ampiamente diffusa nel codice civile. E non è per nulla agevole stabilire in quali casi l'inefficacia costituisce il rimedio ad una patologia dell'atto negoziale.

Tanto per avere un'idea della rilevante ampiezza del problema qualificatorio, limitando i riferimenti alla materia *lato sensu* contrattuale contenuti nel codice civile, si consideri, a titolo esemplificativo, l'inefficacia della donazione obnuziale cui non segua il matrimonio (art. 785, co. 1); della costituzione volontaria di una servitù per un vantaggio futuro a favore o a carico di un edificio da costruire o di un fondo da acquistare (art. 1029, co. 2); della novazione di un'obbligazione inesistente (art. 1234, co. 1); del patto di estensione della garanzia del cedente (art. 1267, co. 1, ult. per.); dell'accettazione data in forma diversa (art. 1326, co. 4); della revoca di una proposta irrevocabile (art. 1329); dell'atto unilaterale recettizio (art. 1334); delle clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto ed inserite in condizioni generali di contratto (art. 1341, co. 2) o in moduli o formulari (art. 1342, co. 2); del contratto sottoposto a condizione sospensiva o a termine iniziale (art. 1353); della procura priva della *forma per relationem* (art. 1392); del contratto concluso dal *falsus procurator* (art. 1398, sebbene la norma delinea solo la responsabilità); della dichiarazione di nomina nel contratto per persona da nominare (art. 1402, co. 2); del contratto simulato (art. 1414); della convalida affetta da vizi del consenso o da incapacità (art. 1444, co. 3); della clausola *solve et repete* relativa all'eccezione di nullità, annullabilità e rescissione (art. 1462); del patto di esclusione o di limitazione della garanzia per vizi stipulato dal venditore o dal locatore in mala fede (art. 1490, co. 2, 1579), mentre è alquanto singolare che il patto di esclusione o limitazione della garanzia per evizione è nullo (art. 1487, co. 2); della dispensa del mandatario dall'obbligo di rendiconto nei casi di dolo e colpa grave (art. 1713); del mandato conferito congiuntamente a più mandatarî, non accettato da tutti (art. 1716, co. 1); della revoca del mandato collettivo non proveniente da tutti i mandanti (art. 1726); dell'assicurazione per somma eccedente il valore delle cose (art. 1909, co. 2); della revoca del beneficiario dell'assicurazione sulla vita, in caso di preventiva rinuncia scritta al potere di revoca da parte del contraente e di già intervenuta dichiarazione di volerne profittare da parte del beneficiario (art. 1921, co. 1); della designazione del beneficiario dell'assicurazione che attenti alla vita dell'assicurato (art. 1922, cd. decadenza); della transazione non omologata sulla falsità di documenti (art. 1968); del termine apposto al contratto di lavoro, al fine di eludere le disposizioni relative ai contratti a tempo indeterminato (art. 2097, co. 2).

dagli artt. 1353 ss.)<sup>118</sup> è inefficace – in sostanza, è vietata – allorché siano attribuiti al figlio beni spettanti a titolo di legittima, mentre è consentita negli altri casi. Nell’ipotesi di beni donati (astrattamente) spettanti a titolo di legittima, dunque, l’esclusione di un genitore dall’usufrutto legale disposta dal donante è una clausola contrattuale *contraria a norma imperativa*, potenzialmente attratta nel regime della nullità (art. 1418, co. 1, c.c.); tuttavia, vi è una norma (l’art. 324, co. 3, n. 3 c.c.) che dispone diversamente, comminando una generica inefficacia. Si potrebbe, però, dare il caso che il disponente non avrebbe posto in essere l’attribuzione senza quella parte del contenuto colpita da inefficacia<sup>119</sup>: il quesito, allora, è se, una volta esclusa l’applicazione diretta della disciplina della nullità, sia possibile invocare l’applicazione analogica della stessa (in particolare, dell’art. 1419 c.c.) per valutare la stabilità della disposizione patrimoniale liberale. Tale itinerario può essere percorso argomentando dal (comune) fondamento patologico (della nullità e) dell’inefficacia prevista dall’art. 324, co. 3, n. 3.

Si consideri ancora, con riferimento stavolta al recesso, che il fondamento patologico di alcune ipotesi di recesso opera in due direzioni. Da un lato, sembra comportare l’inapplicabilità della disciplina (“fisiologica”) di cui all’art. 1373 c.c.: ad. es., non può esservi dubbio sul fatto che il recesso *ex art. 1464 c.c.*, avendo un chiaro fondamento patologico<sup>120</sup>, produce effetti retroattivi e può essere esercitato

---

<sup>118</sup> Per un cenno alla peculiare figura, si veda P. RESCIGNO, voce *Condizione nel negozio giuridico (dir. vig.)*, VIII, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, ed. *on-line*, n. 4, il quale acutamente rileva che qui la “condizione” sembra essere piuttosto impiegata quale strumento per la disapplicazione di una norma dispositiva.

<sup>119</sup> Al riguardo, non è proficuamente invocabile il regime del motivo illecito esclusivamente determinante (art. 788 c.c.), in quanto non è seriamente pensabile che il *solo* impulso a donare derivi dalla volontà di escludere il genitore dall’usufrutto dei beni donati.

<sup>120</sup> Così, già, A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969 (ma rist., 1982), 129 s., che identifica, *quoad effectum*, il recesso *ex art. 1464 c.c.* alla risoluzione per inadempimento e ne segnala le similitudini nella struttura tipica del limite di rilevanza, in quanto la risoluzione soggiace *ex art. 1455 c.c.* alla non scarsa importanza dell’inadempimento “avuto riguardo all’interesse dell’altra” (cioè del non inadempiente) e, parimenti, il recesso *ex art. 1464 c.c.* soggiace all’insussistenza di un interesse *apprezzabile* all’adempimento parziale. Il metro di rilevanza di entrambi rimedi è dunque rappresentato dall’interesse del creditore, valutato in chiave oggettiva. Per l’accostamento del recesso *ex art.*

anche quando vi è un principio di esecuzione. Dall'altro, il fondamento patologico del recesso apre, anche qui, alla possibilità di applicare in via analogica la disciplina del rimedio patologico affine: ad es., al recesso dalla compravendita immobiliare *ex artt.* 1539 e 1540 c.c., sembra potersi applicarsi in via analogica, a seconda dei gusti dell'interprete<sup>121</sup>, il disposto dell'art. 1458, co. 1, c.c. ovvero quello di cui all'art. 1445 c.c., sia quanto alla retroattività sia quanto alla posizione dei terzi (in entrambi i casi, insomma, si tratta di un regime sensibilmente diverso rispetto a quello dettato dall'art. 1373 c.c.).

All'inverso, sembra doversi escludere il fondamento patologico sia nella simulazione sia nella revocazione della donazione.

Quanto alla prima, l'opinione tradizionale prevalente assegnava alla simulazione una rilevanza patologica, collegandovi coerentemente la conseguenza della nullità, sia che la si intendesse – sulla scorta delle teorie pandettistiche – come divergenza volontaria tra volontà e dichiarazione<sup>122</sup>, tale dunque da privare il negozio simulato dell'essenziale requisito della volontà, sia che la si ricostruisse come contrasto tra due dichiarazioni<sup>123</sup>, il che avrebbe impedito – secondo tale tesi – di poter ravvisare nel fatto un negozio (come se le due dichiarazioni si elidessero a vicenda, lasciando la volontà svestita della dichiarazione, alla stregua di un nudo fatto). Con l'entrata in vigore del codice del 1942, muovendo da tali due principali

---

1464 c.c. alla risoluzione per inadempimento, altresì, F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Assago, 1998, 25 s.

<sup>121</sup> Si tratta, in sostanza, del gravoso problema di stabilire se la diversa misura reale dell'immobile rileva alla stregua di un errore essenziale oppure di un vizio funzionale nell'attuazione del programma contrattuale.

<sup>122</sup> La nota teoria (di origine pandettistica) che vede la simulazione come divergenza volontaria tra volontà e dichiarazione è da noi ripresa e sviluppata da F. FERRARA *sr.*, *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., 35 ss., secondo cui la simulazione assoluta comportava la nullità del negozio simulato per assenza della volontà.

<sup>123</sup> G. MESSINA, *La simulazione assoluta*, cit., 493 ss. e 507, il quale, pur muovendo dal diverso postulato della simulazione come contrasto tra due dichiarazioni, giungeva, parimenti, alla conseguenza della nullità in virtù del rilievo che nel negozio simulato non poteva ravvisarsi un negozio, bensì un mero fatto.

filoni di pensiero, vengono proposte diverse teorie, tra le quali è però ancora dominante l'opinione che attribuiva alla simulazione rilevanza patologica<sup>124</sup>.

La prevalente dottrina più recente, invece, tende – opportunamente – ad espungere la simulazione dal quadro della patologia del procedimento di formazione del contratto, per includerla nello studio degli effetti del contratto concluso<sup>125</sup>. È l'ordinamento ad attribuire alle parti, nell'esercizio dell'autonomia privata, il potere di modulare diversamente gli effetti prodotti dal contratto nei confronti dei terzi rispetto agli effetti *inter partes* (sino al punto da poter escludere questi ultimi): non vi è difformità dal modello (né, dunque, patologia), ma piena conformità rispetto a quanto consentono gli artt. 1414 ss. c.c.

Le diverse qualificazioni incidono direttamente sui problemi di disciplina. Qualora la simulazione venisse intesa alla stregua di un'ipotesi di mancanza di volontà e, dunque, di difetto di un elemento essenziale (art. 1418, co. 2, c.c.), dovrebbe immaginarsi la possibilità di applicare, in via diretta (qualora si ritenga l'azione di simulazione un'azione di nullità) o in via analogica (qualora si propenda

---

<sup>124</sup> L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 424 ss. 539 ss., spec. 547 s., ha riproposto la tesi della divergenza tra volontà e dichiarazione, con la gravosa conseguenza della nullità assoluta del negozio simulato (e la ritenuta natura eccezionale dell'inopponibilità della nullità ai terzi). Assegna rilevanza patologica alla simulazione, altresì, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 151 ss., pur muovendo dalla diversa premessa teorica secondo cui la simulazione realizza un contrasto tra la dichiarazione esterna ed interna (o controdeklarazione): in particolare, l'A. riduce la simulazione ad una peculiare nullità *rispetto alle parti* del negozio simulato, inopponibile ai terzi. Similmente, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 420 e nota 13, secondo cui la simulazione assoluta integra una nullità relativa, ove ad essere limitata è la legittimazione passiva (da cui l'inopponibilità ai terzi), non – come di consueto – la legittimazione attiva; mentre nella simulazione relativa, l'invalidità del negozio simulato va qualificata come annullabilità (è fortemente critico sull'impiego del sintagma “nullità relativa” per alludere alla limitazione della legittimazione passiva della nullità, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 345 e nota 3). Cfr., anche, A. GENTILI, *Il contratto simulato. Teoria della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, 1979, 124 ss., spec. 134 s., il quale propende per l'assimilazione del negozio simulato a quello annullabile.

<sup>125</sup> Cfr. A. AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico. Premesse generali*, Napoli, 1957, 60 ss., il quale tuttavia muove dalla discutibile premessa in forza della quale sarebbe possibile distinguere il negozio come fattispecie e come autoregolamento e riferire solo al primo il giudizio di validità (*op. cit.*, 15 ss.); SALV. ROMANO, *Contributo esegetico allo studio della simulazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 34; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, IV ed., Torino, 2014, 90 e 294 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 653 e 665.

per l'autonomia dell'azione di simulazione), la disciplina della nullità, ritenendo – ad es. – la simulazione rilevabile d'ufficio dal giudice (art. 1421 c.c.)<sup>126</sup>, il che sembra invece doversi recisamente escludere.

Il discusso fondamento patologico della revocazione, piuttosto, non pare dar luogo a peculiari problemi di disciplina, visto il puntuale ed esaustivo regime normativo dettato dagli artt. 800 ss. c.c. La questione, molto perplessa e sottile<sup>127</sup>, appare, dunque, esclusivamente classificatoria.

---

<sup>126</sup> Sul punto, in termini conformi, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 665, il quale peraltro rileva che la giurisprudenza, all'inverso, nega la rilevabilità officiosa della simulazione ponendosi, dunque, nell'ottica dell'inefficacia: cfr., di recente, Cass. civ., 12 marzo 2016, n. 4933, la quale correttamente invoca il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, art. 112 c.p.c.

<sup>127</sup> La caducità della donazione è tema che ha da sempre suscitato un vivo dibattito tra gli interpreti. Vi è chi ha proposto l'inquadramento della revocazione della donazione nella rescissione del contratto, SALV. ROMANO, *Revoca (diritto privato)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1968, 815. Chi, invece, ha assimilato la revocazione alla risoluzione, osservando alla base di essa un difetto funzionale della causa liberale, così F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 263; tale assimilazione ha, però, incontrato critiche, in forza del rilievo secondo cui in tal modo si opererebbe un'ultrattività della causa liberale, cfr. A. TORRENTE, *La donazione*, II ed. agg. a cura di U. Carnevali e A. Mora, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2006, 674. Quest'ultimo A. (*op. cit.*, 673) predilige l'inquadramento nella revoca, reputando che il donante sia titolare di un diritto potestativo a tutela di interessi non patrimoniali concesso dal legislatore in ragione di fatti sopravvenuti, quale espressione di uno *ius poenitendi* che permette di elidere il valore giuridico del negozio. Tuttavia, la tesi della revoca mal si concilia con la natura di diritto potestativo ad attuazione giudiziaria e la rispettiva natura costitutiva della sentenza di revocazione. Analoga critica può muoversi a chi, più di recente, ha accostato la revocazione della donazione ad un'ipotesi di recesso legale, così A.A. CARRABBA, *Donazioni*, in *Tratt. di dir. civ. del Cons. naz. notariato*, dir. da P. Perlingieri, Napoli, 2009, 720.

La dottrina prevalente sembra, dunque, propendere per la natura autonoma del rimedio revocatorio di cui agli artt. 800 ss. c.c.: cfr. B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. di dir. civ. italiano*, dir. da Vassalli, 1961, 1040; A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. di dir. civ.*, dir. da Sacco, Torino, 2000, 511 e 513; nonché, di recente, G. VACCARO, *Delle donazioni*, sub *art. 800*, a cura di E. del Prato, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2020, 439 ss., il quale, riprendendo l'opinione del Torrente, rileva che nella configurazione normativa del tipo donativo si registra “l'elevazione di alcuni interessi etici e familiari – che inevitabilmente influiscono sotto il profilo causale – e si consumano in alcuni specifici eventi”. Sempre di recente, D. BUZZELLI, *Revocazione della donazione e volontà del donante*, in *Contr. impr.*, 2020, 970 ss., spec. 990 ss., pone in risalto l'autonomia del rimedio revocatorio, come forma di impugnativa che non si inserisce, ma si aggiunge alle numerose ipotesi di inefficacia del negozio contemplate dalla legge con una sua propria disciplina. L'A. vi assegna, però, la natura di recesso impugnatorio, con cui si attribuisce al donante, a tutela della propria libertà contrattuale, il potere di sciogliersi unilateralmente dal vincolo a seguito del sopravvenire di

8. *Segue. Norme sulla patologia e norme di comportamento (cenni).*

Alla luce dei rilievi sopra svolti, è opportuno prendere posizione su una questione molto in voga nella letteratura civilistica, che costituisce lo sviluppo della distinzione della patologia dall'illecito, già prospettata nel precedente capitolo (cfr. § I.3).

Occorre ora muovere da quanto si è affermato (*supra*, § II.6) in merito alla configurazione della norma sulla patologia: quest'ultima – si è detto – ha la struttura logica di un giudizio ipotetico, tipico della normazione per fattispecie (“se è *non A*, allora deve essere *non B*”), ma le conseguenze giuridiche sfavorevoli comminate (cioè la *frustrazione*, consistente nel mancato raggiungimento dello

---

eventi ritenuti tali da incidere significativamente sul suo interesse alla realizzazione dell'assetto programmato.

Ad avviso di chi scrive, i precedenti rilievi consentono di isolare due dati. In primo luogo, non può negarsi che il contratto di donazione è fisiologicamente irrevocabile al pari di ogni contratto (art. 1372 c.c.), diversamente dal testamento, ove all'opposto la revocabilità è fisiologica in virtù della causa di morte che lo contraddistingue (artt. 679 ss. c.c.); pertanto, appare spontaneo domandarsi se, contemplando il modello fisiologico della donazione l'irrevocabilità, la revocazione rappresenti un momento patologico della vita del negozio. In secondo luogo, deve, tuttavia, notarsi che il contratto di donazione è, pur sempre fisiologicamente, caratterizzato da una *causa debole*, nel senso che il legislatore, pur reputando meritevole di tutela la causa liberale, ne impone la soccombenza dinanzi alla sopravvenienza di alcuni interessi di natura etica o familiare, previamente tipizzati dal legislatore, tutelandoli mediante azioni volte ad infirmare l'efficacia, per le parti o solo per i terzi, del contratto: si allude, appunto, rispettivamente alla revocazione (art. 800 ss.) ed alla riduzione (artt. 563 c.c.) della donazione (senza voler estendere l'analisi alla suscettibilità di collazione, alla restituzione dei doni sponzalizi *ex art. 80 c.c.*, all'obbligazione alimentare gravante sul donatario).

In altri termini, si vuol dire che è lo stesso legislatore a contemplare come fisiologica la caducità della donazione, disponendo la soccombenza della causa liberale per l'affermazione di interessi etici o familiari del donante, sopravvenuti all'intento liberale: deve sottolinearsi che non si tratta della lesione o insoddisfazione successiva di interessi già esistenti nel momento genetico del contratto o da quest'ultimo contemplati (con la donazione, il donante non intende perseguire la salvaguardia della propria incolumità personale, arg. *ex artt. 801 e 463 n. 1 c.c.*, né la capienza del patrimonio di un ipotetico figlio o discendente, arg. *ex art. 803 c.c.*), ma dell'affermazione di interessi sopravvenuti all'atto donativo. Si tratta di interessi (pur contemplati nel *tipo*, ma) estrinseci alla causa liberale, sebbene idonei ad annichirla. Per tali ragioni, l'acquisto donativo è intrinsecamente caduco in quanto esposto alle sopravvenienze tipizzate.

scopo che l'agente aveva di mira) garantiscono l'osservanza del modello fisiologico di contratto attraverso lo schema ottativo della norma tecnica ("Se vuoi *B*, allora devi *A*", ove "*B*" indica lo scopo che l'agente si prefiggeva)<sup>128</sup>. Ebbene, la prescrizione contenuta nella norma tecnica di non discostarsi dal modello fisiologico di contratto, a pena di caducare l'autoregolamento predisposto, non genera *obblighi* ma *oneri*, la cui violazione non comporta illeciti<sup>129</sup>. Il comportamento difforme dal modello è pur sempre un comportamento *approvato* dall'ordinamento<sup>130</sup>.

Il recupero della labile riferibilità della norma sulla patologia ad un atto umano, mediante lo schema ottativo della *norma tecnica* ("Se vuoi *B*, allora devi *A*"), mediante cui l'ordinamento si limita ad imporre l'osservanza del modello, affidandolo alle parti e al loro comportamento come materia di onere in vista del raggiungimento dello scopo desiderato (*supra*, § II.6), consente di ribadire che le norme sulla patologia, diversamente dalle norme di comportamento, non rilevano giuridicamente al fine di imporre obblighi o doveri di condotta sulle parti in occasione della predisposizione e della conclusione del contratto: in termini più concreti, la norma che sancisce l'annullabilità del contratto affetto da un errore rilevante (artt. 1427 ss. c.c.) non vieta – in alcun modo – alle parti di stipulare il contratto erroneo<sup>131</sup>, cioè l'annullabilità non è disposta in funzione di un dovere di

---

<sup>128</sup> Per la traducibilità logica dello schema ipotetico della norma per fattispecie "Se è *non A*, deve essere *non B*" (ove al verificarsi della fattispecie patologia "*non A*" è imputata la conseguenza giuridica sfavorevole "*non B*", intesa come negazione dell'efficacia "*B*") nello schema ottativo della norma tecnica "Se vuoi *B*, devi *A*", ove "*B*" rappresenta lo scopo che l'agente aveva di mira ed "*A*" l'osservanza del modello, cfr. *supra* § II.6.

<sup>129</sup> Cfr. T. PADOVANI, «*Lectio brevis*» sulla sanzione, cit., 56 e 58.

<sup>130</sup> N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, cit., 542 s.

<sup>131</sup> Si è già riferito (*supra*, nota 36) del tentativo di lettura imperativistica della norma sulla patologia compiuto da F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit., 35 ss., per il quale: "che la causa debba lecita altro non significa che divieto di stipulare contratti con causa illecita", operandone la conversione della norma sulla patologia in norma imperativa "pura" (secondo lo schema "*A* deve *non B*", cioè nella forma di un imperativo negativo). La finalità dell'*A*. è quella di estendere l'oggetto del giudizio di illiceità contrattuale – da sempre condotto esclusivamente sull'assetto di interessi contrattuale, cioè sul regolamento posto dalle

non contrarre con chi versa in errore. Non ponendo doveri di comportamento, la violazione della norma sulla patologia non genera alcun illecito (cfr., ancora, *supra*, § I.3): riprendendo le parole di autorevole dottrina, deve essere qui ribadito che ad ogni regola logico-formale di validità del contratto corrisponde, per le parti, un *onere*, ma questo è solamente il riflesso soggettivo del mezzo tecnico predisposto dalla legge<sup>132</sup>. È la nota – ed ormai ampiamente condivisa – incomunicabilità tra norme di validità (*recte*, sulla patologia) e norme di responsabilità (o di comportamento)<sup>133</sup>, da intendere, però, *cum grano salis*.

---

parti in vista della produzione degli effetti – alla “condotta contrattuale”, intendendo per tale “la condotta tenuta dalle parti nello stabilire il regolamento e nel concludere il contratto”.

Tuttavia, il tentativo dell’A. si pone in distonia con l’impianto sistematico del fatto giuridico, il quale è da una lunga tradizione giuridica tripartito nel fatto giuridico, nell’atto giuridico e nel negozio giuridico: quella che l’autore denomina “condotta contrattuale” costituisce un atto giuridico *lecito*, non un atto giuridico illecito. Nell’ambito degli atti giuridici leciti trova, appunto, spazio la categoria del negozio giuridico, la quale ricomprende anche i negozi illeciti (artt. 1343, 1345, 1346, 1354 e 1418, co. 2) che appartengono pur sempre agli atti giuridici leciti. Il punto è ampiamente pacifico, cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, cit., 204; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito (dir. vig.)*, cit., 172 s.

<sup>132</sup> V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., 82 e 272.

<sup>133</sup> La letteratura giuridica sulla distinzione tra norme di validità e norme di responsabilità (o di comportamento) è sterminata. Al riguardo, ci si limita a rinviare al recente studio di G. PERLINGIERI, *L’inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 9 ss., ove sono diffusamente riportate le opinioni più recenti sul tema.

In giurisprudenza, la distinzione in parola è stata posta a fondamento di un notissimo arresto nomofilattico. Si allude a Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, così massimata: «In relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cd. “nullità virtuale”), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch’esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità. Ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario (nella specie, in base all’art. 6 della legge n. 1 del 1991) può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (cd. “contratto quadro”, il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato); può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento

L'incomunicabilità non significa reciproca e radicale estraneità delle une rispetto alle altre: anzi, il conflitto tra norme sulla patologia e norme di comportamento si pone, con maggiore criticità (e dissidi tra gli interpreti), proprio allorché la fattispecie patologica individuata dalla norma sulla patologia sia rappresentata dalla violazione di una regola di comportamento. Si allude, in particolare, alla contrarietà a norme imperative come causa di nullità (e, in alcuni casi tassativi, di illiceità) del contratto e all'inadempimento come causa di risoluzione del contratto. Ma qui occorre distinguere ciò che forma oggetto di onere e ciò che forma oggetto di comando o divieto, cioè di una norma di comportamento. Nella nullità per contrarietà a norma imperativa *ex art. 1418, co. 1, c.c.*, il contrasto deve investire il contratto, che è entità distinta dai comportamenti che l'hanno occasionato; solo dalla contrarietà del contratto, non da un qualsivoglia

---

compiute in esecuzione del “contratto quadro”; in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, primo comma, c.c., la nullità del cosiddetto “contratto quadro” o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso».

V. altresì la notissima Cass. civ., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, spec. al par. 7 della motivazione, ove la Corte affronta la censura relativa ad un'asserita nullità dovuta all'inserimento “in maniera asseritamente subdola” della clausola *claims made* nel contratto di assicurazione: nella tesi di parte ricorrente, la nullità deriverebbe dal contrasto della previsione pattizia con le regole di comportamento, da osservarsi nel corso della formazione del contratto e nello svolgimento del rapporto obbligatorio, ispirate al dovere di solidarietà (artt. 1175, 1337, 1375 c.c.). Nel sostenere l'infondatezza della riferita censura, i giudici di legittimità rilevano come, in ordine al giudizio di meritevolezza di regolamenti negoziali oggettivamente iniqui e gravemente sbilanciati, “la violazione delle regole di comportamento ispirate a quel dovere di solidarietà che, sin dalla fase delle trattative, richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore [...] in nessun caso potrebbe avere forza ablativa di un vincolo convenzionalmente assunto, essendo al più destinato a trovare ristoro sul piano risarcitorio”, ribadendo il consolidato principio secondo cui: “ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente in violazione di precetti inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità, non già l'inosservanza di norme, quand'anche imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, inosservanza che può costituire solo fonte di responsabilità per danni”.

Negli stessi termini appena indicati, con riguardo agli effetti della violazione di norme di comportamento e alla distinzione rispetto alle conseguenze connesse alla violazione di norme di validità, v., tra le tante, Cass. civ. 19 dicembre 2007, n. 26724; Cass. civ. 10 novembre 2010, n. 22819; Cass. civ. 10 aprile 2014, n. 8462.

comportamento delle parti<sup>134</sup>, deriva la non conformità e, dunque, l'inosservanza dell'onere. Nella risoluzione per inadempimento *ex art. 1453 c.c.*, il dato qualificante non è la verifica dello sforzo profuso dal debitore (cioè, l'osservanza di una regola di comportamento), ma l'accertamento – avuto riguardo all'interesse del creditore – della non scarsa importanza dell'inadempimento nell'equilibrio sinallagmatico del contratto (*amplius, infra § IV.19*), tale da comportare l'inattuazione del modello corrispettivo (fissato dalle parti, ascrivendosi alla patologia funzionale, cfr. *supra*, § I.4).

Deve ribadirsi che il comportamento è estraneo alla struttura formale della norma sulla patologia, in quanto quest'ultima delinea un onere di conformità a pena di inefficacia: sulle parti grava il *rischio* dell'inosservanza dell'onere, che – come detto – rappresenta un segmento del rischio contrattuale.

La netta distinzione del profilo dell'onere da quello dell'obbligo, per effetto delle due tipologie di norme traspare con particolare evidenza nelle ipotesi di nullità da inadempimento di obblighi extracivilistici (fiscali, urbanistici, etc.), introdotte da leggi speciali (cfr. le nullità fiscali previste dall'art. 13, co 1, L. 9 dicembre 1998, n. 431, e dall'art. 1, co. 346, L. 30 dicembre 2004, n. 311; le nullità urbanistiche previste dall'art. 17, L. 28 febbraio 1985, n. 47, ora art. 46 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e dall'art. 40, L. 28 febbraio 1985, n. 47). L'obbligo extracivilistico, previsto dalle norme tributarie o nell'ambito di leggi amministrative, viene rinforzato sul piano civilistico inserendo il comportamento che forma oggetto di quell'obbligo extracivilistico nella fattispecie contrattuale: l'inosservanza di tale comportamento, oltre a costituire inadempimento dell'obbligo extracivilistico, provoca un *difetto* nella fattispecie contrattuale, sanzionato con la caducazione del contratto. Pertanto, il comportamento è al contempo oggetto di un obbligo (extracivilistico) e di un onere (civilistico) a pena di nullità, il che ha suggerito l'impiego della

---

<sup>134</sup> Il che non toglie che la nullità possa essere comminata per violazione di una regola di comportamento, ma in questo caso deve essere testualmente comminata (art. 1418, co. 3, c.c.). Qui obbligo e onere si sovrappongono: v. *infra* nel testo per le cd. nullità da inadempimento.

denominazione di nullità da inadempimento<sup>135</sup>, ove deve sottolinearsi che l'inadempimento rilevante attiene ad un obbligo non scaturente dal contratto sanzionato con la nullità, ma sorto da una distinta fonte (un altro esempio di nullità da inadempimento sembra potersi riscontrare anche nel codice: quella comminata dall'art. 1229, co. 2, c.c.)<sup>136</sup>.

Tali rilievi consentono di confermare la diversità del profilo rispettivamente rilevante nella norma sulla patologia e nella norma di comportamento (o di responsabilità), tale da riverberarsi sul regime della conseguenza giuridica sfavorevole (o se si vuole, della sanzione in senso lato): all'illecito, infatti, consegue normalmente una *ablazione*, cioè il verificarsi di un evento non desiderato (cfr. *supra*, § I.4); alla patologia, invece, consegue una *frustrazione*, cioè il non verificarsi di un evento desiderato<sup>137</sup>.

#### 9. Caducazione del contratto e rimedi: oggetto e modi della tutela.

Analizzate le ragioni sistematiche in forza delle quali la patologia del contratto genera una *frustrazione* consistente nella caducazione del contratto, cioè nella sua inefficacia originaria o successiva per le parti, occorre esaminare tale conseguenza giuridica sfavorevole nell'ottica delle tutele, indagando l'*oggetto* ed il *modo della tutela*, i quali consentono di porre in risalto le modalità tecniche con cui viene

---

<sup>135</sup> Discorre, impiegando le virgolette, di nullità funzionale “per inadempimento” dell’obbligo fiscale, Cass. civ., Sez. Un., 9 ottobre 2017, n. 23601, con riferimento alla nullità *ex art. 1*, co. 346, L. 30 dicembre 2004, n. 311, ove è opportunamente precisato che il termine inadempimento è “da intendersi, come ovvio, in senso diverso da quello tradizionalmente riservato al momento esecutivo del rapporto negoziale”.

<sup>136</sup> Si allude al patto preventivo di limitazione o di esclusione della responsabilità per il caso in cui il fatto del debitore (o dei suoi ausiliari), *rectius* il suo inadempimento, integri la violazione di un obbligo derivante da una norma di ordine pubblico. Si consenta il rinvio per l’analisi di tale fattispecie ad un mio recente studio *Ordine pubblico e giustizia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 105.

<sup>137</sup> Cfr. il già citato N. BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., 535; ripreso da F.D. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *Contr. impr.*, 2011, 898.

attuata la riaffermazione del valore violato per effetto dell'inosservanza della norma sulla patologia.

Orbene, si è più volte ribadito che l'ordinamento sistema gli stati patologici rilevanti in una tassonomia di deviazioni tipiche ove reputa si verifichi una lesione o un'insoddisfazione<sup>138</sup> di un interesse meritevole di protezione, predisponendo la correlativa frustrazione ("se è *non A*, allora deve essere *non B*"), volta ad impedire – in caso di inosservanza del modello – il raggiungimento dello scopo che l'agente si proponeva ed a dissuadere quest'ultimo dall'inosservanza ("se vuoi *B*, devi *A*"). In virtù di ciò, l'emersione della patologia rileva giuridicamente proprio in quanto è indice della lesione o insoddisfazione dell'interesse protetto dalla norma che individua la deviazione patologica rilevante: tale interesse costituisce, dunque, propriamente l'oggetto della tutela.

Più complesso è stabilire i modi della sua tutela ed occorre muovere, preliminarmente, dal dato fondamentale: la tutela dell'interesse protetto è affidata alla tecnica sanzionatoria della *frustrazione*, mediante la quale la norma sulla patologia contrattuale, comminando la caducazione del contratto (nel che – si è detto – la frustrazione consiste), dispone il *sacrificio dell'interesse contrario* (o degli interessi contrari) all'interesse protetto leso, al fine di ristabilire l'equilibrio turbato dalla deviazione dal modello.

L'*interesse contrario* sacrificato per effetto della tutela apprestata – cioè, della caducazione del contratto – muta in relazione alla *natura* dell'interesse oggetto di tutela. Qualora la tutela apprestata dalla norma sulla patologia sia volta a rimediare alla lesione di un *interesse collettivo o superindividuale*<sup>139</sup> (ad es. contratto illecito), si dispone la frustrazione dell'interesse individuale di entrambe le parti, al fine di riaffermare il valore giuridico violato; invece, in caso di lesione dell'*interesse*

---

<sup>138</sup> La lesione o l'insoddisfazione dell'interesse considerato dalla norma può derivare da un fatto delle parti così come da una causa estrinseca alle parti stesse, quale il fatto di un terzo o un fatto naturale.

<sup>139</sup> L'interesse superindividuale è un interesse individuale ipostatizzato, che viene incluso in una cerchia di valori gerarchicamente sovraordinati sul piano assiologico. Su tale procedimento di ipostatizzazione, cfr. *infra*, nel presente paragrafo, ove ulteriori riferimenti.

*individuale* di una delle parti (ad es., vizio del consenso, inadempimento), viene disposta la frustrazione dell'interesse dell'altra parte, che si proponeva di conseguire gli effetti del contratto patologico, allo scopo di riaffermare l'interesse protetto rimuovendo il contratto mediante cui si è realizzata la sua lesione.

Muovendo da tale dato fondamentale, è possibile definire ulteriormente i modi di tutela dell'interesse protetto. La frustrazione dell'interesse contrario opera per effetto dell'attribuzione correlativa di un *rimedio*, in forma esclusiva, al titolare dell'interesse leso, ovvero in forma diffusa, a chiunque vi abbia interesse, nonché – talvolta – per effetto dell'attribuzione al giudice della *potestà* di rilevazione officiosa della patologia e della conseguente frustrazione. Nell'ambito della teoria dei concetti giuridici fondamentali, frustrazione e rimedio delineati dalla norma sulla patologia sono da ascrivere ai rapporti giuridici autoritativi: la frustrazione esprime una situazione di *soggezione* della parte (situazione giuridica passiva); il rimedio, inteso quale mezzo di tutela avverso la lesione di un interesse<sup>140</sup>, esprime specificamente un *diritto potestativo* o una *potestà* (in ogni caso, dunque, una situazione giuridica attiva), l'esercizio dei quali è talvolta mediato dall'attuazione giudiziaria<sup>141</sup>, precisando però che l'alternativa tra il primo e la seconda non è data in ragione della titolarità del rimedio (se esclusiva ovvero diffusa), ma a seconda dell'interesse proprio o altrui (ad es., superindividuale) la cui lesione esso è volto a presidiare<sup>142</sup>.

In questo senso, si diceva e si intende ora ribadirlo, frustrazione e rimedi – cioè, sanzione e tutele – appaiono solo due diverse prospettive da cui osservare un medesimo fenomeno giuridico. La frustrazione, in definitiva, opera mediante l'attribuzione di un *rimedio caducatorio*, cui qui si reputa di attribuire la

---

<sup>140</sup> Preferisce discorrere di “mezzo di tutela delle posizioni giuridiche” C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, II ed., Milano, 2012, rist. agg. 2018, 119.

<sup>141</sup> Cfr., per tale qualificazione, L. BIGLIAZZI-GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata. Introduzione*, cit., 30.

<sup>142</sup> Pertanto, il diritto potestativo di provocare la caducazione del contratto può essere attribuito a più parti contraenti allorché sia leso un loro interesse individuale (ad es., art. 1459 c.c.); viceversa, può essere attribuito alla sola parte nel cui interesse sia previsto il rimedio (ad es., artt. 1441, co. 1, e 1446 c.c.).

denominazione di *impugnazione* del contratto<sup>143</sup>, consistente in un'azione volta a demolire il titolo dello spostamento patrimoniale: trattasi, in particolare, di un'azione di natura *impeditiva* (cfr. *supra*, § II.5), nella misura in cui tende a conservare la situazione di diritto preesistente mediante l'inibizione degli effetti della modificazione giuridica (cioè considerando il contratto *tamquam non esset* sul piano giuridico, e.g.: nullità o mera inefficacia), ovvero di un'azione di natura *ripristinatoria* (cfr. ancora *supra*, § II.5), nella misura in cui è volta a ricondurre la realtà giuridica, cioè la situazione di diritto, nello *statu quo ante* per effetto della rimozione retroattiva degli effetti contrattuali, con la conseguenza di espungere il contratto *ex tunc* dall'ordine giuridico (e.g.: annullamento, rescissione, risoluzione). In altri termini, il sistema codicistico della patologia contrattuale deve essere raffigurato come un succedersi di più tipi legali di impugnativa, ognuna munita – in ragione dell'interesse protetto – di un proprio e separato statuto normativo<sup>144</sup>.

All'azione di impugnazione è speculare un'eccezione, cioè un rimedio avente una funzione *inibitoria* (cfr. ancora *supra*, § II.5), in quanto strettamente volta a

---

<sup>143</sup> Tale significato del termine *impugnazione* si discosta dal tradizionale concetto di *impugnabilità* del contratto, riservato da una parte della dottrina per designare le ipotesi “intermedie” all'invalidità e all'inefficacia in senso stretto, alludendo ai quei contratti validi che “possono essere distrutti in virtù di azione delle parti o di terzi fondata su circostanza estrinseca, spesso sopravveniente, cui l'ordinamento dà rilievo con riguardo alla pratica, effettiva attuazione del risultato perseguito, ovvero alla difesa di una condizione di eguaglianza delle parti, ovvero alla tutela di determinati terzi, che possono essere colpiti indirettamente dagli effetti del negozio”: in questi termini, L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 382 s. e 390, nota 4, il quale in sostanza designa con il termine *impugnabilità* la risolubilità (artt. 1453 e 1467 c.c.), la rescindibilità (artt. 1447 ss. e 763 c.c.), la revocabilità (artt. 2901 e 800 ss., c.c., cui equipara la restituibilità dei doni sponsalizi ex art. 80 c.c.), la riducibilità (artt. 553 ss.). Per altra parte della dottrina, invece, cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 472, considera l'*impugnabilità* del contratto nell'ambito dell'inefficacia in senso stretto, quale concetto reciproco dell'inopponibilità: la prima sarebbe una “difesa attiva e successiva”, la seconda una “difesa passiva e preventiva a tutela del terzo”.

Il significato ed il concetto di *impugnazione* proposto nel testo si pone in linea con l'accezione moderna. Cfr., per un recente studio sul tema, I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, *passim*.

<sup>144</sup> In questi termini, con riferimento al sistema dell'invalidità, ma estendibili alla patologia del contratto nel suo complesso, S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, 124.

conservare la *situazione di fatto* preesistente impedendo la modificazione della situazione materiale programmata con il contratto: l'eccezione, in particolare, consente alla parte lesa dalla patologia di paralizzare la domanda di adempimento del contratto patologico.

In un'ottica rimediale l'eccezione presenta due profili di peculiare interesse. In primo luogo, la natura inibitoria dell'eccezione, limitandosi ad incidere sulle conseguenze materiali del contratto, è strutturalmente inadeguata a paralizzare gli effetti contrattuali, reali o obbligatori (in quanto produttivi di una modificazione giuridica e non meramente fattuale)<sup>145</sup>. Il che non toglie che essa possa incidere indirettamente sui secondi, paralizzando l'attuazione dell'obbligazione<sup>146</sup>, ma rimarrebbe comunque priva di ogni incidenza nei confronti degli effetti reali, in un ordinamento giuridico – come il nostro – ispirato al principio del consenso traslativo (art. 1376 c.c.).

In secondo luogo, sul piano rimediale, ancora una volta le norme sulla patologia delineano un rapporto autoritativo ove l'eccezione (al pari dell'azione)

---

<sup>145</sup> Per tale ragione non appartiene alle eccezioni inibitorie la (discussa) eccezione di risoluzione, intesa quale potere di rifiuto del contraente fedele avente la bivalente natura di fatto impeditivo (del proprio adempimento) ed estintivo (del contratto e dei suoi effetti), la cui ammissibilità è sostenuta muovendo dal presupposto che nel potere di rifiutare l'esecuzione della propria prestazione sarebbe implicito anche uno di caducazione del contratto a scopo liberatorio (così, I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, cit., 340 ss.). Sulla dibattuta figura, cfr. l'analisi di S. PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi*, in *Persona e Mercato*, 2015, 3, 86 ss., spec. 88.

<sup>146</sup> R. SACCO, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016, 1460, non cela le difficoltà insite nel sostenere che il contratto annullabile è efficace “sia pure, provvisoriamente”, atteso che esso non genera il diritto voluto dallo stipulatore, facendo invece nascere a favore del promittente, armato dell'azione di annullamento e della relativa eccezione, “una specie di opzione a lungo termine che gli consente di inchiodare lo stipulante, a sua scelta, al testo contrattuale o alla sua irrilevanza”.

In altri termini, potrebbe rilevarsi che dal contratto annullabile non sorgono autentici doveri fino a che il promittente ha la facoltà di non adempiere facendo leva sul potere di eccezione: un dovere non è tale se coesiste con la facoltà, altrimenti il comportamento che ne è oggetto risulta al contempo doveroso ovvero libero. Non è allora peregrino osservare che l'adempimento spontaneo e consapevole di un contratto annullabile costituisce un atto senza dubbio innovativo (valendo come convalida tacita, art. 1444, co. 2, c.c.; sul valore innovativo della convalida, cfr. *infra* § II.11).

costituisce l'espressione di un diritto potestativo o di una potestà, a seconda dell'interesse – proprio o altrui – oggetto di tutela, a fronte della soggezione della parte che domanda l'adempimento di un contratto patologico.

Il che consente di concludere che l'impugnazione si declina nell'*impugnabilità*, nella misura in cui l'interesse leso vede aggiungersi alla difesa attiva (in via di azione) una difesa passiva (in via di eccezione).

Occorre, ora, indagare alcuni profili di interferenza tra l'oggetto e il modo della tutela, che nei tempi più recenti hanno attirato l'attenzione degli studiosi.

Un tempo, la distinzione, nitida e monolitica, tra lesione di un interesse superindividuale e lesione di un interesse individuale era invocata per giustificare le differenze di natura e di regime tra i due mezzi di tutela caducatori tradizionalmente ascritti alla superiore “categoria” dell'invalidità, nullità e annullabilità<sup>147</sup>: quest'ultima tutela interessi individuali, la nullità invece si riteneva volta esclusivamente alla protezione di interessi generali dell'ordinamento, afferenti a valori ritenuti fondamentali per l'organizzazione sociale, piuttosto che per i singoli. Tuttavia, se già la sistematica codicistica originaria, da un lato, mostrava di concepire nullità a protezione di un interesse individuale (v., ad es., gli artt. 1229, co. 1, 1284, co. 3, 1500, co. 2, 2698, 2744 e 2965 c.c.) e, dall'altro, di ispirarsi alla duttilità del regime dell'invalidità, contemplando sia la possibilità di una nullità relativa (lo stesso art. 1421 c.c. si apre con una clausola di salvezza delle

---

<sup>147</sup> Su tale distinzione, cfr. P. TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, cit., 200 s., il quale individua nella natura pubblica o privata dell'interesse tutelato il criterio distintivo tra nullità e annullabilità, riprendendo la distinzione proposta da R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle*, Paris, 1909.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale tuttora prevalente, la natura superindividuale degli interessi giuridici tutelati attraverso la categoria della nullità giustifica, oltre alla legittimazione assoluta all'azione di nullità (art. 1421 c.c.), la rilevabilità officiosa del vizio. In proposito, v. Cass. civ., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, ove, in motivazione, si attribuisce all'istituto della nullità il ruolo di “esprimere il disvalore di un assetto di interessi negoziale [...] questo ruolo trae forza anche dalla previsione della rilevabilità di ufficio”. Nel medesimo senso, Cass. civ., Sez. Un., 12 dicembre 2014 n. 26242, secondo cui (dalla motivazione) “proprio la natura superindividuale dell'interesse protetto giustifica la reazione dell'ordinamento nell'ambito del processo, comportando che una convenzione affetta da sì grave patologia imponga al giudice di negare efficacia giuridica ad un atto nullo”.

diverse disposizioni normative) sia ipotesi di annullabilità assoluta (artt. 606, co. 2 e 1441, co. 2, c.c.), oggi la rigida distinzione delle due specie di invalidità, fondata sulla natura dell'interesse giuridico protetto, risulta ancor meno decisiva di un tempo attesa l'introduzione, ad opera della legislazione speciale, di nuove figure di nullità, raggruppate sotto l'etichetta di nullità di protezione, per avere in comune la legittimazione relativa all'azione (nonostante siano caratterizzate da regimi giuridici diversificati e lacunosi) ed in quanto ispirate non alla tutela di un interesse collettivo, ma alla protezione dell'interesse individuale della parte che – secondo la valutazione normativa – si trova in stato di debolezza<sup>148</sup>. Il che non significa che l'interesse generale venga meno, occorre, però, innanzi tutto distinguere l'interesse certamente generale che giustifica ogni norma giuridica allorché l'ordinamento prende posizione sui fatti della vita sociale mediante giudizi di valore e di disvalore, favorendoli o ostacolando, dall'interesse specificamente tutelato dalla singola previsione normativa all'esito di quel giudizio, cioè dall'interesse oggetto di tutela: tutelando quest'ultimo, si perseguono di riflesso gli interessi generali che ne hanno sollecitato la tutela<sup>149</sup>. Allo stesso tempo non deve, parimenti, essere confusa la sfera dell'interesse tutelato (individuale ovvero collettivo) con la gerarchia dei valori presidiati dall'ordinamento nel dettarvi tutela<sup>150</sup>, tale per cui anche un

---

<sup>148</sup> Sulle nullità di protezione, cfr. I. PRISCO, *Le nullità di protezione: indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria moderna della nullità relativa*, Padova, 2008; D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008, 58 ss., il quale peraltro rileva che le nullità di protezione, pur tutelando interessi particolari, costituiscono manifestazione di un principio di ordine pubblico economico. Su ciò *infra*, nel testo.

<sup>149</sup> Di recente, ribadisce la distinzione che intercorre tra l'onnipresente finalità pubblica che giustifica ogni norma e l'interesse oggetto di tutela ad opera della singola previsione normativa, A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 503 ss., spec. 510, il quale, peraltro, ribadisce che le nullità di protezione sono volte alla tutela di interessi individuali della parte debole.

<sup>150</sup> La sontuosa ed efficace espressione è di G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003, 18.

La disputa sull'interesse tutelato dalle nullità relative ricorda l'analoga disputa relativa al fondamento dell'istituto della prescrizione, ove la dottrina dibatte se esso sia di ordine pubblico o sia più semplicemente volto alla tutela di un interesse individuale. È la stessa contrapposizione in sé ad essere erronea: al riguardo, appaiono pertinenti i rilievi di A. AURICCHIO, *Appunti sulla*

interesse individuale può ascriversi ai valori fondamentali dell'ordinamento riassumibili nella clausola di ordine pubblico ed assumere, con ciò, natura indisponibile<sup>151</sup>: in tal caso, non può che concludersi per l'ipostatizzazione dell'interesse individuale in *super*individuale, ove il prefisso latino *super*, “sopra”, rende bene la sovraordinazione di un interesse pur sempre individuale sull'interesse individuale dell'altra parte<sup>152</sup> o, eventualmente, di entrambe le parti (se l'interesse ipostatizzato, cioè *super*individuale, oggetto di tutela non è riferibile ad alcuno dei contraenti).

Il più gravoso problema giuridico posto dalle nullità di protezione è l'individuazione del regime giuridico applicabile alle stesse, in presenza di una disciplina speciale lacunosa, che si limita – il più delle volte – a prevedere la causa (testuale) di nullità<sup>153</sup>. L'interrogativo che ha impegnato lungamente gli interpreti è

---

*prescrizione*, cit., 40, secondo cui, più genericamente, non deve essere confuso l'interesse generale che costantemente illumina la scelta del legislatore di porre una norma giuridica (e di tutelare un certo interesse) con l'interesse oggetto di tutela.

<sup>151</sup> L'ascrizione dell'interesse individuale tutelato dalla nullità di protezione alla clausola generale dell'ordine pubblico appare utile, se è funzionale a collocare l'interesse del contraente debole – in quanto esposto alle cd. disuguaglianze di fatto – nell'alveo dei valori fondamentali dell'ordinamento, al fine di giustificarne l'indisponibilità. Il rapporto tra gli interessi protetti dall'ordinamento e la clausola di ordine pubblico, limite generale dell'azione dei privati in ogni settore dell'ordinamento, è stato oggetto di un mio recente studio, cui mi permetto di rinviare *Ordine pubblico e giustizia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 93 ss., spec. 114 ss.

<sup>152</sup> Il procedimento di ipostatizzazione di un interesse individuale (quello del lavoratore subordinato) in *super*individuale è già stato delineato con largo anticipo dall'opera monografica di R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, 29.

*Contra*, A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale*, cit., 507 s., anche se l'A. pare intendere diversamente i termini dell'indicata ipostatizzazione allorché si scaglia – pienamente a ragione – contro un interesse individuale protetto che per ciò stesso “si tramuta in «generale»”. L'A. preferisce ricorrere alla qualifica di *indisponibilità* assegnata *ex auctoritate principis* dal legislatore a determinati interessi protetti. Cfr. già ID., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 52 s., ove individua gli elementi distintivi delle norme imperative, per un verso, nell'indisponibilità dell'interesse tutelato (indipendentemente dalla sua appartenenza all'intera collettività o ad una determinata categoria di soggetti), per altro verso, nel contenuto proibitivo del precetto violato. Tuttavia, poiché le norme imperative delimitano l'ambito della disponibilità negoziale dei propri interessi, non pare acconcio impiegare il concetto di *indisponibilità* per fissarne il limite, in quanto si rischia di scadere nella tautologia: non è disponibile ciò che è *indisponibile*.

<sup>153</sup> Per esemplificare, senza alcuna pretesa di esaustività, una paradigmatica ipotesi di “nullità di protezione” (in quanto così espressamente denominata dalla rubrica dell'art. 36 cod.

se alle nullità di protezione – le quali sono, come detto, funzionalmente volte alla tutela di un interesse individuale, seppur ipostatizzato – possa applicarsi il regime generale della nullità (artt. 1418 ss. c.c.), il quale pare modellato sulla tutela di interessi generali<sup>154</sup>, non tanto (e non solo) per la previsione della legittimazione assoluta, quanto piuttosto per la rilevabilità officiosa della nullità<sup>155</sup> e per l’espresso

---

cons.) è rappresentata dalla nullità delle clausole vessatorie inserite in un contratto stipulato tra consumatore e professionista (artt. 33 ss. cod. cons.): si tratta, come noto, di una nullità esclusivamente parziale, operante unicamente a favore del consumatore e rilevabile d’ufficio dal giudice (art. 36, co. 1 e 3, cod. cons.). Diffusamente, sulla nullità consumeristica, S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell’asimmetria contrattuale*, in *Persona e mercato*, 2012, 96 ss.). Cfr. anche l’art. 134 cod. cons. che, in tema di vendita di beni di consumo, sanziona con la nullità ogni patto volto ad escludere o limitare, anche in modo indiretto, i diritti riconosciuti all’acquirente, ma tace circa la sorte del negozio, limitandosi a stabilire una legittimazione relativa (con salvezza della rilevabilità d’ufficio) a favore del consumatore. Altre ipotesi di nullità, qualificate in giurisprudenza come “nullità di protezione”, sono previste dall’art. 13 L. n. 431/1998 in favore del conduttore, in materia di locazioni di immobili urbani ad uso abitativo (sul punto, v. Cass. civ., Sez. Un., 17 settembre 2015, n. 18214) e, con maggiori dubbi, dall’art. 79, L. n. 392/78 in relazione alle locazioni ad uso diverso. Ancora, si consideri la nullità per mancanza di forma scritta dei contratti bancari, prevista dall’art. 117, co. 3, D. Lgs. n. 385/1993 (t.u.b.) e la nullità parziale della clausola di rinvio agli usi o della clausola che prevede condizioni più sfavorevoli di quelle pubblicizzate, art. 117, co. 6, D. Lgs. n. 385/1993 (t.u.b.), le quali operano solo a favore del cliente e sono rilevabili d’ufficio, art. 127, co. 2, D. Lgs. n. 385/1993 (t.u.b.). La nullità del contratto preliminare relativo ad immobile da costruire per omesso rilascio della fideiussione prevista dall’art. 2, co. 1, D. Lgs. n. 122/2005, operante unicamente a favore del promissario acquirente.

<sup>154</sup> Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il giudice e la nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, nota di commento a Cass. civ., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 31, secondo il quale la nullità è un rimedio cui è difficile negare, almeno nell’ambito del sistema del codice civile, la tendenziale coincidenza con l’area delle ipotesi in cui entri in gioco un interesse generale.

<sup>155</sup> Della difficile compatibilità tra il regime della rilevabilità officiosa del vizio e la finalità di tutela di interessi individuali (compatibilità espressamente esclusa da Cass. civ., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, con nota di commento di C. Scognamiglio, prima citata) è consapevole Cass. civ., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, ove il Supremo Consesso, allo scopo di affermare la rilevabilità officiosa della nullità di protezione, ha rideterminato, nella sostanza, il contenuto della potestà giudiziale di *rilevazione*, assegnando un nuovo significato al sintagma “rilevabilità officiosa”. La Corte distingue la *rilevazione* della (questione di) nullità dalla *dichiarazione* di nullità: solo la prima, che adesso consiste nella mera *indicazione* alle parti della causa di nullità, è rimessa all’autorità giurisdizionale; la dichiarazione di nullità, cioè la potestà giudiziale di porre la questione di nullità a fondamento della decisione (rigettando, ad es., la domanda di adempimento contrattuale o quella di risoluzione giudiziale del contratto), è, invece, subordinata alla scelta della parte protetta che deve dichiarare di volersi avvalere del

divieto di convalida del contratto nullo<sup>156</sup>). Per quanto ci occupa, sembra che la risposta all'interrogativo non possa che muovere dall'individuazione dell'oggetto

---

vizio *indicato* (tale traslazione di significato è giustamente sottolineata da C. CONSOLO – F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, 227 s.). Il mutamento di significato è dalla S.C. giustificato sul presupposto secondo cui “l'omessa rilevazione officiosa della nullità finirebbe per ridurre la tutela di quel bene primario consistente nella deterrenza di ogni abuso del contraente debole”; in tale ottica, il potere riconosciuto al giudice rafforza, infatti, l'intensità della tutela accordata alla parte debole del rapporto che potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordate. Il rilievo è apprezzabile, ma occorre prendere atto che siamo fuori dalla figura giuridica della *potestà* di porre la nullità a fondamento della decisione, degradando tale attività giudiziale nel *consiglio* (per la distinzione formale del *comando* dal *consiglio*, cfr. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., 109 ss.).

Sulla genesi della previsione della rilevabilità officiosa è, di recente, tornato S. PAGLIANTINI, *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 770, il quale fa notare che la regola della rilevabilità d'ufficio delle nullità era sorta come creazione giurisprudenziale sotto il vigore del codice civile abrogato, per diventare con l'art. 1421 c.c. – con scelta che all'A. pare poco meditata – predicato di un intero genere (“il tratto denotante la nullità”, corsivo dell'A.). Le perplessità dell'A., del resto, risultano giustificate dalla tendenziale ritrosia della giurisprudenza a porre a fondamento della decisione una questione di nullità sollevata dallo stesso giudice: al riguardo, osserva A. DI MAJO, *La nullità*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, *Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, 158, che il principio della rilevabilità officiosa è “destinato a ricevere più smentite che conferme dalla pratica”, sebbene il fondamento del generalizzato potere di rilievo officioso è evidentemente volto ad impedire che, in sede processuale, si possa pervenire all'inaccettabile risultato di far sì che al contratto nullo si ricollegli qualche effetto; cfr., sul punto, gli attenti rilievi di M. RIZZUTI, *Il problema dei limiti alla rilevabilità officiosa della nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2013, 299 ss.

<sup>156</sup> Sulla convalida del contratto affetto da nullità di protezione ad opera del contraente cui è riservata la legittimazione relativa all'azione, si sono registrate opinioni contrastanti: chi afferma la non convalidabilità si affida a plurimi argomenti: in primo luogo, si pone in evidenza la non sovrapponibilità della legittimazione ad impugnare con il potere di sanare definitivamente un negozio invalido; in secondo luogo, si osserva che ammettere la convalida della nullità di protezione senza limiti risulterebbe incompatibile con la rilevabilità d'ufficio del vizio; infine, si sottolinea il rischio di approfittamenti ingiusti e di pressioni psicologiche nei confronti del contraente debole connessi alla affermazione generalizzata di un potere di convalida del contratto nullo. Cfr., S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. Dir. civ.*, 2003, 931 ss.

All'inverso ammette la convalidabilità chi muove dal presupposto secondo cui se una sola parte ha il diritto di decidere se svincolarsi dal contratto affetto da nullità di protezione, quella stessa parte deve avere la possibilità di non rilevare tale forma di invalidità, convalidando definitivamente il contratto o la clausola nulla. In tal senso, G. D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009, 732 ss. Cfr., altresì, P.M. PUTTI, *Le nullità contrattuali*, in N. Lipari e P. Rescigno, *Diritto civile II*, Milano, 2009, 957, per il quale “la parte legittimata a far valere la nullità finisce col dover divenire in concreto unico

della tutela, che rappresenta lo scopo ultimo del mezzo di tutela (per esso) apprestato (nel caso in esame, la nullità a legittimazione relativa) e che, dunque, deve necessariamente illuminare la configurazione del relativo regime normativo: si vuol dire che là dove il modo della tutela presenta profili di duttilità (cfr. artt. 1421 e 1423 c.c., i quali fanno rispettivamente salve le diverse disposizioni di legge), occorre plasmarlo avendo come riferimento l'oggetto della tutela e la sua natura<sup>157</sup>. Tale duttilità del modo della tutela, tuttavia, non sembra potersi invocare con riferimento alle nullità di protezione, alle quali fa talvolta riscontro l'espressa declaratoria di indisponibilità della tutela ad opera del legislatore, a conferma della (ipostatizzata) natura superindividuale dell'interesse della parte debole<sup>158</sup>.

La conclusione che si vuol trarre sul piano sistematico è che non può presumersi sussistente una rigida corrispondenza tra il mezzo della tutela prescelto

---

arbitro della sorte del contratto per cui non si comprenderebbe la ragione per cui debba escludersi alla stessa la possibilità di convalidare il contratto nullo, laddove sia soddisfatta del contenuto della stipulazione". Propende per la convalidabilità delle nullità di protezione allorché si vi sia certezza che l'interesse protetto è stato in concreto soddisfatto, G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, 80 ss.

<sup>157</sup> Là dove la nullità sia dettata a tutela di un interesse individuale (si badi bene: non di un interesse superindividuale), potrebbe aprirsi uno spiraglio per la convalida.

Si consideri il seguente esempio, relativo alla nullità del patto di decadenza convenzionale (art. 2966 c.c.) allorché rende eccessivamente difficile l'esercizio del diritto: si immagini una decadenza particolarmente breve secondo il comune sentire (ad es.: due giorni), prevista convenzionalmente per la contestazione dell'adempimento di una prestazione periodica relativa ad un contratto di durata. Il creditore di quella prestazione, tuttavia, si è più volte giovato della contestazione nel rispetto del termine di decadenza convenzionale (nell'esempio, di due giorni), tuttavia, successivamente, decide di contestare una prestazione con insolito e notevole ritardo rispetto al termine pattuito. Può ritenersi che la nullità del patto che abbia previsto una decadenza che oggettivamente rendeva eccessivamente difficile l'esercizio del diritto sia stata convalidata dal successivo comportamento conforme del creditore, che pur conoscendo l'inusuale brevità del termine di decadenza stabilito, vi si è volontariamente conformato? A mio avviso, in tal caso all'interrogativo andrebbe risposto in senso affermativo: deve, cioè, ammettersi la convalida della nullità della decadenza convenzionale oggettivamente (nonché eccessivamente) difficile, ma nel caso concreto volontariamente osservata e rispettata, in quanto la nullità ex art. 2966 c.c. è funzionale alla tutela di un interesse esclusivamente individuale.

Per il tentativo di demolizione del dogma dell'insanabilità del contratto nullo, cfr. il poliedrico studio monografico di S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., 77 ss., favorevole a ridimensionare la tradizionale portata eccezionale della convalida della nullità.

<sup>158</sup> L'indisponibilità dell'interesse protetto dalla nullità relativa è sancita normativamente, ad es., dall'art. 143 cod. cons., dall'art. 1932 c.c. e dall'art. 127, co. 1, t.u.b.

dal legislatore e l'oggetto della tutela, dovendo piuttosto guardare al modo della tutela: alla tutela di un interesse superindividuale non corrisponde necessariamente un singolo mezzo di tutela (tradizionalmente, la nullità) e, all'inverso, alla tutela di un interesse individuale non fanno riscontro necessariamente gli altri mezzi di tutela (annullabilità, rescindibilità, risolubilità). Esempi di questo secondo fenomeno sono già stati forniti, quanto al primo, invece, si consideri l'annullabilità del contratto stipulato dal condannato in stato di interdizione legale (art. 1441, co. 2, c.c.), ove l'annullabilità rappresenta il rimedio per l'inosservanza di una pena accessoria: in tal caso, la previsione della legittimazione assoluta all'azione di annullamento (ed ecco che emerge il modo della tutela) consente la riaffermazione della pena accessoria – e dell'interesse superindividuale di cui risulta espressione – anche contro l'interesse individuale di entrambi i contraenti, di cui viene appunto disposta la frustrazione<sup>159</sup>. Ancora, si consideri l'annullabilità del contratto di lavoro per violazione delle norme sul collocamento dei lavoratori (art. 2098 c.c.): in tal caso, la contrarietà a norme imperative è sanzionata con l'annullabilità e non si dubita che l'interesse tutelato sia di natura generale<sup>160</sup>, per quanto la legittimazione all'azione di annullamento sia relativa, ma affidata al pubblico ministero (cfr. art. 2098, co. 2, c.c.). Del pari, può considerarsi l'annullabilità prevista dall'art. 6, L. n. 379 del 1967<sup>161</sup>, in questo caso, il legislatore della riforma agraria ha inteso tutelare l'interesse pubblico ad evitare speculazioni sulla proprietà terriera<sup>162</sup> sanzionando

---

<sup>159</sup> In termini conformi, F. AZZARRI, *Legittimazione all'impugnativa e convalida del contratto*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. Granelli, Milano, 2018, 310, giustificando la restrizione della capacità di agire una misura afflittiva.

<sup>160</sup> Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, XXIV ed., Napoli, 1971, 153.

<sup>161</sup> L'art. 6, co. 1, L. n. 397/1967 recita testualmente: «1. L'azione di annullamento del contratto effettuato in violazione delle norme, di cui agli articoli 4 e 8 della presente legge, si prescrive in cinque anni e può essere esercitata dall'Ente o da chiunque vi abbia interesse, salvi in ogni caso gli effetti previsti dagli articoli 1148 e seguenti del Codice civile».

<sup>162</sup> La riforma agraria del 1967 nasceva con il dichiarato scopo di smembrare il latifondo e procedere ad un'equa redistribuzione della proprietà terriera. La realizzazione della riferita finalità fu affidata, da un lato, alla revisione dei rapporti contrattuali tra concedenti-capitalisti e famiglie contadine, talvolta anche attraverso una diretta assegnazione del fondo a queste ultime e, dall'altro, ai limiti all'alienazione del fondo previsti dall'art. 4 L. 397 del 1967.

(in senso lato) con la annullabilità assoluta il contratto in contrasto con il divieto di cessione non autorizzata ed a soggetto privo della qualifica di coltivatore diretto<sup>163</sup>. Infine, si consideri la codicistica rescindibilità del contratto concluso in stato di pericolo (art. 1447 c.c.), la quale non pare volta a tutelare una generica equità degli scambi, ma formula un giudizio di disvalore del contratto (ad effetti obbligatori?) iniquo stipulato per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona umana. Qui il contratto è diretto ad un (nobile) scopo ulteriore (motivo) condiviso dalla controparte, la salvaguardia dell'incolumità personale, che esercita nel contraente in pericolo o virtuoso una pressione psicologica tale da indurlo a stipulare un contratto svantaggioso. Il legislatore, comminando la rescissione, mostra di non tollerare che la tutela della vita umana possa essere causa di una speculazione a danno di un contraente.

La considerazione della patologia contrattuale nell'ottica delle tutele deve, dunque, indurre l'interprete ad abbandonare l'approccio dogmatico che ha spinto a considerare i vizi e le anomalie che inficiano il contratto come "gabbie entro cui catalogare la realtà"<sup>164</sup>, ponendo al centro dell'opera ricostruttiva l'interesse

---

<sup>163</sup> Sulla peculiare annullabilità assoluta in discorso, cfr. E. DEL PRATO, *Le annullabilità del contratto*, già in *Trattato del contratto* diretto da Roppo, IV, *Rimedi-1*, a cura di Gentili, Giuffrè, 2006, ora in *Lo spazio dei privati*, Zanichelli, 2016, 218, il quale osserva che in tal caso l'annullabilità è un rimedio per il contrasto con una norma imperativa, che esclude la nullità virtuale (art. 1418, co. 1, c.c.).

Cfr. una recente pronuncia giurisprudenziale sulla figura in esame, Cass. civ., 20 giugno 2017, n. 15268, la quale nega la convalidabilità dell'annullabilità ex art. 6, L. cit., trattandosi di un'ipotesi di annullabilità assoluta. La pronuncia ha sollecitato il ragionato studio di F. AZZARRI, *Legittimazione all'impugnativa e convalida del contratto*, cit., 312, il quale nell'aderire alla soluzione giurisprudenziale, al pari alla dottrina nettamente dominante, rileva però l'incoerenza rintracciata in parte di quest'ultima allorché si consente al singolo legittimato di dismettere il diritto all'impugnativa attraverso un apposito atto (distinto ed autonomo dalla convalida) di rinuncia all'azione (per coloro che, chiaramente, ne ammettono l'alterità strutturale). Anche a voler distinguere la convalida dalla rinuncia all'azione, quest'ultimo atto abdicativo pare, a ragione, inconfigurabile allorché l'autore del negozio rinunziativo non abbia la piena disponibilità degli interessi protetti dal rimedio.

<sup>164</sup> L'icastica espressione è di E. DEL PRATO, *Patologia del contratto: rimedi e nuove tendenze*, cit., 20, il quale invita ad indagare i vizi del contratto e del rapporto con metodo induttivo e senza pregiudizi concettuali o generalizzazioni.

tutelato dalla patologia contrattuale ed indagando quali siano l'interesse o gli interessi contrari colpiti dalla frustrazione<sup>165</sup>.

Il punto impone una considerazione aggiuntiva, che consente di precisare ulteriormente i modi della tutela, indagando il rapporto tra l'interesse tutelato dalla patologia e la funzione che si assegna alla caducazione del contratto derivante dallo stato patologico, cioè la funzione del modo della tutela. Al riguardo, giova ricordare che la sanzione in senso lato (inclusa, dunque, la frustrazione), intesa quale conseguenza giuridica sfavorevole, combinandosi con l'elemento funzionale, può assumere valore *correttivo* oppure *retributivo* (può, cioè, correggere il male con il bene oppure rendere il male al male) (cfr. *supra*, § I.5).

Ebbene, la caducazione del contratto, quale conseguenza giuridica sfavorevole (ascrivibile alla frustrazione) comminata dalla norma sulla patologia, nel disporre il sacrificio dell'interesse contrario a quello leso per ristabilire l'equilibrio turbato dalla deviazione del modello, ha intrinsecamente una funzione correttiva, nella misura in cui è volta a rimuovere il contratto affetto dal vizio: sopprimendo il contratto patologico (e con ciò eliminando in radice il "male"), la caducazione rende il bene (l'eliminazione del male) al male (l'insorta patologia), secondo il modulo tipico della funzione correttiva.

Ad uno sguardo più profondo, inoltre, la funzione correttiva della caducazione del contratto si declina nella funzione impeditiva oppure ripristinatoria (cfr., ancora, *supra*, § II.5). Si è detto, in particolare, che la nullità rappresenta una frustrazione – e correlativamente un rimedio – di natura impeditiva, nella misura in cui tende a conservare la situazione giuridica preesistente mediante l'inibizione degli effetti della modificazione giuridica, cioè considerando il contratto affetto da nullità *tamquam non esset* sul piano giuridico. L'annullabilità, la rescindibilità e la

---

<sup>165</sup> Si tratta dell'impostazione nettamente prevalente nella letteratura moderna. Cfr. L. FERRONI, *La moderna concezione costituzionale e comunitaria di autonomia negoziale e la nuova filosofia cui si informa il regime delle invalidità*, in *Saggi di diritto civile*, Pesaro-Urbino, 2003, 28, il quale nell'esame dell'attuale regime normativo della nullità, formula il seguente monito: "[...] gli istituti giuridici, e quindi anche la nullità, si sostanziano in discipline finalizzate alla protezione ed alla realizzazione degli interessi concreti per i quali sono dettate".

risolubilità costituiscono, invece, una frustrazione – e correlativamente un rimedio – di natura ripristinatoria, nella misura in cui sono volte a ricondurre la realtà giuridica, cioè la situazione di diritto, nello *statu quo ante* per effetto della rimozione retroattiva degli effetti contrattuali, con la conseguenza di espungere il contratto *ex tunc* dall'ordine giuridico<sup>166</sup>.

Vi è allora spazio per una caducazione del contratto in funzione afflittiva, cioè sanzionatoria in senso stretto<sup>167</sup>? Allorché la caducazione consegua alla patologia, in linea generale pare di dover rispondere negativamente: esaminando i caratteri della funzione afflittiva, si è posto in rilievo come la conseguenza sfavorevole comminata a titolo di retribuzione all'autore dell'inosservanza si caratterizzi per l'assenza di qualsivoglia correlazione tra l'interesse leso dall'inosservanza e l'interesse colpito dalla conseguenza afflittiva (*supra*, § II.5). La caducazione del contratto, invece, tende intrinsecamente ad istituire tale correlazione, in ragione della funzione correttiva che la informa, essendo cioè volta a rimuovere il mezzo giuridico in occasione del quale si è perpetrata la lesione dell'interesse tutelato: o si tende alla conservazione la situazione di diritto anteriore alla lesione (funzione

---

<sup>166</sup> Cfr. gli Autori citati *supra*, alla nota 85.

<sup>167</sup> Vi è un analogo dibattito circa la possibilità di assegnare una funzione sanzionatoria all'illecito civile (contraddistinto, di regola, da una funzione correttiva ed, in particolare, riparatoria), intesa come funzione retributiva-afflittiva da imputare a titolo di colpa anche in assenza di un danno commensurabilmente certo nel suo ammontare. Ove il danno è ricostruito nel processo in modo opaco, non può evidentemente essere ristorato, ed in tale ipotesi l'obbligazione risarcitoria comminata sembra colorarsi di toni afflittivi. La letteratura giuridica sul punto è sterminata e sarebbe soverchio darne conto in questo breve spazio.

Ci si limita, però, a riportare l'incisivo pensiero di W. CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, 149 ss., il quale critica la simmetria tra risarcimento, come sanzione dell'illecito civile, e pena, come sanzione dell'illecito penale, adducendo, in primo luogo, le eccezionali ipotesi in cui il risarcimento del danno consegue ad un atto lecito, che è risarcibile in quanto dannoso, e viceversa le ipotesi in cui l'atto illecito non sia dannoso e quindi non risarcibile. L'A. conclude, dunque, che il risarcimento costituisce un rimedio non per l'illiceità, ma per le conseguenze dannose prodotte dall'illecito, affermando: “ciò che l'ordinamento giuridico vieta non è il recar danno, bensì l'atto con cui si viola la norma. Di guisa che non si può dire che un atto sia illecito perché dannoso, ma viceversa l'atto può essere dannoso in quanto illecito”. La netta alterità tra risarcimento e sanzione fa propendere l'A. per la cumulabilità degli stessi.

impeditiva) oppure al ripristino *ex novo* della predetta situazione (funzione ripristinatoria).

Tale conclusione pare, del resto, l'unica consona al principio dell'*extrema ratio*, che impone di assegnare alla funzione afflittiva un ruolo residuale, e sembra altresì confermata dall'esame delle figure cui più di frequente si riscontra la tendenza ad attribuirvi natura sanzionatoria (*recte*, afflittiva): si allude, in particolare, al contratto illecito, al contratto in frode alla legge, alla nullità parziale degli interessi usurari nel contratto di mutuo (art. 1815, co. 2, c.c.), all'annullabilità del contratto concluso dall'incapace legale, alla rescissione per lesione, alla risoluzione per inadempimento ed alla revocazione della donazione per ingratitudine. Occorre, brevemente, soffermarsi singolarmente su ognuna di esse.

Per contratto illecito deve intendersi quel contratto la cui causa (art. 1343 c.c.), il cui motivo comune esclusivamente determinante (art. 1345 c.c.), il cui oggetto (art. 1346 cod. civ.) o la cui condizione (art. 1354, co. 1, c.c.) sono contrari a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume. Il contratto illecito è nullo: la nullità ne rappresenta la conseguenza giuridica necessaria ed inevitabile (art. 1418, co. 2, e 1354, co. 1, c.c.), diversamente dal contratto meramente *contrario a norme imperative* (art. 1418, co. 1, c.c.), la cui nullità è invece subordinata al previo accertamento dell'assenza di disposizioni normative che dispongano diversamente (per tale ipotesi si è coniata l'espressione *contratto illegale*)<sup>168</sup>. Inoltre, per il

---

<sup>168</sup> La prima distinzione concettuale del contratto illegale dal contratto illecito si deve a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 50 s., 101 ss. e 114 ss., il quale discerne il negozio giuridico in irrilevante, illegale ed illecito, nell'ambito di una prospettiva di ampio respiro che tripartisce le possibili risposte dell'ordine giuridico di fronte all'atto di autonomia privata e, più in generale, a qualsiasi comportamento della vita sociale: l'ordine giuridico può, cioè, assumere un atteggiamento di indifferenza, di protezione e di riprovazione. Nell'ambito della seconda ipotesi, il diritto può subordinare la rilevanza dell'atto di autonomia privata all'osservanza di certi limiti e all'adempimento di determinati oneri, la cui inosservanza dà luogo alla figura del negozio illegale.

Più di recente, la distinzione tra contratto illecito e contratto illegale è riproposta e precisata da G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 435 ss., spec. 438 s., ed in quest'ultimo senso tale distinzione è stata impiegata nel dibattito dottrinario successivo (e ad essa ci si allineerà): cfr. U. BRECCIA, *Causa*, cit., 116 ss.; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999, 77 ss.; A. FEDERICO,

contratto illecito è normativamente sancito un peculiare trattamento giuridico (dagli artt. 1417, 1972, co. 1, e 2126, co. 1, c.c.) e si ritiene dai più che esso non sia suscettibile di conversione (art. 1424 c.c.)<sup>169</sup>, anche se andrebbero formulate distinzioni in relazione alle ragioni di illiceità<sup>170</sup>. L'attribuzione di una natura

---

*Illiceità contrattuale ed ordine pubblico economico*, Torino, 2004, 44 ss.; G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003, 10 ss.

Sulla distinzione concettuale tra contratto illecito ed illegale esprime suggestivi rilievi critici V. ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 485 ss., spec. 491 s., i quali meriterebbero un più attento esame, non possibile in questo breve spazio. Bastino i seguenti cenni: la critica dell'A. muove dall'analisi del regime dettato per il contratto in frode alla legge (art. 1344 cod. civ.), il quale è equiparato al contratto illecito, pur non essendo tale. La graduazione del regime giuridico posta tra contratto illecito ed illegale non spiegherebbe, ad avviso dell'A., perché un contratto elusivo, dotato di minore offensività rispetto ad un contratto illegale (atteso il contrasto solo indiretto del primo con la norma imperativa, diversamente dal contrasto diretto del secondo), sia equiparato al trattamento del contratto illecito, più intensamente riprovato dall'ordinamento. Un tentativo di spiegazione potrebbe essere il seguente: sebbene il contratto elusivo non sia dotato di causa illecita (in quanto oggettivamente esso non contrasta con le norme imperative, ma le aggira), la causa del contratto elusivo "si considera" illecita (questo il tenore letterale dell'art. 1344 cod. civ.) nel limitato senso in cui l'ordinamento riprova con la stessa intensità lo scopo elusivo e lo scopo illecito. Dal tenore di tale norma si ricava che, nonostante il legislatore sia edotto del diverso grado di oggettiva offensività del contratto elusivo e di quello illecito, l'ordinamento comunque manifesta una riprovazione parimenti intensa verso lo scopo (elusivo, in un caso, illecito, nell'altro) che, in entrambe le ipotesi, anima l'intento negoziale, al punto da equiparare il regime del contratto elusivo a quello del contratto illecito. Sul piano psicologico, in particolare, la carica dolosa dell'intento elusivo pare del tutto equiparabile all'intento illecito: in entrambi vi è volontà di ledere il valore protetto dalla norma imperativa elusa o violata. Ebbene, se questa pare essere l'unica spiegazione plausibile del rigoroso regime del contratto elusivo, *de iure condendo* questa equiparazione potrebbe allora essere eliminata in considerazione della diversa offensività delle due figure, disponendo semplicemente la nullità (e non anche l'illiceità) del contratto elusivo.

Per ulteriori esplicazioni della distinzione tra contratto illecito e contratto meramente contrario a norme imperative (cd. illegale) sia consentito rinviare ad un mio studio, *Ordine pubblico e giustizia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 96 ss.

<sup>169</sup> Cfr. L. BIGLIAZZI-GERI, voce *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 536.

<sup>170</sup> Così, la dottrina più recente, U. CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano 1969, 115 ss.; G. DE NOVA, voce *Conversione del negozio nullo*, in *Enc. giur. Trecc.*, IX, Roma, 1988, 2; R. SACCO, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, cit., 1517.

L'opinione espressa dalla dottrina più recente è da condividersi: la formulazione dell'art. 1424 c.c., che impone di avere "riguardo allo scopo perseguito dalle parti", dovrebbe indurre a ritenere non convertibili soltanto i contratti con causa illecita o motivo comune esclusivamente determinante illecito; non si vedono ostacoli insuperabili nel sostenere la convertibilità dei

sanzionatoria alla nullità del contratto illecito risale all'opera di un illustre Maestro<sup>171</sup>, per il quale la nullità se da un lato rappresenta “la punizione che il diritto infligge per reprimere la violazione avvenuta”, dall'altro assume “carattere difensivo, in quanto è ordinata a rimuovere quel danno che deriverebbe dalla violazione” della legge, dell'ordine pubblico e del buon costume: l'ordinamento giuridico “come interviene a far nascere degli effetti giuridici, così interviene a impedire questi effetti, se li reputa nocivi alla sociale convivenza”. L'illustre A. ha, tuttavia, cura di precisare che la reazione dell'ordine giuridico contro l'illiceità dei negozi si esercita principalmente mediante l'esclusione di effetti giuridici al negozio vietato (ed indaga altresì il fondamento storico di tale principio). Ai nostri fini, tale conclusione basterebbe per affermare che un contratto illecito è pur sempre un contratto nullo<sup>172</sup> (pur con le peculiarità di regime che lo contraddistinguono: cfr. artt. 1417, 1972, co. 1, e 2126, co. 1, c.c.), cioè inefficace *ab origine*: la caducazione derivante dalla nullità, qualificabile appieno come frustrazione impeditiva, non pare sufficiente ad attribuire carattere “sanzionatorio”, o meglio, retributivo alla nullità, la quale rimane improntata ad una funzione correttiva<sup>173</sup> (il che, del resto, pare intuito dallo stesso Maestro, allorché – come detto – le attribuiva

---

contratti con oggetto o condizione illeciti, qualora riesca ad operarsi una riduzione della prestazione o dell'evento dedotti, tale da ricondurre in via ermeneutica i predetti elementi a liceità.

<sup>171</sup> F. FERRARA sr., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, cit., 261 ss.

<sup>172</sup> Così, R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito*, cit., 173, il quale ribadisce che il negozio “illecito” è pur sempre un negozio, ed in quanto tale ascrivibile alla categoria dell'atto giuridico lecito, “ancorché anomalo e sottoposto poi a rimedi – quelli cennati della invalidità ed inefficacia – che colpiscono la sua rilevanza ed efficacia caratteristiche; e non si risolvono così in conseguenze ulteriori ed estranee come tali ai termini del fenomeno negoziale (e tanto meno in effetti di tipo sanzionatorio in senso proprio)”.

<sup>173</sup> Di ciò, oggi, vi è consapevolezza diffusa nella dottrina: cfr., tra i tanti R. SACCO, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016, 1489, per il quale la nullità “è un rimedio, ma non è una sanzione punitiva [...], essendo un effetto zero, non può essere né una sanzione né una pena”; nonché, V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 208, secondo cui “alla valutazione in termini di validità-invalidità vi è dunque connessa una ineliminabile finalità o funzione – se si vuole – di protezione, piuttosto che una logica di sanzione”.

“carattere difensivo, in quanto ordinata a rimuovere il danno”, gli effetti nocivi alla sociale convivenza derivanti dalla violazione).

Tuttavia, l’attitudine afflittiva del contratto illecito sembra emergere in corrispondenza del più gravoso trattamento giuridico della nullità, tale da distinguerlo dal contratto nullo per contrarietà a norme imperative: al riguardo, assume una posizione centrale la previsione dell’art. 1972, c.c., che sancisce la nullità della transazione relativa ad un contratto illecito (comma 1) a dispetto della generale validità della transazione (cd. appieno innovativa) su titolo nullo<sup>174</sup>, salvo che uno dei transigenti abbia ignorato la causa di nullità del titolo (comma 2, ove è dettata un’eccezionale ipotesi di rilevanza invalidante di una situazione di ignoranza – estranea al *caput controversum* – che si riflette sui motivi della determinazione a contrarre e prescinde dall’accertamento dell’efficienza determinante sul consenso e dalla sua riconoscibilità)<sup>175</sup>, nel qual caso il transigente errante può domandare l’annullamento della transazione (appieno innovativa) su

---

<sup>174</sup> Per tale conclusione, cfr. E. DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, ora, con integr. e agg., in *Fuori dal processo. Studi sulle risoluzioni negoziali delle controversie*, 2016, 85, dopo aver distinto (sulla scorta altresì dell’art. 1976 c.c.) la transazione non novativa, cioè meramente modificativa del rapporto controverso, il quale viene fissato nei nuovi termini pattuiti con la transazione (cioè nei termini definiti dalle reciproche concessioni), dalla transazione appieno innovativa (o novativa), in forza della quale il contratto di transazione diviene l’unica fonte del rapporto che scaturisce dalle reciproche concessioni, assumendo un valore pienamente costitutivo ed oscurando il rapporto controverso. La prima, avente natura modificativa, è intrinsecamente esposta ai vizi del rapporto controverso, in quanto l’esistenza del rapporto anteriore (controverso) è presupposto necessario affinché operi l’effetto modificativo (non si può, all’evidenza, modificare – neppure transattivamente – ciò che non esiste); la seconda ne prescinde del tutto, essendo del tutto insensibile alle vicende del rapporto controverso.

Per tale ragione, la transazione non novativa relativa ad un contratto nullo (e, *a fortiori*, illecito) è strutturalmente inefficace, mancando la base giuridica sulla quale l’effetto modificativo dovrebbe operare; mentre è generalmente ammissibile una transazione appieno innovativa su contratto nullo. In termini analoghi, si esprimeva già F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, II ed., Napoli, 1986, 164 e nota 41, secondo il quale la “nullità [...] della fonte preesistente incontroverta rimasta fuori dalla transazione, determina automaticamente l’inutilità della transazione, postasi come fonte complementare”.

*Contra*, ritengono applicabile l’art. 1972, co. 2, c.c. anche alla transazione meramente modificativa, M. GIORGIANNI, *In tema di transazione sul “titolo” nullo*, ora in *Scritti minori*, Napoli, 1988, 99 ss.; S. D’ANDREA, *Transazione su titolo nullo*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 616.

<sup>175</sup> E. DEL PRATO, *La transazione*, cit., 107 ss.

titolo nullo. Al contratto illecito, dunque, non consegue solo (ineluttabilmente) la nullità del contratto (senza dover ricorrere alla verifica di disposizioni che prevedano diversamente), nel qual caso si limiterebbe a rientrare *de plano* nella frustrazione con funzione correttiva, ma consegue altresì una *limitazione dell'autonomia privata*<sup>176</sup>, nella misura in cui le parti non possono stipulare validi contratti di transazione relativi ad esso, riservando alla decisione giudiziale ogni questione in materia di illiceità contrattuale. Ebbene, l'ordinamento non si limita a disporre la frustrazione dello scopo perseguito dalle parti con il contratto illecito, ma intende altresì menomare un ambito dell'autonomia privata (quello funzionale al superamento pattizio di una lite), secondo la logica dell'*ablazione* con funzione retributiva, cioè colpendo un interesse (quello relativo al superamento pattizio della lite) diverso dall'interesse collettivo o superindividuale leso (dal contratto illecito) nonché privo di un rapporto funzionale con quest'ultimo.

Ancora, il contratto in frode alla legge è, come noto, normativamente equiparato al contratto illecito (l'art. 1344 c.c. sancisce che di esso “si reputa illecita

---

<sup>176</sup> ID., *La transazione*, cit., 84 s., con riferimento alla previsione di cui all'art. 1972 c.c. ravvisa limpidamente una sanzione della piena autonomia innovativa della transazione. Si spinge, però, di recente, a ritenere valida la transazione su titolo illecito che rimuova le ragioni di illiceità (*op. cit.*, 85, in termini difforni dalla prima edizione, ID., *La transazione*, Milano, 1992, 82). In realtà, quest'ultima soluzione non risulta, a mio avviso, pienamente persuasiva: la menomazione dell'autonomia privata imposta dall'art. 1972, co. 1, c.c., impedisce di ritenere valida altresì la transazione che rimuova le ragioni di illiceità; in tal caso, per le ragioni che si vedranno meglio *infra*, § II.10, le parti di un contratto illecito, in luogo di una transazione, dovranno dar luogo ad un nuovo episodio di esercizio di autonomia privata scevro da profili di illiceità. In altri termini, alle parti è precluso avvalersi del tipo transattivo (artt. 1965 ss.) e sono tenute a stipulare un nuovo contratto (valido) da cui vanno espunte le precedenti ragioni di illiceità.

Ravvisano parimenti nell'art. 1972, co. 1, c.c. un limite eccezionale all'esplicarsi dell'autonomia dei privati, S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, 112 e F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1999, 562, benché quest'ultimo A. mostri perplessità nel reputare del tutto convincente “una spiegazione fondata su concetto – come quello di sanzione, e in sostanza di pena privata – non molto praticato nel diritto dei contratti”.

la causa”)<sup>177</sup>, pur non essendo tale<sup>178</sup>. Il contratto fraudolento, infatti, appare oggettivamente dotato di minore offensività persino rispetto ad un contratto meramente contrario a norme imperative (cd. illegale, cfr. art. 1418, co. 1), atteso il contrasto solo indiretto del primo con la norma imperativa ed il contrasto diretto del secondo<sup>179</sup>. In virtù di ciò, il regime giuridico del contratto elusivo è aggravato dall’equiparazione al trattamento del contratto illecito, più intensamente riprovato dall’ordinamento (anche rispetto al contratto meramente contrario a norme imperative). Nel comminare un trattamento così severo, ispirato anche da una funzione afflittiva (arg. ex art. 1972, co. 1, c.c.), l’ordinamento manifesta una

---

<sup>177</sup> Sono state offerte in dottrina varie ricostruzioni della figura in esame. G. GIACOBBE, voce *Frode alla legge*, in *Enc. dir.*, XVIII, 1969, 84 ss., partendo dalla nozione pugliattiana di causa del contratto quale sintesi degli effetti programmati, ritiene che il contratto in frode alla legge sia qualificato da una causa illecita.

F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 191 s., ritiene che il proposito di eludere il divieto costituisca un motivo illecito, il quale rende illecito il negozio. Parimenti, L. CARRARO, *Il valore della massima «fraus omnia corrumpit»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, 790, il quale afferma che il motivo fraudolento è illecito perché contrario al buon costume. *Contra*, G. GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, «sale and lease back»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, 480, il quale sottolinea che la qualificazione di illiceità non può essere riferita al motivo – che, a suo dire, rimane una realtà psicologica priva di rilevanza per il diritto (da trattare “alla stessa stregua delle riserve mentali”, *op. cit.*, 477) –, ma al risultato elusivo attuato: “Il motivo elusivo di per sé non è illecito, oltretutto non è in contrasto con norme imperative, né con l’ordine pubblico, né con il buon costume [...]. Il motivo elusivo di per sé costituisce soltanto una frode sospesa a mezz’aria, o meglio un tentativo di frode neppure sanzionato” (*op. cit.*, 480).

Gli autori, inoltre, si dividono sui caratteri che deve assumere il motivo elusivo. Per la dottrina maggioritaria, esso deve essere comune e determinante: cfr. L. CARRARO, *Il valore della massima*, cit., 790; G. GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge*, cit. 475 ss., spec. 481; U. BRECCIA, *Causa*, in *Alpa-Breccia-Liserre, Il contratto in generale*, cit., 269 s., il quale fa leva sulla “assenza di qualsiasi ulteriore ragion d’essere” al punto che “il vantaggio connesso all’elusione del divieto resti l’unico effettivo fondamento dell’operazione”.

In questo contesto spicca l’autorevole voce contraria di F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 192, il quale esclude che il motivo illecito sia necessariamente il motivo determinante del negozio *in fraudem legi*, in quanto solo per tale via è possibile distinguere compiutamente la fattispecie descritta dall’art. 1344 da quella dell’art. 1345 (diversamente, la prima rischia di diventare un duplicato della seconda).

<sup>178</sup> Propone, in ragione di ciò, riprendendo la classificazione tra contratto illecito ed illegale (su cui *supra*, nota 168), l’inquadramento del contratto fraudolento nel contratto illegale, G. GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, «sale and lease back»*, cit., 480.

<sup>179</sup> Si ricordi che proprio su tale rilievo poggiava la suggestiva critica di V. ROPPO, *op. loc. ult. cit.*, alla distinzione tra contratto illecito e contratto illegale (*supra*, nota 168, cui si rinvia).

riprovazione parimenti intensa verso lo scopo – elusivo, in un caso, illecito, nell'altro – che, in entrambe le ipotesi, anima l'intento negoziale, al punto da equipararne il regime. Sul piano psicologico, in particolare, la carica dolosa dell'intento elusivo pare del tutto equiparabile all'intento illecito: in entrambi vi è volontà di ledere il valore protetto dalla norma imperativa elusa o violata. Ebbene, se questa pare essere l'unica spiegazione plausibile del rigoroso regime del contratto elusivo, *de iure condendo* questa equiparazione andrebbe rimeditata in considerazione della diversa offensività delle due figure, disponendo semplicemente la nullità (e non anche il regime dell'illiceità) del contratto elusivo. Ad ogni modo, *de iure condito*, per effetto di tale equiparazione emerge con più evidenza la natura retributiva ed afflittiva del suo regime giuridico.

Anche l'annullabilità del contratto concluso dall'interdetto legale sembra essere ispirata da una chiara funzione afflittiva<sup>180</sup>: tuttavia, occorre precisare che ad assumere una funzione afflittiva è la pena accessoria dell'imposizione dell'incapacità di agire, cui consegue – solo come logico corollario – l'annullabilità del contratto. La sanzione sta, dunque, nella comminatoria dell'incapacità di agire, cioè nella menomazione coattiva della capacità, la quale rappresenta un'ablazione, cui è possibile assegnare una funzione afflittiva in quanto manca ogni correlazione funzionale tra l'interesse leso (dalla commissione del reato) e l'interesse colpito dalla sanzione (la capacità di disporre dei propri beni ed interessi), cioè tra la causa dell'interdizione e l'incapacità negoziale. La correlazione è, all'opposto, evidente nell'interdizione giudiziale, la quale è pronunciata in vista della protezione del soggetto affetto da un'infermità abituale di mente tale da renderlo incapace di provvedere ai propri interessi.

Con riguardo alla rescissione per lesione, la dottrina meno recente<sup>181</sup> era solita ravvisarvi una sanzione contro l'illecito approfittamento dell'altrui stato di bisogno.

---

<sup>180</sup> Di recente, cfr. ancora F. AZZARRI, *Legittimazione all'impugnativa e convalida del contratto*, cit., 310.

<sup>181</sup> G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, II ed., Napoli, 1962, *passim* e spec. 225; nonché M. COMPORI, *Fondamento e natura giuridica della rescissione del contratto per lesione*, in *Studi senesi*, 1960, 448 ss.

Oltre all'equivocità del termine "sanzione", più volte segnalata in questo studio, non serve spendere molte parole per convincersi che la rescissione del contratto per lesione abbia una funzione correttiva, mai retributiva. Vi sono chiari indizi normativi in tal senso: per un verso, la previsione dell'offerta di riconduzione ad equità (art. 1450 c.c.), che mal si concilia con un'asserita funzione di retribuire il comportamento riprovevole dell'approfittatore, al quale viene invece attribuita la possibilità di prevenire le conseguenze della rescissione con una modificazione delle condizioni contrattuali<sup>182</sup>; per altro verso, forse in modo ancora più significativo, la previsione per cui "la lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta" (art. 1448, co. 3, c.c.), che sarebbe inspiegabile se la funzione della rescissione contrattuale fosse quella di "sanzionare" la condotta riprovevole ("l'illecito") dell'approfittatore. Pertanto, la caducazione del contratto derivante dalla rescissione ha una funzione esclusivamente correttiva: si tratta, cioè, di un rimedio ripristinatorio.

Tralasciando, ora, il prospettato fondamento sanzionatorio della risoluzione (che – lo si anticipa – è da escludere, per ragioni agevolmente intuibili, ascrivendosi la risoluzione ai rimedi ripristinatori) (*infra*, § IV.19), occorre spendere qualche rilievo sulla revocazione della donazione per ingratitudine, alla quale sembra doversi riconoscere una funzione afflittiva, ma occorre ricordare che tale peculiare figura di caducazione della donazione non ha un fondamento patologico, non è cioè ascrivibile alla patologia in senso stretto del contratto di donazione, per due ragioni. Per un verso, le cause di revocazione per ingratitudine non individuano uno stato patologico del contratto, una difformità dal modello indice di una lesione di un interesse meritevole, ma sono rappresentate da illeciti o inadempimenti dolosi (l'omicidio tentato o consumato dal donatario contro la persona del donante, del coniuge, dei suoi ascendenti e discendenti, reati per i quali siano applicabili le norme sull'omicidio perpetrati dal donatario contro i predetti soggetti, denuncia calunniosa o falsa testimonianza del donatario contro i predetti soggetti relativa ad

---

<sup>182</sup> Per tale rilievo, E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, 118.

un reato punibile con l'ergastolo o la reclusione non inferiore a tre anni, l'ingiuria grave del donatario contro il donante, il nocumento doloso del patrimonio donante, l'indebito rifiuto degli alimenti<sup>183</sup>, cfr. art. 801 c.c.), successivi all'attuazione del contratto donativo, da cui scaturisce l'esigenza di tutela di altri interessi, etici e familiari, del donante. Per altro verso, la tutela di tali interessi etici e familiari non opera mediante la tecnica della frustrazione affidata alla norma tecnica (cioè l'impedimento del perseguimento dello scopo che l'agente aveva di mira, orientando *ex ante* il comportamento), opera attribuendo al donante il diritto potestativo (ad attuazione giudiziaria, ma ascrivibile alle *pene private*) di *retribuere* gli illeciti dolosi integranti le cause di revocazione per ingratitudine mediante un'ablazione, cioè mediante la rimozione dell'acquisto *donandi causa*<sup>184</sup>. In altri termini, la revocazione per ingratitudine non mira a precludere un ampliamento della sfera giuridica (secondo la logica della frustrazione)<sup>185</sup>, ma ad imporre un decremento patrimoniale a tutela di un interesse etico o familiare sopravvenuto del donante: l'interesse leso dall'illecito doloso del donatario non è in alcun rapporto funzionale con l'interesse colpito dalla conseguenza afflittiva (quello relativo al bene donato).

Infine, rimane la nullità parziale del mutuo usurario (art. 1815, co. 2, c.c.), di cui si è prospettata – da più voci – la natura sanzionatoria (*recte*, afflittiva), ma qui non abbiamo una caducazione né, dunque, una frustrazione: alla patologia consegue, come si porrà in rilievo nel prossimo paragrafo, la conservazione del

---

<sup>183</sup> Il rifiuto, con il quale si manifesta la volontà di non adempiere l'obbligazione alimentare, è indebito allorché l'obbligazione indubbiamente sussiste (si tratterà, dunque, di un inadempimento doloso per gli effetti di cui all'art. 1225 c.c. ed, inoltre, se reso in forma scritta, di un rifiuto tale da costituire in mora l'obbligato alimentare *ex art.* 1219 c.c.); il rifiuto, all'inverso, non è indebito se vi sono altri donatari tenuti al concorso alimentare e non è certa la misura cui ciascun donatario è tenuto *ex art.* 441 c.c.

<sup>184</sup> *Contra*, con ricchezza di argomenti, D. BUZZELLI, *Revocazione della donazione e volontà del donante*, in *Contr. impr.*, 2020, 982 s.

<sup>185</sup> La norma sulla patologia partecipa dello schema ottativo della norma tecnica ("Se non vuoi *B*, allora devi *A*"), al fine di orientare la condotta dei contraenti nel ciclo di vita del contratto (che va dalla formazione all'esecuzione): tale profilo non pare riscontrabile, in quanto la perdita dell'acquisto donativo è prevista quando lo scopo contrattuale (cioè lo spirito di liberalità) è già stato pienamente attuato per effetto dell'esecuzione del contratto.

contratto per effetto della manutenzione eteronoma del contratto di mutuo da oneroso a gratuito. Non può dubitarsi della natura affittiva di tale comminatoria, ma essa esula dalla tecnica della frustrazione e sarà esaminata *infra, sub* II.10.

Ebbene, volendo tirar le somme dell'analisi compiuta, risulta confermato che la caducazione del contratto conseguente alla patologia secondo la tecnica della frustrazione non assume, di regola, natura affittiva, in quanto all'inefficacia originaria (derivante dalla nullità) o successiva (derivante dall'annullamento, dalla rescissione o dalla risoluzione) non può riconoscersi natura retributiva della lesione dell'interesse tutelato dalla norma sulla patologia.

#### *10. Patologia e principio di conservazione del contratto. I rimedi conservativi.*

Occorre riavvolgere le fila del discorso, ricordando che l'indagine sulla funzionalità giuridica della patologia contrattuale ha preso le mosse dal piano teorico, muovendo dal quale si osservava che a fronte di una situazione di fatto non corrispondente alla norma, l'ordinamento può reagire in due direzioni: tendendo alla conservazione del valore protetto dalla norma violata mediante la predisposizione di una *sanzione*, cioè di una conseguenza giuridica sfavorevole al fine di modificare l'azione deviante dei consociati; oppure conservando il fatto, pur difforme dalla norma, predisponendo i modi per la sua *innovazione* (cfr. *supra*, §§ II.5-6).

Sinora si è esaminato il fenomeno patologico nella direzione della sanzione, intesa in senso lato, nella particolare forma della frustrazione, cioè del venir meno dello scopo perseguito dalle parti del contratto patologico per effetto della sua caducazione. In questa direzione, la norma sulla patologia sancisce la conseguenza giuridica sfavorevole volta alla rimozione del contratto affetto da un'anomalia, al fine di orientare l'osservanza del modello prescelto dal legislatore.

Occorre, ora, indagare i limiti di tale congegno tecnico e vagliare le alternative ad esso. In una visione ideale del fenomeno patologico, qualora la minaccia della frustrazione non si rivelasse sufficiente ad orientare le parti verso l'osservanza del

modello, la caducazione del contratto dovrebbe indurre le parti, qualora fossero ancora interessate alla soddisfazione del bisogno che le aveva spinte a contrarre, verso un nuovo episodio di esercizio di autonomia contrattuale scevro da anomalie; nuovo episodio che potrebbe anche intercorrere tra gli stessi soggetti, ma che probabilmente vedrà protagonisti soggetti diversi. In definitiva, volendo ordinare da un punto di vista teleologico il fenomeno immaginato dal legislatore con la comminatoria della caducazione contrattuale per l'inosservanza del modello, è possibile isolare la seguente sequenza, avendo di mira il raggiungimento dello scopo che ciascuna parte si prefiggeva con il contratto patologico: rappresentazione del bisogno ad opera delle parti, contratto affetto da patologia, caducazione dello stesso, nuovo esercizio di autonomia privata, soddisfazione del bisogno<sup>186</sup>.

Tale sequenza ha, però, per un verso, il grave vizio di prestarsi ad un uso strumentale dell'impugnazione del contratto ad opera del contraente pentito, perché ha concluso un contratto sconveniente ed ha interesse a liberarsi dal vincolo per reperire un'alternativa più allettante sul mercato. Per l'altro, la descritta sequenza rappresenta una soluzione poco efficiente nella misura in cui, da un lato, rende incerti gli effetti contrattuali, in quanto esposti alle azioni caducatorie ed alle relative eccezioni volte a paralizzare la domanda di adempimento di un contratto affetto da patologia (con l'intervento probabile e, talvolta, necessario del giudice), ed in particolare, dall'altro, impone un'attività dispendiosa per le parti, volta alla stipula di un nuovo contratto per il soddisfacimento del medesimo bisogno.

---

<sup>186</sup> Tale sequenza è stata enucleata, riducendo sul piano teleologico la struttura dell'atto volontario articolata, secondo il procedimento psicologico, da V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., 278 ss., secondo cui l'atto volontario che contraddistingue il negozio giuridico non rivela mai un evento semplice, ma un procedimento psicologico – che trova il suo inizio (o stimolo) in una sensazione cosciente di bisogno, il suo sviluppo nella rappresentazione del bene e nel giudizio di idoneità del bene a soddisfare quel bisogno, e la sua conclusione nel compimento dell'atto necessario al soddisfacimento del bisogno – rispetto al quale il negozio giuridico si presenta come strumento per risolvere il conflitto di interessi che si frappone al soddisfacimento del bisogno.

In tale ordine di ragioni deve ricercarsi il fondamento del principio di conservazione<sup>187</sup> del contratto patologico, superando il gravoso dubbio posto da autorevole dottrina<sup>188</sup>: la conservazione, in luogo della caducazione, del contratto patologico evita la duplicazione dell'esercizio dell'autonomia privata<sup>189</sup> alla stregua del principio di economicità dei mezzi giuridici, di cui risulta una precipua, nonché saliente, espressione<sup>190</sup>. Non deve dimenticarsi che l'autonomia privata è, per natura, mezzo giuridico strumentale al raggiungimento di uno scopo: pertanto, la conservazione agisce proprio là dove è ancora possibile raggiungere il fine senza

---

<sup>187</sup> Il rilievo sistematico del principio di conservazione è indiscusso nella dottrina, cfr. C. FADDA, *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1909, 254 s.; D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937, 67 ss.; C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico: con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, 161 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 362 s. e 508; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 147, 157, 232, 241, 246, 248 ss., 252; L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 376, 394 ss.; G. STELLA RICHTER, *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 411 ss. Di recente, S.P. CERRI, *Conservazione e adeguamento del contratto*, Napoli, 2020, 11 ss.

<sup>188</sup> C. GRASSETTI, voce *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 176, il quale dubitava del fondamento unitario del principio di conservazione in relazione ai due fenomeni appartenenti a campi ben distinti, quello della interpretazione e quello dell'efficacia. L'autorevole giurista individuava la *ratio* informatrice del principio di conservazione come principio interpretativo nel principio di economicità (parimenti a quanto qui indicato nel testo) e nella presunzione della serietà di propositi di chi emette una dichiarazione di volontà, privata o statutale (*op. cit.*, 173). Del resto, il dubbio era alimentato dall'eterogenea *ratio* che la dottrina del tempo era solita attribuire al principio di conservazione quando riferito all'efficacia del contratto (cfr. nota seguente), la quale sembrava non potesse trovare alcuna sintesi con l'esposto fondamento del principio ermeneutico di conservazione, il quale veniva sintetizzato nella regola del "massimo significato utile" del contratto o della clausola, nel dubbio sul suo senso (cfr. altresì, ID., *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit., 161 ss.).

<sup>189</sup> Peraltro, appare al riguardo significativo che, in alcuni tassativi casi, il legislatore, proprio in considerazione della circostanza che la patologia che infirma il negozio, per la morte del donante o del testatore (artt. 590 e 799), non può essere eliminata mediante un nuovo episodio di esercizio di autonomia privata, predispone i modi per la conservazione del negozio non più rinnovabile.

<sup>190</sup> Si è soliti richiamare, al riguardo, la generale esigenza dell'oggettiva sicurezza (o certezza) dei rapporti giuridici, cui la dottrina era solita giustificare il principio di conservazione in relazione all'invalidità: così, G.B. FUNAJOLI, *Invalidità della volontà negoziale e conservazione del negozio giuridico*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947-8, I, 215 ss. Tale esigenza è senza dubbio presente, ma poco idonea a caratterizzare il fondamento del principio di conservazione: può dirsi che l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici ne incentiva l'impiego, ma non può porsi a fondamento di esso.

moltiplicare i mezzi<sup>191</sup>. Deve, dunque, essere ribadito con fermezza che il principio di conservazione è connaturale all'indole strumentale dell'autonomia privata, la quale è pur sempre mezzo giuridico concesso dall'ordinamento per uno scopo<sup>192</sup>: l'autonomia, ma ordinata, composizione degli interessi delle parti in conflitto, che si frappongono al soddisfacimento dei bisogni degli individui.

Chiarito il fondamento sistematico del principio di conservazione del contratto, a ciò si aggiunga che esso consente di evitare un uso strumentale ed opportunistico dei rimedi caducatori ad opera del contraente pentito<sup>193</sup>, valorizzando la serietà dell'impegno negoziale<sup>194</sup> in un'ottica di efficienza del sistema. Non sembra doversi spendere molte parole su tale rilievo, in quanto la prassi applicativa ben evidenzia come l'impugnativa negoziale si fondi sempre sulla valutazione dei costi e dei benefici prodotti dall'effetto restitutorio nella sfera patrimoniale della parte impugnante.

Tornando, allora, al piano delle reazioni dell'ordinamento alla patologia, la conservazione – in alternativa alla caducazione – rappresenta, dunque, la seconda direzione verso cui può volgere la patologia, la quale non conduce ineluttabilmente

---

<sup>191</sup> Nitidamente L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 395, ritiene di assegnare la seguente, ampia, formulazione al principio di conservazione: "l'attività negoziale deve potersi mantenere in vigore il più che possibile al fine della realizzazione dello scopo pratico perseguito" (corsivo dell'A.). E chiarisce: "così si intende che non la data dichiarazione di volontà, così com'è nata, deve valere; è l'attività negoziale in genere che va sprecata; ciò, però, sempre che possa realizzarsi lo scopo perseguito".

<sup>192</sup> Afferma limpidamente C. GRASSETTI, voce *Conservazione (principio di)*, 174, che in tanto di conservazione si può parlare, in quanto non risulti dall'interpretazione in concreto che le parti non hanno voluto, o non hanno potuto, raggiungere uno scopo di privata autonomia: in tal caso non si tratterebbe più di conservare, ma di creare, su basi insussistenti o inidonee.

<sup>193</sup> Su un altro piano, tale pragmatica considerazione, del resto, orienta R. SACCO, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, cit., 22, 26, 612, a prendere atto con favore dell'assenza, nel nostro ordinamento, di una norma che sancisca la nullità del contratto ingiusto perché, in tal modo, si sarebbe solo offerto al contraente pentito un'impugnativa intitolata ad un vizio, impossibile da definire in astratto, che avrebbe creato una incertezza incompatibile "con una delle funzioni primarie del contratto che è quella di offrire alle parti [...] l'appoggio che possono garantire rapporti giuridicamente certi e indiscutibili".

<sup>194</sup> Questo pare un altro significativo punto di contatto con il principio di conservazione sul versante ermeneutico, ispirato – come detto – anche ad una presunzione di serietà di propositi di chi emette una dichiarazione di volontà (C. GRASSETTI, voce *Conservazione (principio di)*, cit., 173).

alla demolizione del contratto, ma apre alla sua *innovazione* sulla base di un nuovo giudizio di valore racchiuso in una distinta norma, che detta un *modo* alternativo di tutela volto alla conservazione del contratto.

Sulla scorta di tali rilievi, è allora possibile concludere che l'ordinamento al pari di come reagisce, in termini generali, innanzi ad un fatto deviante con la *sanzione* del fatto (per adeguare l'azione alla norma) ovvero con l'*innovazione* del giudizio di valore che regola il fatto (adeguando, all'inverso, le sue norme al fatto deviante), così, con riguardo alla patologia contrattuale, innanzi alle ipotesi di difformità dal modello, può optare per la *caducazione* del contratto patologico, oggetto di un giudizio di disvalore ad opera dell'ordinamento, al fine di riaffermare il valore sotteso alla norma sulla patologia violata, oppure può optare per la *conservazione* del contratto, pur difforme, alla stregua di un nuovo giudizio di valore che ne promuove l'innovazione.

E similmente avviene sul piano delle tutele: come alla sanzione sono correlativi i rimedi caducatori, così all'innovazione sono correlativi i rimedi conservativi.

Il punto va ora approfondito, perché rimangono sensibili differenze. I *rimedi caducatori*, sia che operino in funzione impeditiva della modificazione giuridica astrattamente conseguente al contratto patologico sia che operino in funzione ripristinatoria dello *status quo ante*, sono tutti volti – per mezzo di un'azione di impugnazione – alla *rimozione* del contratto affetto dal vizio, esplicandosi in ciò la funzione *correttiva* del rimedio (cfr. *supra*, § II.5 e II.9). Del pari le eccezioni inibitorie (di nullità, annullabilità, etc.) sono volte a paralizzare l'altrui domanda di adempimento, impedendo la modificazione materiale della realtà. In altri termini, i rimedi caducatori ed inibitori, gli uni attivi (sperimentabili in via di azione) e gli altri passivi (sperimentabili in via di eccezione), sono pur sempre *retrospettivi*, nella misura in cui tendono a conservare la realtà anteriore al contratto, rimuovendo quest'ultimo o le sue conseguenze materiali o giuridiche dall'ordine giuridico.

La conservazione del contratto patologico è affidata – come è agevole ipotizzare – ai *rimedi conservativi*: allorché ci si pone nell'ottica della conservazione, i rimedi acquistano valore *propulsivo*, cioè sono volti ad imprimere

un'innovazione nel contratto, consistente nella sua *modificazione* in funzione della sua attuazione, talvolta – dunque – in termini diversi da quelli originariamente programmati.

La conservazione del fatto deviante riposa sempre su un elemento innovativo, giacché non può ammettersi che il fatto deviante venga conservato negli stessi termini genetici in cui si era posto, per l'ordinamento, come violazione di una norma: l'adeguamento delle norme al fatto avviene, dunque, mediante l'individuazione dell'elemento innovativo che imprime la modificazione al fatto deviante<sup>195</sup>, ovverosia mediante una sua nuova valutazione in funzione conservativa. La conservazione, dunque, opera mediante la *modificazione*: questo è il suo dato strutturale.

In ragione di ciò, per alludere al concetto di modificazione in funzione conservativa si ritiene preferibile adottare l'evocativa espressione, invalsa nella letteratura giuridica, di *manutenzione del contratto*, in luogo dei vocaboli, piuttosto generici, altresì impiegati dalla dottrina: al riguardo, si segnala, peraltro, la moderna tendenza a sostituire il termine *convalescenza*<sup>196</sup>, impiegato dalla dottrina tradizionale, con il vocabolo *recupero*<sup>197</sup> del contratto invalido (dal lat.

---

<sup>195</sup> Per un esempio di conservazione di un fatto deviante mediante innovazione si consideri la prescrizione del credito (su cui già *supra*, § II. 5): l'inerzia prolungata del creditore innova il mero inadempimento del debitore, il quale originariamente rappresentava la violazione dell'obbligazione, ma che, per effetto della prescrizione, viene conservato a discapito del debito.

<sup>196</sup> A. ROCCO, *La convalescenza dei negozi giuridici e l'art. 137 cod. comm.*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1910, II, 178 ss.; G. PACCHIONI, *Contro la c.d. ratifica rinnovazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, 86; A. ROCCO, *Ancora sulla convalescenza dei negozi giuridici e l'art. 137 cod. comm.*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, 301 ss.; G. PACCHIONI, *La convalescenza dei negozi giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, I, 860 ss.; E. BETTI, voce *Convalescenza del negozio giuridico (dir. vig.)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959 (rist. 1981), 789 s.

<sup>197</sup> E. FINZI, *Studi sulle nullità del negozio giuridico. I: l'art. 1311 del codice civile*, Bologna, 1920, 71; SALV. ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*, Firenze, s.d. (ma 1953), 40; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1975, 899 (espressione mantenuta dall'A. nell'ult. ed. già citata, ID., in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, IV ed., cit., 1546 ss.); A. NEGRI, *Il recupero dell'atto nullo mediante esecuzione. Il sistema francese e il sistema italiano*, 1981, *passim*; G.B. FERRI, *Il c.d. recupero del negozio invalido*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1986, I, 1; V. ROPPO, *Il Contratto*, II ed., in *Tratt. Iudica-Zatti*, 2011, 796 s.; S. MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, 174 ss.

*convalescere*, “guarire”, “recuperare”). Tuttavia, si tratta di espressioni figurate, contrassegnate da un alone di genericità, al quale è possibile riferirsi solo in via di approssimativa.

Piuttosto, muovendo dal concetto di manutenzione, i rimedi conservativi possono essere suddivisi in due specie, essenzialmente descrittive, in ragione del punto di incidenza della modificazione<sup>198</sup>.

Qualora la modificazione colpisca il profilo contenutistico (o oggettivo) del contratto, la conservazione del contratto opera mediante la *manutenzione del regolamento*. Possono ascrivere a tale modulo descrittivo, senza pretese di completezza, la nullità parziale oggettiva (art. 1419 c.c.), la nullità parziale soggettiva (art. 1420 c.c.), l’annullabilità parziale soggettiva (art. 1446 c.c.), la risoluzione parziale soggettiva (art. 1459 c.c.)<sup>199</sup>, la conversione del contratto nullo

---

<sup>198</sup> A tratti simile, ma non corrispondente a quella nel testo né pienamente convincente, è la classificazione bettiana della *sanatoria* del negozio giuridico in *convalescenza* del negozio e *conferma* (o *convalida*) del negozio, in ragione dell’oggettiva sopravvenienza del presupposto di validità in origine mancante ovvero della rinuncia o decadenza dal mezzo di impugnativa, da un lato, e l’ipotesi dell’atto giuridico positivo di conferma, come nuovo atto consapevolmente diretto al fine di sanare il negozio viziato, dall’altro. Cfr. E. BETTI, voce *Convalescenza del negozio giuridico (diritto vigente)*, cit., 789 s.; ID., voce *Convalida o conferma del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959 (rist. 1981), 790 s.

Il Betti inquadra nella convalescenza la ratifica (art. 1399) quale ipotesi di sopravvenienza del presupposto di validità in origine mancante (cioè, la cd. legittimazione al negozio), unitamente alla sopravvenienza della proprietà tanto nel testatore disponente un legato di cosa altrui (art. 651, co. 2 c.c.) quanto nel venditore di cosa altrui (art. 1478 c.c.). Ma se nel primo caso la patologia del legato di cosa altrui (*sub specie nullitatis*) può spiegarsi in chiave di difetto causale dell’attribuzione a titolo particolare, essendo la successione *mortis causa* (anche a titolo particolare) volta alla trasmissione del patrimonio ereditario, e non può evidentemente trasmettersi ciò che non è compreso nell’asse ereditario, nel secondo caso la vendita di cosa altrui non incorre in alcuna patologia, valendo – in base ad una precisa scelta legislativa – come vendita obbligatoria, di cui la sopravvenienza della proprietà in capo al venditore permette l’attuazione. In questo secondo caso appare piuttosto difficile discorrere di sanatoria, così come di convalescenza.

<sup>199</sup> La denominazione di “soggettiva” con riferimento alla nullità parziale (art. 1419 c.c.), all’annullabilità parziale (art. 1446 c.c.) ed alla risoluzione parziale (art. 1459 c.c.) non deve trarre in inganno: in tali ipotesi, il dato qualificante delle tre fattispecie è la *partecipazione* (che, nell’art. 1459 c.c., si declina specificamente nella *prestazione*) del contraente il cui vincolo viene caducato, al fine di apprezzare le ricadute del venir meno di essa sul restante assetto di interessi. Il venir meno della partecipazione di un contraente (e della sua prestazione) non può che apprezzarsi su un piano prettamente oggettivo.

(art. 1424 c.c.), la rettifica (art. 1432 c.c.), l'offerta di riconduzione ad equità (art. 1450, 1467, 1468), la riduzione della controprestazione per impossibilità parziale sopravvenuta dell'altra (art. 1464 c.c.) o del corrispettivo per vizi e difformità dell'oggetto della prestazione caratteristica (nella compravendita, cd. *actio aestimatoria*, art. 1492 c.c.; nella locazione, art. 1578 c.c.; nell'appalto, art. 1668 c.c.)<sup>200</sup>.

La modificazione in funzione conservativa può altresì investire il profilo soggettivo del contratto, al fine di operare la *manutenzione dell'imputazione* della fattispecie contrattuale, cioè, variamente, affiancando o innovando la precedente imputazione ovvero ancora facendo luogo di quella (in precedenza) mancante: si allude, in particolare, rispettivamente, alla conferma (art. 799)<sup>201</sup>, alla **convalida** (artt. 1423, 1444, 1451 c.c.)<sup>202</sup> ed alla ratifica (art. 1399 c.c.).

---

<sup>200</sup> La riduzione della controprestazione o del corrispettivo sembrano essere specifiche ipotesi di riconduzione ad equità del contratto, non oggetto di offerta (cfr. l'art. 1468 c.c. che prevede la riduzione della prestazione in funzione della sua riconduzione ad equità).

<sup>201</sup> Sono noti i numerosi dubbi della dottrina sulla possibilità di attribuire alla conferma della donazione nulla (art. 799), così come della disposizione testamentaria nulla (art. 590 c.c.), l'idoneità ad essere considerate casi di *sanatoria* di negozi nulli. Cfr. F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, 65 s., 138 ss.; R. TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 893; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio*, Napoli, 1983, 237 ss.; R. CAPRIOLI, *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, Napoli, 1985, 80 ss., 88 ss., 103 ss.

Si tende così a ravvisare nella conferma una fattispecie complessa, della quale il contratto nullo sarebbe mera componente o presupposto di fatto. Cfr., A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, 176. In tal senso già si esprimeva, sotto il vigore del precedente codice, con riferimento all'art. 1311 c.c. abr., A. FALZEA, *La condizione e gli elementi accidentali dell'atto giuridico*, cit., 44, il quale rilevava che, in casi sempre eccezionali, l'ordinamento riconosce che "la parte di fattispecie centrale già venuta ad esistenza possa venire utilizzata non più in funzione del ciclo formativo regolare, che rimane definitivamente e *insanabilmente* interrotto, sibbene in funzione di un ciclo irregolare, che si perfeziona con l'intervento di ulteriori fatti, ai quali non può non riconoscersi carattere costitutivo accanato a quelli già realizzati" (corsivo aggiunto).

<sup>202</sup> La convalida sconta, però, l'eterogeneità delle cause di annullabilità cui può in astratto conseguire: le tradizionali ipotesi di vizi del consenso (art. 1427 c.c.), di incapacità legale di agire e naturale (art. 1425 c.c.), di conflitto di interessi (art. 1394 c.c.) possono essere ricondotte ad un vizio o difetto dell'imputazione qualificata che deve sussistere tra il soggetto ed il negozio. Affine a tali ipotesi è l'alienazione di beni immobili e mobili registrati in comunione legale da parte di un solo coniuge (art. 184 c.c.), ove si registra, più che un vizio, un difetto di imputazione. Maggiormente difficoltoso è attribuire l'indicata funzione di imputazione alla

Manutenzione del regolamento e dell'imputazione sono i moduli tipici della conservazione, la quale, però, sotto l'influsso della legislazione speciale, ha conosciuto nuovi profili di emersione. Si è già accennato alle nullità da inosservanza di oneri extracivilistici (fiscali, urbanistici, etc.), le quali provocano un difetto nella fattispecie contrattuale sanzionato con la caducazione. In tali casi l'adempimento tardivo dell'onere consente, a certe condizioni (là dove, cioè, la norma extracivilistica lo consenta), di colmare il difetto patologico del contratto, escludendone la caducazione (si consideri la registrazione tardiva della locazione esclude la nullità fiscale derivante dall'omessa registrazione *ex art. 13, co 1, L. 9 dicembre 1998, n. 431, ed art. 1, co. 346, L. 30 dicembre 2004, n. 311*; le nullità urbanistiche previste dall'art. 17, L. 28 febbraio 1985, n. 47, ora art. 46 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e dall'art. 40, L. 28 febbraio 1985, n. 47, in relazione alle quali è prevista, oltre alla nullità, la possibilità di "conferma" mediante atto unilaterale successivo che contenga la menzione omessa)<sup>203</sup>.

---

convalida là dove l'annullabilità dipenda da un divieto speciale di comprare (art. 1471 nn. 3 e 4) o dall'inadempimento di un obbligo informativo (art. 1892 c.c.) o di un'obbligazione (come nel patto di famiglia, in relazione all'inadempimento del beneficiario nei confronti dei legittimari non partecipanti al patto; anche se qui francamente sembra che il ricorso all'annullabilità sia stato giustificato solo dall'irragionevole ritrosia a concedere il rimedio risolutorio ad un contratto non corrispettivo). Uscendo dal panorama contrattuale, in relazione agli atti autoritativi privati delle collettività organizzate l'annullabilità diviene rimedio generale contro la violazione di una norma imperativa (cfr. artt. 23, co. 1, 1137, co. 2, 2377, co. 2, c.c.).

<sup>203</sup> La registrazione tardiva del contratto di locazione impedisce (per la S.C., testualmente, "sana") la nullità, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 17 settembre 2015, n. 18213, relativa alle locazioni di immobili urbani ad uso abitativo, con riferimento alla nullità *ex art. 13, co 1, L. 9 dicembre 1998, n. 431*; nonché Cass. civ., Sez. Un., 9 ottobre 2017, n. 23601, relativa alle locazioni di immobili urbani ad uso diverso, con riferimento alla nullità *ex art. 1, co. 346, L. 30 dicembre 2004, n. 311*.

Non deve confondersi con tale questione, la diversa ipotesi di nullità della simulazione relativa del canone: ivi è colpito da nullità il solo patto dissimulato (occulto) di maggiorazione del canone e tale nullità non è impedita dalla successiva rettifica della registrazione (cfr. Cass. civ., Sez. Un., 17 settembre 2015, n. 18213, relativa alle locazioni di immobili urbani ad uso abitativo; Cass. civ., Sez. Un., 9 ottobre 2017, n. 23601, relativa alle locazioni di immobili urbani ad uso diverso). In tal caso la registrazione di un contratto di locazione, seppur simulato (cioè per un canone inferiore), vi era stata. È evidente che in tal caso si intende colpire l'intento elusivo dell'operazione simulatoria, in chiave afflittiva.

Le esemplificazioni proposte confermano che la modificazione, quale dato strutturale della conservazione del contratto, è funzionale al superamento ovvero alla rimozione della difformità patologica o del suo singolo punto di incidenza nel fatto oggetto di conservazione: dunque, rimozione (non del contratto, ma) del *vizio* che infirma il contratto<sup>204</sup>. Chiaramente il vizio, o meglio il fatto in cui consiste, non viene rimosso sul piano storico (*factum infectum fieri nequit*)<sup>205</sup>; se si condivide

---

<sup>204</sup> Con riferimento alla “sanatoria”, dopo averne indagato l’etimologia (deriva dal latino *sanabilis*, “capace di essere sanato”), G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., 10, distingue, invece, due accezioni di sanatoria: da un lato, “guarire dal male” eliminando totalmente il vizio (artt. 30, co. 4-*bis*, e 46, co. 4, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380; artt. 2332 e 2379-*bis* c.c.); “alleviare il male” attenuando il vizio senza eliminarlo (artt. 590 e 799 c.c. nonché art. 2652 n. 6 c.c.). Nel primo caso, i negozi sono recuperati alla dinamica giuridica grazie alla eliminazione *ab origine* del vizio; nel secondo caso, il vizio non è eliminato all’origine, ma semplicemente recuperato all’efficacia, sia pure relativa (come nel caso degli artt. 590 e 799 c.c., ove la nullità della disposizione testamentaria e della donazione non può essere fatta valere soltanto da chi le ha confermato o vi ha dato volontaria esecuzione; e parimenti nel caso dell’art. 2652 n. 6 c.c., ove la cd. trascrizione sanante opera soltanto a favore dei terzi di buona fede).

In realtà, l’impiego del concetto di sanatoria con riferimento a queste ultime ipotesi non è pacifico, in quanto secondo una diffusa opinione, esse si limitano ad individuare una fattispecie complessa, della quale il contratto nullo sarebbe mera componente o presupposto di fatto. Cfr., *supra*, la dottrina citata alla nota 201.

Ad ogni modo, a prescindere dalla natura giuridica ci sembra che entrambe le prospettazioni – se si esclude l’ipotesi della trascrizione sanante *ex art. 2652 n. 6 c.c.* (che non pare ascrivibile al concetto di sanatoria del negozio) – possano ascrivere al concetto di modificazione in funzione conservativa.

<sup>205</sup> L’impiego dell’espressione “rimozione del vizio”, a prima vista, sembra poter entrare in conflitto con alcune petizioni di principio che si riscontrano in dottrina: cfr. A. ROCCO, *La convalescenza dei negozi giuridici e l’art. 137 cod. comm.*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, II, 178 ss., secondo il quale una correzione del negozio difettoso è logicamente e psicologicamente inammissibile (cui aggiunge il rilievo che la sanatoria non cancella il vizio organico che ne accompagnò la nascita, ma comporta solo l’eliminazione degli effetti giuridici dell’imperfezione); più di recente, G.B. FERRI, *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, ed. *on-line*, nn. 1 e 4, il quale esattamente rileva che i vizi del negozio, così come la mancanza di capacità, sono fatti storici che, una volta accaduti, non possono essere cancellati; altresì, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 798.

Tali autorevoli studiosi riaffermano, in sostanza, la validità della nota massima plautina, *factum infectum fieri nequit*: tuttavia, non deve dimenticarsi che il contratto non si identifica con i comportamenti storici che l’hanno occasionato né dunque con gli ulteriori fatti storici vizianti: sul piano giuridico, può bene recidersi l’incidenza patologica che questi ultimi fatti storici hanno avuto sul contratto.

la tesi, sopra formulata (*sub* § I.3), per cui il contratto va concepito come realtà giuridica autonoma dai comportamenti storici che l'hanno occasionato, è ben possibile recidere, su un piano esclusivamente giuridico, il legame storico sussistente tra il vizio ed il contratto, che ne aveva originariamente determinato lo stato patologico. Sul piano della realtà giuridica, nulla impedisce di operare valutazioni distinte dei fatti storici vizianti, sino al punto da confinarli nell'oblio: con l'impiego dell'espressione figurata “rimozione del vizio” vuole, così, alludersi al suo *superamento*, quale tratto funzionale distintivo della modificazione operata sul contratto<sup>206</sup>.

A questo punto, i precedenti rilievi, seppur muovendo dal dato strutturale unitario della conservazione consistente nella modificazione, consentono – similmente a quanto visto a proposito della frustrazione, come forma di sanzione in senso lato – di individuare l'elemento funzionale della conservazione, il quale pare nitidamente ascrivibile alla funzione *correttiva* (cfr. *supra*, §§ II.5 e II.9): mediante la modificazione impressa al contratto patologico, per rimuoverne il vizio, si realizza la tutela dell'interesse leso dalla patologia<sup>207</sup>.

---

Preferisce adottare l'efficace lessico figurato, qui impiegato, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 258, il quale, a proposito della convalida, rileva che essa “ripara il difetto del negozio”. Parimenti, E. BETTI, voce *Convalida o conferma del negozio giuridico*, cit., 791, che discorre di rimozione del vizio.

<sup>206</sup> Tale modo di intendere la rimozione, dovrebbe anche stemperare le discussioni sul valore di *sanatoria* di alcune fenomeni conservativi, quale la conferma della donazione nulla (art. 799 c.c.; e della relativa ipotesi di cui all'art. 590 c.c.), nella quale è evidente che sul piano storico il vizio non può essere rimosso, tuttavia se ne consente – a date condizioni – il superamento in considerazione della circostanza che la patologia che infirma il negozio, per la morte del donante (o del testatore), non può essere eliminata mediante un nuovo episodio di esercizio di autonomia privata.

<sup>207</sup> Osserva, efficacemente, A. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, cit., 205, con riferimento alle nullità di protezione che comminano la nullità parziale necessaria (dunque, ascrivibili alla manutenzione del regolamento contrattuale): “l'effetto protettivo non sta in sé nella distruzione del contratto ma nella sua modifica, che la nullità, operando finché possibile solo su alcune sue parti, rende possibile. Ma è la modifica, non la nullità, a proteggere”.

Di nullità-funzione che modella il regolamento contrattuale, e quindi di “nullità conformata” parla V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 500.

Sotto la luce della funzione correttiva che parimenti li ispira, devono però apprezzarsi le differenze tra la tutela conservativa e la tutela caducatoria: la prima si limita a rimuovere il vizio o a colmare il difetto che affligge il contratto; la seconda, per rimuovere il vizio, travolge l'intero contratto, tendendo a ristabilire la situazione anteriore allo stesso. Ciò consente di apprezzare la maggiore efficienza della prima rispetto alla seconda, il che suggerisce, vista l'identità funzionale, di preferire, ove possibile, la conservazione alla caducazione del contratto. Per tali ragioni, unite alla sua genesi, connaturata alla natura strumentale dell'autonomia privata, deve assegnarsi al principio di conservazione natura di principio generale dell'autonomia privata.

L'esame del principio di conservazione del contratto, quale espressione del principio di economicità dei mezzi giuridici, deve concludersi con l'individuazione dei suoi limiti, al fine di delimitarne l'ambito, evitando imprecisi coinvolgimenti del principio con riferimento a fenomeni che non partecipano della sua natura, seppur ascrivibili al fenomeno conservativo in senso lato, come reazione dell'ordinamento opposta e speculare alla sanzione.

Al riguardo, deve muoversi dalla più volte indicata indole strumentale dell'autonomia privata, la quale, consentendo di regolare giuridicamente il conflitto di interessi che si frappone alla soddisfazione dei bisogni dei contraenti, si pone come mezzo per il raggiungimento di uno scopo: la conservazione – si diceva all'inizio del paragrafo – evita la moltiplicazione dei mezzi (imposta dalla caducazione del primo mezzo patologico) per il raggiungimento del medesimo scopo.

Ebbene, in forza di tali premesse, è agevole verificare che può discorrersi di principio di conservazione del contratto, espressione del principio di economicità dei mezzi, solo finché sia possibile operare la modificazione innovativa del contratto patologico in coerenza con lo scopo contrattuale che animava l'intento

negoziale delle parti<sup>208</sup>, altrimenti si sconfinava in fenomeni, pur conservativi, ma retti da altri principi. Si vuol dire che se la manutenzione (del regolamento o dell'imputazione) del contratto altera lo scopo contrattuale così come plasmato dall'intento delle parti, non può invocarsi il principio di conservazione del contratto, ma dovrà vagliarsi quella modificazione alla luce di altri fondamenti normativi.

Si consideri, a mo' di esempio, la disciplina della nullità parziale (*utile per inutile non viziatur*), la quale non è sempre ispirata al principio di conservazione del contratto in tutte le ipotesi in cui esso non viene caducato<sup>209</sup>.

Occorre, al riguardo, notare che dall'esame art. 1419 c.c. possono ricavarsi quattro ipotesi di operatività della patologia in discorso: *a*) la nullità relativa ad una clausola essenziale, che importa la nullità totale (art. 1419, co. 1); *b*) la nullità relativa a clausola inessenziale, che importa la nullità parziale e la conservazione del contratto (interpretazione *a contrario* dell'art. 1419, co. 1); *c*) la sostituzione automatica di clausole nulle con norme imperative, cd. eterointegrazione, ove la nullità della clausola è necessariamente parziale (art. 1419, co. 2, c.c.), con manutenzione imposta del contratto; *d*) le ipotesi di nullità di una clausola non sostituite da diversa norma imperativa, ma neppure soggette alla disciplina dell'art. 1419, co. 1, e, dunque, ancora una volta di nullità necessariamente parziale, con manutenzione imposta del contratto.

---

<sup>208</sup> Così, nell'esaminare l'operatività della conversione del negozio nullo come "trattamento conservativo", E. BETTI, voce *Conversione del negozio giuridico (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959 (rist. 1981), 811, rileva come, in alternativa ad "un effetto negativo di carattere aberrante rispetto al normale intento pratico dell'autore" (cioè quello derivante dalla nullità), mediante la conversione venga in rilievo la possibilità di un effetto diverso "che rientri nella cerchia di tale intento siccome idoneo a realizzarlo".

<sup>209</sup> I rapporti tra principio di conservazione rapporti tra principio di conservazione e nullità parziale sono indagati da G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Milano, 1959, 103 ss.; M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, 55 ss.

Sulla nullità parziale (rinviano agli AA. citati *infra*, § IV.16), come primo riferimento, cfr. V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 687; G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausola vessatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 480; G.B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 11; A. FUSARO, *La nullità parziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, 31; G. GANDOLFI, *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1249.

L'esame delle questioni indicate, al fine di stabilire dove alla patologia consegue la conservazione del contratto, impone il riferimento al già osservato fenomeno della scomposizione del giudizio di conformità in cui consta la patologia (*supra*, § I.2), la quale è uno dei due possibili esiti del *giudizio di conformità* dell'oggetto osservato, indicando la difformità dal modello; l'altro esito è lo stato fisiologico, che all'inverso ne sancisce la conformità: *tertium non datur*.

Ebbene, l'art. 1419, co. 1, c.c. prevede la scomponibilità del modello di riferimento in corrispondenza delle parti dell'oggetto osservato, idonee a fungere da oggetto di un autonomo giudizio di validità. In tali casi, si prospetta il grave problema logico di stabilire se la patologia che investe una singola parte comporta – per necessità – la difformità dell'oggetto valutato dallo schema complessivo<sup>210</sup>. Senza cedere all'inesorabile logica binaria<sup>211</sup>, la risposta al problema dipende, come si è detto, dalla logica di preferenza (proairetica)<sup>212</sup> imposta dallo stesso modello normativo (e dal giudizio di valore ad esso sotteso). In definitiva, si tratta di comprendere, nella struttura del modello normativo, i margini di frazionabilità del giudizio di conformità ed, in particolare, il nesso o la relazione che lega la parte o l'elemento al tutto.

L'art. 1419, co. 1, c.c. si affida alla valutazione di essenzialità della porzione di regolamento contrattuale colpita da nullità, occorrendo accertare se i contraenti avessero concluso il contratto senza quella parte di contenuto colpita da nullità: si ritiene, a ragione, che tale norma sia espressione del principio di conservazione del contratto, quale espressione del principio di economicità dei mezzi giuridici. La ricerca (“se risulta”, recita la norma) della volontà ipotetica dei contraenti,

---

<sup>210</sup> Cfr., ancora, il già citato F. MODUGNO, voce *Validità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, 3 ss.

<sup>211</sup> Secondo la logica binaria, da un lato, la conformità postula l'assenza di qualsivoglia difformità e, dall'altro, la patologia implica l'assenza di totale conformità (dunque: la parziale difformità implicherebbe ineluttabilmente la patologia).

<sup>212</sup> Cfr., ancora, per tale decisivo rilievo, F. MODUGNO, voce *Validità (teoria generale)*, cit., 1 ss. secondo cui si tratterà di un giudizio di conformità in senso debole (testualmente, di “validità in senso debole”) come “non (rilevante) disformità”.

strutturata secondo un giudizio futuribile ancorato all'interpretazione teleologica<sup>213</sup>, consente di stabilire se il contratto, menomato di alcune sue parti, sia reputato in linea con lo scopo che le parti si prefiggevano con il contratto. La conservazione del contratto, per effetto della comminatoria di nullità parziale, è possibile là dove lo scopo di esso non risulti irrimediabilmente compromesso, diversamente non resta che la caducazione: è questa la delicata valutazione affidata all'interprete. Pertanto, l'ipotesi *sub a)* va inquadrata nella frustrazione, la patologia di una singola parte si riverbera sul tutto ed impedisce il raggiungimento dello scopo che le parti si proponevano per mezzo del contratto; l'ipotesi *sub b)* si ascrive, a pieno titolo, nella conservazione del contratto<sup>214</sup>, nella misura in cui “risulta” che le parti, nonostante la manutenzione, raggiungono egualmente lo scopo che si proponevano per mezzo del contratto.

Diversi sono i termini con riferimento alle ipotesi *sub c)* e *d)*, in relazione alle quali l'oggetto del giudizio di conformità è costituito esclusivamente dalla singola parte, considerata come entità semplice o elementare, cioè non composta. Con riferimento a tale ipotesi, il giudizio di conformità resta binario e non occorre interrogarsi sui rapporti tra la parte ed il tutto: il giudizio investe la parte, come entità semplice, slegata dal tutto.

Questo è quanto avviene con riguardo all'eterointegrazione del contratto *ex art.* 1419, co. 2, c.c., delineata *sub c)*, ove la presenza di una norma imperativa che fissa un contenuto inderogabile del contratto penetra nel regolamento, prevalendo sulle eventuali clausole difformi, soggette a nullità parziale necessaria. La sostituzione automatica delle clausole nulle realizza un fenomeno di manutenzione imposta del contratto, inquadrabile nell'eteronomia<sup>215</sup>: con tale fenomeno, pur conservativo del

---

<sup>213</sup> Per citazioni e maggiori riferimenti si rinvia *infra*, § IV.15.

<sup>214</sup> Con riferimento all'art. 1419, co. 1, c.c. richiamano il principio di conservazione: G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., 103 ss.; M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, cit., 55 ss. Sul punto si tornerà *infra*, *sub* § IV.16.

<sup>215</sup> Cfr., G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., 224, il quale discorre di “conservazione coattiva del negozio parzialmente nullo”.

contratto, l'ordinamento non mira a realizzare lo scopo cui l'intento delle parti era diretto, ma a conformarlo secondo il proprio giudizio di valore per il perseguimento di interessi lesi o non contemplati dal regolamento pattizio. In tal caso, il fenomeno conservativo non può evidentemente giustificarsi mediante il ricorso al principio di conservazione del contratto, espressione del principio di economicità dei mezzi<sup>216</sup>. La sostituzione automatica di una clausola nulla è espressione di eteronomia: si impone alle parti l'attuazione di un assetto di interessi diverso e rispondente ai valori dell'ordinamento. La sostituzione automatica di una clausola, in altri termini, conforma lo scopo perseguito, che esce irreversibilmente diverso da quello cui era diretto l'intento delle parti contraenti: si conserva ancora il contratto, ma non più lo scopo cui era diretto. La modificazione, connaturale alla conservazione, stavolta non si limita ad incidere sul profilo oggettivo o soggettivo del contratto, ma investe anche il profilo funzionale del contratto concreto, che ne risulta conformato.

Discorso analogo deve essere svolto con riferimento all'ipotesi *sub d)*, relativa alla nullità necessariamente parziale della clausola, non sostituita automaticamente da una norma imperativa e sottratta dalla sfera applicativa dell'art. 1419, co. 1, c.c. per espressa previsione di legge (ad es. art. 36, co. 1, cod. cons.) o in via interpretativa (ad es., artt. 1229, 2265, 2744, 2965 c.c.). La nullità necessariamente parziale realizza anch'essa una manutenzione eteronoma del contratto, parimenti conformativa dello scopo contrattuale, in quanto l'assetto di interessi viene ridotto rispetto all'ampiezza in cui era stato concepito: si impone, pertanto, il perseguimento di uno scopo diverso e conformato, non identificabile con quello

---

<sup>216</sup> Cfr. L. FERRONI, *La moderna concezione costituzionale e comunitaria di autonomia negoziale e la nuova filosofia cui si informa il regime delle invalidità*, cit., 20 s., il quale, con riferimento alle esigenze di conservazione del contratto funzionali alla tutela del contraente debole, invoca il principio di proporzionalità, quale moderna espressione e manifestazione nel sistema italo-comunitario delle fonti, del principio di solidarietà e di eguaglianza sostanziale, artt. 2 e 3, co. 2, Cost. In virtù del ricorso a tali principi l'A. ritiene giustificabile un adeguamento della disciplina della nullità alle strategie di tutela e agli interessi che ne costituiscono l'oggetto.

originario al quale era diretto l'intento delle parti, il che impedisce di invocare il principio di conservazione nell'accezione sopra richiamata<sup>217</sup>.

Dall'esame del dato strutturale della conservazione, che si è visto consistere nella modificazione, è possibile tracciare una demarcazione del fenomeno conservativo: allorché il profilo di incidenza della modificazione è esclusivamente oggettivo (contenutistico) o soggettivo (di imputazione), nel rispetto dello scopo contrattuale, senza dunque intaccare il profilo funzionale, essa va inquadrata nel cd. principio generale di conservazione, espressione del principio di economicità dei mezzi giuridici; là dove, all'inverso, la modificazione prescinde dallo scopo contrattuale, essa intacca il profilo funzionale del contratto e va inquadrata nell'ambito dell'eteronomia, in relazione al quale andranno saggiati i limiti e la portata degli interventi eteronomi del legislatore sugli atti di autonomia. Ebbene, sebbene entrambi i fenomeni conservativi descritti mirino al mantenimento del contratto patologico mediante la sua innovazione, la conservazione, nell'un caso, opera in coerenza con l'intento perseguito dalle parti, nell'altro, opera a prescindere da tale intento.

Nel primo caso, pertanto, è esclusivamente l'interesse individuale di ciascuna delle parti, confluito nell'intento comune, a costituire il limite di operatività del principio di conservazione<sup>218</sup> (inteso propriamente come espressione del principio

---

<sup>217</sup> Al contrario, sostiene l'unicità di *ratio* delle disposizioni contenute in entrambi i commi dell'art. 1419 c.c., E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971, 335. In senso adesivo, A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, cit., 359, nota 83.

Eppure, quest'ultimo A., in passato (ID., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 79), nell'analisi della "profonda diversità di *ratio*" intercorrente tra le norme cogenti e le norme suppletive, rilevava che "le norme cogenti [e tali sono, per l'appunto, quelle contemplate dall'art. 1419, co. 2, c.c.] nell'imporre una determinata regola agli interessi delle parti, anche allorquando mirano a tutelare uno dei contraenti, s'ispirano ad un interesse che trascende quello individuale, operano secondo una logica che non è più quella dell'atto di autonomia; mentre le norme suppletive o integrative s'ispirano agli interessi individuali dei contraenti di cui cercano la conciliazione attraverso soluzioni analoghe a quelle adottate nell'ambiente sociale in casi simili, e pertanto secondo una logica che tende a conformarsi a quella propria del concreto atto di autonomia".

<sup>218</sup> Si osservi che, allorquando si fa luogo alla tutela conservativa, tendendo questa comunque alla rimozione del vizio che affliggeva il contratto patologico, non vi è più questione

di economicità dei mezzi giuridici), mentre, l'interesse oggetto di tutela, leso dalla patologia del contratto (sia esso individuale o superindividuale), rimane sullo sfondo, atteso che è comunque garantito dalla rimozione del profilo patologico del contratto. Nel secondo caso, è – di norma – lo stesso interesse leso dall'incorsa patologia, cioè l'interesse oggetto di tutela, ad imporre l'intervento conservativo eteronomo sul contratto: in tal caso, si tratterà di un interesse collettivo o superindividuale che giustifica l'intervento eteronomo, espressione della sovraordinazione degli stessi interessi tutelati.

Ciò consente un'ultima precisazione. Proprio nelle ipotesi di intervento eteronomo sul contratto (*sub c e d*), non giustificabile in forza del principio di conservazione tradizionalmente inteso, occorre allora interrogarsi sul fondamento della scelta operata dal legislatore ed, in particolare, sulla funzione della manutenzione eteronoma derivante dalla nullità parziale.

In linea generale è possibile affermare che anche l'intervento eteronomo è ispirato da una funzione correttiva, nella misura in cui l'espunzione o l'eterointegrazione della clausola nulla tende a ristabilire l'equilibrio turbato dalla deviazione dal modello, delineando una forma (particolarmente intensa) di tutela del valore leso dalla clausola nulla.

Là dove, tuttavia, la manutenzione eteronoma del contratto derivante dalla nullità parziale non appare coerente con la funzione correttiva, nella misura in cui la nullità parziale non si limiti, cioè, a neutralizzare la lesione del valore protetto, sovviene il dubbio che l'intervento eteronomo possa essere ispirato da una funzione afflittiva.

Emblematica, al riguardo, è la nullità parziale del mutuo usurario (art. 1815, co. 2, c.c.)<sup>219</sup>, di cui si è prospettata – da più voci – la natura sanzionatoria (*recte*,

---

di tutela dell'interesse superindividuale ovvero individuale di cui la norma patologica risulta espressione: ogni lesione è superata dalla rimozione del vizio.

<sup>219</sup> La formulazione originaria dell'art. 1815, co. 2, c.c. sanciva la regola secondo cui la clausola che prevedeva interessi usurari "è nulla e gli interessi sono dovuti nella misura legale".

afflittiva): alla patologia consegue non solo la nullità della clausola che prevede interessi usurari, ma altresì l'ablazione del diritto al corrispettivo (gli interessi), operando la manutenzione del contratto di mutuo da oneroso a gratuito. Al riguardo, appare dirimente l'assenza della necessaria correlazione funzionale tra il valore lesivo dalla pattuizione usuraria (ovverosia, l'equità tra le prestazioni)<sup>220</sup> e l'interesse colpito dalla sanzione (cioè, il diritto al corrispettivo, senza ricondurlo ad equità): non può, in altri termini, fondatamente sostenersi che l'espunzione del diritto al corrispettivo del mutuante dall'assetto di interessi convenuto sia funzionale a tutelare l'interesse del mutuatario (il quale sarebbe sufficientemente tutelato dall'applicazione degli interessi nella misura legale o, comunque, in una misura tale da escludere l'iniquità), dovendo, pertanto, senza dubbio assegnare funzione afflittiva<sup>221</sup> alla manutenzione eteronoma imposta dall'art. 1815, co. 2, c.c.

L'analisi del fondamento e dell'operatività dei fenomeni conservativi conseguenti alla patologia condotta nel presente paragrafo, unitamente agli assunti

---

Successivamente, l'art. 4, L. 7 maggio 1996, n. 108 ha novellato la disposizione in parola prevedendo che "la clausola è nulla e non sono dovuti interessi".

Per la pluralità di tesi elaborate dalla dottrina sulla riferita novella, cfr. l'indagine di D. BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, Torino, 2001, 65 ss.

<sup>220</sup> Sulle molteplici accezioni, sull'itinerario storico e sulle possibili esplicazioni del concetto di equità, cfr. F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 556 ss.; il riferimento all'equità contenuto nel testo allude all'equilibrio nello scambio tra le prestazioni (*op. cit.*, 557). Superata la concezione liberistica che affidava il raggiungimento dell'equilibrio economico esclusivamente all'iniziativa privata (riassumibile nella nota espressione: "*Qui dit contractuel, dit juste*"), la valutazione di usurarietà è uno di quei campi – eccezionali, ma sempre maggiori – in cui la fissazione della misura dello scambio non è lasciata alla libera determinazione delle parti. Si è preferito il riferimento al concetto, più evocativo, di equità piuttosto che al concetto, più puntuale, di equivalenza oggettiva delle prestazioni, sul quale cfr. i rilievi critici di A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 307 ss.

Sulla giustizia contrattuale, in generale, v. G. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 257 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 21 ss.; U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 194 ss.; G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, cit., 289 ss.

<sup>221</sup> In tal senso, sembra esprimersi F.D. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto: quale connessione?*, cit., 900, per il quale l'art. 1815, co. 2, c.c. "costituisce un esempio palese di nullità corredata da testuale sanzione". In termini, G. TUCCI, *Usura e autonomia privata nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2001, 683 ss.

formulati nel precedente paragrafo, ci consente di porre le conclusioni in merito alle norme sulla patologia ed al loro ambito.

Sebbene la minaccia della frustrazione (cioè la comminatoria della caducazione), sul presupposto di un giudizio di difformità dei mezzi impiegati, sia essenziale affinché la norma sulla patologia – come norma tecnica – possa orientare le parti verso l’osservanza del modello e possa, quindi, essere qualificata come tale (cfr. *supra*, § II.6), una volta insorta la patologia, il contratto tende ad oscillare come un pendolo tra caducazione e conservazione. Tuttavia, la caducazione rimane la nota qualificante della norma sulla patologia e la conservazione opera quale temperamento di essa, incidendo sui suoi effetti. In altri termini, la prima è essenziale, la seconda eventuale, seppure in realtà quasi sempre prevista.

Vi sono solo due forme di patologia contrattuale non suscettibili di conservazione, l’una genetica, l’altra funzionale: il contratto illecito ed il contratto inattuato per impossibilità definitiva e totale della prestazione. Con riguardo al primo, nonostante la contrarietà della dottrina prevalente<sup>222</sup>, l’assunto sarebbe da ridimensionare, in quanto non sembrano ravvisarsi ostacoli insormontabili ad ammettere una conversione (art. 1424 c.c.) di un contratto con oggetto illecito o condizione illecita<sup>223</sup>, qualora – avuto riguardo allo scopo perseguito dai contraenti – sia possibile espungere la ragione di illiceità: in particolar modo nelle ipotesi in cui l’illiceità derivi dalla contrarietà della prestazione o dell’evento ad una norma imperativa, e si riesca ad operare una riduzione della prestazione o dell’evento dedotti, tale da ricondurli, in via ermeneutica, a liceità<sup>224</sup>. Inoltre, la conservazione

---

<sup>222</sup> Cfr., per tutti, L. BIGLIAZZI-GERI, voce *Conversione dell’atto giuridico*, cit., 536.

<sup>223</sup> La non convertibilità dei contratti con causa illecita o motivo comune esclusivamente determinante illecito sembra dover rimanere ferma (sul punto già *supra*, nota 157), nonostante la rilevante eccezione prevista dall’art. 2035 c.c. (su cui *infra*, testo e nota seguente).

<sup>224</sup> In un’ipotesi del tutto peculiare, ovvero in caso di prestazione di fatto del lavoro nonostante l’illiceità del relativo contratto (art. 2126 c.c.) – in relazione alla quale, come noto, non opera la speciale conservazione del rapporto per effetto della sostituzione legale dell’autonomia privata disposta dalla norma citata –, F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., 154, tende a ricavare dalla disciplina generale dell’indebito (in part. arg. dall’art. 2037 c.c.) un effetto conservativo del contratto di lavoro illecito mediante l’attribuzione

di un contratto illecito, perché immorale, è normativamente sancita (art. 2035 c.c.): il contratto diretto ad uno scopo turpe<sup>225</sup>, se eseguito, genera l'effetto conservativo della *soluti retentio*. Con riguardo, invece, all'impossibilità sopravvenuta, totale e definitiva, non vi sono possibilità di recupero del contratto corrispettivo: qui lo scopo contrattuale non ha potuto trovare attuazione per ragioni imponderabili, che rendono anche impossibile conservarlo<sup>226</sup>.

Occorre, allora, prendere atto che, escluse le (poche) ipotesi patologiche reputate inconservabili dal legislatore, la caducazione, da un lato, e la conservazione, ove prevista, dall'altro, rappresentano la reazione congiunta ed alternativa<sup>227</sup> dell'ordinamento alla patologia contrattuale. Là dove ne sia prevista la conservazione, nell'esame del trattamento giuridico dello stato patologico i rimedi caducatori e conservativi si pongono sul medesimo piano di reciprocità.

Potendo, allora, essere duplice la reazione dell'ordinamento alla patologia contrattuale, sono da qualificare norme sulla patologia sia le norme che, sul presupposto della patologia, tendono alla caducazione del contratto sia quelle che, muovendo dal medesimo presupposto, sono all'inverso volte alla sua

---

al lavoratore di un'indennità per l'irripetibilità dell'opera prestata. Dunque, se ben si interpreta il pensiero dell'A. (in questi termini, del resto, sembra intendere il pensiero del Maestro, P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, cit., 49 e nota 72), la prestazione di fatto, in caso di illiceità, pur escludendo il diritto alla retribuzione, genera, proprio in quanto indebita, un'indennità (arg. art. 2037 c.c.); ma, se l'illiceità derivi da immoralità, resta fermo l'effetto della *soluti retentio* (in applicazione, stavolta, dell'art. 2035 c.c.).

<sup>225</sup> A prescindere dall'ampiezza con cui si voglia o meno intendere il concetto di scopo ai fini di cui all'art. 2035 c.c., con riguardo ai suoi rapporti con la causa ed al motivo comune (finale-teleologico o causale). Su questi ultimi profili si rinvia ai limpidi rilievi di P. RESCIGNO, «*In pari causa turpitudinis*», in *Riv. dir. civ.*, 1966, 1 ss., spec. 14 ss.

<sup>226</sup> Il rigido regime dettato dall'art. 1463 c.c. dovrebbe indurre ad essere guardinghi verso la recente tendenza (giurisprudenziale e dottrinale) volta alla relativizzazione dell'impossibilità sopravvenuta totale della prestazione di un contratto corrispettivo: non potendo dilungarsi su tale affascinante problema, ci si limita a suggerire che qualora voglia attribuirsi rilevanza patologica ad una impossibilità non assoluta, essa dovrebbe essere opportunamente incanalata nel più flessibile regime dell'impossibilità parziale (art. 1464 c.c.).

<sup>227</sup> Anche chi – come E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 363 – preferisce qualificare le norme sulla patologia come norme imponenti l'onere di mezzi idonei a chi si vale degli strumenti dell'autonomia privata (cfr. *supra*, nota 107) individua uno stretto legame tra il principio di conservazione e tali norme, in quanto consente di attenuarne la rigorosa applicazione.

conservazione, al fine di temperare le drastiche conseguenze demolitorie: entrambe le norme muovono dal presupposto di un'anomalia che per il contratto *può* rivelarsi mortale<sup>228</sup>.

\* \* \*

---

<sup>228</sup> Riprendendo ancora una volta le icastiche parole di A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 185 ss.

### CAPITOLO III – I PATTI SULLA PATOLOGIA: LINEAMENTI GENERALI

SOMMARIO: 11. I patti sulla patologia contrattuale. Patti conservativi e non conservativi. – 12. Limiti di ammissibilità dei patti sulla patologia. Autonomia privata e modo della tutela. – 13. Analisi delle possibili obiezioni: imperatività della norma sulla patologia; natura sanzionatoria; divieto di autotutela privata. Critica. 14. Per un approccio graduale ed empirico al tema.

#### *11. I patti sulla patologia contrattuale. Patti conservativi e non conservativi.*

Delimitata l'area della patologia contrattuale e delle sue norme, è finalmente possibile verificare i margini di disponibilità della disciplina normativa apprestata dal legislatore in relazione alle singole norme sulla patologia.

È bene chiarire, sin da subito, che non è pensabile alcun patto sulla patologia senza una corrispondente norma sulla patologia: affinché possa discorrersi di patologia in senso tecnico occorre individuare nella norma giuridica il riferimento ad una *difformità*, da un modello fisiologico di contratto, reputata rilevante come indice della lesione di un interesse meritevole di protezione, tutelato per mezzo della *frustrazione* (cfr., *amplius, supra* § II.6). Pertanto, la norma sulla patologia delinea costantemente, a pena di inconfigurabilità, un *oggetto* della tutela (l'interesse leso) ed un *modo* della tutela (la caducazione), ma quest'ultimo può essere variamente articolato (cfr., *supra*, §§ II.9-10).

L'affermata relazione tra i patti in esame e le norme così definite consente di chiarire che il patto sulla patologia contrattuale intende *esprimere* la tutela convenzionale di un interesse meritevole di protezione (art. 1322 c.c.). Il punto è, allora, stabilire in quali limiti l'autonomia privata possa disporre della tutela accordata dal legislatore ovvero possa foggiane convenzionalmente una propria.

Fissato il dato di partenza dell'indagine, ovvero sia la necessaria relazione tra patto e norma sulla patologia, occorre procedere alla sua verifica, esaminando il primo snodo problematico, la determinazione del punto di incidenza del patto sulla patologia: l'oggetto ovvero il modo della tutela.

Esaminiamo il primo aspetto, indagando il rapporto tra autonomia privata ed oggetto della tutela; la verifica va operata in due direzioni, l'una negativa, cioè in assenza di un interesse espressamente tutelato, l'altra positiva, ove tale interesse e la sua tutela siano riscontrabili.

Nel primo senso, occorre interrogarsi su quali spazi vi siano per l'autonomia privata ove l'ordinamento non dia risposta alla tutela di determinati interessi: non vi è dubbio che l'autonomia dei privati può selezionare interessi meritevoli di protezione, collegati ad eventi non contemplati dal legislatore, la cui lesione o insoddisfazione, se dedotta in contratto per mezzo di un'apposita clausola, può generare un'attribuzione o una privazione patrimoniale programmata con il contratto. Ma, come detto, in tal caso siamo fuori dalla patologia e si tratta di verificare la stabilità dell'attribuzione alla luce del vaglio di meritevolezza *ex art.* 1322 c.c. In altri termini, risulta confermato che non vi è patto sulla patologia senza una corrispondente norma che detta la tutela di un interesse collegata ad una difformità reputata dall'ordinamento rilevante.

Occorre, allora, procedere direttamente nella seconda direzione, ove cioè è riscontrabile un interesse protetto da una norma sulla patologia. Il quesito è se i privati possono estendere pattiziamente la rilevanza patologica, in chiave caducatoria, di anomalie già contemplate dal legislatore: in altri termini, estendere la rilevanza patologica del vizio o difetto, operando un proprio giudizio di difformità (ad es. errore incidente, lesione *infra dimidium*). Anche in tal caso la risposta al quesito si profila agevole: le parti non possono disporre delle cause di difformità dal modello contrattuale al fine di estenderne le conseguenze caducatorie (cioè, l'inefficacia originaria o successiva del contratto) al di là di quanto normativamente stabilito, perché altrimenti invaderebbero la sfera normativa riservata al legislatore. Talvolta, però, è lo stesso legislatore a determinare la

difformità rilevante in modo elastico, lasciando all'autonomia privata la competenza dispositiva di precisarla (ad es. le forme convenzionali, art. 1352 c.c.; l'inadempimento convenzionalmente valutato di non scarsa importanza dalle parti, art. 1456 c.c.). Spetta, dunque, all'ordinamento la scelta degli interessi da tutelare, mediante la cristallizzazione della difformità tipica nello schema ipotetico della fattispecie, a seguito dell'osservazione dei fatti della vita sociale reputati normalmente lesivi di essi; spetta del pari al legislatore disporre l'effetto correlativo al verificarsi della fattispecie<sup>229</sup>, nel che è connaturata la scelta della tecnica di tutela, qui affidata alla frustrazione, secondo il modello teleologico della norma tecnica.

All'esito dell'esame di ambedue le direzioni indicate, è possibile trarre la prima, agevole, conclusione: con il patto sulla patologia le parti non possono incidere sull'oggetto della tutela, a meno che non sia l'ordinamento a consentirne la precisazione (artt. 1352, 1456 c.c.); tuttavia in tal caso è lo stesso oggetto della tutela ad essere definito in modo elastico, piuttosto che ad essere riconosciuto alle parti il potere di plasmare la patologia<sup>230</sup>.

Come sarà già apparso chiaro al lettore, con l'espressione *patti sulla patologia* si intende, piuttosto, verificare in quali limiti i privati possano incidere convenzionalmente sul *modo* della tutela, nei margini di disponibilità segnati dalle

---

<sup>229</sup> Stemperato il dogma della volontà, è ormai principio ampiamente pacifico che gli effetti giuridici (anche se negoziali) hanno la loro fonte esclusiva nell'ordinamento giuridico, che ne dispone il determinarsi. Cfr. la già citata letteratura sulla fattispecie, *supra* nota 34.

Il che non significa accogliere un'ingenua visione eziologica nella dinamica di produzione degli effetti (nota come "causalità giuridica"). Al riguardo, sono sempre validi i preziosi rilievi di A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, cit., 926 ss., spec. 934 s., per il quale la fattispecie non è causa né concausa né condizione di essi (come neppure è condizione per il concretizzarsi della norma); essa costituisce uno dei termini, col soggetto valutante, dell'atto di valutazione: vale a dire, l'oggetto della valutazione.

<sup>230</sup> Al riguardo, si registra l'autorevole opinione contraria manifestata da E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 122 s., il quale, oltre ad un negozio illecito o illegale per disposizione di legge, ritiene ammissibile anche un negozio illecito o illegale per disposizione di parte. L'A. offre ad esempio le convenzioni con cui le parti "limitino non il proprio potere, ma il proprio lecito giuridico", come nel caso si cui le parti si obblighino a non disporre di una cosa; o le convenzioni che disciplino il modo di essere del negozio, subordinando alla documentazione il suo perfezionamento (art. 1352 c.c.).

norme sulla patologia. Giova, tuttavia, considerare che, come si è visto nei precedenti paragrafi, il *modo* della tutela non è esclusivamente caducatorio, potendo essere altresì conservativo. In ragione di ciò, è possibile, dunque, tracciare il primo fondamentale discrimine tra i patti sulla patologia: anche essi, al pari delle norme sulla patologia, possono operare sia in senso conservativo dell’assetto di interessi principale (*patti conservativi*), sia in senso contrario alla sua conservazione (*patti non conservativi*).

Il terreno elettivo dei patti sulla patologia è, dunque, il trattamento giuridico delle cause patologiche individuate dal legislatore, al fine di ridefinirne convenzionalmente la tutela: così, manifestando la preferenza per un rimedio conservativo piuttosto che caducatorio oppure rafforzando convenzionalmente gli impedimenti alla caducazione, in chiave conservativa; all’inverso, le parti potrebbero privilegiare la caducazione alla conservazione, limitandosi ad inibire le tecniche conservative oppure spingendosi, in alcuni casi, sino a prevedere la caducazione convenzionale del contratto (*patti demolitori*).

Il patto sulla patologia è così volto ad incidere sui rimedi caducatori e conservativi, cioè tendenzialmente a plasmare sia gli effetti disponibili discendenti dall’insorta patologia sia – tenendo a mente quanto affermato *supra*, § II.9 – le situazioni giuridiche potestative che consentono l’esercizio della tutela, mediante la previsione di ulteriori situazioni giuridiche che alle prime si innestano.

La questione, allora, diviene verificare i limiti fino ai quali l’autonomia privata può spingersi (*infra*, nel prossimo §): ad es. si tratterà di vagliare se, oltre a modificare i presupposti di attivazione di un rimedio contemplato dal legislatore, sia possibile financo escluderlo.

Un’ultima notazione preliminare sulla scelta lessicale. Si è preferito il ricorso al termine *patto* (sulla patologia) in luogo del – più comprensivo – termine “clausola”, per rimarcare l’estraneità di esso all’assetto di interessi principale

divisato in contratto. La clausola, se intesa in senso sostanziale<sup>231</sup>, infatti, diversamente dal patto, è idonea ad indicare anche i requisiti essenziali del contratto, potendo valere a caratterizzarne la causa oppure ad indicarne l'oggetto; mentre, il patto, nel piano di interessi contrattuali, in linea con la tradizione romanistica del *pactum*<sup>232</sup>, è solito svolgere una funzione accessoria rispetto allo scopo direttamente perseguito per mezzo del contratto. Inoltre, la clausola, se intesa in senso formale, comprende anche gli enunciati e le strutture significanti non aventi contenuto dispositivo, ma meramente enunciativo<sup>233</sup> (per un esempio di impiego normativo del significato di clausola in senso formale, comprensivo delle formulazioni contrattuali meramente enunciative: cfr. l'art 1363 c.c.)<sup>234</sup>; all'inverso, il patto ha sempre un contenuto dispositivo (cfr. *infra*, III.13).

---

<sup>231</sup> In primo luogo, deve riscontrarsi l'eterogeneità dell'impiego del termine clausola, diffusamente rilevata nella letteratura, indicando fenomeni non solo contrattuali: si discorre di "clausola" con riferimento a disposizione di legge (art. 1339 c.c.), agli usi (art. 1340, per alludere alle particolari consuetudini che si intendono inserite in contratto se non risulta che non sono state volute); alle clausole generali dell'ordinamento giuridico; alla clausola di provvisoria esecuzione di una sentenza (art. 282 c.p.c.). Cfr., per tutti, C. GRASSETTI, voce *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 184 ss.

In secondo luogo, in ambito contrattuale (e, per estensione, negoziale) si è soliti distinguere tra clausola in senso formale ed in senso sostanziale: la prima allude ad ogni singola proposizione di cui consta o può constare il negozio; la seconda alle regole (o precetti) negoziali non ulteriormente scindibili (cfr. *ID.*, *op. loc. ult. cit.*).

<sup>232</sup> Rileva G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, 188, che si discorre "di *pacta* ad indicare pattuizioni di clausole aggiunte ad un contratto, convenzioni che mirano a modellare gli effetti di questo". È pur vero che nel sistema contrattuale romano vigeva il principio per cui *ex nudo pacto non oritur actio*, "intendendo per *nudum pactum* quello che non sia stato versato in una *stipulatio*, né integri, sul piano del *ius civile*, una delle fattispecie tipiche di contratto, né rientri nei casi in cui il pretore concede un'*actio* onoraria" (così, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 607), ma la scelta lessicale vuole essere meramente evocativa di un fenomeno empirico verificabile nella tendenza dei paciscenti ad arricchire lo schema previsto dal legislatore, per confezionare un regolamento su misura dei propri interessi (sul punto, *infra*, § III.14).

<sup>233</sup> Cfr. G. SICCHIERO, voce *Clausola contrattuale*, in *Dig. IV, Disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2003, ed. *on-line*, n. 5.

Per la distinzione tra dichiarazioni dispositive (o precettive) e dichiarazioni enunciative (o rappresentative), cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 150 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 160 ss. ed *amplius*, sul punto, *infra*, § IV. 15.

<sup>234</sup> Cfr. C. GRASSETTI, voce *Clausola del negozio*, cit., 184 s.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 184; M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419, c.c., I parte*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 137.

*12. Limiti di ammissibilità dei patti sulla patologia. Autonomia privata e modo della tutela.*

In quest'ottica, è opportuno individuare l'ambito dei patti sulla patologia, fissando i limiti entro i quali l'autonomia privata può operare sul *modo* della tutela, sulla scorta dell'esame della patologia contrattuale sinora condotto, in considerazione cioè della sua genesi, della tecnica normativa sulla quale si basa e della sua funzione. Una volta precisati i confini, si potranno, poi, vagliare le possibili obiezioni (*infra*, § III.13).

L'area della disponibilità della patologia contrattuale deve essere tracciata all'interno di un perimetro composto di tre lati invalicabili.

Il primo lato è rappresentato dalla natura collettiva o superindividuale dell'interesse oggetto della tutela caducatoria ovvero conservativa (in forza dei rilievi sopra svolti, *sub* II.9-10, si consideri esemplificativamente per entrambe le forme di tutela la nullità del contratto illecito, artt. 1343 e 1418, co. 2, c.c. e la sostituzione automatica di una clausola nulla, art. 1419, co. 2, c.c.). La tutela dell'interesse collettivo o superindividuale prevale su qualsiasi interesse individuale perseguito dai contraenti con l'apposizione del patto sulla patologia: le parti, nell'ambito della propria autonomia, non possono in alcun modo incidere sulla tutela plasmata dal legislatore, il che è insito nella tecnica di tutela da esso prescelta. Si osservava che la tutela dell'interesse protetto dalla patologia è affidata alla tecnica sanzionatoria della *frustrazione*, mediante la quale, comminando la caducazione del contratto (nel che – si è detto – la frustrazione consiste), l'ordinamento dispone il *sacrificio dell'interesse contrario* (o degli interessi contrari) all'interesse protetto leso, al fine di ristabilire l'equilibrio turbato dalla deviazione dal modello. Se l'interesse protetto è un interesse collettivo o superindividuale, esso frustra inevitabilmente ogni interesse individuale contrario, al fine di riaffermare il valore giuridico violato. L'autonomia privata non può,

quindi, interferire, frapponendosi alla tutela di un interesse superindividuale o collettivo.

Risulta così confermato il tradizionale principio secondo cui l'autonomia privata è potere concesso ai privati per regolare i propri interessi in conflitto, non gli interessi altrui (collettivo ovvero superindividuale): tali interessi esulano, dunque, dal potere dispositivo dei privati.

Un secondo lato è costituito dalle norme imperative (in senso tecnico) che foggiano il modo della tutela, cioè dai comandi e divieti formulati espressamente dal legislatore (ad es. artt. 1423, 1451, 1458, co. 2, c.c.) o desumibili da singole disposizioni normative (ad es., dalla singolare comminatoria di inefficacia: cfr. artt. 1444, co. 3, e 1462 c.c.). Qui, il limite discende dalla generale previsione della nullità virtuale, di cui all'art. 1418, co. 1, c.c. ed andrà vagliata caso per caso.

Infine, l'ultimo lato è individuato da un limite elastico: il patto sulla patologia non deve mai rendere eccessivamente difficile l'esperimento e l'effettività della tutela, secondo il limite generale sancito per alcuni patti tipici sulla tutela dei diritti, previsti nel Libro VI del codice civile<sup>235</sup>: si allude, in particolare, agli artt. 2698 e 2965 c.c., cioè ai patti sulla prova ed ai patti istitutivi di decadenze convenzionali, i quali – come noto – sono nulli se rendono eccessivamente difficile l'esercizio del diritto.

Tale limite si giustifica in ragione del punto di incidenza del patto sulla patologia, ovverosia il *modo* della tutela: se con il patto sulla patologia le parti intendono esprimere forme autonome di tutela convenzionale di un interesse protetto, esso deve soggiacere al limite generale posto per alcuni patti tipici sulla tutela. Nel caso in cui tale limite dovesse essere superato, cioè qualora risulti che il

---

<sup>235</sup> Il fatto che si tratti di patti sulla tutela risulta valido, nonostante debba riconoscersi che il legislatore del 1942 abbia impiegato una nozione eclettica di “tutela dei diritti”, perciò scarsamente significativa sul piano sistematico, avendo in quel Libro ordinato istituti intrinsecamente eterogenei, che non consentono di percepire il significato sostanziale attribuito al concetto di tutela per la diversità dei presupposti e della funzione cui adempiono. Cfr. i rilievi di S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, 1, *La pubblicità in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Cicu e Messineo, XIV, Milano, 1957, 246 ss.; nonché L. BIGLIAZZI-GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata. Introduzione*, cit., 12 e nota 22.

patto sulla patologia renda eccessivamente difficile l'esercizio della tutela predisposta normativamente, il patto è nullo perché contrario all'ordine pubblico<sup>236</sup>.

Pertanto, in tale ottica, è certamente da negare l'ammissibilità di un patto con cui le parti incidano sul trattamento giuridico della patologia, sino al punto da rendere irrilevante una causa patologica (un errore, un inadempimento di cui le parti non vogliono alcuna conseguenza giuridica) e, quindi, da privare radicalmente un interesse della tutela predisposta dalle norme sulla patologia. Tuttavia, la questione si fa più problematica e densa di rilievo applicativo, allorché la reazione dell'ordinamento alla patologia è duplice, nella misura in cui dall'insorta patologia scaturisce non solo una tutela caducatoria, ma anche una tutela conservativa, volta a temperare i drastici effetti della prima.

I punti nodali, allora, sono, in primo luogo, se le parti possano escludere uno dei due modi della tutela a vantaggio dell'altro ed, in secondo luogo, se ciò sia possibile farlo indifferentemente oppure se sia necessario mantenerne uno a preferenza dell'altro. Fermo il rispetto dei limiti già individuati, segnati dalla natura dell'oggetto della tutela e dall'assenza di norme imperative di segno contrario, la risposta al primo quesito sembra dover essere, in linea di principio, affermativa, salve le peculiarità del caso. Maggiori problemi, invece, suscita il secondo quesito e la risposta ad esso impone l'esame dei singoli istituti e delle relative discipline sulla scorta delle premesse sistematiche sin qui elaborate. Saranno così sottoposte al vaglio, da un lato, alcune ipotesi concrete con riguardo all'esclusione delle tutele caducatorie in favore di un rimedio conservativo convenzionalmente foggiate (patti conservativi: *infra*, cap. IV); dall'altro, saranno analizzate ipotesi in cui si tende ad

---

<sup>236</sup> È interessante notare che l'art. 2965 c.c., che, come detto, commina la nullità delle decadenze convenzionali che rendano eccessivamente difficile l'esercizio del diritto, è ritenuta una norma espressione di ordine pubblico da G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano, 1970, 220 s., il quale la inquadra nel gruppo di ipotesi costituito dalle norme ispirate alla tutela del principio di uguaglianza sostanziale (art. 3, co. 2, Cost.), mirando ad assicurare, in concreto, sia nel momento della costituzione del negozio giuridico, sia in sede di esecuzione, una parità effettiva dei soggetti che vi partecipano. Tale conclusione sembra potersi agevolmente estendere alla norma che sancisce la nullità dei patti sulla prova che, del pari, rendono eccessivamente difficile l'esercizio del diritto (art. 2698 c.c.).

escludere la tutela conservativa, in favore di quella caducatoria (patti non conservativi: *infra*, cap. V).

*13. Analisi delle possibili obiezioni: imperatività della norma sulla patologia; natura sanzionatoria; divieto di autotutela privata. Critica.*

Avendo passato in rassegna i limiti di ammissibilità dei patti sulla patologia, prima di procedere al loro esame, occorre sgombrare il campo di indagine da alcuni possibili ostacoli di carattere generale al riconoscimento di tale capacità all'autonomia privata.

Una prima obiezione potrebbe essere avanzata, facendo leva sulla natura imperativa delle norme sulla patologia, tali – perciò – da rappresentare una materia indisponibile per i privati. Tradizionalmente, infatti, si esclude, in modo piuttosto sbrigativo, che le norme sulla patologia genetica possano essere derogate dall'autonomia privata; in tal senso, vi sarebbe anche un (controverso) indizio normativo (cfr. art. 1462 c.c.)<sup>237</sup>.

---

<sup>237</sup> Come noto, l'art. 1462, co. 1, c.c. – a dispetto dell'ampia rubrica (clausola *limitativa* della proponibilità di eccezioni), la cui formula è ripresa nell'art. 1341, co. 2, c.c. – si limita a vietare il patto con cui si *esclude* l'opponibilità delle eccezioni di nullità, annullabilità e rescissione del contratto al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta.

Talvolta, in dottrina si registrano, per un verso, apprezzabili posizioni volte ad estendere l'ambito del divieto ad eccezioni ulteriori a quelle che investono la patologia genetica, quali l'eccezione di impossibilità sopravvenuta della prestazione e le eccezioni relative ad altre fattispecie estintive del rapporto obbligatorio (compensazione, novazione, remissione, confusione, prescrizione, transazione e giudicato). Così, di recente, F. ADDIS, *Clausola limitativa della proponibilità di eccezioni*, in *Clausole negoziali*, I, a cura di M. Confortini, Torino, 2017, 789 ss., spec. 791.

All'inverso, l'estensione del divieto oltre l'alveo delle eccezioni, abbracciando financo l'azione, risulta poco convincente: così, ma con posizione tendenzialmente isolata, A. MANIACI, *La clausola di incontestabilità nei contratti di assicurazione*, in *Clausole a rischio di nullità*, a cura di De Nova G., Padova, 2009, p. 83, il quale deduce dal divieto testuale di limitazioni alla proponibilità di eccezioni un più penetrante e generalizzato divieto di esclusione convenzionale della proponibilità di azioni relative alla nullità, all'annullamento o alla rescissione del contratto. Ma la verifica della possibilità per l'autonomia privata di limitare il rimedio caducatorio relativo alla patologia genetica va compiuto su altre basi: azione ed eccezione non

La questione, in realtà, tocca aspetti di teoria generale della norma giuridica e sconta i dubbi che circondano la stessa definizione di “norma imperativa”<sup>238</sup>, ai fini di cui agli artt. 1343, 1344 e 1418 c.c. (ed altresì negli artt. 25, 634, 1354, 1419, c.c.)<sup>239</sup>. Una lunga tradizione, posta la tripartizione delle norme giuridiche in precettive, proibitive e permissive<sup>240</sup>, riserva la qualifica di imperative alle prime due, sebbene per taluni le norme imperative idonee a limitare l’area dell’autonomia privata sarebbero da identificare nelle sole norme proibitive<sup>241</sup>. A ben vedere, anche le norme precettive devono ascrivarsi alle norme imperative, in quanto il comando

---

partecipano della stessa natura e funzione, pertanto il divieto che si riferisce all’uno non può essere esteso *tout court* all’altro.

<sup>238</sup> U. BRECCIA, *Causa*, cit., 124, il quale rileva nettamente che il legislatore del 1942 ha optato per una scelta lessicale che non è valsa a fugare ogni dubbio ermeneutico.

<sup>239</sup> Talvolta, peraltro, il legislatore ricorre più semplicemente alla parola “legge” (cfr. artt. 5, 23, 1137, co. 2, 1339, 1348, 2031, 2377, co. 2, 2479-ter, co. 1, c.c.) in luogo della più circoscritta nozione di “norme imperative”, sebbene alluda solo a queste ultime.

<sup>240</sup> Tale distinzione risale a Modestino, 1 reg. D. 1.3.7: “Legis virtus haec est imperare vetare permettere punire”.

Occorre soffermarsi sulla struttura formale delle norme precettive, proibitive e permissive, al fine di fissarne la relazione, sulla scorta dei rilievi di autorevole dottrina, N. BOBBIO, voce *Norma giuridica*, cit., 331 ss.

La norma precettiva è un imperativo positivo, cioè una norma che comanda un comportamento (*A* deve *B*; dove *A* è il soggetto passivo della norma e *B* il comportamento oggetto della modalità deontica); la norma proibitiva è un imperativo negativo, cioè una norma che pone un divieto (*A* deve *non B*; ove “*non B*” indica il comportamento “*B*” che deve essere omesso per osservare il divieto). La norma permissiva indica l’assenza di obbligo in relazione all’oggetto considerato (*A* non deve *B*, cioè *A* può *B*); parimenti, la norma permissiva può avere ad oggetto un’omissione (c.d. permissiva negativa: *A* non deve *non B*, cioè *A* può *non B*). Alla luce della relazione logica sussistente tra imperativi e permessi, gli imperativi negativi e positivi possono essere anche espressi come negazione di una norma permissiva (per il divieto, dunque, vale: *A* non può *B*; per il comando vale: *A* non può *non B*). Per maggiori ragguagli si rinvia a ID., *op. ult. cit.*, 331 ss.

Più di recente, A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, *passim*, individua gli elementi distintivi delle norme imperative, per un verso, nell’indisponibilità dell’interesse tutelato (indipendentemente dalla sua appartenenza all’intera collettività o ad una determinata categoria di soggetti), per altro verso, nel contenuto proibitivo del precetto violato.

<sup>241</sup> Già F. FERRARA *sr*, *Teoria del negozio illecito*, cit., p. 17 e 20; in seguito, seppure in maniera non coincidente, G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, cit., 161.

Occorre, tuttavia, rilevare che F. FERRARA *sr*, *Teoria del negozio illecito*, cit., p. 55 s., inquadra la violazione di una norma precettiva nella contrarietà all’ordine pubblico.

esprime il divieto dell'alternativa<sup>242</sup>, operando – nell'ambito del giudizio di nullità – alla stregua di una norma proibitiva.

Nella tripartizione considerata risultano, invece, di perplessa sistemazione concettuale le c.d. norme conformative o ordinarie di struttura, norme – si è autorevolmente detto – che “hanno il compito di fissare i requisiti di struttura dei contratti e non di prevedere divieti”<sup>243</sup>. Tuttavia, a meno di voler contaminare a tutti i costi il concetto di norma imperativa con innesti che ne oscurano il limpido significato consegnatoci dalla tradizione, non pare opportuno discostarsi da quest'ultima: deve, allora, ribadirsi che è norma imperativa quella che impone all'individuo un dovere di comportamento, cioè un comando (imperativo positivo o norma precettiva, secondo lo schema: “A deve B”, dove “A” è il soggetto passivo della norma e “B” il comportamento oggetto della modalità deontica) ovvero un divieto (imperativo negativo o norma proibitiva: “A deve non B”)<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> Cfr. *supra* nota 215. Si ritiene, infatti, che l'imperativo positivo (comando) e negativo (divieto) partecipino della stessa natura (N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, 331): là dove i possibili mezzi per raggiungere un certo scopo siano soltanto due, il comando di uno esprime univocamente il divieto dell'altro; ove i mezzi siano più di due, il comando è esclusivo, il divieto è meramente limitativo dell'azione (cfr. ID., *op. ult. cit.*, 332).

<sup>243</sup> Per tali norme cfr. U. BRECCIA, *Causa*, cit., p. 125, che le ascrive “nel quadro delle disposizioni inderogabili”.

Diversamente, E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 581, secondo cui “la nullità derivante dalla mancanza di requisiti, mantenendo la fattispecie negoziale nell'ambito del lecito viene prodotta dalla contrarietà ad una norma che non può essere definita come imperativa”; in tali casi, secondo l'A., “viene in evidenza la mancanza di conformità al modello legislativo, ma non la contrarietà ai valori fondamentali del sistema giuridico” (tuttavia, tale ultimo inciso non si può condividere: nulla osta a che la mancanza di conformità in cui la patologia consiste possa esprimere la riprovazione dell'ordinamento per la lesione di valori fondamentali).

<sup>244</sup> La nozione di norma imperativa, peraltro, non muta nella fattispecie di cui all'art. 1343 c.c., ove essa, accanto alla contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume, dà luogo ad illiceità del contratto (art. 1418, co. 2, sec. parte, e art. 1354 c.c.; sul diverso trattamento giuridico dell'illiceità contrattuale, si è già detto, *supra*, § II.9), e nella fattispecie di cui all'art. 1418, co. 1, ove dà luogo a nullità virtuale. A mutare nelle due fattispecie patologiche è il punto di incidenza della contrarietà a norme imperative: solo se la contrarietà investe alcuni (tassativi e centrali) profili dell'assetto di interessi divisato con il contratto (causa, motivo comune esclusivamente determinante, oggetto e condizione) si ha illiceità, il che ne giustifica l'approccio ermeneutico tendenzialmente rigoroso nell'accertamento dell'illiceità, che muove

Sulla scorta di tali premesse, sembra che la risposta al quesito che ci occupa possa essere fornita alla luce dell'analisi strutturale, precedentemente compiuta (cfr. *supra*, § II.6), della norma sulla patologia, la quale, per quanto strutturata secondo lo schema ipotetico della norma per fattispecie "Se è *non A*, deve essere *non B*" (ove al verificarsi della fattispecie patologia "*non A*" è imputata la conseguenza giuridica sfavorevole "*non B*", intesa come negazione dell'efficacia "*B*"), imprime una direttiva al comportamento mediante lo schema ottativo della norma tecnica "Se vuoi *B*, devi *A*" (ove "*B*" rappresenta lo conseguenza desiderata dall'agente, cioè l'attribuzione di piena efficacia giuridica all'assetto di interessi divisato, ed "*A*" l'osservanza del modello).

Ebbene, una norma tecnica siffatta<sup>245</sup> prescrive, appunto, un modello ("devi *A*", nel che sta il contenuto prescrittivo della norma tecnica) come idoneo al raggiungimento di uno scopo: l'oggetto del comando si limita, però, all'impiego del mezzo indicato, a pena di frustrazione dello scopo<sup>246</sup>. Non va oltre: la norma sulla patologia prescrive la sola conformità del modello (che forma oggetto di onere) come risultato cui devono tendere le parti con il proprio comportamento, il quale resta fuori dalla struttura formale della norma<sup>247</sup>. Risulta, allora, confermato che i privati non possono incidere pattiziamente sulla valutazione di idoneità dei mezzi allo scopo, così come prescelti dal legislatore; non possono, del pari, incidere sulla

---

dall'interpretazione restrittiva della norma imperativa, secondo un metodo tipicamente sussuntivo. Là dove la norma imperativa non colpisce gli indicati profili dell'assetto di interessi, occorre verificare se essa colpisce il contratto, il quale – come detto – va distinto dai comportamenti storici che lo hanno occasionato, ed in tale operazione lo sguardo dell'interprete si allarga alla ricerca sistematica di indici normativi che dispongano diversamente. Sulla questione si consenta nuovamente di rinviare ad un mio studio, anche per le citazioni, *Ordine pubblico e giustizia privata*, cit., 93 ss.

<sup>245</sup> Cioè di quelle che non si limitano a tradurre nello schema teleologico una legge causale o di natura, ma legano il mezzo allo scopo in forza di rapporto di imputazione (su ciò *supra*, II.6, nota 104).

<sup>246</sup> Cfr., per l'assegnazione di siffatto contenuto prescrittivo alle norme tecniche (talvolta anche dette norme strumentali), N. BOBBIO, voce *Norma giuridica*, cit., 335.

<sup>247</sup> Deve, ancora, una volta ribadirsi che la norma sulla patologia, osservata da lenti soggettive, si limita a prescrivere un onere. Riprendendo un esempio già esposto nel testo, la norma che commina l'annullabilità del contratto per errore, non vieta di stipularlo (per tali rilievi e relative citazioni, cfr. *supra*, § II.6).

qualificazione normativa delle difformità rilevanti dal modello prescelto dal legislatore; è loro precluso, in altri termini, sostituire un proprio giudizio di valore (al fine comporre un conflitto di interessi) a quello formulato dal legislatore. Si torna così all'assunto iniziale, per cui i privati non possono incidere sull'*oggetto* della tutela, cioè sugli interessi tipici cristallizzati nelle deviazioni o anomalie di contratto normativamente considerate.

Allora, nella misura in cui siano lasciati impregiudicati gli interessi oggetto di protezione così come individuati dal legislatore, il contenuto prescrittivo della norma sulla patologia, come norma tecnica, non consente di ravvisare comandi o divieti espressi che precludano ai privati di incidere sui *modi* della tutela, a condizione, però, che non escludano del tutto la tutela stessa ovvero non la rendano eccessivamente difficile, nel qual caso il patto è da ritenere contrario all'ordine pubblico, incorrendo nel già indicato limite ricavabile dal regime giuridico di alcuni patti sulle tutele già tipizzati (artt. 2698 e 2965 c.c., cfr. *supra*, § precedente).

Occorre, piuttosto, notare che la contrarietà all'ordine pubblico è un vizio assorbente, che, con particolare riferimento all'ipotesi in cui il patto si limiti a rendere eccessivamente difficile l'esercizio della tutela, evita di ricorrere alla frode alla legge (art. 1344 c.c.), ed all'inevitabilmente più macchinoso giudizio che ad essa presiede: in termini più perspicui, non occorre accertare lo scopo elusivo del patto che, senza escludere *tout court* la tutela, si limiti ad aggravarne notevolmente l'esercizio, mirando ad aggirare il comando normativo prescrivente la conformità al modello imposto dalla norma sulla patologia. La frode alla legge è assorbita da un vizio più intenso, la diretta contrarietà del patto all'ordine pubblico.

Ad ogni modo, una conferma indiretta dell'inoperatività delle norme sulla patologia alla stregua di norme imperative agli effetti di cui all'art. 1418, co. 1, c.c., può ricavarsi proprio da quest'ultima norma. Il nucleo di imperatività della norma sulla patologia, insito nella prescrizione della conformità al modello, è depotenziato, con riferimento all'autonomia privata, proprio dalla stessa formulazione dell'art. 1418, co. 1, c.c. che dispone la nullità del contratto contrario a norme imperative, "salvo che la legge disponga diversamente". Pure lasciando

impregiudicata la questione del contrasto del patto con la norma sulla patologia qualificata come norma imperativa, la nullità virtuale del patto sembra comunque essere impedita dal rinvio “impeditivo” alle altre norme sulla patologia “che dispongono diversamente”, cioè predispongono un rimedio caducatorio diverso dalla nullità<sup>248</sup>, indicando all’interno che la risposta circa l’ammissibilità del singolo patto vada individuata all’interno della disciplina del rimedio su cui il primo intende incidere. Pertanto, il limite resta sempre il medesimo: muovendo dall’esame del trattamento giuridico del modo della tutela, evitare che il patto escluda del tutto la tutela o la rende eccessivamente difficile.

In sintesi, la presenza di una norma sulla patologia non costituisce una ragione per ravvisare una norma imperativa tale da poter impedire alle parti di conformare il *modo della tutela*, cioè di modificare pattiziamente le regole cui soggiace il rimedio, discostandosi o puntualizzando la disciplina normativa dello stesso, per il caso in cui l’onere su le stessi ricadente non venga osservato. Purché, chiaramente, non si escluda del tutto la tutela o non la si renda notevolmente difficile, al punto da svuotarla di contenuto, ponendo così nel nulla il meccanismo della norma tecnica. Ma qui non siamo più in un’ipotesi di contrasto con una norma imperativa né di una frode ad essa, incorrendo il patto nel generale limite della contrarietà all’ordine pubblico (secondo quanto già indicato *supra*, § III.12).

Si venga ora al secondo, possibile, ostacolo che potrebbe muoversi al patto sulla patologia: la natura “sanzionatoria” delle conseguenze connesse alla patologia

---

<sup>248</sup> Questa si reputa l’interpretazione preferibile dell’indeterminato riferimento alla “legge” contenuto nell’inciso finale dell’art. 1418, co. 1., c.c. Per tale interpretazione, V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, cit., 536 ss., spec. 542 ss., il quale, appunto, propone l’impiego del criterio della disponibilità di un rimedio alternativo alla nullità (o non ne dispongono alcuno (nullità 2379 c.c. prevede risarcimento)?????).

La giurisprudenza, invece, pur animata dal pregevole proposito di contenere i confini della nullità virtuale, sembra essersi assestata sull’impiego di un criterio alquanto vago, ossia la già accennata distinzione tra norme di validità e norme di comportamento. Essa è, in particolare, costantemente avallata a partire dalla nota sentenza Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Danno resp.*, 2008, 525 ss., con nota critica di V. ROPPO (sopra citata).

Sulle interpretazioni dottrinali e le applicazioni giurisprudenziali dell’art. 1418, comma 1 c.c., si rinvia a M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, nel *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV, Rimedi-1, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, 37 ss.

del contratto. Così, in passato, si è, ad esempio, ritenuta inammissibile la condizione risolutiva di inadempimento (su cui *infra*, § V.22), cioè di un patto sulla patologia funzionale del contratto, facendo leva – tra gli altri – sulla natura sanzionatoria della risoluzione<sup>249</sup>.

L'attributo "sanzionatorio" è, in realtà, anodino. Si è già ampiamente chiarito il rapporto tra sanzioni e tutele: alla caducazione del contratto, quale forma di frustrazione ascrivibile al concetto di sanzione in senso lato, non può essere assegnata funzione afflittiva, costituendo essa il rimedio alla lesione di un interesse, funzionale a ristabilire l'equilibrio violato per effetto dell'inosservanza del modello in un'ottica funzionalmente correttiva (*amplius, supra*, §§ II.5 e II.9). Le sanzioni correttive non sono altro che *tutele* e lo scopo di tale studio consiste per l'appunto nel verificare in quali margini le tutele siano disponibili ad opera degli interessati.

Resta, allora, fermo che là dove la caducazione o la conservazione del contratto abbia funzione afflittiva (ad es., annullabilità del contratto concluso dal condannato in stato di interdizione legale, art. 1425 e 1446, co. 2, c.c.; e nullità parziale degli interessi usurari, art. 1815, co. 2, c.c.), in quanto ispirata alla retribuzione (*malum propter malum*), sia precluso all'autonomia privata incidere su tali figure patologiche, perché non vi è *modo* della tutela su cui l'autonomia privata – nell'ipotesi qui considerata ipotesi – possa incidere, esulando la funzione afflittiva dal campo della tutela (*supra*, II.5). Nell'economia del presente lavoro, non occorre allora indagare i discussi rapporti – ancora oggetto di notevole dibattito tra gli studiosi – tra pena privata ed autonomia negoziale<sup>250</sup>, in quanto la misura afflittiva

---

<sup>249</sup> Così G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 85 ss., spec. 91 s., unitamente ad ulteriori pregnanti ragioni.

<sup>250</sup> Le figure negoziali di cui viene prospettata la funzione afflittiva sono prevalentemente la clausola penale (artt. 1382 ss.), la potestà disciplinare nel rapporto di lavoro (art. 2104 c.c.) e le sanzioni previste nell'ambito di un contratto associativo per i suoi membri, quali il richiamo, l'ammonizione, la censura, le sanzioni pecuniarie, le sospensioni o privazioni di diritti associativi fino – seppur con molti dubbi (cfr. *infra*, § ...) – all'esclusione. Cfr. E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 774 ss.

Vi è chi ha formulato il tentativo di dedurre dall'art. 3 Cost. l'impossibilità, per i contraenti, di configurare misure afflittive autonome, adducendo che il principio di eguaglianza

disposta dal legislatore, comminando la caducazione del contratto o la sua conservazione eteronoma, in quanto la retribuzione cui essa è orientata costituisce un giudizio di valore esclusivo dell'ordinamento e non può esulare dall'ambito della loro disponibilità.

Rimane, infine, un'ultima obiezione da toccare. L'inquadramento dei patti sulla patologia nei patti sui modi della tutela impone di verificare la possibile portata ostensiva del generale divieto di autotutela privata, esaminando i rapporti tra tutela, autotutela e autonomia privata. Solo la precisazione di tali rapporti reciproci

---

non permetterebbe a una parte del rapporto di assoggettarsi all'ingiustificata posizione autoritaria dell'altra: così F. GERBO, *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 212 s. Similmente, con riferimento alle sanzioni associative, S. PATTI, voce *Pena privata*, in *Dig. IV, Disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1995, ed. *on-line*, n. 7, il quale ritiene che la necessità di sanzioni atte a garantire il rispetto delle regole del gruppo, qualunque ne sia il fondamento (contrattuale, cioè da inquadrare negli effetti dell'inadempimento, o non contrattuale, ovvero riconducibile alla potestà disciplinare), non può tuttavia considerarsi sufficiente per affermare la legalità di un potere – e delle sanzioni che dal suo esercizio derivano – in contrasto con il principio di uguaglianza.

All'affermata incompatibilità di misure afflittive negoziali con il principio di uguaglianza, è stato, di recente, persuasivamente obiettato che, esprimendo il contratto la composizione di un conflitto di interessi, nel quale ogni contraente cerca naturalmente di conseguire il risultato a sé più favorevole, la circostanza che, ad esito di una contrattazione corretta e condotta su un piano paritario, una parte abbia ottenuto un risultato migliore rispetto all'altra, non identifica automaticamente un abuso dell'autonomia privata, e dunque la creazione di un'ingiusta posizione di privilegio, bensì rivela, piuttosto, un utilizzo solo più accorto dello strumento negoziale. In tal senso, F. AZZARRI, *La prestazione penale unilateralmente determinata*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 164, il quale non manca di richiamare l'autorevolezza del pensiero di L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 19, cui si deve l'efficace rilievo per cui: “Se si vuole la libertà di contratto si deve pure ammettere che una parte possa perdere e l'altra guadagnare”.

Quanto alla stessa clausola penale, il suo inquadramento tra le pene private non è pacifico, in quanto la dottrina prevalente tende ad attribuirgli natura mista, facendo leva sulla funzione mutevole che essa può assolvere nell'economia del contratto, in relazione all'elasticità del dato normativo (artt. 1382 ss. c.c.), potendo spaziare da una funzione compensativo-satisfattiva oppure da una funzione compulsoria dell'adempimento (entrambe incentrate sulla liquidazione convenzionale e forfettaria del danno, indipendente dalla sua prova) sino ad una funzione afflittiva.

Ad ogni modo, la natura di pena privata della clausola penale è sostenuta da G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma 1990, 2; G. BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ.*, 1984, 166; E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano 1982, 774, che anzi vi scorge “la più illustre delle pene private”; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 189; V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, 141 ss.

può consentire di identificare il concetto di autotutela sul piano tecnico, rifuggendo dalla semplicistica tendenza volta a ritenere genericamente espressione del fenomeno dell'autotutela ogni mezzo che escluda il ricorso alla funzione giurisdizionale dello Stato e con cui si miri alla difesa privata di un interesse o, comunque, al componimento di un conflitto attuale o potenziale<sup>251</sup>.

La nozione di autotutela non può che ricavarsi muovendo dalla definizione di tutela. Se quest'ultima si è definita (*supra*, cfr. §§ II.5 e 9) come reazione dell'ordinamento alla lesione o messa in pericolo di un interesse (reazione che si esprime, dunque, in una sanzione – in senso lato – ispirata da una funzione correttiva), con la dizione autotutela si vuole indicare una tutela del proprio interesse operata direttamente dal titolare dell'interesse leso o messo in pericolo<sup>252</sup>. Pertanto, l'autotutela è una particolare forma di tutela, di cui condivide i presupposti e la funzione, differendo però nei modi di attuazione<sup>253</sup>.

Sulla scorta di tale premessa, è punto pacifico nella nostra dottrina, per un verso, che la funzione della tutela degli interessi privati sia riservata, in linea di principio, allo Stato, attribuendo al singolo esclusivamente un diritto potestativo – o, talvolta, una potestà nell'interesse altrui – di promuovere l'intervento dell'organo giudiziario (azione); per l'altro, che non vi è un esplicito riconoscimento dell'autotutela, anzi essa è espressamente vietata da norme penali che puniscono l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, quando cioè l'autotutela assume forme

---

<sup>251</sup> Per la critica di tale semplicistico approccio e, all'opposto, per l'individuazione del fenomeno sul piano tecnico, v. L. BIGLIAZZI-GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., 39, la quale individua i dati tecnici cui ancorare il detto fenomeno, muovendo dalla definizione del concetto di tutela, dall'identificazione del relativo presupposto (su entrambi gli aspetti *supra*, § II.5), dalla determinazione della “natura” dei poteri e dal *modus operandi* del relativo meccanismo di attuazione (con riferimento alle tutele caducatorie e conservative, cfr. *supra* § II. 9).

<sup>252</sup> Cfr. E. BETTI, voce *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 529, il quale definisce l'autotutela come “tutela del proprio interesse operata direttamente dall'interessato”.

<sup>253</sup> A tale conclusione giunge lo studio – che mi sembra pienamente di condividere – di L. BIGLIAZZI-GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., 52.

pericolose per la pacifica convivenza sociale (artt. 392-393 c.p.). Da ciò si ricava generalmente l'esistenza di un generale divieto di autotutela privata<sup>254</sup>.

Dall'affermazione di tale divieto si suole, allora, ricavare che le ipotesi di autotutela – strutturate sullo schema dei rapporti autoritativi, ove al diritto potestativo del titolare dell'interesse leso corrisponde la soggezione del soggetto cui è riconducibile la lesione<sup>255</sup> – debbano essere necessariamente previste da norme di legge, trattandosi di ipotesi tipiche. Non pare sia possibile discostarsi da tale conclusione, essa va, però, intesa nel limitato senso per cui la previsione di una situazione giuridica potestativa in favore di un soggetto, implicando la soggezione altrui, impone previamente l'individuazione della sua fonte e della sua situazione-presupposto, ovvero il fatto che dà luogo all'esercizio del diritto potestativo. Ciò per una ragione alquanto evidente: ai privati non è dato invadere la sfera giuridica altrui. Il divieto di autotutela, implicando quest'ultima la soggezione dell'altrui sfera giuridica, si annoda al divieto di eteronomia privata. Da qui, allora, discende l'ulteriore – inevitabile – implicazione della natura eccezionale, oltreché tipica, delle ipotesi di autotutela<sup>256</sup>, nella misura in cui risulta strumentale a circoscrivere i casi di intervento diretto nella sfera giuridica altrui.

Ebbene, stante la natura eccezionale e tipica dell'autotutela, perché il divieto di autotutela privata possa dirsi ostativo al riconoscimento di un patto volto a ridefinire il modo della tutela delineato dal legislatore, è necessario dimostrare che l'esercizio dell'autonomia privata corrisponda ad un'espressione di autotutela privata. Ma tale conclusione, contrariamente all'opinione di autorevole dottrina<sup>257</sup>,

---

<sup>254</sup> Per tutti, E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>255</sup> L. BIGLIAZZI-GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., 38, la quale precisa che l'autotutela deve caratterizzarsi per il carattere di *immediatezza* dell'attuazione della difesa dell'interesse leso per mezzo, dunque, di una situazione giuridica potestativa o cd. facoltà di formazione (ID., *op. ult. cit.*, 36 e 60 ss.). È l'automatica e necessaria realizzazione della tutela, derivante dal predetto carattere dell'*immediatezza* della situazione giuridica in cui consiste, a consentire di escludere il ricorso all'organo giudiziario in funzione determinante per la definizione del conflitto.

<sup>256</sup> Punto pacifico nella dottrina, v. E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*; L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, I, cit., 40 e 46.

<sup>257</sup> E. BETTI, *op. ult. cit.*, 529 ss.

pare francamente insostenibile, dovendo pienamente convenire con la tesi secondo cui i rapporti tra autotutela ed autonomia privata non possono che essere di reciproca esclusione<sup>258</sup>.

La riferita opinione contraria, invece, distingue l'autotutela unilaterale dall'autotutela consensuale<sup>259</sup>, ingenerando però confusione sui termini della relazione in quanto l'unilateralità non sta in rapporto reciproco con la consensualità. Se, infatti, la nozione di autotutela unilaterale corrisponde a quella finora data, cioè a quella che "si opera per il fatto della sola parte interessata"<sup>260</sup>, l'autotutela consensuale sarebbe da ravvisare, secondo l'opinione qui non condivisa, nelle ipotesi in cui "sia in facoltà dei privati dar vita, mediante convenzioni tra loro, a siffatti poteri di autotutela", trattandosi di "una figura di autotutela che si fonda sul preventivo consenso dell'altro soggetto"<sup>261</sup>, in ciò starebbe "l'antitesi con l'altra, che dal consenso prescinde". Ma di antitesi non può trattarsi, in quanto l'autotutela deve sempre prescindere dal consenso della controparte: l'autotutela – avuto riguardo al modo di attuazione – presuppone l'intervento unilaterale ad opera del titolare dell'interesse leso, non voluto dal titolare della soggezione; il dato strutturale e funzionale resta identico. La distinzione tra le due figure, allora, riposa esclusivamente sulla *fonte* del diritto di autotutela: nel primo caso è la legge, nel

---

<sup>258</sup> L. BIGLIAZZI-GERI, *op. ult. cit.*, I, cit., 69.

<sup>259</sup> E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*, delinea l'autotutela consensuale in corrispondenza dei tipi di tutela giurisdizionale. Sono, così, per l'A. ravvisabili ipotesi di autotutela consensuale autorizzata dalla legge a scopo di accertamento, quali l'arbitrato, la confessione stragiudiziale, l'inventario (dunque, non tutti fenomeni ascrivibili all'autonomia privata); tipi non disciplinati sarebbero, invece, l'arbitrato irrituale su controversie componibili *secundum ius*, il patto del *solve et repete*, il regolamento convenzionale di oneri processuali, in particolare attinenti alle prove. Tipi legalmente disciplinati di autotutela consensuale con prevalente funzione soddisfattoria, ossia di esecuzione, sarebbero invece la cessione dei beni ai creditori a scopo di liquidazione e l'anticresi; forme non autorizzate sono, invece, il patto commissorio nell'ipoteca, nel pegno e nell'anticresi (artt. 1963 e 2744 c.c.), il diritto di ritenzione pattizio. Infine, tipi legalmente disciplinati di autotutela con prevalente funzione cautelare sarebbero il pegno, o altra garanzia o cautela (ad es., artt. 639, 640, 1179 c.c.), il sequestro convenzionale (art. 1798 c.c.), costituiti con atti di autonomia privata; forme di autotutela cautelare non autorizzate sono la ritenzione convenzionale a scopo coercitivo (ad es., la clausola penale nella vendita a rate con patto di riservato dominio) e un previo assoggettamento al sequestro conservativo.

<sup>260</sup> ID., *op. loc. ult. cit.*

<sup>261</sup> ID., *op. loc. ult. cit.*

secondo caso (autotutela consensuale) sarebbe l'autonomia privata degli interessati. Ma tale soluzione stride inevitabilmente con il principio di tipicità delle ipotesi di autotutela<sup>262</sup>.

L'autotutela previamente acconsentita dal titolare della soggezione non è un'autentica forma di autotutela e, per tale ragione, non soggiace al principio di tipicità, atteso che non realizza un'ipotesi di eteronomia, cioè di invasione unilaterale della sfera giuridica altrui.

La questione della disponibilità pattizia dei modi della tutela non va inquadrata sul piano dell'autotutela, ma va giustificata nell'ambito dell'autonomia privata.

Deve, quindi, rimanere fermo che, se è indubbio che – solo – al legislatore spetti *tutelare* gli interessi dei consociati, ai privati è pur sempre consentito *disporre* dei propri interessi. Là dove i privati scelgano di regolare un interesse, nella prospettiva della sua attuale o potenziale insoddisfazione (cioè nella previsione di un bisogno), non stanno riconnettendo a tale interesse una forma di (auto)tutela, ma ne stanno disponendo, cioè stanno regolando il conflitto di quell'interesse con altri interessi che – orientando le azioni dei rispettivi titolari – determinano l'insoddisfazione di uno di essi. In altri termini, con un patto sui modi della tutela,

---

<sup>262</sup> Né al fine di evitare il contrasto con il principio di tipicità sembra possa ricorrersi all'artificiosa soluzione escogitata da L. BIGLIAZZI-GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., 64 ss. e 87, la quale pare incline a distinguere tra la *fonte* del diritto di autotutela ed il *presupposto causale immediato* di tale diritto: la fonte resterebbe, pur sempre, la legge, in ossequio al principio di tipicità; il presupposto, invece, potrebbe essere rappresentato da un atto di autonomia, purché poggi su una base normativa che lo abiliti. Resta, così, la legge a fornire ai privati lo strumento tipico, che in tal caso va ravvisato in una fattispecie complessa: l'atto di autonomia (che preconstituisce il diritto di autotutela) ed il fatto lesivo (che ne consente l'esercizio). A sostegno di tale artificiosa soluzione viene riportato l'esempio della clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), la quale richiede appunto una stipulazione (esercizio di autonomia privata) oltretutto il verificarsi dell'inadempimento (fatto lesivo) affinché sorga il diritto di autotutela (da esercitarsi per mezzo della dichiarazione unilaterale di avvalersi della clausola). Tuttavia, l'ascrizione della clausola risolutiva espressa all'autotutela costituisce semmai il *thema demonstrandum* e non può essere addotto come argomento a sostegno della prospettata tesi.

Piuttosto, sembra doversi affermare l'opposto: in presenza di una base normativa che abiliti l'autonomia privata a prevedere un diritto per rimediare alla lesione di un proprio interesse, sia fuori dall'autotutela. Solo in questo modo pare possa confermarsi – in linea con lo stesso pensiero di EAD., *op. ult. cit.*, 69 – che i rapporti tra autonomia privata e autotutela restano di reciproca esclusione.

i privati, in previsione di un conflitto di interessi, in realtà ne regolamentano la composizione. Che, nella specie, gli interessi in conflitto siano, da un lato, l'interesse leso da un fatto patologico e, dall'altro, l'interesse avvantaggiato da esso, nulla muta sul piano dell'autonomia privata, la quale è pur sempre volta al regolamento di (quegli) interessi in conflitto, (si comprende, così, la centralità del limite della natura dell'interesse oggetto di tutela: i privati non possono disporre di interessi collettivi o superindividuali). Ma allora, se nulla muta, non può dirsi che ai privati venga così riconosciuta la capacità di *tutelare* interessi lesi, in luogo del legislatore: l'autonomia contrattuale rimane lo strumento concesso ai privati per dare il più conveniente assetto ai propri interessi, cioè per *disporre*<sup>263</sup>.

Nulla impedisce, né tantomeno l'indicato divieto di autotutela privata, che mediante la disposizione dei propri interessi in conflitto, le parti possano convenzionalmente rimediare ad una lesione, al fine di superarla mediante nuove attribuzioni patrimoniali.

#### *14. Per un approccio empirico e graduale al tema.*

L'indagine sarà condotta con metodo empirico, al fine di verificare nella disciplina normativa spunti per la disponibilità pattizia della tutela apprestata.

---

<sup>263</sup> La questione, nei termini prospettati, ricorda l'analogo dibattito sulla natura – dichiarativa ovvero costitutiva – del negozio di accertamento (pur esso, non a caso, ritenuto da E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*, zona di confine rispetto ai fenomeni di autotutela consensuale, dai quali però esorbita, per essere inquadrato nell'autonomia privata). Anche in tal caso, pare che la soluzione al quesito debba essere rintracciata nel potere di disposizione che – solo – compete ai privati, anche allorché l'assetto di interessi venga da essi ricostruito muovendo dall'intento di accertare la realtà giuridica preesistente. Accertando, i privati dispongono dei propri interessi mediante di un atto di autonomia che non può assumere altro che funzione costitutiva. Questa è la nota – e diffusa – tesi sostenuta da F. SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1 ss.; ID., *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 177.

Il metodo scelto impone, preliminarmente, di calare il fenomeno giuridico studiato nel contesto fattuale di riferimento, avuto particolare riguardo alla posizione socio-economica delle parti. Si registra nella contrattazione moderna che non investe i rapporti di consumo (cd. *B2C, business to consumer*) la tendenza all'*autosufficienza* del contratto, il quale si mostra più complesso ed incline alla chiusura verso l'integrazione esterna della legge e del giudice. Tale tendenza è direttamente proporzionale ai valori economici coinvolti e si radicalizza nei contratti transnazionali (alcuni dei quali appaiono all'interprete domestico – riprendendo una fortunata formula – “contratti alieni”)<sup>264</sup>, ove resta pur sempre il riferimento alla legge applicabile, ma “solo perché non se ne può fare a meno”<sup>265</sup>.

Senza voler giungere a sopravvalutare i poli estremi del contesto di riferimento, occorre, oggi, prendere atto che la norma sulla patologia contrattuale, la quale si fonda sulla caducazione, può comportare gravi inefficienze agli operatori economici in un mercato dominato dalla velocità e dalla mobilità degli investimenti. E non deve dimenticarsi che il contratto è il principale strumento del mercato.

I predetti rilievi valgono solo a giustificare il metodo empirico prescelto nella selezione delle figure giuridiche oggetto di studio e non intendono in alcun modo inficiare la costruzione sistematica del fenomeno giuridico, la quale rimane ancorata ad una prospettiva assiologica e sistematica. Verranno, in ragione di ciò, di volta in volta esaminati gli eventuali profili di vessatorietà dei singoli patti esaminati, per verificarne l'eventuale inserimento in condizioni generali di contratto (art. 1341 c.c.) ovvero nei contratti conclusi dai professionisti con i consumatori (artt. 33 ss. cod. cons.), pur restando fermo che il patto sulla patologia si presta meglio ad essere convenuto nelle contrattazioni paritarie.

---

<sup>264</sup> G. DE NOVA, *Il Contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, 31, il quale allude ad un contratto pensato e scritto sulla base di un modello diverso dal diritto italiano, e di solito ad un modello di *common law*, pur indicando come legge applicabile il nostro diritto interno.

<sup>265</sup> Cfr., ancora, G. DE NOVA, *Una lettura di oggi di “Le fonti di integrazione del contratto”*, in *Jus civile*, 2017, 6, 625.

L'attenzione non sarà rivolta alle figure tipiche di patti sulla patologia, quali le forme convenzionali (art. 1352 c.c.), la caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.), la clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) ed il patto del *solve et repete* (art. 1462 c.c.), già ampiamente affrontati in approfonditi studi della nostra dottrina e diffusamente esaminati dalla giurisprudenza, ma ad altri patti non espressamente tipizzati, per i quali si registra la minore considerazione della dottrina, in alcuni casi pressoché assente.

Chiarite le ragioni di metodo nella scelta delle figure di volta in volta esaminate, l'indagine deve muovere dalla – già enunciata – constatazione per cui non è concepibile alcun patto sulla patologia senza una norma sulla patologia, e – alla luce dei risultati sopra raggiunti (cfr. *supra*, II.10) – tali sono sia le norme che, sul presupposto della patologia, tendono alla caducazione del contratto sia quelle che, muovendo dal medesimo presupposto, sono all'inverso volte alla sua conservazione, al fine di temperare le drastiche conseguenze demolitorie<sup>266</sup>.

Non può, quindi, fornirsi una compiuta e costante definizione strutturale del patto sulla patologia: esso sconta la frammentarietà delle norme sulla patologia contrattuale, il che se da un lato non consentirà di delineare profili omogenei di struttura, dall'altro non impedirà di individuare quanto meno la sua funzione: quest'ultima, come detto, può realizzarsi sia in senso conservativo dell'assetto di interessi principale (*patti conservativi*), sia in senso contrario alla sua conservazione (*patti non conservativi*). E questo sarà l'ordine che si seguirà nella loro esposizione.

\* \* \*

---

<sup>266</sup> Resta, tuttavia, fermo che la caducazione, come già detto, è conseguenza giuridica imprescindibile ai fini della configurabilità stessa di una norma sulla patologia; la conservazione è, invece, solo eventuale, seppur frequente (cfr. *supra*, § II.10, per le figure patologiche che non tollerano la conservazione del contratto).

## CAPITOLO IV – PATTI CONSERVATIVI

SOMMARIO: 15. Patto di conversione. – 16. Patto di scindibilità delle clausole nulle. Sostituzione convenzionale delle clausole nulle. – 17. Patti di rettifica. – 18. Patti di riconduzione ad equità. – 19. Patto di irresolubilità.

### *15. Patto di conversione.*

L'esame delle figure pattizie prende le mosse dall'ipotesi in cui le parti manifestano capacità predittiva in ordine alla nullità dell'assetto di interessi da loro predisposto. In particolare, si allude al fenomeno per il quale i contraenti predispongono un patto correttivo di un assetto di interessi principale, per l'eventualità che quest'ultimo sia da reputarsi nullo.

Per questo patto correttivo pare opportuna la denominazione di *patto di conversione*. A scanso di equivoci, la denominazione del patto in esame intende evocare l'istituto della conversione, disciplinato dall'art. 1424 c.c., ma non ne costituisce diretta espressione: i due fenomeni presentano affinità funzionali, essendo entrambi volti alla conservazione del contratto, ma non partecipano della stessa natura, per le ragioni che si illustreranno.

È, a tal riguardo, conveniente muovere dall'esame del contenuto normativo dell'art. 1424 c.c., in quanto il patto in discorso mira a sostituirne ovvero estenderne i presupposti applicativi oltre l'ambito normativamente disegnato; nel che potrebbe annidarsi il dubbio che esso possa confliggere con i profili inderogabili della disciplina della nullità.

La conversione, come noto, consiste nell'attribuzione al contratto nullo degli effetti di un contratto diverso (di cui contenga i requisiti di forma e sostanza),

purché, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto della nullità (art. 1424 c.c.).

L’articolato giudizio di convertibilità che l’art. 1424 c.c. demanda all’interprete sembra – testualmente – edificato su una volontà ipotetica<sup>267</sup>, cioè sulla ricerca di una volontà che le parti non hanno avuto, perché ignare della nullità del contratto. La ricostruzione della volontà ipotetica – che, appunto, le parti avrebbero avuto se fossero state consapevoli della nullità – costituisce, propriamente, un giudizio futuribile<sup>268</sup>, cioè un giudizio ipotetico proiettato verso il passato. La ricerca storica della volontà ipotetica è, però, ridimensionata dal mezzo (sembrerebbe) esclusivo attraverso cui indagare tale intento comune<sup>269</sup>: si allude all’interpretazione teleologica<sup>270</sup> (“avuto riguardo allo scopo perseguito, debba ritenersi [...]”). Fissato

---

<sup>267</sup> In tal senso, L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 378; G. DE NOVA, voce *Conversione del negozio nullo*, cit., 3. Per le discussioni sul significato della volontà ipotetica tra i sostenitori della concezione volontaristica del negozio e di una teoria oggettiva del negozio, cfr. L. BIGLIAZZI-GERI, voce *Conversione degli atti giuridici*, cit., 532 ss.

<sup>268</sup> S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 80, il quale, inoltre, precisa trattarsi di “una specie di calcolo di probabilità retrospettivo” ed al quale si deve l’inquadramento espresso del giudizio di convertibilità nei futuribili, di cui costituisce ipotesi tipica (art. 1424 c.c.), unitamente all’efficienza determinante dell’errore o del dolo sul consenso, al giudizio di essenzialità della clausola nulla (art. 1419, co. 1), alla rilevanza dell’evizione parziale (art. 1480 c.c.), delle dichiarazioni inesatte o reticenti nell’assicurazione (art. 1892 c.c.) e delle circostanze che aggravano il rischio (art. 1898 c.c.).

Sui futuribili, cfr. anche P. CALAMANDREI, *L’art. 1497 c.c. e i futuribili*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, 200, nonché A.C. JEMOLO, *Lo storico e i futuribili*, ora in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957, 326.

<sup>269</sup> È evidente che non possa trattarsi dell’intento di una sola delle parti. Per la precisazione che la volontà ipotetica deve essere riferibile ad entrambe le parti, cfr. G. DE NOVA, voce *Conversione del negozio nullo*, cit., 3.

<sup>270</sup> Alcuni studiosi, pur muovendo da premesse volontaristiche, preferiscono ricorrere al controverso concetto di interpretazione integrativa: cfr., L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 378, nota 11.

Cfr., però, per la netta critica del concetto di interpretazione integrativa, cfr. M. ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1936, 341; C. GRASSETTI, *L’interpretazione del negozio giuridico*, cit., 18 nota 31; A. DI MAJO GIAQUINTO, *L’esecuzione del contratto*, cit., 369 ss.

Su un piano più complesso si muove E. BETTI, voce *Conversione del negozio giuridico (dir. vig.)*, cit., 811, il quale, muovendo da premesse dichiarazionistiche ed obiettivistiche, discorre di “interpretazione tipica” (ascrivibile alle interpretazioni integrative) dell’atto invalido o inefficace, mediante la quale l’assetto di interessi divisato viene valutato come

lo scopo perseguito dalle parti, l'interprete è, dunque, tenuto ad ordinare i possibili mezzi giuridici idonei al suo raggiungimento e a scegliere quello che – per quanto diverso – secondo un giudizio di equipollenza più si avvicina al contratto nullo.

Tanto basta per osservare che, all'inverso, con il patto di conversione, le parti, nella previsione della nullità del contratto, vogliono e pongono in essere – loro stesse – un assetto contrattuale diverso, subordinandone il valore al venir meno del primo (per la natura e le forme di tale nesso, *infra*). In tal caso non si fa luogo a conversione *ex art. 1424 c.c.*<sup>271</sup>, in quanto il presupposto necessario per l'operatività dell'art. 1424 c.c. è che il contratto diverso *non sia stato* effettivamente voluto dalle

---

assetto di tipo diverso, per giungere ad una *correzione* di qualifica giuridica. Il concetto di interpretazione tipica ed il rapporto con la correzione (di cui la conversione è, per l'A., una specie) sono indagati più diffusamente dall'A in ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 345 ss., spec. 351 s. e 355, ove per "interpretazione tipica" mostra di intendere un modo interpretativo che si caratterizza per la classificazione delle dichiarazioni negoziali in tipi o classi – avuto riguardo al genere di circostanze in cui si svolgono secondo l'*id quod plerumque accidit* – cui attribuire un significato costante, senza tener conto di quella che nel caso concreto può essere stata l'effettiva, diversa, opinione delle parti. I rapporti con la correzione sono delineati dall'A. in termini di netta alterità: "Sulla medesima linea della distinzione fra interpretazione e valutazione giuridica corre anche il criterio differenziale fra interpretazione e integrazione del negozio, come fra interpretazione e correzione (conversione) di esso" (*op. ult. cit.*, 352). E conclude: "L'interpretazione ricostruisce il contenuto e il senso del negozio e pertanto ne determina la fattispecie, la correzione, invece, al pari dell'integrazione, presuppone già fissato il contenuto e il senso del negozio e ne determina gli effetti giuridici, non più integrandoli, ma correggendoli. Nella conversione, in particolare, la correzione si opera attraverso una trasformazione di qualifica giuridica" (*op. ult. cit.*, 355).

In altri termini, se si è ben inteso il pensiero dell'illustre A., nella conversione, il procedimento interpretativo impiegato è funzionale alla correzione, che pare il dato qualificante del fenomeno: l'interpretazione diviene un modo per incidere, non tanto sulla fattispecie (da cui – per espressa disposizione di legge – occorre distaccarsi, ricavando un possibile contenuto *diverso* congruente con lo scopo), ma sugli effetti stessi. La *diversità* di effetti che l'art. 1424 c.c. intende riconnettere al contratto nullo convertito importa la difficoltà di ascrivere la conversione ad una pura operazione ermeneutica, che resta (a prescindere dai metodi e mezzi cui si fa ricorso) quella di assegnare un significato ad un significante: quella (necessaria) diversità di effetti imposta dall'art. 1424 c.c. spezza il nesso tra questi ultimi due elementi.

Esclude, parimenti, che la conversione operi in via di interpretazione (anche se integrativa), L. BIGLIAZZI-GERI, voce *Conversione degli atti giuridici*, cit., 534, "giacché non si tratta di ricercare che cosa il o i soggetti, sia pure secondo l'ordinamento giuridico, hanno voluto (che è, appunto, quel che l'interpretazione, per essere tale, dovrebbe accertare)".

<sup>271</sup> In tal senso, nettamente, L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 377 e 380.

parti, perché ignare della nullità<sup>272</sup> (“se avessero conosciuto la nullità”); con il patto di conversione, per l’appunto, le parti manifestano espressamente di volere un assetto contrattuale diverso dal primo nullo.

Ma, allora, se l’art. 1424 c.c. può operare solo in difetto di una diversa volontà espressa, deve concludersi che esso altro non è che una *norma suppletiva*, derogabile dall’autonomia degli interessati. Il che non tocca la natura imperativa delle norme che sanciscono la nullità: un conto è il *giudizio di nullità* (art. 1418 c.c.), imposto da una norma imperativa (il cui carattere prescrittivo deriva da una norma sulla patologia, concepita come norma tecnica, che commina una frustrazione), altro conto è il *giudizio di convertibilità* (art. 1424 c.c.), imposto da una norma dispositiva. Secondo quanto è stato efficacemente notato, le norme dispositive “s’ispirano agli interessi individuali dei contraenti di cui cercano la conciliazione attraverso soluzioni analoghe a quelle adottate nell’ambiente sociale”<sup>273</sup>; di esse, inoltre, è stato posto in rilievo l’aspetto di “regola giusta del caso medio”<sup>274</sup>. Ciò convince appieno dell’inquadramento proposto.

Volendo ordinare il giudizio di convertibilità nell’ambito del trattamento giuridico della nullità, deve apprezzarsi che il primo rappresenta il segmento finale della disciplina normativa della tutela in discorso: una volta sancita la nullità del(l’intero) contratto (art. 1418 c.c.), vi sono, infatti, norme sul *modo* della tutela

---

<sup>272</sup> G. DE NOVA, voce *Conversione del negozio nullo*, cit., 3, ritiene altresì sufficiente il dubbio per l’operatività della conversione, ma resta pur sempre fermo che le “parti non hanno voluto codesti effetti diversi, hanno voluto, invano, gli effetti del contratto nullo” (*op. cit.*, 1).

Maggiori perplessità sembrano porsi nel caso di ignoranza unilaterale, ma la conoscenza della nullità che l’altro (o gli altri) contraente(i) ne abbia(no) non pare poter fondatamente precludere la conversione. Il problema, semmai, è armonizzare la responsabilità precontrattuale (art. 1338 c.c.) del contraente reticente con la validità ed efficacia (pur diversa) del contratto convertito, al fine di evitare ingiustificati arricchimenti in favore del contraente in buona fede, derivanti dal conseguimento sia dell’interesse negativo a titolo risarcitorio che – sia pur parzialmente – dell’interesse positivo a titolo contrattuale.

<sup>273</sup> A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 79.

<sup>274</sup> Così, A. DI MAJO, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Vol. II, Napoli, 1972, 110 ss., nel valorizzare il diritto dispositivo come possibile strumento di controllo delle condizioni generali di contratto.

*caducatoria* che fissano inderogabilmente la legittimazione assoluta<sup>275</sup>, la rilevabilità officiosa<sup>276</sup> (art. 1421 c.c.), l’imprescrittibilità (artt. 1422 e 2936 c.c.)<sup>277</sup> ed il divieto di convalida (art. 1423 c.c.); ve ne sono altre – parimenti inderogabili – che, pur non espressamente sancite, si ricavano dall’interpretazione sistematica<sup>278</sup>; vi è, infine, un’ultima norma (dispositiva) sul *modo* della tutela, ma stavolta di natura conservativa, la quale, dopo aver accertato l’operatività della caducazione (dunque, della nullità), ne impone la conversione, in difetto di una diversa volontà delle parti (art. 1424 c.c.).

L’inquadramento della conversione del contratto nullo nelle norme dispositive dovrebbe poter consentire di risolvere anche il dubbio sulla rilevabilità officiosa della conversione<sup>279</sup>. Sul piano strettamente tecnico, allorché non vi sia una diversa

---

<sup>275</sup> Non può escludersi pattiziamente un legittimato dall’esercizio dell’azione di nullità, neppure con il suo consenso, in quanto vi osta espressamente il divieto di convalida (art. 1423 c.c.).

<sup>276</sup> Consistendo in una potestà, che trova la sua fonte nella legge, non può formare oggetto di disposizione neppure ad opera del titolare; figurarsi ad opera di soggetti che, di essa, non sono titolari.

<sup>277</sup> L’inderogabilità del regime legale della prescrizione è normativamente sancita (art. 2936 c.c.): con il dubbio, semmai, se sia possibile istituire una decadenza convenzionale (art. 2965 c.c.). Il tema, denso di perplessità, esula dallo studio della patologia, sconfinando nel rapporto tra il tempo e l’autonomia privata.

<sup>278</sup> Non sono espressamente sancite, seppur ritenute – pacificamente – come note qualificanti del regime della nullità, l’inefficacia originaria del contratto nullo e la natura dichiarativa della sentenza che pronuncia la nullità, che ne costituisce il logico corollario: l’inefficacia comporta, infatti, l’inettitudine alla modificazione della situazione giuridica precedente che – rimanendo intatta – può essere accertata senza limiti di tempo. Si ritiene, ai presenti fini, equivalente l’opinione secondo cui il giudizio di nullità consiste, modificando l’angolo di prospettiva, in un accertamento dell’inesistenza della nuova situazione giuridica che sarebbe astrattamente scaturita dal contratto (dacché l’inquadramento nelle sentenze di accertamento negativo).

<sup>279</sup> Inopinatamente esclusa, in *obiter dictum*, da Cass, civ., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242-43. L’affermata natura di eccezione in senso stretto è condivisa da C. CONSOLO – F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell’) accertamento processuale*, cit., 239 s., in forza dell’ormai costante orientamento giurisprudenziale che assegna natura di eccezioni in senso stretto alle sole eccezioni espressamente definite tali dalla legge (e non è questo il caso della conversione) oppure alle eccezioni che corrispondono nei loro effetti a poteri riservati in via di azione alla parte (cui sarebbe – invece – da ascrivere la conversione, per il rilievo che il monopolio delle parti di dichiarare il diverso effetto sarebbe “invaso” dal rilievo officioso). L’argomentazione non convince affatto, in quanto il “diverso effetto” contrattuale può ben essere stabilito dalla legge (cfr. art. 1374 c.c.), *amplius* nel testo.

volontà degli interessati, e cioè – per quanto ci occupa – accertata una lacuna del regolamento negoziale, le norme dispositive ricollegano effetti giuridici alla fattispecie negoziale (art. 1374 c.c.). Ebbene, stando così le cose, pare evidente che il giudice non potrebbe rifiutare di riconnettere al contratto oggetto della sua cognizione gli effetti giuridici predisposti dal legislatore, subordinandoli ad un'ulteriore volontà di una delle parti (secondo i moduli operativi delle eccezioni in senso stretto). Il giudice, in sostanza, *deve* ricollegare gli effetti di un contratto diverso al contratto nullo, se lo ritiene conforme allo scopo perseguito con esso (“qualora [...] *debba* ritenersi [...]”, recita nettamente l’art. 1424 c.c.).

La natura dispositiva dell’art. 1424 c.c., che impone la conversione in difetto di una diversa volontà delle parti, consente di confermare l’assunto di partenza, secondo cui il patto di conversione non costituisce applicazione dell’istituto di cui all’art. 1424 c.c.: in presenza del patto di conversione, è inibita l’applicazione dell’art. 1424 c.c.; mentre, all’opposto, la sua mancanza ne segna l’operatività. Tra patto di conversione e norma sulla conversione vige un rapporto di esclusività reciproca. Resta così confermato che non osta all’ammissibilità del patto in esame il disposto di cui all’art. 1424 c.c.

È, ora, possibile delineare compiutamente la natura giuridica e i contorni del patto in questione.

Orbene, all’inizio del presente paragrafo si diceva che il patto di conversione indica il patto apposto ad un assetto di interessi principale, per l’eventualità che quest’ultimo sia da reputarsi nullo: più precisamente, il patto, apportando *per relationem* alcune correzioni al primo assetto contrattuale mal congegnato, mira a “convertirlo” in un contratto valido, rimuovendo le ragioni di nullità. Le correzioni così apportate dal patto non sono volte a modificare un rapporto contrattuale già sorto (della cui fonte si sospetta la nullità), ma ad istituire un assetto di interessi *alternativo* al primo.

Per effetto dell’apposizione del patto in discorso la dichiarazione negoziale comune, cioè il regolamento contrattuale, si presenta come la risultante della dichiarazione contenente l’assetto di interessi preferito (ma di cui si sospetta la

nullità) così come emendata dalla dichiarazione (solo formalmente) accessoria in cui il patto consiste<sup>280</sup>. Il contratto resta unico, seppur a contenuto parzialmente indeterminato, ma comunque determinabile. Sul piano ermeneutico, il dubbio sulla nullità non comporta un dubbio sul significato della dichiarazione comune (art. 1367 c.c.)<sup>281</sup>, cui – dunque – non deve attribuirsi un significato plurivoco, ma univoco e determinabile.

Per meglio chiarire tale punto, occorre considerare che la dichiarazione negoziale contenente l'assetto contrattuale colpito da nullità degrada a mero atto, *recte* a dichiarazione enunciativa (ossia, non dispositiva)<sup>282</sup> esprimente la motivazione logica e storica dell'intento negoziale perseguito dalle parti che cerca soddisfazione nella dichiarazione emendata (avente, all'opposto, valore dispositivo) che l'autonomia privata ha posto in essere<sup>283</sup>.

Anche muovendo da un diverso punto di vista, può osservarsi che l'affermata alternatività tra le dichiarazioni contrattuali (quella principale mal riuscita e quella emendata) importa che sono le stesse dichiarazioni contrattuali ad escludersi logicamente l'un l'altra: l'inettitudine originaria dell'una rende, allora, la dichiarazione da alternativa a semplice (arg. *ex* art. 1288 c.c.).

In forza di tale duplice ordine di ragioni, può altresì agevolmente escludersi la retroattività del patto, in quanto – in caso di nullità dell'assetto di interessi

---

<sup>280</sup> Quanto alla struttura di tale dichiarazione, si confrontino i risalenti rilievi di A. ROCCO, *La convalescenza dei negozi giuridici e l'art. 137 cod. comm.*, cit., 186, il quale precisa che non è necessario che la nuova dichiarazione contenga, da sola, tutti i requisiti del negozio. [...] Basta che la vecchia e la nuova dichiarazione, prese nel loro insieme, costituiscano un valido negozio.

<sup>281</sup> Più precisamente, il dubbio non intercorre tra un'interpretazione che attribuisca effetti al contratto ed un'altra secondo cui non ne avrebbe alcuno: è, dunque, preclusa l'operatività dell'art. 1367 c.c.

<sup>282</sup> Per la compiuta distinzione, secondo il criterio formale e sostanziale, delle dichiarazioni enunciative (o rappresentative) dalle dichiarazioni dispositive (o precettive), v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 150 ss.; nonché A. CATAUDELLA, *Il contenuto del contratto*, cit., 160 ss., il quale, con ampio ed esaustivo impianto argomentativo, espunge le dichiarazioni enunciative dal contenuto del contratto (di cui costituiscono il limite interno), nella misura in cui ad esse non possa attribuirsi il valore, sostanziale, di regola dell'assetto di interessi divisato con il contratto.

<sup>283</sup> Sull'irrelevanza interpretativa delle clausole enunciative, cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 331 s.

principale – gli effetti scaturiscono originariamente dal patto emendativo di conversione.

Il punto consente di far chiarezza su un ulteriore profilo. L’ammissibilità del patto è talvolta sostenuta in dottrina scorrendo (forse) affrettatamente di “contratto sospensivamente condizionato alla nullità del negozio di primo grado”<sup>284</sup>.

In realtà, alla nullità, quale evento (giuridico) cui è subordinato l’assetto di interessi contenuto nel patto di conversione, mancano i caratteri della futurità e dell’incertezza oggettiva<sup>285</sup>, tipici dell’evento condizionante (art. 1353 c.c.). La nullità è, all’inverso, un evento *presente*, in quanto immanente nella valutazione che l’ordinamento compie dei fatti (negoziali) giuridicamente rilevanti, e solo *soggettivamente* incerto: il che suggerisce il suo inquadramento nella figura – secondo le varie terminologie – della *supposizione*<sup>286</sup>, ovvero del *presupposto* o

---

<sup>284</sup> S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., 229 ss., il quale coerentemente alla ricostruzione prescelta si interroga sulla possibilità di attribuire ad esso valore retroattivo (in part., *op. loc. cit.*, nota 13). La qualificazione in termini di condizione o di supposizione, del resto, risulta indifferente nell’economia dell’argomentato lavoro dell’A., volto a scardinare il dogma dell’inconvalidabilità del contratto nullo. In entrambe le ipotesi (condizione e supposizione) l’autonomia privata mostra di voler preservare gli effetti del contratto nullo.

Evoca la figura di un contratto collegato al primo e sospensivamente condizionato alla nullità di questo, altresì, R. TUCCILLO, *Clausole volte ad escludere l’estensione della nullità parziale*, in *Clausole negoziali*, I, a cura di M. Confortini, Padova, 2017, 1288, richiamando un precedente giurisprudenziale (Cass. civ., Sez. II, 1° marzo 1995, n. 2340).

<sup>285</sup> Deve chiaramente trattarsi di incertezza oggettiva, relativa alla conoscibilità umana del tempo, v. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, cit., 169 s.; non può accogliersi l’estensione all’incertezza soggettiva, pure propugnata in dottrina (ma con posizione isolata), da S. MAIORCA, voce *Condizione*, in *Dig. IV, Disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1988, ed. *on-line*, n. 9. Ma quest’ultima opinione non può evidentemente accogliersi, in quanto un evento soggettivamente incerto, ma oggettivamente certo costituisce un termine; e tanto basta per applicare la relativa disciplina (ad es., l’art. 1465, co. 2, c.c. in luogo del co. 4).

<sup>286</sup> Per tale denominazione, cfr. P. RESCIGNO, voce *Condizione nel negozio giuridico (dir. vig.)*, cit., ed. *on-line*, n. 24, ritenendola la traduzione più appropriata dell’espressione tedesca *Unterstellung*; così, anche la dottrina successiva, S. MAIORCA, voce *Condizione*, cit., ed. *on-line*, n. 10.

della *circostanza preliminare*<sup>287</sup>, in sostanza delle *condiciones in praesens vel in praeteritum collatae*<sup>288</sup>.

La questione merita un ulteriore chiarimento: occorre distinguere tra la nullità in sé, quale valutazione giuridica del contratto concreto cui – all'esito del giudizio di validità imposto dalla norma sulla patologia – si attribuisce il predicato giuridico della nullità, dal suo accertamento processuale ad opera del giudice: un conto è l'*evento supposto* (la nullità), altro conto è il *fatto certificativo* dell'evento considerato dalle parti (l'accertamento giudiziale della nullità)<sup>289</sup>: il fatto certificativo non rientra nell'ambito della fattispecie di cui fa parte la supposizione (o la circostanza preliminare, che dir si voglia), perché esso è chiamato solo ad accertare se, in rapporto all'esistenza di un determinato evento, quella fattispecie (che ha concluso il suo ciclo formativo) abbia prodotto i suoi effetti<sup>290</sup>. Pertanto, al solo evento supposto deve riconoscersi funzione costitutiva, mentre al fatto certificativo di esso non può che riconoscersi mera funzione dichiarativa. Il che non toglie che le parti possano espressamente attribuire, nell'ambito della propria autonomia negoziale, funzione costitutiva al fatto certificativo, espressamente subordinando il patto all'evento, questo sì, futuro ed incerto, dell'accertamento giudiziale (o arbitrale) della nullità<sup>291</sup>: solo in tal caso, il fatto certificativo

---

<sup>287</sup> A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 21 e 161 ss.; discorre di *presupposto*, altresì, D. BARBERO, voce *Condizione*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959 1097 ss., per indicare “la subordinazione dell'efficacia del negozio alla realtà di un evento passato o presente ma soggettivamente incerto”.

<sup>288</sup> Comune in dottrina la constatazione che le circostanze presenti o passate, solo soggettivamente incerte, non possono ricondursi alla condizione regolata agli artt. 1353 ss.: per tutti, P. RESCIGNO, *op. loc. ult. cit.*, il quale precisa che, nella supposizione, non si ha né pendenza della situazione né retroattività degli effetti; anche se l'evento è soggettivamente incerto, esso o c'è stato o è mancato e, perciò, non si hanno deviazioni dal principio generale dell'efficacia immediata del contratto, né vi sono aspettative da tutelare.

<sup>289</sup> Per tale limpida ed acuta distinzione e l'esame dei suoi corollari logico-giuridici, cfr. ancora A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 165.

<sup>290</sup> *Id.*, *op. loc. ult. cit.*

<sup>291</sup> Così, espressamente, A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 165 testo e nota 127.

costituisce propriamente – non una supposizione, ma – una condizione (sospensiva) del patto alternativo al primo dichiarato nullo<sup>292</sup>.

La supposizione, oltre che dalla condizione, si distingue nettamente anche dalla presupposizione: le due figure sono suscettibili di accostamento solo per chi esamina il fondamento della seconda in chiave *lato sensu* psicologica, come espressione di un errore di previsione<sup>293</sup>, consistente nella falsa rappresentazione

---

<sup>292</sup> In relazione al quale, valgono allora i rilievi di S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., 229 ss., ma in tal caso non si tratta, a ben vedere, di una volontà alternativa (presente solo in caso di supposizione).

<sup>293</sup> Così, F. MARTORANO, *«Presupposizione» ed errore sui motivi nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 106 ss.; in senso critico, P. RESCIGNO, voce *Condizione nel negozio giuridico (dir. vig.)*, cit., n. 25, per il quale in tal modo si finisce per dare rilievo ad ogni errore di previsione, pur ammettendo come limite di rilevanza la sua riconoscibilità. Per la netta affermazione che l'errore, quale vizio della conoscenza, non può investire una realtà futura, ma esclusivamente presente o passata V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., 335, per il quale in caso di errore di previsione non si ha vizio della conoscenza, ma uno sbaglio nella valutazione della possibilità che certi eventi possano avversarsi.

In ragione di ciò, è maggiormente articolata la posizione sulla presupposizione assunta da quest'ultimo A. (*op. ult. cit.*, 487 ss.), il quale, muovendo da una costruzione teorica di respiro più generale incentrata sull'analisi dei fatti intersoggettivi che afferiscono al contratto (quali l'intento comune o l'accordo inteso come dichiarazione comune), ha elaborato l'apprezzabile distinzione tra errore bilaterale ed errore comune (*op. ult. cit.*, 243 e 487 ss.). Quest'ultimo non rappresenta la somma di due errori individuali, ma un evento intersoggettivo diverso da quello previsto negli artt. 1428 ss., in quanto cade sulla realtà che dà vita al conflitto di interessi che si vuole regolare con il contratto, cioè di una realtà determinante del consenso di entrambe le parti. Dalla diversità del fenomeno discende l'impossibilità di applicare le norme sull'errore ed, in particolare, la regola di riconoscibilità. Nell'ambito dell'errore comune viene operata una *summa divisio*: l'errore comune che cade sull'indicazione della cosa (il quale si risolve in un problema di interpretazione della comune intenzione, con conseguente rettifica) e l'errore comune che cade sull'identificazione della cosa o della persona e sulle qualità dell'una e dell'altra. In tale secondo caso, si configura un motivo erroneo comune alle parti e determinante del consenso che si inserisce nel fenomeno della falsa presupposizione (*op. ult. cit.*, 492 ss.).

La dottrina prevalente si mostra incline a concepire la presupposizione nel contratto, più che nell'ambito della disciplina dell'errore, come alterazione rilevante dell'equilibrio economico del contratto, discutendo sul rimedio patologico più opportuno. Tale concezione muove dalla rinnovata lettura dell'elemento causale del contratto, quale funzione economico-individuale, espressa anche da interessi estranei alla causa tipica, come appunto quelli racchiusi nella presupposizione. Pertanto, ove tale interesse risulti irrealizzabile, magari perché privo di presupposti, l'ordinamento non potrebbe che rifiutarsi di sanzionare giuridicamente il contratto, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Presupposizione e comune intenzione delle parti*, nota a *Cass. civ.*, 9 febbraio 1985, n. 1064, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, 138.

circa la persistenza della situazione esistente al momento del contratto o nella mancata previsione di un avvenimento che altera l'equilibrio contrattuale. Ebbene, se l'errore di previsione (in cui la presupposizione, secondo l'opinione riportata, consisterebbe) genera una fallace certezza soggettiva, posta a base dell'assetto di interessi; la supposizione, quale incertezza soggettiva, è espressione di un *dubbio*, il quale esclude in radice l'errore<sup>294</sup>. Così intese, pertanto, supposizione e presupposizione alludono a fenomeni radicalmente diversi.

Tale qualificazione dell'evento subordinante in termini di supposizione impone di vagliare un secondo, possibile, ostacolo all'ammissibilità del patto di conversione (il primo è stato superato affermando la natura dispositiva dell'art. 1424 c.c.). Le parti, come detto, con il patto in esame subordinano l'assetto di interessi risultante dal patto di conversione ad un evento presente (non futuro) e (soggettivamente) incerto. Tuttavia, si è già chiarito che alla supposizione non può applicarsi in via diretta il regime della condizione nel contratto (artt. 1353 ss. c.c.). Resta, però, da verificare se essa possa applicarsi in via analogica, caso per caso. Al riguardo, viene spontaneo chiedersi, consistendo l'evento subordinante nella nullità del contratto (mal riuscito), se esso non costituisca un evento illecito, perché contrario a norme imperative (arg. *ex art.* 1354 c.c.), e se, dunque, sia possibile applicare per analogia la disciplina dell'evento condizionante all'evento supposto.

Non sembra, al riguardo, possa fondatamente escludersi il ricorso all'analogia: l'evento supposto – al pari dell'evento condizionante – consiste pur sempre in un motivo esternato, determinante della stipulazione, al quale deve corrispondere un interesse meritevole secondo l'ordinamento giuridico. Pertanto, non sembra

---

Invece, con riferimento al negozio unilaterale, essendo alquanto dubbia la predicabilità di un esame del regolamento in termini di causa in concreto, riemerge la prospettiva dell'errore (di previsione), cfr. per un interessante caso ed il suo inquadramento sistematico, E. DEL PRATO, *In tema di negozio unilaterale, presupposizione, errore di diritto*, nota a Cass. civ., Sez. lav., 22 gennaio 1992, n 728, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 6 ss., ora in *Lo spazio dei privati. Scritti*, Bologna, 2016, 121 ss.

<sup>294</sup> V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., 333, il quale chiarisce limpidamente come lo stato soggettivo di dubbio esclude, per definizione, l'errore.

possibile sottrarre l'evento supposto al controllo di liceità, al pari di quanto avviene per la condizione (art. 1354 c.c.).

Nell'accertamento dell'illiceità dell'evento supposto, allora, soccorre, in tutta la sua linearità, la distinzione tra norme sulla patologia e norme di comportamento: occorre distinguere la norma imperativa (di comportamento) con cui contrasta il contratto, la quale costituisce propriamente l'oggetto del giudizio di nullità, dal giudizio di nullità in sé, imposto come tale dalla norma sulla patologia (se è *non A*, allora *non B*). L'evento supposto subordinante è, appunto, l'esito negativo del giudizio di nullità, che non è – evidentemente – illecito, anzi esso è il prodotto di un'attività – quella di valutazione e qualificazione giuridica – lecita. Pertanto, nessun contrasto con l'art. 1354 c.c.

Superati gli ostacoli all'ammissibilità del patto, se ne offrono alcuni esempi concreti, con la precisazione che le parti sono libere nella determinazione del regolamento contenuto nel patto alternativo. Così, là dove le parti siano interessate a costituire diritti esclusivi di godimento su cose e dubitano della compatibilità della situazione giuridica reale programmata con il principio di tipicità dei diritti reali<sup>295</sup>, può immaginarsi un patto di conversione del diritto reale atipico in un diverso diritto

---

<sup>295</sup> La vigenza del principio di tipicità dei diritti reali nel nostro ordinamento è di recente ribadita da Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, al fine di escludere la configurabilità di un diritto reale di uso esclusivo da parte di un condomino su una porzione della cosa comune. Questo il principio di diritto affermato: «La pattuizione avente ad oggetto la creazione del c.d. 'diritto reale di uso esclusivo' su una porzione di cortile condominiale, costituente come tale parte comune dell'edificio, mirando alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, tale da incidere, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo essenziale del diritto dei condomini di uso paritario della cosa comune, sancito dall'art. 1102 cod. civ., è preclusa dal principio, insito nel sistema codicistico, del *numerus clausus* dei diritti reali e della tipicità di essi».

In senso critico rispetto alla pronuncia citata, E. DEL PRATO, *Uso esclusivo permanente in favore di un condomino e tipicità dei diritti reali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 427 ss., il quale, invece, ammette la configurabilità di una servitù prediale di uso esclusivo, occorrendo stabilire volta per volta se il tipo di godimento correlato al fondo dominante e l'ambito spaziale su cui insiste il peso non si traducano in un godimento corrispondente al contenuto del diritto di proprietà, che certamente esorbiterebbe dal contenuto della servitù prediale. Qualora permangano in capo ai comproprietari del fondo servente alcune facoltà di godimento che non collidono con la servitù, può farsi leva sulla nozione di utilità che sostanzia la servitù (art. 1028 c.c.) al fine di ammettere la configurabilità di una servitù di uso esclusivo incidente su una porzione di fondo altrui.

reale tipico, senza che il diritto reale atipico degradi ineluttabilmente (*ex art. 1424 c.c.*) a diritto personale di godimento.

Ancora, può immaginarsi un patto di riconduzione a modicità della donazione informale, per il caso in cui sia ritenuta eccessiva. La principale criticità della donazione manuale, come noto, è rappresentata dall'accertamento della *modicità del valore* della donazione, in rapporto alla condizione del donante (*art. 783 c.c.*): nel caso in cui il giudicante ritenesse il valore *non modico*, la donazione sarebbe, infatti, soggetta alla forma dell'atto pubblico e, dunque, nulla.

Tale drastico esito, del tutto contrario allo scopo liberale dell'atto – giacché l'intento del disponente di donare un *plus* comprende quello di donare un *minus* – potrebbe essere evitato, in primo luogo, da una retta applicazione della norma sulla conversione (*art. 1424 c.c.*), in quanto la donazione informale di valore non modico è nulla per mancanza di forma solenne, ma può produrre gli effetti di un contratto *diverso*, cioè un contratto di donazione del valore *x* ritenuto *modico* dal giudice stesso, in quanto essa presenta i requisiti di sostanza (lo spirito di liberalità e l'arricchimento) e di forma (che qui deve estendersi alla *traditio*) del contratto (ridotto) che le parti avrebbero voluto se fossero state consapevoli della causa di nullità: l'intento di donare un *plus* comprende, senza dubbio, quello di donare un *minus* e non si vede per quale ragione tale intento, nitidamente manifestato dalla *traditio*, non debba essere conservato (*art. 1424 c.c.*).

In secondo luogo, considerata la probabile ritrosia della nostra giurisprudenza ad operare una modificazione quantitativa dell'oggetto del contratto, riducendolo sino al valore ritenuto *modico* (agevole finché i beni donati siano fungibili), le parti stesse, manifestando capacità predittiva, possono prevedere l'apposizione alla donazione informale (redatta, ad es., per scrittura privata) di un patto di riconduzione a modicità, prevedendo da sé la misura della riduzione del bene donato oppure demandandone la determinazione ad un terzo nel rispetto dei limiti imposti *ex art. 778 c.c.* Fermo restando che, anche in tal caso, sarà necessaria l'avvenuta *traditio* del bene (necessariamente il medesimo, seppur eccedente rispetto al patto di riduzione) per il perfezionamento della fattispecie alternativa

scaturente dal patto di conversione. Un patto così strutturato valorizza, dunque, il principio di conservazione del contratto e consente di realizzare, sia pur parzialmente, lo scopo di liberalità dell'atto.

*16. Patto di scindibilità delle clausole nulle. Sostituzione convenzionale delle clausole nulle.*

Deve, ora, considerarsi l'ipotesi in cui le parti manifestino capacità predittiva in ordine alla nullità di qualche "profilo" del contratto ed intendano plasmarne convenzionalmente il regime, nei limiti segnati dalla disponibilità dei rimedi previsti dal legislatore.

I termini della questione posta dalla nullità parziale sono stati già affrontati, sul piano teorico, nella prima parte di questo studio (*supra*, § I.2) e, sul piano della disciplina positiva, allorché si sono indagati i limiti e l'ambito del principio di conservazione del contratto inteso quale espressione del principio di economicità dei mezzi giuridici (*supra*, § II.10).

Si era, in particolare, precisato che dall'esame dell'art. 1419 c.c. possono ricavarsi quattro ipotesi di operatività della patologia: *a*) la nullità relativa ad una clausola essenziale<sup>296</sup>, che importa la nullità totale (art. 1419, co. 1); *b*) la nullità relativa a clausola non essenziale, che importa la nullità parziale e la conservazione del contratto (interpretazione *a contrario* dell'art. 1419, co. 1); *c*) la sostituzione automatica di clausole nulle con norme imperative, cd. eterointegrazione, ove la nullità della clausola è necessariamente parziale (art. 1419, co. 2, c.c.), con manutenzione imposta del contratto; *d*) le ipotesi di nullità di una clausola non sostituite da diversa norma imperativa, ma non soggette dalla disciplina dell'art. 1419, co. 1, e, dunque, ancora una volta di nullità necessariamente parziale, con manutenzione imposta del contratto. Solo con riguardo all'ipotesi *sub a*), all'insorta

---

<sup>296</sup> Sul concetto di clausola nella disposizione in esame, si rinvia *infra*, § IV. 16.

patologia consegue la caducazione; nelle altre ipotesi, alla patologia consegue la conservazione del contratto.

Si rivela, tuttavia, necessario chiarire la ragione per cui, nell'*incipit* di questo paragrafo, si è impiegato il vocabolo anodino "profilo" ovvero ci si è limitati a discorrere di "clausola". Ebbene, non appare utile, nell'economia del presente studio, soffermarsi sui tormentati rapporti tra "singola clausola", "parte del contratto" e "parte del contenuto" cui l'art. 1419, co. 1, c.c. fa riferimento<sup>297</sup>. Nella particolare ottica in cui si intende osservare il fenomeno della nullità parziale, è sufficiente fissare il limite superiore e inferiore di operatività dell'art. 1419, co. 1, c.c. e della nullità necessariamente parziale (cioè, delle ipotesi descritte *sub a, b e d*): occorre quindi, rilevare che, quanto al limite superiore, in tanto può discorrersi di nullità parziale ed applicare la relativa disciplina in quanto residui una struttura *ex se* idonea ad essere qualificata come contratto<sup>298</sup>; quanto al limite inferiore, che il punto di incidenza minimo della nullità parziale è rappresentato da una regola negoziale non ulteriormente scindibile (cioè, da una clausola in senso sostanziale, anche detta clausola-precetto)<sup>299</sup>, non potendo operare con riferimento ad un frammento di clausola . Diversamente, l'art. 1419, co. 2, c.c. (ipotesi *sub c*) non

---

<sup>297</sup> Si rinvia, al riguardo, al rigoroso ed attento studio di M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419, c.c.*, I parte, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 118 ss.

Si è, invece, già evidenziata l'eterogeneità e la vaghezza del termine "clausola", *supra*, § III.11 ed, in part., note 230 e 232.

<sup>298</sup> M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, cit., 55 ss., spec. 57.

Tale esigenza è avvertita anche nel *common law* mediante l'impiego della *blue pencil rule*, sul punto v. l'interessante studio di A. D'ADDA, *La nullità parziale e tecniche di adattamento*, Padova, 2008, 16 ss, il quale rileva che se la possibilità di obliterare – con "matita blu" – le parole dal testo contrattuale che descrivono il patto invalido un tempo consentiva un giudizio di *severability* (di scindibilità) su un piano squisitamente formale, oggi ha subito un ridimensionamento, degradando a mera verifica preliminare del giudizio sull'estensione della nullità.

<sup>299</sup> C. GRASSETTI, voce *Clausola del negozio*, cit., 185; M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419, c.c.*, I parte, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 144 s.

incontra un siffatto limite, per effetto della sostituzione legale della parte dichiarata nulla: in ciò si manifesta un intervento cd. di *ortopedia* contrattuale<sup>300</sup>.

Ai fini del problema che ci occupa, cioè verificare con quali margini l'autonomia privata può incidere sulla disciplina della nullità parziale, preme, piuttosto, indagare il *modo* della tutela, per un verso, caducatoria, per l'altro, conservativa, prevista dalla norma in esame.

Muovendo dall'esame delle ipotesi *sub c)* e *d)*, espressione di fenomeni conservativi ispirati all'eteronomia (v. *supra*, § II.10), si può subito rilevare che, con riferimento alla sostituzione automatica di clausole nulle (art. 1419, co. 2, c.c.), cioè all'ipotesi *sub c)*, non vi è alcuno spazio di operatività per l'autonomia privata. Con riferimento alla nullità necessariamente parziale (ipotesi *sub d)*, invece, si tratta di verificare se, a seguito dell'operatività della nullità necessariamente parziale, le parti possano prevedere la sostituzione *convenzionale* della clausola nulla.

In tal caso siamo nell'alveo dello stesso fenomeno già indagato nel paragrafo precedente (*supra*, IV.15), cioè siamo innanzi ad un *patto di conversione parziale*: le parti, in previsione della nullità di qualche profilo accessorio del contratto, predispongono un patto correttivo di esso, subordinato alla sua nullità. Non sembrano essere ostacoli all'ammissibilità di un patto del genere, valendo tutti i rilievi già formulati. Si può, così, immaginare un patto di conversione del (sospetto) commissorio (art. 2744 c.c.) in marciano; un patto di adeguamento (al rialzo, ed eventualmente demandato ad un terzo) di una clausola penale irrisoria, di cui si sospetta la nullità per contrarietà all'art. 1229, co. 1, c.c., implicando una limitazione preventiva della responsabilità allorché relativa ad un inadempimento doloso o gravemente colposo. Inoltre, l'utilità di un patto di conversione parziale si mostra con maggiore evidenza allorché la causa di nullità parziale necessaria è

---

<sup>300</sup> Si noti che il lessico invalso nei giuristi tende, così, ad evocare un'ulteriore simmetria con la scienza medica, tanto diffusa nella patologia contrattuale.

determinata in modo elastico (si pensi al patto abusivo *ex* art. 9, co. 3, L. 18 giugno 1998, n. 192)<sup>301</sup>.

Sgombrato il campo di indagine dalle ipotesi di incidenza eteronoma sul contratto, restano le due ipotesi contemplate nell'art. 1419, co. 1, c.c. (indicate *sub a e b*). Al riguardo, occorre precisare che tale disposizione postula la distinzione tra clausole principali e clausole accessorie (o secondarie), riferendosi solo a queste ultime. Solo con riferimento alle clausole secondarie è possibile formulare il giudizio di essenzialità richiesto dalla norma in esame, al fine di distinguere tra clausole essenziali e non<sup>302</sup>: la patologia che investe una clausola essenziale importa la nullità totale (tutela caducatoria, art. 1419, co. 1, c.c.); la patologia che investe una clausola non essenziale importa l'espunzione di essa dall'assetto di interessi e la conservazione del contratto (tutela conservativa, ricavabile dall'interpretazione *a contrario* dell'art. 1419, co. 1, c.c.).

A ben vedere, dunque, l'art. 1419, co. 1, c.c., delinea una fattispecie patologica complessa, la quale impone il riferimento al già osservato fenomeno della scomponibilità del giudizio di conformità ad un modello astratto in cui consta la patologia (*supra*, § I.2): l'art. 1419, co. 1, c.c., in aggiunta a quanto sancisce l'art. 1418 c.c., contempla espressamente la scomponibilità del modello di riferimento in corrispondenza delle parti dell'oggetto osservato, idonee a fungere da oggetto di un autonomo giudizio di validità. In tali casi, si prospetta il – più volte accennato

---

<sup>301</sup> La letteratura sull'abuso di dipendenza economica e sul relativo patto con cui l'abuso si realizza è ampia. Per i notevoli problemi posti dalla comminatoria di nullità del patto (art. 9, co. 3), priva di ulteriori specificazioni quanto al regime applicabile, e per le molteplici soluzioni prospettate dalla dottrina si rinvia allo studio di G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009, 109 ss., il quale – a prescindere dalla soluzione che si voglia individuare – constata efficacemente che “se pervenissimo alla conclusione che la nullità parziale della clausola iniqua investe l'intero contratto, finiremmo per affermare che il divieto di abuso di dipendenza economica assicura all'imprenditore «debole» un rimedio peggiore del male che intende evitare” (*op. cit.*, 130).

Tale rilievo suggerisce, oltre al dato testuale della norma citata (la nullità investe il patto, non il contratto), di ravvisare un'ipotesi di nullità necessariamente parziale, allorché residui una struttura *ex se* idonea ad essere qualificata come contratto, prescindendo così dal giudizio di essenzialità di cui all'art. 1419, co. 1, c.c.

<sup>302</sup> M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419, c.c., I parte*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 147 ss.

nonché – grave problema logico di stabilire se la patologia che investe una singola parte comporta – per necessità – la difformità dell'oggetto valutato dallo schema complessivo<sup>303</sup>. Senza cedere ad un'ingenua logica binaria<sup>304</sup>, la risposta al problema dipende, come si è detto, dalla logica di preferenza (proairetica)<sup>305</sup> imposta dallo stesso modello normativo (e dal giudizio di valore ad esso sotteso). In definitiva, si tratta di comprendere, nella struttura del modello normativo, i margini di frazionabilità del giudizio di conformità ed, in particolare, il nesso o la relazione che lega la parte o l'elemento al tutto.

Con riferimento all'art. 1419, co. 1, c.c. la fattispecie (propriamente) patologica che dà luogo a nullità (totale) rappresenta solo il segmento iniziale di una fattispecie *complessa*, che si articola in un duplice giudizio<sup>306</sup>: il primo è costituito da un *giudizio di conformità (parziale)* imposto dalla norma sulla patologia, nella specie il giudizio di nullità, che – però – muta punto di incidenza rispetto all'art. 1418 c.c. (dal *contratto* ad una semplice *porzione accessoria* di esso); il secondo è il *giudizio di essenzialità* imposto dall'art. 1419, co. 1, c.c. tale per cui il contratto è nullo “se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità”. Il giudizio di essenzialità decide esclusivamente in merito al *modo* della tutela della patologia insorta (la difformità parziale dal modello): caducatoria ovvero conservativa.

---

<sup>303</sup> Cfr., ancora, il già citato F. MODUGNO, voce *Validità (teoria generale)*, cit., 3 ss.

<sup>304</sup> Secondo la logica binaria, da un lato, la conformità postula l'assenza di qualsivoglia difformità e, dall'altro, la patologia implica l'assenza di totale conformità (dunque: la parziale difformità implicherebbe ineluttabilmente la patologia).

<sup>305</sup> Cfr., ancora, per tale decisivo rilievo, F. MODUGNO, voce *Validità (teoria generale)*, cit., 1 ss. secondo cui si tratterà di un giudizio di conformità in senso debole (testualmente, di “validità in senso debole”) come “non (rilevante) disformità”.

<sup>306</sup> Discorre, analogamente, di *due presupposti*, cui è subordinata la nullità totale prevista dall'art. 1419, co. 1, c.c., M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419, c.c., I Parte*, cit., 115: «uno dei quali oggettivo, che il legislatore definisce “la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole” [...], e l'altro soggettivo, costituito dalla circostanza “che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità”». Tuttavia, in tal modo, non si riesce a distinguere la fattispecie propriamente patologica, dalla fattispecie sul modo della tutela.

La tutela caducatoria (la nullità dell'intero contratto) deriva, pertanto, da una fattispecie complessa diversa ed ulteriore rispetto a quelle previste dall'art. 1418, co. 1 e 2, c.c., e neppure inquadrabile – propriamente – nelle nullità testuali (art. 1418, co. 3, c.c.)<sup>307</sup>.

Va, però, chiarito il senso di quest'affermazione: l'art. 1419, co. 1, c.c. delinea una nuova fattispecie patologica (consistente in giudizio di conformità parziale), in due sole ipotesi. La prima, allorché si fa luogo alla scomponibilità dell'*oggetto* del giudizio di conformità previsto dall'art. 1418, co. 1, c.c., il quale muta il suo punto di incidenza (dal *contratto* ad una *porzione* di esso), senza mutare la sua struttura di riferimento (la contrarietà a norme imperative); si potrebbe denominare tale ipotesi *nullità parziale virtuale*. La seconda ipotesi si ha in corrispondenza di alcune nullità testuali che hanno pur sempre ad oggetto una porzione del contratto, ma intesa come parte di un tutto (ad es. 1487, co. 2 c.c.) ed in virtù di ciò attratte nel regime di cui all'art. 1419, co. 1, c.c. e tali da richiedere il giudizio di essenzialità; tali ipotesi possono identificarsi come *nullità parziali testuali*. Invece, là dove l'oggetto del giudizio di conformità è costituito esclusivamente dalla singola parte (o dall'elemento), considerata come entità semplice o elementare, cioè non composta (ad es. artt. 1229, 2744, c.c.), si è fuori dalla fattispecie patologica delineata dall'art. 1419, co. 1, c.c. e non si fa luogo al giudizio di essenzialità: a tale ipotesi si riserva comunemente il nome di *nullità parziale necessaria*.

Pertanto, l'art. 1419, co. 1, c.c. non delinea esso stesso, bensì *presuppone* la fattispecie patologica consistente nella nullità parziale virtuale (contrarietà della porzione contrattuale a norme imperative) ovvero nella nullità parziale testuale (nullità espressamente comminato di un certo profilo del contratto, considerato come parte di un tutto), cui deve sommarsi il giudizio di essenzialità. In conclusione, la fattispecie complessa ricavabile dall'art. 1419, co. 1, c.c. si articola in due momenti *logici* distinti sul piano funzionale, ma non su quello

---

<sup>307</sup> *Contra*, M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419, c.c., I Parte*, cit., 115, il quale propende per l'originale inquadramento della nullità totale *ex art. 1419, co. 1, c.c.* nelle nullità testuali *ex art. 1418, co. 3, c.c.*

cronologico<sup>308</sup>: dapprima il giudizio di *conformità parziale* (posto dalla fattispecie patologica), poi il giudizio di *essenzialità* che consente la *propagazione* al restante assetto di interessi (fattispecie sul modo della tutela)<sup>309</sup>.

Tali due momenti logici della fattispecie complessa sono funzionalmente distinti in ragione del diverso interesse protetto dal rispettivo segmento di fattispecie: la fattispecie patologica (il giudizio di conformità parziale) ha un proprio oggetto di tutela, rappresentato dall'interesse protetto dalla comminatoria di nullità della clausola (di norma, un interesse superindividuale o collettivo, ma in alcune ipotesi anche un interesse individuale); il giudizio di essenzialità *ex art.* 1419, co. 1, c.c. è invece sempre volto alla tutela dell'interesse individuale dei contraenti<sup>310</sup>, alla tutela dello scopo da loro perseguito per mezzo del contratto.

Il che significa che è esclusivamente l'interesse individuale di ciascuna delle parti, confluito nell'intento comune, a decidere del modo della tutela caducatoria ovvero conservativa, atteso che l'interesse protetto dalla fattispecie patologica (nullità parziale), cioè l'interesse leso dalla difformità parziale del contratto, rimane sullo sfondo, poiché è comunque garantito dalla espunzione – quanto meno – della porzione nulla dal restante assetto di interessi.

---

<sup>308</sup> *Contra*, M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419, c.c., I Parte*, cit., 115, secondo cui, in critica del concetto di estensione o propagazione della nullità parziale fatto proprio dalla prevalente dottrina, non sussisterebbe alcun istante, né cronologico né logico, in cui la nullità è parziale ma in via di propagazione all'intero negozio.

<sup>309</sup> L'adozione del concetto di propagazione (o di comunicabilità, ed espressioni affini) è fatto proprio dalla dottrina prevalente: cfr. G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., 61; S. TONDO, voce *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 1002; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 246; R. SACCO, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, cit., 1510; A. D'ADDA, *La nullità parziale e tecniche di adattamento*, Padova, 2008, *passim*, il quale ricorre prevalentemente al concetto di "estensione".

<sup>310</sup> E di ciò se ne ricava un'indiretta conferma allorché la giurisprudenza, considerando la disciplina della nullità parziale come un riflesso del principio di conservazione degli atti di autonomia negoziale e desumendo da esso il carattere "eccezionale" dell'estensione della nullità parziale all'intero contratto, sul piano applicativo ne ricava l'impossibilità per il giudice di rilevare d'ufficio l'effetto estensivo (Cass. civ., 3 febbraio 1995, n. 1306) e la necessità che sia la parte interessata ad ottenere la nullità totale a fornire la prova dell'interdipendenza della clausola nulla con la restante parte dell'autoregolamento (Cass. civ., 20 maggio 2005, n. 10690).

Per tali ragioni, non essendo più in questione la tutela dell'interesse protetto dalla nullità parziale, si tratta di scegliere tra conservazione e caducazione alla luce di un diverso oggetto di tutela, lo scopo perseguito dai contraenti mediante il contratto.

Lungi, allora, da un accertamento di una volontà ipotetica (per definizione, inesistente) mediante un giudizio futuribile<sup>311</sup>, il giudizio di essenzialità della clausola mira ad accertare solo se il contratto non sarebbe stato concluso senza quella parte di contenuto colpita da nullità; ogni volta che, invece, risulti che, senza la porzione affetta da nullità, il contratto sarebbe stato sì concluso, ma a condizioni diverse<sup>312</sup>, il giudizio di essenzialità fallisce, in quanto, in tal caso, il contratto è reputato comunque idoneo allo scopo che le parti si proponevano<sup>313</sup> (cioè lo scopo contrattuale sarebbe stato perseguito dalle parti senza quella parte di contenuto

---

<sup>311</sup> Sui *futuribili*, si rinvia *supra*, § IV.15 ed alle citazioni ivi contenute. Si esprime nel suo di un giudizio ipotetico futuribile G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., 61 e 230 ss.

Proprio in virtù del medesimo apparente riferimento ad un giudizio futuribile, si tende talvolta ad accomunare il giudizio di essenzialità (art. 1419, co. 1) al giudizio di convertibilità (art. 1424 c.c.). In realtà, i due giudizi hanno piuttosto in comune il riferimento allo scopo che nel secondo è espresso ("avuto riguardo allo scopo perseguito"), nel primo è implicito e deve ricavarsi dal principio di conservazione.

<sup>312</sup> Così, nettamente, A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, 166 s., secondo cui l'art. 1419, co. 1, c.c. è, in sostanza, volto ad indagare se le parti avrebbero ovvero non avrebbero concluso il contratto, non anche se le parti avrebbero sì concluso il contratto, ma a condizioni diverse.

*Contra*, invece, A. D'ADDA, *La nullità parziale e tecniche di adattamento*, cit., 95, il quale ritiene che, nel giudicare della propagazione del vizio, occorre aver di mira non solo se le parti avrebbero concluso o non avrebbero concluso quel contratto, ma anche se l'avrebbero concluso a condizioni diverse da quelle assicurate dal contratto residuo (e quindi, non avrebbero concluso quel contratto residuo), sciogliendo di norma conflitti di interessi tra contraenti che avranno opinioni diverse quanto alla conservazione del negozio residuo.

Così ragionando, tuttavia, si opera la manutenzione del contratto contro l'intento delle parti, conformando lo scopo contrattuale in uno scopo diverso, il che esula dal principio di conservazione del contratto, quale espressione del principio di economicità dei mezzi giuridici (cfr. *supra*, § II.10), realizzando un intervento eteronomo sul contratto che non ha alcuna base normativa nel dettato dell'art. 1419, co. 1, c.c.

<sup>313</sup> Il riferimento allo scopo contrattuale è nettamente prevalente in dottrina: cfr. A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 206; V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., 687 ss.; M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419, c.c.*, I Parte, cit., 116.

colpita da nullità, pur prevedendo una clausola diversa). L'accertata idoneità del contratto allo scopo risulta espressione del principio di conservazione del contratto, quale espressione del principio di economicità dei mezzi giuridici. L'espunzione della clausola viziata, infatti, importa una modificazione in funzione conservativa dell'assetto di interessi, nel rispetto dello scopo contrattuale. La conservazione del contratto parzialmente nullo opera – dunque – in coerenza con l'intento perseguito dalle parti; accade l'opposto nelle ipotesi di nullità parziale necessaria e sostituzione automatica di clausola, ove la manutenzione opera a prescindere da tale intento.

Se di condividono i precedenti rilievi in merito alla struttura, alla funzione e ai modi di operatività del giudizio di essenzialità *ex art. 1419, co. 1, c.c.*, dovrebbe essere alquanto agevole affermare l'ammissibilità di un patto, che si reputa di denominare *patto di scindibilità* (anche noto con il nome anglosassone *severability clause*), con il quale le parti prevedono che la nullità di una o più clausole contrattuali specificamente individuate non provochi la nullità totale, dovendo le stesse considerarsi inessenziali<sup>314</sup>.

Non si nasconde che talvolta la formulazione del patto potrebbe essere ben più comprensiva: ad es., i paciscenti potrebbero limitarsi a prevedere una generica scindibilità di ogni clausola contrattuale o, più limitatamente, di ogni clausola secondaria (o accessoria), ma siffatte formulazioni incorrono in più di una grave obiezione, peraltro connesse l'una all'altra. Oltre alla circostanza per cui la prima formulazione risulterebbe in contrasto con il contenuto precettivo dell'art. 1418, co. 2, là dove la clausola viziata risulti espressiva della causa o indicativa dell'oggetto (ma, se si trattasse solo di questo, il patto potrebbe essere ridotto mediante conversione *ex art. 1424 c.c.* alle sole clausole accessorie), la prima obiezione è che un patto di scindibilità che si riferisse indifferentemente a tutte le clausole del contratto deve essere considerato come una *clausola di stile*, come tale priva di

---

<sup>314</sup> Parimenti, le parti potrebbe pattuire la scindibilità della partecipazione di uno specifico contraente nel contratto plurilaterale con comunione di scopo (art. 1420 c.c.).

valore vincolante<sup>315</sup>. La seconda obiezione, di carattere invece pragmatico, relativa ad un patto di scindibilità che si riferisse genericamente alle clausole “accessorie” o “secondarie” del contratto, è che siffatto patto sarebbe francamente inutile, atteso che farebbe rientrare dalla finestra (la difficoltosa ed opinabile qualificazione della clausola colpita da nullità in termini di “accessoria” o “secondaria”) un problema molto simile a quello che si è cercato di far uscire dalla porta (il giudizio di essenzialità). La terza ed assorbente obiezione, comune ad entrambe le formulazioni (e che si ricollega alla prima obiezione), la si ricava esaminando la *ratio iuris* dell’art. 1456 c.c. relativo alla clausola risolutiva espressa: per evitare di demandare al giudice il giudizio di non scarsa importanza dell’inadempimento, le parti sono onerate di individuare specificamente le obbligazioni che, se inadempite, possono risolvere di diritto il contratto. Allo stesso modo, in applicazione, per analogia *iuris* (si badi, non *legis*)<sup>316</sup>, dell’onere di puntuale indicazione ricavabile dall’art. 1456 c.c., deve ritenersi che se le parti vogliono evitare di demandare al giudice il giudizio sull’essenzialità sulla clausola, devono specificamente individuare le clausole che reputano inessenziali. In mancanza di

---

<sup>315</sup> Similmente a quanto si ritiene con riferimento ad una clausola risolutiva espressa che venga riferita indistintamente a tutte le obbligazioni contrattuali. Così, per tutti, C. GRASSETTI, voce *Clausola del negozio*, cit., 186 nonché la giurisprudenza costante: Cass. civ., Sez. II, ord., 12 dicembre 2019, n. 32681; Cass. civ., Sez. III, 6 aprile 2001, n. 5147; Cass. civ., Sez. II, 2 giugno 1990, n. 5169.

<sup>316</sup> Non si tratta, cioè, di applicare in via analogica la norma di cui all’art. 1456 al patto di scindibilità, in quanto la clausola risolutiva espressa ed il patto di scindibilità non possono essere considerati casi *simili*: l’uno appartiene alla patologia genetica, l’altra alla patologia funzionale. Tuttavia, dall’art. 1456 c.c. è possibile risalire induttivamente e per astrazione ad un *principium demonstrandi*, espressivo di un onere di specificazione individuazione (delle clausole di cui i paciscenti intendono disporre) in tutti i patti che volti a sollevare il giudice dal valutarne l’impatto sul complessivo assetto di interessi: le parti, in sostanza, possono sì derogare ad una norma elastica, purché ricorrano ad una pattuizione specifica, a meno di scadere in un doppio convenzionale.

Sui *principia demonstrandi*, quali massima sintesi delle norme particolari del sistema, cfr. L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto*, Atti del Convegno dei Lincei svoltosi a Roma 27-29 maggio 1991, Roma, 1992, 319; per una diversa scelta terminologica, cfr. G. PERLINGIERI–G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, 60 s., i quali, per alludere a tale specie di principi, ricorrono alla denominazione di *principi tecnici*.

specifica indicazione, il patto di scindibilità potrà essere ritenuto come una clausola di *mero stile*.

Pertanto, il patto di scindibilità è un patto conservativo, finalizzato alla manutenzione convenzionale dell'assetto di interessi, volto specificamente ad elidere il secondo segmento della fattispecie complessa tracciata dall'art. 1419, co. 1, c.c. (quello diretto pur sempre alla tutela dell'interesse individuale delle parti), cioè ad escludere il giudizio di essenzialità che avrebbe dovuto decidere in merito alla caducazione ovvero alla conservazione, senza intaccare in alcun modo la fattispecie patologica (cioè il primo segmento costituito dal giudizio di conformità). Il patto di scindibilità dispone così del modo della tutela ove essa è strutturata in via alternativa, al fine di imprimere una direzione conservativa alla nullità parziale: esso, dunque, non esclude del tutto la tutela (nel quale caso il patto incorrerebbe in un limite di ordine pubblico, cfr. *supra*, § III.12), ma la conforma. In ragione di ciò, il patto risulta espressione del più generale principio di conservazione del contratto e tanto basta a far cadere i dubbi in ordine alla sua ammissibilità, in quanto, ove possibile, là dove le conseguenze caducatorie ovvero conservative siano entrambe ispirati da una funzione correttiva (rappresentino, dunque, rimedi alla lesione di un interesse), la conservazione deve essere preferita alla caducazione<sup>317</sup>, perché maggiormente efficiente (cfr. i rilievi svolti *supra*, § II.10).

Il patto di scindibilità, dunque, essendo volto ad inibire la caducazione del contratto, limita la facoltà di opporre l'eccezione di nullità totale del contratto: pertanto, è senza dubbio un patto vessatorio (art. 1341 c.c. ed art. 33, co. 2, lett. *t*), cod. cons.).

---

<sup>317</sup> Talvolta si discorre della disciplina della nullità parziale come di un riflesso del principio di conservazione degli atti di autonomia negoziale e si desume da esso il carattere "eccezionale" dell'estensione della nullità parziale all'intero contratto: a ben vedere, non sembra possa instaurarsi un vero rapporto di regola ed eccezione. Vi è però un rapporto di subordinazione, che deve indurre a preferire la conservazione alla caducazione in quanto si presenta maggiormente efficiente in ottica correttiva della lesione (cfr. *supra*, § II.10).

Di certo, è ormai abbandonato l'inadeguato (e sbrigativo) rilievo della dottrina tradizionale secondo cui la nullità parziale sarebbe fondata sulla presunzione che sia voluta la parte valida pur di per sé. Così, ad es., L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, 379, 396.

In virtù dell'intrinseca funzione dispositiva del patto in questione, incidendo direttamente sul modo della tutela allo scopo di conformarla, deve allora escludersi che si resti nell'ambito del patto di scindibilità allorché le parti si limitino a *dichiarare* la marginalità di una clausola rispetto al restante assetto di interessi<sup>318</sup>: in tal caso le parti non intendono disporre del *modo* della tutela (elidendo il giudizio di essenzialità), ma semplicemente orientare – indirettamente – il giudice nella formulazione del giudizio di essenzialità. Si tratta, a ben vedere, di una dichiarazione meramente *enunciativa*<sup>319</sup>, che il giudice potrebbe persino disattendere, qualora la reputi di mero stile o non sufficientemente concludente.

Si rimane, all'inverso, nell'ambito del patto di scindibilità, qualora le parti, in caso di nullità di una singola clausola, prevedano che essa possa estendersi ad altre clausole sempre specificamente individuate ed alla prima funzionalmente collegate, ma comunque non all'intero contratto. Qui le parti, oltre a stabilire la scindibilità della clausola nulla, fissano un nesso di subordinazione tra essa ed altre clausole funzionalmente collegate, ispirato al principio *simul stabunt, simul cadent*. Una previsione siffatta, istituendo un collegamento tra clausole, rappresenta un *minus* rispetto al collegamento di contratti ed è, pertanto, certamente ammissibile.

---

<sup>318</sup> Pare, invece, orientato a suddividere in due sottofigure i patti di inscindibilità, R. TUCCILLO, *Clausole volte ad escludere l'estensione della nullità parziale*, cit., 1284: la prima con cui “i contraenti, senza esprimersi sull'essenzialità della clausola, stabiliscono la non operatività della disposizione codicistica nella parte in cui prevede la nullità totale del contratto”, cui attribuisce la denominazione di *clausola di non estensione*; la seconda, con cui “le parti manifestano la marginalità di una clausola in relazione all'accordo tra loro stipulato”, cui attribuisce la denominazione di *clausola di non essenzialità*. L'A., con particolare riferimento a quest'ultima, precisa che “le parti non sembrano incidere in via diretta sulla nullità del contratto, trattamento riservato alla legge, ma descrivono l'importanza di una o più clausole o di una parte del contratto nell'economia dell'affare, con effetti indiretti ed eventuali sul regime dell'atto”.

Siamo, allora, nel campo delle dichiarazioni enunciative, prive di funzione dispositiva, pertanto non sembra possano partecipare della stessa natura del patto di scindibilità, sebbene questo rilievo sia meramente classificatorio: l'A. cit., infatti, sottolineando l'incidenza *indiretta* della “clausola di non essenzialità” sul giudizio di essenzialità, sembra convenire sul fatto che siffatta clausola rimette pur sempre al giudice l'ultima parola sull'essenzialità o meno della clausola, potendo ritenere anche la dichiarazione enunciativa di mero stile.

<sup>319</sup> Per la distinzione delle dichiarazioni dispositive (o precettive) ed enunciative (o rappresentative), cfr. *supra* nota 282.

Diversamente, allorché il collegamento tra clausole venga a tal punto esteso da privare di ogni ragione l'assetto di interessi stesso, si ricade nella pattuizione opposta, cioè nel patto di inscindibilità, con il quale – all'opposto – le parti prevedono che la nullità di alcune (individuate) clausole contrattuali comporti la nullità dell'intero contratto (per l'esame di tale patto, cfr. *infra* § V.20).

Rimane, infine, un punto da toccare relativo ad un ulteriore aspetto connesso al patto di scindibilità. Le parti potrebbero affiancare, al patto di scindibilità, una sostituzione convenzionale della clausola individuata nel patto di scindibilità e soggetta a caducità<sup>320</sup>. A mio avviso, non vi è ragione per negare tale possibilità ai privati, purché la sostituzione convenzionale avvenga per mezzo di un patto di conversione parziale, di cui è già stata vagliata la piena ammissibilità ove si esuli dalla manutenzione eteronoma di cui all'art. 1419, co. 2 (sostituzione automatica di clausole). Ad un patto di conversione parziale non appare ostativa neppure una nullità parziale necessaria ed, infatti, *supra* (in questo §) è già stato ammesso, purché il patto di conversione parziale sia esso stesso scevro da profili di nullità. Non osta, in particolare, il fatto che anche la nullità parziale necessaria sia espressione di una manutenzione eteronoma: occorre, infatti, considerare che la

---

<sup>320</sup> Spunti in tal senso si rintracciano in A. GENTILI, *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 34, il quale, muovendo dall'acuta osservazione per cui "la caduta di un elemento dello scambio svantaggia il suo creditore ed introduce un interesse privato ad una corrispondente riduzione della controprestazione" (già indagata e sviluppata in ID., *La risoluzione parziale*, cit., 161 ss.), si spinge persino a prospettare un adeguamento dell'assetto di interessi, là dove la legge non lo imponga o non lo escluda.

Contrario all'itinerario appena descritto, invece, A. D'ADDA, *La nullità parziale e tecniche di adattamento*, 93 ss., spec. 96 s., il quale, nel mezzo della "alternativa secca tra conservazione e distruzione postulata dall'art. 1419 c.c.", non riesce a scorgere soluzioni conservative volte al riequilibrio del negozio residuo, le quali sarebbero impedito dallo stesso art. 1419, co. 1, c.c. che lungi dal limitarsi a delineare un'alternativa tra caducazione parziale e totale, imporrebbe "un riequilibrio del negozio coerente con la volontà ipotetica dei contraenti (o con il senso obiettivo del negozio)". In tal modo, tale A. trae le coerenti conseguenze dalla propugnata riduzione del giudizio di essenzialità della clausola, che non si estenderebbe all'ipotesi in cui risulti che i contraenti, senza la parte colpita da nullità, avrebbe concluso il contratto a condizioni differenti (cfr. *supra*, nota 310). L'art. 1419, co. 1, c.c. diviene norma che impone un nuovo equilibrio eteronomo al contratto (si legge, *op. cit.*, 98: "È secondo la regola dell'art. 1419 c.c. che si decide allora della conservazione del contratto squilibrato"), sul quale l'autonomia privata – in tale ottica (non condivisa) – evidentemente non può operare.

disposta sostituzione legale della clausola *ex art.* 1419, co. 2, contiene un *comando*, il quale è sempre preclusivo di ogni azione contraria (dunque, esclusivo); mentre la nullità parziale necessaria, si limita a vietare una porzione di un assetto interessi, caducandola, ed il divieto è, di norma, limitativo dell'azione<sup>321</sup>, a meno che dalla norma stessa non si ricavi espressamente un fine conformativo vincolante. Ad es., la nullità del patto di esclusione preventiva della responsabilità per colpa grave (art. 1229 c.c.), non osta a che le parti ne prevedano pattiziamente la conversione in una clausola penale, per il caso in cui il primo sia reputato nullo.

Pertanto, là dove la legge non imponga un adeguamento dell'assetto di interessi (art. 1419, co. 2, c.c.) o non lo escluda (così, tendenzialmente, nelle ipotesi di nullità parziale necessaria), deve ammettersi un patto di conversione parziale che realizzi una sostituzione convenzionale della clausola nulla, che può operare congiuntamente ad un patto di scindibilità.

### *17. Patti di rettifica.*

L'indagine ora volgerà ad esaminare i margini entro i quali l'autonomia privata può incidere sui modi della tutela derivanti dai vizi del consenso, con particolare riguardo all'errore, il cui trattamento giuridico dettato nel codice civile del 1942 si ispira ad una maggiore elasticità rispetto all'impostazione sistematica tradizionale.

Diversamente dagli altri vizi del consenso, infatti, la disciplina particolare dell'errore contempla testualmente la possibilità di escludere l'annullabilità del contratto viziato mediante rettifica (art. 1432 c.c.): concorrono, almeno *prima facie* (ma sul punto si avrà modo di tornare), la tutela caducatoria (art. 1428) e

---

<sup>321</sup> Al riguardo, giova richiamare ancora N. BOBBIO, voce *Norma giuridica*, cit., 332 (già *supra*, § III.13 e nota 240), il quale nitidamente chiarisce che, là dove i possibili mezzi per raggiungere un certo scopo siano soltanto due, il comando di uno esprime univocamente il divieto dell'altro; ove i mezzi siano più di due, il comando è esclusivo, il divieto è meramente limitativo dell'azione.

conservativa (art. 1432 c.c.). In caso di errore di calcolo, la rettifica costituisce peraltro rimedio esclusivo (art. 1430 c.c.)<sup>322</sup>.

Il mantenimento del contratto rettificato può considerarsi un istituto giuridico non adeguatamente coltivato dalla dottrina (men che meno dalla giurisprudenza)<sup>323</sup>, la quale ha storicamente risentito degli schemi pandettistici ispirati al dogma della volontà, nella salvaguardia della quale, pertanto, si riponeva un principio di assoluta

---

<sup>322</sup> Secondo la condivisibile interpretazione prevalente, la rettifica dell'errore di calcolo (art. 1430 c.c.) coincide, sul piano strutturale (comportando parimenti una modificazione del regolamento contrattuale), con la rettifica del contratto erroneo (art. 1432 c.c.), pur avendo diversa funzione in quanto solo la seconda è volta ad un effetto preclusivo l'azione di annullamento. Così, convincentemente, E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, 109, purché, però, si aderisca all'opinione (sviluppata da G. PIAZZA, *L'errore di calcolo e l'art. 1430 del codice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 608 ss.) che inquadra l'errore di calcolo nell'*errore incidente*, cioè pur sempre nell'ambito di una falsa rappresentazione della realtà (cioè di un vizio della conoscenza) che conduce ad una divergenza (solo parziale) tra l'interesse reale e quello regolato, tale dunque da incidere nella fase formativa del consenso, ma con minore efficienza, al punto che l'errante avrebbe pur sempre concluso il contratto se non fosse caduto in errore, ma a condizioni diverse. Per le premesse teoriche e normative da cui ricavare la figura dell'errore incidente, si rinvia nuovamente a G. PIAZZA, *op. loc. ult. cit.*

Non si può giungere alla conclusione dell'omogeneità strutturale della rettifica ex art. 1430 c.c. e di quella ex art. 1432, allorché si neghi l'inquadramento dell'errore di calcolo nell'errore incidente, come è solita mostrare la giurisprudenza, che continua ad intendere il fenomeno in termini eccessivamente angusti, giungendo, di fatto, ad una *interpretatio abrogans* dell'art. 1430, prima parte, c.c. Secondo massima costante: "L'errore di calcolo che può dar luogo a rettifica del contratto ai sensi dell'art. 1430 c.c., si ha quando in operazioni aritmetiche, posti come chiari e sicuri i termini da computare ed il criterio matematico da seguire si commette, per inesperienza o disattenzione, un errore materiale di cifra che si ripercuote sul risultato finale, rilevabile tuttavia *ictu oculi*, in base a quegli stessi dati e criteri, a seguito della ripetizione corretta del calcolo" (Cass. civ., Sez. III, 18 febbraio 2016, n. 3178; Cass. civ., Sez. II, 20 marzo 1995, n. 3228). Intesa in tal senso, la norma di cui all'art. 1430 è sostanzialmente inutile, in quanto a tale esito dovrebbe già pervenirsi mediante l'interpretazione della comune intenzione oltre il dato testuale, secondo la regola ermeneutica *falsa demonstratio non nocet* (art. 1362 c.c.). Così, in modo pienamente convincente, G. PIAZZA, *op. ult. cit.*, 596. In senso adesivo, E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, cit., 105, il quale osserva acutamente che, formatosi l'accordo sui criteri di calcolo da adottare, la successiva operazione, diretta a concretizzare in una cifra la quantità avuta di mira dalle parti, si configura come attività di mero accertamento, che appartiene all'attività di esecuzione, da cui la limitazione giurisprudenziale della rettifica ex art. 1430 c.c. all'errore *in executivis*. Ma in tal modo, si finisce per sovrapporre la rettifica ex art. 1430 c.c. ad un'azione di esatto adempimento.

<sup>323</sup> Con toni più taglienti, lo rilevava già E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, 7 ss., al quale peraltro si deve l'unica indagine monografica sul tema, al punto che può constatarsi come, ad oggi, la situazione non pare di molto mutata.

di giustizia<sup>324</sup>. Il dogma imponeva per necessità logica che una volontà viziata – dunque, non compiutamente realizzata – comportasse la rimozione di tutto il contratto<sup>325</sup>, perché un diverso esito non poteva che apparire ingiusto attraverso le lenti del principio assoluto comunemente recepito. Tali drastiche ragioni hanno contribuito ad addensare le attenzioni della dottrina più recente sulla ricerca dei limiti alla tutela caducatoria apprestata ai vizi del consenso (emblematica, al riguardo, l'enfasi conferita al principio di affidamento), lasciando, però, in disparte l'istituto della rettifica, denso – invece – di potenzialità e precipua espressione del principio di conservazione del contratto. Di tale istituto, ora, si tratteggeranno brevemente i profili.

La rettifica consiste nell'offerta, formulata dalla parte non in errore, di eseguire il contratto in termini conformi all'intento reale dell'errante, provocando una modificazione unilaterale del contratto, tale da precludere l'azione di annullamento. Tale offerta deve inoltre essere tempestiva, cioè formulata prima che all'errante possa derivarne pregiudizio<sup>326</sup> (art. 1432 c.c.).

---

<sup>324</sup> Tali aspetti sono finemente indagati dall'ampio ed analitico studio di V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., *passim*, il quale osserva acutamente (*op.cit.*, 36 s.) che il dogma della volontà consiste essenzialmente nella convinzione che la realizzazione della giustizia sia affidata alla realizzazione della volontà e si identifichi con essa: nel negozio questa convinzione si trasformerà nell'idea che il negozio valido, sostenuto da un effettivo volere, sia anche un negozio giusto.

<sup>325</sup> Perentoria l'affermazione di A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Milano, 1937, 157, il quale, nel prendere in considerazione l'art. 38 del codice polacco delle obbligazioni del 1934 (secondo cui la parte non in errore può evitare l'annullamento del negozio, dichiarandosi pronta ad eseguire la prestazione che avrebbe stipulato la vittima dell'errore, se l'errore stesso non si fosse prodotto), nega che un simile principio possa essere ricavato dall'interprete del nostro ordinamento, mettendolo in guardia che lo avrebbe portato fuori dallo "spirito del sistema positivo italiano", atteso che "resterebbe in piedi un negozio che in realtà non è stato voluto", prevalendo "la considerazione dell'interesse [...] sul sistema logico della volontà".

<sup>326</sup> Il pregiudizio derivante dal contratto erroneo non attiene al momento genetico, ma a quello attuativo del regolamento di interessi: cfr. E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, cit., 26 ss.

Sebbene il legislatore impieghi il vocabolo “offerta”, la rettifica non è una proposta contrattuale, ma un negozio unilaterale recettizio<sup>327</sup> (che, dunque, non necessita di accettazione), il cui duplice effetto consiste nel mantenimento del contratto nei termini rettificati e nella consumazione del potere di annullamento della controparte (sia dell’azione che della relativa eccezione): fissa, in termini preclusivi (non contestabili), l’assetto di interessi. Si ritiene, dunque, con opinione largamente condivisa, che la rettifica costituisca l’esercizio di un diritto potestativo<sup>328</sup>, qualificazione che, tuttavia, non convince appieno, in quanto la parte non in errore agisce in rettifica non solo nell’interesse proprio (alla conservazione del contratto), ma altresì nell’interesse altrui (cioè, dell’errante), leso dall’errore cui – con la rettifica – si intende rimediare: per tali ragioni, si ritiene che sia più corretto qualificare la situazione giuridica di cui la rettifica costituisce esercizio in termini di *potestà*<sup>329</sup>.

Ad ogni modo, a prescindere dalla qualificazione della situazione giuridica potestativa di cui risulta espressione, nella dialettica rimediale, la rettifica rappresenta un’eccezione opposta all’azione di annullamento; oppure, non ravvisando ostacoli ad ammettere l’offerta stragiudiziale della rettifica indipendentemente da una domanda di annullamento<sup>330</sup>, essa può costituire anche

---

<sup>327</sup> Opinione pacifica, cfr. E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, cit., 42 ss.; G. CIAN, *Alcune riflessioni in tema di rettifica*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 15; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 635.

<sup>328</sup> E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, cit., 39; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., 231; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 635, nota 139; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 801.

<sup>329</sup> Si vuol, quindi, dire che la rettifica non è attribuita nell’interesse esclusivo di colui che la esercita, ma è attribuita anche nell’interesse di colui nella cui sfera giuridica l’atto produce effetto (cioè, dell’errante): se la rettifica non è conforme all’interesse realmente perseguito da quest’ultimo (così come da quest’ultimo manifestato, ponendolo a fondamento dell’eccezione di annullabilità o dell’azione di annullamento), essa è concretamente inidonea allo scopo per cui è astrattamente contemplata dall’ordinamento. Si ha, dunque, un vizio della funzione concreta del negozio di rettifica.

<sup>330</sup> Sembra ammettere l’ammissibilità dell’esercizio in via stragiudiziale, seppur in termini dubitativi, G. CIAN, *Alcune riflessioni in tema di rettifica*, cit., 15, ritenendo però che si tratterebbe di una dichiarazione (quella di rettifica) la cui efficacia è subordinata alla condizione (*condicio iuris?*) della proposizione della domanda di annullamento (l’interrogativo tra

una controeccezione all'eccezione di annullabilità del contratto di cui il rettificante chiede l'adempimento<sup>331</sup>, dovendo così ammetterne l'operatività anche oltre il termine di prescrizione dell'azione<sup>332</sup>.

Occorre, però, interrogarsi sull'effettività ed adeguatezza della tutela conservativa che la rettifica appresta, al fine di proporre una ricostruzione soddisfacente dell'istituto.

Non può celarsi che il giudizio di conformità, imposto dall'art. 1432 c.c. (il rettificante deve offrire di eseguire il contratto "in modo *conforme* al contenuto e alle modalità del contratto che quella intendeva concludere"), si espone ad una grave inefficienza: l'imperscrutabilità del reale intento dell'errante. La caratteristica dell'errore in sé è quella di sfuggire ad un controllo sensibile e di dover essere necessariamente dimostrato per presunzione, cioè con la prova di un fatto diverso, da cui risalire, mediante una congruente argomentazione logica (art. 2729 c.c.), al fatto ignorato. Pertanto, l'individuazione di un'offerta conforme all'assetto di interessi voluto è, nella maggior parte dei casi, attività particolarmente gravosa per il rettificante (e per il giudice chiamato a valutare l'efficacia della rettifica). Potrebbe giovare la comunicazione dell'errore ad opera dell'errante, la quale, tuttavia, potrebbe essere contraddistinta da non poco opportunismo, qualora vi fosse da parte di quest'ultimo l'interesse a caducare il contratto per ragioni esogene. Al riguardo, si consideri che la comunicazione dell'errore, quale dichiarazione di scienza di un fatto a sé favorevole, non è apprezzabile sul piano probatorio (arg. dall'art. 2730 c.c., salvo l'art. 2734 c.c.).

---

parentesi è dell'A.). In realtà, i dubbi sembrano destinati a stemperarsi allorché si consideri che l'annullabilità può essere fatta valere dall'errante anche in via di eccezione al fine di rifiutare l'adempimento delle obbligazioni su di lui gravanti: non vi è, dunque, ragione per non assegnare alla rettifica lo stesso ambito di operatività dell'annullabilità.

<sup>331</sup> Cfr. E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, cit., 151, secondo il quale il potere di rettifica può essere esercitato al fine di paralizzare l'eccezione di annullabilità.

<sup>332</sup> Al riguardo, non dovrebbero sorgere problemi di intempestività della rettifica: non avendo domandato l'annullamento entro i cinque anni dalla scoperta dell'errore, pare coerente presumere che l'errore – fino a quel momento – non abbia recato pregiudizio all'errante.

Pertanto, la dottrina, dopo aver assegnato carattere negoziale alla rettifica, nel caso in cui l'errante persista nel proposito di caducare il contratto mediante l'azione di annullamento, affida al giudice le sorti del negozio, attribuendo il potere di valutare la conformità dell'offerta<sup>333</sup>: il che francamente pare una contraddizione, in quanto si tratterebbe di un negozio intrinsecamente instabile, la cui vincolatività è condizionata all'esistenza di un presupposto di conformità esterno ad esso, a prescindere dall'intento del rettificante. In sostanza, privare di efficacia il negozio di rettifica per difetto di conformità (all'intento reale dell'errante) significa svalutare del tutto l'intento negoziale del rettificante a beneficio di un insondabile principio di verità, in modo simile a quanto avveniva con il riconoscimento di figlio nato fuori dal matrimonio, un tempo impugnabile senza limiti – non per errore, ma – per difetto di veridicità (art. 265 c.c.)<sup>334</sup>.

Così congegnata, la rettifica pare un rimedio conservativo debole e poco efficiente.

Al fine di superare il penetrante vaglio giudiziale del giudizio di conformità, è necessario costruire su diverse basi il negozio di rettifica. Al riguardo, deve muoversi dalla constatazione che l'intento reale dell'errante, quale evento psichico, è insondabile e, a meno che l'errore sia stato riconosciuto dalla controparte (nel qual caso il fenomeno deve essere diversamente qualificato), ne è tendenzialmente impedita la scoperta dell'errore sino a che l'errante stesso non lo manifesti,

---

<sup>333</sup> Così, E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, cit., 37 ss., il quale attribuisce – coerentemente – natura di mero accertamento al relativo giudizio volto a sindacare la conformità dell'offerta, a differenza del carattere costitutivo della pronuncia di annullamento.

<sup>334</sup> I dubbi sul carattere negoziale del riconoscimento di figlio sono assai noti, di certo la disciplina positiva sembra non assegnare peso decisivo all'intento di costituire la filiazione manifestato dal dichiarante, se svincolato dal dato reale (cd. principio di verità): il che pare restare fermo anche a seguito del ridimensionamento del principio di verità a seguito della riforma del 2013 (D. Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154), che ha lasciato intatta la legittimazione all'impugnazione senza limiti di tempo, prima generalizzata nel vecchio testo dell'art. 263 c.c., solo rispetto al figlio (per il quale, soltanto, l'azione è imprescrittibile). Tali profili sono indagati da E. DEL PRATO, *Negozio giuridico*, in *Lo spazio dei privati*, Bologna, 2016, 67 ss., spec. 75 s. Ancora, di recente, in una profonda analisi dei principi che gravitano intorno alla costituzione della filiazione, cfr. ID., *Status di figlio: autoresponsabilità e verità*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 742 ss.

ponendolo a fondamento di un'eccezione di annullabilità o di un'azione di annullamento. Limitandoci all'ipotesi di un errore (riconoscibile, ma) non riconosciuto, deve constatarsi che l'errore, prima che l'errante stesso lo comunichi, è occulto e non può addossarsi in capo al rettificante il relevantissimo onere di scoprirlo, addossando su quest'ultimo l'onerosa ricostruzione *fattuale* della contrattazione, giacché sia l'errore, quale falsa rappresentazione della realtà, sia il reale intento dell'errante (da esso desunto) si ascrivono all'area dei fatti psicologici. Solo allorché l'errore viene palesato, si apre uno stato di *incertezza* circa la sussistenza (e la portata invalidante) dell'errore ed una conseguente discrasia tra il regolamento pattuito ed il regolamento voluto. Fino a tale momento la parte non in errore potrebbe aver già eseguito, o essere in procinto di farlo, il regolamento risultante dalla dichiarazione erronea, senza contemplare la possibilità di rettifica.

Con la scoperta e la condivisione dell'errore, si schiude una situazione di incertezza che pregiudica l'attuazione dell'assetto di interessi programmato. Qui si muove, allora, lo sguardo retrospettivo del rettificante, volto a verificare la sussistenza dell'errore dichiarato dall'errante: egli non deve, però, limitarsi a ricostruire storicamente i fatti, deve abbracciare l'intero assetto di interessi voluto dall'errante, conformandolo giuridicamente in una nuova offerta. La rettifica offre, così, all'errante, per mezzo di nuovo atto di autonomia privata, la ricostruzione del programma contrattuale voluto, eliminando l'incertezza. Ciò convince che la rettifica debba ascrivarsi alla categoria dei negozi unilaterali di accertamento<sup>335</sup>,

---

<sup>335</sup> Cfr. E. DEL PRATO, *La transazione*, cit., 17 ss., spec. 22 e 25, il quale pone nitidamente in luce come la funzione del negozio di accertamento risiede nel superare l'incertezza in ordine alla consistenza di una determinata di situazione giuridica, conformandola nei termini dell'accertamento compiuto dai dichiaranti. Nel negozio di accertamento, dunque, "l'attenzione retrospettiva al rapporto accertato è essenziale alla funzione", al punto che l'errore nella determinazione della situazione incerta – conclude l'A. cit. – cade sull'oggetto del negozio e deve, pertanto, ritenersi essenziale (diversamente, invece, accade nella transazione, cfr. in part. l'art. 1969 c.c., ove la retrospettività dell'errore sul *caput controversum* svanisce nei motivi, giacché la transazione non importa una volizione retrospettiva).

È assolutamente pacifico in dottrina che l'incertezza, la cui eliminazione è affidata al negozio di accertamento, è quella sulle relazioni giuridiche, potendo essere incerti sia i fatti che hanno originato il rapporto giuridico sia la norma da applicare che ne ha comportato una dubbio

fissando con certezza la situazione giuridica corrispondente alla realtà psicologica dell'errante, così come da quest'ultimo palesata (sollevando l'eccezione di annullabilità o promuovendo l'azione di annullamento).

La qualificazione in termini di negozio di accertamento consente di individuare puntualmente l'oggetto del negozio di rettifica, secondo i dati normativi ricavabili dall'art. 1432 c.c. L'efficacia della rettifica è, infatti, come anticipato, subordinata al riscontro di un requisito contenutistico intrinseco (giudizio di *conformità*) e di un elemento estrinseco al negozio (giudizio di *tempestività*).

Il giudizio di conformità, appunto, vale a configurare la nota distintiva dell'oggetto della rettifica quale negozio accertamento: l'offerta deve, cioè, essere conforme all'intento reale dell'errante. Atteso che l'intento reale dell'errante, quale evento psichico, è insondabile, perché possa esservi conformità è necessario, come si anticipava, che l'errante stesso manifesti il proprio vizio del consenso, ponendolo a fondamento di un'eccezione di annullabilità o di un'azione di annullamento. Non può, infatti, ragionevolmente pretendersi che il rettificante debba scavare nella psiche altrui: egli si limita ad *accertare*, mediante lo strumento negoziale, la corrispondenza al vero di quanto assume l'errante e a determinarsi nel senso di conformare l'assetto di interessi pattuito in un nuovo assetto corrispondente a quello realmente voluto dall'errante. Un'ultima precisazione si impone, al riguardo. Sul piano logico, l'individuazione del vizio si appalesa indispensabile affinché possa operare la vicenda conservativa di un fenomeno patologico, alternativa alla sua caducazione: l'individuazione puntuale dell'errore è, peraltro, un'esigenza espressamente manifestata dal legislatore a proposito della convalida, là dove richiede la menzione del vizio nella convalida espressa (art. 1444, co. 1, c.c.) o la sua conoscenza in quella tacita (art. 1444, co. 2, c.c.). Ciò, tuttavia, non implica la

---

qualificazione: cfr., altresì, M. GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 228 ss., il quale conclude che oggetto del negozio d'accertamento possa essere costituito tanto da fatti quanto da rapporti (del resto, i primi sono pur sempre fonte dei secondi), purché abbia la funzione di fissare la situazione preesistente.

necessità di un'apposita forma per la rettifica, il quale resta un negozio a forma libera (salvo l'art. 1350 c.c.).

Il giudizio di tempestività, invece, appare operare sulla fattispecie negoziale alla stregua di un presupposto estrinseco di efficacia: la rettifica è cioè subordinata alla tempestività dell'offerta, che deve essere precedente all'insorgenza, nella sfera giuridica dell'errante, di un pregiudizio derivante dal contratto erroneo (giudizio di *tempestività*): il pregiudizio subito dall'errante per effetto dell'errore, infatti, estingue il diritto potestativo di rettifica, privando di efficacia l'eventuale negozio.

Mediante l'operata qualificazione in termini di negozio di accertamento, si sono così chiariti la causa, l'oggetto ed il presupposto di efficacia della rettifica. Appare, così, chiaro che il giudice non possa liberamente sindacare la conformità al vero di quanto negozialmente accertato, senza che l'errante la contesti promuovendo un'impugnazione del negozio unilaterale di rettifica (cui si applicherà la patologia del contratto, in quanto compatibile, *ex art. 1324 c.c.*)<sup>336</sup>.

In quest'ottica, la prospettata qualifica in termini di negozio di accertamento ha un'ulteriore, puntuale conseguenza applicativa. Senza voler entrare nelle fini disquisizioni sulla portata della riconoscibilità dell'errore (art. 1431 c.c.)<sup>337</sup>, occorre

---

<sup>336</sup> Rileva M. GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, cit., 239, che una volta accertato il rapporto incerto per mezzo del negozio di accertamento, colui per il quale quest'ultimo è vincolante non potrà certo pretendere di "provare" che il rapporto era in realtà diverso da come accertato.

Al riguardo, sarà necessaria, ad es., un'impugnazione del negozio di accertamento per errore: la questione è approfonditamente indagata da E. DEL PRATO, *La transazione*, cit., 17 ss., spec. 25, per il quale l'attitudine dispositiva del negozio di accertamento si realizza fissando la consistenza della situazione incerta, che ne esce plasmata, con la conseguenza che la situazione incerta non solo ne rappresenta il presupposto, ma anche l'oggetto. Pertanto, ad avviso dell'A., è la funzione di accertamento che contraddistingue il negozio "ad importare che l'errore, cioè la difformità della situazione accertata da quella 'dichiarata', non possa che risultare dalla dichiarazione". Da qui la possibilità di ravvisare nell'art. 1429 n. 1 c.c. il referente normativo dell'errore sulla consistenza della situazione accertata.

<sup>337</sup> La dottrina dibatte sulla rilevanza invalidante da attribuire all'errore riconosciuto, ma non riconoscibile, così come dell'errore bilaterale per il quale un orientamento giurisprudenziale traluzio (già richiamato *supra*, § I.3, nota 51) non esclude la riconoscibilità.

Così, da un lato, vi è chi propende per la tutela del c.d. *affidamento in concreto*, che assume quale punto di osservazione la particolare posizione dello specifico contraente che ha posto in

ribadire che, nella prospettiva del rettificante, l'errore o è stato riconosciuto o non è stato riconosciuto: solo in questo secondo caso vi è *res dubia*, cioè quell'incertezza sull'intento reale dell'errante che costituisce l'indispensabile presupposto causale del negozio di rettifica quale negozio di accertamento; in caso di errore riconosciuto, manca la *res dubia* ed il negozio di rettifica è nullo per difetto di causa<sup>338</sup>.

---

essere il contratto. Così, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 440; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., 90; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., 210 e 238; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit. 165; A. TRABUCCHI, voce *Errore (dir. civ.)*, nel *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, ma rist. 1981, 671; M. BESSONE, *Errore comune ed affidamento nella disciplina del contratto*, in *Foro it.*, 1966, I, 1572 ss; A. GIORDANO, *In tema di rilevanza dell'errore bilaterale nel contratto*, in *Giust. civ.*, 1952, I, 456 ss. Dall'altro, vi è chi evidenzia come il legislatore, prescrivendo la riconoscibilità, non intenda affatto tutelare l'affidamento che in concreto la dichiarazione dell'errante abbia generato in quel determinato destinatario, bensì intende tutelare l'affidamento che la dichiarazione stessa possa generare in un tipo astratto di contraente di normale diligenza, non legato a situazioni soggettive concrete e specifiche di conoscenza o di errore (tutela del c.d. *affidamento in astratto*). Così, A. DE MARTINI, *In tema di riconoscibilità dell'errore bilaterale nel contratto*, in *Foro it.*, 1952, I, 434; G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale (Artt. 1321-1469)*, in *Commentario Utet*, 1980, 547; G. CRISCUOLI, *Errore bilaterale: comune e reciproco*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 621; G. AMORTH, *In tema di errore nelle compravendite d'opere d'arte antiche*, in *Foro it.*, I, 1948, 681; P. BARCELLONA, *In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 63 ss. I principali corollari di tale orientamento possono essere individuati, per un verso, nell'irrilevanza dell'errore effettivamente riconosciuto ma non riconoscibile in astratto e, per l'altro, nell'affermazione della necessità di valutare l'astratta riconoscibilità dell'errore anche in caso di errore bilaterale.

<sup>338</sup> In tal senso, M. GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, cit., 240, per il quale “la mancanza assoluta della situazione preesistente, o la «certezza» di essa, fa venir meno l'elemento causale e consente perciò l'invalidazione del negozio di accertamento”. Ma il punto è ampiamente discusso in dottrina.

E. DEL PRATO, *Le risoluzioni negoziali delle controversie*, in *Fuori dal processo. Studi sulle risoluzioni negoziali delle controversie*, Torino, 2016, 197, incisivamente ritiene che la “preesistente mancanza” della situazione accertata non menoma la causa del contratto di accertamento, potendo rilevare soltanto alla stregua di un errore, essendo questo il regime attraverso cui far valere la difformità della situazione accertata da quella dichiarata (già in ID., *La transazione*, cit., 25). Il rilievo è dotato di notevole forza suggestiva ed è da accogliersi con riferimento alla “mancanza assoluta della situazione preesistente”, tuttavia deve convenirsi con il primo A. cit. allorché propende per la nullità per mancanza di causa nel caso di “certezza della situazione preesistente”, cioè in caso di assenza di *res dubia*: qui manca il presupposto causale su cui dovrebbe operare la funzione del negozio di accertamento. Alla medesima conclusione, del resto, sembra giungere E. DEL PRATO, *La transazione*, cit., 94, nel caso simile (sebbene non perfettamente speculare) di un contratto di transazione affetto da un errore che

In tal modo, dunque, è possibile ribadire che la controparte che riconosce l'errore è tenuta comunicarlo all'errante prontamente in sede di stipula (art. 1338 c.c.), al fine di correggere l'errore in radice; un eventuale, successivo negozio di rettifica è nullo, lasciando intatta l'azione di annullamento e la relativa eccezione, con due peculiarità nel caso in cui la parte non in errore decida comunque di offrire la rettifica: la prima è che per il vittorioso esperimento dell'azione di annullamento l'errante dovrà provare non la mera riconoscibilità dell'errore (art. 1431 c.c.), ma che esso sia stato effettivamente riconosciuto dalla controparte al fine di porre nel nulla il negozio di rettifica perché privo di causa; la seconda è che l'offerta di rettifica, nulla per mancanza di *res dubia*, degrada da negozio unilaterale a mera proposta contrattuale, che l'errante – se ha interesse alla conservazione del contratto – può accettare, perfezionando così un contratto modificativo del primo erroneo.

In sostanza, solo chi non ha riconosciuto l'errore può formulare un valido negozio unilaterale di rettifica; questa pare essere la ragione più profonda per negare la rettifica in caso di dolo negoziale (anche se provenga dal terzo, visto che esso deve essere *noto* al contraente che se ne avvantaggia) nonché in caso di violenza morale (ma non, in tal caso, se la violenza provenga da un terzo)<sup>339</sup>. Non

---

faccia supporre l'esistenza di una lite inesistente, tale da rendere privo di causa il contratto di transazione per mancanza del suo indispensabile presupposto causale (la lite).

<sup>339</sup> Con riferimento al dolo, esclude la possibilità di rettificare il contratto G. CIAN, *Alcune riflessioni in tema di rettifica*, cit., 10, i cui rilievi si condividono pienamente su un piano di opportunità ed efficienza della tutela da apprestare. L'A, in particolare, osserva che il dare alla parte autrice dell'inganno, o che comunque di questo era a conoscenza e se ne è avvalsa (è il caso, appunto, del comma 2 dell'art. 1439), il potere di opporre alla domanda di annullamento la dichiarazione di rettifica significherebbe concedere a detta parte la troppo comoda, ed iniqua, alternativa di confidare nella non scoperta del dolo – e quindi di conseguire, con il permanere in vigore del regolamento negoziale, il frutto dell'inganno – e di poter usufruire del potere di salvare comunque il rapporto mediante la rettifica. Concludendo: “Concedere questa doppia *chance* urterebbe, a mio giudizio, contro il principio generale di buona fede e lo scopo di tutela dell'annullamento per dolo”.

Esclude l'estensione al dolo e alla violenza, parimenti, E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, cit., 91 ss.

Diversamente, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 636, il quale ritiene non ostativa la mancanza di uno specifico richiamo normativo alla rettifica nella disciplina della violenza morale e del dolo, in quanto un richiamo sarebbe necessario solo ove la rettifica

si tratta tanto di comminare una conseguenza afflittiva, consistente in una limitazione all'autonomia negoziale (dunque, un'*ablazione*), al *deceptor*, al violentatore o a chi ne ha tratto vantaggio; si tratta, piuttosto, di constatare che in tutte queste ipotesi difetta una situazione di incertezza, a causa della mala fede del rettificante (che, tuttavia, non è ostativa alla conclusione di un contratto modificativo che riporti l'assetto nei termini voluti dall'errante).

Problematica in dottrina è altresì la natura retroattiva del negozio di rettifica.

Vi è parte di essa che ricava la retroattività della rettifica in ragione della natura di negozio unilaterale<sup>340</sup>, in quanto – si argomenta *a contrario* – per una modificazione non retroattiva del rapporto sarebbe stato sufficiente un contratto, in relazione alla previsione generale dell'art. 1321 c.c. A tale opinione sembra, però, potersi replicarsi che nel nostro ordinamento giuridico, vige il principio di tipicità dei negozi unilaterali (arg. *ex art.* 1987 c.c.); quindi, l'espressa previsione di un negozio unilaterale di rettifica è, all'evidenza, necessaria, non fornendo – in sé – perspicue indicazioni sulla natura retroattiva del negozio. Ad ogni modo, tale opinione sembra considerare la sola retroattività obbligatoria (relativa), che non è autentica retroattività.

Altra parte della dottrina, invece, afferma la natura retroattiva della rettifica muovendo dal rilievo che essa si riferisce pur sempre al medesimo atto di esercizio di autonomia privata<sup>341</sup>. L'assunto è particolarmente suggestivo, tuttavia l'assenza di retroattività della rettifica deve desumersi dalla attitudine intrinsecamente dispositiva, che contraddistingue (seppur non pacificamente) i negozi di accertamento<sup>342</sup>, costituendo un nuovo episodio di esercizio dell'autonomia

---

dovesse considerarsi una regola eccezionale dell'ordinamento; viceversa, la rettifica è espressione di due principi generali, quello della conservazione del contratto e quello di buona fede.

<sup>340</sup> Così, G. CIAN, *Alcune riflessioni in tema di rettifica*, cit., 12. Occorre, però, precisare che la retroattività della rettifica, in realtà, è ridotta nelle sue conseguenze pratiche.

<sup>341</sup> V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., 237.

<sup>342</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1 ss., spec. 4 ss.; ID., *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 177.

privata<sup>343</sup>: del resto, si è più volte ribadito, che il dato strutturale della conservazione è la modificazione, dunque, in assenza di un'espressa previsione normativa, essa non è opponibile retroattivamente *erga omnes*.

Avendo definito i caratteri strutturali e funzionali della rettifica, deve ora vagliarsi il suo ambito di operatività con riferimento all'errore vizio e all'errore ostatico.

Esclusa la sua operatività nei confronti di un errore incidente al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge (art. 1430 c.c.)<sup>344</sup>, è stata autorevolmente prospettata la rettificabilità del solo errore ostatico, muovendo da una fine interpretazione lessicale della norma: la lettera dell'art. 1432 c.c. fa riferimento alla conformità al contratto che l'errante *intendeva* (si impiega, dunque, il modo verbale indicativo, non il condizionale passato "avrebbe voluto") concludere; pertanto, fa riferimento ad una volontà esistente (la quale si riscontra solo nell'errore ostatico, ove l'errore cade sui mezzi espressivi o sulla trasmissione, art. 1433 c.c.), non ad una volontà ipotetica (come accade nelle già considerate ipotesi di cui all'art. 1419 e 1424 c.c.), cioè alla volontà che si sarebbe formata in assenza della falsa rappresentazione della realtà, cioè dell'errore-vizio<sup>345</sup>. In realtà, non sembra potersi dare troppo peso alla mancata espressa allusione letterale ad una volontà ipotetica (ed è lo stesso A. a riconoscerlo)<sup>346</sup>, il punto è stabilire le ipotesi in cui alla volontà

---

<sup>343</sup> Per l'assenza di retroattività, altresì la giurisprudenza. Cfr. Cass. civ., 30 luglio 2002, n. 11265, relativa ad un caso in cui, a seguito della trascrizione di un contratto di alienazione affetto da errore sull'identità dell'oggetto trasferito, era stato dapprima trascritto il pignoramento sul bene oggetto del contratto erroneo e successivamente l'atto di rettifica con cui si emendava l'errore con l'indicazione del bene realmente voluto. Il giudice di secondo grado sanciva la retroattività reale della rettifica assumendo l'unicità del contratto rettificato e ritenendo di dover privilegiare la realtà sull'apparenza (*rectius*, il voluto sul dichiarato). La Suprema Corte è di contrario avviso e ribalta la decisione di secondo grado: l'eventuale retroattività della rettifica non è opponibile ai terzi, nei confronti dei quali si applica il criterio della anteriorità della trascrizione. La S.C. ha, dunque, applicato con riferimento alla rettifica lo stesso regime della domanda di annullamento di cui all'art. 1445 c.c.

<sup>344</sup> Cfr. *supra*, nota 323.

<sup>345</sup> G. CIAN, *Alcune riflessioni in tema di rettifica*, cit., 6.

<sup>346</sup> ID., *op. ult. cit.*, 8 ss., ove considera e sviluppa l'ammissibilità di una rettifica con riferimento ad una volontà ipotetica, cioè a quella che si sarebbe formata in assenza dell'errore-vizio.

– effettiva o ipotetica – possa risalirsi; nelle stesse citate ipotesi normative (artt. 1419 e 1424 c.c.), la volontà ipotetica è ricostruita per mezzo di un’interpretazione teleologica; con riferimento alla rettifica, ha un maggiore margine di concretezza, postulando il suo accertamento ad opera della parte non in errore, a seguito della scoperta dell’errore manifestata con l’eccezione di annullabilità ovvero con l’azione di annullamento. Pertanto, non sembra potersi dubitare della possibilità di applicare la rettifica indifferentemente alle ipotesi di errore-vizio ed errore ostativo, purché abbiano rilevanza invalidante, cioè siano essenziali e riconoscibili (artt. 1428 e 1433 c.c.)<sup>347</sup>.

Discusso è anche il contenuto dell’offerta di rettifica, in quanto, secondo una tesi restrittiva<sup>348</sup>, esso dovrebbe riferirsi unicamente alla prestazione di chi vuole evitare l’annullamento, senza prevedere nuove condizioni. In tale secondo caso, la rettifica equivarrà ad una proposta di un nuovo contratto e necessiterebbe dell’accettazione dell’errante. A ben vedere, il perimetro oggettivo della rettifica è segnato dal giudizio di conformità all’intento reale dell’errante e può, dunque, investire tutti i profili oggetto di un errore essenziale di cui all’art. 1429, c.c., con esclusione del solo errore sull’identità o sulle qualità del contraente (art. 1429 n. 3 c.c.)<sup>349</sup>. In tal caso, si esce dal perimetro strettamente oggettivo ed occorre ammettere in linea teorica la possibilità di una rettifica soggettiva: le difficoltà teoriche si annidano nell’attribuzione, da un lato, del rimedio della rettifica alla parte non in errore e nel giudizio di conformità, dall’altro, il quale imporrebbe che la rettifica – per essere rispondente all’intento reale dell’errante – dovrebbe

---

<sup>347</sup> Negli stessi termini, E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, cit., 81 ss.

<sup>348</sup> V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., 237.

<sup>349</sup> E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, cit., 75, ritiene ammissibile la rettifica allorché la scelta della controparte contrattuale è esclusivamente funzionale all’individuazione dell’esecutore della prestazione di carattere personale oggetto del contratto, nel qual caso – mediante la rettifica – la controparte contrattuale può offrire di adempiere l’obbligazione secondo le modalità e per mezzo del soggetto realmente desiderato dall’errante. Tuttavia, un’offerta di rettifica così configurata non è conforme all’intento reale dell’errante: l’offerta di rettifica si limiterebbe ad una promessa del fatto del terzo, senza contenere l’assunzione dell’obbligazione in capo al soggetto da cui l’errante avrebbe voluto pretendere l’esecuzione.

provenire dal terzo con cui l'errante avrebbe voluto contrarre (in ragione della sua identità o delle sue qualità).

Le difficoltà sembrano potersi superare ammettendo un'offerta di rettifica proveniente congiuntamente dal contraente erroneo (art. 1429 n. 3) e dal contraente voluto, consistente – cioè – in un atto unilaterale collettivo avente ad oggetto la sostituzione nella titolarità dei rapporti derivanti dal contratto, per la quale non è necessario il consenso dell'errante “ceduto” (arg., all'opposto, dall'art. 1406 c.c.), in quanto l'esatta ricostruzione dell'intento dell'errante equivale ad un consenso preventivo alla sostituzione (arg. art. 1407, comma 1, c.c.).

Si consideri il seguente esempio: Tizio, avendo necessità di una visita cardiologica, contatta la segreteria di un rinomato poliambulatorio medico prendendo erroneamente appuntamento con il dottor Caio (urologo), in luogo del dottor Sempronio (cardiologo). Il giorno dell'appuntamento, accortisi dell'errore, l'urologo ed il cardiologo congiuntamente offrono la sostituzione del prestatore d'opera intellettuale conformemente all'intento di Tizio, impedendo a quest'ultimo di liberarsi dal contratto viziato per rivolgersi ad un diverso professionista che (magari) praticava tariffe professionali più contenute. Negando, invece, la possibilità della rettifica soggettiva, si consentirebbe all'errante di liberarsi opportunisticamente da un contratto conforme al suo intento.

La possibilità della rettifica soggettiva comporta una rilevante conseguenza sistematica: la rettificabilità di ogni contratto viziato da errore. Così, nell'ambito dell'annullabilità, può concludersi che il contratto viziato da errore soggiace ad un regime singolare: esso è esposto in via concorrente al rimedio caducatorio (azione di annullamento ed eccezione di annullabilità) ed al rimedio manutentivo (eccezione e controeccezione di rettifica), attribuiti rispettivamente all'errante e alla controparte. In questo sta il contemperamento degli interessi dei contraenti<sup>350</sup> (è

---

<sup>350</sup> Per tutti, E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, cit., 75.

Secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 636, la rettifica è non solo espressione del principio di conservazione del contratto, ma altresì del principio di buona fede.

V. PIETROBON, *Errore, volontà, affidamento nel negozio giuridico*, cit., 79, pone in luce il fondamento equitativo della rettifica.

evidente che la stessa conclusione non può essere raggiunta muovendo dalla possibilità di convalida del contratto annullabile *ex art. 1444 c.c.*): in sostanza, se l'azione di annullamento consente all'errante di trarre occasione dal proprio errore per liberarsi da un rapporto contrattuale che si è rivelato successivamente sconveniente (diversamente, egli sceglierebbe di attuare l'assetto di interessi pur viziato da errore, convalidandolo), la rettifica preclude un uso opportunistico del rimedio caducatorio ed offre uno strumento particolarmente efficace per attuare l'interesse realmente perseguito dall'errante (pregiudicato dall'errore). Emerge, con nitore, che a fondamento della rettifica si pone il principio di conservazione del contratto, espressione del principio di economicità dei mezzi giuridici.

L'unico limite (congenito) di tale articolazione della tutela sta nel fatto che la rettifica è rimedio conservativo eventuale, essendo rimessa pur sempre alla scelta potestativa della parte non in errore e, perciò, essendo strutturalmente inadeguata a soddisfare compiutamente l'interesse alla conservazione del contratto dell'errante. In tale limite, si apre lo spazio per un patto sulla rettifica, che da situazione giuridica attiva, potestativa, può costituire l'oggetto di un'obbligazione di fonte pattizia.

Ecco delineate le linee essenziali del patto di rettifica, mediante il quale le parti si obbligano vicendevolmente, o una parte si obbliga unilateralmente, ad offrire la rettifica in caso di successiva scoperta di un errore essenziale e riconoscibile. La rettifica, da situazione potestativa attiva, diviene l'oggetto di un obbligo, e correlativamente di un diritto (di credito) dell'errante posto a protezione del suo interesse alla conservazione del contratto.

Poiché tale patto esclude la *facoltà* di opporre l'eccezione di rettifica, rendendola materia di un obbligo, esso limita la *facoltà* di opporre eccezioni ed è, dunque, vessatorio (art. 1341 c.c. ed art. 33, co. 2, lett. *t*), cod. cons.). Non ricade, all'opposto, nella vessatorietà consumeristica il patto di rettifica operante solo in favore del consumatore<sup>351</sup>.

---

<sup>351</sup> Al riguardo, la vessatorietà non può attribuirsi neppure in forza dell'art. 33, co. 2, lett. *m*), il quale reputa presuntivamente vessatorie le clausole che consentono "al professionista di

In ragione della sua struttura essenziale (mutando una situazione giuridica attiva in obbligazione), si reputa appropriato denominare il patto in esame come *patto di rettifica obbligatoria*: per mezzo di esso, l'errante, in aggiunta alla tutela caducatoria, beneficia della tutela manutentiva (che non gli era apprestata con la convalida, la quale si limita a modificare l'imputazione viziata, sostituendola con una nuova manifestazione di volontà, senza intaccare l'assetto di interessi).

Il patto di rettifica obbligatoria può assumere, però, ulteriori contenuti. Occorre muovere dall'esame dell'obbligazione nascente dal patto: essa ha ad oggetto il compimento di un atto negoziale unilaterale, pertanto sorge spontaneo l'interrogativo se essa possa beneficiare – in forza dell'art. 1324 c.c. oppure in via analogica – della tutela in forma specifica prevista per l'inadempimento dell'obbligo di concludere un contratto (art. 2932 c.c.).

L'itinerario che dovrebbe giustificare l'applicazione dell'art. 2932 c.c. all'obbligazione di compiere un negozio unilaterale, attraverso l'art. 1324 c.c., pare eccessivamente ardua, in quanto quest'ultima norma si limita a sancire l'applicazione agli atti negoziali unilaterali delle “norme che regolano i contratti”, mentre l'art. 2932 c.c. è norma che regola l'inattuazione dell'obbligazione, avente ad oggetto un *fare* specifico, quale è la conclusione di un contratto.

All'inverso, non sembra che vi siano particolari preclusioni ad un'interpretazione analogica della norma che detta l'esecuzione in forma specifica dell'inadempimento dell'obbligo di concludere un contratto (art. 2932 c.c.) all'obbligo di compiere un negozio unilaterale: vi è, senza dubbio, una *lacuna* ed, inoltre, si tratta di casi simili, cioè pur sempre dell'inadempimento di un'obbligazione di fare specifico, porre in essere un negozio unilaterale piuttosto che bilaterale, di contenuto parimenti patrimoniale, cui farebbe comunque luogo una sentenza costitutiva. Né l'esecuzione in forma specifica può ritenersi norma

---

modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso”. Nel patto in esame, infatti, è espressamente pattuito il motivo che dà luogo a rettifica, nell'interesse dello stesso consumatore, caduto in errore.

eccezionale (che precluderebbe l'analogia, arg. art. 14 disp. prel. c.c.), in quanto essa, ove possibile, deve essere preferita alla tutela per equivalente (arg. art. 2058 c.c.).

L'esecuzione in forma specifica soggiace agli stessi limiti di cui all'art. 2932, co. 1, c.c.: non deve essere esclusa dal titolo (il patto di rettifica) e deve risultare possibile. In particolare, il limite della possibilità deve essere inteso in modo flessibile ed elastico dal giudice, il quale può rifiutarsi di concedere la rettifica se essa risulti troppo gravosa per la parte in errore, magari perché la prestazione realmente voluta dall'errante esula dall'area di attività o dalla sfera giuridica del debitore oppure a causa della insostituibilità o irreperibilità della prestazione realmente voluta ovvero ancora, più semplicemente, per indecifrabilità del reale intento dell'errante.

In caso di impossibilità di tutela in forma specifica l'interesse alla rettifica del contratto dell'errante, quest'ultimo potrà invocare la tutela per equivalente: l'inadempimento dell'obbligazione di compiere la rettifica soggiace all'art. 1218 c.c. e genera il diritto al risarcimento del danno. Con una notevole peculiarità: il danno va qui commisurato all'interesse positivo, cioè va rapporto allo scopo realmente voluto e perseguito dall'errante con il contratto. Questa è la sensibile differenza con la responsabilità precontrattuale da contratto invalido (art. 1338 c.c.), commisurata all'interesse negativo.

Nel caso in cui l'errante opti per la tutela per equivalente, rimane, però, da stabilire la sorte dell'invalidità del contratto (rimasto chiaramente ineseguito, in quanto non corrispondente agli interessi dell'errante). Deve, al riguardo, ritenersi che la scelta di optare per il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento dell'obbligazione di rettifica costituisca un comportamento incompatibile con la volontà di avvalersi della tutela caducatoria, comportamento assunto nella consapevolezza del motivo di annullabilità e dal quale si desume inequivocabilmente l'intento di tener fermo il contratto e i patti che vi accedono: trattasi, allora, di una *convalida tacita* (art. 1444, co. 2, c.c.).

E tale conclusione va estesa anche alla tutela in forma specifica: chi agisce per l'inadempimento dell'obbligazione di rettifica pattizia, dà attuazione all'assetto di interessi derivante dal contratto invalido cui accede il patto di rettifica. La volontaria esecuzione di esso, seppur parziale<sup>352</sup>, consistente nell'esercizio di un diritto scaturente dal contratto, nella conoscenza del motivo di invalidità, dà luogo a convalida tacita. Pertanto, l'errante che agisce per la tutela manutentiva (in forma specifica ovvero per equivalente) non può agire per la tutela caducatoria.

Tirando le prime conclusioni, mediante il patto di rettifica, si attribuisce, da un lato, al giudice il potere di rettificare il contratto annullabile, cioè di plasmarne il contenuto, su impulso della parte errante che agisce in attuazione dell'obbligo *ex art. 2932 c.c.*, nonché, dall'altro, in caso di impossibilità della tutela in forma specifica, l'errante può agire per il risarcimento del danno da inadempimento (art. 1218 c.c.), parametrato all'interesse positivo: e tali conclusioni sembrano apportare una notevole innovazione nel sistema rimediale. Peraltro, senza incidere sui modi della tutela, normativamente sanciti (eccezione di annullabilità, azione di annullamento, rettifica spontanea, convalida), ma solo estendendo pattizamente i modi della tutela ad un'ulteriore – ed efficace – tutela conservativa.

Una prima, più articolata, declinazione del patto di rettifica obbligatoria è quello in forza del quale le parti foggiano l'obbligazione di rettifica come obbligazione facoltativa (anche detta, obbligazione con facoltà alternativa)<sup>353</sup>, dalla

---

<sup>352</sup> È proprio la *parziale* esecuzione dell'assetto di interessi programmato, cioè l'attuazione del solo patto correttivo, che rimette al prudente apprezzamento del giudice la ricerca dell'intento del convalidante di tener fermo il contratto e di non avvalersi della tutela caducatoria. Cfr., sul punto, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 259.

La natura della convalida tacita è ampiamente discussa: G. PIAZZA, *La convalida tacita in diritto privato*, Napoli, 1980, 43, vi attribuisce natura di atto giuridico in senso ad effetto legale; invece, la preferibile nonché prevalente dottrina (cfr., per tutti, L. CAMPAGNA, *I negozi di 'attuazione' e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958, 230 ss.) vi assegna natura negoziale. Nell'ambito dei sostenitori della natura negoziale, vi è chi, come F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 257 ss., che la inquadra nella categoria dei negozi attuazione.

<sup>353</sup> Come noto, l'obbligazione con facoltà alternativa non è espressamente disciplinata nel codice, tuttavia la figura è costruita in via induttiva muovendo da alcune disposizioni puntuali

quale colui su cui grava l'obbligazione di rettifica può liberarsi eseguendo una prestazione diversa.

In tal caso, l'adempimento della prestazione facoltativa estingue l'obbligazione di rettifica, ma resta intatta la tutela caducatoria in capo all'errante. Non sembra potersi assegnare all'accettazione della prestazione diversa da parte dell'errante natura di convalida tacita: sebbene il punto sia discusso in dottrina<sup>354</sup>, si registrano plurimi consensi sul fatto che la convalida tacita non può limitarsi ad un'esecuzione parziale del contratto, a meno che da essa non si desuma inequivocabilmente l'intento di attuare l'assetto di interessi viziato. Un tale intento non può desumersi

---

(ad es., in tema di contratto estimatorio, l'art. 1556 c.c. dispone: "Con il contratto estimatorio una parte consegna una o più cose mobili all'altra e questa si obbliga a pagare il prezzo, salvo che restituisca le cose nel termine stabilito").

La dottrina, piuttosto, si è impegnata nelle distinzioni dell'obbligazione facoltativa dalle figure affini.

Notevoli, ed ampiamente note, sono le divergenze di disciplina rispetto all'obbligazione alternativa (regolata negli artt. 1285 ss. c.c.): quest'ultima, in caso di impossibilità originaria della prestazione, nasce semplice (art. 1288 c.c.); mentre in caso di impossibilità sopravvenuta non imputabile ad alcuna delle parti (art. 1288 c.c.), l'obbligazione alternativa si concentra nell'obbligazione possibile. Per quanto riguarda l'obbligazione a facoltà alternativa, invece, il fulcro della fattispecie resta la prestazione principale: pertanto, in caso di impossibilità originaria o sopravvenuta della prestazione principale travolge anche quella "ancillare" (cioè, facoltativa).

L'obbligazione facoltativa si distingue altresì dalla *datio in solutum* (artt. 1197 s. c.c.): cfr., sulla questione, i puntuali rilievi di S. RODOTÀ, voce *Dazione in pagamento (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, 736 s., il quale osserva che, oltre alla differenza del momento (nell'un caso genetico, nell'altro attuativo) in cui si perfeziona l'accordo sulla prestazione diversa, nelle obbligazioni con facoltà alternativa la prestazione dell'*aliud*, rimessa ad una scelta del debitore, costituisce, in ogni caso, adempimento della obbligazione originaria, strutturata in modo complesso; nella dazione in pagamento, invece, la prestazione dell'*aliud* non costituisce adempimento. In termini adesivi, M. IEVA, *Appunti sulla dazione in pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 241 ss.

<sup>354</sup> Alle discussioni sulla natura giuridica della convalida tacita (citate *supra*, nota 352), si aggiungono quelle sull'ambito da assegnare alla locuzione "dare esecuzione" al contratto contenuta nell'art. 1444, co. 2, c.c.: vi si fa rientrare l'adempimento dell'obbligazione e, viceversa, l'accettazione della prestazione caratteristica scaturente dal contratto; vi si fa rientrare, con maggiori dubbi, l'esercizio di un diritto nascente da un contratto, purché si desuma inequivocabilmente l'intento di attuare l'assetto di interessi divisato in contratto. Dubbi circondando altresì l'esecuzione parziale, risolti – anche in tal caso – mediante la ricerca dell'intento del convalidante.

Sul punto, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 634; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 800 s.

dalla ricezione di una prestazione accessoria, in quanto facoltativa, che costituisce l'oggetto di una obbligazione a sua volta accessoria (si allude all'obbligazione di rettifica) rispetto all'assetto di interessi principale divisato nel contratto erroneo. Pertanto, l'adempimento della prestazione facoltativa estingue l'obbligazione (accessoria) di rettifica, ma non ha alcun valore convalidante: l'errante, dunque, potrà agire per l'annullamento, ma – in caso di vittorioso esperimento dell'azione caducatoria – sarà tenuto a restituire la prestazione facoltativa eventualmente ricevuta, secondo le regole dell'indebito oggettivo (venendo, cioè, rimosso giudizialmente il titolo dello spostamento patrimoniale).

Una seconda declinazione del patto di rettifica obbligatoria, consistente nell'apposizione di una clausola penale per l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione di rettifica. Valgono qui le consolidate regole in tema di penale (artt. 1382 ss. c.c.), con la precisazione che la richiesta della penale prevista per il solo ritardo (non operando il divieto di cumulo con la prestazione principale, art. 1383 c.c.) non comporta convalida tacita; mentre la richiesta della penale prevista per l'inadempimento (operando, all'inverso, il divieto di cumulo con la prestazione principale, art. 1383 c.c.), impedendo di chiedere la rettifica, sembra valere come convalida tacita. In quest'ultimo caso, anche se è stata pattuita una penale, l'errante può non avvalersene ed optare comunque per la tutela caducatoria.

Ebbene, in tutte le esaminate ipotesi riconducibili ad un patto di rettifica obbligatoria, l'errante non ha disposto della tutela caducatoria (annullamento) e conservativa (convalida) predisposta dal legislatore: nonostante il patto di rettifica obbligatoria, l'errante può esercitare l'azione di annullamento, in luogo della domanda della rettifica prevista pattiziamente. Dunque, per effetto del patto sinora esaminato, in aggiunta al rimedio caducatorio, viene attribuito un rimedio manutentivo alla stessa parte errante.

L'interrogativo è, allora, se l'errante possa spingersi sino a sostituire la tutela caducatoria con la sola tutela manutentiva: in termini più perspicui, se l'errante possa pattiziamente prevedere la rettifica obbligatoria (come già esaminata) *in*

*luogo della tutela caducatoria, pur conservando l'eccezione di annullabilità. Ad un patto di tal genere si ritiene di assegnare la denominazione di patto di rettifica esclusiva.*

La questione si fa sottile, in quanto, in tale ipotesi, l'errante dispone della tutela caducatoria per foggare un rimedio manutentivo convenzionale. Occorre, allora, innanzitutto verificare se un patto siffatto contrasti con norme imperative.

Viene innanzi tutto in rilievo l'art. 1462 c.c., che vieta (*recte*, reputa inefficace) il patto con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre l'eccezione di annullabilità (oltreché di nullità e di rescindibilità) al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta. Ebbene, con il patto di rettifica esclusiva, l'errante non rinuncia all'eccezione di annullabilità: dunque, il patto non contrasta con quanto sancito dall'art. 1462 c.c. Anzi, come si è visto, l'esercizio dell'eccezione di annullabilità è uno degli atti funzionali a porre in essere la rettifica (in forza del patto) dovuta, in quanto necessario a far sorgere l'incertezza, su cui il negozio di rettifica va ad incidere (cfr., *amplius, supra*, in questo §).

Con il patto di rettifica esclusiva, l'errante, dunque, si limita a rinunciare, preventivamente, all'azione di annullamento: qui si tratta di effettuare una duplice verifica, in primo luogo, se la rinuncia pattizia all'azione contrasti con il divieto di convalida preventiva (art. 1444, co. 3); in secondo luogo, se l'esercizio della tutela dell'errante diventi eccessivamente difficile (alla luce di quanto indicato, *supra*, § III. 12).

Quanto al primo profilo, come noto, la convalida non ha effetto se chi la esegue non è in condizione di concludere validamente il contratto (art. 1444, co. 3, c.c.). Occorre, però, ribadire che il patto di rettifica esclusiva non tocca l'annullabilità del contratto: è evidente che è rettificabile solo un contratto annullabile. La parte si limita a rinunciare alla sola azione di annullamento (cioè, alla tutela caducatoria), nel che – comunque – qualcuno potrebbe scorgere una convalida preventiva, purché si aderisca alla tesi minimalista secondo cui la convalida consiste in una mera

rinunzia all'azione di annullamento<sup>355</sup>. In realtà, tale qualificazione è discussa e contestata perché impropriamente riduttiva. Così, vi è chi ha autorevolmente qualificato la convalida come negozio di secondo grado, integrativo di quello annullabile, avente una funzione di accertamento di un preesistente rapporto, onde fugare conflitti di apprezzamento, dubbi o liti in ordine alla configurazione del medesimo; la convalida tacita, invece, secondo quest'opinione consisterebbe in un contegno concludente incompatibile con l'intento di sollevare l'invalidità, dispiegando parimenti un effetto preclusivo che risiederebbe, in ultima istanza, nel principio che vieta di *venire contra factum proprium*<sup>356</sup>. Vi è, inoltre, chi opportunamente fa leva sull'effetto propulsivo ed innovativo della convalida, volta – secondo il suo significato più tradizionale – a rendere valido il contratto mediante una nuova imputazione all'autore (leso dal vizio) della fattispecie contrattuale, consumando non solo l'azione di annullamento, ma altresì l'eccezione di annullabilità<sup>357</sup>. Quest'ultima opinione è da preferire, in quanto la convalida rimuove l'annullabilità del contratto, precludendo sia l'azione che l'eccezione.

Per tale ragione, non sembra che il divieto di convalida preventiva possa essere ostacolare una rinunzia preventiva all'azione di annullamento, se controbilanciata

---

<sup>355</sup> L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 340 s.; G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, 94 s., che ne trae la conseguenza della non recettività della convalida; R. SACCO, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, 1553 s.; L. BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, 153.

Vi è poi chi tenta di stemperare la portata di tale qualificazione, come G.B. FERRI, *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, cit., n. 4, che discorre di “perdita” dell'azione di annullamento.

<sup>356</sup> E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., 298 e 493 s.

<sup>357</sup> Così, la dottrina moderna nettamente prevalente, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 798, il quale nota opportunamente che sarebbe improprio dare alla convalida il senso solo negativo di una rinunzia all'azione di annullamento, avendo altresì un valore positivo, che guarda primariamente al contratto concluso e non all'azione caducatoria. Parimenti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit. 631 s., il quale, richiamandosi al pensiero del Barassi, ritiene non soddisfacente la spiegazione della convalida in termini di rinunzia perché non ne coglie il significato principale e positivo quale volto a confermare il contratto, cioè a renderlo fermo e definitivo; F. LUCARELLI, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, cit., 286 ss.; F. AZZARRI, *Legittimazione all'impugnativa e convalida del contratto*, cit., 304, che critica le ricostruzioni incentrate sulla portata rinunziativa della convalida, riduttive del fenomeno, mettendone in luce lo sbocco, ma non il movente né il suo dispiegamento in positivo.

dall'attribuzione di un rimedio manutentivo (la rettifica obbligatoria in via esclusiva) che postula la perdurante annullabilità del contratto. La parte, in sostanza, non rinuncia ad avvalersi preventivamente dell'annullabilità, ma si limita a disporre della tutela caducatoria, mostrando una netta preferenza per la tutela manutentiva.

Tali rilievi consentono anche di apprezzare come il controbilanciamento apprestato dall'attribuzione di una tutela manutentiva convenzionale in luogo di quella caducatoria non rendano eccessivamente l'esercizio della tutela per rimediare all'errore: non si esclude del tutto la tutela conseguente all'insorta patologia, ma la si conforma in armonia al principio generale di conservazione del contratto, che – si è più volte ribadito (cfr., comunque, *supra*, § II.10) – deve essere preferito, ove possibile, alla sua caducazione.

Verrebbe, invece, resa eccessivamente difficile la tutela, qualora il patto di rettifica esclusiva venisse modulato con la previsione di un'obbligazione facoltativa (similmente a quanto già visto a proposito del patto di rettifica obbligatoria). In tal caso, la rinuncia all'azione di annullamento e la facoltà di liberazione mediante una prestazione diversa dalla rettifica, con il rischio che non venga apprestato un effettivo rimedio all'errore, impone di ritenere che un patto siffatto renda inadeguata la tutela, la quale appare inidonea alla protezione dell'interesse per cui è apprestata. Si consideri, al riguardo, che l'errante, al momento del patto, non può essere edotto dell'adeguatezza della prestazione facoltativa a rimediare all'errore non ancora scoperto. Dunque, il patto di rettifica esclusiva con obbligazione facoltativa deve ritenersi contrario all'ordine pubblico<sup>358</sup>.

---

<sup>358</sup> Mediante un patto così congegnato, qualora si prevedesse quale prestazione facoltativa una certa somma di denaro (e, parimenti, nel caso in cui venisse prevista una penale per l'inadempimento dell'obbligazioni di rettifica e non semplicemente per il ritardo), verrebbe introdotta nel sistema una sorta di clausola di unico rimedio (*exclusive remedy*) per il caso di annullabilità per errore del contratto. Ma tale esito deve essere scongiurato, in quanto non adeguato alla tutela dell'errante, per quanto nei contratti di vendita di partecipazioni azionarie di controllo si rinvengano clausole di questo tipo volte ad escludere l'annullabilità del contratto derivante dall'errore indotto dalla non veridicità di “dichiarazioni e garanzie” formulate (senza

Diversa appare la conseguenza cui è possibile pervenire con riferimento alla clausola penale apposta ad un patto di rettifica esclusiva: occorre, qui, distinguere tra la penale pattuita per l'inadempimento e la penale per il semplice ritardo. Nel primo, devono estendersi le stesse considerazioni appena formulata con riferimento all'obbligazione facoltativa. Nel secondo, invece, la penale – quale determinazione forfettaria preventiva del danno derivante dal ritardo (ed a prescindere dall'eventuale pattuizione sul maggior danno) – si aggiunge alla tutela manutentiva che resta intatta, sia nella forma specifica che in quella per equivalente, fondata sull'inadempimento dell'obbligazione di rettifica. In questa seconda ipotesi, dunque, sembra possibile riconoscere l'ammissibilità di un patto così strutturato.

In definitiva, deve concludersi che le parti possano ampliare i modi della tutela offerti per il contratto erroneo annullabile, prevedendo una tutela manutentiva convenzionale (per mezzo di un *patto di rettifica obbligatoria*, eventualmente con apposizione di un'obbligazione facoltativa o di una clausola penale), nonché disporre del modo della tutela caducatoria, sostituendo quest'ultima con la tutela manutentiva (*patto di rettifica esclusiva*, eventualmente con apposizione di una clausola penale per il semplice ritardo).

#### *18. Patti di riconduzione ad equità.*

Occorre, ora, verificare se vi è possibilità per i privati di dettare pattiziamente i modi per correggere lo squilibrio genetico e sopravvenuto del contratto. Più precisamente, si tratta di interrogarsi sulla possibilità, per le parti, di rendere pattiziamente vincolante il rimedio, facoltativo, dell'offerta di riconduzione ad

---

intento fraudolento) dalla parte venditrice. Sulle clausole di *exclusive remedy* e i limiti della loro ammissibilità, *infra*, § IV.19.

L'inidoneità della clausola di unico rimedio ad impedire l'applicazione della norma in materia di invalidità del contratto è sostenuta da V. DI GRAVIO, *Clausola di unico rimedio*, in *Clausole negoziali*, I, a cura di M. Confortini, Torino, 2017, 1608.

equità, in chiave conservativa del contratto squilibrato (in termini affini a quanto visto a proposito della rettifica).

Gli artt. 1450 e 1467, co. 3, c.c., delineano, per opinione pacifica ed unanime<sup>359</sup>, un rimedio unitario, attribuito alla parte avvantaggiata dallo squilibrio, a tutela dell'interesse alla conservazione del contratto. Sul piano della tecnica di tutela, è possibile registrare la medesima situazione già esaminata a proposito della rettifica<sup>360</sup>.

Tuttavia, le preoccupazioni che, al tempo della codificazione, hanno giustificato tale scelta, con riferimento alla riconduzione ad equità, sono ancor più pressanti che nella rettifica. È noto che l'art. 210 ult. co. del progetto ministeriale del libro delle obbligazioni del 1936 (poi ritirato nel 1939), in linea con l'art. 22 del progetto italo-francese delle obbligazioni, riconosceva al giudice il potere officioso di disporre "una equa modificazione delle condizioni", anche se la parte avesse domandato la caducazione del contratto<sup>361</sup>. La soppressione di tale potestà di modificazione officiosa dell'assetto di interessi era dovuta al timore per cui il giudice, per mezzo di essa, avrebbe sostituito la propria volontà a quella dei contraenti. Tale preoccupazione era così pressante da poter andare a discapito di un'esigenza sostanziale di tutela correttiva nelle ipotesi in cui l'autonomia privata

---

<sup>359</sup> La medesima natura giuridica e funzione dell'offerta di modificazione del contratto volta rispettivamente ad "evitare" la rescissione e la risoluzione è riaffermata, in un recente studio, S. D'ANDREA, *L'offerta di equa modificazione del contratto*, Milano, 2006, 3 s., il quale, del resto, dà atto che una tesi che intendesse attribuire natura diversa alle due offerte non è mai stata proposta in dottrina.

<sup>360</sup> Ed anche con riguardo alla riconduzione ad equità sembrano potersi estendere le osservazioni sulla natura della situazione giuridica potestativa di cui risulta espressione: atteso che (al pari della rettifica) essa non è attribuita nell'interesse esclusivo di colui che la esercita, ma è attribuita – seppur in via esclusiva – anche nell'interesse di colui nella cui sfera giuridica l'atto produce effetto, sembra che essa, più che nell'ambito di un diritto potestativo, debba essere inquadrata nella potestà.

<sup>361</sup> L'art. 210, ult. co. del progetto ministeriale sanciva: "In ogni caso il giudice, secondo le circostanze, può disporre una equa modificazione delle condizioni del contratto, anche se ne sia stato chiesto l'annullamento" (da notare che non era ancora stata attribuita portata generale all'azione di rescissione).

Sul punto, cfr. i rilievi di E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, cit., 122 s.

comunque non aveva potuto esplicitarsi compiutamente a causa di turbative genetiche o funzionali.

È proprio tale ragione, dunque, ad essere ostativa all'attribuzione alla stessa *parte lesa* dallo squilibrio contrattuale, in aggiunta all'azione caducatoria (di rescissione o risoluzione), del diritto potestativo di domandare giudizialmente la riconduzione ad equità, pur avendo interesse alla conservazione del contratto. Anche, in tal caso, è evidente che si sarebbe attribuito al giudice il potere di sostituire la propria volontà a quella dei contraenti.

Se è, allora, questo l'ordine di ragioni che ha ostacolato l'attribuzione di siffatta tutela conservativa alla parte lesa, non dovrebbe esservi motivo di escludere l'eventualità che sia il giudice ad intervenire sul contratto, allorché siano le stesse parti ad obbligarsi alla riconduzione del contratto ad equità se esso è iniquo per ragioni genetiche o sopravvenute. Similmente a quanto già visto con riferimento alla rettifica, l'intervento del giudice sarebbe – chiaramente – rimesso all'attivazione della tutela in forma specifica ovvero per equivalente avverso l'inadempimento dell'obbligazione (pattizamente assunta) di offrire la riconduzione ad equità.

Tuttavia, prima di giungere ad un tale esito, devono vagliarsi i problemi di praticabilità e configurabilità di un patto che voglia rendere vincolante la riconduzione ad equità.

Muovendo dal contesto fattuale che dovrebbe suggerirne la praticabilità, le perplessità solo legate al contratto concluso in stato pericolo: vista l'attualità dello stesso ed il carattere solitamente informale di tali contratti (che hanno il proprio archetipo nel contratto d'opera), è difficilmente immaginabile che si possa confezionare (eventualmente, per iscritto) un patto di riconduzione ad equità. Inoltre, se lo scopo del patto è quella di attribuire un rimedio conservativo alla parte lesa, questa appare un'esigenza tutto sommato superflua, in quanto il contratto stipulato a condizioni inique è volto ad ovviare ad una situazione transeunte di pericolo.

Pertanto, nell'ottica della parte lesa, il contratto avrà già ampiamente esaurito il suo scopo e non vi è alcuna ragione di conservarlo, viste le circostanze tendenzialmente irripetibili nel quale è stato posto in essere. Pertanto, l'unico soggetto che avrà interesse alla conservazione del contratto è effettivamente la parte non esposta a pericolo che si è avvantaggiata del contratto. E tale interesse conservativo è ampiamente tutelato, anche qualora la controparte domandi la rescissione: il giudice, pur pronunciando la caducazione, può assegnare un equo compenso per l'opera prestata (art. 1447, co. 2, c.c.). Ecco, allora, che ritorna la modificazione officiosa del contratto, la quale, qui, appare il rimedio maggiormente confacente agli interessi in gioco. In ragione di ciò non si avverte la pratica necessità di predisporre altre tutele conservative.

Con riferimento alla rescissione per lesione, invece, la questione è più sottile, attenendo alla stessa configurabilità giuridica del patto di riconduzione ad equità come patto sulla patologia. L'interrogativo è se la stessa previsione di un patto di riconduzione ad equità, con l'impegno negoziale che ne discende, possa escludere l'approffittamento, impedendo il perfezionamento la fattispecie patologica.

A mio avviso, deve risponderci affermativamente, nel senso che un patto di riconduzione ad equità esclude in radice l'approfondimento e, dunque, esula dai patti sulla patologia. Il che non toglie che esso sia da reputarsi ammissibile.

Tuttavia, il dubbio sulla lesione *ultra dimidium* che affligge i contraenti importa un patto di riconduzione subordinato ad una supposizione ovvero alla condizione sospensiva del suo accertamento ad opera di un terzo<sup>362</sup> (eventualmente lo stesso giudice)<sup>363</sup>. In tal caso, però, siamo di fronte all'ipotesi in cui la parte non

---

<sup>362</sup> Per la fondamentale distinzione tra evento soggettivamente incerto quale oggetto di supposizione ed il fatto certificativo dell'evento supposto quale oggetto di condizione, avente i caratteri della futurità ed incertezza, si rinvia *supra*, § IV.15

<sup>363</sup> Si consideri, al riguardo, che la giurisprudenza ammette che la parte contro cui è promossa l'azione di rescissione possa offrire la modificazione del contratto rimettendo al giudice di determinarne la consistenza: cfr. Cass. 19 maggio 2014 n. 10976; Cass. 23 aprile 1994 n. 3891. Pertanto, non pare possibile riscontrare indici sistematici ostativi alla riconduzione giudiziale ad equità su incarico delle parti; non si è molto lontani da quanto prevede, in via subordinata, l'art. 1349, co. 1, c.c. per l'arbitraggio di equità (cd. *arbitrium boni viri*).

in stato di bisogno si impegna a corrispondere un supplemento di prestazione tale da ricondurre ad equità il sinallagma, a determinate condizioni. In sostanza, si ricade nella libera determinabilità dell'oggetto del contratto: il patto è clausola espressiva dell'oggetto del contratto.

Con riferimento, infine, all'eccessiva onerosità sopravvenuta, occorre preliminarmente delimitare l'area della patologia del *contratto*, dalla cd. patologia del *rapporto*, secondo le indicazioni fornite (*supra*, § II.6). Solo in relazione ai contratti ad esecuzione differita può propriamente parlarsi di patologia del *contratto*, essendo – questa – l'unica ipotesi in cui il vizio funzionale in discorso intacca il titolo dello spostamento patrimoniale, mediante la sua caducazione retroattiva (cfr. l'art. 1467, co. 1, che rinvia all'art. 1458 c.c.).

Pertanto, in relazione ai contratti ad esecuzione continuata e periodica, il patto di riconduzione ad equità costituisce un capitolo dell'adeguamento automatico del contratto alla sopravvenienza.

Ad ogni modo, anche con riferimento ai contratti ad esecuzione meramente differita vi è un ostacolo all'inquadramento del patto in discorso nell'ambito dei patti sulla patologia. Il patto di riconduzione ad equità è espressione della capacità predittiva delle parti, le quali dettano un assetto di interessi per avvenimenti perturbatori che, in quanto previsti dalle parti, non possono essere qualificati come *imprevedibili* (secondo quanto richiede l'art. 1467 c.c.)<sup>364</sup>. E si consideri, *a fortiori*, che un patto di riconduzione ad equità così strutturato realizzerebbe una gestione convenzionale dei rischi derivanti dalla sopravvenienza, tale da impedire il superamento dell'*alea normale*<sup>365</sup> (art. 1467, co. 2, c.c.). Tali rilievi, dunque,

---

<sup>364</sup> Precisava puntualmente G. OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, 471 ss., 647 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973, 239 ss., che la sopravvenienza, idonea ad alterare l'equilibrio concreto che il contraente si era rappresentato, da un lato, deve essere imprevedibile – nel senso relativo che è dato appunto, dalla considerazione della posizione sociale dello stesso e dall'ambiente economico in cui vive – dall'altro lato, non deve essere stata accidentalmente prevista.

<sup>365</sup> La locuzione *alea normale* è apparsa per la prima volta con il codice civile del 1942 ove sembra operare alla stregua di un fatto impeditivo della risoluzione per eccessiva onerosità

confermano l'impossibilità di qualificare un patto di riconduzione ad equità subordinato alla sopravvenienza come patto sulla patologia e giustificano il suo inquadramento nell'ambito dei meccanismi di adeguamento del contratto.

### 19. Patto di irresolubilità.

Giunti a tal punto, rimangono da sottoporre ad esame i rapporti tra autonomia privata e risoluzione per inadempimento, al fine di verificare i margini di

---

G. SCALFI, voce *Alea*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 258, tuttavia il ruolo svolto nella fattispecie risolutoria non è pacifico.

Si assiste ad un variegato panorama di definizioni del fenomeno dell'alea normale. Vi è chi, come R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 1026, vi ravvisa il margine di rischio connesso al verificarsi di vicende che normalmente influiscono sul risultato economico del tipo di contratto posto in essere. Similmente, A. BOSELLI, *Rischio, alea e alea normale del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 795, la relazione di semplice convenienza o di compatibilità tra un rischio estraneo allo scambio contrattuale e la causa tipica del negozio. Oppure, spostandosi dal piano del tipo al piano del contratto concreto, T. ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1958, I, 448 s., definisce l'alea normale come il rischio economico definito in funzione dei diversi eventi che possono influire sul contratto concretamente concluso.

Per la giurisprudenza, l'alea normale del contratto, che, a norma del 2° comma dell'art. 1467 c.c., non consente la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, comprende le oscillazioni di valore delle prestazioni originate dalle prevedibili fluttuazioni del mercato. Cfr. Cass. civ. 21 aprile 2011, n. 9263; Cass. civ. 17 luglio 2003, n. 11200; Cass. civ. 25 marzo 1987, n. 2904; Cass. civ., 9 marzo 1985, n. 1913.

Quando, poi, alle definizioni di alea normale deve seguire l'individuazione dei caratteri indicativi del suo *superamento* (art. 1467, co. 2, c.c.), le posizioni si tripartiscono tra: *a*) coloro i quali sono inclini a ritenere che la soglia dell'alea normale venga superata ogni volta che l'eccessiva onerosità è dovuta ad eventi straordinari ed imprevedibili (cfr. L. MENGONI, *Rendita vitalizia e svalutazione monetaria*, in *Temi*, 1948, 95; più di recente, E. DAMIANI, *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, Milano, 2008, 34); *b*) chi tende ad individuare nell'alea normale il limite quantitativo al di là del quale l'onerosità diventa eccessiva (A. PINO, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952, 65 ss., spec. 70; su un piano quantitativo sembra muoversi altresì, G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004, 229 ss., 238 ss., spec. 241 s.); *c*) chi, infine, si sforza di assegnare un significato autonomo al superamento dell'alea normale su un piano strettamente qualitativo (R. NICOLÒ, voce *Alea*, cit., 1026 e 1027; A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, 430).

disponibilità dei modi della tutela avverso l'inadempimento contrattuale (che, in questa fase, si concentrerà sui patti conservativi).

Ci accosteremo al tema dalla prospettiva del patto di irrisolubilità, con il quale le parti intendono escludere la risolubilità del contratto per inadempimento: pertanto, in caso di inadempimento della controparte, la parte fedele non potrà risolvere il contratto, ma potrà agire esclusivamente per l'adempimento (art. 1453 c.c.), salva la tutela risarcitoria *ex art.* 1218 c.c. e l'autotutela di cui agli artt. 1460 e 1461 c.c.

L'ammissibilità del patto di irrisolubilità sarà vagliata lungo tre direzioni: *a)* sotto la lente della contrarietà a norme imperative; *b)* in rapporto al (discusso) fondamento della risoluzione; *c)* nella prospettiva dell'effettività dell'assetto delle tutele risultante dal patto (secondo il limite già indicato *supra*, cap. III, § 12).

Lungo la prima direzione tracciata, giova esaminare innanzi tutto la struttura normativa formale dell'art. 1453, c.c., quale norma sulla patologia contrattuale.

Sulla scorta delle indicazioni fornite *supra* (§ II.6 e § II.13), ogni norma sulla patologia – formulata, sul piano formale, come un giudizio ipotetico (“se è *non A*, allora *non B*”; dove *non A* è la difformità dal modello *A* e *non B* è la negazione degli effetti contrattuali) – contiene un nocciolo di imperatività se tradotta in una norma tecnica, cioè in una norma contenente una prescrizione la cui inosservanza è sanzionata con la frustrazione, cioè con la negazione dello scopo voluto, delineando una situazione giuridica soggettiva di *onere* (“se vuoi *B*, devi *A*”, dove *A* è l'osservanza del modello e *B* il conseguimento degli effetti contrattuali). Il segmento prescrittivo che impone l'osservanza del modello (“devi *A*”), con riguardo alla patologia funzionale (cui si ascrive pacificamente la risoluzione per inadempimento) ove il modello di riferimento è tendenzialmente foggato dalle parti (cfr. *supra*, § I.4)<sup>366</sup>, non implica altro che una riformulazione, in chiave

---

<sup>366</sup> La risoluzione per inadempimento (artt. 1453 ss. c.c.) si ascrive pacificamente alla patologia funzionale del contratto: essa allude ad un'alterazione significativa del modello di riferimento che si verifica nell'esecuzione del programma negoziale. Diversamente da quanto avviene con riguardo alla patologia genetica, nella patologia funzionale il modello di

prescrittiva, di quanto già sancito dall'art. 1372 c.c., cioè la riaffermazione degli effetti vincolanti scaturiti dalla volontà delle parti dedotta in contratto. In altri termini, la norma sulla patologia dettata dall'art. 1453 c.c., nella parte in cui prevede la risoluzione per inadempimento del contratto a prestazioni corrispettive, è il risvolto tecnico del contenuto precettivo già affermato dall'art. 1372, co. 1, c.c. (cioè dell'efficacia vincolante del contratto): le parti devono eseguire il contratto (art. 1372 c.c.), a pena di frustrazione dello scopo da loro perseguito (art. 1453 c.c.); non vi sono altri e diversi imperativi e ciò discende dalla circostanza per cui il modello di riferimento della patologia è tendenzialmente foggato dalle parti stesse.

Ma nessuno dubita che gli effetti vincolanti del contratto (che ne implicano l'esecuzione doverosa), proprio perché posti dalle parti stesse, siano altresì *disponibili* per le stesse parti (infatti, l'art. 1372, co. 2, sec. parte, continua: "Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge", tra cui va, appunto, compresa la risoluzione per inadempimento nei contratti corrispettivi).

La conclusione è che l'art. 1453 c.c. non pone alcuna norma imperativa, tale da menomare l'autonomia delle parti di incidere sull'efficacia vincolante del contratto, limitandosi a porre una *norma sul modo della tutela*: assegna alla parte lesa dall'inadempimento la tutela caducatoria (in alternativa all'attuazione coattiva). Ciò, peraltro, avviene senza che l'enunciato normativo individui puntualmente la causa di risoluzione, cioè la fattispecie patologica, che, a ben

---

riferimento non è foggato dal legislatore, sono le parti stesse a plasmare il modello voluto nell'assetto di interessi divisato in contratto. Ciò deve rimanere fermo, nonostante operi l'integrazione di tale modello per effetto di fonti esterne all'accordo. Il fatto programmatico, uscendo dalla dimensione dell'*essere*, fa ingresso nella realtà giuridica del *dover essere*. Tale trasposizione può ben comportare una modifica del programma per l'incisione di norme imperative o di norme dispositive, usi ed equità (artt. 1339 e 1374 c.c.), che integrano il contenuto programmatico e, nel primo caso, talvolta sostituiscono le stesse disposizioni private.

Rimane, tuttavia, di regola, un nocciolo del regolamento di interessi integralmente corrispondente alla previsione programmatica delle parti e allo scopo dalle stesse perseguito attraverso essa. In termini più recisi, ove tale corrispondenza mancasse, verrebbe a mancare anche la figura dell'atto di autonomia privata. Con riferimento al negozio, cfr. A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 7.

vedere, è descritta dall'art. 1455 c.c.: solo l'inadempimento di non scarsa importanza di una delle parti, da valutare avendo "riguardo all'interesse dell'altra", consente di caducare il contratto, generando una frustrazione. Ecco così delineati l'oggetto della tutela, l'interesse individuale della parte fedele, ed il modo della tutela, caducatoria nelle forme della risoluzione<sup>367</sup>.

Le presenti considerazioni, chiaramente, valgono solo per la patologia funzionale del contratto, non anche per la cd. patologia del rapporto (per la distinzione, cfr. *supra*, § II.6 in fine), cioè per le anomalie nell'esecuzione del contratto che incidono unicamente sulla *prosecuzione del rapporto*, determinandone lo scioglimento, ovverosia l'estinzione *ex nunc* (ad. es., art. 1458 c.c.)<sup>368</sup>.

---

<sup>367</sup> Sul punto, si è rivelato un precursore G. OSTI, *Applicazioni al concetto di sopravvenienza - La risolubilità dei contratti per inadempimento*, Imola, 1922, inedito, pubblicato successivamente come *La risoluzione del contratto per inadempimento. Fondamento e principi generali*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973, da cui le citazioni, 403 ss., 435 ss., il quale aveva già da tempo intuito la portata della risoluzione come norma sul modo della tutela. L'illustre A., muovendo dal rilievo per cui il contraente che fa o si obbliga a fare una prestazione all'altro in corrispettivo di una obbligazione da questi assunta verso di lui, deduce in contratto e ha diritto di aver tutelato il proprio interesse a ricevere la controprestazione promessagli, nettamente conclude che "l'eliminazione degli effetti propri del contratto, vale a dire la risoluzione *in questo senso* di esso, rappresenta in ogni caso *nient'altro che una concreta tutela giuridica della volontà dedotta in contratto dal contraente leso*" (corsivi dell'A., *op. cit.*, 438).

<sup>368</sup> Appare evidente che in tale ipotesi l'ordinamento non dispone la frustrazione dello scopo perseguito dalle parti per effetto dell'insorgenza del vizio funzionale, anzi stabilizza i risultati già realizzati dalle parti per effetto del contratto. Pertanto, le norme sulla patologia del contratto hanno sempre di mira un agente che si propone lo scopo di attuare un certo assetto di interessi e negano il raggiungimento di tale scopo in caso di loro inosservanza (la liberazione dal vincolo contrattuale è un mero corollario della negazione di effetti giuridici); le norme sulla patologia del rapporto, invece, presuppongono che lo scopo contrattuale non soddisfi più uno dei contraenti (allorché una vicenda successiva incide sull'esecuzione del contratto, menomando irrimediabilmente l'assetto di interessi prefissato) ed hanno esclusivamente di mira un agente che si propone lo scopo di liberarsi dal vincolo.

Tuttavia, la realizzazione unilaterale di tale scopo ad opera della parte svantaggiata è impedita in virtù del principio del divieto di autotutela privata: la liberazione dal vincolo può attuarsi solo con l'accordo della controparte oppure nelle forme e nei modi previsti dalla legge (art. 1372, co. 1, sec. parte: cioè, risoluzione giudiziale, risoluzione di diritto, recesso, etc.).

Pertanto, l'ammissibilità di un patto di irrisolubilità (*recte*, di non scioglimento) in caso di una patologia del rapporto deve misurarsi con altre regole e principi. Ad es., in tali casi, ove

Occorre, ora, esaminare un'altra norma imperativa potenzialmente preclusiva di un patto di irrisolubilità: il divieto di patti preventivi di esonero o limitazione della responsabilità (art. 1229 c.c.). Secondo una parte della dottrina, infatti, il patto di irrisolubilità ricadrebbe sotto la sfera applicativa dell'art. 1229 c.c., in quanto la limitazione di responsabilità abbraccerebbe non solo quella concernente il "grado della colpa" del debitore, ma anche, e soprattutto, quella che incide sugli "effetti dell'inadempimento imputabile"<sup>369</sup>.

L'affermata estensione del divieto di cui all'art. 1229 c.c. ad ogni effetto dell'inadempimento imputabile sembra essere il frutto del travisamento della distinzione tra norme sulla patologia e norme di comportamento, che – per quanto non vada radicalizzata<sup>370</sup> – non può essere del tutto pretermessa.

Il profilo dell'imputabilità dell'inadempimento – senza scendere nell'esame delle teorie sul titolo di imputazione della responsabilità debitoria, per colpa ovvero

---

non sia apposto un termine finale, un patto di non scioglimento sarebbe volto ad istituire un rapporto giuridico perpetuo, contrario all'ordine pubblico.

Inoltre, il patto di non scioglimento incontra pur sempre il limite generale della natura dell'interesse coinvolto dalla risoluzione: qualora si tratti di un interesse superindividuale, quale ad es. il credito del lavoratore subordinato al salario (il quale deve essere sufficiente a garantire un'esistenza libera e dignitosa, art. 36 Cost.), non può essere prevista l'irrisolubilità. Radicalmente nulla sarebbe la pattuita irrisolubilità del rapporto di lavoro in caso di inadempimento dell'obbligazione salariale gravante sul datore di lavoro.

<sup>369</sup> Così C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, Art. 1218-1229*, in *Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma*, 1979, 482; in questo senso, già F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971, 67. Dubbioso, invece, sulla perentorietà di tale conclusione, D'ADDA A., *La nullità parziale e tecniche di adattamento*, 361.

Pur ammettendo, con ampia argomentazione ed analisi, il patto di irrisolubilità, anche F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 25, 27 e 76 ss., lo ritiene soggetto all'art. 1229 c.c. che, ad avviso dell'A., costituirebbe "la norma centrale cui fare riferimento nell'affrontare il tema delle clausole di irrisolubilità".

In giurisprudenza, molto significativa, al riguardo, Cass. civ., Sez. Un., 1° luglio 1994, n. 6225, secondo cui l'art. 1229 c.c. "ha due diversi raggi di azione: a) clausole che limitano in vario modo il grado della colpa, nel senso che il debitore sia tenuto ad una diligenza minore di quella normale; b) clausole che regolano gli effetti dell'inadempimento imputabile, tra cui le clausole di irrisolubilità del contratto per alcuni tipi di inadempimento, nonché clausole di limitazione del risarcimento del danno, conseguente all'inadempimento".

<sup>370</sup> Cfr. già *supra*, § II.8.

oggettiva (art. 1218 c.c.)<sup>371</sup> – è un aspetto che, senza dubbio, interessa il sorgere della responsabilità personale del debitore, cioè dell’obbligazione risarcitoria in capo a quest’ultimo. All’inverso, gli stessi sostenitori della responsabilità per colpa<sup>372</sup> riconoscono che l’imputabilità dell’inadempimento è del tutto irrilevante, allorché – ad es. – ci si sposti sul piano della realizzazione forzata del credito, insoddisfatto per effetto dell’inadempimento: al fine di promuovere l’attuazione forzata del credito, il creditore può prelevare coattivamente il “valore” del patrimonio del debitore cui ha diritto, a prescindere dalla colpa di quest’ultimo. Parimenti, i predetti sostenitori tendono ad escludere il profilo della colpa del debitore inadempiente, ai fini dell’esercizio di alcuni rimedi contrattuali avverso l’inadempimento, in particolare con riferimento all’eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.), mentre ne affermano la necessità con riguardo all’azione di risoluzione per inadempimento (art. 1453 c.c.), alla diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.), alla clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) ed al termine essenziale (art. 1457 c.c.)<sup>373</sup>.

---

<sup>371</sup> La nostra dottrina ha profuso enormi sforzi nel tentativo di conciliare le norme di cui agli artt. 1176 e 1218 c.c. sul terreno della responsabilità del debitore. Non potendo essere ripercorso in questo spazio l’intero dibattito, si rinvia all’approfondito studio di G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. Schlessinger-Busnelli*, sub artt. 1218-1222, II ed., Milano, 2006, 94 ss., ove sono passate in rassegna ed analizzate le principali teorie formulate sia sotto il vigore del codice abrogato che del vigente codice.

Per tali ragioni, nel testo si impiegherà la nozione anodina di *inadempimento imputabile*, che per le teorie soggettive significherà “inadempimento imputato per colpa al debitore”, mentre per le teorie oggettive il profilo dell’imputabilità atterrà, piuttosto, alla (sola) causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione, al fine di verificare l’esclusione del debitore da responsabilità.

<sup>372</sup> Per tutti, si rinvia al noto studio di M. GIORGIANNI, *L’inadempimento*, III ed. riv., Milano, 1975, 313.

<sup>373</sup> Emblematica la posizione di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., 303 ss., 336, 343, 351, 366 s.

Coerentemente, invece, M. GIORGIANNI, *L’inadempimento*, Milano, 1975, 312 ss., afferma che la colpa del debitore rileva solo con riferimento alla responsabilità da inadempimento (art. 1218 c.c.), per il sorgere dell’obbligazione risarcitoria, mentre essa è del tutto estranea all’area sia della realizzazione forzata del credito sia della risoluzione per inadempimento così come di tutti gli altri rimedi contrattuali relativi al vincolo di corrispettività tra le prestazioni, ove al centro del sistema non va posta la colpa del debitore, ma la preminente considerazione dell’interesse del creditore leso dall’inadempimento (artt. 1455 e 1464 c.c.). Del

I dubbi, a mio avviso, sono la conseguenza dei fraintendimenti generati dalla distinzione tra norme sulla patologia e norme di comportamento, frequentemente declamata, ma spesso disattesa nei suoi risvolti applicativi.

Deve, allora, essere ribadito che, se l'obbligazione fa sorgere un *dovere di comportamento* in capo al debitore, la norma sulla patologia pone, alle parti, un *onere*: allorché l'ordinamento considera la mancata attuazione dell'obbligazione nella prospettiva della *violazione del dovere*, pone a carico dell'autore della violazione il risarcimento del danno; allorché, invece, l'ordinamento considera la mancata attuazione dell'obbligazione nella prospettiva dell'inattuazione del programma contrattuale, impedisce all'autore della violazione di raggiungere lo scopo che si prefiggeva con il contratto (nei contratti corrispettivi, il conseguimento della controprestazione), mediante la tecnica della frustrazione.

Se nel primo caso, l'inadempimento deve essere *imputabile* (art. 1218 c.c.); nel secondo caso, l'inadempimento deve essere *non scarsamente importante* avuto riguardo all'*interesse del creditore* (art. 1455 c.c.). Mutano, dunque, i requisiti di rilevanza dell'inadempimento stesso perché costituisce un *fatto* considerato da distinte *norme giuridiche*, per distinti fini. E nulla vieta all'ordinamento di formulare più valutazioni giuridiche di uno stesso fatto: deve, insomma, essere distinto il *fatto* in sé, dalla sua *rilevanza giuridica*.

In definitiva, il patto di limitazione della responsabilità, vietato dall'art. 1229 c.c., è quel patto volto ad incidere sulle conseguenze giuridiche (sfavorevoli) derivanti dalla violazione di una norma di comportamento, cioè sulle conseguenze risarcitorie dell'inadempimento imputabile del debitore, escludendole ovvero limitandole. Deve, dunque, fermamente escludersi che la rilevanza di un patto di

---

resto, soggiunge l'autorevole studioso, con riferimento all'ipotesi dell'azione di risoluzione per inadempimento e dell'eccezione di inadempimento, "la diversa disciplina delle due ipotesi, sotto il profilo della colpa, non trova alcuna giustificazione", integrando "una sicura contraddizione" (*op. cit.*, 320).

Parimenti, F. MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, Napoli, 1988, 42 ss., il quale afferma nettamente che il presupposto della risoluzione giudiziale ex artt. 1453 e delle risoluzioni di diritto di cui agli artt. 1454, 1456, 1457 c.c. è "l'inadempimento oggettivo".

irrisolubilità possa essere assoggettata ai limiti relativi al grado della colpa previsti dall'art. 1229 c.c.<sup>374</sup>, in quanto il divieto di limitazioni preventive della responsabilità del debitore non abbraccia il patto che è volto ad incidere sulle conseguenze giuridiche dell'insorta patologia.

È, ora, possibile passare ad esaminare il discusso fondamento della risoluzione per inadempimento, per verificare se, in virtù di esso, possano riscontrarsi ulteriori limiti all'ammissibilità di un patto di irrisolubilità.

Occorre premettere che della risoluzione sono state fornite molteplici teorie eterogenee, delle quali non è possibile dare compiuta ed esaustiva descrizione in questo spazio, soffermandoci, invece, su quelle maggiormente significative nell'ottica qui considerata.

La risalente spiegazione del fenomeno risolutivo era affidata all'istituto della "condizione risolutiva sottintesa", fatta propria dal codificatore del 1865, nell'art. 1165 cod. civ. abr., e dalla prevalente dottrina italiana del tempo<sup>375</sup>. "La condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, per il caso in una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione", recitava il primo comma della norma appena citata, ma nei commi successivi veniva delineata una condizione *sui generis*, in quanto il contratto non era sciolto di diritto e la parte fedele aveva la scelta tra

---

<sup>374</sup> Così, invece, F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 25, 27 e 76 ss.

Pare, all'inverso, orientato, seppur dubitativamente, a sottrarre il patto di irrisolubilità dalla sfera applicativa dell'art. 1229 c.c., E. CICONI, *Disponibilità ed esclusività dei rimedi contro l'inadempimento contrattuale*, Milano, 2020, 325 ss.

In termini più netti, B. SIRGIOVANNI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, Torino, 2019, 62, la quale distingue il profilo della caducazione del vincolo con quello della responsabilità.

<sup>375</sup> L. GALLAVRESI, *La condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali*, Tip. ed. Lombarda, 1878, 30 ss.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, IV, IV ed., Firenze, 1895, 205 ss.

Tale concezione è stata criticata ad opera di G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 85 ss. Altra critica autorevole della condizione tacita è espressa da F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., 474 s. e nota 5-bis. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 523, ricollega lo schema della condizione tacita al "dogma della volontà".

l'adempimento e la risoluzione<sup>376</sup>. Inoltre, nel codice del 1865 la condizione non era riferita al contratto, bensì all'obbligazione (regolata nel capo II "Delle diverse specie di obbligazioni", sez. I "Delle obbligazioni condizionali): la condizione risolutiva era definita come "quella che, verificandosi, rimette le cose nello stato in cui erano, come se l'obbligazione non avesse mai avuto luogo" (art. 1158, co. 2, c.c. abr.). L'origine dell'istituto della condizione risolutiva tacita è discussa ed incerta tra gli studiosi<sup>377</sup>, ma pare assodato che sia un istituto emerso dalla prassi negoziale e poi codificato (il punto sarà ripreso, *infra*, § V.22).

Al tempo era comunque già diffusa tra gli studiosi, in particolare d'Oltralpe, l'idea che la risoluzione per inadempimento si fondi, piuttosto, su di un difetto funzionale della causa<sup>378</sup>. E tale tesi è autorevolmente riproposta anche nel vigore del presente codice<sup>379</sup>: la tesi, in verità, ha destato critiche maggiori di quanto meriti,

---

<sup>376</sup> Tale meccanismo si prestava agevolmente alla critica di G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit. 90 s., che lo bollava come "artificioso", in quanto a rigore in condizione dovrebbe essere dedotto non solo l'inadempimento, ma "un evento più complesso, l'inadempimento e la manifestazione di volontà della parte adempiente, onde, finché tale manifestazione non è avvenuta, la condizione non può dirsi verificata".

<sup>377</sup> Secondo P. RESCIGNO, voce *Condizione nel negozio giuridico*, cit., n. 5, la condizione risolutiva sottintesa ha le sue origini nella dottrina canonistica, che la considerava come una condizione di stile («*si fides servetur*»), accanto ad altre condizioni che, da esplicite, si trasformarono col passare del tempo in sottintese (*si potero, si vivero, si Deus voluerit*).

Per G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 77 ss. la diffusione della condizione risolutiva tacita è avvenuta soprattutto nell'epoca del diritto intermedio.

<sup>378</sup> La teoria del difetto funzionale della causa è, in realtà, più antica. Essa nasce in Francia, nel pensiero di C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en general*, Paris, 1868-1874, n. 489, e trae alimento dal sovrapporsi dei concetti di causa del contratto e di causa dell'obbligazione. La diffusione di tale teoria è dovuta anche all'opera di H. CAPITANT, *De la cause de l'obligations*, Paris, 1924, *passim*, il quale ha riguardo allo scopo (*but*) che ha spinto il contraente ad obbligarsi e tale scopo consisterebbe non solo nella semplice assunzione dell'obbligazione (*engagement*) ma altresì al comportamento esecutivo di questo.

In Italia, C. MANENTI, *Della cosiddetta condizione risolutiva tacita sottintesa dell'art. 1165 in rapporto alla teoria generale dei contratti secondo il nostro codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, 148 ss.

Per i primi riferimenti letterari alla conforme dottrina italiana, e la sua coeva confutazione, si veda G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 115, nota 44.

Per una riproposizione (attualizzata) di questa critica, G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, p. 322 ss.

<sup>379</sup> Essa è accolta, nel vigore dell'attuale codice, da F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 185 e 262. Più di recente, è sostenuta da A. CATAUDELLA, *I*

purché si sia inclini a proiettare la causa nella concreta realizzazione del programma contrattuale<sup>380</sup>. È evidente che, in quest'ottica, l'istituto causa non si limita alla valutazione della promessa e della repromissione (il cd. sinallagma genetico), ma si estende al momento attuativo dell'assetto di interessi divisato (cd. sinallagma funzionale)<sup>381</sup>.

Non manca chi, invece, vi scorge un semplice rimedio volto ad evitare ingiustificati arricchimenti<sup>382</sup>, ponendo così in luce la chiara funzione ripristinatoria della risoluzione<sup>383</sup> (su cui, *supra*, § II.6). Tale tesi sembra porsi in parziale linea di continuità con quella causalista, di cui rappresenta uno sviluppo. Non si insiste più sul *difetto* funzionale della causa per giustificarla, ma ci si limita a rappresentarne gli esiti: la preminente esigenza della riallocazione delle prestazioni ormai prive della loro causa.

Su un piano di netta alterità con le teorie passate sinora in rassegna, vi è chi considera la risoluzione per inadempimento una sanzione del debitore

---

*Contratti. Parte generale*, cit., 238 e nota 292, superando i dubbi espressi in passato in ID., *Sul contenuto del contratto*, cit., 344, nota 221-bis.

<sup>380</sup> Il punto è stato spesso discusso in dottrina e, talvolta, estremizzato. Cfr. A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., 427 ss., secondo cui l'effetto risolutivo *del rapporto* postula necessariamente una valutazione degli interessi contrattuali *in executivis* (art. 1455 c.c.) che certamente non si concilia con una carenza strutturale dell'atto. Questo "spostamento in avanti" dell'incidenza della risoluzione, sul rapporto, piuttosto che sul contratto, non riesce a giustificare il motivo per cui la risoluzione rimuova lo stesso titolo dello spostamento patrimoniale, non solo il rapporto. L'illustre A., infatti, muove dalla prospettiva per cui la risoluzione si limita a costituire una *vicenda del rapporto*, e solo in tale (parziale) ottica i rilievi appaiono giustificati: nell'ottica della patologia funzionale *del contratto*, "il grado di indipendenza o autonomia" tra il piano degli interessi programmati ed il piano degli interessi coinvolti dalla fase esecutiva, che si riterrebbe "spiccato" (*op. cit.*, 442), in realtà si affievolisce.

<sup>381</sup> Tale diverso modo di concepire la causa – di chiara ispirazione alla citata dottrina francese – è ben evidenziato, in chiave critica, da M. GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 553, e da A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., 431 s.

<sup>382</sup> G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, 137 ss

<sup>383</sup> In tal senso, si esprime, più recente, A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, cit., 15 s. Per un cenno in tal senso, anche, ID., *Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione per inadempimento*, cit., 29.

inadempiente, il quale viene privato del diritto alla controprestazione<sup>384</sup>. La tesi, emersa all'alba della codificazione del 1942, sembra essere fatta propria anche dai redattori del vigente codice civile<sup>385</sup> ed ha riscosso consensi anche nella dottrina successiva<sup>386</sup>

Infine, si è prospettata la tesi che descrive la risoluzione come un potere dispositivo-novativo, esercitando il quale il contraente deluso "scambiarebbe" la (realizzazione coattiva della) prestazione dovutagli con la liberazione dal proprio obbligo corrispettivo<sup>387</sup>. Ed, in termini simili, ma più riduttivi, di recente, si è isolato – e posto a fondamento della risoluzione – il solo l'interesse della parte non inadempiente a liberarsi dal vincolo contrattuale<sup>388</sup>. Quest'ultima declinazione sembra muovere da una visione parziale del fenomeno, in quanto un tale interesse sussiste solo allorché la parte fedele non abbia adempiuto la propria prestazione (ed

---

<sup>384</sup> È la nota tesi di G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 137 ss., per il quale, più precisamente, la risoluzione sembra assumere connotati satisfattivo-afflittivi, a seconda che si assuma la prospettiva del contraente fedele, che viene liberato dalla propria obbligazione, o quella dell'inadempiente che "vede sacrificato" il diritto alla controprestazione. L'A. muove da un ampio ed approfondito studio delle tesi degli autori che lo hanno preceduto, ponendo in luce che le varie teorie muovevano dalla constatazione che, mediante la risoluzione, veniva ad estinguersi il rapporto giuridico creato dal contratto bilaterale: tale estinzione o si ricollegava alla volontà delle parti, ipotizzando una condizione non espressa in forza della quale farebbe parte integrante del contenuto del contratto la determinazione volitiva per cui, in caso di l'inadempimento, venga meno il rapporto stesso; oppure si riteneva che l'inadempimento facesse venir meno un requisito essenziale del contratto, cui sarebbe logicamente conseguita l'estinzione del rapporto contrattuale (*op. cit.*, 85 ss).

<sup>385</sup> La natura sanzionatoria della risoluzione emerge altresì nella stessa Relazione ministeriale al codice (n. 618), la quale giustifica la soppressione dell'art. 1165 c.c. abr., negando che la cd. condizione risolutiva tacita possa considerarsi vera condizione, "soprattutto perché opera per volontà dell'interessato, manifestata successivamente alla conclusione del contratto", ed inoltre costituisce "una sanzione per il caso di inadempimento".

<sup>386</sup> La natura sanzionatoria mostra di essere in buona parte condivisa da A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., 427 ss., spec. 442, che muove dai postulati di quella per indagare la clausola di non scarsa importanza dell'inadempimento, pur sempre nella ferma convinzione che la risoluzione sia un rimedio corrispettivo (su ciò, *infra*, nel testo).

La concezione sanzionatoria è, di recente, ripresa da G.F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione per l'inadempimento*, Milano, 2001, *passim*, spec. 183 ss.

<sup>387</sup> Così, B. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*, Napoli, 1973, 64.

<sup>388</sup> B. SIRGIOVANNI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 100.

a tale interesse, peraltro, dà adeguata tutela non la risoluzione, ma già l'eccezione di inadempimento). Allorché la parte fedele abbia già adempiuto la propria prestazione, per mezzo della risoluzione, ha interesse a recuperare quanto prestato.

Il fiorire rigoglioso di teorie ha stimolato persino la nascita dell'opzione agnostica, che professa l'inutilità di indagare il fondamento della risoluzione in ragione della sua ovvietà<sup>389</sup>. In realtà, il fondamento assume aspetti di ovvietà solo se si muova dalla prospettiva secondo cui la risoluzione costituisce un rimedio posto a tutela del nesso di corrispettività tra le prestazioni<sup>390</sup>: in altri termini, una volta che si è definita la risoluzione come rimedio corrispettivo, non vi è molto altro da aggiungere.

Nell'ambito delle esposte teorie, non può scalfire l'ammissibilità del patto la tesi causalistica, in quanto si è visto che il concetto di (difetto funzionale della) *causa* – nella misura in cui si proietta nella concreta realizzazione del programma contrattuale – è impiegato in termini diversi e più estesi di quanto non rilevi nell'ambito della previsione di cui all'art. 1325 n. 2 c.c. Ecco, non pare che necessiti di molte dimostrazioni il fatto che l'esclusione convenzionale della risoluzione non possa in alcun modo privare di causa il contratto stipulato (art. 1325 n. 2 c.c.).

Piuttosto, v'è da dire che il patto di irresolubilità indebolisce il nesso di corrispettività del contratto (che, comunque, non è del tutto eliso, rimanendo a tutela di esso altri rimedi, non toccati dal patto in questione, come l'*exceptio inadimpleti contractus*), ma non ne intacca certamente la causa, sino al punto da realizzare un'astrazione sostanziale di essa<sup>391</sup>.

---

<sup>389</sup> R. SACCO, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, cit., 1588.

<sup>390</sup> Peraltro, la stessa qualificazione della risoluzione come *rimedio corrispettivo* non spiega la risolubilità dei contratti plurilaterali con comunione di scopo (art. 1459 c.c.), della disposizione testamentaria risolutivamente condizionata o modale (artt. 646 e 648), del contratto di donazione modale (art. 793, comma 4, c.c.) nonché – ma il punto è maggiormente dubbio – di alcune figure di contratto reale (art. 1820 c.c.).

<sup>391</sup> Assimila, invece, il patto di irresolubilità alla logica della donazione o del gioco, R. SACCO, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, cit., 1589, ma con posizione rimasta isolata.

L'unica che, invece, pare possa seriamente intaccare l'ammissibilità di un patto di irrisolvibilità è la sostenuta natura sanzionatoria della risoluzione<sup>392</sup>: tuttavia, al riguardo, non dovrebbe esservi molto da replicare in aggiunta a quanto già sin qui considerato in questo studio. Una volta riletto il concetto di sanzione alla luce delle indicazioni provenienti dai più recenti studi di teoria generale nonché alla luce della ritrovata sinergia tra sanzione e tutela (*amplius, supra*, § II.6 e II.9), appare chiaro che la risoluzione costituisce non un'autentica "sanzione", nell'accezione afflittiva (cioè, retributiva) che sembra volergli attribuire l'opinione indicata, ma una *frustrazione*: la perdita del diritto alla controprestazione implica semplicemente la negazione dello scopo perseguito dall'agente autore della violazione. Dunque, a fronte della lesione dell'*interesse individuale* della parte fedele provocata dall'inadempimento, viene disposta la frustrazione dell'interesse della parte inadempiente, che si proponeva di conseguire gli effetti del contratto patologico, allo scopo di riaffermare l'interesse protetto per mezzo della rimozione (retroattiva) del contratto mediante cui si è realizzata la sua lesione. La risoluzione, dunque, è una frustrazione ispirata da una funzione ripristinatoria, da inquadrare nelle tutele: allora, se proprio si voglia individuare il fondamento della risoluzione, non può che partirsi dalla sua natura giuridica di tutela e concludere che essa rappresenta la tutela ripristinatoria apprestata alla lesione dell'interesse individuale del contraente fedele<sup>393</sup>, giacché il fondamento di una tutela sta sempre nell'interesse di cui si appresta la protezione ed il quesito diviene indubbiamente sterile.

---

<sup>392</sup> Difatti, coerentemente, G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 489 s., esclude la possibilità di rinunciare alla risoluzione, in quanto "sanzione particolare ai contratti bilaterali". L'A., dopo aver richiamato l'art. 97 del nuovo libro della tutela dei diritti (corrispondente all'attuale art. 2740, co. 2, c.c.) e pur consapevole che non è con tale norma che possa giustificarsi l'irrinunciabilità, afferma recisamente: "Ma, comunque, è per l'invalidità lo spirito della disposizione citata, la quale vuole togliere alle convenzioni private il valore di impedire il funzionamento di quelle misure, che l'ordinamento ha disposto per assicurare l'osservanza dei comandi".

<sup>393</sup> L'inquadramento della risoluzione nella tutela ripristinatoria apprestata all'interesse individuale del contraente fedele trova così punti di contatto, per un verso, con la tesi di G. OSTI, *La risoluzione del contratto per inadempimento. Fondamento e principi generali*, cit., 437, per il quale la risoluzione "rappresenta in ogni caso *nient'altro che la tutela giuridica della*

L'inquadramento della risoluzione nelle tutele consente, però, di affermare che la sua disponibilità pattizia non va ostacolata declamandone la funzione "sanzionatoria", ma va vagliata nell'ottica della disponibilità dei modi della tutela.

Si venga, allora, ad esaminare l'ammissibilità del patto di irrisolubilità proprio nella prospettiva dell'effettività dell'assetto delle tutele risultante dal patto (secondo il limite già indicato *supra*, cap. III, § 12), cioè nell'ultima direzione prima indicata.

Il patto in questione ha fatto tradizionalmente sorgere molti dubbi per la ritenuta ineffettività dello strumento di coercizione rappresentato dall'azione di adempimento del contratto che abbia ad oggetto un *fare* ovvero un *non fare infungibile*: il che, se già in passato poteva essere posto in dubbio, alla luce di una norma quale l'art. 388 c.p. (il quale rafforza con una sanzione penale le plurime conseguenze civilistiche di un inadempimento), a seguito della novella del 2009, che ha introdotto l'art. 614-*bis* c.p.c., non può che convincere sull'effettività – seppur meno intensa – della tutela apprestata dall'azione di adempimento. Con il che non si vuole negare che, all'insorta patologia funzionale del contratto rappresentata dall'inadempimento, non corrispondono due tutele alternative – l'una caducatoria (azione di risoluzione), l'altra "conservativa" (azione di adempimento) – dotate di pari efficienza, in quanto l'azione di adempimento appresta una tutela conservativa in senso debole, in quanto non consolida gli effetti del contratto a fronte dell'insorta patologia (diversamente dalle tutele conservative previste in caso di patologia genetica). L'azione di adempimento appresta una tutela conservativa strutturalmente precaria, in quanto la parte che ha agito per l'adempimento può sempre domandare la risoluzione (art. 1453, co. 2, c.c.).

È evidente, perciò, che, nella dialettica delle tutele, a fare da contraltare alla tutela risolutiva, sta la tutela risarcitoria, che non è ascrivibile ai rimedi alla

---

*volontà dedotta in contratto dal contraente lesa*; tutela in forma negativa, ma più efficace di quella positiva, che ormai non potrebbe assicurarne la realizzazione se non in modo approssimativo, sostituendo all'obiettivo specifico, perseguito dal soggetto, un equivalente" (corsivo dell'A.). Per altro verso, con la (già riportata) tesi di A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, cit., 15 s. nonché, ID., *Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione per inadempimento*, cit., 29.

patologia del contratto, dovendo essere inquadrata nella disciplina delle obbligazioni (art. 1218 c.c.); tuttavia, essa rappresenta pur sempre una forma di tutela di natura riparatoria, posta a protezione del medesimo interesse all'adempimento.

Pertanto, sino a che le parti si limitino ad escludere la risoluzione, senza intaccare l'azione di adempimento e la tutela risarcitoria, esse rinunciano ad un efficace strumento di coercizione indiretta all'esecuzione quale, appunto, la risoluzione (tale da determinare estinzione del diritto della parte inadempiente alla controprestazione e, nel caso in cui quest'ultima sia già stata adempiuta, da esporre l'*accipiens* inadempiente all'azione di ripetizione), ma stabilizzano definitivamente gli effetti conseguiti in caso di avvenuta esecuzione della prestazione. In altri termini, perdono uno strumento di coazione indiretta all'adempimento, ma una volta posto in essere conseguono definitivamente le utilità da esso derivanti.

Ebbene, un assetto delle tutele così configurato non pare tale da renderne eccessivamente difficile l'esercizio: dunque, non contrasta con il (più volte) segnalato limite di ammissibilità del patto (indicato *supra*, § II.12).

Passate in rassegna le possibili obiezioni, si considerino ora alcune disposizioni che sembrano indicare la disponibilità della risoluzione<sup>394</sup>, come gli artt. 648, co. 2, e 793, co. 4, c.c., i quali rispettivamente attribuiscono al testatore e al donante l'onere di prevedere espressamente la risoluzione della disposizione testamentaria e del contratto di donazione per inadempimento del *modus*. In modo ancor più

---

<sup>394</sup> La disponibilità della risoluzione e, parzialmente, del suo regime normativa è ammessa da M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 2019, 10 ss., la quale, nell'affrontare i dubbi che circondano l'ammissibilità della condizione risolutiva, muove dal condivisibile argomento in forza del quale una condizione di inadempimento può essere ritenuta ammissibile solo se si dimostra che gli effetti dell'inadempimento del contratto siano disponibili per le parti. A questo interrogativo l'A. attribuisce risposta positiva solo "limitatamente al profilo della scelta del creditore di reagire all'inadempimento della controparte", cioè limitatamente agli effetti *inter partes*. Con questi limiti, "la libertà di reagire, o meno, contro l'inadempimento del debitore comprende anche la facoltà di determinare le sue conseguenze come risulta dalla disciplina della clausola penale e dalla disciplina della risoluzione di diritto. L'unico limite a libertà è rappresentato dalla regola della buona fede intesa in senso ampio, come canone di correttezza e di equità".

significativo, la disciplina della caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.) attesta che la risoluzione per inadempimento è disponibile, potendo essere surrogata dalla previsione del recesso; e parimenti, l'espressa derogabilità del rimedio risolutorio prevista dagli artt. 1487 e 1490, co. 2, c.c.<sup>395</sup>

Ebbene, tirando le conclusioni, su un piano generale, di diritto comune, in particolare dalle considerazioni svolte sul piano dell'assetto delle tutele derivanti dal patto di irrisolubilità sembra potersi concludere per la sua ammissibilità<sup>396</sup>, nei

---

<sup>395</sup> Per la derogabilità della risoluzione, in ragione dell'art. 1490, co. 2, c.c., cfr. già E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, in *Codice civile. Commentario al libro delle obbligazioni*, I, diretto da M. D'Amelio ed E. Finzi, Firenze, 1948, 816.

<sup>396</sup> Il patto di irrisolubilità ha attirato le recenti attenzioni degli studiosi, cfr. gli studi monografici di E. CICONI, *Disponibilità ed esclusività dei rimedi contro l'inadempimento contrattuale*, cit., 322, il quale propende per l'ammissibilità del patto; nonché di B. SIRGIOVANNI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 119 ss. la quale, nell'esaminare il patto congiuntamente alle clausole di unico rimedio, ne afferma la validità.

Per l'ammissibilità, già F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., *passim*, 76 ss., sottoponendoli, però, ad alcuni incisivi limiti: operatività solo in caso di inadempimento derivante da colpa lieve (arg. ex art. 1229); subordinazione alla clausola *rebus sic stantibus* relativa alla condizione patrimoniale della controparte arg. ex art. 1461; ed un caso di "disapplicazione" ad opera del giudice per l'ipotesi in cui la parte fedele abbia già adempiuta e tema l'azione di esatto adempimento risulti infruttuosa a causa del mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore.

Favorevole al patto, G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2014, 189 ss., spec. 213 ss., il quale, nell'analizzare le clausole di irrisolubilità espressa, ossia delle clausole che escludono pattiziamente l'applicazione della disciplina in materia di risoluzione del contratto, sostiene la validità di tali clausole a patto che le parti del contratto in caso di inadempimento possano ricorrere a rimedi alternativi alla risoluzione, quali il risarcimento del danno o l'esecuzione in forma specifica del contratto.

Tendenzialmente contrario all'ammissibilità del patto, U. CARNEVALI, in A. Luminoso - U. Carnevali - M. Costanza, *Risoluzione per inadempimento, Artt. 1453-1454*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990, 110. Successivamente, lo stesso U. CARNEVALI, in U. Carnevali - E. Gabrielli - M. Tamponi, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, VIII, Torino, 2011, 30, esprime una posizione maggiormente pensosa, ritenendo preferibile astenersi da "dubbe affermazioni di principio circa la generale e astratta validità o invalidità della clausola in esame" ritenendo più opportuno procedere a valutazioni caso per caso alla luce della «concreta condotta del contraente» e del «tipo di prestazione inadempita». Intende allinearsi a quest'ultima posizione, L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, 193 ss.

Favorevole alla disponibilità del rimedio risolutorio sembra, altresì, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 372, modificando la sua precedente opinione, espressa in A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., 442, ove rilevava trattarsi "di un effetto che

seguenti limiti. Proprio dall'esame del complessivo assetto delle tutele, si ricava che il profilo meritevole di attenzione del patto è la sua incidenza sul nesso di corrispettività tra le prestazioni, il quale viene indebolito (per effetto dell'esclusione pattizia della tutela caducatoria), ma non escluso, in quanto resta intatta l'autotutela esecutiva di cui agli artt. 1460 e 1461 c.c., che – a sua volta – è fondata proprio sul nesso di corrispettività tra le prestazioni.

Ebbene, poiché il nesso di corrispettività tra le prestazioni trova, in definitiva, il suo fondamento nell'intento comune delle parti<sup>397</sup>, non può dubitarsi del fatto che le parti sono libere di plasmare l'intensità di tale nesso di interdipendenza secondo i propri intendimenti. Ci si avvede, allora, che la possibilità di introdurre un patto di irrisolubilità, comportando un affievolimento del nesso di corrispettività tra le prestazioni, deve essere vagliata sotto la lente del potere delle parti di determinare liberamente il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (art. 1322, co. 1, c.c.) e, dunque, nei limiti elasticità del tipo<sup>398</sup>.

Al riguardo, deve osservarsi che il patto di irrisolubilità, pur indebolendo il nesso di corrispettività – che, come detto, le parti sono libere di fissare secondo il

---

ha pur sempre carattere sanzionatorio dell'inadempimento di un obbligo e cioè di un effetto che è sottratto per definizione alla volontà della parte, almeno nei suoi presupposti”.

<sup>397</sup> È stato ormai da tempo autorevolmente chiarito che, per potere affermare l'esistenza del nesso di interdipendenza tra le prestazioni, tale da consentirne la qualificazione di corrispettive, occorre accertare l'esistenza di un intento comune delle parti (“che rappresenta la proiezione soggettiva della funzione del contratto”) di realizzare un assetto di interessi attraverso lo scambio di prestazioni, che trovano così, ciascuna, la sua ragione d'essere nell'altra. In questi puntuali termini, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 319 ss.

<sup>398</sup> Ciò nella convinzione che «l'inquadramento della concreta fattispecie contrattuale in uno schema normativo non esige la piena corrispondenza tra l'assetto di interessi prefigurato dal legislatore e quello perseguito dalle parti. E', infatti, nel potere dei contraenti atteggiare l'assetto concreto di interessi in maniera meglio corrispondente alle loro esigenze (art. 1322 primo comma c.c.): sempre, però, entro confini determinati, superati i quali si passa da un tipo legale ad un altro o si dà vita a contratti atipici. Ora, il criterio più idoneo per valutare entro quali limiti il concreto assetto di interessi possa divergere da quello configurato dal legislatore resta l'individuazione della funzione assegnata in astratto al contratto, perché alla stregua di questa è dato cogliere le note che caratterizzano lo schema normativo, differenziandolo da altri, e che devono essere presenti nella fattispecie concreta per legittimare l'applicazione diretta delle norme dettate con riguardo al tipo di contratto». Così, limpidamente, A. CATAUDELLA, *Apporti del diritto del lavoro a talune categorie civilistiche*, in *Scritti sui contratti*, Padova, 1998, 260.

loro intento, trovando in quest'ultimo il suo fondamento<sup>399</sup> –, consente di perseguire la stabilità degli spostamenti patrimoniali effettuati per mezzo del contratto, con il definitivo conseguimento a vantaggio degli *accipientes*. In quest'ottica, allora il patto di irrisolubilità si rivela utile soprattutto con riferimento ai contratti in cui è dedotta la prestazione di dare una “cosa” specifica sottratta al regime di circolazione mobiliare improntato alla regola possesso vale titolo (immobili, partecipazioni azionarie, azienda<sup>400</sup>, diritti di utilizzazione economica di opere dell'ingegno, diritti personali di godimento, etc.), al fine di escludere il regime delle restituzioni contrattuali.

Ebbene, l'ammissibilità del patto di irrisolubilità deve allora vagliarsi nell'ottica del perseguimento di tale scopo particolare delle parti, che – in linea di massima – sembra arricchire l'assetto di interessi tipizzato, senza stravolgerne la funzione (art. 1322, co. 1, c.c.).

Chiarito il limite di carattere generale cui è subordinato il patto, devono ora vagliarsi rapidamente gli espressi indici normativi che ne limitano l'operatività.

In particolare, il patto di irrisolubilità non può essere apposto nella vendita di beni consumo (artt. 128 ss. cod. cons.)<sup>401</sup> ed è colpito da nullità testuale *ex art.* 134

---

<sup>399</sup> Ciò consente di spiegare anche perché deve ritenersi inammissibile un patto che si limiti a ritenere di scarsa importanza ogni ritardo nell'esecuzione, esaminato e denominato *patto di evitanda risoluzione*, da P. VITUCCI, “Ogni ritardo sarà considerato di scarsa importanza” (*Ipotesi sul patto di evitanda risoluzione*), in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 577 ss,

Al riguardo, si potrebbe essere portati a ritenere che i privati, potendo radicalmente escludere la risoluzione (patto di irrisolubilità), possano anche limitarne la funzionalità (patto di evitanda risoluzione), in quanto il *plus* comprenderebbe il *minus*: tuttavia, tra i due patti non vi è una relazione di continenza. Il primo postula la volontà di indebolire il nesso di corrispettività, che nel secondo è del tutto assente. Nel “patto di evitanda risoluzione”, le parti vogliono conservare il nesso di corrispettività tra le prestazioni (in quanto il contratto resta risolvibile), ma incidere sul limite della sua rilevanza fissato dal legislatore mediante l'art. 1455 c.c., vogliono cioè plasmare convenzionalmente la fattispecie patologica, il che – lo si è già chiarito (*supra*, § II.12 nonché si vedrà *infra*, § V.22) – è precluso ai privati.

<sup>400</sup> Con ciò non si intende prendere posizione sull'inquadramento dell'azienda nell'ambito della teoria dei beni, ma solo sottolineare la sua considerazione unitaria ai fini degli effetti restitutori.

<sup>401</sup> La cui disciplina si estende, oltre alla compravendita, anche alla permuta, alla somministrazione all'appalto, al contratto d'opera e a tutti gli altri contratti finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre (art. 128, co. 1, cod. cons.).

cod. cons.; quanto ai contratti di consumo in generale, esso soggiace alla disciplina della vessatorietà *ex artt.* 33 ss. cod. cons. ed è, tuttavia, radicalmente vessatorio, cioè quantunque oggetto di trattativa individuale (art. 36, co. 2, lett. *b*, ascrivendosi alle cd. “clausole nere”), solo il patto di irrisolubilità operante in favore del professionista, quello che – in altri termini – escluda l’azione di risoluzione spettante al consumatore in caso di inadempimento del professionista. Ai sensi della disciplina codicistica, invece, il patto di irrisolubilità non può considerarsi vessatorio ai fini di cui all’art. 1341, co. 2, avendo già escluso che esso possa assimilarsi ad un patto di limitazione della responsabilità. Questi, dunque, i limiti particolari posti all’esplicazione del patto.

Occorre, infine, esaminare due possibili addizioni pattizie allo stesso patto di irrisolubilità: in primo luogo, il suo abbinamento ad una clausola penale; in secondo luogo, il suo abbinamento ad un patto del *solve et repete*.

Quanto alla prima ipotesi, l’abbinamento di un patto di irrisolubilità ad una clausola penale (artt. 1382 ss. c.c.) dà luogo ad una clausola di rimedio esclusivo (nota alla contrattazione internazionale come *exclusive remedy clause* oppure *sole remedy clause*).

La clausola, che ha destato l’interesse della recente dottrina<sup>402</sup>, sembra trovare il suo terreno di elezione nella gestione convenzionale delle conseguenze dell’inadempimento<sup>403</sup>, non anche nella violazione delle cd. “dichiarazioni e

---

<sup>402</sup> La clausola di rimedio esclusivo è diffusa nei contratti di vendita di partecipazione azionarie di controllo ed, in realtà, sembra avere una formulazione ben più estensiva di quanto qui prospettato nel testo (per alcuni riferimenti alla clausola vedi, altresì, *supra*, nota 358), intendendo le parti estendere la previsione di un unico “rimedio”, consistente in realtà nel diritto di credito ad una prestazione pecuniaria determinata (denominata, *indemnity*), anche alle conseguenze, in punto di annullabilità e rescindibilità, derivanti dalla non conformità delle “dichiarazioni e garanzie” fornite dal venditore. Per alcuni, diversi, esempi di formulazione della clausola, cfr. E. CICONI, *Disponibilità ed esclusività dei rimedi contro l’inadempimento contrattuale*, cit., 10; e quella, più ristretta, offerta da L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., 193.

Sulla portata ed i caratteri della clausola di unico rimedio, cfr. altresì V. DI GRAVIO, *Clausola di unico rimedio*, cit., 1608.

<sup>403</sup> In tale ottica sembra porsi altresì E. CICONI, *Disponibilità ed esclusività dei rimedi contro l’inadempimento contrattuale*, cit., 93 ss.

garanzie” che una parte formula all’altra<sup>404</sup>. Pertanto, a fronte di un inadempimento, consente di escludere la risoluzione del contratto, in virtù della pattuita irrisolvibilità, e di pretendere, in luogo della tutela risarcitoria (artt. 1218 ss. c.c.), una penale – non per il semplice ritardo, ma – per l’inadempimento, con l’esclusione del maggior danno (art. 1382 c.c.)<sup>405</sup>. Risultando, dall’abbinamento di due clausole (patto di irrisolvibilità e clausola penale), non è neppure acconcio la denominazione di “clausola” di unico rimedio, in quanto la clausola, se intesa in senso sostanziale, è rappresentata da una regola negoziale non ulteriormente scindibile<sup>406</sup>.

Ad ogni modo, la scomponibilità dei due segmenti pattizi della previsione in esame incide sul trattamento giuridico di essi, che andranno esaminati partitamente. Così, ad es., se l’*indemnity*, cioè la penale, è pattuita in termini irrisori, sarà nulla in quanto contrastante con il divieto di limitazione della responsabilità *ex art.* 1229 c.c., ma – per le ragioni già ampiamente esposte – resterà valido il patto di irrisolvibilità, a meno che non risulti che le due clausole – in virtù del loro “abbinamento” – siano collegate da un nesso di inscindibilità (su cui già, *supra*, § IV.16) ed impregiudicata l’ulteriore estensione della nullità di questa parte del contenuto contrattuale (composta dalle due clausole collegate) al restante assetto di interessi, secondo l’art. 1419 c.c.

Quanto alla seconda ipotesi, l’abbinamento del patto di irrisolvibilità ad un patto del *solve et repete* (art. 1462 c.c.) implica l’esclusione sia della risoluzione per inadempimento sia dell’*exceptio inadimpleti contractus* (e più ampiamente, in realtà, inibisce l’autotutela esecutiva, *ex artt.* 1460 e 1461 c.c., nel suo complesso).

---

E. GABRIELLI, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali (Brevi spunti di riflessione sulla clausola di exclusive remedy)*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, 209 ss., inquadra tali clausole nelle tecniche di amministrazione del rischio contrattuale, concludendo che siffatte clausole, incidendo sui rimedi manutentivi o sospensivi, regolano la misura della funzione di scambio e la sua disciplina concreta (*op. cit.*, 222).

<sup>404</sup> Così, invece, V. DI GRAVIO, *Clausola di unico rimedio*, cit., 1613.

<sup>405</sup> Tende, parimenti, a distinguere i due segmenti pattizi di cui si compone la clausola di unico rimedio, B. SIRGIOVANNI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 123.

<sup>406</sup> Cfr. la dottrina citata *supra*, § IV.16, nota 299.

Il che pone un evidente problema non più di indebolimento, ma di elisione del nesso di corrispettività. Se, tuttavia, si è detto che la corrispettività tra le prestazioni trova il suo fondamento nell'intento comune delle parti<sup>407</sup>, con riferimento ad un contratto contenente siffatto abbinamento di clausole, deve concludersi che le parti abbiano, in realtà, voluto concludere un contratto oneroso non corrispettivo.

Ma allora ci si avvede che, in tal caso, non si tratta più di affrontare la questione nell'ottica dei "patti sulla patologia" – e, dunque, entro la disponibilità dei modi della tutela –, trattandosi (stavolta) di stabilire in quali limiti ai privati sia dato foggare assetti di interessi atipici – rendendo, cioè, non corrispettivi tipi contrattuali corrispettivi –, operando il relativo controllo di meritevolezza (ai sensi dell'art. 1322, co. 2, c.c.).

\* \* \*

---

<sup>407</sup> Cfr. *supra*, nota 397.

## CAPITOLO V – PATTI NON CONSERVATIVI

SOMMARIO: 20. Patto di inscindibilità delle clausole nulle. – 21. Patto di adempimento spontaneo. – 722. Condizione risolutiva di inadempimento.

### *20. Patto di inscindibilità delle clausole nulle.*

Si consideri, ora, nuovamente, ma sotto una diversa lente, l'ipotesi in cui le parti manifestino capacità predittiva in ordine alla nullità di qualche "profilo" del contratto ed intendano plasmarne convenzionalmente il regime, ma stavolta non in senso conservativo, bensì demolitorio. Si allude, più precisamente all'ipotesi logicamente speculare al patto di scindibilità, ovvero al patto di inscindibilità. Con tale patto, dunque, le parti prevedono che la nullità di una o più clausole specificamente individuate comporti la nullità dell'intero contratto, in quanto reputate essenziali per la conclusione del contratto.

Prima di vagliarne l'ammissibilità, occorre preliminarmente tratteggiarne brevemente i profili. In particolare, il patto di inscindibilità non deve essere confuso con le figure affini: esso vuole avere, nell'intenzione delle parti, una specifica attitudine dispositiva, nel senso di elidere il secondo segmento della fattispecie patologica di cui all'art. 1419, co. 1, c.c., costituita dal giudizio di essenzialità.

Pertanto, non può essere assimilato alla generica formulazione con cui le parti si limitano ad enunciare il carattere unitario della regolamentazione da esse predisposta ed il legame tra ogni clausola: tale formulazione ha il sapore di una clausola di mero stile<sup>408</sup>, oltreché essere tendenzialmente riproduttiva dell'art. 1363,

---

<sup>408</sup> In tal senso, altresì, G. SICCHIERO, voce *Clausola contrattuale*, cit., ed. *on-line*, n. 18.

c.c. Del resto, perché un patto di inscindibilità possa avere attitudine dispositiva è necessario che vengano specificamente individuate le clausole considerate essenziali, senza le quali cioè il contratto non si sarebbe stipulato: valgono, al riguardo, le medesime considerazioni già formulate per il patto di scindibilità (*supra*, § IV.16).

I dubbi in ordine alla sua ammissibilità sorgono in quanto il patto esclude in radice l'operatività del principio di conservazione del contratto, potendo così apprestare una soluzione inefficiente all'interesse leso, per la tutela del quale sarebbe in teoria sufficiente la caducazione della sola clausola. Tuttavia, i dubbi possono essere superati muovendo dalla considerazione dell'interesse tutelato dal giudizio di essenzialità: non si tratta dello stesso interesse protetto dalla nullità parziale, ma dello scopo perseguito dalle parti. In questo caso, vista l'espressa volontà delle parti, la caducazione parziale potrebbe rappresentare una soluzione sufficiente alla tutela del primo, ma negherebbe tutela al secondo, pertanto la caducazione integrale – con riferimento al contratto concreto – sembrerebbe rappresentare una soluzione migliore.

Proprio il riferimento al contratto concreto ha consentito alla dottrina di precisare che, in caso di espunzione di una clausola, se è vero che non può dirsi che venga meno il contratto, inteso come fatto conforme alla fattispecie astratta, verrebbe però eliminato il contratto concreto voluto dalle parti per raggiungere gli obiettivi prefissati<sup>409</sup>. Se, allora, l'art. 1419 introduce “un criterio tendente a

---

<sup>409</sup> Così M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419, c.c., I Parte*, cit., 153, il quale ne riporta l'impiego nella contrattazione collettiva di lavoro e nella contrattazione standardizzata.

Ammette, altresì, il patto di inscindibilità D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. 113, muovendo dal presupposto per cui l'art. 1419 c.c. consentirebbe “la conservazione di un regolamento che le parti *non hanno voluto*, quando il giudice ritenga compatibile con il senso del negozio originario il regolamento residuo” (corsivo aggiunto), riconosce che “un tale esito potrebbe essere sempre scongiurato quando le parti predispongano un patto di inscindibilità o di essenzialità”. Il riferimento al regolamento che le parti non hanno voluto pare ultroneo: è chiaro che le parti non hanno voluto un contratto dimidiato della clausola nulla, avendo voluto piuttosto il contratto nella sua interezza. Tuttavia, la conservazione del contratto, mediante espunzione della clausola nulla, non deve essere

salvaguardare la volontà delle parti attraverso l'indagine sull'importanza da esse assegnata alla clausola nulla", deve riconoscersi l'ammissibilità di un patto di inscindibilità, diversamente "si perverrebbe ad una conclusione che tradisce profondamente lo spirito della norma"<sup>410</sup>.

La conclusione, però, pare troppo netta.

Si rivela opportuno, al riguardo, chiarire il concetto di essenzialità delle clausole specificamente individuate, che costituisce il fondamento dell'inscindibilità: al riguardo, non può non notarsi che il contratto, quale realtà unitaria rappresentata nell'accordo che pone l'autoregolamento dei privati interessi, rappresenta in sé un insieme inseparabile delle singole determinazioni unite in funzione del risultato perseguito. Di qui, allora, potrebbe già trarsi l'indicazione che ogni singola clausola si giustificerebbe non in se stessa ma – solo – nell'unità di cui fa parte: tuttavia, in tal modo si finirebbe per trasformare il valore dell'unità in un dogma dell'unità, cioè in un principio assoluto ed indiscutibile di giustizia.

Il punto critico è che il patto di inscindibilità – in quanto volto sancire un legame qualificato tra alcune clausole contrattuali e all'assetto di interessi perseguito, ritenendo non rispondente ai propri interessi il contratto nel suo complesso a causa della caducazione di alcune clausole – potrebbe essere anche funzionale ad estendere la caducazione all'intero contratto, per una lieve difformità, al solo fine di preconstituirsì un'agevole modalità per liberarsi da un contratto divenuto sconveniente. La caducazione, lo si ricorda, è pur sempre una *frustrazione*, cioè una conseguenza giuridica sfavorevole comminata dal legislatore per l'inosservanza di una norma, al fine di orientare il comportamento dei consociati.

In tale impiego surrettizio del patto di inscindibilità sta la sua criticità. Ciò convince che del fatto che se, da un lato, le parti possono enfatizzare l'operatività del principio di conservazione mediante un patto di scindibilità, assecondando la

---

sorretta da una volontà ipotetica, ma dalla congruenza del restante assetto allo scopo: in questo senso, a conservarsi è pur sempre un contratto che – sul piano storico – le parti non hanno voluto. Si è detto, però, ampiamente (*supra*, § II.10) che il dato strutturale della conservazione è la modificazione, il che dunque non deve stupire.

<sup>410</sup> Cfr., M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419, c.c., I parte*, cit., 155.

preferenza per la tutela conservativa ricavabile dall'interpretazione sistematica dell'art. 1419, co. 1, c.c., dall'altro, non possono *disporre* del contratto in senso demolitorio, senza alcun vaglio giudiziale, a meno che non vi sia una norma che attribuisca espressamente tale potere all'autonomia privata (ad es., art. 1352 c.c.).

Questa conclusione deve rimanere ferma a pena di alterare il rapporto tra autonomia e ordinamento: qui l'autonomia privata sconfinava dal suo ambito, in quanto sostituisce i propri scopi al giudizio di valore dell'ordinamento, che ritiene, comunque, sufficiente la caducazione parziale per la tutela dell'interesse protetto e solo, eventualmente e subordinatamente la caducazione integrale del contratto. Il patto di inscindibilità finisce per plasmare la stessa fattispecie patologica, collegando la nullità del contratto non al giudizio di essenzialità della clausola colpita, ma alla volontà delle parti stesse che la fanno conseguire al vizio che inficia solo una sua clausola. In altri termini, il patto di inscindibilità introdurrebbe nel sistema una causa di nullità di fonte contrattuale (in aperta violazione dell'art. 1418, co. 3, c.c.): la nullità del *contratto* per contrarietà della *clausola* a norme imperative oppure, là dove sia comminata testualmente la nullità di una *clausola*, si dispone pattiziamente che sia nullo il *contratto*.

Ciò esula dal potere dispositivo dei privati (*supra*, § III.12), in quanto il contratto è nullo nei "casi stabiliti dalla legge" (art. 1418, co. 3, c.c.): pertanto, il patto di inscindibilità è nullo per contrarietà all'art. 1418, co. 3, c.c.

Tuttavia, la nullità del patto non toglie che esso possa essere convertito (art. 1424 c.c.), producendo gli effetti di un patto diverso, se – avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti – risulta che le parti lo avrebbero concluso se avessero conosciuto della nullità. Ebbene, al riguardo, sembra che l'intento di imprimere ad una certa clausola il carattere di essenzialità possa trovare una ridotta, ma comunque compiuta, realizzazione, correggendone gli effetti da sostanziali a processuali: cioè, il patto di inscindibilità può essere convertito in un patto di inversione dell'onere

della prova (art. 2698 c.c.)<sup>411</sup> in ordine al giudizio di essenzialità. Per effetto del patto, dunque, l'onere della prova graverà su chi intende far valere l'inessenzialità della clausola. In tal caso, sarà pur sempre il giudice a dover apprezzare la concludenza della clausola nell'ambito del giudizio di essenzialità, che non risulta eliso dal patto in discorso. Resta così fermo che l'autonomia privata non può disporre della conformazione normativa della nullità.

### *21. Patto di adempimento spontaneo.*

Come rilevato in un recente studio monografico<sup>412</sup>, se la disponibilità della risoluzione ha affascinato gli studiosi, minore attrattiva ha esercitato la disponibilità dell'azione di adempimento (art. 1453 c.c.), il che pare comprensibile allorché si consideri, da un lato, la sua ridotta effettività con riferimento alle prestazioni infungibili di fare e di non fare, soprattutto sino all'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto della penalità di mora di cui all'art. 614-*bis* c.p.c., e, dall'altro lato, la sua difficoltà di distinzione, allorché la prestazione sia fungibile o suscettibile di esecuzione in forma specifica (artt. 2930 ss. c.c.), dai profili propri della realizzazione coattiva del credito, che è invece tradizionalmente studiata nell'ambito della teoria generale dell'obbligazione (e, *ivi*, sono approfondite le figure affini, ma non coincidenti, del *pactum de non petendo* e del *pactum de non exequendo*)<sup>413</sup>.

---

<sup>411</sup> La qualificazione operata, in termini di patto di inversione della prova, consente di negare la vessatorietà del patto con riferimento alla disciplina di cui all'art. 1341, co. 2, c.c. È, invece, clausola presuntivamente vessatoria per la disciplina consumeristica, ai sensi dell'art. 33, co. 2, lett. *t*), cod. cons.

<sup>412</sup> E. CICCONI, *Disponibilità ed esclusività dei rimedi contro l'inadempimento contrattuale*, cit., 228 ss.

<sup>413</sup> Su tali figure la letteratura giuridica è sterminata, ai presenti fini è sufficiente rinviare per l'esame di entrambe (ed i rinvii alla dottrina *ivi* richiamata) al recente contributo di M. ORLANDI, *Clausole riduttive*, in *Clausole negoziali*, I, a cura di M. Confortini, Torino, 2017, 1393 ss.

Al fine di qualificare il patto di adempimento spontaneo, dirimente è comprendere come esso si inquadra nell'assetto delle tutele previsto dall'art. 1453 ed, in particolare, se le parti intendano far espressamente salva la tutela risarcitoria derivante dall'inadempimento.

Qualora le parti intendano mantenere ferma la tutela risarcitoria per l'inadempimento delle obbligazioni contrattuali secondo le norme generali, il patto di adempimento spontaneo, cioè non azionabile giudizialmente, non incorre in peculiari preclusioni<sup>414</sup>: tuttavia, deve precisarsi che – diversamente dal *pactum de non exequendo* – il patto in questione esclude non solo l'azione esecutiva, ma anche l'azione di cognizione volta ad ottenere la condanna ad adempiere<sup>415</sup>. Una condanna giudiziale sarebbe produttiva di conseguenze penali per la sua inosservanza (art. 388 c.p.), il che sarebbe incompatibile con l'intento manifestato dalle parti nel patto in discorso.

Ebbene, se dall'interpretazione del contratto emerge che le parti non escludono che l'inadempimento generi responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.), non è in discussione che dal contratto nascano obbligazioni e che, dunque, le parti abbiano inteso impegnarsi giuridicamente.

Diversamente, se le parti intendano declinare il patto di adempimento spontaneo in chiave di assoluta inesigibilità, un inadempimento neppure è configurabile e l'accordo non pare, in tal caso, costituire propriamente fonte di obbligazioni: non si tratterebbe, dunque, di un contratto, in quanto i paciscenti non intendono impegnarsi sul piano giuridico, ma intendono imprimere all'assetto convenuto un nesso di corrispettività tra prestazioni spontanee, mostrando di voler "risolvere" l'assetto spontaneo programmata per il caso di mancata attuazione di una delle prestazioni spontanee, al fine di ottenere coattivamente la ripetizione di quanto spontaneamente prestato.

---

<sup>414</sup> In punto di vessatorietà devono estendersi le considerazioni già svolte con riferimento al patto di irresolubilità.

<sup>415</sup> Negli stessi – pienamente condivisibili – termini, E. CICONI, *Disponibilità ed esclusività dei rimedi contro l'inadempimento contrattuale*, cit., 228 ss., spec. 234.

Tale figura presenta affinità con la *condictio causa data causa non secuta* (oppure *ob rem dati re non secuta*) del diritto romano classico<sup>416</sup>: si trattava di un'azione di ripetizione (*condictio*), concessa nei contratti innominati di natura corrispettiva alla parte che aveva compiuto una prestazione per l'ipotesi che la controparte non eseguisse la propria; in relazione a tali contratti innominati, le parti erano sprovviste dell'*actio* e di ogni altro mezzo di coazione per ottenere la controprestazione. L'opinione prevalente, infatti, muovendo da un discusso frammento celsino dei *Digesta* ritiene che dal contratto innominato non sorgano obbligazioni<sup>417</sup>: la *condictio*, dunque, appare più un mezzo per impedire un

---

<sup>416</sup> Sulla figura, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, III ed., Napoli, 1934, 305 ss.; B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, in *Annali università Palermo*, 1929, 320 ss.

<sup>417</sup> D. 12.4.16, Celsus: «Dedi tibi pecuniam, ut mihi stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum [...]» (corsivo aggiunto).

Il caso descritto da Celso è quello di un tale che ha dato del denaro ad un altro perché gli trasferisca la proprietà dello schiavo Stico: il giurista si chiede se questa fattispecie possa integrare un *contractus genus pro portione emptionis venditionis* (se, cioè, possano ravvisarvi gli estremi di un negozio da trattare analogicamente – *pro portione* – alla compravendita) oppure se qui, invece, non si possa individuare nessun'altra obbligazione che quella *ob rem dati re non secuta* (cioè solo un'obbligazione di restituzione): soluzione, quest'ultima, che il giurista mostra di preferire (*in quod proclivior sum*).

La spiegazione prevalente di tale discusso frammento del digesto è fornita da V. SCIALOJA, *La l. 16 Dig. de cond. causa data 12, 4 e l'obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana*, in *Bull. Ist. dir. rom.*, 1907, 161 ss., il quale muove ed intende ribadire la posizione del glossatore Azone, secondo cui la ragione che avrebbe spinto Celso ad escludere la sussunzione della fattispecie nel contratto tipico di *emptio-venditio* sarebbe stata da individuare proprio nella diretta assunzione, a livello della causa contrattuale, dell'obbligazione di trasferire la proprietà della cosa (l'obbligazione di *dare rem*) cui si sarebbe obbligato il *pecuniam accipiens*, evidenziando l'incompatibilità di una simile obbligazione con quella del venditore, tenuto invece esclusivamente a *possessionem tradere*.

Di recente, propone una lettura alternativa del frammento S.A. CRISTALDI, «*Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares*». *A margine di D. 12.4.16*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, III, Milano, 2007, 67 ss., spec. 114, per il quale il tenore letterale del testo celsino lascia pensare che la *pecunia* sia stata consegnata senza che le parti si fossero preventivamente accordate su quale fosse la quantità di denaro che avrebbe dovuto eventualmente corrispondere, nella loro intenzione, al valore dello schiavo; senza, dunque, un *convenire de pretio*. Il denaro non era stato dato in esecuzione di un accordo di vendita che vincolasse contestualmente e reciprocamente le parti allo scambio dello schiavo contro il prezzo. In sostanza, il denaro non è stato né dato né ricevuto come prezzo, confinandosi l'operazione nel quadro delle mere

ingiustificato arricchimento, derivante dall'esecuzione di una prestazione a fronte dell'inadempimento dell'altra.

Il punto è che tale figura non sembra agevolmente adattabile nel nostro ordinamento: siamo di fronte ad un accordo tra gentiluomini (non impegnativo), che le parti però vogliono rendere risolubile per mancata attuazione. La figura evoca problemi di ampio respiro, che esulano dall'oggetto di questo studio. Qui è sufficiente rilevare un dato ampiamente pacifico: qualora i soggetti abbiano espressamente inteso escludere di vincolarsi sul piano giuridico, ovvero abbiano escluso la possibilità di ricorrere alla giurisdizione ordinaria, non possono poi pretendere che l'ordinamento li tuteli, nel caso in cui le loro aspettative restino insoddisfatte<sup>418</sup>.

Se si ammettesse che dall'accordo d'onore scaturissero obbligazioni naturali<sup>419</sup> (cd. atipiche)<sup>420</sup>, per tale via verrebbe generata una figura amorfa di obbligazione naturale, suscettibile di ripetizione non solo per incapacità, ma anche a causa del venir meno del sinallagma. Ciò contrasta con il disposto dell'art. 2034, co. 2, c.c., secondo cui le obbligazioni naturali "non producono altri effetti", dunque non può ridursi l'area della *soluti retentio*, oltre l'incapacità.

Se, invece, venisse escluso la nascita di obbligazioni naturali, come pare incline a ritenere la dottrina prevalente, resta sullo sfondo la suggestiva – ma dubbia – possibilità di applicare le regole in tema di arricchimento senza causa (artt. 2041 e

---

trattative negoziali. Chi ha dato il denaro, dunque, lo ha fatto, sì, in vista dello scambio schiavo-denaro, ma al di fuori di uno schema obbligatorio tipico, al di fuori cioè di una precisa causa negoziale e può quindi ripeterlo con l'unico strumento a sua disposizione, la *condictio*.

Questa recente lettura, tuttavia, non sembra fornire una piena giustificazione dell'accettazione del denaro da parte dell'*accipiens*, che ben può, all'inverso, suggellare la conclusione di un accordo relativo ad un assetto di interessi innominato.

<sup>418</sup> R. MARTINI, voce *Gentlemen's agreement*, in *Dig. IV, Disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1992, ed. *on-line*, n. 9.

<sup>419</sup> Ma la dottrina prevalente sembra escluderlo: la socialità del vincolo sarebbe l'elemento che differenzia gli accordi d'onore dalle obbligazioni naturali.

<sup>420</sup> Sul discrimine tra obbligazioni naturali tipiche ed atipiche, cfr. P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, III, Napoli, 1972, 697.

2042 c.c.)<sup>421</sup>, in termini affini a quanto avveniva nella *condictio causa data causa non secuta* (o *ob rem dati re non secuta*) del diritto romano classico.

## 22. Condizione risolutiva di inadempimento.

L'esame dei patti aventi una funzione non conservativa si chiude con quello tra essi che mira alla produzione dell'effetto più intenso, la caducazione retroattiva del contratto disposta convenzionalmente ed opponibile (nell'intenzione delle parti) *erga omnes*: si allude, cioè, alla condizione risolutiva di inadempimento, la quale costituisce un autentico patto demolitorio (cfr. *supra*, § III.11).

Sulla figura si è scritto molto e notevoli sono ancora i dubbi di ammissibilità che la circondano. Non si intende qui riepilogare, se non per quanto di interesse, tutte le variegate posizioni espresse dalla dottrina sul punto né la pluralità di critiche mosse alla stessa<sup>422</sup>. Si registra una tendenza opposta nella giurisprudenza, la quale, a dispetto dell'iniziale diffidenza, ha cambiato rotta ostentando una massima costante ed uniforme, divenuta ormai tralatizia, con cui ne afferma l'ammissibilità (unitamente alla speculare condizione sospensiva di adempimento), facendo

---

<sup>421</sup> Una parte della dottrina si è spinta a ritenere che in questi casi, cioè in presenza di accordi non aventi natura negoziale, ma socialmente impegnativi e patrimonialmente rilevanti, dovrebbe applicarsi la normativa giuridica che si compendia nella regola generale di correttezza, così configurandosi una responsabilità per comportamento contrastante con l'aspettativa di correttezza. Cfr., sul punto, A.L. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977, 296 ss.

<sup>422</sup> A mero titolo indicativo e non esaustivo, ci si limita alla critica più diffusa e calzante. A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., 431, ne contestava l'ammissibilità in quanto la caducazione retroattiva dell'obbligazione renderebbe inconfigurabile lo stesso inadempimento (l'A., all'inverso, è propenso ad ammettere ad una condizione sospensiva di adempimento). Così discorrendo, si ammetterebbe nel sistema un'obbligazione che viene ad estinguersi per il semplice fatto di non essere adempiuta, il che è stato parimenti ritenuto "una vera e propria contraddizione in termini", A. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, 219. Negli stessi termini, a proposito della condizione risolutiva tacita di inadempimento prevista dall'art. 1165 c.c. abr., già G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 94, ove sono elencate ulteriori ragioni ostative (*op. cit.*, 85 ss.).

genericamente leva sull'autonomia dei privati<sup>423</sup>. Nelle presenti pagine, preme, in particolare, tentare di fornire alcune coordinate di riferimento per l'osservazione e lo studio del discusso fenomeno nell'ottica sin qui assunta, quella dei patti sulla patologia contrattuale.

Il primo ostacolo in cui ci si imbatte nella ricostruzione della figura è la sua configurazione: schematicamente, la condizione di inadempimento allude ad una clausola condizionale nella quale è dedotto un evento determinato in negativo (dunque, solo *determinabile*), rappresentato dall'esecuzione inesatta o mancata della prestazione dedotta nell'oggetto del contratto. Nel contenuto del contratto condizionale così strutturato si rinvencono, dunque, una clausola descrittiva della prestazione (oggetto del contratto) ed una clausola condizionale, nella quale si intende dedurre tutte le ipotesi in cui la prestazione descritta nella prima clausola non si verifica. Pur mantenendo, così, ferma la distinzione tra la dimensione programmatica dell'atto di autonomia ed il momento esecutivo cui appartiene l'avveramento della condizione (al pari dell'adempimento della prestazione)<sup>424</sup>, la determinazione (solo) in negativo dell'evento condizionante fa sorgere un'ulteriore complicazione: diviene, infatti, necessario stabilire se, ai fini dell'avveramento dell'evento condizionante, l'inadempimento rilevi come mero fatto (evento

---

<sup>423</sup> Questa è la massima: “Alla stregua della nozione enunciata dall'art. 1353 c.c. la condizione costituisce un elemento accidentale del negozio giuridico e, come tale distinto dagli elementi essenziali astrattamente previsti per ciascun contratto tipico dalle rispettive norme. Non v'è dubbio però che – stante il principio generale dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c. da cui deriva il potere delle parti di determinare liberamente entro i limiti imposti dalla legge, il contenuto del contratto anche in ordine alla rilevanza attribuita all'uno piuttosto che all'altro degli elementi costitutivi della fattispecie astrattamente disciplinata – i contraenti possono validamente prevedere come evento condizionante (in senso sospensivo o risolutivo dell'efficacia) il concreto adempimento (o inadempimento) di una delle obbligazioni principali del contratto”. Così: Cass. civ. Sez. I, 10 novembre 2015, n. 22951 (in motivazione); Cass. civ., Sez. II, 12 luglio 2013, n. 17287; Cass. civ., Sez. II, 15 novembre 2006, n. 24299; Cass. civ., Sez. II, 24 novembre 2003, n. 17859; Cass. civ., Sez. I, 3 marzo 1997, n. 1842; Cass. civ., Sez. II, 8 agosto 1990, n. 8051.

<sup>424</sup> G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, cit., 134.

fattuale)<sup>425</sup> o come fatto giuridicamente qualificato (evento giuridico). In quest'ultimo caso, ove in condizione si reperi dedotto un evento giuridico, si apre un secondo quesito: occorre chiedersi, sempre ai fini dell'avveramento dell'evento giuridico considerato, se l'inadempimento debba essere *imputabile* (art. 1218 c.c.) oppure di *non scarsa importanza* (art. 1455 c.c.). La giurisprudenza pare orientata in quest'ultimo senso<sup>426</sup>.

Un secondo profilo meritevole di attenzione della figura è rappresentato dal nesso che lega le prestazioni contrattuali. Tale profilo è stato finemente posto in evidenza con riferimento all'analisi della condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali ai sensi dell'art. 1165 c.c. abr.<sup>427</sup>. Nella condizione risolutiva, il rapporto giuridico sottoposto a condizione è voluto solo in quanto si realizzi lo scopo dedotto in condizione (l'evento ivi dedotto costituisce un fatto che, se compiuto, realizza lo scopo perseguito dal soggetto): vi è, quindi, tra volontà sottoposta a condizione e volontà dedotta in condizione un *rapporto logico di subordinazione*. Nei contratti a prestazioni corrispettive, risolubili per inadempimento, vi è, invece, tra la volontà di fare un'attribuzione patrimoniale e la volontà di ricevere una controprestazione un *rapporto di coordinazione* “che ne fa un tutto unico senza gerarchia di parti”<sup>428</sup>.

Questo profilo non è in sé ostativo al fenomeno della condizione risolutiva di inadempimento, in quanto – si è visto a proposito del patto di irrisolubilità (*supra*, § IV.19) – le parti possono affievolire e, persino, elidere il nesso di corrispettività

---

<sup>425</sup> In tale senso, sembra esprimersi G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., 82 ss., 124 ss. (spec. 129, ove l'A. allude “alla duplice qualificazione di cui il fatto è suscettibile”), 176 ss., la cui indagine è volta a scorgere nel *fatto* la presenza dei requisiti fisionomici dell'evento condizionante, ovvero l'incertezza e l'accidentalità.

Dubbiosa, sul punto, M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, cit., 9.

<sup>426</sup> Cfr. la già citata Cass. civ. Sez. I, 10 novembre 2015, n. 22951.

<sup>427</sup> G. OSTI, *La risoluzione del contratto per inadempimento. Fondamento e principi generali*, cit., 422 ss., cui si rinvia per la limpida dimostrazione della sua intuizione in ragione della disciplina della condizione risolutiva sottintesa (molto simile a quella dell'odierna risoluzione per inadempimento) che la rendeva sostanzialmente diversa da una condizione risolutiva vera e propria: dirimente appariva all'A. il diritto di scelta attribuito alla parte fedele (incompatibile con il nesso di subordinazione posto da una condizione).

<sup>428</sup> ID., *op. ult. cit.*, 426.

tra le prestazioni. Nel primo caso (affievolimento), esso deve essere vagliato nell'ambito dei limiti posti alle parti nel plasmare liberamente il contenuto del contratto (art. 1322, co. 1, c.c.). Nel secondo caso (elisione del nesso di corrispettività), sostituendo al rapporto di coordinazione un rapporto di subordinazione tra le prestazioni di un contratto tipico, si esula indubbiamente dal tipo contrattuale corrispettivo cui le prestazioni possono essere astrattamente ricondotte: ne risulta un contratto (atipico) oneroso non corrispettivo, che deve essere subordinato al vaglio di meritevolezza dell'interesse perseguito (art. 1322, co. 2, c.c.).

Tuttavia – e questo è il punto dirimente – l'elisione del nesso di corrispettività, in favore di un nesso di subordinazione tra le prestazioni, significa che non vi è spazio per un giudizio di non scarsa importanza dell'inadempimento (alla stregua dell'art. 1455 c.c.), perché la prestazione sovraordinata è, per definizione, *importante ed essenziale* nella sua *interessezza*<sup>429</sup>. Il che solleva dei notevoli dubbi: se un contratto tipico è improntato alla corrispettività, occorrerà verificare se essa è espressione dell'uguaglianza non solo formale, ma sostanziale delle parti (art. 3, co. 2, Cost.) – e così pare, ad es., nella compravendita (artt. 1470 ss. c.c.) –, in quanto lo *scambio asimmetrico*, cioè improntato al nesso di subordinazione posto dalla condizione risolutiva apposta ad una prestazione, non pare che consenta di perseguire un interesse meritevole di tutela (art. 1322, co. 2, c.c.).

Pertanto, là dove un certo assetto di interessi può essere perseguito solo su un piano paritario e corrispettivo, la condizione risolutiva non può sottrarsi dall'essere esaminata sul piano della patologia funzionale del contratto (artt. 1453 ss. c.c.). Si tratta, in sostanza, di fissare il dato di partenza dell'indagine per la corretta impostazione del problema circa la sua ammissibilità: dunque, a meno che – lo si ribadisce – non ci si trovi innanzi a ad un contratto atipico oneroso e non corrispettivo reputato idoneo a superare il vaglio di meritevolezza *ex art.* 1322, co.

---

<sup>429</sup> E dovrebbe, peraltro, incidere sulla struttura del contratto stesso, ove a ben vedere vi è una prestazione dedotta *in obligatione* ed un'altra prestazione dedotta (in negativo) *in condicione*: cioè si avrebbe un contratto con obbligazione di una sola parte.

2, c.c., il dato di partenza non può, all'evidenza, essere rappresentato dalla disciplina della condizione<sup>430</sup>; l'indagine, al fine di vagliare il fondamento di una condizione risolutiva di inadempimento, deve necessariamente muovere dalla disciplina della risoluzione per inadempimento (artt. 1453 ss. c.c.) e dalla verifica dell'ambito di disponibilità di quest'ultima per i privati<sup>431</sup>.

In tale precipua ottica, emergono, su tutte, due criticità ostative ad un patto demolitorio condizionato all'inadempimento, quale è la condizione risolutiva in discorso.

Quanto alla prima, occorre preliminarmente considerare l'obiettivo specifico, in vista del quale la condizione di inadempimento è impiegata, è l'opponibilità ai terzi dell'effetto risolutivo<sup>432</sup>.

Si consideri, al riguardo, che la condizione risolutiva di inadempimento è una pattuizione contrattuale con cui l'*effetto risolutivo* è fatto discendere dall'*inadempimento* di un'obbligazione, condividendo, dunque, con la tutela risolutoria (artt. 1453 ss.), il *presupposto patologico* e la *conseguenza giuridica disposta*.

Ebbene, in punto di opponibilità, una pattuizione siffatta si imbatte in una norma imperativa inequivocabile, l'art. 1458, co. 2, c.c., il quale – nitidamente – recita: “La risoluzione, *anche se è stata espressamente pattuita*, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione”.

La condizione risolutiva per inadempimento, quale patto demolitorio che fa conseguire l'effetto risolutivo all'inadempimento, è appunto soggetta alla *manutenzione eteronoma* (art. 1419, co. 2, c.c.) prevista dall'art. 1458, co. 2, c.c.:

---

<sup>430</sup> Così, ampiamente, G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, *passim*.

<sup>431</sup> Limpidamente assume, con linearità, questo esatto angolo di prospettiva M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, cit., 11 s., prospettiva già indicata *supra*, § IV.19 nota 394.

<sup>432</sup> Il punto non richiederebbe citazioni. Ad ogni modo, tale obiettivo specifico non è celato neppure dai sostenitori del congegno in esame, cfr. G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., 360.

essa non può, in ogni caso e a prescindere da come la si voglia intendere, pregiudicare i diritti dei terzi (art. 1372, co. 2, c.c.)<sup>433</sup>. È, dunque, esclusa la retroattività reale tipica della condizione (artt. 1357 e 1360 c.c.), per effetto della manutenzione eteronoma della “clausola che prevede la risoluzione” (nella specie, quella condizionale) imposta dall’art. 1458, co. 2, c.c., che, nel derogare – a sua volta – ad una deroga (artt. 1357 e 1360 c.c.), riafferma il principio generale (art. 1372, co. 2, c.c.).

In sostanza, la condizione risolutiva di inadempimento eventualmente pattuita non è opponibile *erga omnes* per effetto della manutenzione eteronoma dei suoi effetti disposta dall’art. 1458, co. 2, c.c.<sup>434</sup>

La seconda criticità mina più a fondo la figura in esame nel contesto della corrispettività.

---

<sup>433</sup> Così, altresì, M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, cit., 11. s, la quale dopo aver ammesso la natura disponibile, *inter partes*, della risoluzione per i contraenti (con il limite della buona fede) (cfr. *supra*, nota 394) si esprime negativamente in relazione alla possibilità di plasmarne convenzionalmente gli effetti per i terzi: “Ammettere la possibilità di dedurre in condizione (risolutiva) l’adempimento equivale perciò a consentire una modifica convenzionale degli effetti dell’inadempimento del contratto nei confronti dei terzi, i cui interessi sono invece estranei all’autonomia privata dei loro danti causa”.

Sui limiti della derogabilità convenzionale alla retroattività della risoluzione, A. BELFIORE, voce *Risoluzione per inadempimento*, cit., 1311 s.

<sup>434</sup> *Contra*, con posizione minoritaria, G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., 360 ss., spec. 403 ss., il quale, con ampia argomentazione, che non riesce, però, persuasiva, cerca di conciliare le indicazioni divergenti provenienti dagli artt. 1357 e 1458, co. 2, c.c., mutando il ruolo della prima norma, non più, soltanto, di soluzione dei conflitti tra posizioni giuridiche insorte durante la pendenza, ma da intendere quale *base sostanziale* per la *conformazione negoziale degli effetti contrattuali nel senso della precarietà*. In tale ottica, l’art. 1357 c.c. offrirebbe ai privati una configurazione tipizzata per la conformazione negoziale della vicenda circolatoria in termini di precarietà, tale da porsi come modalità tendenzialmente generale della circolazione giuridica (*op. cit.*, 449).

Tuttavia, anche a voler assegnare tale ruolo all’art. 1357 c.c., cioè pur a ritenerlo come base normativa per la conformazione in termini di precarietà dell’assetto di interessi, offrendo nuove possibilità di esplicazione all’autonomia privata, francamente non si vede come tale episodio di esercizio dell’autonomia possa sottrarsi alle norme imperative (nella specie, l’art. 1458, co. 2, c.c.), a meno che la precarietà dell’assetto di interessi non dia luogo ad un contratto atipico, per il quale deve allora formularsi il vaglio di meritevolezza (art. 1322, co. 2 c.c.) (cfr. *supra*, nel testo di questo §).

Occorre, al riguardo, considerare che con la clausola condizionale le parti attribuiscono rilevanza ad un motivo individuale collegato al verificarsi di un evento futuro ed incerto: la condizione è, dunque, funzionale alla realizzazione di un *interesse* relativo all'evento condizionante, che va ad arricchire l'assetto contrattuale di interessi.

Ora, nel sostenere l'ammissibilità di tale congegno contrattuale sorprende che non si dia in alcun modo peso alla circostanza per cui un istituto, come quello condizionale (artt. 1353 c.c.), funzionale a modulare gli effetti del contratto per il soddisfacimento di interessi particolari delle parti<sup>435</sup>, cioè un istituto giuridico intrinsecamente deputato al *momento fisiologico del soddisfacimento* di un interesse, venga impiegato per regolare il *momento patologico della lesione* di un interesse. Si tratta di fenomeni funzionalmente non riducibili<sup>436</sup>, per quanto la struttura del congegno tecnico impiegato possa apparire omogenea atteso la condivisione del presupposto (l'inadempimento) e della conseguenza giuridica (l'effetto risolutivo).

---

<sup>435</sup> Cfr., già P. RESCIGNO, voce *Condizione*, cit., n. 4, il quale limpidamente rileva come, attraverso il meccanismo della condizione (e dell'onere), sia consentito ai privati attribuire eccezionale rilevanza ai motivi, intesi quali interessi individuali che sollecitano la conclusione del negozio (ed il cui riconoscimento è pur sempre subordinato al vaglio di meritevolezza). In virtù di ciò, l'A. ritiene che con riferimento al negozio condizionato (ed a quello modale) può discorrersi "di un esercizio più vasto dell'autonomia privata".

Nel medesimo senso, si esprime nettamente S. MAIORCA, voce *Condizione*, in *Dig. IV, Disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1988, ed. *on-line*, n. 2, per il quale la condizione, in quanto clausola negoziale, ha la funzione di costituire un meccanismo di regolazione dell'effetto negoziale tale da esaltare l'autonomia delle parti, moltiplicando le possibilità ad essa riconosciute, in contrasto con l'affermazione, in tempi ormai risalenti, corrente, secondo cui, mediante la condizione, le parti autolimitano la propria libertà e ne riducono gli effetti (sul punto, cfr. anche P. RESCIGNO, *op loc. ult. cit.*). In tale ottica, viene, in particolare, criticata la concezione secondo cui la promessa condizionata risulta dalla combinazione della promessa (corrispondente ad un negozio puro) con una sovrapposta restrizione (a carattere speciale), per cui spetterebbe al promittente convenuto provare la subordinazione della promessa ad una condizione.

<sup>436</sup> Ad altri fini – lontani dalla disputa sulla condizione risolutiva di inadempimento, ma prossimi all'ottica qui accolta del patto sulla patologia come patto sui modi della tutela – nel delineare i profili sistematici dell'autotutela si riconosceva che non è possibile porre sullo stesso piano (al fine di accomunarli in una stessa nozione) i due indicati momenti. Cfr. i limpidi rilievi di L. BIGLIAZZI-GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata. Introduzione*, cit., 14.

Pertanto, allorché si consideri la condizione risolutiva di inadempimento per ciò che è, ovverosia un patto demolitorio sulla patologia, essa soggiace ai limiti sinora individuati in questo studio (*supra*, §§ III.11-13).

Come in quella sede rilevato, nulla impedisce che, mediante la disposizione dei propri interessi in conflitto, le parti possono convenzionalmente rimediare ad una lesione, al fine di superarla incidendo sui modi della tutela. Il punto è che la condizione risolutiva non si limita a ciò, essendo volta ad incidere sulla stessa fattispecie patologia (l'inadempimento), plasmando così l'oggetto della tutela.

Là dove è riscontrabile un interesse protetto da una norma sulla patologia, i privati non possono estendere pattiziamente la rilevanza patologica, in chiave caducatoria, di anomalie già contemplate dal legislatore: in altri termini, non possono estendere la rilevanza patologica del vizio o difetto, operando un proprio giudizio di difformità (ad es. errore incidente, lesione *infra dimidium*), a pena di invadere la sfera normativa riservata al legislatore, a meno che non sia lo stesso legislatore a determinare la difformità rilevante in modo elastico, lasciando all'autonomia privata la competenza dispositiva di precisarla (ad es. le forme convenzionali, art. 1352 c.c.; l'inadempimento convenzionalmente valutato di non scarsa importanza dalle parti, art. 1456 c.c.).

Ebbene, proprio questo è il caso: l'inadempimento rilevante ai fini della caducazione del contratto è solo quello di non scarsa importanza avuto riguardo all'interesse del creditore. Tuttavia, l'ordinamento attribuisce ai privati, mediante una clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), la facoltà di indicare convenzionalmente le ipotesi di non scarsa importanza dell'inadempimento, osservando l'onere di indicare la singola, determinata, obbligazione, il cui inadempimento comporta la risoluzione. Le parti non possono condizionare genericamente il contratto all'inadempimento, a pena di invadere le competenze normative del legislatore, violando apertamente l'art. 1455 c.c. (che recita, con formulazione imperativa: "Il contratto *non si può risolvere* se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza ...") ed oltrepassando, con ciò, i limiti posti

dall'ordinamento al potere dei privati di stabilire liberamente il contenuto del contratto (art. 1322, co. 1, c.c.).

Pertanto, la condizione risolutiva di inadempimento, eventualmente pattuita, è nulla per contrarietà all'art. 1455 c.c.; tuttavia, qualora la condizione risolutiva di inadempimento sia formulata in termini specifici – e, dunque, purché ne abbia i requisiti di forma e sostanza – può essere convertita ex art. 1424 c.c., attribuendole gli effetti di una clausola risolutiva espressa<sup>437</sup>, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, risulta che le parti l'avrebbero pattuita se avessero conosciuto la nullità.

Quanto ai requisiti di forma e sostanza, la possibilità di ricondurre la condizione risolutiva di inadempimento alla clausola risolutiva espressa, impone che l'inadempimento dedotto in condizione sia sufficiente determinato, venga, cioè, espressamente determinato l'inadempimento di quale obbligazione comporti la risoluzione (similmente a quanto prevede, in sostanza, l'art. 1456 c.c.).

Quanto alla valutazione teleologica che presiede il giudizio sulla cd. volontà ipotetica (per ulteriori ragguagli, cfr. *supra*, § IV.15), è interessante esaminare l'origine storica della risoluzione, sconosciuta nel diritto romano e diffusasi come condizione risolutiva tacita soprattutto nel diritto intermedio<sup>438</sup>. I trattatisti francesi<sup>439</sup>, al riguardo, affermano che la risoluzione, la quale non nasce come

---

<sup>437</sup> In tal senso, pur non richiamando l'istituto della conversione, si esprimeva già M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, cit., 11 s., la quale ritiene che la condizione risolutiva di inadempimento non sarebbe necessariamente invalida, ma dovrebbe essere considerata equivalente al patto previsto e disciplinato nell'art. 1456 c.c. almeno in relazione agli effetti nei riguardi dei terzi, in quanto situazioni non disponibili dalle parti contrattuali. Tuttavia, l'A. non fornisce ulteriori precisazioni sulle modalità attraverso cui considerare le due clausole "equivalenti".

<sup>438</sup> Tale collocazione storica è formulata da G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 77 ss.

P. RESCIGNO, voce *Condizione nel negozio giuridico (dir. vig.)*, cit., n. 5, invece, anticipa le origini della cd. condizione risolutiva tacita alla dottrina canonistica, che la considerava come una condizione di stile (*si fides servetur*), accanto ad altre condizioni che, da esplicite, si trasformarono col passare del tempo in sottintese (*si potero, si vivero, si Deus voluerit*).

<sup>439</sup> Cfr. M. PLANIOL - G. RIPERT, *Traité élémentaire de Droit Civil*, Parigi, 196, *Librairie générale de Droit et de jurisprudence*, II, nn. 1310 e 1559. Tale insegnamento è stato recepito

rimedio generale all'inadempimento del contratto, deriva dalla prassi della diffusione della clausola risolutiva espressa, che, venendo ormai inserita in tutti i contratti di compravendita, si finì con il sottintenderla dagli scrittori e dalla pratica dei tribunali anche nei contratti in cui non fosse stata inserita<sup>440</sup>. Tale inserimento muoveva dalla convinzione che la clausola risolutiva espressa fosse una vera condizione e che dunque la stessa natura avrebbe dovuto assumere anche quella tacita.

L'origine storica sembra il miglior indizio per compiere la valutazione teleologica sulla volontà ipotetica: è evidente che le parti, isolando l'inadempimento di alcune obbligazioni, vogliono attribuirvi carattere essenziale ai fini di una compiuta realizzazione dell'assetto di interessi pattuito.

Tale indizio pare confermato sul piano logico dalle osservazioni sinora svolte: la condizione risolutiva di inadempimento istituisce un nesso di subordinazione (tale da rendere il contratto non corrispettivo) solo allorché l'inadempimento è concepito alla stregua di un *evento fattuale*: in tal caso, la prestazione sovraordinata è, per definizione, *importante ed essenziale* nella sua *interessezza* (fino a che essa non venga adempiuta esattamente in ogni singola parte, non si acquista il diritto alla "controprestazione" alla prima subordinato). All'inverso, là dove le parti deducano, in condizione risolutiva, inadempimenti puntualmente individuati (alla stregua di quanto prevede l'art. 1456, co. 1, c.c.), formulano un giudizio di non scarsa importanza in relazione a ciascuno di essi, deducendo in condizione *eventi giuridici* (cioè, inadempimenti di non scarsa importanza), tali da implicare la corrispettività e la coordinazione tra le prestazioni.

---

pedissequamente dai nostri studiosi sotto il vigore del codice civile del 1865 (e del suo art. 1165): cfr. L. GALLAVRESI, *La condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali*, cit., n. 10; e G.E. GUERRERA, *Della cosiddetta condizione risolutiva tacita nel diritto civile e commerciale italiano*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1927, n. 12.

<sup>440</sup> Sulla correttezza argomentativa di tale procedimento esprime puntuali rilievi critici G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 77 ss. la cui opera ha contribuito a recidere definitivamente ogni legame della risoluzione per inadempimento con il concetto di condizione.

Pertanto, può concludersi che, avuto riguardo allo scopo così come perseguito dai contraenti (cioè perseguito mediante la coordinazione tra le prestazioni), la condizione risolutiva di inadempimento può valere come clausola risolutiva espressa, ove siano indicate puntualmente le obbligazioni, il cui inadempimento è dedotto in condizione.

In ragione di ciò, non sembrano esservi ostacoli alla possibilità di ricondurre una condizione risolutiva di inadempimento ad una clausola risolutiva espressa<sup>441</sup>. Il che, chiaramente, comporterà che l'effetto risolutivo non opererà in via automatica, ma sarà subordinato alla dichiarazione di volersi avvalere della clausola ad opera della parte interessata (art. 1456, co. 2, c.c.).

\* \* \*

---

<sup>441</sup> La qualificazione operata consente, dunque, di escluderne la natura vessatoria.

## RILIEVI CONCLUSIVI

L'analisi, condotta con metodo empirico, delle possibili esplicazioni pattizie dell'autonomia privata sui modi della tutela avverso la patologia contrattuale pone in luce due coordinate di fondo: allorché le parti intendano enfatizzare la caducità del contratto derivante dalla sua patologia, al di fuori delle ipotesi tipizzate (cfr. artt. 1352 e 1456 c.c.), incontrano diversi limiti normativi nell'esplicazione di tale intento; qualora, invece, le parti intendano espandere l'operatività del principio di conservazione del contratto, foggiando convenzionalmente i modi della manutenzione, non incontrano particolari limiti e risultano favorite in tale loro intento.

Tali coordinate sembrano confermare l'assunto di fondo, da cui si son prese le mosse: la conservazione del contratto, quale modificazione innovativa dell'assetto di interessi idonea a rimuovere il vizio che infirma il contratto, va preferita, ove possibile, alla sua caducazione.

\* \* \*

## BIBLIOGRAFIA

ADDIS F., *Clausola limitativa della proponibilità di eccezioni*, in *Clausole negoziali*, I, a cura di M. Confortini, Torino, 2017

ALBANESE A., *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2012

ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003

ALLARA M., *Il testamento*, Padova, 1936

ALLORIO E., *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1957

ALPA G., *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2014

ALPA G., voce *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, *ad vocem*

AMADIO G., *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996

AMORTH G., *In tema di errore nelle compra-vendite d'opere d'arte antiche*, in *Foro it.*, I, 1948

ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, III ed., Napoli, 1934

ASCARELLI T., *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1958,

AULETTA G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942

AURICCHIO A., *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971

AURICCHIO A., *La simulazione nel negozio giuridico. Premesse generali*, Napoli, 1957

AZZARITI G. – SCARPELLO G., *Della prescrizione e della decadenza*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1977, rist. 1985

AZZARRI F., *La prestazione penale unilateralmente determinata*, in *Riv. dir. civ.*, 2020

AZZARRI F., *Legittimazione all'impugnativa e convalida del contratto*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. Granelli, Milano, 2018

BARBERO D., *Contributo alla teoria della condizione*, Milano, 1937

- BARCELLONA P., *In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I
- BASINI G.F., *Risoluzione del contratto e sanzione per l'inadempimento*, Milano, 2001
- BENATTI F., *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971
- BERTOTTO A., *L'indegnità*, in *Le successioni*, a cura di E. del Prato, Bologna, 2020
- BESSONE M., *Errore comune ed affidamento nella disciplina del contratto*, in *Foro it.*, 1966, I
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., rist. corretta, Torino, 1952
- BETTI E., voce *Atti giuridici*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, 1958, Torino, *ad vocem*
- BETTI E., voce *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959
- BETTI E., voce *Convalescenza del negozio giuridico (dir. vig.)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959 (rist. 1981)
- BETTI E., voce *Convalida o conferma del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959 (rist. 1981)
- BETTI E., voce *Conversione del negozio giuridico (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959 (rist. 1981)
- BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni, Art. 1218-1229*, in *Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma*, 1979
- BIANCA C.M., *Diritto civile, 3, Il contratto*, III ed., Milano, 2019
- BIANCA C.M., *Diritto civile, 5, La responsabilità*, II ed., Milano, 2012, rist. agg. 2018
- BIGLIAZZI-GERI L., *Profili sistematici dell'autotutela privata, I, Introduzione*, Milano, 1971
- BIGLIAZZI-GERI L., voce *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962

- BIONDI B., *La compensazione nel diritto romano*, in *Annali università Palermo*, 1929
- BIONDI B., *Le donazioni*, in *Tratt. di dir. civ. italiano*, dir. da Vassalli, 1961
- BOBBIO N., *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969
- BOBBIO N., *Sulle sanzioni positive* (1971), ora in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977
- BOBBIO N., *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958
- BOBBIO N., voce *Norma giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, *ad vocem*
- BOBBIO N., voce *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, 1969 (rist. 1982), *ad vocem*
- BONILINI G., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983
- BONILINI G., *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ.*, 1984,
- BOSELLI A., *Rischio, alea e alea normale del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948
- BOZZI L., *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008
- BRECCIA U., *Causa*, in G. Alpa, U. Breccia e A. Liserre, *Il contratto in generale*, t. III, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, vol. XIII, t. 3, Torino, 1999
- BRECCIA U., *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001
- BRICOLA F., *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985
- BRUTTI M., voce *Invalidità (storia)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, *ad vocem*
- BUONANNO L., *Linguaggio della norma ed interpretazione delle categorie nella patologia degli atti negoziali*, in *Contr. impr.*, 2018
- BUSNELLI F.D., *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *Contr. impr.*, 2013
- BUSNELLI F.D., *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *Contr. impr.*, 2013
- BUSNELLI F.D., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001

- BUSNELLI F.D., *Verso una riscoperta delle «pene private»?», in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985*
- BUZZELLI D., *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, Torino, 2001
- BUZZELLI D., *Revocazione della donazione e volontà del donante*, in *Contr. impr.*, 2020,
- CALAMANDREI P., *L'art. 1497 c.c. e i futuribili*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941
- CALOIARO L.A., *L'irrealizzabilità del programma negoziale nell'ottica dei rimedi contrattuali*, nota di commento a Cass. civ., 23 marzo 2017, n. 7557, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017
- CALOIARO L.A., *Ordine pubblico e giustizia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2021
- CAMPAGNA L., *I negozi di 'attuazione' e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958
- CAPALDO G., *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004
- CAPITANT H., *De la cause de l'obligations*, Paris, 1924
- CAPRIOLI R., *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, Napoli, 1985
- CARIOTA-FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, II ed., Roma, 1951
- CARNEVALI U., in A. Luminoso - U. Carnevali - M. Costanza, *Risoluzione per inadempimento, Artt. 1453-1454*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990
- CARNEVALI U., in U. Carnevali - E. Gabrielli - M. Tamponi, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, VIII, Torino, 2011
- CARNEVALI U., *La donazione modale*, Milano, 1969
- CARRABBA A.A., *Donazioni*, in *Tratt. di dir. civ. del Cons. naz. notariato*, dir. da P. Perlingieri, Napoli, 2009
- CARRARO L., *Il valore della massima «fraus omnia corrumpit»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949

- CARRESI F., *Introduzione a uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949
- CARRESI F., *Oneri ed obblighi nella conclusione del contratto*, in *Foro pad.*, 1948, I,
- CASELLA M., *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974
- CATAUDELLA A., *Apporti del diritto del lavoro a talune categorie civilistiche*, in *Scritti sui contratti*, Padova, 1998
- CATAUDELLA A., *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, *ad vocem*
- CATAUDELLA A., *I contratti. Parte generale*, IV ed., Torino, 2014.
- CATAUDELLA A., *La donazione mista*, Milano, 1970
- CATAUDELLA A., *Nota breve sulla «fattispecie»*, in *Riv. dir. civ.*, 2015
- CATAUDELLA A., *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962
- CERRI S.P., *Conservazione e adeguamento del contratto*, Napoli, 2020
- CESARINI-SFORZA W., *Risarcimento e sanzione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940
- CHECCHINI A.L., *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977
- CIAN G., *Alcune riflessioni in tema di rettifica*, in *Riv. dir. civ.*, 2018
- CICCONI E., *Disponibilità ed esclusività dei rimedi contro l'inadempimento contrattuale*, Milano, 2020
- COMPORZI M., *Fondamento e natura giuridica della rescissione del contratto per lesione*, in *Studi senesi*, 1960,
- CONSOLO C. – GODIO F., *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015
- COSTANZA M., *Della condizione nel contratto*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 2019
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, I ed., Padova, 1970
- CRISCUOLI G., *Errore bilaterale: comune e reciproco*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I

- CRISCUOLI G., *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Milano, 1959
- CRISTALDI S.A., «*Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares*». *A margine di D. 12.4.16*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, III, Milano, 2007
- D'ADDA A., *La nullità parziale e tecniche di adattamento*, Padova, 2008
- D'AGOSTINO F., voce *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, ed. *on-line*
- D'AMICO G., *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2019
- D'AMICO G., *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009
- D'ANDREA S., *L'offerta di equa modificazione del contratto*, Milano, 2006
- D'ANDREA S., *Transazione su titolo nullo*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 616
- DALMARTELLO A., voce *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969 (ma rist., 1982),
- DAMIANI E., *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, Milano, 2008
- DE CUPIS A., voce *Danno (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XI, 1962
- DE LUCA TAMAJO R., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976
- DE MARTINI, *In tema di riconoscibilità dell'errore bilaterale nel contratto*, in *Foro it.*, 1952, I,
- DE NOVA G., *Nullità relativa, nullità parziale e clausola vessatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II
- DE NOVA G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985
- DE NOVA G., *Il Contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011
- DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974
- DE NOVA G., *Una lettura di oggi di "Le fonti di integrazione del contratto"*, in *Jus civile*, 2017

DE NOVA G., voce *Conversione del negozio nullo*, in *Enc. giur. Trecc.*, IX, Roma, 1988, *ad vocem*

DEL PRATO E., *In tema di negozio unilaterale, presupposizione, errore di diritto*, nota a Cass. civ., Sez. lav., 22 gennaio 1992, n 728, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, ora in *Lo spazio dei privati. Scritti*, Bologna, 2016

DEL PRATO E., *La transazione*, Milano, 1992, ora in *Fuori dal processo. Studi sulle risoluzioni negoziali delle controversie*, 2016

DEL PRATO E., *Le annullabilità del contratto*, già in *Trattato del contratto* diretto da Roppo, IV, *Rimedi-1*, a cura di Gentili, Giuffrè, 2006, ora in *Lo spazio dei privati*, Zanichelli, 2016

DEL PRATO E., *Le risoluzioni negoziali delle controversie*, in *Fuori dal processo. Studi sulle risoluzioni negoziali delle controversie*, Torino, 2016

DEL PRATO E., *Negozio giuridico*, in *Lo spazio dei privati*, Bologna, 2016

DEL PRATO E., *Patologia del contratto: rimedi e nuove tendenze*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II

DEL PRATO E., *Requisiti del contratto – art. 1325*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2013

DEL PRATO E., *Status di figlio: autoresponsabilità e verità*, in *Riv. dir. civ.*, 2020

DEL PRATO E., *Uso esclusivo permanente in favore di un condomino e tipicità dei diritti reali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021

DELFINI F., *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Assago, 1998

DEMOLOMBE C., *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en general*, Paris, 1868-1874

DI GRAVIO V., *Clausola di unico rimedio*, in *Clausole negoziali*, I, a cura di M. Confortini, Torino, 2017

DI LORENZO G., *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009,

DI MAJO A., *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Vol. II, Napoli, 1972

- DI MAJO A., *La nullità*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, *Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, (I ed., 1982) IV ed. riv. agg., in *Problemi e metodi del diritto civile*, III, Milano, 2003
- DI MAJO A., voce *Tutele (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, ed. *online*, ad *vocem*
- DI MAJO GIAQUINTO A., *L'esecuzione del contratto*, Milano 1967
- DI MARZIO F., *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011
- DI MARZIO F., *La nullità del contratto*, Padova, 1999
- ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. a cura di A. Baratta e F. Giuffrida Repaci dall'edizione tedesca, Milano, 1970
- ENRIETTI E., *Della risoluzione del contratto*, in *Codice civile. Commentario al libro delle obbligazioni*, I, diretto da M. D'Amelio ed E. Finzi, Firenze, 1948
- FADDA C., *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1909,
- FALZEA A., *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996
- FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941
- FEDERICO, *Illiceità contrattuale ed ordine pubblico economico*, Torino, 2004
- FERRARA F. sr., *Della simulazione dei negozi giuridici*, V ed., Roma, 1922
- FERRARA F. sr., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, II ed. riveduta (I ed. del 1902), Milano, 1914
- FERRI G.B., *Il c.d. recupero del negozio invalido*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1986, I, 1; ROPPO V., *Il Contratto*, II ed., in *Tratt. Iudica-Zatti*, 2011,
- FERRI G.B., *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I
- FERRI G.B., *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano, 1970
- FERRI L., *Norma e negozio nel quadro dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958
- FERRINI C., voce *Delitti e quasi delitti*, in *Dig. it.*, IX, Torino, 1887, ad *vocem*

- FERRONI L., *La moderna concezione costituzionale e comunitaria di autonomia negoziale e la nuova filosofia cui si informa il regime delle invalidità*, in *Saggi di diritto civile*, Pesaro-Urbino, 2003
- FILANTI G., *Inesistenza e nullità del negozio*, Napoli, 1983
- FINZI E., *Studi sulle nullità del negozio giuridico. I: l'art. 1311 del codice civile*, Bologna, 1920
- FUNAJOLI G.B., *Invalidità della volontà negoziale e conservazione del negozio giuridico*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947-8, I
- FUSARO A., *La nullità parziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990
- GABRIELLI E., *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali (Brevi spunti di riflessione sulla clausola di exclusive remedy)*, in *Riv. dir. comm.*, 2018
- GALLAVRESI L., *La condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali*, Tip. ed. Lombarda, 1878
- GAMBINO A., *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I
- GANDOLFI G., *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991
- GAVAZZI G., *Elementi di teoria del diritto*, Torino, 1970
- GAZZONI F., *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974,
- GENTILI A., *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004
- GENTILI A., *Il contratto simulato. Teoria della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, 1979
- GENTILI A., *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990
- GENTILI A., *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003
- GERBO F., *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983
- GIACOBBE G., voce *Frode alla legge*, in *Enc. dir.*, XVIII, 1969, *ad vocem*
- GIAMPICCOLO G., *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959

- GIARDINA F., *Per un'indagine sulla responsabilità civile nella famiglia: l'art. 129 bis del codice civile*, Pisa, 1999
- GIORDANO A., *In tema di rilevanza dell'errore bilaterale nel contratto*, in *Giust. civ.*, 1952, I,
- GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni*, IV, IV ed., Firenze, 1895
- GIORGIANNI M., *In tema di transazione sul "titolo" nullo*, ora in *Scritti minori*, Napoli, 1988
- GIORGIANNI M., *L'inadempimento*, III ed. riv., Milano, 1975
- GIORGIANNI M., *La c.d. incapacità naturale nel Primo Libro del Nuovo Codice Civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1939
- GIORGIANNI M., voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958
- GIORGIANNI M., voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960
- GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria moderna della nullità relativa*, Padova, 2008;
- GITTI G., *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, «sale and lease back»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993
- GORLA G., *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934
- GRASSETTI C., *L'interpretazione del negozio giuridico: con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938
- GRASSETTI C., voce *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, *ad vocem*
- GRASSETTI C., voce *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961
- GRASSO B., *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*, Napoli, 1973
- GROSSO G., *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963
- GUASTINI, voce *Norma giuridica (tipi e classificazioni)*, in *Dig. IV, Disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1995, ed. *on-line*, *ad vocem*
- GUERRERA G.E., *Della cosiddetta condizione risolutiva tacita nel diritto civile e commerciale italiano*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1927

- GUERRINI L., *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012
- IEVA M., *Appunti sulla dazione in pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2007
- IRTI N., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014
- IRTI N., *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. impr.*, 1987
- IRTI N., voce *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968 (rist. 1982), *ad vocem*
- JEMOLO A.C., *Lo storico e i futuribili*, ora in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957
- KELSEN H., *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945
- KELSEN H., *Teoria pura del diritto*, trad. it. della prima edizione del 1934, Torino, 1952
- LEVI A., *Teoria generale del diritto*, II ed., Padova, 1967
- LUCARELLI F., *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964
- LUMINOSO A., *Della risoluzione per inadempimento*, Artt. 1453-1454, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990
- LUMINOSO A., *Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione per inadempimento*, in *Giur. comm.*, 1990
- MACIOCE F., *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, Napoli, 1988
- MAFFEIS D., *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999
- MAGAZZÙ A., voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960
- MAIORCA S., voce *Condizione*, in *Dig. IV, Disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1988, ed. *on-line*,
- MAJORCA C., *Fatto giuridico – Fattispecie*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961
- MANENTI C., *Della cosiddetta condizione risolutiva tacita sottintesa dell'art. 1165 in rapporto alla teoria generale dei contratti secondo il nostro codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1912
- MANIACI A., *La clausola di incontestabilità nei contratti di assicurazione*, in *Clausole a rischio di nullità*, a cura di De Nova G., Padova, 2009

- MANTOVANI M., *Le nullità e il contratto nullo*, nel *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV, Rimedi-1, a cura di A. Gentili, Milano, 2006
- MARINI G., *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986,
- MARTINI R., voce *Gentlemen's agreement*, in *Dig. IV, Disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1992, ed. *on-line*,
- MARTORANO F., «*Presupposizione*» ed errore sui motivi nei contratti, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I
- MENGGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I
- MENGGONI L., *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto*, Atti del Convegno dei Lincei svoltosi a Roma 27-29 maggio 1991, Roma, 1992
- MENGGONI L., *Rendita vitalizia e svalutazione monetaria*, in *Temi*, 1948
- MESSINA G., *La simulazione assoluta*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, I
- MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile commerciale*, vol. III, IX ed., Milano, 1959
- MESSINEO F., *Teoria dell'errore ostativo*, Roma, 1915
- MIRABELLI G., *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale (Artt. 1321-1469)*, in *Commentario Utet*, 1980
- MIRABELLI G., *La rescissione del contratto*, II ed., Napoli, 1962, *passim* e spec. 225;
- MODUGNO F., voce *Validità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993
- MONTICELLI S., *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995
- MONTICELLI S., *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009
- MORTATI C., *Istituzioni diritto pubblico*, I, Padova, 1975
- MOSCATI E., voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982

NEGRI A., *Il recupero dell'atto nullo mediante esecuzione. Il sistema francese e il sistema italiano*, 1981

NICOLÒ R., *sub art. 129 bis. Responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, II, Padova, 1992

NICOLÒ R., voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958

ORLANDI M., *Clausole riduttive*, in *Clausole negoziali*, I, a cura di M. Confortini, Torino, 2017

OSTI G., *Applicazioni al concetto di sopravvenienza - La risolubilità dei contratti per inadempimento*, Imola, 1922, inedito, pubblicato successivamente come *La risoluzione del contratto per inadempimento. Fondamento e principi generali*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973

OSTI G., *Appunti per una teoria della sopravvenienza*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, 471 ss., 647 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973

OSTI G., voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959 (rist. 1981), *ad vocem*

PACCHIONI G., *Contro la c.d. ratifica rinnovazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1912

PACCHIONI G., *La convalidazione dei negozi giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1914

PADOVANI T., «*Lectio brevis*» *sulla sanzione*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985

PAGLIANTINI S., *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007

PAGLIANTINI S., *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutori*, in *Persona e Mercato*, 2015

PAGLIANTINI S., *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, in *Persona e mercato*, 2012

PAGLIANTINI S., *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2011

- PAGNI I., *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998
- PALAZZO A., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. di dir. civ.*, dir. da Sacco, Torino, 2000, 511 e 513;
- PATTI S., voce *Pena privata*, in *Dig. IV, Disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1995, ed. *on-line*
- PELOSI A., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975
- PERLINGIERI G. – ZARRA G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019
- PERLINGIERI G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013
- PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010
- PERLINGIERI G., *Negozio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003
- PERLINGIERI P., *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, III, Napoli, 1972
- PIAZZA G., *L'errore di calcolo e l'art. 1430 del codice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964
- PIAZZA G., *La convalida tacita in diritto privato*, Napoli, 1980
- PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, II ed., Padova, 1990.
- PINO A., *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952
- PLANIOL M. - RIPERT G., *Traité élémentaire de Droit Civil*, Parigi, 196, *Librairie générale de Droit et de jurisprudence*, II, nn. 1310 e 1559
- POLIDORI S., *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. Dir. civ.*, 2003
- PONZANELLI G., voce *Pena privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma 1990, *ad vocem*

- PRISCO I, *Le nullità di protezione: indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012
- PUGLIATTI S., *La trascrizione*, I, 1, *La pubblicità in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Cicu e Messineo, XIV, Milano, 1957
- PUGLIATTI S., voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959
- PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961
- PUTTI P.M., *Le nullità contrattuali*, in N. Lipari e P. Rescigno, *Diritto civile II*, Milano, 2009
- QUADRI E., *La rettifica del contratto*, Milano, 1973
- RABITTI M., *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000
- RAVÀ A., *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911
- RESCIGNO P., voce *Condizione nel negozio giuridico (dir. vig.)*, VIII, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, ed. on-line
- RIZZUTI A., *Il problema dei limiti alla rilevabilità officiosa della nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2013
- ROCCO A., *Ancora sulla convalidazione dei negozi giuridici e l'art. 137 cod. comm.*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II
- ROCCO A., *La convalidazione dei negozi giuridici e l'art. 137 cod. comm.*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1910, II
- RODOTÀ S., voce *Dazione in pagamento (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962
- ROMANO A., *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964
- ROMANO SALV., *Contributo esegetico allo studio della simulazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954
- ROMANO SALV., *Note sulle obbligazioni naturali*, Firenze, s.d. (ma 1953)
- ROMANO SALV., *Revoca (diritto privato)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1968
- ROMANO SANTI, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947 (rist. 1953)
- ROMANO SANTI, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1946 (rist. 1951)

- ROPPO V., *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985
- ROPPO V., *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e Resp.*, 2008
- ROPPO V., *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I
- RUBINO D., *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937
- RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939
- RUSSO D., *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008
- RUSSO E., *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001
- RUSSO M.A., *Patologia*, in *L'universo del corpo*, in *Enciclopedia italiana Treccani*, Roma, 2000, *ad vocem*
- SACCO R., in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016
- SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1966 (rist. 2012)
- SANTORO-PASSARELLI F., *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956
- SANTORO-PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, XXIV ed., Napoli, 1971
- SANTORO-PASSARELLI F., voce *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959
- SCADUTO G. – RUBINO D., voce *Illecito (atto)*, in *Nuovo dig. it.*, VI, Torino, 1938, *ad vocem*
- SCALFI G., voce *Alea*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, *ad vocem*
- SCALISI V., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 208
- SCALISI V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2002
- SCARPELLI U., *Il problema della definizione e il concetto del diritto*, Milano, 1955

SCIALOJA V., *La l. 16 Dig. de cond. causa data 12, 4 e l'obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana*, in *Bull. Ist. dir. rom.*, 1907

SCOGNAMIGLIO C., *Il giudice e la nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, nota di commento a Cass. civ., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013

SCOGNAMIGLIO C., *Presupposizione e comune intenzione delle parti*, nota a Cass. civ., 9 febbraio 1985, n. 1064, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II

SCOGNAMIGLIO R., voce *Illecito*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962 (rist. 1982), *ad vocem*

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari – Dei requisiti del contratto*, Bologna-Roma, 1970

SCOGNAMIGLIO R., *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954

SICCHIERO G., voce *Clausola contrattuale*, in *Dig. IV, Disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2003, ed. *on-line*

SIRGIOVANNI B., *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, Torino, 2019

STELLA RICHTER G., *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967

STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947

TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990

TAMPONI M., *Contributo all'esegesi dell'art. 1419, c.c., I parte*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978

TATARANO G., voce *Retroattività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989

THON A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad. it. a cura di A. Levi della VIII ed. tedesca del 1878, Padova, 1951

TOMMASINI R., *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972

TOMMASINI R., voce *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978,

TONDO S., voce *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962

- TORRENTE A., *La donazione*, II ed. agg. a cura di U. Carnevali e A. Mora, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2006
- TRABUCCHI A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Milano, 1937
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, XIII ed., Padova, 1962
- TRABUCCHI, voce *Errore (dir. civ.)*, nel *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, rist. 1981,
- TRIMARCHI P., *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955
- TRIMARCHI P., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, II ed., Milano, 2019
- TRIMARCHI V.M., *La clausola penale*, Milano, 1954
- TUCCI G., *Usura e autonomia privata nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2001
- TUCCILLO R., *Clausole volte ad escludere l'estensione della nullità parziale*, in *Clausole negoziali*, I, a cura di M. Confortini, Padova, 2017
- VACCARO G., *Delle donazioni*, sub art. 800, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2020
- VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000,
- VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. Schlensinger-Busnelli*, sub artt. 1218-1222, II ed., Milano, 2006,
- VITUCCI P., "Ogni ritardo sarà considerato di scarsa importanza" (*Ipotesi sul patto di evitanda risoluzione*), in *Riv. dir. civ.*, 1988, II
- VON JHERING R., *Lo scopo del diritto*, trad. it. a cura di M.G. Losano della II ed. tedesca del 1884, vol. I, Torino, 1972
- VON SAVIGNY F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, IV, Berlin, 1841, trad. it. a cura di V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, IV, Torino, 1889
- WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, IX ed., Frankfurt, 1906, nella trad. it., *Diritto delle Pandette*, I, a cura di Fassa e Bensa, Torino, 1925