

MANUALE del DIRITTO PRIVATO

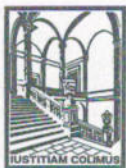
Seconda edizione

a cura di

SALVATORE MAZZAMUTO

Antonio Albanese
Rosalba Alessi
Giovanni Bonilini
Raffaele Caterina
Renato Clarizia
Aurelio Gentili
Giuseppe Grisi

Bruno Inzitari
Antonio Jannarelli
Salvatore Mazzamuto
Silvio Mazzaresse
Armando Plaia
Andrea Zoppini



G. Giappichelli Editore

CAPITOLO XIX

LE TUTELE CONTRATTUALI

SOMMARIO: 1. La simulazione. – 2. I vizi del consenso. – 3. L'invalidità. – 4. La nullità. – 4.1. La nullità parziale. – 4.2. L'azione di nullità. – 4.3. La conversione del contratto nullo. – 5. L'annullabilità. – 6. La rescissione. – 7. La risoluzione giudiziale per inadempimento. – 7.1. La risoluzione di diritto. – 8. La risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione. – 9. La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. – 10. La caparra confirmatoria. – 11. L'eccezione di inadempimento.

1. *La simulazione*

Le parti possono porre in essere una dichiarazione e con essa le parvenze di un negozio che in realtà non vogliono, di talché vi sarà divergenza tra l'atto apparente, di cui non si vogliono gli effetti, e una reale e diversa volontà dei soggetti. Si ha, così, un negozio apparente, o simulato, ed un "accordo simulatorio" quasi sempre racchiuso in un documento che si usa definire **contro dichiarazione**. Alla **simulazione assoluta** si dà luogo, quando le parti non vogliono alcun negozio, e alla **simulazione relativa**, quando le parti vogliono un negozio diverso (negozio dissimulato) da quello che emerge dalla dichiarazione (negozio simulato). Si pensi all'ipotesi in cui, per evitare che un bene venga aggredito dai creditori, si simula l'alienazione del bene (simulazione assoluta), ovvero si simula un contratto a titolo oneroso (vendita) e si realizza invece una donazione (simulazione relativa): così facendo si rende assai più difficile l'esperimento da parte dei creditori di un'azione revocatoria.

La simulazione può essere relativa anche soltanto rispetto ai soggetti: in questo caso si parla di **interposizione fittizia**. Tizio stipula un negozio con Caio, il quale è tuttavia soltanto un "prestanome", poiché gli effetti del negozio si produrranno, invece, a vantaggio di Sempronio (come risulta dalla "contro dichiarazione"). Nell'interposizione fittizia, l'accordo simulatorio coinvolge tutti e tre i soggetti (nell'esempio, non soltanto Caio e Sempronio, ma anche Tizio). Questa ipotesi – come si dirà più avanti – non va confusa con quella dell'interposizione reale: si pensi all'intestazione fiduciaria di quote di partecipazione societaria, che integra gli estremi dell'**interposizione reale di persona**, e per effetto della quale l'interposto ha (a differenza che nel caso di interposizione fittizia o simulata) l'effettiva titolarità delle quote. In virtù di un rapporto interno con l'interponente di natura obbligatoria, l'interposto sarà comunque tenuto ad osservare un certo comportamento, convenuto con il fiduciante, nonché a ritrasferire i titoli a quest'ultimo ad una scadenza convenuta, ovvero al verificarsi di una situazione che deter-

mini il venir meno del rapporto fiduciario. In sostanza, nell'interposizione reale di persona, il *pactum fiduciae* comporta la creazione di obblighi giuridici a carico del fiduciario, azionabili in via giudiziaria da parte del fiduciante per ottenerne l'adempimento. Il *pactum fiduciae* si configura di regola come un **mandato senza rappresentanza**, in virtù del quale il fiduciario assume gli obblighi del mandatario per l'esercizio dei diritti connessi alla gestione del bene (per es. azioni o partecipazioni societarie) a lui fiduciarmente intestato, tra cui, in particolare, l'obbligo di rendere conto al fiduciante dello svolgimento e del risultato della gestione. A differenza di quanto accade nell'interposizione fittizia, in cui l'alienante è parte dell'accordo simulatorio, qui il patto coinvolge esclusivamente il fiduciante e il fiduciario, ossia l'interposto e l'interponente.

Quanto agli effetti tra le parti della simulazione assoluta o relativa, occorre precisare che «il contratto simulato non produce effetto tra le parti. Se le parti hanno voluto concludere un contratto diverso da quello apparente, ha effetto tra esse il contratto dissimulato, purché ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma» (art. 1414 c.c.). La questione si pone diversamente per i terzi, infatti: «la simulazione non può essere opposta né dalle parti contraenti, né dagli aventi causa o dai creditori del simulato alienante, ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di simulazione. I terzi possono far valere la simulazione in confronto delle parti, quando essa pregiudica i loro diritti» (art. 1415 c.c.). Infine, «la simulazione non può essere opposta dai contraenti ai creditori del titolare apparente che in buona fede hanno compiuto atti di esecuzione sui beni che furono oggetto del contratto simulato. I creditori del simulato alienante possono far valere la simulazione che pregiudica i loro diritti e, nel conflitto con i creditori chirografari del simulato acquirente, sono preferiti a questi, se il loro credito è anteriore all'atto simulato» (art. 1416 c.c.). Risulta evidente che i creditori del simulato alienante, interessati a invalidare l'atto simulato, hanno una tutela maggiore dei creditori del simulato acquirente (titolare apparente), i quali invece sono tutelati soltanto se in buona fede e se hanno già compiuto atti di esecuzione sui beni che furono oggetto del contratto simulato.

L'azione di simulazione è ritenuta un'azione tipica di **accertamento negativo** con cui la parte o il terzo tendono a far emergere un assetto di interessi divergente da quello apparente. Non si tratta dunque di un'azione di nullità, ancorché sussista comunque la legittimazione assoluta, l'imprescrittibilità e, secondo parte della giurisprudenza, anche la rilevabilità d'ufficio. La simulazione può essere anche fatta valere in via di eccezione: si pensi all'ipotesi in cui il simulato acquirente venga convenuto in giudizio per il pagamento del prezzo ed eccepisca che la vendita è simulata.

La vicenda della simulazione, in cui sussiste divergenza tra l'atto apparente, di cui non si vogliono gli effetti, e la reale volontà dei soggetti, non va confusa con quella del **negozio indiretto**. Anche qui è possibile rilevare una divergenza tra il negozio stipulato e l'obiettivo perseguito dalle parti, ma il negozio indiretto è un negozio voluto e dunque valido: le parti in sostanza perseguono un determinato scopo utilizzando un negozio i cui effetti sono sovrabbondanti ed eccedenti rispetto a quanto voluto.

Ancora, come si è detto a proposito dell'interposizione di persona, l'istituto della simulazione va tenuto distinto dallo **schema negoziale fiduciario**, poiché qui non si crea una situazione di apparenza e il fiduciario è effettivamente titolare del bene [v. *supra* cap. VII § 9 ed *infra* cap. XXIV § 2]. L'alienazione è cioè reale – sempre che il bene non sia già nelle proprietà del fiduciario – ancorché le parti poi si spingano a circoscrivere lo scopo perseguito, sicché il soggetto destinatario del trasferimento dovrà comunque gestire la **proprietà fiduciaria** per conto del fiduciante: in questi casi la titolarità del bene è effettiva, ma limitata da vincoli obbligatori sussistenti tra le due parti (*pactum fiduciae*). A differenza di quanto accade nel negozio indiretto, in cui si utilizza un certo negozio per un fine diverso da quello tipico, nello schema fiduciario può intravedersi invece un **collegamento negoziale** tra un determinato contratto (per es. vendita) ed un patto ulteriore: è attraverso quest'ultimo, il c.d. *pactum fiduciae*, che le parti realizzano il loro scopo.

Occorre a questo punto chiedersi cosa sia la proprietà fiduciaria e precisare che alla stessa può attribuirsi uno spazio autonomo, nel sistema tipico dei diritti reali, soltanto quando esiste una disciplina di settore che rende opponibile la relativa situazione giuridica soggettiva ai terzi, e cioè agli aventi causa o ai creditori del fiduciario: ciò può dirsi per i beni gestiti da società fiduciarie, per gli intermediari finanziari (per es. una banca), per i fondi comuni di investimento, per i fondi pensione. Al contrario, in assenza di una tipizzazione legale che individui un soggetto qualificato quale gestore di un patrimonio separato e autonomo, non aggredibile cioè dai creditori dei soggetti gestori (c.d. fiducia germanistica), il *pactum fiduciae* non è opponibile a terzi e si è in presenza di una fiducia c.d. romanistica. Il *pactum fiduciae* può: 1) vincolare ad una gestione per conto del fiduciante un soggetto che sia già proprietario del bene e che assume così un ruolo formale e non più sostanziale (fiducia statica); 2) vincolare alla gestione per conto del fiduciante un soggetto al quale il primo, con altro negozio, trasferisce la proprietà del bene (fiducia dinamica). Lo scopo del trasferimento può poi consistere nel soddisfacimento di un interesse del fiduciante (*fiducia cum amico*) o di un interesse creditorio del fiduciario (*fiducia cum creditore*). In ogni caso, se lo scopo perseguito con il negozio indiretto o con lo schema negoziale fiduciario risulta elusivo di una norma imperativa si avrà nullità per frode alla legge *ex art. 1344 c.c.* [v. *supra* cap. XVIII § 11].

Lo schema negoziale della fiducia può essere assimilato al fenomeno del *trust* [v. *supra* cap. VII § 9 ed *infra* cap. XXIV § 2], ovvero a quel **rapporto giuridico** appartenente alla tradizione di *common law* per cui un soggetto (*settlor*) trasferisce taluni beni ad altro soggetto di fiducia (*trustee*), il quale sarà tenuto a gestirli nell'interesse di un terzo (*beneficiary*). È bene precisare che il *trust* non è un soggetto giuridico ma un "rapporto", tanto che parte della giurisprudenza ritiene che la trascrizione degli atti di devoluzione immobiliare del *settlor in trust*, non possa effettuarsi "a favore" del *trust* stesso. In ogni caso, la massa dei beni mobili e immobili costituiti in *trust* rimane separata dal patrimonio del *trustee*.

2. I vizi del consenso

Nel processo formativo della volontà negoziale può inserirsi un elemento di disturbo che non elimina la volontà stessa, ma la altera, sicché, anche se ciò non appare esteriormente, il soggetto non si è determinato in modo libero e consapevole. In questi casi, l'ordinamento interviene concedendo al soggetto la possibilità di annullare il negozio. La volontà è viziata o perché il soggetto, a causa della violenza morale esercitata da terzi, non si è determinato a stipulare il negozio in modo libero, o perché il soggetto non ha agito con piena consapevolezza di taluni elementi che pure ha preso in seria considerazione. Si distinguono tre ipotesi: l'errore, la violenza e il dolo.

Il soggetto è in **errore** quando ha una **falsa rappresentazione** di quegli elementi della realtà che hanno determinato la sua volontà. Si distingue tra errore di fatto ed errore di diritto. È in errore di diritto il soggetto che ignora una norma che ha inciso nel processo di formazione della volontà negoziale. Si pensi all'ipotesi in cui si acquisti un fondo allo scopo di costruirvi una villetta non sapendo che la disciplina urbanistica della zona non consente alcun tipo di edificazione. L'errore deve essere essenziale e riconoscibile.

L'**errore di fatto** è errore essenziale quando cade sulla natura o sull'oggetto del negozio, o sull'identità o qualità dell'oggetto della prestazione. Si pensi al soggetto che stipula un comodato convinto che si tratti di una locazione, o acquisti una partita di olio ritenendo che si tratti di vino, o ancora un bracciale d'argento immaginando che lo stesso sia invece d'oro. Infine, l'errore di fatto è essenziale quando cade sull'identità o sulle qualità determinanti della persona. Non è invece rilevante l'errore sui motivi che hanno determinato il soggetto (nel testamento o nella donazione può esserlo, se il motivo di fatto o di diritto risulti dall'atto e sia stato determinante nel processo di formazione della volontà negoziale). Si pensi all'ipotesi in cui si prenda in locazione una villetta nel falso convincimento che sia ubicata nella stessa località in cui trascorreranno le vacanze alcuni amici. Salvo che la legge non disponga diversamente (ad es. la transazione), l'**errore di diritto** è invece essenziale quando verte su un elemento o una circostanza che è stata la ragione unica o principale che ha indotto il soggetto a stipulare il negozio. Nell'errore di diritto, dunque, l'efficacia determinante, la circostanza cioè che l'impedimento sia stato determinante per la conclusione del contratto, e l'essentialità coincidono.

L'errore, oltre che essenziale, deve essere riconoscibile: tale requisito è posto a tutela dell'affidamento dell'altra parte. La disciplina dell'errore è infatti ispirata al principio dell'affidamento incolpevole. Infine, si ritiene che l'errore invalidante sia comunque soltanto quello determinante. Peraltro non vi è necessaria coincidenza tra errore (di fatto) determinante ed errore essenziale: l'errore che l'art. 1429 c.c. considera essenziale è sempre determinante, anche quando ciò non è espressamente indicato dal legislatore. Non è invece vero il contrario: un errore può essere determinante ma non invalidante perché non essenziale.

Mentre la violenza fisica è causa di nullità, la **violenza morale**, ovvero la **minaccia**,

fatta dall'altra parte o anche da un terzo, di un **male ingiusto e notevole**, vizia la volontà negoziale e rende il contratto annullabile (art. 1435 c.c.). La minaccia di far valere un diritto è invece rilevante quando sia diretta a conseguire un **vantaggio ingiusto** (art. 1438 c.c.). Si ritiene la minaccia legittima quando la stessa è finalizzata alla realizzazione della situazione giuridica che conseguirebbe all'esercizio del diritto, quando cioè il risultato è identico a quello che si sarebbe ottenuto azionando il diritto. Si pensi alla minaccia del licenziamento del lavoratore gravemente inadempiente volta ad ottenere la risoluzione del rapporto di lavoro per mutuo consenso. O ancora alla minaccia di proporre azione di risoluzione giudiziale finalizzata a conseguire la risoluzione consensuale del contratto. Ma la dottrina osserva che l'ambito delle ipotesi nelle quali la minaccia è legittima comprende anche i casi in cui la minaccia sia comunque volta a soddisfare l'interesse che il diritto tutela: si pensi alla minaccia di una procedura esecutiva fatta dal creditore per ottenere la stipula di un contratto di vendita il cui corrispettivo è costituito dal credito.

Il **dolo** come vizio della volontà è un artificio o un raggirio con cui si induce un soggetto in errore (anche non essenziale) allo scopo di addivenire alla stipula del negozio. Perché sia rilevante è necessario che il dolo non si risolva in una tollerabile e innocua esaltazione della propria prestazione (*dolus bonus*), ma sia invece un inganno insolito e apprezzabile, proveniente dalla controparte, o comunque noto al contraente che ne trae vantaggio. L'irrilevanza del *dolus bonus* si spiega anche in ragione del fatto che i comportamenti descritti non possono neppure considerarsi "raggiri". Inoltre, il dolo deve essere determinante, nel senso che il contraente in assenza dell'artificio o del raggirio non avrebbe concluso il contratto. La differenza esistente tra la figura dell'errore, in cui la falsa rappresentazione della realtà che inficia il processo di formazione della volontà è endogena alla volontà stessa, e quella del dolo, in cui essa è esogena, in quanto riconducibile alla condotta dell'altro contraente, non impedisce la coeva deduzione di entrambi i vizi a sostegno della domanda di annullamento del contratto. In tal caso, tuttavia, si impone l'adozione di distinte modalità nella disamina delle emergenze probatorie acquisite: infatti, mentre nel caso dell'errore, l'accertamento dev'essere condotto con riferimento alla condotta della parte che ne è vittima, verificando se il vizio abbia inciso sul processo formativo della sua volontà, dando origine ad una falsa rappresentazione che l'ha indotta a concludere il contratto; nel caso del dolo occorre accertare la condotta tenuta dal *deceptor* e le conseguenze da essa prodotte sul *deceptus*, verificando se la condotta commissiva od omissiva del primo abbia procurato la falsa rappresentazione della realtà che ha determinato il secondo alla contrattazione, inducendo nel processo formativo della sua volontà un errore avente carattere essenziale. Resta ferma la possibilità per il *deceptor* di provare che la controparte era a conoscenza dei fatti addebitati alla sua condotta maliziosa o che avrebbe potuto conoscerli usando la normale diligenza. In ogni caso, secondo la giurisprudenza, il contraente il cui consenso risulti viziato da dolo può richiedere giudizialmente il **risarcimento del danno** conseguente all'illecito della controparte lesivo della libertà negoziale, sulla base della previsione in tema di responsabilità aquiliana

di cui all'art. 2043 c.c., a prescindere dalla contemporanea proposizione della domanda di annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c.

Se invece il dolo incide sul contenuto del contratto o del negozio (**dolo incidente**) ma non è stato determinante, esso non rende il contratto annullabile, mentre la vittima può comunque chiedere il risarcimento del danno subito (art. 1440 c.c.). In sostanza, nonostante l'esistenza di raggiri, il contratto è valido «benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse, ma il contraente in mala fede risponde dei danni». La responsabilità non è contrattuale, poiché non deriva dall'inadempimento di un'obbligazione contrattuale: si tratta invece di **responsabilità precontrattuale**, in cui tuttavia il danno da risarcire deve determinarsi tenendo conto della circostanza che comunque il contratto è valido. Ne discende che non avrebbe senso prendere a riferimento il mero interesse negativo e cioè l'interesse a non concludere il contratto: tendenzialmente il danno verrà quantificato sulla differenza tra le utilità che la vittima del dolo trae dal contratto così come stipulato e quelle che invece avrebbe ricavato se l'assetto di interessi si fosse realizzato in assenza di raggiri. La giurisprudenza si rifugia nell'ambigua formula del minor vantaggio o del maggior aggravio economico [v. *supra* cap. XVIII § 7]. Sulla disposizione normativa di cui all'art. 1440 c.c., che sancisce la possibilità di una compatibilità tra responsabilità precontrattuale e validità del contratto, la dottrina più recente è tornata a riflettere con riferimento ad una sorta di "nuova stagione" della responsabilità precontrattuale, che ormai si estende oltre i tradizionali steccati delle due ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative e della conclusione di un contratto invalido (artt. 1337 e 1338 c.c.): sempre più numerose sono infatti le ipotesi della legislazione speciale che prefigurano un comportamento precontrattuale scorretto di uno dei due contraenti non idoneo ad inficiare la validità del contratto, ma comunque capace di incidere sulla composizione dell'assetto di interessi.

3. *L'invalidità*

Il codice civile del 1942 guarda con favore alla validità dello scambio e, conseguentemente, considera un'eccezione l'ipotesi dell'invalidità dello stesso. La massima soddisfazione dei bisogni presuppone ovviamente che gli attori dello scambio siano in grado di effettuare una scelta razionale e dunque libera e consapevole: le tradizionali invalidità codicistiche, nel fissare le condizioni di ricevibilità dell'atto negoziale, strutturali (causa, oggetto, forma, accordo) e politiche (contrarietà a norme imperative), si incaricavano altresì di sindacare la scelta dei contraenti soltanto ove vi fosse un **deficit di volontà** (vizi della volontà, incapacità). A questa stagione risale anche la previsione dell'inefficacia delle clausole vessatorie inserite nei contratti c.d. di massa o *standard*, in cui l'impresa, dovendo concludere un numero importante di contratti identici, ricorre a moduli o formulari contenenti le condizioni generali del contratto (art. 1341 c.c.). Bilanciando l'interesse dell'impresa alla celerità dei traffici con l'interesse del contraente debole privato di ogni possibilità di trattativa individuale, che si limita infatti ad aderire

alle condizioni generali del contratto, il codice prevede che tali condizioni siano efficaci anche se solo conoscibili da parte dell'aderente [v. *supra* cap. XXII § 9]. Al contempo, però, si sancisce l'inefficacia della clausola vessatoria non approvata specificamente: è bene precisare che tale inefficacia è stata interpretata dalla giurisprudenza come autentica nullità, peraltro rilevabile d'ufficio dal giudice, ma non invocabile dal predisponente. Ad ogni modo, non sfugge che si è ancora ad una tutela meramente formale del contraente debole, poiché anche la più iniqua delle clausole vessatorie deve considerarsi valida se specificamente approvata per iscritto. In una seconda fase, invece, l'autonomia dei privati ha conosciuto limitazioni prima ignote, tutte, o quasi tutte, tese a ripristinare la "razionalità della scelta" dei contraenti o, più di recente, connesse al fenomeno "conformativo" dell'autonomia dei privati imposto anche dalla regolazione delle autorità amministrative indipendenti, secondo macro-obiettivi e modalità d'intervento definiti a livello europeo. Nell'attuale terza fase del capitalismo, c.d. "neoliberista", la norma giusprivatistica imperativa non si limita a fissare le condizioni di ricevibilità dell'atto negoziale, come accadeva nel diritto civile del primo capitalismo "liberista", ma impone ai privati una serie di obblighi, in questo modo chiamandoli a cooperare attivamente nella costruzione del mercato, a questo punto non più semplice presupposto ma obiettivo esplicito di politica del diritto. Come è stato efficacemente notato, la legge non è più ausiliare rispetto all'autonomia privata, ma asseconda ora un modello di tipo "costruttivo/omeopatico", che contempla norme imperative prescrittive di condotte coerenti con l'obiettivo della creazione e conservazione dell'assetto concorrenziale del mercato.

Nel diritto civile dell'odierno "terzo" capitalismo c.d. neoliberista, l'invalidità si preoccupa, per un verso, del ripristino della razionalità perduta dai contraenti e del recupero di una scelta informata del consumatore; per altro verso, specie nei servizi di investimento, credito ed assicurazione, della creazione delle condizioni necessarie per una scelta (oltre che informata) adeguata alle esigenze del soggetto debole. Nei servizi finanziari, il ripristino della razionalità non è sufficiente, non ponendosi qui un problema di scelta consapevole e di asimmetria informativa, ma di **deficit cognitivo** e, dunque, di **asimmetria cognitiva**: occorre, allora, che il soggetto sia guidato verso la scelta più adeguata alle sue esigenze, ai suoi scopi, e la valutazione di coerenza tra l'esigenza del cliente ed il bene negoziato, non più dunque un mero dovere di informazione, è rimessa dall'ordinamento giuridico agli intermediari. Ciò perché, lo si ribadisce, il **deficit** è cognitivo, non più meramente informativo: il cliente, anche se correttamente informato sulle caratteristiche di un prodotto assicurativo o finanziario, non è comunque in grado di comprenderne il complesso funzionamento e valutare l'opportunità dell'acquisto e i rischi connessi, sicché esso va guidato verso la scelta più adeguata.

In questo contesto, le nuove invalidità civilistiche (**nullità di protezione**) divengono allora rimedio nella disponibilità di un soggetto debole e, per tale ragione, si connotano come relative e parziali. Il soggetto debole può dunque sollecitare l'espunzione della clausola nulla, beneficiando così in modo pieno delle utilità derivanti dal contratto: in questo senso, è agevole comprendere come il rimedio della nullità abbia carattere

satisfattivo. La nullità, cioè, non è più mera caducazione (totale ed assoluta) dell'atto negoziale, ma strumento di controllo dell'esercizio dell'autonomia privata. Così, la nullità di protezione non è, come la nullità tradizionale, effetto automatico riconnesso dall'ordinamento all'illegalità o all'illiceità della fattispecie contrattuale, ma rimedio nelle mani dell'interessato (il quale è libero di farlo valere o meno, es. art. 36 cod. cons.): l'ordinamento affida al contraente debole la scelta in ordine all'invalidazione o meno del contratto e la nullità colpisce esclusivamente il segmento del contenuto del contratto imposto dalla parte più forte, senza con ciò travolgere l'intero accordo, per cui la nullità che caratterizza le nuove discipline imperative del contratto di matrice europea è relativa e parziale. In sintesi, il giudizio civile sulla (nuova) nullità perde la sua originaria funzione non essendo più volto alla mera eliminazione dell'atto negoziale, e divenendo giudizio di conformazione del modo di esercizio dell'autonomia privata. Peraltro, come si dirà, tale conformazione talora si realizza con tecnica che potrebbe dirsi "specificata" (nullità parziale necessaria), altre volte, per così dire, "per equivalente": quando infatti l'atto si considera ricevibile, ma il contenuto è stato comunque alterato da un comportamento scorretto di una parte, si ammette la compatibilità della validità del contratto con la responsabilità precontrattuale (c.d. teoria dei "vizi incompleti").

E così, se nella tradizionale tripartizione delle forme di tutela [v. *supra* cap. II § 9] – restitutoria, satisfattiva, risarcitoria – l'invalidità di un atto di autonomia privata è, come si diceva, certamente riconducibile alla **tutela restitutoria**, poiché essa implica la demolizione dell'assetto di interessi congegnato dalle parti, le profonde modificazioni conseguenti alle incursioni del legislatore europeo hanno comportato una graduale metamorfosi dell'invalidità privatistica, la quale assume sempre più spesso una connotazione "satisfattiva", poiché l'invalidità non è più meramente demolitoria dell'assetto di interessi, così come delineato dall'esercizio del potere di autonomia dei privati (tutela restitutoria), ma piuttosto conformativa di tale assetto, realizzando l'incremento di utilità auspicato dal contraente. L'invalidità delle nuove nullità di protezione civilistiche è, allora, riconducibile non già alla tutela meramente restitutoria, bensì alla tutela satisfattiva dei diritti.

4. La nullità

La **nullità** è la risposta dell'ordinamento ad un vizio genetico grave dell'atto di autonomia privata. Al contrario di quanto accade in caso di annullabilità, l'atto nullo non produce effetti (ad es., se la vendita è nulla, l'acquirente non acquista la proprietà del bene), ma soprattutto le cause della nullità non sono sempre testuali e cioè previste espressamente, come accade invece per l'annullabilità.

Può trattarsi di una **nullità strutturale** o di una **nullità politica**: nel primo caso sussiste una difformità formale del contratto rispetto al modello legale o normativo, in ragione dell'assenza di uno dei suoi elementi costitutivi (accordo, causa, oggetto, forma). Il requisito richiesto dalla fattispecie contrattuale può mancare del tutto (si pensi alla

donazione di cosa altrui, che secondo la giurisprudenza è priva di causa o al il contratto atipico che difetta della causa nel senso che non persegue interessi meritevoli di tutela), oppure il requisito esiste ma è politicamente disapprovato perché si pone in contrasto con una norma imperativa e con gli interessi dalla stessa protetti (es. causa illecita, oggetto illecito): la dottrina utilizza in questi casi l'espressione **contratto illecito** se il contrasto con la norma imperativa, con l'ordine pubblico o il buon costume investe la causa o l'oggetto o il motivo; diversamente si parla di **contratto illegale**. Come si dirà, mentre il contratto illecito è sempre nullo, quello illegale può essere nullo «salvo che la legge disponga diversamente» (art. 1418, co. 1, c.c.).

Invero, raramente una questione di nullità si pone per ragioni attinenti alla struttura del contratto, almeno con riferimento alla mancanza di un elemento essenziale, mentre accade più frequentemente che il contratto, magari in uno dei suoi requisiti strutturali, sia in contrasto con una "norma imperativa": quest'ultima può essere esplicita (es. art. 1963 c.c.: divieto di patto commissorio) o implicita, come accade quando del contratto si afferma la nullità per contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume. L'ordinamento cioè non prevede espressamente una "norma imperativa" e utilizza invece la tecnica della clausola generale (ordine pubblico o buon costume), e tuttavia può ritenersi che, anche qui, la nullità dipenda dal contrasto con una "norma imperativa", ancorché quest'ultima non sia esplicita ma ricavabile dalla clausola generale (si pensi, con riferimento all'ordine pubblico, al patto con cui i coniugi determinano preventivamente, durante la separazione, l'assegno divorzile: secondo la giurisprudenza più recente, infatti, una preventiva pattuizione – specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio – potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione degli effetti civili del matrimonio).

Può comunque farsi qualche esempio di nullità strutturale: si pensi alla donazione di cosa altrui. Il codice pone un divieto rispetto alla donazione di cosa futura, mentre nulla dice sulla donazione di un bene altrui. Secondo la giurisprudenza, la donazione di bene altrui è comunque nulla per mancanza di causa, in quanto l'altruità della cosa non sarebbe compatibile con la sussistenza di un *animus donandi* e, quindi, mancherebbe la causa della donazione. Con riferimento al requisito della forma, si consideri la nullità, ritenuta appunto "di carattere formale", per gli atti di trasferimento di immobili da cui non risulti la regolarità urbanistica del bene o la pendenza del procedimento di sanatoria (art. 40 l. 47/1985: si noti che la giurisprudenza più recente ritiene che in questo caso possa ritenersi anche una nullità "sostanziale", quando la forma richiesta dalla legge viene rispettata ma il bene venduto è comunque "abusivo"). Si pensi, ancora, al contratto di locazione ad uso abitativo stipulato senza la forma scritta (art. 1, co. 4, l. 431/1998): peraltro, come si dirà, le sezioni unite della Cassazione hanno affermato che in questo caso il contratto è affetto da nullità assoluta, rilevabile d'ufficio, attesa la *ratio* pubblicistica di contrasto all'evasione fiscale, eccettuata l'ipotesi in cui la forma verbale sia stata imposta dal locatore, poiché in questo caso avremmo una nullità di protezione a favore del conduttore, solo da lui denunciabile (sul punto torneremo).

In ogni caso, quando si discute di nullità, l'anomalia è originaria poiché anche

quando si parla di **nullità sopravvenuta** si allude in realtà ad un contratto originariamente valido che l'ordinamento, in un tempo successivo alla sua conclusione, priva dei suoi effetti: la sopravvenienza della "norma imperativa" incide dunque *ex nunc* sul rapporto e cioè sugli effetti di un atto perfetto e valido. Specularmente, un mutamento legislativo non può condurre alla validità di un contratto originariamente nullo. Di recente è stato rimesso alle sezioni unite della Cassazione il contrasto sorto in ordine alla applicabilità del "nuovo" art. 1815 c.c. (l. 108/1996) in merito alla determinazione degli interessi usurari ai contratti di mutuo ancora pendenti alla data di entrata in vigore della menzionata legge, anche in considerazione degli effetti della norma di interpretazione autentica di cui all'art. 1, co. 1, d.l. 394/2000. Come è noto l'art. 1815 c.c. (così come modificato con la l. 108/1996) prevede al co. 2 che: «Se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi». Due sostanzialmente gli orientamenti sin qui sostenuti dalla giurisprudenza di legittimità: il primo ritiene che il contratto di mutuo stipulato prima della modifica dell'art. 1815 c.c. rimanga pienamente valido, non applicandosi la disciplina introdotta con la l. 108/1996; il secondo invece ritiene che il contratto di mutuo con clausola usuraria, ancorché inizialmente valido, debba considerarsi parzialmente inefficace *ex nunc* a partire dall'entrata in vigore della nuova disciplina.

La regola generale e al contempo di chiusura è quella secondo cui il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente (art. 1418, co. 1, c.c.). Tale regola introduce il problema della nullità virtuale e pone anzitutto un'esigenza di identificazione delle "norme imperative" che, in prima approssimazione, possono identificarsi con le norme inderogabili, le quali si contrappongono alle norme derogabili o dispositive, ancorché si ritiene che vi siano norme certamente non derogabili dalle parti e che tuttavia non possono dirsi "imperative" (si badi, le nullità strutturali sono sempre testuali, mentre il problema della nullità virtuale si pone esclusivamente per le nullità politiche). La disciplina codicistica dei contratti è comunque, per lo più, costituita da norme dispositive e cioè derogabili: si pensi alla diffusa clausola che esclude l'applicabilità ad un contratto di compravendita della garanzia per i vizi. La relativa disciplina è ritenuta dalla giurisprudenza derogabile, non si è, dunque, in presenza di norme imperative, ma piuttosto di norme dispositive.

Secondo l'orientamento tradizionale, perché una norma possa dirsi "imperativa" è necessario che l'interesse sotteso e protetto dalla norma sia generale. Più di recente, si è invece sostenuto che più corretto sarebbe non già guardare al carattere generale dell'interesse protetto dalla norma, dovendosi piuttosto ritenere "imperativa" la norma posta a tutela di un interesse anche individuale, purché indisponibile: in tal senso, anche una norma posta a tutela di una sola parte del contratto può comunque presidiare un interesse indisponibile della stessa e rivelarsi dunque "imperativa".

Si pensi alla nullità (testuale) che sanziona la clausola vessatoria o abusiva del contratto stipulato tra il professionista e il consumatore. Il codice del consumo prevede che «nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un si-

gnificativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» (art. 33 cod. cons.). Peraltro, le clausole considerate vessatorie sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto (art. 36 cod. cons.). Proprio le nullità a tutela di una parte (nullità di protezione) hanno indotto la dottrina a ritenere ormai insoddisfacente il criterio dell'interesse generale per l'identificazione della norma imperativa. Sicché, come si diceva, sarebbero imperative anche le norme poste a tutela di interessi individuali (ad es. del consumatore) e che tuttavia sottendano interessi indisponibili del soggetto tutelato: l'imperatività discenderebbe dalla modalità con cui l'interesse, individuale o generale, è protetto. Questa tesi consentirebbe di ritenere la sussistenza di nullità di protezione "virtuali", poiché in presenza di una norma di protezione posta a presidio di un interesse individuale ma indisponibile potrebbe ritenersi che l'ordinamento abbia inteso sanzionare con la nullità la violazione della stessa, pur in assenza di una indicazione testuale.

Più problematico è il senso dell'inciso finale del co. 1 della disposizione normativa citata (art. 1418, co. 1, c.c.): occorre cioè intendersi sul significato da attribuire alla espressione «salvo che la legge disponga diversamente». In prima battuta, ma si tratta di una lettura piuttosto riduttiva, sembra sia possibile ritenere che la contrarietà a "norma imperativa" comporti di regola la nullità del contratto illegale, ma che ciò non possa dirsi quando la nullità è esclusa espressamente.

Se tuttavia non si vuole intendere l'inciso in questione come espressione pleonastica e inutile, deve almeno propendersi per l'opzione interpretativa secondo cui la regola generale della nullità per contrarietà a "norma imperativa" incontra un'eccezione non soltanto quando la nullità è esclusa espressamente, ma altresì quando a tutela dell'interesse protetto dalla norma imperativa l'ordinamento prevede una conseguenza diversa dalla nullità (ad es., una sanzione amministrativa): in passato ciò valeva ad es. per il contratto in contrasto con norma imperativa fiscale, ma ora la validità del contratto in questione è stata esplicitata dal legislatore (l'art. 10, co. 3, l. 212/2000 prevede, appunto, che «le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto»). Si consideri, tuttavia, l'ipotesi del contratto di locazione abitativa non registrato. Una parte della giurisprudenza, specie di merito, ha ritenuto che la registrazione per ragioni fiscali fosse condizione di efficacia del contratto. Ma la Cassazione ha ribadito la nullità del contratto di locazione non registrato: sicché, il locatore non può chiedere la risoluzione del contratto (sfratto per morosità) né il pagamento con decreto ingiuntivo dei canoni non corrisposti; mentre il conduttore può chiedere la ripetizione dei canoni corrisposti. Il locatore può invece chiedere, con un ordinario procedimento di cognizione, il risarcimento del danno per occupazione *sine titulo* o, in subordine, esperire l'azione di arricchimento ingiustificato.

Il punto è che, come affermato di recente dalla Corte costituzionale, la legge, in singoli casi, ha elevato la norma tributaria al rango di norma imperativa che implica la nullità del contratto ex art. 1418 c.c. Si tratta di deroghe alla regola generale secondo cui, come s'è già ricordato, le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto: un esempio è offerto dall'art. 1, co. 346, l. 311/2004: «I contratti di locazione (...) sono nulli se (...) non sono registrati».

E così, le sezioni unite della Cassazione hanno ritenuto inoltre che «ai sensi dell'art. 13, co. 1, l. 431/1998, in ipotesi di locazione ad uso abitativo registrata per un canone inferiore al reale, il contratto resta valido per il canone apparente, mentre l'accordo simulatorio relativo al maggior canone è affetto da nullità, non sanabile con eventuale registrazione tardiva» (al contempo, è stata rimessa alle sezioni unite, la questione se, con riferimento alle locazioni ad uso diverso da quello abitativo, in caso di simulazione relativa del canone mediante separato accordo recante l'importo maggiorato, la tardiva registrazione di quest'ultimo possa avere effetto sanante della nullità conseguente all'elusione della norma imperativa fiscale).

Insomma, quella della contrarietà a norma imperativa fiscale appare vicenda emblematica: in un primo tempo è stata la giurisprudenza ad escludere l'esito della nullità virtuale, proprio ritenendo la sussistenza di una scelta diversa dell'ordinamento in termini di sanzione. Successivamente, lo "Statuto del contribuente" ha recepito tale orientamento, di tal che la nullità del contratto è stata esclusa testualmente. Infine, in singole ipotesi, è ora la legge stessa a derogare a tale regola generale, prevedendo la nullità testuale, ad esempio se il contratto non viene registrato.

Sin qui si è detto del criterio per cui la contrarietà a norma imperativa comporterebbe di regola la nullità virtuale del contratto illegale (il contratto illecito è invece sempre nullo), salvo che la nullità non venga esclusa espressamente: si pensi appunto a quanto disposto dall'art. 10, co. 3, l. 212/2000 ("Statuto del Contribuente"), secondo cui «le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto». Sempre con riferimento al problema della nullità virtuale, si è poi menzionato il criterio, utilizzato in dottrina e in giurisprudenza, che muove dalla circostanza che l'ordinamento prevede una conseguenza diversa dalla nullità (ad es., una sanzione amministrativa).

Infine, è sembrato possibile in dottrina ed anche in giurisprudenza ritenere che l'inciso in questione consenta all'interprete di valutare se la stessa *ratio* della norma imperativa non valga ad escludere la nullità: se così è, l'inciso «salvo che la legge disponga diversamente» starebbe addirittura ad indicare che quella della nullità non è la regola, ma soltanto uno degli esiti possibili. Sarebbe l'interprete cioè, volta per volta, a stabilire se la *ratio* della norma imperativa esiga la nullità del contratto illegale, pur non essendo questa prevista dal legislatore: la nullità, pur essendo, dunque, **nullità virtuale** e non **nullità testuale**, sarebbe comunque congruente con la *ratio* della norma imperativa violata, giacché gli effetti prodotti dal contratto sono esattamente ciò che la norma si proponeva di evitare. In altre parole, il contratto è nullo perché impedisce alla norma imperativa di raggiungere concretamente il suo "scopo".

Un esempio può chiarire quest'ultima opzione interpretativa. Esiste una norma imperativa che indica che il mutuo fondiario concesso da una banca non possa superare una certa somma, proporzionale al valore dell'immobile da acquistare (80% del valore dell'immobile): il legislatore non dice se il superamento del tetto comporti o meno la nullità del contratto. Se si ritiene che la *ratio* della norma imperativa in questione sia quella di tutelare l'interesse della singola banca, può concludersi nel senso che il con-

tratto di mutuo che abbia ad oggetto una somma eccedente quella prevista dalla norma imperativa è comunque valido. Diversamente – se si predilige un'opzione interpretativa secondo cui la *ratio* della norma imperativa che fissa un tetto masso di finanziabilità sia pubblicistica o comunque se si è orientati a pensare che la norma sia posta a tutela non già dell'interesse della singola banca, ma della stabilità dell'intero sistema bancario – può sostenersi la compatibilità della *ratio* della norma imperativa con la nullità del contratto di mutuo: quest'ultimo infatti impedisce alla norma imperativa di raggiungere il suo scopo, ossia mantenere la stabilità del sistema bancario.

Un altro esempio è probabilmente ancora più efficace. Esiste una norma imperativa che vieta la vendita di un fondo senza il rispetto della prelazione agraria: lo scopo della norma è la tutela della proprietà contadina (l. 590/1965). Tuttavia, poiché in caso di violazione della norma imperativa, tale scopo può comunque essere realizzato attraverso il rimedio del riscatto, la giurisprudenza ritiene che il contratto di vendita di un fondo senza il rispetto delle norme sulla prelazione legale sia valido: in questo caso cioè non si avrebbe nullità virtuale poiché la legge disporrebbe diversamente, prevedendo appunto lo strumento del riscatto.

Così impostata la questione della nullità, sembra evidente che a tali interrogativi l'interprete non può rispondere avendo riguardo soltanto al carattere generale o invece particolare dell'interesse protetto dalla norma, come talora si è soliti dire. Non avrebbe senso, peraltro, ritenere che la norma è imperativa e non dispositiva quando persegue la tutela di un interesse generale; e che alla violazione della norma imperativa segue la nullità virtuale (ancora una volta) a seconda che si ponga l'esigenza di tutelare un interesse generale ovvero un interesse particolare. La natura (generale o particolare) dell'interesse tutelato dalla norma è certamente uno degli indici che possono guidare l'interprete nella soluzione delle due questioni, tuttavia è di tutta evidenza che tale criterio non può, al contempo, far propendere per la imperatività della norma e per la sussistenza di una nullità virtuale. L'interprete dovrà invece considerare anche l'esistenza di altri indici, come ad es. altre sanzioni, o meglio reazioni approntate dall'ordinamento (es. sanzioni amministrative), rispetto alla violazione di quella norma imperativa che possano far ritenere, nel caso specifico, la soluzione della nullità del contratto un esito non richiesto o non esigibile dall'ordinamento, avendo ovviamente riguardo all'interesse perseguito dalla norma imperativa.

Vi sono poi norme imperative che impongono una condotta, sicché la loro violazione non dovrebbe condurre ad un giudizio di nullità. In questo senso, la giurisprudenza ritiene che la violazione del dovere di buona fede o comunque di doveri di comportamento imposti alle parti, sia nella fase precontrattuale (ad es., doveri di informazione) sia nell'esecuzione del contratto, non possa condurre ad una reazione dell'ordinamento in termini di nullità del contratto, ma piuttosto ad un rimedio meramente risarcitorio. Si pensi al caso della banca che venda ad un proprio cliente obbligazioni di una società in crisi, senza informare il cliente del rischio elevato dell'operazione.

Naturalmente le nullità non sono soltanto quelle previste dal codice civile, ma anche e soprattutto quelle previste dalla legislazione speciale. Negli anni più recenti, alle tra-

dizionali **nullità speciali** (ad es. presenti nella legislazione urbanistica) si è affiancato un robusto gruppo di nullità previste dalla legislazione a tutela del consumatore o della c.d. impresa debole. La previsione di tali nuove nullità si accompagna sovente ad una loro differente disciplina, con riferimento in particolare a due aspetti essenziali: 1) la **legittimazione ad agire**, che nella nullità tradizionale è assoluta, qui è sovente relativa, nel senso che la nullità non può essere fatta valere da chiunque, ma soltanto dalla parte debole del contratto; 2) la nullità è sempre parziale, comporta cioè l'espunzione di una singola clausola, e difficilmente può implicare la caducazione dell'intero contratto. La giurisprudenza ha ritenuto che una stessa disposizione possa o meno essere interpretata come nullità di protezione, con la conseguenza della legittimazione relativa, a seconda delle concrete modalità di conclusione del contratto: in particolare, la nullità del contratto di locazione stipulato in forma orale sarebbe da intendere come nullità di protezione soltanto ove il conduttore dimostri che la forma orale sia stata imposta dal locatore. In caso contrario, poiché la norma imperativa non tutela la parte debole ma un interesse di natura pubblicistica e fiscale, la nullità non potrebbe considerarsi come nullità di protezione, con la conseguenza che anche il locatore potrebbe farla valere.

A conclusione, il contratto è nullo quando la sua struttura è imperfetta o quando gli interessi perseguiti dalle parti si pongono in contrasto con valori protetti da una norma imperativa, la quale a sua volta può essere espressa o implicita: in quest'ultimo caso, l'interprete dovrà ad es. valutare la liceità della causa o dell'oggetto, non già per contrasto appunto con una norma imperativa espressa, ma per contrarietà con le clausole generali del buon costume o dell'ordine pubblico. Anche in tali casi potrebbe parlarsi di nullità strutturale, almeno nel senso che la nullità colpisce uno dei requisiti essenziali del contratto (causa, oggetto) e tuttavia qui la reazione dell'ordinamento è innescata da una contrarietà del regolamento di interessi predisposto dalle parti, sicché è preferibile parlare di contratto illecito e non di contratto meramente illegale. D'altro canto, come si è anticipato, le ipotesi di nullità strutturale in senso stretto non hanno particolare rilevanza pratica: l'unica ipotesi non di scuola di nullità strutturale sembra quella del **contratto atipico** che ex art. 1322 c.c. non persegua interessi meritevoli di tutela e possa così ritenersi sprovvisto di causa. Nella più recente giurisprudenza si rinvencono alcuni esempi: a) il contratto derivato di *swap* concluso con lo scopo di copertura dell'investitore e ritenuto nullo per difetto di causa se lo stesso scopo non sussiste perché escluso, in concreto, dall'alea posta a carico dell'investitore; b) il contratto in cui la sproporzione tra la probabilità che si verifichi una perdita per il cliente e la possibilità che si verifichi una perdita per la banca (c.d. alea unilaterale) renda il derivato nullo per assenza di una causa che lo sorregga.

Più frequente è, invece, l'ipotesi in cui il contratto si ponga in contrasto con una norma imperativa che tuttavia non contempli la reazione della nullità. In tale ipotesi, se la norma imperativa non è espressa, il problema dell'interprete risiederà nel concretizzare la clausola generale, verificando se nel caso specifico possa ad es. parlarsi di contrarietà al buon costume o all'ordine pubblico [v. *supra* cap. XVIII § 11]. Se invece la norma imperativa è prevista espressamente dal legislatore, e tuttavia lo stesso non ha

predisposto una nullità testuale (art. 1418, co. 3, c.c.), occorrerà valutare se, malgrado il contratto non sia illecito (la causa e l'oggetto sono infatti leciti), lo stesso debba comunque ritenersi nullo in ragione della compatibilità della *ratio* della norma violata con una reazione in termini di nullità (c.d. contratto illegale).

Infine, occorre considerare l'illiceità che conduce alla **nullità per abuso**, in cui: a) il giudizio di illiceità dell'atto di autonomia privata attiene al comportamento di una delle parti, quella che abusa della propria posizione per imporre condizioni contrattuali inique; b) l'illiceità non riguarda l'oggetto o la causa, ma altri aspetti del contenuto regolamentare; c) il parametro di valutazione della liceità non è più costituito soltanto dalle norme imperative, ma si estende al **diritto dispositivo**: la disciplina codicistica dei contratti, ancorché derogabile dalle parti e dunque dispositiva, diviene così paradigma di riferimento e modello di una regolamentazione equilibrata degli interessi. In sostanza, il diritto dispositivo è un diritto derogabile da entrambe le parti, ma nel contratto standardizzato – che si avvale cioè di condizioni generali di contratto – la deroga è in realtà operata da una sola parte: di tale speciale potere di autonomia, concesso all'impresa per una regolamentazione razionale dei propri contratti, la stessa non deve tuttavia abusare. La nullità per abuso è in definitiva una reazione dell'ordinamento rispetto ad un utilizzo del potere di deroga unilaterale al diritto dispositivo finalizzato ad imporre al contraente debole clausole inique.

In conclusione, mettendo anche da parte talune classificazioni che mantengono un'utilità prevalentemente descrittiva (nullità che attengono alla struttura e nullità che riguardano gli interessi perseguiti, contratto illecito e contratto illegale), l'interprete che non si trovi a confrontarsi con una nullità testuale dovrà risolvere essenzialmente quattro tipi di problemi: a) se la norma con cui il contratto si pone in contrasto possa qualificarsi come "imperativa" e non semplicemente come norma inderogabile; b) se la nullità del contratto sia congruente con la *ratio* della norma imperativa; c) se il regolamento di interessi, la causa o l'oggetto del contratto non si pongano in contrasto con l'ordine pubblico o il buon costume, ancorché non sia rinvenibile una norma imperativa espressa; d) se il componimento degli interessi non risulti comunque nullo in ragione della illiceità correlata ad un abuso di autonomia privata.

4.1. La nullità parziale

La **nullità parziale** di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità (art. 1419, co. 1, c.c.). Parte della dottrina ritiene che l'interprete deve mettere a confronto il regolamento di interessi originario con quello risultante a seguito dell'espunzione di una clausola o di una parte del contratto. Se risulta da una valutazione oggettiva che i contraenti lo avrebbero egualmente concluso, allora sarebbe contrario a buona fede consentire ad una delle parti di opporre la caducazione totale del contratto.

La giurisprudenza e la dottrina prevalente considerano invece la regola in questione

un'applicazione del generale **principio di conservazione** del contratto. In ogni caso, si ritiene che la nullità parziale sia la regola e che la nullità totale sia invece l'eccezione e da tale affermazione si traggono coerenti regole operative sul piano del riparto dell'onere probatorio e del potere officioso del giudice di rilevare la nullità totale: la nullità totale del contratto può essere fatta valere solo dal contraente che ne trarrebbe vantaggio, sul quale tuttavia ricade il relativo onere probatorio. Al contempo, la nullità totale non può essere rilevata d'ufficio. In particolare, andrebbe dimostrata l'essenzialità della clausola colpita da nullità o anche la sua inscindibilità con altre clausole del contratto.

La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative (art. 1419, co. 2, c.c.). La norma imperativa non si limita in questo caso a prevedere una nullità testuale, ma indica anche una regola che possa sostituire quella espunta dal regolamento di interessi originariamente predisposto. Si pensi a quanto disposto per il mutuo usurario dall'art. 1815, co. 2, c.c.: «Se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi». Si è osservato che la disposizione normativa in questione (art. 1419, co. 2, c.c.) potrebbe anche ritenersi superflua alla luce dell'integrazione legale del contratto: il contratto infatti obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge (art. 1374 c.c.).

Anche quando, in deroga alla disciplina generale della nullità parziale e al giudizio di essenzialità (art. 1419 c.c.) è il legislatore a prevedere la conservazione del contratto attraverso un congegno di **nullità parziale necessaria**, può comunque porsi il problema dell'integrazione del contratto con norme dispositive. Paradigmatico il caso della nullità della clausola abusiva (art. 36 cod. cons.) in cui, ferma restando la conservazione del contratto, comprensibile in ragione del fatto che qui il contratto non è illecito perché la nullità non coinvolge l'oggetto o la causa, deve osservarsi che gli effetti della nullità possono variare in ragione del contenuto della clausola abusiva espunta. Se infatti la clausola dichiarata nulla deroga ad una disciplina generale della materia, la sua caducazione provoca la "riespansione" della regola generale [v. *supra* cap. XVIII § 14]. Si pensi all'ipotesi in cui il giudice ritenga abusiva una clausola penale: in questo caso, alla caducazione parziale del contratto non solo non conseguirà la nullità dell'intero contratto, ma il problema del risarcimento tornerà ad essere disciplinato dalle ordinarie regole dispositive sull'inadempimento del contratto. Più delicato è il problema della sorte del contratto quando la clausola abusiva dichiarata nulla è una "clausola essenziale": qui infatti la lacuna lasciata dalla caducazione parziale non può essere colmata da una riespansione della regola generale. E tuttavia occorre valutare se l'esito più coerente con la salvaguardia dell'autonomia privata non sia, ancora una volta, l'integrazione del contratto che conduca a colmare la lacuna attingendo alla disciplina dispositiva.

4.2. L'azione di nullità

Si è detto che la nullità costituisce la reazione dell'ordinamento rispetto ad una anomalia grave del contratto: la disciplina codicistica della nullità non a caso prevede

la **legittimazione assoluta** e non relativa della nullità, la **rilevabilità d'ufficio** e non soltanto su istanza di parte, l'imprescrittibilità dell'azione e l'insanabilità. Il codice civile prevede infatti che «salvo diverse disposizioni di legge, la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice» (art. 1421 c.c.). Chiunque abbia interesse può, dunque, agire affinché si accerti con sentenza dichiarativa ed efficacia retroattiva la nullità e conseguentemente l'inefficacia di un contratto. La precisazione rileva essenzialmente rispetto ai terzi i quali possono avere interesse a non subire pregiudizi ad opera del contratto nullo. La regola della legittimazione assoluta subisce ormai non poche deroghe nelle recenti normative di ispirazione europea, in cui sovente si prevede che soltanto il contraente protetto dalla nullità possa farla valere o che la nullità operi soltanto a favore del contraente debole (ad es., consumatore, utente, cliente). Paradigmatico quanto disposto nel codice del consumo, il quale prevede che «la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice» (art. 36, co. 3, cod. cons.); o ancora quanto previsto in tema di vendita di beni di consumo, ove la nullità del patto volto ad escludere o limitare i diritti riconosciuti dalla garanzia legale di conformità «può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice» (art. 134 cod. cons.). Tuttavia, ciò non significa che la nullità, anche quando sia posta a protezione di una parte e sia dunque relativa, non risponda comunque ad un interesse generale: lo dimostra l'opzione legislativa che ritiene compatibile la legittimazione relativa, e non assoluta, con la rilevabilità d'ufficio. Come si è detto, in questi casi oggetto della tutela è un interesse privato e seriale, ma l'interesse finale tutelato è comunque quello generale alla creazione e conservazione del mercato concorrenziale. Per tale ragione, il potere officioso del giudice di rilevare una nullità di protezione deve arrestarsi quando la parte debole abbia tenuto un comportamento incompatibile con la volontà di avvalersi della nullità.

Il principio della rilevabilità d'ufficio incontra un limite di ordine processuale nel principio dispositivo e, dunque, nel principio della domanda (art. 99 c.p.c.) e nella regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.): il processo deve cioè essere attivato su impulso del titolare del diritto, il giudice deve pronunciare non oltre i limiti della domanda e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti. È in ossequio a tali vincoli che la giurisprudenza tradizionale ha ritenuto di limitare la rilevabilità della nullità ai soli casi in cui in giudizio si chieda la condanna all'adempimento, poiché in questo caso la domanda presuppone la validità del contratto o, se si vuole, la validità rappresenta un elemento costitutivo della domanda. Coerentemente, sempre in ossequio al principio della domanda, la giurisprudenza ha escluso l'operatività del rilievo officioso del giudice quando invece la parte che agisce, pur potendo far valere una causa di nullità del contratto, chieda invece l'annullamento o la risoluzione o, addirittura, prospetti un motivo di nullità diverso da quello che il giudice potrebbe rilevare. In questi casi, tra l'altro, si è ritenuto che il rilievo officioso della nullità possa anche spiazzare le parti che non hanno preso in considerazione l'invalidità del contratto, conducendo così, non all'accoglimento della domanda di una di esse, ma ad una sorta di "terza via" lesiva del contraddittorio (art.

183, co. 4, c.p.c.). Più di recente, la giurisprudenza di legittimità a sezioni unite ha ritenuto di poter estendere il potere di rilievo officioso del giudice a tutte le impugnazioni contrattuali, anche cioè alle ipotesi in cui l'attore abbia chiesto la risoluzione, l'annullamento o la rescissione del contratto, ritenendo non sussistente un contrasto con il principio della domanda e del rispetto del contraddittorio.

4.3. *La conversione del contratto nullo*

Deve infine menzionarsi l'ipotesi della **conversione del contratto nullo**. Quest'ultimo, quando non sia illecito, può infatti produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità (art. 1424 c.c.). La conversione non implica una nuova manifestazione di volontà delle parti, semmai è possibile che i contraenti decidano di stipulare nuovamente il contratto, questa volta evitando la causa di nullità: in tal caso si parla di **rinovazione del contratto**.

Sino ad un recente intervento legislativo, una ipotesi interessante era costituita dalla "conversione" del contratto di lavoro a termine in contratto a tempo indeterminato: il legislatore prevedeva espressamente che il termine dovesse considerarsi come non apposto nel caso dell'assenza di forma scritta, mentre nulla diceva per l'ipotesi in cui il termine venisse apposto in assenza delle ragioni tecniche e organizzative che legittimavano la deroga alla regola generale della durata indeterminata del contratto. Le soluzioni offerte dalla dottrina e dalla giurisprudenza lavoristica erano essenzialmente due: a) la prima riteneva che la clausola contenente il termine fosse nulla, ma che la nullità fosse solo parziale; b) la seconda, argomentando dalla ipotetica volontà delle parti contrattuali (art. 1419, co. 1, c.c.) e dall'inesistenza di una norma imperativa sostitutiva (art. 1419, co. 2, c.c.), prospettava invece la nullità dell'intero contratto di lavoro.

La tesi della conservazione del contratto residuo veniva argomentata anche muovendo dalla specialità del diritto del lavoro: si riteneva infatti che la clausola appositiva del termine, in assenza dei presupposti di legge, dovesse considerarsi come non apposta e si precisava che la "conversione" del contratto in contratto di lavoro a tempo indeterminato non realizzava un'ipotesi di conversione in senso tecnico del contratto nullo ex art. 1424 c.c. in una diversa tipologia negoziale. La "conversione" atecnica del contratto di lavoro a tempo determinato in contratto di lavoro a tempo indeterminato sarebbe consistita, piuttosto, in un'applicazione analogica della disposizione testuale prevista per il caso dell'assenza di forma scritta, all'ipotesi in cui il termine venisse apposto in assenza delle ragioni previste dal legislatore. Una terza argomentazione a sostegno della conservazione del contratto di lavoro riteneva, invece, la sussistenza di una ipotesi speciale di nullità di protezione: scopo della norma imperativa che commina la nullità sarebbe stata infatti la tutela dell'interesse indisponibile del lavoratore e per tale ragione la nullità sarebbe stata da intendere come necessariamente parziale. Questa tesi muoveva da un'operazione ermeneutica di "riduzione teleologica" della disciplina co-

dicistica della nullità, in particolare dell'art. 1419 c.c., una lettura della norma invalidante in ragione del suo scopo: in sostanza, una disposizione imperativa a tutela del lavoratore non avrebbe potuto avere come esito ultimo la caducazione integrale del contratto e cioè un esito sfavorevole per il contraente debole.

Come si diceva, almeno sul piano pratico, la questione ha oggi perso di importanza. Il contratto di lavoro è di regola a tempo indeterminato (art. 1 d.lgs. 81/2015). In taluni casi tassativamente previsti dalla legge, poi, il contratto di lavoro non può essere stipulato a termine e, comunque, al contratto di lavoro subordinato può essere apposto un termine di durata non superiore a trentasei mesi (art. 19 d.lgs. 81/2015). Qualora il limite dei trentasei mesi sia superato, per effetto di un unico contratto o di una successione di contratti, o comunque si violi un divieto specifico di assunzione con contratto a tempo determinato (art. 20 d.lgs. 81/2015), il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data di tale superamento. La nuova disciplina del problema della riconduzione della "trasformazione" *ex lege* del contratto di lavoro all'istituto della conversione di cui all'art. 1424 c.c. Tale questione sembra debba risolversi in senso negativo almeno per due ragioni: a) di conversione in senso civilistico potrebbe parlarsi solo in quanto si ritenga, in prima battuta, la sussistenza di una nullità totale, il che in questo caso sembra doversi escludere; b) in secondo luogo, il meccanismo della conversione conduce ad un contratto diverso, ma soprattutto implicante un assetto di interessi di minor consistenza rispetto a quello del contratto nullo, e questo certamente non può dirsi nel caso della trasformazione in contratto di lavoro a tempo determinato.

5. L'annullabilità

L'**annullabilità del contratto** si ha in presenza di una anomalia non grave che il legislatore ha comunque tipizzato. In prima approssimazione, può dirsi che in questo caso la norma violata è posta a tutela di un interesse individuale, cioè di una sola parte del contratto, tanto che il contratto annullabile è efficace sinché non venga annullato con sentenza costitutiva.

Come si diceva, a differenza di quanto accade per la nullità, il legislatore ha individuato in modo tipico e tassativo le cause di annullabilità: e così il contratto è annullabile in caso di **incapacità legale** (incapacità d'agire) e di **incapacità naturale** del soggetto (art. 1425 c.c.) o in presenza di **vizi della volontà** [v. *supra* § 2], nonché in talune altre ipotesi indicate dal legislatore. In particolare, l'incapacità legale è causa di annullamento, ma in ossequio al principio di tutela dell'affidamento è fatta salva l'ipotesi in cui il minore abbia posto in essere raggiri per occultare la propria età (art. 1426 c.c.). Così come nel caso di incapacità di intendere e di volere (incapacità naturale) è richiesta la mala fede dell'altro contraente (art. 428 c.c.).

Della disciplina dell'annullabilità tradizionalmente si ricordano alcune regole es-

senziali e caratterizzanti: a) l'azione di annullamento è un'**azione costitutiva** poiché è volta a modificare la situazione giuridica preesistente, privando il contratto della sua efficacia; b) l'azione di annullamento è un'azione a **legittimazione relativa**, potendo essere fatta valere soltanto dal soggetto a cui tutela è prescritta l'invalidità; c) l'annullabilità non può essere rilevata d'ufficio; d) l'azione di annullamento si prescrive di regola in cinque anni; e) il contratto annullabile può essere oggetto di **convalida espressa** o di **convalida tacita**.

Il contratto annullabile è, dunque, un contratto efficace, ma la parte che abbia manifestato una volontà negoziale viziata o sia incapace può, entro cinque anni, chiederne l'annullamento. Quando il contratto rimanga ineseguito, è peraltro possibile che la parte legittimata all'azione costitutiva, che sia rimasta inerte, venga convenuta in giudizio per l'esecuzione della prestazione: in tal caso, può essere opposta l'**eccezione di annullamento** che, a differenza dell'azione, non è soggetta a prescrizione. Ma si tratta di un'ipotesi assai particolare, perché come si è detto il contratto non ha avuto esecuzione: di regola dunque la "precarietà" degli effetti del contratto annullabile viene meno allo scadere dei cinque anni di prescrizione dell'azione di annullamento. Può peraltro accadere che l'efficacia del contratto acquisisca una definitiva stabilità ancor prima dello scadere del termine di prescrizione: ciò si verifica quando la parte alla cui tutela è disposta l'annullabilità del contratto si determini alla convalida del contratto. Il contratto annullabile può infatti essere convalidato dal contraente legittimato ad esercitare l'azione di annullamento: a) espressamente e cioè mediante un atto che contenga la menzione del contratto e del motivo di annullabilità, e la dichiarazione che s'intende convalidarlo; b) tacitamente, se il contraente al quale spetta l'azione di annullamento vi ha dato volontariamente esecuzione conoscendo il motivo di annullabilità. La convalida non ha effetto se chi l'esegue non è in condizione di concludere validamente il contratto, mentre è rimessa al giudice la valutazione del significato di un'esecuzione anche parziale, onde accertare se questa sia tale, per l'importanza che riveste, da esprimere la volontà di convalidare il contratto.

In assenza di convalida espressa o tacita, la "precarietà" degli effetti del contratto annullabile può venir meno ove intervenga sentenza costitutiva di annullamento, la quale rende il contratto inefficace in modo retroattivo, sicché, come nel caso della nullità, anche qui seguiranno le restituzioni secondo le regole dell'indebito [v. *supra* cap. XVI § 4]. Fatta eccezione per l'ipotesi dell'incapacità legale, i diritti dei terzi sono fatti salvi se l'acquisto è a titolo oneroso e in buona fede, sempre che lo stesso sia stato trascritto prima della trascrizione della domanda di annullamento.

6. La rescissione

Anche la **rescissione del contratto** è rimedio approntato per vizio genetico del sinallagma contrattuale e si ha in due ipotesi: quando si dà luogo ad un **contratto concluso in stato di pericolo** o ad un **contratto concluso in stato di bisogno**. La prima

ipotesi (contratto in stato di pericolo) è descritta dall'art. 1447 c.c. secondo cui: «Il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, può essere rescisso sulla domanda della parte che si è obbligata. Il giudice nel pronunciare la rescissione può, secondo le circostanze, assegnare un equo compenso all'altra parte per l'opera prestata».

Si realizza invece la seconda ipotesi (contratto in stato di bisogno) quando «vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio»: in tal caso, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto. L'azione non è però ammissibile «se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto» (la lesione deve comunque perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta). Infine, «non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori» (art. 1448 c.c.).

Un problema di coordinamento si pone tra le fattispecie del contratto rescindibile per lesione e quella del **contratto usurario**. Quando infatti sussistono i presupposti, peraltro ormai non particolarmente rigidi, del reato di usura *ex* art. 644 c.p. [v. *supra* cap. XIV § 8.1.2], sul piano civilistico deve ritenersi applicabile l'art. 1815 c.c., se il contratto è di mutuo: conseguentemente, il contratto diviene gratuito e non saranno dovuti interessi.

Nella sua più recente formulazione l'art. 644 c.p. punisce il comportamento di chi si fa dare o promettere in corrispettivo di una prestazione di denaro interessi usurari. La disposizione penalistica aggiunge che è la legge a stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. Purtuttavia, si considerano usurari gli interessi anche se inferiori a tale limite se, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria (c.d. usurarietà in concreto). Come si vede, la disposizione è di larga applicazione e addirittura non contempla lo stato di bisogno quale requisito di fattispecie: esso diviene invece mera circostanza aggravante e, comunque, lo si ritiene provato anche in base alla sola misura degli interessi, qualora sia di entità tale da far ragionevolmente presumere che soltanto un soggetto in stato di bisogno avrebbe contratto il prestito a condizioni talmente inique e onerose. Si noti, infine, che la fattispecie di reato non richiede neppure l'approfittamento da parte del reo.

In sostanza, il rimedio della rescissione cede il passo alla disciplina della nullità parziale congegnata all'art. 1815 c.c., che «converte» il contratto usurario di mutuo oneroso in contratto di mutuo gratuito, e dovrebbe considerarsi recessiva anche quando il contratto usurario sia un contratto di finanziamento diverso dal mutuo [v. *infra* cap. XXIII § 1]. Ragionando diversamente si avrebbe il paradosso di un rimedio meno severo in presenza dei presupposti della rescissione per lesione (sproporzione *ultra dimidium*, stato di bisogno, approfittamento) e più severo (nullità) quando invece il contratto usurario non è rescindibile per assenza dei presupposti richiesti dall'art. 1448 c.c. Parte della dottrina ha così ritenuto che la nuova formulazione del reato di usura abbia

implicitamente abrogato la disciplina della rescissione del contratto concluso in stato di bisogno.

Anche a prescindere da tali ultime considerazioni, la disciplina della rescissione non ha significativa rilevanza pratica, ma ha grande importanza sul piano concettuale: essa infatti consente di affermare, senza possibilità di smentita, la vigenza nell'ordinamento italiano del principio dell'irrilevanza della congruità delle prestazioni di un contratto e segnatamente di un contratto sinallagmatico o a prestazioni corrispettive. Non può sfuggire, infatti, che la rescissione di un contratto non è consentita sol perché una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, o perché vi è sproporzione tra il valore della prestazione di una parte e quella dell'altra: in entrambi i casi è infatti necessario un ulteriore elemento, e cioè che l'iniquità o la non congruità si realizzi in presenza di uno stato di pericolo o di uno stato di bisogno. Questa indicazione, l'irrilevanza cioè dello squilibrio o della mera sproporzione originaria tra le prestazioni contrattuali, appare di particolare importanza nel diritto contrattuale contemporaneo, in cui è possibile rinvenire nuove ipotesi in cui si ammette un sindacato del giudice sulla congruità e proporzionalità dello scambio negoziale. Si pensi all'**abuso di dipendenza economica** ex art. 9 l. 192/1998 [v. *infra* cap. XXII § 1]: qui si vieta l'abuso da parte di un'impresa dello stato di dipendenza economica in cui si trova un'impresa cliente o fornitrice. Quando cioè un'impresa è in grado di determinare, nei rapporti con l'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi (dipendenza economica), il giudice può dichiarare nullo il patto con cui si realizzi concretamente tale abuso. Anche in queste nuove ipotesi si ripete la logica che permea le soluzioni codicistiche: l'ordinamento si disinteressa dell'equità dello scambio e interviene soltanto quando lo squilibrio del sinallagma genetico non è frutto di una libera e insindacabile scelta delle parti ma è invece la conseguenza di un abuso o approfittamento dello stato di debolezza in cui versa una parte del contratto.

7. La risoluzione giudiziale per inadempimento

Lo scioglimento del vincolo contrattuale può avvenire in ragione del **recesso unilaterale**, quando ciò sia previsto dalle parti (art. 1373 c.c.) o ammesso dalla legge (art. 1372 c.c.), o per **mutuo dissenso** [v. *supra* cap. XVIII § 19]. La **risoluzione** costituisce un'ulteriore ipotesi in cui le parti del contratto possono sciogliere il rapporto, in presenza di un'alterazione sopravvenuta e funzionale del vincolo (sinallagma funzionale).

Il codice civile prevede tre tipi di **risoluzione giudiziale** aventi presupposti ed effetti diversi, ma tutti accomunati dalla circostanza che il nesso tra le prestazioni del contratto o sinallagma risulta viziato, in ragione dell'inadempimento di una parte, dell'impossibilità sopravvenuta di una prestazione o dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. L'ipotesi più importante è quella della **risoluzione per inadempimento**: l'art. 1453 c.c. prevede che «nei contratti a prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua volta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contrat-

to, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno». La risoluzione opera, dunque, soltanto nei **contratti sinallagmatici** o, appunto, a prestazioni corrispettive, in cui cioè le prestazioni risultano reciprocamente collegate: si pensi ai contratti di vendita, locazione o trasporto. Non sono invece contratti sinallagmatici, ad es., il mandato o il comodato. Come si vede, i contratti sinallagmatici sono tutti onerosi, ma non è vero il contrario: il mandato, ad es., anche se oneroso, non si considera contratto a prestazioni corrispettive. L'ambito operativo della risoluzione talora sembra estendersi anche oltre la corrispettività: ad es., il mutuo può essere sciolto con risoluzione. Se il mutuatario non adempie l'obbligo del pagamento degli interessi, il mutuante può infatti chiedere la risoluzione del contratto (art. 1820 c.c.). In realtà, sembra preferibile ritenere che tale ultima disposizione normativa dimostri che il mutuo oneroso — malgrado la consegna del denaro non possa ritenersi "prestazione" in ragione della realtà del contratto — può essere considerato un contratto a prestazioni corrispettive [v. *supra* cap. XVIII § 11].

La risoluzione giudiziale può chiedersi soltanto se l'inadempimento è di non scarsa importanza, il che significa che i presupposti dell'azione di adempimento e della risoluzione sono diversi e che l'ambito operativo dell'azione di adempimento rimane comunque più esteso, in quanto è sufficiente un inadempimento anche non grave. Questa circostanza, tuttavia, non giustifica una diversa distribuzione dell'onere probatorio, sicché in entrambi i casi chi agisce in giudizio deve limitarsi a provare il titolo, mentre non deve provare, ma semplicemente allegare, l'inadempimento.

L'art. 1453, co. 2, c.c. stabilisce: «La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento, ma non può chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione». In tal modo, il legislatore tutela l'affidamento dell'inadempiente convenuto in risoluzione, il quale ormai ritiene che l'altra parte non abbia più interesse a ricevere la prestazione. È tuttavia possibile che la domanda di risoluzione risulti infondata o comunque non venga accolta: secondo la giurisprudenza, in questo caso il creditore può ancora chiedere l'adempimento e ciò spiega perché si ritiene possibile che la parte chieda in via principale la risoluzione e in subordine l'adempimento.

Se poi entrambi i contraenti chiedono la risoluzione del contratto malgrado non sussistano i relativi presupposti (ad es., gli inadempimenti reciproci sono di scarsa importanza), la giurisprudenza con soluzione pragmatica di pura opportunità ritiene che il contratto si risolva comunque. Talvolta, la stessa giurisprudenza ha invece ritenuto che i rimedi della risoluzione per inadempimento e per impossibilità sopravvenuta hanno presupposti diversi: pertanto, viola il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato la sentenza che, dinanzi alla domanda delle parti di risoluzione per reciproci inadempimenti, ove non sussistano i relativi presupposti, dichiara la risoluzione ex art. 1463 c.c. per sopravvenuta impossibilità delle prestazioni contrattuali.

Infine, dalla data della domanda di risoluzione non è più possibile per la parte inadempiente una tardiva esecuzione della prestazione (art. 1453, co. 3, c.c.). La *ratio* di tale ultima norma è quella di attribuire alla domanda di risoluzione l'effetto di rendere definitivo l'inadempimento della parte non fedele, impedendogli di effettuare offerta

formale e di costituire in mora la controparte. L'indicazione fornita dall'art. 1453, co. 3, c.c. va allora circoscritta al riconoscimento della legittimità del rifiuto da parte del creditore della prestazione tardivamente offerta o destinata a correggere l'adempimento inesatto: il che non impedisce l'accettazione con correlativa rinuncia tacita alla risoluzione, così come deve ritenersi che il creditore possa accettare la prestazione del debitore anche dopo la costituzione in mora che rende, anche essa, l'**inadempimento definitivo** [v. *supra* cap. XIV § 10.2]. La preclusione è comunque duplice e consiste nella perdita da parte del creditore della pretesa della prestazione e nell'impossibilità per il debitore di imporre al creditore l'accettazione della prestazione. In dottrina, si ritiene che prima della domanda di risoluzione sia, invece, sempre possibile adempiere, ma è forse preferibile la tesi secondo cui, ove la prestazione abbia perso oggettiva utilità per il creditore, non possa imporsi l'adempimento, ancorché la domanda non sia (ancora) stata presentata. A tal fine, particolare rilevanza riveste la natura della prestazione: una prestazione in denaro, ad es., non perderebbe la sua utilità anche se eseguita in ritardo e sarebbe, dunque, sempre possibile adempiere, almeno sino all'esperimento della domanda di risoluzione. Dal canto suo, la giurisprudenza più recente sembra propensa ad ammettere la legittimazione del creditore, che non abbia esperito azione di risoluzione, a rifiutare la prestazione gravemente tardiva, con ciò manifestando una certa disponibilità ad accreditare l'idea che il nostro ordinamento conosca un rimedio generale di "eccezione di risoluzione" (esperibile, come si dirà, anche attraverso l'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c.).

I dispositivi di tutela decritti all'art. 1453 c.c. non esauriscono l'apparato rimediabile che l'ordinamento appronta in caso di inadempimento di un contratto a prestazioni corrispettive: la disciplina codicistica delle obbligazioni (art. 1218 c.c.) prevede infatti che l'inadempimento espone il debitore al risarcimento del danno e cioè alla responsabilità contrattuale [v. *supra* cap. XIV § 10.2], ma quando l'inadempimento consiste nella mancata o inesatta esecuzione di una prestazione di un contratto sinallagmatico, in cui cioè le prestazioni sono legate da un vincolo di corrispettività, allora alla parte fedele del contratto si offre sia il rimedio della responsabilità, sia quello della risoluzione per inadempimento (art. 1453 c.c.).

Occorre, tuttavia, ricordare che l'ordinaria reazione all'inadempimento dell'obbligazione è la domanda di adempimento. Il creditore, quindi, non può scegliere tra risarcimento ed esecuzione dell'obbligo: egli, finché la prestazione è possibile ha il diritto e il dovere di chiedere l'adempimento, sino al limite dell'impossibilità della prestazione o, secondo un'opzione preferibile, sino al venir meno dell'oggettivo interesse creditorio. Ancorché il codice civile del 1942 non lo dica espressamente, così come invece faceva il codice civile del 1865, la priorità dell'adempimento sul risarcimento si impone già in quanto l'obbligazione è situazione giuridica che ambisce all'attribuzione di un bene o di un'utilità mediante la cooperazione del debitore, e non anche al loro valore economico (risarcimento): soltanto al venir meno dell'oggettivo interesse creditorio, allora, si avrà titolo ad ottenere il risarcimento.

Per il debitore è così possibile adempiere anche quando l'inadempimento è divenuto

definitivo [v. *supra* cap. XIV § 10.2], ma a quel punto il creditore può rinunciare all'azione di adempimento e scegliere la strada del **risarcimento sostitutivo** dell'inadempimento integrale (art. 1218 c.c.). Dovrebbe a questo punto essere chiaro che la diffusa tesi della priorità dell'adempimento sul risarcimento si misura con l'idea, invece piuttosto controversa, di inadempimento definitivo: la nozione di definitività oscilla, nelle impostazioni della dottrina, tra una concezione, invero superata, che ammette il passaggio libero dall'adempimento al risarcimento; una nozione connotata da maggiore obiettività, secondo cui l'inadempimento è definitivo quando viene meno la disponibilità del debitore all'ulteriore cooperazione o comunque si ha la perdita di utilità della prestazione per il creditore [v. *supra* cap. XIV § 10.2]; e, infine, una posizione che tende a far coincidere la definitività con l'impossibilità imputabile al debitore. Ove si prediliga la soluzione intermedia, potrà ritenersi l'inadempimento definitivo già in ragione della circostanza oggettiva della perdita di interesse creditorio rispetto alla prestazione, e la valutazione di definitività potrà tener conto di indici concreti quali la messa in mora o, nei contratti a prestazioni corrispettive, l'esperimento della domanda di risoluzione.

Non deve, tuttavia, trascurarsi che se entrambi i rimedi dell'adempimento e del risarcimento si pongono come reazioni all'inadempimento, non è detto invece che i presupposti della responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. (risarcimento) e della risoluzione per inadempimento siano identici e sovrapponibili. Nel disegno codicistico si intravede, dunque, una zona di interferenza tra responsabilità e risoluzione, ed in questo contesto quest'ultima si candida ad essere rimedio complementare che si affianca all'obbligazione risarcitoria ex art. 1218 c.c.: è questo, in sintesi, il senso dell'ultimo inciso dell'art. 1453 c.c., il quale dopo aver previsto che nei contratti a prestazioni corrispettive è possibile chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, precisa che è fatto salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno.

Come si diceva, è tuttavia possibile immaginare anche l'ipotesi in cui sussistano i presupposti della risoluzione e non anche della responsabilità: in tal caso, la parte fedele può chiedere lo scioglimento del contratto o, in alternativa, agire con l'azione di adempimento, ma non può chiedere il risarcimento, ad es. perché non sussiste alcun danno contrattuale. Così come, a rigore, può accadere il contrario: e cioè che all'inadempimento la parte fedele possa reagire facendo valere la responsabilità contrattuale, pur in assenza dei presupposti per lo scioglimento del contratto: emblematica in tal senso l'ipotesi in cui l'inadempimento sia di scarsa importanza (art. 1455 c.c.).

Infine, qualora l'inadempimento di una parte del contratto sinallagmatico non sia di scarsa importanza e abbia arrecato un danno all'altro contraente, non può escludersi che, pur in presenza dei presupposti per lo scioglimento (inadempimento grave), il contraente fedele possa agire soltanto per il risarcimento, facendo valere dunque la responsabilità della parte inadempiente e mantenendo invece il contratto. Quest'ultima possibilità, ammessa in giurisprudenza, indica che la disciplina della risoluzione per inadempimento (art. 1453 c.c.) non si limita a consentire alla parte fedele l'alternativa – non ammessa nei contratti che non siano a prestazioni corrispettive – tra azione di adempimento e azione di risoluzione. La possibilità di mantenere in vita il contratto, e

chiedere il risarcimento, non può tuttavia ritenersi un'ulteriore "deroga" al regime ordinario dell'inadempimento dell'obbligazione: anche nei contratti a prestazioni corrispettive, infatti, sino a quando la prestazione è oggettivamente "utile", l'azione di adempimento non può essere sostituita con la pretesa del risarcimento del danno ex art. 1218 c.c. In questa ipotesi, peraltro, il risarcimento non si pone in funzione complementare dell'adempimento o della risoluzione, ma svolge un ruolo autonomo e sostitutivo dell'adempimento: è questa un'ulteriore sfumatura interpretativa dell'inciso "salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno".

Si ritiene che il **danno da risoluzione** debba essere liquidato avendo riguardo all'**interesse positivo**, poiché comunque viene in considerazione una responsabilità da inadempimento di un'obbligazione contrattuale. In altre parole, malgrado la risoluzione abbia efficacia retroattiva, e dunque travolga il contratto che è *tamquam non esset*, il risarcimento non è limitato all'interesse negativo, come accade quando un contratto non è mai stato concluso o è stato concluso un contratto non valido (responsabilità precontrattuale). Ciò detto, è chiaro comunque che il risarcimento del danno, pur se quantificato con riguardo all'interesse positivo, non potrà che risentire della circostanza che qui il contratto non adempiuto e risolto è un contratto sinallagmatico e sussiste, dunque, una prestazione che potrebbe anche essere stata eseguita e che va restituita. Risolto il contratto, infatti, in virtù del principio dell'indebito oggettivo, le prestazioni eventualmente eseguite, e non fatte salve dalla norma sui contratti di durata, devono restituirsi per il venir meno del titolo. Trattandosi comunque di azioni distinte, esse vanno proposte entrambe, non potendosi ritenere la domanda di restituzione implicita in quella di risoluzione.

7.1. La risoluzione di diritto

La risoluzione per inadempimento può essere anche **risoluzione stragiudiziale o risoluzione di diritto**. Ciò accade in tre ipotesi: a) il contratto può essere risolto con **diffida ad adempiere**: è possibile cioè intimare all'altra parte di adempiere entro un dato termine, comunque non inferiore a quindici giorni, con l'avvertenza che in caso contrario il contratto si considererà risolto di diritto (art. 1454 c.c.). Il debitore potrà sempre chiedere al giudice di accertare l'insussistenza di un inadempimento di scarsa importanza. Il creditore invece non può, dopo aver esperito lo strumento della diffida ad adempiere, cambiare idea e rinunciare all'effetto risolutorio: in dottrina, ciò viene affermato essenzialmente a tutela dell'affidamento del debitore che dopo la diffida potrebbe aver orientato i propri interessi in altra direzione. Si tratta in realtà di un punto particolarmente controverso, ed anzi la giurisprudenza più recente sembra ammettere che, dopo l'inutile decorso del termine, il diffidante possa rinunciare unilateralmente all'effetto risolutorio: in particolare, si ammette che la diffida possa essere reiterata più volte e che, anche in seguito alla scadenza del termine, il creditore possa recedere trattando la caparra ricevuta, o esigendo il doppio di quella data. È interessante notare che non risultano invece casi in cui il principio della disponibilità degli effetti risolutori

abbia giustificato una richiesta di adempimento, e ciò dovrebbe escludere che le citate soluzioni giurisprudenziali risultino potenzialmente lesive dell'affidamento del debitore; b) le parti possono stipulare una **clausola risolutiva espressa**, prevedendo la risoluzione di diritto in caso di inadempimento (art. 1456 c.c.). La risoluzione di diritto non opera automaticamente per effetto dell'inadempimento, ma nel momento in cui il contraente, nel cui interesse è stata pattuita la clausola, comunica all'altro contraente l'intenzione di volersene avvalere. La previsione di una clausola risolutiva espressa rende non necessaria la valutazione dell'importanza dell'inadempimento di una o più obbligazioni contrattuali; c) il contratto è poi risolto di diritto quando le parti abbiano fissato un **termine essenziale**, quando cioè l'improrogabilità del termine dedotto in contratto risulti soggettivamente, per le espressioni usate dalle parti, o oggettivamente, per la natura e l'oggetto del contratto. Anche qui sarà possibile, per la parte inadempiente, chiedere al giudice di accertare l'inesistenza di un termine essenziale.

8. La risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione

A proposito della **risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione**, si è già detto che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore (art. 1256 c.c.) estingue l'obbligazione, liberando la parte che era tenuta ad eseguirla [v. *supra* cap. XIV § 6.5]. Nei contratti a prestazioni corrispettive, l'impossibilità sopravvenuta di una prestazione per causa non imputabile al debitore fa venir meno la giustificazione della controprestazione, il nesso di corrispettività, sicché il contratto si risolve di diritto (art. 1463 c.c.): il debitore liberato deve restituire la prestazione eventualmente già ricevuta, secondo la disciplina dell'indebito.

Cosa debba intendersi per impossibilità lo si è già detto quando si è discusso della stessa come modo di estinzione dell'obbligazione [v. *supra* cap. XIV § 6.5]. Qui si può aggiungere che, più di recente, in giurisprudenza si tende valorizzare la c.d. "causa concreta" e a considerare impossibile anche la prestazione che non sia più fruibile ed utilizzabile dal creditore: in sostanza, l'adempimento non sarebbe impossibile, non c'è un impedimento assoluto e oggettivo, ma la prestazione ha perso utilità per il creditore per causa a lui non imputabile, né imputabile al debitore. Si pensi al caso in cui una improvvisa epidemia renda assai inopportuno e comunque non più piacevole un viaggio per finalità di svago. L'**impossibilità temporanea**, invece, non estingue l'obbligazione e non risolve il contratto, almeno sinché il protrarsi dell'impossibilità non conduca ad una prestazione eseguibile tardivamente ma non più esigibile dal debitore o non più utile per il creditore.

9. La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta

La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta è un rimedio tipico dei contratti sinallagmatici destinati a durare nel tempo e, cioè, dei **contratti di durata** – ad esecu-

zione continuata (es. locazione, assicurazione) o periodica (es. somministrazione) – o dei **contratti ad esecuzione istantanea differita** (per es. vendita di cosa futura). Tale tipo di risoluzione è invece esclusa quando il contratto a prestazioni corrispettive ha immediata esecuzione o quando il contratto è aleatorio per sua natura o per volontà delle parti.

L'evento sopravvenuto che incide sul sinallagma funzionale deve avere carattere straordinario e imprevedibile e, ovviamente, deve andare oltre la normale alea contrattuale. La parte convenuta con l'azione di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta può evitare lo scioglimento del contratto offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (art. 1467, co. 3, c.c.).

10. *La caparra confirmatoria*

Secondo l'art. 1385 c.c. «se al momento della conclusione del contratto una parte dà all'altra, a titolo di caparra, una somma di danaro o una quantità di altre cose fungibili, la caparra, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta. Se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra. Se però la parte che non è inadempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali». La **caparra confirmatoria** svolge essenzialmente due funzioni, in quanto le parti: a) determinano in via preventiva il danno da inadempimento; b) prevedono la possibilità che in caso di inadempimento l'altra parte possa recedere dal contratto.

La presenza di una caparra confirmatoria rafforza il vincolo contrattuale poiché, come accade per la clausola penale, in caso di inadempimento la parte fedele potrà ottenere una somma a titolo di risarcimento senza dovere provare il danno, ancorché la stessa somma costituisca anche un limite, nel senso che la parte non inadempiente non può chiedere a titolo di ristoro più di quanto è stato fissato. Non può sfuggire, tuttavia, come il senso dell'istituto debba essere ravvisato soprattutto nella circostanza che al contraente fedele si offre la possibilità di svincolarsi dal rapporto contrattuale esercitando un recesso che la disciplina generale del contratto non consentirebbe. In questo senso, la caparra confirmatoria svolge un ruolo assimilabile a quello di una clausola risolutiva espressa e costituisce, seppur in senso lato, una sorta di "risoluzione di diritto".

A tal proposito, occorre precisare però che, come recita l'ultima parte dell'art. 1385 c.c., se «la parte che non è inadempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali». Ciò significa che, a fronte dell'inadempimento di controparte, è possibile recedere dal contratto ritenendo la caparra o esigendo il doppio di quella consegnata, oppure chiedere la risoluzione giudiziale per inadempimento: in quest'ultima ipotesi si dovrà però provare l'intero danno, il quale dunque potrà in concreto risultare maggiore, ma anche minore

di quanto pattuito a titolo di caparra. In sostanza, i due strumenti del recesso e della risoluzione si pongono in via rigorosamente alternativa ed *electa una via non datur recursus ad alteram*. Come accade per le risoluzioni di diritto, la parte che subisce il recesso potrà sempre agire per chiedere al giudice di accertare l'insussistenza dell'inadempimento o comunque la sua scarsa importanza. Ma la giurisprudenza ammette che il contraente convenuto in giudizio per la restituzione della caparra non sia tenuto a domandare in via riconvenzionale l'accertamento della legittimità del recesso, potendosi limitare ad esercitare l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c.: come si dirà nel paragrafo successivo, anche in questo caso la giurisprudenza manifesta una certa disponibilità ad accreditare l'esperimento del rimedio risolutivo in via di eccezione.

11. L'eccezione di inadempimento

Il legislatore consente di reagire all'inadempimento con strumenti di autotutela che non conducono necessariamente allo scioglimento del rapporto. Si tratta di tecniche dilatorie di diritto sostanziale utilizzabili nei contratti a prestazioni corrispettive, ma anche nel caso di **contratti collegati**, ove dall'interpretazione della comune volontà delle parti emerge, comunque, l'esistenza di un'interdipendenza che consenta di configurare un unico rapporto obbligatorio.

Così, se in un contratto sinallagmatico il soggetto che non ha adempiuto, o non è pronto ad adempiere, chiede la prestazione alla controparte o anche la risoluzione, quest'ultima può difendersi con l'**eccezione di inadempimento**. Si consideri l'ipotesi di un contratto di compravendita nel quale la parte acquirente giustifichi il mancato pagamento del saldo eccependo la difformità e i vizi del materiale consegnato: in tal caso, la parte che si avvale legittimamente del diritto di sospendere l'adempimento della propria obbligazione pecuniaria – a causa dell'inadempimento dell'altra – non può essere considerata in mora e non è, perciò, tenuta al pagamento degli interessi moratori e degli eventuali maggiori danni subiti dall'altra parte per il mancato adempimento. Non si applica cioè l'art. 1224 c.c., che ricollega alla mora del debitore il diritto del creditore al pagamento degli interessi di mora e dei maggiori danni conseguenti all'omesso pagamento della prestazione pecuniaria. Si consideri, ancora, un contratto di locazione destinato ad uso diverso da quello abitativo: qui il conduttore, in ragione dell'interdipendenza sussistente tra le reciproche obbligazioni, può sospendere il rilascio dell'immobile se il locatore non adempie l'obbligazione di pagare l'indennità per perdita di avviamento. A questo punto dovrebbe risultare chiaro che l'eccezione di inadempimento concerne anche le ipotesi in cui non si contesta l'inadempimento totale della prestazione ma il suo inadempimento inesatto o parziale (*exceptio non rite adimpleti contractus*).

Si è detto che l'eccezione di inadempimento è una tecnica «dilatoria» di diritto sostanziale. Questa definizione, antica e molto diffusa in dottrina, esibisce in realtà margini di ambiguità. È bene chiarire che tecnica «dilatoria» non significa necessariamente che lo strumento in questione serva alla «temporanea» definizione di un conflitto in vi-

sta di una eventuale e successiva soluzione dello stesso, poiché invece l'accoglimento della eccezione può mettere fine alle rispettive pretese delle parti del contratto a prestazioni corrispettive. Si pensi, in particolare, alle obbligazioni professionali ed all'ipotesi in cui, stipulato un contratto di opera professionale, un cliente convenga in giudizio un avvocato con un'azione di responsabilità contrattuale e questi risponda con una domanda riconvenzionale volta ad ottenere l'onorario non pagato. In questo caso, la giurisprudenza ammette che il cliente, a fronte dell'inadempimento definitivo del professionista, possa esperire l'eccezione d'inadempimento. Se si guarda allora ai rapporti di fare di tipo professionale, emerge che l'eccezione di inadempimento può considerarsi una tecnica di autotutela «dilatoria» e «provvisoria», come sovente viene definita in dottrina e giurisprudenza, solo in senso processuale, in quanto il contro diritto potestativo del contraente paralizza il diritto potestativo dell'attore all'adempimento o alla risoluzione in attesa dell'accertamento del giudice – e dunque del compiersi del processo –; non anche nel senso che l'eccezione sostanziale sarebbe strumentale all'adempimento successivo o alla risoluzione del contratto. In sostanza, ancorché non sempre la giurisprudenza si spinga esplicitamente a tale soluzione, in ragione della circostanza che l'inadempimento è irrimediabile – la causa è stata persa – e che si è realizzato uno scollamento tra sinallagma funzionale e sinallagma genetico non più recuperabile, il contratto sarebbe da considerare come risolto. Come si diceva, anche in ossequio al principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, la giurisprudenza non ritiene (esplicitamente) la risoluzione del contratto, ancorché sussistano tutti i presupposti sostanziali della stessa ed una irrimediabilità dell'inadempimento che evoca in modo suggestivo la *ratio* della caducazione del contratto in ragione di una sorta di termine essenziale.

Il punto è che il codice civile non prevede che la risoluzione, a differenza dell'annullamento o della rescissione, possa essere fatta valere in via di eccezione (salvo quanto disposto per l'azione redibitoria nella vendita e nell'appalto dagli artt. 1494, co. 3, c.c. e 1667 c.c.). Si tratta allora di capire se una “eccezione di risoluzione” possa essere esperita al di fuori delle ipotesi indicate dal codice civile e relative alla garanzia per i vizi: se l'eccezione di inadempimento, infatti, è tendenzialmente una tecnica dilatoria e provvisoria, quella di risoluzione ha invece carattere definitivo, poiché non si realizza una sospensione del rapporto contrattuale, come nel primo caso, ma un suo scioglimento. Ebbene, in passato, nel diritto intermedio, l'eccezione di inadempimento svolgeva anche tale funzione “perentoria” e non provvisoria e dilatoria, giustificando l'inadempimento definitivo dell'eccipiente, ma ciò trovava una spiegazione nella circostanza che l'azione di risoluzione non era stata ancora codificata, per cui si affidava alla eccezione il suddetto compito di affrancamento dal rapporto contrattuale (non era pensabile l'odierna domanda riconvenzionale di risoluzione). Se la dottrina, con rare eccezioni, non sembra dubitare più della circostanza che l'eccezione di inadempimento debba avere una funzione strumentale e provvisoria e non possa giustificare l'inadempimento definitivo dell'eccipiente e la risoluzione del contratto, in giurisprudenza si registra invece, almeno a partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso, un orientamento di segno opposto. E così, si ammette che il convenuto con domanda

sta di una eventuale e successiva soluzione dello stesso, poiché invece l'accoglimento della eccezione può mettere fine alle rispettive pretese delle parti del contratto a prestazioni corrispettive. Si pensi, in particolare, alle obbligazioni professionali ed all'ipotesi in cui, stipulato un contratto di opera professionale, un cliente convenga in giudizio un avvocato con un'azione di responsabilità contrattuale e questi risponda con una domanda riconvenzionale volta ad ottenere l'onorario non pagato. In questo caso, la giurisprudenza ammette che il cliente, a fronte dell'inadempimento definitivo del professionista, possa esperire l'eccezione d'inadempimento. Se si guarda allora ai rapporti di fare di tipo professionale, emerge che l'eccezione di inadempimento può considerarsi una tecnica di autotutela «dilatatoria» e «provvisoria», come sovente viene definita in dottrina e giurisprudenza, solo in senso processuale, in quanto il contro diritto potestativo del contraente paralizza il diritto potestativo dell'attore all'adempimento o alla risoluzione in attesa dell'accertamento del giudice – e dunque del compiersi del processo –; non anche nel senso che l'eccezione sostanziale sarebbe strumentale all'adempimento successivo o alla risoluzione del contratto. In sostanza, ancorché non sempre la giurisprudenza si spinga esplicitamente a tale soluzione, in ragione della circostanza che l'inadempimento è irrimediabile – la causa è stata persa – e che si è realizzato uno scollamento tra sinallagma funzionale e sinallagma genetico non più recuperabile, il contratto sarebbe da considerare come risolto. Come si diceva, anche in ossequio al principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, la giurisprudenza non ritiene (esplicitamente) la risoluzione del contratto, ancorché sussistano tutti i presupposti sostanziali della stessa ed una irrimediabilità dell'inadempimento che evoca in modo suggestivo la *ratio* della caducazione del contratto in ragione di una sorta di termine essenziale.

Il punto è che il codice civile non prevede che la risoluzione, a differenza dell'annullamento o della rescissione, possa essere fatta valere in via di eccezione (salvo quanto disposto per l'azione redibitoria nella vendita e nell'appalto dagli artt. 1494, co. 3, c.c. e 1667 c.c.). Si tratta allora di capire se una “eccezione di risoluzione” possa essere esperita al di fuori delle ipotesi indicate dal codice civile e relative alla garanzia per i vizi: se l'eccezione di inadempimento, infatti, è tendenzialmente una tecnica dilatoria e provvisoria, quella di risoluzione ha invece carattere definitivo, poiché non si realizza una sospensione del rapporto contrattuale, come nel primo caso, ma un suo scioglimento. Ebbene, in passato, nel diritto intermedio, l'eccezione di inadempimento svolgeva anche tale funzione “perentoria” e non provvisoria e dilatoria, giustificando l'inadempimento definitivo dell'eccipiente, ma ciò trovava una spiegazione nella circostanza che l'azione di risoluzione non era stata ancora codificata, per cui si affidava alla eccezione il suddetto compito di affrancamento dal rapporto contrattuale (non era pensabile l'odierna domanda riconvenzionale di risoluzione). Se la dottrina, con rare eccezioni, non sembra dubitare più della circostanza che l'eccezione di inadempimento debba avere una funzione strumentale e provvisoria e non possa giustificare l'inadempimento definitivo dell'eccipiente e la risoluzione del contratto, in giurisprudenza si registra invece, almeno a partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso, un orientamento di segno opposto. E così, si ammette che il convenuto con domanda

di adempimento possa, anziché proporre domanda riconvenzionale di risoluzione, eccepire l'inadempimento ex art. 1460 c.c. in tal modo giustificando il proprio definitivo inadempimento (es. mancato pagamento del prezzo del bene venduto o del corrispettivo dovuto al professionista). Si tratta di un orientamento che pur sovrapponendo, con un certo pragmatismo poco ortodosso in termini dogmatici, eccezione di inadempimento e eccezione di risoluzione, può essere apprezzato per ragioni di economia processuale, specie quando il creditore non ha subito un pregiudizio significativo a causa dell'inadempimento e, soprattutto, non ha pretese restitutorie: in tal caso, infatti, sarebbe irragionevole far gravare sullo stesso l'onere di agire in giudizio in via riconvenzionale per la risoluzione del contratto.

Il rifiuto di eseguire la controprestazione deve tuttavia essere conforme a buona fede, sicché l'eccezione non è esperibile quando l'inadempimento non è grave (art. 1460 c.c.). La valutazione in tal senso deve essere compiuta con riguardo non solo all'elemento cronologico, ma anche ai rapporti di causalità e di proporzionalità tra le prestazioni rispetto alla causa del contratto. Si pensi all'ipotesi del conduttore che, all'atto della stipulazione del contratto di locazione, non abbia denunciato i difetti della cosa da lui conosciuti o facilmente riconoscibili: in tal caso, allo stesso è preclusa l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c. È contraria a buona fede anche l'eccezione di inadempimento del conduttore il quale, in presenza di vizi della cosa, abbia continuato a godere dell'immobile senza procedere al pagamento del canone: in tal caso, infatti, è legittima solo una riduzione del canone proporzionata al mancato godimento. Si pensi, infine, all'ipotesi in cui il conduttore sospenda il pagamento del canone di un immobile adibito ad esposizione commerciale, a fronte dell'inadempimento del locatore all'obbligo di provvedere alla manutenzione dell'immobile stesso, danneggiato da infiltrazioni di acqua, le quali determinino la completa inutilizzabilità dell'immobile locato: in tal caso, l'alterazione del sinallagma è significativa e l'eccezione di inadempimento è legittima e conforme a buona fede. In ogni caso, mentre l'eccezione non è rilevabile d'ufficio dal giudice, la prova dell'adempimento, ovvero dell'inesigibilità della prestazione, spetta a colui contro il quale è sollevata l'eccezione d'inadempimento. Nel caso in cui si abbiano inadempienze reciproche, occorre un giudizio di comparazione in ordine al comportamento di ambedue le parti, volto a stabilire quale di esse si sia resa responsabile delle violazioni più rilevanti, e sia dunque causa del comportamento della controparte e, in definitiva, dell'alterazione del sinallagma.

L'eccezione di inadempimento non è l'unico strumento di autotutela di cui dispone il creditore: se infatti le condizioni patrimoniali della controparte sono tali da far dubitare che la controprestazione possa essere eseguita, è possibile sospendere l'esecuzione della propria prestazione (art. 1461 c.c.). Ad es., la giurisprudenza ha considerato legittima la sospensione del mandato di agenzia da parte del mandante, ove l'agente versi nell'impossibilità di adempiere il mandato affidatogli in conseguenza di provvedimenti restrittivi della libertà personale o di misure cautelari personali prevedenti l'obbligo di dimora in un dato comune.

Il rimedio della sospensione dell'esecuzione della propria prestazione si ritiene

esperibile anche rispetto a mutamenti delle condizioni patrimoniali precedenti alla conclusione del contratto, ma ignorati senza colpa. Tuttavia, in assenza di un dimostrato pericolo attuale ed evidente di perdere la controprestazione, la sospensione configura inadempimento contrattuale, se il dubbio sulle condizioni patrimoniali di controparte si legghi ad una rappresentazione meramente soggettiva che l'obbligato si sia fatta, priva di corrispondenza con la realtà oggettiva.