

I manuali sistematici

MARCO FRATINI

MANUALE *sistematico*

DI DIRITTO

CIVILE

EDIZIONE 2022-2023



ACCADEMIA DEL DIRITTO
EDITRICE

INDICE

PREMESSA	LXI
----------------	-----

PARTE I IL DIRITTO CIVILE

CAPITOLO I La norma e l'ordinamento giuridico

1. Il sistema giuridico: la norma e l'ordinamento	3
2. Diritto privato e diritto pubblico	5
3. I principi generali dell'ordinamento	5
4. I concetti indeterminati e le clausole generali	7

CAPITOLO II Le fonti del diritto civile

1. Il sistema delle fonti del diritto	9
2. La gerarchia delle fonti del diritto.....	10
3. Le fonti costituzionali	11
4. Il diritto dell'Unione europea nella Costituzione.....	12
4.1 La "primazia" del diritto dell'Unione europea	12
4.2 La teoria dei controlimiti.....	14
4.3 Gli effetti del primato del diritto dell'UE nell'ordinamento interno.....	15
4.4 L'efficacia diretta del diritto dell'Unione e la disapplicazione	15
4.5 La responsabilità dello Stato legislatore per violazione del diritto dell'Unione europea (cenni e rinvio)	16
5. Le fonti primarie	17
6. Le fonti secondarie.....	19
7. Le fonti del diritto internazionale.....	19
7.1 La CEDU e i diritti fondamentali dell'uomo	20
8. Le fonti non formali: la consuetudine e gli usi	23
9. Le fonti convenzionali: l'autonomia privata	25
9.1 La lex mercatoria	25
9.2 I codici di autodisciplina.....	26
9.3 I codici etici (o di condotta)	27

10. La fonte giurisprudenziale	28
11. L'equità	29
12. Le antinomie e la loro composizione	30
13. La norma e il tempo: il diritto intertemporale	31
13.1 I diritti quesiti	33
13.2 Le leggi interpretative	34

CAPITOLO III

L'interpretazione e l'applicazione della norma

1. L'interpretazione e i suoi criteri	37
2. L'interpretazione dei concetti elastici e delle clausole generali	38
3. Le lacune dell'ordinamento e l'analogia	39
4. Gli argomenti interpretativi	40
5. L'applicazione della norma	41

PARTE II

L'ATTIVITÀ GIURIDICA E LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI

CAPITOLO I

Le situazioni giuridiche soggettive

1. Le situazioni giuridiche soggettive	45
2. Il rapporto giuridico	47
3. Il diritto soggettivo	47
4. La classificazione dei diritti soggettivi	48
A) Diritti assoluti e diritti relativi	48
B) Diritti patrimoniali e diritti non patrimoniali	51
C) Diritti trasmissibili e diritti intransmissibili	51
5. La facoltà	51
6. L'onere	52
7. L'aspettativa	54
8. Il possesso e la detenzione (cenni e rinvio)	55
9. La potestà	55
10. Lo status	56
11. L'interesse legittimo (cenni e rinvio)	58
12. Gli interessi diffusi e gli interessi collettivi	59

CAPITOLO II

I fatti giuridici

1. Il fatto giuridico: la classificazione	61
2. Fatto e atto	62

3.	Atto e negozio	62
3.1	Gli elementi dell'atto giuridico in senso stretto	64
3.2	La classificazione degli atti giuridici in senso stretto	65
3.3	La disciplina dell'atto giuridico in senso stretto	66
4.	La classificazione dei negozi giuridici	67
5.	Il contratto e le sue classificazioni	71
6.	La dichiarazione e il comportamento	73
6.1	Dichiarazione di volontà e dichiarazione di scienza	74
7.	Il silenzio	75
8.	L'attività giuridica	78

CAPITOLO III

La pubblicità e la prova dei fatti giuridici

1.	La pubblicità	81
2.	La trascrizione: la funzione	82
2.1	Gli effetti della trascrizione	82
2.2	Gli atti soggetti a trascrizione	86
2.2.1	La continuità delle trascrizioni	88
2.3	Il procedimento di trascrizione. La cancellazione	91
3.	Le prove	92
3.1	La classificazione delle prove. Prove precostituite e prove semplici	93
3.2	Prove storiche e prove critiche. Le presunzioni	95

CAPITOLO IV

La prescrizione e la decadenza

1.	La prescrizione	97
2.	La natura della prescrizione	98
2.1	Prescrizione e usucapione	100
2.2	Prescrizione e non uso	100
3.	I presupposti della prescrizione	101
4.	La funzione della prescrizione	101
5.	I diritti non soggetti a prescrizione	102
6.	La disciplina della prescrizione	103
6.1	La decorrenza della prescrizione	104
6.2	La sospensione	106
6.3	L'interruzione	107
6.4	Il termine	108
6.5	Sulla perpetuità dell'eccezione di prescrizione	109
6.6	La rinuncia alla prescrizione	109
7.	La prescrizione presuntiva	110
8.	La decadenza (e le differenze con la prescrizione)	110
8.1	La disciplina della decadenza	112

PARTE III
I SOGGETTI DI DIRITTO

CAPITOLO I
Le persone fisiche

1.	La persona fisica	117
2.	La capacità giuridica	118
	2.1 L'acquisto e la perdita della capacità giuridica: nascita e morte	120
	2.1.1 Scomparsa, assenza e morte presunta	121
3.	Il concepito	122
	3.1 diritti del concepito	126
4.	La capacità d'agire	127
	4.1 Il minore	130
5.	L'incapacità di agire	132
6.	I limiti all'autodeterminazione e il paternalismo	132
7.	L'amministrazione di sostegno	135
	7.1 I principi fondamentali del sistema di protezione dei soggetti privi di autonomia	137
	7.2 I presupposti di applicazione dell'amministrazione di sostegno	138
	7.2.1 I rapporti con l'interdizione	140
	7.3 L'incapacità di agire eccezionale dell'amministrato	141
	7.4 La sorte degli atti compiuti in violazione della disciplina dell'amministrazione di sostegno	143
8.	L'interdizione	144
9.	L'inabilitazione	146
10.	L'incapacità naturale	147

CAPITOLO II
Gli enti

1.	Nozione e classificazione	149
2.	Personalità e soggettività giuridica	151
	2.1 L'acquisto della personalità giuridica	152
	2.2 L'autonomia patrimoniale	152
	2.3 L'abuso della personalità giuridica	155
3.	Le associazioni	155
	3.1 Associazioni riconosciute e associazioni non riconosciute	157
4.	Le fondazioni	158
	4.1 Atto di fondazione e atto di dotazione	159
	4.2 Il patrimonio e lo scopo	161
	4.3 L'organizzazione	163
	4.4 Le fondazioni di fatto e le fondazioni fiduciarie	165

CAPITOLO III
I diritti della personalità

1.	L'origine dei diritti della personalità	167
2.	La tutela dinamica della personalità nel sistema delle fonti	167

3.	Nozione e classificazione dei diritti della personalità.....	169
4.	L'oggetto dei diritti della personalità e i diritti patrimoniali connessi	170
5.	Le caratteristiche dei diritti della personalità	171
6.	Autonomia contrattuale e diritti della personalità.....	172
6.1	Gli atti di disposizione dei diritti della personalità fisica.....	173
6.2	Gli atti di disposizione dei diritti della personalità morale	174
7.	Un'analisi dei singoli diritti della personalità	175
7.1	Il diritto alla salute	176
7.2	L'autodeterminazione in campo medico e il consenso informato.....	177
7.3	Le disposizioni anticipate di trattamento (DAT).....	181
7.4	Il diritto all'identità sessuale	183
7.5	Il diritto all'identità personale. Il diritto al nome.....	184
7.5.1	L'identità personale ideale.....	184
7.5.2	Il conflitto con i diritti di critica, di cronaca di satira.....	185
7.6	Il diritto all'immagine	187
7.7	Il diritto alla riservatezza.....	190
7.7.1	La protezione dei dati personali nel reg. n. 2016/679/UE.....	192
7.8	Il diritto all'oblio	196
7.8.1	Il diritto all'oblio nel Regolamento europeo n. 2016/679	199
8.	I diritti della personalità degli enti	200
9.	La tutela dei diritti della personalità	201

PARTE IV LA FAMIGLIA

CAPITOLO I Famiglia e famiglie

1.	Familia, familiae	205
2.	L'assenza di una definizione univoca di famiglia	207
3.	I diritti di famiglia	208
4.	L'autonomia negoziale nel diritto di famiglia.....	208
5.	La solidarietà familiare: l'obbligazione di mantenimento e di alimenti	210
6.	Parentela, affinità e coniugio	212

CAPITOLO II Il matrimonio

1.	Il matrimonio come atto e come rapporto	215
2.	I presupposti del matrimonio	215
3.	La libertà matrimoniale	216
3.1	Il prossenetico matrimoniale e la promessa di matrimonio	217
4.	Il matrimonio civile.....	218
4.1	Le condizioni necessarie per contrarre matrimonio	219
4.2	La celebrazione e la prova del matrimonio	220
5.	Il matrimonio concordatario e quello celebrato da ministri di culti ammessi dallo Stato	221

CAPITOLO III**I rapporti personali**

1.	Il matrimonio come rapporto: gli effetti personali	223
2.	Il principio dell'accordo	224
3.	I singoli doveri tra coniugi: fedeltà, assistenza materiale e morale, collaborazione, coabitazione	225
4.	L'inadempimento dei doveri coniugali	226

CAPITOLO IV**I rapporti patrimoniali**

1.	Il regime patrimoniale della famiglia	227
2.	Regime patrimoniale primario e regime patrimoniale secondario	227
3.	La comunione legale	229
	3.1 La comunione convenzionale	230
	3.1.1 Le convenzioni matrimoniali atipiche	232
	3.2 Comunione legale e comunione ordinaria	234
	3.3 L'oggetto della comunione legale	235
	3.3.1 Beni acquistati successivamente al matrimonio: rifiuto del coacquisto e trascrizione	236
	3.3.2 I crediti, l'azienda, le partecipazioni societarie	238
	3.3.3 Beni comuni di residuo	239
	3.3.4 Beni personali	245
	3.5 La gestione dei beni in comunione	245
	3.6 Responsabilità e garanzia per i debiti della comunione	247
	3.7 La separazione giudiziale dei beni e lo scioglimento della comunione ...	247
4.	Il fondo patrimoniale	249
	4.1 La forma e la natura dell'atto di costituzione	251
	4.2 L'amministrazione e i vincoli	251
	4.3 L'opponibilità ai terzi del fondo patrimoniale	252
	4.4 La quotazione del fondo patrimoniale: il trust e i negozi di destinazione ex art. 2645-ter	253
5.	Le convenzioni matrimoniali	254
6.	Il regime della separazione dei beni	256
7.	L'impresa familiare	257
	7.1 L'impresa familiare nella convivenza di fatto	258

CAPITOLO V**La separazione personale e lo scioglimento del matrimonio**

1.	La crisi della famiglia	259
2.	La separazione di fatto e la separazione consensuale	259
3.	L'accordo di separazione	260
	3.1 Gli accordi della crisi coniugale e l'effetto traslativo	262
	3.2. I patti non omologati	264
	3.3 Gli accordi in vista del divorzio	265

3.4	Le altre procedure di separazione consensuale	265
4.	La separazione giudiziale	266
5.	Gli effetti della separazione fra i coniugi. Gli effetti di natura non patrimoniale	267
6.	Gli effetti di natura patrimoniale della separazione	268
6.1	L'assegnazione della casa coniugale e l'opponibilità ai terzi	269
7.	Il divorzio	270
7.1	Gli effetti del divorzio sul piano personale e patrimoniale	273
7.1.1	L'assegno divorzile	273
7.1.1.1	Gli effetti della formazione di una nuova famiglia di fatto	276
8.	Gli effetti della separazione e del divorzio rispetto ai figli	281

CAPITOLO VI

L'invalidità del matrimonio

1.	La categoria dell'invalidità del matrimonio in rapporto alla disciplina del contratto	283
2.	L'inesistenza del matrimonio	284
3.	Le cause di invalidità del matrimonio	284
3.1	L'invalidità per la minore età, l'interdizione e l'incapacità naturale degli sposi	285
3.2	I vizi della volontà	285
3.3	L'invalidità per violazione degli impedimenti di libertà di stato, di parentela e di delitto	286
4.	La simulazione	286
5.	Gli effetti della pronuncia di annullamento	287
5.1	Il matrimonio putativo	288
6.	I rapporti tra la delibazione della sentenza ecclesiastica che dichiara la nullità del matrimonio e il giudizio di divorzio	289

CAPITOLO VII

Le convivenze e l'unione civile

1.	Le famiglie "innominate"	295
2.	La convivenza di fatto	296
2.1	Il contratto di convivenza	298
2.2	Il regime patrimoniale in assenza di contratto di convivenza	301
3.	La convivenza di mero fatto	303
4.	L'unione civile	303
4.1	Unione civile e rapporti personali	304
4.2	L'unione civile e il regime patrimoniale	305
4.3	Lo scioglimento dell'unione civile e i suoi effetti	306

CAPITOLO VIII

La filiazione

1.	Unitarietà della filiazione	307
2.	L'accertamento della filiazione	308
3.	Le azioni di stato	309
3.1	Il disconoscimento della paternità	310

3.2	L'azione di contestazione di stato e di reclamo	310
3.3	L'impugnazione del riconoscimento di filiazione fuori del matrimonio	311
3.4	La dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità	312
4.	Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata	312
4.1.	Il divieto di procreazione medicalmente assistita per le coppie dello stesso sesso	313
4.2.	Coppie omoaffettive e riconoscimento della genitorialità	315
5.	L'adozione	316
5.1	L'adozione legittimante (o parentale)	318
5.2	L'adozione in casi particolari	319
5.3	L'adozione internazionale	321
5.4	L'adozione dei maggiori di età	321
5.5	Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini	321

CAPITOLO IX

La filiazione

1.	La responsabilità genitoriale	323
2.	I rapporti personali	324
3.	Il dovere di istruzione e il dovere di mantenimento.....	325
4.	I diritti e i doveri dei figli	326
5.	I rapporti patrimoniali	328
6.	Nel cognome dei figli l'eguaglianza fra i genitori	330

CAPITOLO X

L'intervento del giudice

1.	L'autonomia della famiglia: l'accordo e l'intervento del giudice	333
2.	Il disaccordo fra coniugi	333
3.	I provvedimenti nell'interesse della prole	334
4.	Decadenza dalla responsabilità genitoriale	335

PARTE V

LE SUCCESSIONI

CAPITOLO I

Profili generali

1.	Il concetto e le tipologie di successione	339
2.	La successione a causa di morte: le fonti	340
3.	Apertura della successione	341
4.	Vocazione e delazione	341
5.	I rapporti giuridici trasmissibili.....	342
6.	La successione iure proprio.....	343
7.	Il divieto dei patti successori.....	343
7.1	Figure dubbie di patti successori. I negozi connessi alla morte	345
8.	Il patto di famiglia	347

8.1	Le fasi e i partecipanti	348
8.2	Oggetto, forma e natura del patto di famiglia	349
8.3	La causa del patto di famiglia	349
8.4	L'esenzione dalla riduzione e dalla collazione	350
8.5	L'impugnazione e lo scioglimento del patto di famiglia	351
9.	Natura giuridica del patrimonio ereditario prima dell'acquisto	351
9.1	L'amministrazione dei beni ereditari prima dell'acquisto	351
10.	Il chiamato all'eredità	352
10.1	La trasmissione del diritto di accettare l'eredità	353
11.	L'eredità giacente	354
11.1	Nozione ed effetti	354
11.2	Il curatore dell'eredità giacente	355
11.3	Cessazione della giacenza	356
12.	La capacità di succedere	356
12.1	La capacità di succedere dei nascituri	357
12.2	La capacità di succedere delle persone giuridiche e degli enti non riconosciuti	357
13.	L'indegnità. Nozione e fondamento	358
13.1	Natura giuridica ed effetti	358
13.1.1	I casi di indegnità	359
13.2	La riabilitazione dell'indegno	360
14.	La rappresentazione	361
14.1	Natura giuridica	362
14.2	Presupposti	363
14.3	Effetti	364
15.	L'accettazione dell'eredità	365
16.	L'acquisto dell'eredità senza accettazione	365
17.	Prescrizione e decadenza del diritto di accettare	365
18.	La petizione dell'eredità	366
19.	L'erede apparente	368
20.	L'accettazione con beneficio di inventario	369
21.	La separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede	371
22.	La rinuncia all'eredità	371
22.1.	Revoca della rinuncia	372

CAPITOLO II

La successione dei legittimari

1.	Natura giuridica della successione necessaria	375
2.	La posizione giuridica del legittimario	375
3.	Le categorie di legittimari	376
4.	I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite	377
5.	I legati a favore dei legittimari	379
6.	La tutela dei diritti dei legittimari	381
6.1	Il divieto di pesi e condizioni	381
6.2	Le tre azioni a tutela dei diritti dei legittimari	382
6.2.1	Il calcolo della legittima	382
6.2.2	La quota di riserva in caso di mancato esercizio dell'azione di riduzione	384

6.2.3 L'azione di riduzione in senso stretto	384
6.2.4 Condizioni per l'esercizio dell'azione	386
6.2.5 L'estinzione dell'azione di riduzione	387
6.2.5.1 L'azione di restituzione contro i destinatari delle disposizioni ridotte.....	387
6.2.6 L'azione di restituzione contro i terzi acquirenti.....	388
6.2.7 La prescrizione dell'azione di riduzione	389
6.2.8 Rapporti tra azione di simulazione e azione di riduzione	389
6.2.9 Il regime circolatorio dei beni immobili introdotto dalla l. n. 80/2005 ...	391
6.2.10 L'azione di riduzione in surrogatoria a tutela dei creditori del legittimario pretermesso	393

CAPITOLO III

La successione legittima

1. La successione legittima: nozione, fondamento, presupposti	399
2. Rapporti con la successione testamentaria e la successione necessaria	399
3. Le categorie di successibili. La successione dei figli e dei discendenti	401
4. La successione del coniuge	401
4.1 Il diritto di abitazione	403
5. La successione degli altri parenti: la posizione dei fratelli e delle sorelle naturali. Ipotesi di concorso	405
6. La successione dello Stato	407
7. Le successioni anomale.....	407

CAPITOLO IV

La successione testamentaria

1. Nozione e presupposti della successione testamentaria	411
2. La capacità di disporre per testamento.....	412
3. La capacità di ricevere per testamento	413
4. Caratteri del negozio testamentario.....	413
4.1 Negozialità	414
4.2 Unilateralità.....	415
4.3 Personalità	415
4.4 Unipersonalità	416
4.5 Gratuità.....	417
4.6 Revocabilità	417
4.7 Patrimonialità	417
4.8 Formalità	419
5. La forma del testamento. I testamenti ordinari e speciali	419
6. Il principio di certezza della volontà testamentaria	423
6.1 Le disposizioni a favore dell'anima	423
6.2 Le disposizioni fiduciarie.....	424
6.3 Il trust testamentario.....	424
7. Gli elementi accidentali del testamento	425
7.1 La condizione	425
7.2 Il termine	429
7.3 L'onere testamentario.....	429
8. L'autonomia testamentaria. Il problema della tipicità.....	431

8.1 Limiti all'autonomia testamentaria	431
8.1.1 La diseredazione.....	431
8.1.2 La prelazione testamentaria.....	432
8.1.3 La clausola penale testamentaria.....	432
8.1.4 La clausola arbitrale testamentaria.....	433
9. Invalidità e inefficacia del testamento.....	433
10. La conferma del testamento nullo.....	435
10.1 Oggetto della conferma.....	435

CAPITOLO V

I legati

1. Nozione e natura giuridica	437
1.1 Legato e debiti dell'eredità	438
2. I soggetti del legato	438
2.1 Il disponente	438
2.1.1 I legati ex lege	439
2.2 Il legatario o onorato	439
2.3 L'onerato	439
2.3.1 Il legato imposto a un solo erede.....	439
2.3.2 Il sublegato	440
2.3.3 Il prelegato	440
3. Oggetto del legato	441
3.1 Legato a efficacia reale o diretta e legato a efficacia obbligatoria.....	442
3.1.1 Il legato di contratto	443
4. Acquisto e rinuncia al legato.....	444
4.1 La natura e la forma della rinuncia al legato in sostituzione di legittima	445
5. Adempimento del legato	446
6. Inefficacia del legato	446
7. I legati tipici	447
7.1 Legato di cosa dell'onerato o di un terzo	447
7.2 Legato di cosa solo in parte del testatore	448
7.3 Legato di cosa del legatario	448
7.4 Legato di cosa acquistata dal legatario	449
7.5 Legato di cosa genericamente determinata	449
7.6 Legato di cosa non esistente nell'asse ereditario	450
7.7 Legato di credito o di liberazione da debito.....	450
7.8 Legato a favore del creditore e il legato di debito.....	451
7.9 Legato di prestazioni periodiche e legato di alimenti	451
7.10 Legato di cose alternative	452
8. I legati atipici	452

CAPITOLO V - BIS

L'accrescimento

1. Nozione e natura giuridica dell'accrescimento	455
2. Presupposti dell'accrescimento.....	455

3.	Effetti dell'accrescimento	456
4.	Fatti impeditivi dell'accrescimento	456
	4.1 Contraria volontà del testatore	456
	4.2 Sostituzione ordinaria	457
	4.3 Rappresentazione	457
5.	Devoluzione dell'eredità in caso di mancato accrescimento	457
6.	L'accrescimento tra collegatari	458
7.	L'accrescimento nel legato di usufrutto	458
8.	L'accrescimento volontario	459

CAPITOLO VI

La revoca delle disposizioni testamentarie

1.	Nozione e natura giuridica	461
2.	Revoca espressa e revoca tacita	461
	2.1 Il testamento successivo	462
	2.2 La distruzione del testamento olografo	462
	2.3 Il ritiro del testamento segreto	463
	2.4 L'alienazione e la trasformazione della cosa legata	464
	2.5 La revoca della revoca	464
3.	La revoca legale per sopravvenienza dei figli	465

CAPITOLO VII

Le sostituzioni

1.	La sostituzione ordinaria. Nozione e natura giuridica	467
2.	La sostituzione plurima	468
3.	La sostituzione reciproca	468
4.	La sostituzione parziale	468
5.	La sostituzione fedecommissaria. Nozione e natura giuridica	469
	5.1 Il sostituito	470
	5.2 L'oggetto	470
	5.3 Il fedecommesso de residuo	471

CAPITOLO VIII

Gli esecutori testamentari

1.	L'atto di nomina e la sua natura giuridica	473
2.	La disciplina della funzione di esecutore testamentario	473
3.	Le funzioni dell'esecutore testamentario	474
4.	La responsabilità dell'esecutore testamentario	475
5.	La divisione dell'esecutore testamentario	476

CAPITOLO IX

La divisione ereditaria

1.	Premessa	477
2.	La divisione: definizione e fonti normative	478

3.	Le principali differenze tra comunione ordinaria e comunione ereditaria	470
4.	Natura giuridica della divisione e la retroattività	481
5.	La disciplina in generale e le peculiarità della divisione ereditaria	484
6.	Le forme della divisione	485
6.1.	La divisione contrattuale	485
6.2.	La divisione giudiziale	490
6.3.	La divisione testamentaria	490
7.	La garanzia per evizione	493
8.	Il retratto successorio	493
9.	La collazione	494

CAPITOLO X

La donazione

1.	Il contratto di donazione	499
2.	Lo spirito di liberalità, l'animus donandi e la causa donandi	499
3.	L'arricchimento. Donazione dispositiva e donazione obbligatoria	501
3.1	La donazione di cosa altrui	502
3.2	La donazione di cose future e la donazione universale	504
4.	L'oggetto della donazione	505
5.	Struttura e caratteri del contratto di donazione	506
5.1	Effetti della donazione ed elementi accidentali del contratto	507
6.	La capacità di disporre e di ricevere per donazione	508
7.	La disciplina applicabile al contratto di donazione	509
7.1	Il preliminare di donazione	510
7.2	La revoca della donazione	510
8.	La donazione e i motivi	511
8.1	La donazione remuneratoria	512
8.1.1	Donazione remuneratoria e obbligazione naturale	513
8.1.2	Donazione remuneratoria e liberalità d'uso	513
8.2	La donazione obnuziale	514
8.3	La donazione modale	514
8.3.1	Differenze con la donazione condizionata	515
9.	Donazioni con effetti particolari (riversibile e con riserva di disporre)	515
10.	La donazione di modico valore	516
11.	La donazione indiretta	516
11.1	Fattispecie di donazione indiretta	518
11.1.1	Contratto a favore di terzo	518
11.1.2	Rendita vitalizia e assicurazione sulla vita a favore di un terzo	518
11.1.3	Negotium mixtum cum donatione	519
11.1.4	La rinuncia abdicativa	519
11.1.5	Il pagamento di debiti altrui e delegazione di pagamento	520
11.1.6	Divisione in parti disuguali	520
11.1.7	Mandato ad amministrare e mandato irrevocabile	520
11.1.8	Intestazione dei beni in nome altrui e regime giuridico	520
11.2	La disciplina applicabile alla donazione indiretta	522
12.	La donazione nell'analisi economica del diritto	523

PARTE VI
I DIRITTI REALI

CAPITOLO I
I beni

1.	I beni giuridici	527
2.	Le distinzioni dei beni	528
3.	Beni materiali e immateriali.....	528
4.	Beni mobili e immobili	529
	4.1 Il regime di circolazione dei beni mobili e immobili.....	530
	4.2 Le altre differenze tra beni mobili e immobili	530
	4.3 Diritti mobiliari e immobiliari.....	531
5.	Beni consumabili, fungibili, divisibili, commerciabili	531
6.	Cose future e beni futuri	534
7.	I frutti	534
	7.1 L'acquisto dei frutti naturali.....	535
	7.2 L'acquisto dei frutti civili.....	536
8.	Le pertinenze.....	536
	8.1 La disciplina delle pertinenze	537
	8.2 L'estinzione del vincolo pertinenziale	538
	8.3 Gli spazi destinati a parcheggi privati.....	538
9.	Le universalità patrimoniali	539
	9.1 La natura giuridica	539
	9.1.1 L'azienda	540
	9.2 La disciplina dell'universalità di fatto	540
	9.3 L'universalità di diritto.....	541
10.	I beni pubblici	541
	10.1 Lo statuo giuridico dei beni pubblici	543

CAPITOLO II
La proprietà

1.	I diritti reali	545
	1.1 L'oggetto dei diritti reali	546
	1.2 Il principio di tipicità dei diritti reali.....	547
	1.3 I diritti personali con contenuto analogo ai diritti reali.....	548
2.	La proprietà	548
3.	Il diritto di proprietà nella Costituzione e nel codice civile	549
4.	Il diritto di proprietà nel diritto internazionale (in particolare, nella Cedu) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.....	551
5.	La struttura fondamentale del diritto di proprietà	554
6.	I limiti legali al diritto di proprietà. Il divieto di atti emulativi.....	556
7.	Dalla proprietà alle proprietà	558
	7.1 La proprietà temporanea	558
	7.2 La proprietà separata	559
	7.3 La proprietà periodica (multiproprietà).....	560
	7.4 La proprietà collettiva	562
	7.5 La proprietà fondiaria.....	563

7.5.1 I confini	563
7.5.2 I rapporti di vicinato	565
8. Le immissioni: la struttura aperta dell'art. 844 c.c.	565
8.1 Il criterio (relativo) della normale tollerabilità	566
8.2 La tripartizione delle immissioni	568
8.3 Le tutele esperibili	569
8.4 Le immissioni nella CEDU e nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo.....	570
8.5 Gli usi incompatibili.....	571
9. La disciplina delle distanze	571
9.1 Il diritto di prevenzione	572
9.2 I rimedi contro le violazioni delle norme sulle distanze	573
9.3 La comunione forzosa del muro.....	574
9.4 La presunzione di proprietà del muro divisorio	574
9.5 Manutenzione e uso del muro comune	574
10. Luci e vedute	575
11. La proprietà edilizia	576
11.1. La cessione di cubatura	577
11.2. I diritti edificatori	579
11.2.1. La natura dei diritti edificatori.....	581

CAPITOLO III

La proprietà: fiducia, destinazione e separazione

1. Proprietà e fiducia	583
1.1 Fiducia romanistica e fiducia germanistica	584
2. Il negozio fiduciario (pactum fiduciae).....	585
2.1 La fiducia statica	586
2.2 Interposizione reale di persona	586
2.3 La causa dell'operazione.....	587
2.4 Abuso del fiduciario e tutela del fiduciante	587
2.5 I creditori del fiduciario	588
2.6 La forma del pactum fiduciae: il rapporto con il preliminare e il mandato senza rappresentanza	589
3. Il trust: traslazione, destinazione e separazione patrimoniale	594
3.1. Il trust interno.....	596
3.2 Il controllo di meritevolezza degli interessi	597
3.2.1 Il trust nella separazione e nel divorzio.....	598
3.2.2 Il trust a tutela dei soggetti deboli	598
3.2.3 Il trust nei rapporti patrimoniali della famiglia	598
3.2.4 Il trust liberale e il trust testamentario.....	599
3.3 Trust illecito, abusivo, fraudolento	600
3.4 Il trust autodichiarato	601
4. L'atto di destinazione e di separazione patrimoniale	602
5. L'art. 2645-ter c.c.	604
5.1 La meritevolezza dell'interesse.....	605
5.1.1 La destinazione di scopo e l'autodestinazione	607
5.2 Destinazione statica (o dinamica)	607
5.3 La forma e la trascrizione dell'atto	609
5.4 La tutela del beneficiario.....	610

5.5 La tutela dei creditori	611
5.6 L'estinzione del vincolo	611
6. L'affidamento fiduciario.....	611

CAPITOLO IV

I modi di acquisto della proprietà

1. I modi di acquisto della proprietà	613
2. I modi di acquisto a titolo originario	614
3. L'invenzione	614
4. L'unione e la commistione	615
5. La specificazione	616
6. Accessione	617
6.1 La disciplina dell'accessione in relazione a tre distinte fattispecie	618
6.2 L'accessione invertita.....	621
7. L'occupazione	623
7.1 L'occupazione appropriativa (rinvio).....	624
8. L'usucapione	624
8.1 I presupposti. L'interversione del possesso.....	626
8.2 Oggetto dell'usucapione	627
8.3 Le forme di usucapione	628
8.4 La natura e il contenuto dell'acquisto	629
8.5 Irretroattività dell'acquisto.....	630
8.6 La rinuncia all'usucapione	630
8.7 L'accertamento dell'usucapione.....	631
9. L'acquisto a <i>non domino</i>	632
9.1 Il conflitto tra titolare del diritto e terzo di buona fede	633
9.2 La regola possesso vale titolo	633
9.2.1 Il possesso e la buona fede: apparenza del diritto	634
9.2.2 Il titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà	634
9.3 L'acquisto a non domino dei diritti di credito	636
9.4 L'acquisto a non domino dei diritti reali	636
9.5 La ratio del diverso regime di tutela degli acquisti a non domino	637
9.6 Conflitto tra aventi causa dal medesimo autore	638
10. Negozi di accertamento e atti ricognitivi di diritti reali	640
11. I modi di perdita della proprietà.....	640
11.1 L'abbandono	640
11.2 La rinuncia al diritto di proprietà	641
11.2.1 La rinuncia alla quota di comproprietà.....	644
11.3 L'abbandono liberatorio	645

CAPITOLO V

Le azioni a tutela della proprietà

1. L'azione di rivendicazione	647
1.1 Natura e caratteri dell'azione	648
1.2 L'azione di rilascio di immobile detenuto sine titolo.....	649
1.3 Rapporti con l'azione di risarcimento del danno	650

1.4 Alienazione e distruzione della cosa	654
2. L'azione ripristinatoria	655
3. L'azione negatoria	655
4. L'azione di regolamento dei confini	655
5. L'azione per apposizione di termini	657

CAPITOLO VI

La superficie e l'enfiteusi

1. I diritti reali su cosa altrui	659
2. Nozione ed evoluzione storica del diritto di superficie	661
3. La proprietà superficaria	662
4. Proprietà separata non superficaria	662
5. I soggetti, il contenuto e l'oggetto	663
6. Costituzione e circolazione	664
7. Modi ed effetti dell'estinzione	664
8. Il contratto atipico e il diritto personale di jus ad aedificandum	665

CAPITOLO VII

L'enfiteusi

1. L'enfiteusi	669
----------------------	-----

CAPITOLO VIII

I diritti reali di godimento

1. Usufrutto	671
1.1 Usufrutto congiuntivo e successivo	672
1.2 Fonti e oggetto dell'usufrutto	673
1.3 Il "quasi usufrutto"	675
1.4 Contenuto del diritto di usufrutto	675
1.5 Gli obblighi dell'usufruttuario	677
1.6 Gli obblighi del proprietario	678
1.7 La disposizione del diritto di usufrutto	678
1.8 L'estinzione dell'usufrutto	679
1.9 Le azioni dell'usufruttuario	680
2. Uso e abitazione	680
3. Le servitù	683
3.1 L'utilità del fondo	683
3.1.1 Le servitù irregolari	685
3.2 Le fonti regolatrici della servitù	687
3.3 Prestazioni accessorie a carico del proprietario del fondo servente	688
3.4 Prestazioni a carico del proprietario del fondo dominante	689
3.5 Le innovazioni	689
3.6 Le diverse tipologie di servitù: volontarie e coattive	690
3.7 Servitù affermative e servitù negative	691
3.8 Servitù continue e servitù discontinue	692

3.9	Servitù apparenti e non apparenti.....	692
3.10	I modi di costituzione della servitù	692
3.11	Servitù tipiche e atipiche. I limiti all'autonomia privata.....	694
3.12	Le modifiche soggettive e oggettive	695
3.13	La comunione di servitù. Il principio della indivisibilità.....	697
3.14	L'estinzione della servitù	697
3.15	La tutela petitoria e possessoria della servitù.....	698
4.	Le servitù pubbliche.....	699
5.	Le servitù di uso pubblico.....	699
6.	Gli usi civici e i domini collettivi.....	700
7.	Le obbligazioni reali (<i>propter rem</i>).....	702
8.	L'onere reale e le differenze con l'obbligazione reale	704
8.1	La regola della tipicità.....	705

CAPITOLO IX

Il possesso

1.	Nozione e natura giuridica del possesso	707
2.	La funzione del possesso.....	708
3.	Gli elementi del possesso. Il potere sulla cosa	709
4.	Il possesso mediato e la detenzione	710
5.	L' <i>animus possidendi</i>	712
6.	I possessi non proprietari (c.d. minori)	713
7.	Il compossesso	713
8.	L'oggetto del possesso	714
9.	La prova e la presunzione di possesso	715
10.	L'acquisto del possesso	715
10.1	La consegna della cosa.....	716
10.2	Il costituito possessorio	717
10.3	Gli atti compiuti con l'altrui tolleranza	719
11.	L'accessione del possesso	719
12.	La successione nel possesso.....	720
13.	La conservazione e la perdita del possesso	721
14.	L'interversione del possesso	721
15.	Gli effetti del possesso	722
15.1	L'acquisto dei frutti	723
15.2	La nozione e la presunzione di buona fede	723
15.3	Rimborso delle spese e indennità per i miglioramenti	724
15.4	Il diritto di ritenzione	725
16.	Gli effetti del possesso sui modi di acquisto della proprietà.....	726
16.1	L'acquisto a non domino: la regola possesso vale titolo (rinvio).....	726
16.2	L'usucapione (cenni e rinvio).....	726
17.	La tutela del possesso: profili generali e sistematici	727
17.1	L'azione di reintegrazione	729
17.1.1	La legittimazione e la tutela	730
17.2	L'azione di manutenzione	732
17.3	Le azioni di nunciazione	734
17.3.1	Denuncia di nuova opera	734
17.3.2	La denuncia di danno temuto	734

CAPITOLO X

La comunione

1. La comunione: nozione	737
2. La natura giuridica	737
3. Le diverse tipologie di comunione	738
4. Comunione e società	740
5. Comunione romanistica e comunione germanistica	741
6. La quota	743
7. Il godimento	744
8. I vantaggi, i pesi e le spese	746
9. La disciplina della comunione quale struttura associativa	747
10. L'amministrazione	747
10.1 La figura dell'amministratore	749
11. Il regolamento	749
12. Concorso e interventi del partecipante nella gestione della cosa comune	749
13. Lo scioglimento	750
13.1 L'atto di scioglimento della comunione di immobile senza indicazione del titolo urbanistico	750
13.1.1 L'atto di scioglimento della comunione ereditaria	754
14. La divisione	758
14.1 Il giudizio divisorio	759
14.2 La divisione negoziale	760
14.3 Interventi, opposizioni, impugnazioni di terzi	761
14.4 Effetti della divisione sugli atti dispositivi	761
14.5 Gli atti paradivisori	762
15. Figure tipizzate di comunione	763

CAPITOLO XI

Il condominio

1. Il condominio: nozione e natura giuridica	765
2. La relazione di accessorietà	767
3. Le parti comuni	768
3.1 Il diritto d'uso esclusivo delle parti comuni	769
4. Le obbligazioni dei condomini	772
5. Il diritto di sopraelevazione	772
5.1. La concessione in godimento a terzi del lastrico solare: la natura del contratto	774
6. La governance	777
7. Il regolamento	777
8. Le tabelle millesimali	779
9. L'assemblea	779
10. Invalidità e impugnazione delle delibere assembleari	780
10.1 Le cause di nullità delle delibere condominiali	783
10.2 Le delibere di ripartizione delle spese e le delibere c.d. normative	786
11. L'amministratore	787
12. Il supercondominio e il condominio minimo	788
13. Lo scioglimento del condominio	790

CAPITOLO XII

La proprietà e i beni nell'analisi economica del diritto

1. Le funzioni della proprietà	791
2. La trasferibilità dei beni	791
3. The tragedy of the commons: i beni collettivi	792
4. La tragedia degli anticomuni: la comproprietà e il numero chiuso dei diritti reali	793
5. L'espropriazione	793
6. Gli usi incompatibili	795
7. Le classificazioni tradizionali degli effetti esterni	795
8. La classificazione dei beni	797
9. I beni pubblici	798
9.1 I beni caratterizzati da un uso assolutamente rivale	798
9.2 I beni caratterizzati da un uso non completamente rivale	799
9.2.1. Gli strumenti per la gestione dei conflitti allocativi	800

PARTE VII

LE OBBLIGAZIONI

CAPITOLO I

Caratteri generali e fonti delle obbligazioni

1. La nozione e la pluriforme funzione dell'obbligazione	805
1.1 L'obbligazione in funzione traslativa e di scambio	805
1.2 L'obbligazione come mezzo di tutela: la funzione risarcitoria e indennitaria	806
1.3 L'obbligazione come reazione a uno spostamento patrimoniale non giustificato: la funzione restitutoria	807
1.4 La serie aperta delle funzioni dell'obbligazione: la protezione	807
2. La teoria generale: i caratteri strutturali e le dinamiche evolutive dell'obbligazione	808
3. Le fonti dell'obbligazione	810
3.1 L'atipicità	812
3.2 Il contratto	812
3.3 Il fatto illecito e il fatto lecito	812
3.4 I rapporti contrattuali di fatto	813
3.5 Il contatto sociale qualificato	814
3.6 La buona fede oggettiva: cenni e rinvio	818
4. Obbligazione e giuridicità. L'intento giuridico negativo	818
5. L'obbligazione naturale	822
5.1 La rilevanza giuridica dell'obbligazione naturale	824

CAPITOLO II

Gli elementi costitutivi

1. I soggetti: il principio di dualità	827
1.2 Il principio di determinatezza dei soggetti del rapporto obbligatorio	828

2.	Titolarità della pretesa e legittimazione a riceverla	829
3.	La situazione economico-sociale dei soggetti dell'obbligazione: eguaglianza formale e disequaglianze sostanziali.....	830
3.1	Il favor debitoris e il principio di temporaneità dei vincoli	832
4.	La prestazione e l'interesse	833
4.1	I requisiti della prestazione	835
4.1.2	Classificazione delle obbligazioni	836
4.2	Le obbligazioni di dare	837
4.2.1	Le obbligazioni miste di dare e di fare.....	838
4.3	Le obbligazioni di fare e di non fare.....	839
4.3.1	Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato	839
4.4	L'obbligazione del fatto del terzo e l'obbligazione di garanzia	841
4.5	Obbligazioni fungibili e infungibili. Obbligazioni generiche e specifiche.....	842
4.6	Le obbligazioni di durata	843
4.7	Le obbligazioni alternative e facoltative (rinvio).....	845
5.	L'interesse del debitore tutelato nel rapporto obbligatorio	845
6.	La responsabilità del debitore e la garanzia patrimoniale.....	846
7.	Esecuzione forzata ed esecuzione specifica.....	847

CAPITOLO III

Buona fede, correttezza e abuso del diritto

1.	Il dovere di correttezza e buona fede	849
2.	La valutazione del comportamento delle parti	851
3.	Gli obblighi integrativi strumentali all'adempimento.....	851
4.	Gli obblighi autonomi	852
4.1	Gli obblighi di protezione	853
4.1.1	Gli obblighi di protezione nel contratto	854
4.1.2	Gli obblighi di protezione nel contatto sociale	854
4.1.3	Gli obblighi di protezione nei confronti dei terzi.....	855
4.1.4	Gli obblighi di protezione al confine tra contratto e torto.....	856
5.	L'abuso del diritto	856
5.1	La reazione dell'ordinamento all'abuso del diritto	858

CAPITOLO IV

Le obbligazioni pecuniarie

1.	Obbligazioni di valuta e di valore. Il principio nominalistico e quello valoristico	865
2.	Il duplice statuto delle obbligazioni pecuniarie	868
3.	Le deroghe al principio nominalistico e l'adeguamento dei debiti di valuta	869
4.	Obbligazioni portabili e chiedibili, liquide e illiquide	871
5.	Il pagamento e gli strumenti alternativi al denaro contante	872
6.	Gli interessi	874
6.1	Le diverse tipologie di interessi	876
6.1.1	Gli interessi corrispettivi	877
6.1.2	Gli interessi moratori.....	878

6.1.3 La speciale disciplina degli interessi moratori nelle transazioni commerciali	880
6.2 Gli interessi compensativi	881
7. L'anatocismo	882
8. La distinzione degli interessi in base alla fonte	887
9. L'usura	888
9.1 Il calcolo dell'usura: il calcolo degli interessi di mora	889
9.1.1 Le tecniche di tutela del soggetto finanziato	891
9.1.2 Interessi moratori e usura nei contratti del consumatore	893
9.2 L'usura sopravvenuta	893
9.3 Usura reale e usura pecuniaria a confronto	897

CAPITOLO V

Le obbligazioni complesse

1. Le obbligazioni alternative	899
1.1 La "concentrazione"	900
1.2 La natura giuridica dell'atto di scelta	901
1.3 L'impossibilità sopravvenuta della prestazione alternativa	902
2. L'obbligazione con facoltà alternativa	902
3. Le obbligazioni soggettivamente complesse	904
4. Le obbligazioni divisibili e indivisibili	906
5. Le obbligazioni solidali	908
5.1 La natura giuridica	908
5.2 La funzione	909
5.3 La solidarietà dal lato passivo	910
5.3.1 La natura giuridica delle obbligazioni dei condomini	911
5.4 Il lato esterno e il lato interno della solidarietà. Le obbligazioni a interesse esclusivo e quelle a interesse comune	913
5.5 La disciplina della solidarietà. La facoltà di scelta e il regime delle eccezioni	913
5.6 I rapporti interni	914
5.6.1 Il regresso	915
5.6.2 Il rapporto tra regresso e surrogazione	915
5.7 Le cause di estinzione alla luce dei principi dell'effetto favorevole, di eguaglianza e di pari trattamento	917
5.7.1 La dazione in pagamento	918
5.7.2 La novazione	918
5.7.3 La remissione	918
5.7.4 La compensazione	919
5.7.5 La confusione	919
5.7.6 Impossibilità sopravvenuta non imputabile	920
5.7.7 La prescrizione	920
5.7.8 Il riconoscimento del debito, la confessione e il giuramento	920
5.7.9 La transazione	921
5.8 L'inadempimento	922
5.9 La rinuncia e la decadenza del vincolo di solidarietà	922

5.10 Profili processuali	923
6. Le obbligazioni collettive.....	924

CAPITOLO VI

Le modificazioni del rapporto dal lato attivo

1. La modificazione soggettiva del rapporto.....	925
2. La cessione del credito: la struttura. Il principio della libera cessione dei crediti.....	927
2.1 La causa.....	929
2.2 Gli effetti	930
2.3 I divieti	931
2.4 Le azioni e le eccezioni	933
2.5 Le garanzie	934
2.6 La doppia cessione	935
2.7 Il factoring (rinvio).....	936
2.8 La cessione legale e quella giudiziale	936
3. La surrogazione per pagamento	937
3.1 Le forme di surrogazione	938
3.2 La natura dell'atto	940
3.3 Il rapporto tra debitore e terzo surrogato	941
4. La delegazione attiva	942

CAPITOLO VII

Le Modificazioni Del Rapporto Dal Lato Passivo

1. Le vicende dell'obbligazione dal lato passivo	943
2. La successione nel debito.....	943
3. La cessione del debito e la novazione soggettiva passiva.....	944
4. Gli schemi tipici negoziali di modificazione soggettiva dal lato passivo	945
6. La delegazione passiva.....	945
6.1 La delegazione cumulativa.....	946
6.2 La delegazione liberatoria	947
6.3 La struttura del rapporto di delegazione	948
6.4 La causa della delegazione.....	949
6.5 Delegazione pura o titolata	949
6.6 Il regime delle eccezioni nella delegazione pura	950
6.7 Il regime delle eccezioni nella delegazione titolata	951
7. L'espromissione: le tipologie	952
7.1 La struttura	953
7.2 La doppia causa, l'espromissione parzialmente astratta e il regime delle eccezioni.....	953
7.3 Il regime delle eccezioni nell'espromissione titolata	955
8. L'accollo: esterno e interno	955
8.1 L'accollo cumulativo o liberatorio	956
8.2 La causa e il regime delle eccezioni.....	957
8.3 L'accollo legale	958
9. La surrogazione reale	959

CAPITOLO VIII**L'adempimento**

1.	Classificazioni delle cause estintive dell'obbligazione	961
2.	L'adempimento	963
2.1	La natura dell'atto di adempimento	963
2.2	Il pagamento (adempimento) traslativo	964
3.	La legittimazione ad adempiere	967
4.	L'adempimento del terzo.....	968
5.	La legittimazione a ricevere l'adempimento.....	971
5.1	L'adempimento al non legittimato	972
5.2	Il pagamento al creditore apparente	972
6.	La diligenza.....	973
7.	Le modalità dell'adempimento	974
8.	Il termine dell'adempimento	975
8.1	La determinazione del tempo dell'adempimento.....	977
9.	Il luogo dell'adempimento	977
9.1	Criteri legali di determinazione del luogo.	
a)	Il luogo desumibile dalla natura e dalle circostanze dell'adempimento della prestazione	977
9.2	b) Il luogo in cui si trovava la cosa al tempo in cui è sorta l'obbligazione	978
9.3	c) Il domicilio del creditore quale criterio generale delle obbligazioni pecuniarie (parziale rinvio)	978
9.4	d) Il domicilio del debitore.....	979
10.	L'imputazione del pagamento	979
11.	La prova del pagamento	980
11.1	La quietanza	980
12.	L'accettazione della prestazione	981
13.	La cooperazione all'adempimento	982
14.	L'interesse del debitore all'adempimento	983
15.	L'offerta non formale	983
16.	La mora del creditore	984
16.1	L'offerta formale	986
16.2	Gli effetti della mora	988
16.3	La liberazione coattiva	990

CAPITOLO IX**Le altre cause di estinzione delle obbligazioni**

1.	I modi di estinzione diversi dall'adempimento	991
2.	La datio in solutum	991
2.1	Le differenze tra datio in solutum e istituti affini	993
2.2	Le garanzie del creditore	994
2.3	Gli strumenti di pagamento alternativi al contante	994
3.	La compensazione	995
3.1	La compensazione legale	996
3.2	La compensazione giudiziale	998

3.3	La compensazione volontaria.....	999
4.	La confusione	1000
4.1	L'estinzione delle garanzie.....	1000
5.	La novazione. Premessa, classificazione e funzione dell'istituto	1001
5.1.	La novazione oggettiva: la causa novandi	1003
5.2	La struttura della novazione oggettiva	1004
5.3	Il rapporto con l'obbligazione originaria	1005
5.4	Novazione dell'obbligazione e novazione del contratto	1006
6.	La remissione del debito	1007
6.1	La causa della remissione	1008
6.2	L'oggetto della remissione	1008
6.3	La forma della remissione	1008
6.4	L'inerzia del creditore tra remissione del debitore e abuso del diritto ...	1009
7.	L'impossibilità sopravvenuta della prestazione	1011
7.1	I caratteri dell'impossibilità: oggettività e assolutezza	1012
7.2	Impossibilità della prestazione e impossibilità di utilizzo: il venir meno dell'interesse del creditore	1012
7.3	Impossibilità totale o parziale	1013
7.4	Impossibilità non imputabile.....	1013
7.5	Impossibilità definitiva	1014
7.6	Il subentro del creditore	1014

CAPITOLO X

Il modello della responsabilità da inadempimento

1.	Responsabilità da inadempimento e responsabilità contrattuale.....	1017
2.	La funzione della responsabilità da inadempimento	1018
3.	Il modello della responsabilità da inadempimento per colpa.....	1019
3.1	La colpa e l'onere della prova.....	1020
3.2	Il principio di presunzione di persistenza del diritto di credito.....	1021
4.	Il modello (alternativo) basato sulla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato	1022
5.	Il modello della responsabilità professionale.....	1024
6.	Il modello della responsabilità oggettiva da inadempimento	1028
6.1	La responsabilità per fatto degli ausiliari	1028
6.2	Il modello della responsabilità aggravata: la responsabilità <i>ex recepto</i>	1029
7.	Il modello della responsabilità attenuata.....	1030
8.	La responsabilità da inadempimento e i terzi	1031

CAPITOLO XI

La disciplina della responsabilità da inadempimento

1.	L'inadempimento: la nozione.....	1033
1.1	Inadempimento totale e inesattezza oggettiva dell'adempimento	1033
1.2	L'inesattezza soggettiva	1035
1.3	L'imputabilità e la dimensione cronologica dell'inadempimento.....	1035
2.	La mora del debitore	1036
2.1	La mora automatica.....	1036

2.2	L'atto di costituzione in mora	1038
2.3	Gli effetti e la funzione della mora	1038
2.4	Purgazione, cancellazione, interruzione e sospensione della mora.....	1040
3.	I rimedi contro l'inadempimento	1040
3.1	Rimedi sanzionatori e rimedi obiettivi.....	1040
3.2	Rimedi generali e rimedi speciali.....	1041
3.3	I rimedi in autotutela e rimedi compulsori.....	1041
3.4	L'azione di adempimento.....	1043
4.	I mezzi di coazione indiretta. L'astreinte e le pene giudiziali	1043
4.1	La pena privata.....	1046
4.2	La clausola penale.....	1047
4.3	La caparra.....	1049
5.	L'azione risarcitoria	1050
6.	La prova dell'inadempimento	1052
6.1	Le specificità della responsabilità da contatto sociale, per violazione degli obblighi di protezione	1054
7.	Le clausole di esonero da responsabilità	1057
7.1	La nullità del patto che esclude la colpa non grave	1058
7.2	Le clausole di manleva e le clausole che delimitano l'oggetto del contratto	1059

CAPITOLO XII

Il danno risarcibile

1.	Il risarcimento del danno.....	1061
2.	La funzione del risarcimento del danno	1062
3.	La nozione di danno	1064
3.1	La risarcibilità del danno non patrimoniale	1065
3.2	Danno evento e danno conseguenza	1067
4.	Il principio della riparazione integrale del danno	1067
5.	La certezza del danno. Il nesso di causalità	1068
6.	La causa successiva ipotetica	1069
7.	Il concorso di colpa del creditore	1079
7.1	Casistica. Il concorso di colpa del traente per la scelta del mezzo di spedizione dell'assegno	1072
8.	La prevedibilità del danno.....	1077
9.	Le componenti del danno	1077
10.	Il danno da perdita di chance (cenni e rinvio).....	1078
11.	La compensatio lucri cum damno	1079
12.	La determinazione equitativa del danno	1079
13.	La liquidazione del danno	1080
14.	La prova del danno.....	1080

CAPITOLO XIII

Il regime della responsabilità professionale

1.	La responsabilità dell'avvocato, del notaio e del professionista tecnico	1083
2.	La responsabilità medica.....	1084

3.	La responsabilità della struttura sanitaria.....	1084
4.	La responsabilità contrattuale del medico	1085
4.1.	Il rischio della causa ignota.....	1086
5.	La responsabilità extracontrattuale del medico	1090
6.	La responsabilità medica per inadempimento degli obblighi di informazione	1093
6.1	I danni risarcibili	1096

CAPITOLO XIV

La responsabilità patrimoniale

1.	I principi e la funzione della responsabilità patrimoniale	1099
2.	La par condicio creditorum	1100
3.	Il divieto del patto commissorio.....	1102
4.	L'alienazione a scopo di garanzia	1104
5.	Il sale and laese back	1104
6.	Il patto marciano: tra validità e nullità	1106
6.1	Patti commissori accessori e autonomi	1109
4.	Il diritto di ritenzione.....	1110

CAPITOLO XV

Le cause legittime di prelazione

1.	Le caratteristiche	1113
2.	I privilegi	1113
3.	L'ipoteca	1116
4.	Il pegno.....	1120
4.1	Il pegno su cosa futura	1122
4.2	Il pegno irregolare	1123
4.3	Il pegno rotativo	1124
4.4	Il pegno omnibus	1125
4.5	Il pegno non possessorio come pegno di valore e rotativo	1126

CAPITOLO XVI

Le garanzie personali

1.	La fideiussione	1129
1.1	La fonte della garanzia fideiussoria	1131
1.2	Il regime delle eccezioni	1133
1.3	La surrogazione del fideiussore	1134
1.4	La reviviscenza della garanzia fideiussoria.....	1134
2.	La fideiussione omnibus	1135
3.	La fideiussio indemnitas	1135
4.	Il mandato di credito	1136
5.	Il contratto autonomo di garanzia	1136
6.	Le polizze fideiussorie	1140
7.	Le lettere di patronage.....	1142
7.1	Lettere deboli e lettere forti.....	1143

CAPITOLO XVII

I mezzi di conservazione della garanzia

1.	La conservazione della garanzia patrimoniale	1147
2.	L'azione revocatoria	1149
2.1	Il diritto di credito e l'atto di disposizione patrimoniale	1151
2.2	L'eventus damni e il nesso di causalità	1154
2.3	Il requisito soggettivo	1155
2.4	Casistica: la revocatoria della doppia alienazione immobiliare, del fondo patrimoniale, dell'accordo di separazione e della vendita con riserva della proprietà	
A)	La doppia alienazione immobiliare	1157
B)	Il fondo patrimoniale	1157
C)	Gli accordi di separazione	1157
D)	La vendita con riserva della proprietà	1158
3.	L'azione esecutiva anticipata	1158
4.	L'azione surrogatoria	1160
4.1	I presupposti	1162
4.2	I limiti	1163
5.	Il sequestro conservativo	1164

CAPITOLO XVIII

Le obbligazioni da fatto lecito

1.	Le promesse	1167
1.1	Promesse unilaterali tipiche e atipiche	1168
1.2	Promessa di pagamento e ricognizione di debito	1171
1.3	La promessa al pubblico	1173
2.	I quasi-contratti: genesi dell'istituto	1174
3.	La teoria generale dei rimedi restitutori	1174
4.	L'arricchimento senza causa	1177
4.1	L'arricchimento indiretto	1179
5.	L'arricchimento senza causa della p.a.	1181
5.1	L'indennizzo	1184
6.	La ripetizione dell'indebito. L'indebito oggettivo	1185
6.1	L'indebito soggettivo	1188
6.2	L'obbligazione restitutoria	1190
7.	La gestione di affari altrui	1192
7.1	I presupposti	1193
7.2	L'oggetto della gestione	1196
7.3	Gli effetti	1197

PARTE VIII

IL CONTRATTO

CAPITOLO I

Principi e fonti del diritto dei contratti

1.	La definizione di contratto	1203
2.	Il principio della libertà contrattuale	1204

2.1	La libertà di contrarre.....	1206
2.2	La funzione sociale del contratto, le restrizioni pubbliche della libertà contrattuale e l'obbligo a contrarre	1207
3.	Il dogma della volontà, e la sua crisi.....	1208
3.1	I rapporti contrattuali di fatto	1209
4.	Contratto e negozio giuridico.....	1209
5.	Il contratto e le fonti del diritto	1210
5.1	Il diritto europeo dei contratti	1210
5.2	Il diritto internazionale dei contratti	1211
6.	La Costituzione	1212
7.	Il contratto nel codice civile.....	1214
7.1	Il contratto nella legislazione speciale e di settore: il nuovo diritto dei contratti	1215
8.	I codici di condotta e il fenomeno dell'autodisciplina	1216
8.1	I codici deontologici.....	1217
9.	I codici di comportamento, di autodisciplina e i codici etici	1218

CAPITOLO II

La formazione del contratto: le trattative e la responsabilità precontrattuale

1.	La formazione del contratto tra statica e dinamica	1221
2.	Trattative e correttezza	1221
2.1	Le declinazioni della regola di correttezza precontrattuale	1224
3.	La responsabilità precontrattuale: le forme.....	1226
3.1	La responsabilità da interruzione ingiustificata delle trattative	1227
3.2	La responsabilità da contratto invalido	1227
3.2.1	La reticenza	1227
3.3	La responsabilità precontrattuale da contratto valido	1228
4.	La natura giuridica della responsabilità precontrattuale	1229
5.	Il danno risarcibile	1231
6.	La responsabilità precontrattuale del terzo	1232
7.	La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione	1233

CAPITOLO III

La formazione progressiva del contratto

1.	La formazione a tappe del contratto.....	1237
2.	Minuta di contratto e puntuazione	1238
2.1	Distinzione tra minuta e contratto	1239
3.	Le lettere di intenti	1241
4.	Il <i>pactum de tractando</i>	1242

CAPITOLO IV

I negozi preparatori

1.	La progressione verso il contratto finale.....	1245
2.	La proposta irrevocabile.....	1246
3.	L'opzione.....	1247

4. La prelazione	1248
5. Il contratto normativo.....	1249

CAPITOLO V

L'obbligo a contrarre e il contratto preliminare

1. L'obbligo a contrarre	1251
2. L'obbligo a contrarre volontariamente assunto: il contratto preliminare	1252
3. Natura e causa del preliminare	1252
4. Il rapporto tra preliminare e definitivo	1253
5. Requisiti di forma e trascrizione	1255
6. Inadempimento del preliminare e sentenza costitutiva	1256
7. Azioni e rimedi esperibili verso il preliminare	1257
8. Varianti dello schema base: preliminare unilaterale e preliminare a effetti anticipati	1258
9. Il preliminare di preliminare	1260

CAPITOLO VI

Gli schemi di conclusione del contratto

1. La pluralità di schemi di conclusione del contratto	1263
2. Lo schema generale: proposta e accettazione	1263
2.1 Il contrasto tra la volontà e la dichiarazione	1265
2.2 L'offerta al pubblico	1265
2.1.1 Distinzione con l'invito a offrire e con la promessa al pubblico	1266
3. Schemi particolari: contratto mediante inizio dell'esecuzione	1266
4. Il silenzio "contrattuale"	1267
5. Contratto con obbligazioni a carico del solo proponente.....	1268
5.1 La rilettura in termini di negozio unilaterale	1269
6. I contratti per adesione	1270
6.1 Condizioni generali di contratto.....	1271
7. I contratti reali	1272
8. Il ruolo dell'autonomia privata	1272

CAPITOLO VII

La forma del contratto

1. Il principio di libertà della forma	1275
2. I contratti formali: la funzione della forma	1275
2.1 Il neoformalismo contrattuale	1276
3. La forma a fini probatori.....	1277
4. La forma dei contratti su contratti.....	1278
4.1 La forma del pactum fiduciae: il rapporto con il preliminare e il mandato senza rappresentanza (rinvio).....	1279
5. Forme volontarie	1279
6. La ripetizione (o riproduzione) del contratto	1280

CAPITOLO VIII

La rappresentanza

1.	La nozione e le forme di rappresentanza	1283
1.1	Figure affini.....	1284
2.	Le fonti del potere rappresentativo: la legge.....	1285
3.	La rappresentanza volontaria: la procura	1285
4.	L'esercizio del potere rappresentativo: la capacità di agire	1286
4.1	I vizi della volontà e gli stati soggettivi	1287
5.	L'abuso della rappresentanza	1288
5.1	Il conflitto di interessi	1288
5.2	Il contratto con se stesso (o autocontratto).....	1290
6.	La revoca della procura.....	1290
7.	La rappresentanza apparente e il principio generale di apparenza del diritto ..	1291
7.1	Il rappresentante senza potere (falsus procurator)	1294
8.	La rappresentanza mascherata: il contratto sotto nome altrui.....	1296
9.	Il contratto per persona da nominare	1297
10.	Il contratto per conto di chi spetta	1298
11.	La rappresentanza indiretta	1298

CAPITOLO IX

Il regolamento contrattuale

1.	Il contratto come regolamento	1301
2.	L'oggetto e il contenuto del contratto	1301
3.	I requisiti dell'oggetto: possibilità	1302
3.1	L'inesistenza del bene. Il contratto di cosa futura.....	1302
3.2	Liceità, determinazione e determinatezza.....	1304
4.	Il contratto incompleto	1305
5.	L'arbitraggio.....	1305
6.	La determinazione consensuale	1306
7.	La determinazione unilaterale	1307

CAPITOLO X

La causa del contratto

1.	Causa in astratto e causa in concreto	1309
2.	Differenza tra causa e motivi	1311
3.	Le diverse tipologie di causa.....	1312
3.1	La causa di scambio	1312
3.1.1	La causa simbolica e non trasparente	1313
3.2	La causa dei contratti gratuiti.....	1314
3.3	La causa di garanzia	1314
3.4	I contratti solutori con causa esterna.....	1314
3.5	La causa debole	1315
3.5.1	La causa donandi.....	1315
3.6	La causa variabile.....	1316

4.	Causa e alea.....	1316
4.1	Alea bilaterale e unilaterale.....	1318
5.	Causa statica e causa dinamica	1319
6.	Il collegamento negoziale funzionale	1320
6.1	Il regime applicabile ai contratti collegati.....	1321
6.2	Contratto misto e contratto complesso.....	1322
7.	Il contratto indiretto	1323
8.	Il contratto astratto: astrazione sostanziale e astrazione processuale	1324

CAPITOLO XI

Il giudizio causale

1.	Premessa.....	1327
2.	L'esistenza della causa	1327
2.1	L'equilibrio dello scambio: cenni e rinvio	1328
2.1.1	Nuove tendenze e prospettive	1329
3.	La liceità della causa	1330
3.1	Il contratto in frode alla legge	1332
4.	Il controllo di razionalità degli spostamenti di ricchezza	1332
5.	La realizzabilità del programma	1334
6.	Il giudizio di meritevolezza dell'interesse	1334

CAPITOLO XII

L'interpretazione del contratto

1.	Interpretazione della legge e interpretazione del contratto	1337
2.	Le regole dell'interpretazione	1337
3.	Interpretazione soggettiva e oggettiva	1338
4.	L'interpretazione soggettiva: lettera del contratto e comune intenzione delle parti	1339
5.	Le espressioni generali e le esemplificazioni	1341
6.	Il criterio comportamentale	1341
7.	Il criterio della globalità.....	1343
8.	L'interpretazione oggettiva: il criterio della buona fede	1343
9.	La coerenza al contratto. Le pratiche interpretative	1345
10.	L'interpretazione oggettiva finalizzata: conservazione del contratto; interpretazione contro il predisponente; regole finali	1346
11.	L'interpretazione dei negozi unilaterali	1347
12.	L'interpretazione dei negozi mortis causa.....	1348

CAPITOLO XIII

L'integrazione del contratto

1.	Le fonti eteronome del contratto.....	1349
2.	L'integrazione suppletiva.....	1349
3.	Le norme dispositive e gli usi	1350

4.	L'equità integrativa	1352
4.1	Equità correttiva e limitativa	1353
5.	La buona fede, precettiva e integrativa	1354
5.1	L'applicazione della buona fede integrativa	1355
5.1.1	L'inadempimento dell'obbligo derivante dalla buona fede integrativa.....	1356
5.2	La buona fede limitativa	1356
5.3	La buona fede correttiva	1357
6.	L'integrazione cogente	1358
6.1	Le norme unilateralmente imperative	1358

CAPITOLO XIV

Il vincolo contrattuale e gli effetti del contratto tra le parti

1.	Il vincolo contrattuale e la sua forza di legge	1361
2.	Gli effetti del contratto tra le parti	1362
3.	Effetti obbligatori ed effetti reali.....	1363
4.	Il principio consensualistico	1364
4.1	I limiti al principio consensualistico	1365
5.	Il contratto normativo. Rinvio.....	1367
6.	Il contratto di accertamento.....	1367

CAPITOLO XV

Contratto e terzo

1.	Il principio di relatività degli effetti del contratto e di intangibilità della sfera giuridica altrui	1369
2.	L'inopponibilità del contratto ai terzi e le eccezioni	1371
3.	Contratto con effetti solo apparenti nei confronti di terzi	1372
3.1	La promessa del fatto del terzo	1372
3.2	Il patto di non alienare	1373
4.	L'efficacia riflessa del contratto	1374
5.	Il contratto a favore di terzo.....	1375
5.1	La causa del contratto a favore di terzo	1376
6.	Il contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi.....	1378

CAPITOLO XVI

La cessione e la derivazione del contratto

1.	La cessione del contratto.....	1381
2.	La causa e la forma della cessione	1382
3.	Gli effetti della cessione nel rapporto tra le parti.....	1383
4.	La cessione atipica	1384
5.	La cessione legale e la successione nel contratto	1384
6.	Il subcontratto	1385
6.1	La disciplina	1386

CAPITOLO XVII

La modulazione degli effetti contratto

1. Premessa.....	1389
2. La condizione (sospensiva e risolutiva)	1389
3. L'evento deducibile in condizione: futuro e incerto	1390
4. La possibilità della condizione.....	1391
5. Estraneità dell'evento alla perfezione e all'esecuzione del contratto	1392
6. La liceità della condizione	1393
7. Il tipo di evento dedotto in condizione (condizione potestativa, mista e di adempimento)	1393
8. L'interesse correlato alla condizione (unilaterale o bilaterale)	1395
9. La retroattività della condizione	1395
10. La pendenza della condizione	1396
10.1 Tutela dell'aspettativa nascente dalla condizione	1397
10.2 Atti conservativi a tutela dell'aspettativa	1398
10.3 L'obbligo di buona fede	1398
11. La finzione di avveramento della condizione	1399
11.1 Una digressione sulla finzione del diritto.....	1401
12. La condizione legale	1403
13. Il termine	1404

CAPITOLO XVIII

La simulazione

1. Simulazione e apparenza.....	1407
2. Contratto simulato e accordo simulatorio	1407
3. Simulazione assoluta e relativa	1409
4. Interposizione fittizia	1409
5. Gli effetti della simulazione tra le parti	1412
6. Gli effetti della simulazione nei confronti dei terzi	1412
6.1 I terzi creditori	1413
7. L'azione di simulazione e l'onere della prova	1414

CAPITOLO XIX

Scioglimento e modificazione del contratto

1. Lo scioglimento del contratto: premessa	1417
2. Il mutuo dissenso (o risoluzione convenzionale).....	1417
3. Il recesso	1419
4. Il recesso convenzionale	1419
5. Il recesso legale. Il recesso determinativo (o di liberazione).....	1421
5.1 Il recesso-impugnazione	1421
5.2 Il recesso ius poenitendi.....	1423
6. La modifica unilaterale del contratto: ius variandi	1424

CAPITOLO XX

I rimedi contrattuali. L'invalidità

1. Rimedi negoziali, legali e giudiziali	1427
2. I rimedi nell'interesse generale e di parte	1428
3. I rimedi per difetti originari o sopravvenuti	1428
4. Rimedi estintivi (caducatori) e manutentivi (di adeguamento).....	1428
5. L'invalidità del contratto	1429
6. La distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità	1430
6.1 Deroghe giurisprudenziali: la buona fede come regola di validità del contratto	1431
6.2 Deroghe legali: la trasformazione delle regole di condotta in regole di validità	1432
7. Forme discusse di invalidità: successiva (o sopravvenuta).....	1433
7.1 Invalidità pendente	1434
7.2 Invalidità derivata	1436
8. L'inesistenza del contratto.....	1436
9. L'inefficacia del contratto	1437
9.1 Inefficacia originaria e sopravvenuta, assoluta e relativa, attuale e potenziale	1439

CAPITOLO XXI

Nullità e annullabilità

1. La funzione della nullità e dell'annullabilità: l'interesse tutelato	1441
1.1 La funzione delle nullità speciali di protezione	1442
2. Il sistema delle cause di nullità e di annullabilità	1443
2.1 La tripartizione del sistema delle cause di nullità di protezione	1443
3. Analisi delle cause di nullità: la nullità testuale.....	1444
3.1 La nullità strutturale	1445
3.2 La nullità virtuale	1445
3.2.1 Gli indici sintomatici della imperatività della norma.....	1446
3.2.2 Il reato-contratto e il reato in contratto. Il rapporto tra norme penali e patologia del contratto	1448
3.3 La nullità derivata. Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle"	1449
3.3.1 La tesi della nullità totale	1450
3.3.2 La tesi della nullità parziale	1451
3.3.3 La tesi della sola azione di risarcimento danni	1452
3.3.4 Le sezioni unite e il binario di tutela	1454
4. Analisi delle cause di annullabilità: l'incapacità di agire	1456
4.1 I vizi della volontà	1457
4.2 L'errore. L'essenzialità	1458
4.2.1 Contratti personali e a rilevanza personale	1459
4.2.2 Le diverse tipologie di errore	1460
4.2.3 Il carattere esemplificativo dell'elenco degli errori essenziali.....	1462
4.2.4 La riconoscibilità dell'errore	1462
4.2.5 Errore comune ed errore ostativo	1463

4.2.6 L'errore nei negozi unilaterali tra vivi e nei negozi a titolo gratuito	1463
4.2.7 L'errore nella divisione e nella transazione	1464
4.3 La violenza	1464
4.4 Il dolo	1466
4.4.1 La reticenza	1468
4.4.2 Il dolus bonus	1468
4.4.3 Il dolo del terzo	1468
4.4.4 Il dolo incidente.....	1469
5. I vizi incompleti della volontà	1469

CAPITOLO XXII

Il regime della nullità e dell'annullabilità

1. Premessa.....	1471
2. Gli effetti del contratto nullo e del contratto annullabile	1471
2.1 Effetti tra le parti e opponibilità nei confronti dei terzi	1472
2.2 Effetti del contratto affetto da nullità di protezione	1473
3. La legittimazione a far valere la nullità e l'annullabilità	1474
3.1 La legittimazione a far valere la nullità di protezione. La nullità relativa.....	1475
3.1.1 La nullità selettiva	1475
4. Il rilievo d'ufficio della nullità (e non dell'annullabilità)	1478
4.1 Il rilievo d'ufficio della nullità di protezione	1480
5. La prescrizione dell'azione di nullità e di annullabilità	1480
5.1 La prescrizione dell'azione di nullità di protezione	1482
6. La convalida e la rettifica del contratto annullabile	1482
6.1 L'insanabilità del contratto nullo	1484
6.1.1 La conversione del contratto nullo.....	1485
6.2 L'insanabilità del contratto affetto da nullità di protezione	1487
7. Nullità parziale e annullabilità totale	1488
7.1 L'integrazione del contratto	1489
7.2 L'annullabilità parziale.....	1490
7.3 La nullità parziale di protezione.....	1490
7.4 La nullità parziale in senso soggettivo	1491
8. Vizi del consenso e giustizia contrattuale	1491
9. Vizi del consenso e conservazione del contratto.....	1493
10. Vizi del consenso e responsabilità precontrattuale (rinvio)	1495

CAPITOLO XXIII

I contratti asimmetrici

1. Primo, secondo e terzo contratto.....	1497
2. Gli obiettivi della disciplina speciale del secondo e del terzo contratto	1498
3. Il secondo contratto: consumatore-professionista.....	1498
3.1 Il neoformalismo contrattuale: rinvio	1499

3.2	Le clausole vessatorie	1500
3.2.1	Regole di trasparenza e di interpretazione	1502
3.3	Rimedi individuali e collettivi.....	1502
3.3.1	La tutela meta-individuale (o collettiva): l'azione inibitoria	1502
3.3.2	La tutela multi-individuale: l'azione di classe	1503
4.	Il terzo contratto	1505
4.1	La subfornitura	1506
5.	Alcune conclusioni.....	1507

CAPITOLO XXIV

L'equilibrio del contratto e l'asimmetria delle parti

1.	L'equilibrio del contratto nel codice civile	1509
2.	La rescissione	1511
2.1	Analisi dei presupposti della rescissione.....	1512
2.1.1	Lo stato di pericolo	1512
2.1.2	L'iniquità delle condizioni	1513
2.1.3	La mala fede dell'altro contraente	1514
2.1.4	Lo stato di bisogno	1514
2.1.5	La lesione ultra dimidium	1515
2.1.6	L' approfittamento	1516
2.1.7	I contratti suscettibili di rescissione	1517
2.2	Il regime della rescissione	1517
2.3	La riduzione a equità.....	1519
3.	L'equilibrio del contratto nella legislazione speciale.	
	La contrattazione asimmetrica	1520
3.1	L'equilibrio del c.d. secondo contratto (consumatore-professionista)	1521
3.2	L'equilibrio del c.d. terzo contratto (tra imprese)	1523
4.	L'equilibrio del contratto nel commercio internazionale	1523
5.	L'equilibrio del contratto nel formante giurisprudenziale	1524
5.1	L'equilibrio del contratto alla luce del principio di solidarietà e della buona fede	1524
5.2	L'equilibrio del contratto alla luce del principio di proporzionalità	1525
5.3	Equilibrio e causa in concreto del contratto	1526
5.4	Le applicazioni pretorie del potere di sindacare l'equilibrio del contratto: il contratto di assicurazione con clausola claims made.....	1528
6.	Alcune conclusioni sull'equilibrio del contratto.....	1529

CAPITOLO XXV

Il governo sul contratto e la gestione delle sopravvenienze

1.	Soppravvenienze e governo sul contratto	1531
2.	Soppravvenienze e rimedi	1532
3.	Soppravvenienze e rimedi legali: la risoluzione per eccessiva onerosità soppravvenuta	1533

3.1 I presupposti	1533
3.2 La ratio del rimedio legale	1535
3.3 I contratti che possono essere assoggettati al rimedio	1536
3.4 La conservazione del contratto: la riduzione a equità	1537
4. Sopravvenienze e rimedi legali: la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione	1537
5. Sopravvenienze e rimedi convenzionali di adeguamento del contratto	1538
6. La gestione delle sopravvenienze “atipiche”	1539
7. Sopravvenienze “atipiche” che frustrano la funzione del contratto	1539
7.1 L’impossibilità sopravvenuta di utilizzo della prestazione	1540
7.2 La presunzione	1541
8. Sopravvenienze “atipiche” che alterano l’equilibrio del contratto	1543
8.1 Il rimedio legale di buona fede: l’obbligo legale di rinegoziare	1544
8.1.1 Il contenuto dell’obbligo di rinegoziare e le conseguenze dell’inadempimento	1547

CAPITOLO XXVI

La risoluzione per inadempimento

1. La risoluzione in generale: classificazioni	1551
2. La risoluzione per inadempimento come rimedio sinallagmatico	1552
3. I presupposti della risoluzione per inadempimento	1552
3.1 L’imputabilità dell’inadempimento	1553
3.2 La gravità dell’inadempimento	1553
4. L’alternativa tra risoluzione e adempimento	1554
5. Risoluzione giudiziale e risoluzione di diritto	1555
5.1 La diffida ad adempiere	1556
5.2 La clausola risolutiva espressa	1557
5.3 Il termine essenziale	1558
6. Gli effetti della risoluzione	1559
6.1 La risoluzione di un contratto soggetto a termine di efficacia o di durata scaduto	1560
7. L’eccezione di inadempimento	1561
8. La sospensione dell’esecuzione del contratto	1563
9. La clausola solve et repete	1564
10. La clausola penale	1564

CAPITOLO XXVII

Il contratto al tempo dell’emergenza sanitaria

1. L’inadempimento determinato dal rispetto delle misure di contenimento ..	1567
2. Il riparto dell’onere della prova della causa dell’inadempimento	1569
3. Il rispetto delle misure di contenimento e il risarcimento del danno da inadempimento	1569
4. Decadenze o penali connesse a ritardati od omessi adempimenti	1570
5. La tutela della parte che ha subito l’inadempimento	1570
6. La sorte del contratto	1570
7. L’inadempimento parziale	1571

8.	La risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta	1571
9.	Il recesso dai contratti di pacchetto turistico.....	1573
10.	La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta	1575
11.	La rinegoziazione del contratto.....	1575

CAPITOLO XXVIII

Il contratto nell'analisi economica del diritto

1.	Le funzioni del contratto nell'analisi economica del diritto	1577
2.	Le condizioni per la conclusione di un contratto efficiente	1577
3.	Tipi contrattuali e contratti standard come strumenti di riduzione dei costi di transazione	1578
3.1	Le clausole vessatorie	1579
4.	I limiti all'autonomia negoziale. La nullità.....	1579
4.1	I vizi del consenso e l'incapacità	1580
4.1.1	L'errore. Le informazioni	1580
4.1.2	L'allocazione del rischio dell'errore	1580
5.	I doveri di informazione.....	1582
6.	Le asimmetrie informative: la selezione avversa e l'azzardo morale. I fallimenti del mercato	1582
7.	L'inadempimento e la responsabilità contrattuale: l'inadempimento efficiente e il rimedio in forma specifica	1584
7.1	I limiti alla risarcibilità del danno	1584
7.2.	La clausola penale	1585

PARTE IX

I SINGOLI CONTRATTI

SEZIONE I

Lo scambio e la circolazione dei beni

CAPITOLO I

La vendita

1.	I caratteri del contratto di vendita	1589
2.	Causa, oggetto e forma.....	1590
3.	Gli effetti: principali e secondari	1591
3.1	L'obbligazione di consegna e di prezzo	1591
3.2	L'effetto traslativo e il passaggio dei rischi	1593
3.2.1	La vendita obbligatoria (e la vendita ad effetti sospesi)	1594
3.2.1.1	La vendita di cosa futura.....	1594
4.	Le vendite speciali (atipiche o anomale)	1595
4.1	Vendite «anomale»	1595
4.2	Vendite «speciali»	1596
4.2.1	La vendita con riserva della proprietà.....	1596
4.2.1	La situazione giuridica dell'acquirente e l'opponibilità ai terzi della riserva	1597

4.3	La vendita con patto di riscatto	1599
4.4	La vendita a scopo di garanzia	1600
5.	Inadempimento della vendita: responsabilità ordinaria e responsabilità speciale	1601
6.	Gli istituti della «garanzia»	1602
6.1.	La garanzia nella vendita di cosa altrui e di cosa parzialmente altrui...	1602
6.2	La garanzia per evizione	1603
6.3	La garanzia per vendita di cosa gravata	1605
6.4	La garanzia per vizi, mancanza di qualità e aliud pro alio.....	1606
6.4.1	Rimedi per vizi	1606
6.4.1.1	La natura della garanzia per vizi	1608
6.4.1.2	Prescrizione e decadenza dalle azioni	1610
6.4.2	Rimedi per mancanza di qualità.....	1611
6.4.3	Rimedi per aliud pro alio datum.....	1611
6.5	La garanzia di buon funzionamento	1611
7.	La risoluzione di diritto del contratto	1612
8.	La compravendita in danno, l'azione per la restituzione delle cose non pagate e il diritto di contrordine	1612
9.	I rimedi nella vendita di beni di consumo.....	1613
9.1	Il rapporto tra la disciplina codicistica della vendita e il codice del consumo	1615
9.2	La responsabilità da prodotto difettoso (cenni e rinvio)	1617
10.	La tutela del promissario acquirente nella vendita di immobili da costruire	1617
11.	La vendita di immobile abusivo.....	1618

CAPITOLO II

La permuta

1.	Permuta e figure affini	1621
2.	La disciplina applicabile	1622
2.1	Disciplina speciale in tema di evizione	1623
3.	Permuta di cosa presente con cosa futura	1623

CAPITOLO III

La somministrazione

1.	Profilo tipologico	1625
2.	La disciplina	1626
3.	L'oggetto del contratto	1626
4.	Il patto di preferenza	1627
5.	Il patto di esclusiva	1628
6.	I rimedi	1629

CAPITOLO IV

Il riporto

1.	Profili tipologici e causa del contratto	1633
2.	La disciplina.....	1634

SEZIONE II
I contratti di godimento

CAPITOLO V
La locazione

1.	Il contratto di locazione: struttura, caratteri e funzione	1635
2.	Le obbligazioni del locatore.....	1636
	2.1 Garanzia per i vizi della cosa e obbligo di garantirne il pacifico godimento.....	1638
3.	Le obbligazioni del conduttore	1639
4.	Miglioramenti e addizioni	1641
5.	Le vicende del rapporto contrattuale.....	1642
	5.1 La sublocazione.....	1643
6.	La disciplina delle locazioni di immobili urbani	1644
	6.1 Le locazioni c.d. commerciali	1645
	6.2 Le locazioni a uso abitativo	1645
	6.2.1 La forma e la registrazione del contratto	1646
	6.2.2 Il patto occulto di maggior canone.....	1647
	6.3 Locazioni ad uso non abitativo e registrazione tardiva del contratto.....	1648
	6.3.1 La simulazione relativa del canone di locazione	1650
7.	Il patto di traslazione dell'imposta	1652

CAPITOLO VI
Il comodato

1.	Il comodato come contratto reale ed essenzialmente gratuito	1655
	1.2 L'onere imposto al comodatario.....	1656
2.	Il comodato come contratto di attribuzione patrimoniale unilaterale.....	1656
3.	L'oggetto e la durata: comodato precario e comodato propriamente detto	1658
4.	Il diritto del comodatario.....	1659
5.	Gli obblighi del comodatario	1660
6.	Le obbligazioni del comodante	1662
7.	Il recesso dal contratto	1662

CAPITOLO VII
Il trasporto

1.	Le norme del codice civile come norme di sistema e cedevoli.....	1663
2.	La natura e il contenuto del contratto di trasporto. Differenze con figure affini.....	1663
3.	Trasporto di persone e trasporto di cose	1664
4.	Trasporto gratuito e trasporto "di cortesia"	1665
5.	Diritto di contrordine e istruzioni del mittente.....	1666
6.	Le sopravvenienze	1667
7.	La posizione giuridica del terzo destinatario	1668
8.	La responsabilità del vettore nel trasporto di cose	1668
	8.1 L'azione risarcitoria	1670
9.	La disciplina dei servizi pubblici di linea	1670
10.	Il contratto di handling e la responsabilità dell'handler.....	1671

CAPITOLO VIII

Il contratto di viaggio

- | | | |
|----|---|------|
| 1. | Il contratto di viaggio e la sua disciplina | 1677 |
| 2. | La causa del contratto (finalità turistica o «scopo di piacere»)..... | 1677 |
| 3. | La responsabilità dell'organizzatore e del venditore | 1678 |
| 4. | Il danno da vacanza rovinata..... | 1679 |

CAPITOLO IX

Il deposito

- | | | |
|----|---|------|
| 1. | Il deposito tra gratuità e onerosità..... | 1683 |
| 2. | La realtà | 1684 |
| 3. | L'oggetto | 1685 |
| | 3.1 Il deposito irregolare | 1686 |
| | 3.2 Il deposito nell'interesse del terzo (c.d. in funzione di garanzia) | 1687 |
| 4. | Gli obblighi del depositario..... | 1688 |
| 5. | Gli obblighi del depositante | 1690 |
| 6. | La tutela del depositario | 1690 |

CAPITOLO X

L'appalto

- | | | |
|-----|---|------|
| 1. | L'appalto come contratto di risultato | 1691 |
| 2. | La distinzione dagli altri contratti di risultato | 1692 |
| 3. | L'appalto come contratto ad effetti obbligatori, tipicamente oneroso, commutativo..... | 1693 |
| | 3.1 L'appalto come contratto a esecuzione prolungata | 1694 |
| | 3.2 L'appalto come contratto intuitu personae? | 1695 |
| | 3.3 Gli obblighi dell'appaltatore | 1696 |
| 4. | L'autonomia dell'appaltatore e i poteri del committente | 1698 |
| 5. | Gli obblighi del committente | 1698 |
| 6. | Invariabilità dell'opera e ius variandi | 1699 |
| 7. | Collaudo, verifica e accettazione dell'opera | 1701 |
| 8. | Responsabilità dell'appaltatore per i vizi dell'opera | 1702 |
| | 8.1 Responsabilità decennale per i beni destinati a lunga durata..... | 1704 |
| | 8.2 Risoluzione in corso d'opera dell'appalto e tutela sinallagmatica "anticipata": le asimmetrie dell'art. 1662 c.c..... | 1706 |
| 9. | Il subappalto | 1709 |
| 10. | Le cause proprie di estinzione del contratto..... | 1709 |

CAPITOLO XI

Il contratto d'opera

- | | | |
|----|---|------|
| 1. | La collocazione sistematica..... | 1711 |
| 2. | Il tipo e le differenze con figure affini | 1711 |
| 3. | La disciplina del contratto d'opera..... | 1713 |
| | 3.1 Il professionista intellettuale | 1714 |
| 4. | Il contratto d'opera intellettuale | 1715 |

SEZIONE III

La conclusione di contratti e la promozione di affari

CAPITOLO XIII

Il mandato

1. Cooperazione giuridica, sostituzione e interposizione.....	1717
2. La causa del mandato. I soggetti e l'oggetto.....	1718
3. Il mandato con rappresentanza.....	1718
4. Gli effetti.....	1720
5. Il mandato senza rappresentanza.....	1721
5.1 Gli effetti.....	1722
5.2 Il mandato in rem propriam.....	1724
6. Il mandato ad alienare.....	1724
7. Mandato generale e mandato speciale.....	1725
8. Limiti del mandato: eccesso.....	1725
8.1 La ratifica.....	1726
9. Obblighi del mandante.....	1727
10. Tutela dei crediti del mandatario.....	1728
11. Obblighi del mandatario.....	1729
11.1 Obbligo di comunicazione.....	1729
11.2 Obbligo di rendiconto.....	1731
11.3 Ulteriori obblighi del mandatario.....	1731
11.3.1 Lo star del credere.....	1732
12. Sostituzione del mandatario e submandato.....	1733
13. La forma.....	1733
14. L'estinzione del mandato. La revoca.....	1734
14.1 L'opponibilità dello scioglimento del mandato.....	1737
14.2 La rinuncia del mandatario.....	1738

CAPITOLO XIII

La commissione

1. Commissione e mandato.....	1739
1.1 Il commissionario contraente in proprio.....	1740

CAPITOLO XIV

La spedizione

1. Spedizione, mandato e figure affini.....	1743
2. La disciplina applicabile.....	1743

CAPITOLO XV

Il contratto estimatorio

1. Natura, effetti e disciplina.....	1745
--------------------------------------	------

CAPITOLO XVI

La mediazione

1.	Le origini dell'istituto	1747
2.	Mediazione tipica e atipica	1747
3.	Il ruolo dei mediatori	1749
3.1	Il diritto alla provvigione del mediatore atipico non iscritto	1750
3.2	L'attività del mediatore	1751
4.	Gli effetti del rapporto di mediazione: nei confronti del mediatore.....	1752
5.	...e nei confronti delle parti intermedie	1753
6.	Mediazione, mandato e rappresentanza	1754
6.1	La mediazione ed il contratto di agenzia	1755
6.2	La mediazione e il procacciamento di affari	1756

CAPITOLO XVII

Il contratto di agenzia

1.	Origini e caratteri	1759
2.	Le parti del contratto e gli obblighi	1760
3.	Lo star del credere	1761
4.	La provvigione	1762
5.	Il diritto all'informazione	1763
6.	Il diritto di esclusiva.....	1764
6.1	Il patto di non concorrenza.....	1765
7.	La rappresentanza processuale attiva e le riscossioni	1766
8.	Durata e scioglimento del contratto. Il recesso	1767

SSEZIONE IV

La produzione e la distribuzione di beni

CAPITOLO XVIII

La subfornitura

1.	La subfornitura nella scienza economica	1769
2.	La subfornitura nella scienza giuridica	1770
3.	Il contratto di subfornitura: tra tipicità e "trans-tipicità"	1771
4.	Il contenuto del contratto	1772
5.	I termini di pagamento	1774
6.	Divieto di interposizione e responsabilità del subfornitore	1775
7.	Abuso di dipendenza economica.....	1776
7.1	L'ambito di applicazione	1776
7.2	La nozione di dipendenza economica	1777
7.2.1	Squilibrio normativo o anche economico?.....	1778
7.3	I rimedi contro l'abuso: la nullità.....	1779
7.3.1	Gli altri rimedi.....	1780
7.3.2	Le altre clausole colpite da nullità	1781

CAPITOLO XIX

La concessione di vendita e il franchising

1. La distribuzione dei prodotti	1783
2. I contratti della distribuzione	1783
3. La concessione di vendita	1784
4. Il franchising	1786
5. La disciplina applicabile alla concessione di vendita	1788
6. La disciplina applicabile al franchising	1790

SEZIONE V

I contratti di sponsorizzazione e merchandising

CAPITOLO XX

I contratti di sponsorizzazione

1. Il contratto di sponsorizzazione tra atipicità legale e tipicità sociale	1791
1.2 Le caratteristiche del contratto	1793
2. La disciplina applicabile	1794
2.1 Sponsorizzazione e lesione dell'immagine	1794

CAPITOLO XXI

Il merchandising

1. Il merchandising come contratto atipico	1795
2. Merchandising e franchising	1796
3. Merchandising e sponsorizzazione	1797
4. Merchandising, sponsorizzazione e franchising	1798

CAPITOLO XXII

Il contratto di pubblicità

1. La tripartizione dei contratti di pubblicità	1799
2. Il contratto di agenzia pubblicitaria	1799
3. Il contratto di diffusione pubblicitaria	1800
4. Il contratto di concessione pubblicitaria	1800

SEZIONE VI

L'attività di prestito, di finanziamento e di investimento

CAPITOLO XXIII

Il mutuo

1. I caratteri del mutuo: breve excursus storico	1803
--	------

2.	Causa e forme del contratto di mutuo	1803
3.	Il mutuo come contratto reale e la promessa di mutuo	1804
4.	L'oggetto e la durata del contratto	1806
5.	La destinazione delle somme: il mutuo collegato al gioco	1807
6.	Il mutuo di scopo.....	1807
7.	Mutuo e collegamento negoziale. Il credito al consumo	1808
7.1	Gli effetti del collegamento negoziale sulle obbligazioni dipendenti dal contratto di mutuo	1809
8.	Gli interessi	1810
8.1	Anatocismo e usura (rinvio)	1810
9.	Il mutuo fondiario	1811
10.	L'estinzione del mutuo	1812
11.	L'inadempimento del contratto	1814

CAPITOLO XXIV

Il prestito vitalizio ipotecario

1.	Premessa.....	1815
2.	Struttura e causa del contratto	1815
3.	Il rimborso del prestito	1817
4.	L'escussione della garanzia e la deroga al divieto di patto commissorio ...	1918

CAPITOLO XXV

Il conto corrente ordinario e i contratti bancari

1.	Il conto corrente ordinario.....	1821
2.	Il conto corrente bancario	1822
3.	Il deposito bancario	1824
4.	Il servizio bancario delle cassette di sicurezza.....	1825
4.1	L'apertura di credito bancario	1827
5.	L'anticipazione bancaria	1828
6.	Lo sconto bancario	1829
7.	I contratti di investimento	1830
7.1	I servizi e le attività di investimento	1831
7.2	La negoziazione per conto proprio.....	1832
7.3	L'esecuzione di ordini per conto dei clienti	1832
7.4	Il collocamento.....	1832
7.4.1	La gestione di portafogli	1833
7.5	La ricezione e trasmissione di ordini	1834
7.6	La consulenza in materia di investimenti.....	1834
8.	I contratti derivati	1836
8.1	Lo <i>swap</i>	1839
8.2	I derivati degli enti pubblici in generale e degli enti locali in particolare	1842
9.	Il credito al consumo. Il collegamento legale e la tutela del consumatore verso il finanziatore	1846
9.1	Il diritto di recesso.....	1848
9.2	La nullità di protezione	1848
10.	Il leasing	1848

10.1	Le clausole di collegamento negoziale tra fornitura e finanziamento. La tutela dell'utilizzatore.....	1850
10.2	L'assenza di clausole di collegamento negoziale: la tutela dell'utilizzatore.....	1851
10.3	La disciplina del contratto contenuta nella legge annuale per il mercato e la concorrenza 2017	1854
10.4	Il contratto di leasing come contratto di durata: la legge e il tempo	1855
10.4.1	La nuova disciplina del leasing: profili di diritto intertemporale.....	1856
11.	Il sale and lease back: rinvio	1859
12.	Il factoring	1859
12.1	La qualificazione del contratto, la funzione e la disciplina applicabile ..	1860
12.2	Fideiussione, contratto autonomo di garanzia, polizze fideiussorie e lettere di patronage (rinvio).....	1861
12.3	Mandato di credito	1861
13.	Anticresi	1862

SEZIONE VI

I contratti aleatori

CAPITOLO XXVI

Il contratto di assicurazioni

1.	Causa e alea.....	1865
2.	L'assicurazione come contratto aleatorio.....	1866
3.	L'assicurazione come contratto di durata.....	1868
4.	L'interesse assicurabile	1868
5.	Causa, oggetto e forma del contratto	1869
6.	La polizza assicurativa	1869
7.	Descrizione precontrattuale del rischio.....	1871
7.1	Aggravamento e diminuzione del rischio.....	1872
8.	Sinistri provocati con dolo o colpa grave.....	1873
9.	Le clausole clamis made	1874
10.	La surrogazione dell'assicuratore	1877
11.	L'assicurazione sulla vita in favore di un terzo e il diritto successorio	1878

CAPITOLO XXVII

Gioco e scommessa

1.	Gioco e scommessa come contratti aleatori	1881
2.	La classificazione: scommesse e giochi tutelati, tollerati e vietati	1881
3.	I negozi collegati al gioco	1883
4.	I negozi sul debito di gioco	1884

CAPITOLO XXVIII

La rendita vitalizia (e quella perpetua)

1.	La rendita vitalizia come contratto aleatorio.....	1887
2.	La rendita perpetua.....	1888

SEZIONE VII

I contratti di definizione delle liti

CAPITOLO XXIX

La transazione

1.	La transazione nel diritto romano e nel codice del 1865	1889
2.	La transazione nel codice vigente	1889
3.	Transazione e negozio di accertamento	1890
4.	Transazione e novazione	1890
5.	La capacità a transigere	1891
6.	La forma e la pubblicità	1891
7.	Gli effetti: la transazione traslativa e quella mista	1892
	7.1 Effetti retroattivi e effetti nei confronti dei terzi	1892
	7.2 Transazione e obbligazione solidale	1893
	7.3 Invalidità della transazione e rimedi	1894
	7.4 La risoluzione della transazione.....	1895

CAPITOLO XXX

La cessione dei beni ai creditori

1.	La figura romanistica della cessio bonorum	1897
2.	Gli interessi delle parti e gli elementi del contratto	1897
3.	Gli effetti della cessione	1898
4.	La liquidazione dei beni ceduti	1899
5.	L'impugnazione del contratto	1900

CAPITOLO XXXI

Il sequestro convenzionale

1.	La funzione cautelare del sequestro convenzionale	1901
2.	Obblighi e diritti delle parti.....	1902

PARTE X

LA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE

CAPITOLO I

I principi informativi del sistema aquiliano

1.	La responsabilità: dal concetto culturale a quello giuridico	1905
2.	I principi informativi: alterum non laedere (o neminem laedere).....	1906
3.	Il principio dell'ingiustizia del danno	1907
4.	Il principio di atipicità del danno patrimoniale e di tipicità (e unitarietà) di quello non patrimoniale	1908
5.	Il principio del risarcimento integrale	1909
6.	Il principio di imputabilità	1910
7.	Il principio di colpevolezza.....	1910

7.1 Il principio del favor victimae	1912
7.2 Il principio di sopportazione del rischio	1913
7.3 Il principio cuius commoda eius et incommoda	1913
8. Il principio di causalità.....	1914
8.1 Il principio di solidarietà.....	1915
8.2 Il principio del concorso del danneggiato	1916
9. Il principio del cumulo delle responsabilità.....	1916

CAPITOLO II

L'ingiustizia del danno

1. Dal fatto illecito al danno ingiusto: dal codice del 1865 al codice vigente.....	1917
2. La centralità del danno ingiusto e l'ingiustizia come clausola generale	1919
3. La nozione di danno ingiusto	1921
4. Il giudizio sintetico-comparativo sull'ingiustizia del danno	1922
4.1 I criteri del giudizio sull'ingiustizia del danno	1922
4.1.1 L'abuso del diritto	1924
5. Gli interessi tutelati: una breve analisi della giurisprudenza	1925
5.1 I diritti fondamentali della persona	1925
5.1.1 La libertà negoziale	1925
5.2 I diritti di credito e le aspettative	1926
5.3 Il possesso e la detenzione	1927
5.4 I rapporti familiari	1927
5.5 L'interesse legittimo.....	1927
5.6 Il diritto all'informazione (e all'informazione corretta)	1927
5.7 Il danno meramente economico	1929

CAPITOLO III

Le funzioni della responsabilità aquiliana

1. Le funzioni fondamentali e quelle sussidiarie: un breve quadro d'insieme	1931
2. La funzione riparatorio-ripristinatoria	1932
3. La funzione sanzionatoria	1933
4. La funzione di deterrenza.....	1934
5. Il rapporto tra costi e benefici dell'illecito.....	1935
6. I danni punitivi (<i>punitive damages</i>)	1936
6.1 La condanna del giudice interno a risarcimenti punitivi.....	1936
6.1.1 Rimedi risarcitori con funzione sanzionatoria e deterrente	1938
6.1.2 L'arricchimento da fatto illecito. La responsabilità per violazione dei diritti di proprietà industriale.....	1939
6.1.2.1 La responsabilità per violazione del diritto d'autore	1940
6.1.3 L'astreinte.....	1941
6.2 Il riconoscimento delle sentenze straniere	1943

CAPITOLO IV

I criteri di imputazione della responsabilità

1. La responsabilità soggettiva e per colpa presunta.....	1947
2. La responsabilità oggettiva e oggettiva presunta	1947

3. La responsabilità per fatto altrui e la responsabilità da posizione (o di garanzia) 1948
4. Il rapporto tra i diversi criteri di imputazione della responsabilità 1951

CAPITOLO V

Il modello della responsabilità soggettiva

1. Il modello della responsabilità soggettiva 1953
2. Il dolo 1954
3. La colpa 1955
 - 3.1 La colpa professionale (rinvio) 1956
 - 3.2 La colpa omissiva 1956
4. La colpa grave 1957
 - 4.1 La responsabilità processuale aggravata 1958
5. L'onere della prova della colpevolezza 1960

CAPITOLO VI

Il modello della responsabilità per colpa presunta

1. La responsabilità per colpa presunta 1961
2. La responsabilità del sorvegliante per il fatto dell'incapace (art. 2047 c.c.) 1961
 - 2.1 Il rapporto tra colpevolezza e imputabilità 1963
 - 2.2 La responsabilità personale dell'incapace 1964
3. La responsabilità dei genitori e degli insegnanti 1964
 - 3.1 Il rapporto tra art. 2047 e art. 2048 c.c. 1966
 - 3.2 La responsabilità per le autolesioni del minore 1967
4. La responsabilità della P.A. da provvedimento illegittimo 1967

CAPITOLO VII

Il modello della responsabilità oggettiva

1. Il fondamento della responsabilità oggettiva 1969
2. La responsabilità da cose in custodia 1970
 - 2.1 Il nesso eziologico 1972
 - 2.2 Il caso fortuito 1973
 - 2.3 La responsabilità della P.A. per omessa manutenzione di beni demaniali e patrimoniali 1975
3. La responsabilità per rovina di edificio 1976
4. Il danno cagionato da animali 1976
 - 4.1 La responsabilità della P.A. per i danni cagionati da animali 1978

CAPITOLO VIII

Il modello della responsabilità oggettiva presunta

1. Il fondamento della responsabilità oggettiva presunta 1979
2. La responsabilità per l'esercizio di attività pericolose 1979

2.1 Le attività pericolose	1981
3. La responsabilità per il danno cagionato dalla circolazione dei veicoli.....	1982
4. La responsabilità dei preponenti (padroni e committenti)	1984
4.1 I presupposti	1985
4.2 La responsabilità della p.a. per il fatto dei pubblici funzionari e impiegati	1986

CAPITOLO IX

Il nesso di causalità e la solidarietà

1. Il doppio ruolo della causalità	1989
2. La causalità materiale.....	1990
3. Il concorso di cause	1991
4. La causalità giuridica	1992
5. La regola del “più probabile che non”	1993
6. La causalità omissiva	1994
7. Il concorso del fatto del danneggiato	1996
8. La solidarietà come effetto del concorso di cause	1997
8.1 Il regresso	1999
8.2 Le eccezioni alla regola della solidarietà: le fattispecie di responsabilità parziaria	2000

CAPITOLO X

Le cause di giustificazione e la responsabilità da fatto lecito dannoso

1. Le cause di giustificazione	2001
2. La legittima difesa.....	2001
3. Lo stato di necessità	2003
3.1 Il fatto del terzo	2005
3.2 Il danno minacciato	2005
3.3 Il soccorso di necessità.....	2006
3.4 L'indennità	2006
4. Le cause di giustificazione non codificate: l'esercizio di un diritto e l'adempimento di un dovere.....	2006
5. Caso fortuito e forza maggiore.....	2007
6. Il consenso dell'avente diritto e l'incapacità del danneggiante	2008
7. La responsabilità da fatto lecito dannoso	2009

CAPITOLO XI

Le nuove fattispecie di responsabilità

1. La responsabilità del produttore.....	2013
1.1 La definizione di prodotto difettoso	2015
1.2 La responsabilità per danni prevedibili ed evitabili	2016
1.3 La responsabilità per danni astrattamente prevedibili ed inevitabili.....	2017

1.4	La responsabilità per i danni imprevedibili ed inevitabili.....	2018
1.5	Il riparto dell'onere della prova	2018
1.5.1	Il riparto dell'onere della prova nelle applicazioni giurisprudenziali	2020
1.6	I soggetti responsabili: a) La nozione di produttore; b) Il fornitore del prodotto difettoso; c) La regola di solidarietà passiva	2021
1.7.	Le cause di esclusione della responsabilità. In particolare: il rischio da sviluppo	2023
1.8	Concorso di colpa del danneggiato e assunzione del rischio	2024
1.9	Il danno risarcibile	2025
2.	La responsabilità per illecito antitrust	2025
2.1	Azioni autonome e azioni di seguito: l'accesso alle prove	2026
2.2	Il nesso di causalità	2028
3.	La responsabilità per danno ambientale.....	2029
3.1	I principi europei: chi inquina, paga; precauzione e prevenzione; correzione alla fonte	2030
3.2	I criteri di imputazione della responsabilità per danno ambientale	2031
3.3	La funzione della responsabilità per danno ambientale	2032
3.4	La riparazione del danno e i soggetti responsabili	2033
3.5	Interventi di bonifica e ripristino ambientale: il diritto di rivalsa	2036
4.	La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea: il fondamento	2037
4.1	I presupposti	2038
4.2	La tripartizione dei poteri e delle responsabilità dello Stato.....	2040
4.3	La responsabilità dello Stato-legislatore	2040
4.4	La responsabilità dello Stato-amministrazione	2042
4.5	La responsabilità dello Stato-giudice	2043
4.5.1	La normativa interna dopo la legge n. 18 del 2015.....	2045
4.5.2	Il valore del precedente e il ruolo della motivazione nella responsabilità del giudice	2046
4.6	La natura della responsabilità dello Stato	2048
5.	La responsabilità per violazione della privacy	2048
5.1	La tutela dei dati personali	2049
5.2	Il diritto all'oblio	2051
5.2.1	Il diritto all'oblio in internet.....	2052
6.	La responsabilità da informazioni inesatte. Le agenzie di rating.....	2053
6.1	La responsabilità delle società di revisione.....	2056

CAPITOLO XII

Il danno patrimoniale

1.	Il danno come lesione di un interesse protetto, patrimoniale e non patrimoniale	2059
2.	Danno patrimoniale in senso naturalistico e danno patrimoniale risarcibile.....	2060
3.	Il danno patrimoniale in senso giuridico: la teoria differenziale.....	2061
3.1	Il danno normativo	2061

3.2 Il danno come lesione di un interesse giuridicamente protetto	2062
4. I concetti descrittivi del danno patrimoniale: danno emergente e lucro cessante; danno presente e danno futuro	2062
4.1 Danno certo e danno potenziale; danno diretto e danno indiretto.....	2063
4.2 Danno riflesso o di rimbalzo	2063
5. La delimitazione del danno risarcibile: il danno prevedibile	2065
6. I criteri di stima del danno	2067
7. Il danno da perdita di chance	2067
7.1 La chance come danno emergente: la tesi ontologica.....	2068
7.2 La chance come lucro cessante: la teoria eziologica.....	2069
8. La compensatio lucri cum danno	2070
9. Il risarcimento in forma specifica	2076
9.1 Il rapporto con il risarcimento per equivalente	2077
9.2 La scelta del danneggiato	2078
9.3 I limiti di ammissibilità del risarcimento in forma specifica	2079

CAPITOLO XIII

Il danno non patrimoniale

1. La nozione e la tripartizione del danno non patrimoniale (morale, biologico ed esistenziale).....	2081
2. Il danno non patrimoniale “uno e trino”	2083
3. I rapporti tra le singole voci di danno non patrimoniale	2083
4. Il danno non patrimoniale come danno conseguenza: onere della prova e liquidazione	2085
4.1 La valutazione equitativa	2087
5. Figure di danno non patrimoniale	2088
5.1 Danno non patrimoniale da inadempimento del contratto	2088
5.2 Il danno da vacanza rovinata.....	2090
5.3 Il danno da perdita o lesione del congiunto	2091
5.4 Il danno biologico terminale	2093
5.5 Il danno catastrofico.....	2093
5.6 Il danno tanatologico.....	2094
5.7 Procreazione e danno non patrimoniale	2096
5.7.1 Effetti protettivi nei confronti dei terzi e legittimazione del padre	2097
5.8 La legittimazione del concepito: il diritto a nascere sano	2098
5.9 Il diritto a non nascere se non sano non è un diritto	2099
5.10 Il danno all’immagine della p.a.....	2102

CAPITOLO XIV

La responsabilità civile nell’analisi economica del diritto

1. Il danno come esternalità negativa.....	2107
2. La colpa.....	2107
3. Gli standard di sicurezza	2108

4. La colpa soggettiva	2110
5. La responsabilità oggettiva.....	2111
6. Level of care, level of activity.....	2112
7. Le attività pericolose	2112
8. I problemi di quantificazione del danno.....	2113
9. I danni punitivi	2113
 INDICE ANALITICO	 2115

I rimedi contrattuali. L'invalidità

Sommario: 1. Rimedi negoziali, legali e giudiziali – 2. I rimedi nell'interesse generale e di parte – 3. I rimedi per difetti originari o sopravvenuti. – 4. Rimedi estintivi (caducatori) e manutentivi (di adeguamento) – 5. L'invalidità del contratto – 6. La distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità – 6.1. Deroghe giurisprudenziali: la buona fede come regola di validità del contratto – 6.2. Deroghe legali: la trasformazione delle regole di condotta in regole di validità – 7. Forme discusse di invalidità: successiva (o sopravvenuta) – 7.1. Invalidità pendente – 7.2. Invalidità derivata – 8. L'inesistenza del contratto – 9. L'inefficacia del contratto – 9.1. Inefficacia originaria e sopravvenuta, assoluta e relativa, attuale e potenziale.

1. Rimedi negoziali, legali e giudiziali

I rimedi sono strumenti di reazione a un difetto del contratto, che genera una lesione attuale o potenziale di interessi meritevoli di tutela. L'ordinamento, attraverso i rimedi, offre mezzi che consentono di rimuovere la lesione, liberando le parti dal vincolo contrattuale o determinando una modificazione del contratto.

I rimedi possono essere distinti in base al loro modo di attivazione⁹⁵: negoziale, giudiziale o legale.

I rimedi negoziali sono quelli che si attivano mediante un atto negoziale di parte. È il caso, trattato nel precedente capitolo, del recesso-impugnazione, con cui la parte, in autotutela, reagisce all'inadempimento del contratto da parte dell'altro contraente, sciogliendo unilateralmente il vincolo contrattuale.

I rimedi giudiziali presuppongono anch'essi un atto di parte, ma in forza giudiziale. È il caso della domanda di risoluzione giudiziale del contratto (per inadempimento, per eccessiva onerosità sopravvenuta, etc.), della domanda di annullamento e della domanda di rescissione. In tutti questi casi, lo scioglimento del vincolo contrattuale si determina con la pronuncia giudiziale, che ha natura costitutiva.

A differenza dei rimedi negoziali e giudiziali, quelli legali operano *ipso iure*: la liberazione dal vincolo contrattuale si produce automaticamente, per il verificarsi dei presupposti previsti dalla legge. È il caso della risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione. È il caso anche della nullità. L'eventuale pronuncia del giudice ha natura dichiarativa, di mero accertamen-

⁹⁵ V. Roppo, *Il contratto*, cit., 679.

to del verificarsi dei presupposti previsti dalla legge per la caducazione del contratto.

2. I rimedi nell'interesse generale e di parte

I rimedi contrattuali possono essere ulteriormente distinti in base alla natura dell'interesse tutelato⁹⁶.

Alcuni rimedi reagiscono contro difetti del contratto che ledono l'interesse di una delle parti e sono accordati dall'ordinamento proprio a tutela di quell'interesse individuale. È il caso del recesso, della risoluzione, dell'annullamento e della rescissione.

Altri rimedi reagiscono contro difetti del contratto che ledono l'interesse generale. È il caso della nullità.

In posizione intermedia si collocano quei rimedi che tutelano contemporaneamente interessi generali e individuali. È il caso della nullità relativa.

3. I rimedi per difetti originari o sopravvenuti

I rimedi contrattuali reagiscono a difetti originari o sopravvenuti del contratto⁹⁷.

I difetti originari sono quelli che esistono già al momento della conclusione del contratto: il contratto nasce difettoso, per un vizio che l'affligge fin dall'inizio; un vizio che riguarda il contratto inteso come atto. E anche il relativo rimedio riguarda il contratto come atto. È il caso della nullità, dell'annullamento e della rescissione.

I rimedi che reagiscono contro difetti sopravvenuti del contratto si rivolgono al contratto inteso come rapporto: il contratto, al tempo della sua conclusione, è immune da vizi; i difetti sopravvengono dopo la conclusione, in fase di attuazione del rapporto contrattuale. È il caso della risoluzione.

4. Rimedi estintivi (caducatori) e manutentivi (di adeguamento)

La maggior parte dei rimedi contrattuali produce come conseguenza l'estinzione del contratto: il rimedio reagisce al difetto del contratto determinandone la caducazione. Lo scopo e il risultato del rimedio è la liberazione dal vincolo contrattuale. A questo risultato conducono la nullità, l'annullamento, la risoluzione, la rescissione e il recesso. Si parla per essi di rimedi estintivi (o di caducazione) del contratto.

Ma non sempre l'estinzione del contratto è un rimedio che soddisfa l'in-

⁹⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 680.

⁹⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 681.

teresse leso dal difetto che affligge il contratto stesso. La caducazione si presenta inidonea specie nei casi in cui il contratto realizza operazioni di lunga durata, economicamente impegnative, che implicano una relazione molto intensa tra le parti (es., contratto d'appalto). Per la natura del contratto e degli interessi coinvolti, il difetto che affligge il contratto non può essere eliminato insieme al contratto; può invece essere corretto attraverso una correzione del contratto, che ne evita la caducazione. Si definiscono rimedi manutentivi quelli che adeguano il contenuto del contratto, apportandovi le modificazioni necessarie a eliminare il difetto che l'affligge. È il caso del rimedio previsto dall'art. 1660 c.c.: se in un appalto l'opera non può realizzarsi senza variare il progetto e le parti non si accordano sulle variazioni, l'alternativa al recesso (cioè all'estinzione del vincolo contrattuale) è l'adeguamento del contratto. La caratteristica peculiare del rimedio manutentivo in esame è che l'adeguamento avviene ad opera del giudice, che, sostituendosi alle parti nell'esercizio di poteri di autonomia negoziale, determina le variazioni da introdurre e le correlative variazioni di prezzo: cioè determina le prestazioni delle parti che formano l'oggetto del contratto.

5. L'invalidità del contratto

L'invalidità assume un ruolo centrale nella teoria dei rimedi contrattuali. Il legislatore, anche se non la disciplina e non la regola, la presuppone come una categoria implicita nel sistema. Si tratta di una categoria che è frutto dell'elaborazione dogmatica e che assolve una funzione esclusivamente classificatoria e descrittiva.

Invalidità significa mancata attribuzione dei requisiti di validità. Validità e invalidità sono predicati del contratto considerato come atto e sono l'esito del giudizio di conformità o non conformità di tale atto alle disposizioni di legge. L'invalidità presuppone un giudizio di disvalore dell'ordinamento rispetto ad un contratto che presenta difetti.

In relazione alle cause di invalidità non è facilmente individuabile un criterio generale di classificazione. Acquista, in tal modo, esclusivo rilievo il carattere tassativo della invalidità e l'inderogabilità del relativo regime.

L'invalidità si specifica nelle due figure della nullità e dell'annullabilità⁹⁸. Nullità ed annullabilità presuppongono entrambe un giudizio di disvalore causato da un'anomalia della fattispecie, ma sono fenomeni che sono causati da vizi differenti e che producono reazioni differenti.

Nullità ed annullabilità realizzano, anche se diversamente, la medesima esigenza di tutela giuridica: l'atto nullo, in quanto contrario a valori fondamentali e inderogabili, è inefficace; l'atto annullabile, potenzialmente pregiu-

⁹⁸ È estranea alla categoria dell'invalidità la rescissione, anche se una dottrina minoritaria (ma autorevole) ritiene il contrario. È estranea alla categoria anche la simulazione, nonostante un orientamento la riconduca all'invalidità (sotto specie di nullità).

dizievole degli interessi di parte contrattuale, è precariamente efficace. Nel sistema concettuale ora prospettato trovano la loro giusta collocazione i tentativi di distinguere nullità ed annullabilità con riferimento alla categoria delle norme violate ed al tipo di interessi tutelati: la nullità tutela interessi di ordine pubblico e generali; l'annullabilità tutela interessi privati.

La qualificazione negativa del contratto da parte dell'ordinamento opera diversamente nelle due specie di invalidità. Nell'ipotesi di vizio causativo di nullità, il meccanismo di valutazione ordinamentale consiste in una operazione oggettiva, in un mero raffronto tra atto e schema legale. Nell'ipotesi, invece, di vizio produttivo di annullabilità il meccanismo è reso più complesso dalla considerazione dell'interesse del soggetto che dall'atto può ricevere pregiudizio o trarre vantaggio: in tal caso l'ordinamento, pur qualificando negativamente l'atto, gli attribuisce effetti giuridici interinali che il soggetto titolare dell'interesse può porre nel nulla o rendere definitivi.

6. La distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità

Non tutte le regole poste dall'ordinamento sono regole dalla cui violazione deriva l'invalidità del contratto. L'insegnamento tradizionalmente accolto distingue tra regole di validità e regole di correttezza e, più in genere, tra regole di validità e regole di responsabilità.

Il concetto di validità indica la regolarità formale dell'atto giuridico. Più precisamente, la validità dell'atto indica la sua rispondenza alle prescrizioni legali: in altre parole, è valido l'atto conforme alla norma. La responsabilità, invece, individua la sanzione civile applicabile in caso di violazione di una determinata regola giuridica.

Le regole di validità si presentano *prima facie* con caratteri profondamente diversi rispetto alle regole di responsabilità. Le regole di validità, infatti, attingono alla struttura dell'atto e sono formalizzate dal legislatore: stabilendo i requisiti strutturali dell'atto, esse pongono per le parti contraenti oneri da osservare in vista della valida conclusione del contratto. La loro applicazione avviene dunque secondo criteri rigorosamente concettuali, essendo destinate alla garanzia di certezza sull'esistenza di fatti giuridici⁹⁹.

Le regole di responsabilità, invece, si atteggiavano come clausole generali indirizzate al rispetto di *standards* comportamentali e misurano la legittimità dell'esercizio di un potere verso un soggetto determinato.

Le regole di validità vedono nell'atto di autonomia un dato oggettivo di valutazione e di qualificazione, laddove le regole di responsabilità richiedono che la condotta sia imputabile al soggetto e che sia sorretta da un preciso elemento psicologico.

Le differenze poste in evidenza inducono ad affermare l'autonomia tra i due tipi di regole. Nel senso che la violazione delle regole di condotta non

⁹⁹ C. CICERO, *Regole di validità e di responsabilità*, in *Dig. Priv.*, 2014.

influisce sulla validità del contratto. L'assunto, in altri termini, è che la regola di condotta è metro di valutazione del comportamento, sì da non poter fungere anche da criterio valutativo della validità dell'atto negoziale. Coniare regole di validità è attività affidata ad una riserva di legge e non al giudice¹⁰⁰.

Il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento si fonda sulla separazione presente nel codice civile tra i vizi del consenso e i comportamenti contrari al dovere di buona fede tenuti dalle parti: questi ultimi rimangono irrilevanti sul piano della validità del contratto poi successivamente stipulato.

La concezione assoluta di libertà nell'ambito dell'autonomia negoziale non ammette l'esistenza di limiti estrinseci. Ad eccezione delle fattispecie legislativamente previste dei vizi del volere (errore, violenza, dolo), che danno rilevanza ai motivi per la corretta formazione del consenso, il contegno delle parti nella formazione dei negozi non dovrebbe essere tenuto in conto circa la valutazione della validità degli stessi.

È esemplificativa in questo senso la violazione della buona fede precontrattuale (art. 1337 c.c.), che non determina l'invalidità dell'atto, ma è fonte di responsabilità.

Il sistema delle invalidità negoziali sembra che non possa essere integrato da ipotesi di invalidità desunte dalla violazione della regola di buona fede. L'assunto si fonda sulla premessa secondo la quale l'invalidità dell'atto può essere fatta valere esclusivamente al seguito del verificarsi di una fattispecie delineata dal legislatore, e mai con riferimento a una fattispecie costruita dal giudice in sede di applicazione della clausola generale di buona fede. L'invalidità rappresenta la sanzione derivante a seguito del mancato rispetto di norme considerate inderogabili, sì che filtrarla attraverso la clausola di buona fede andrebbe a minare uno dei principi fondamentali vigenti nel nostro ordinamento, individuabile nella certezza dei rapporti giuridici. L'esigenza di certezza impone di verificare i requisiti di validità secondo regole già predefinite, mentre la clausola inerente al dovere di buona fede risulta strettamente legata alle circostanze del caso concreto.

6.1 Deroche giurisprudenziali: la buona fede come regola di validità del contratto

La distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità non è senza eccezioni, sia sul fronte giurisprudenziale, sia su quello normativo.

Sul primo versante, la Corte costituzionale, in due recenti pronunce, ha qualificato in termini di nullità (virtuale) la violazione del canone di buona fede che dà attuazione al principio costituzionale di solidarietà sociale (art. 2 Cost.). Il precetto dell'art. 2 Cost., attraverso la clausola generale di buona

¹⁰⁰ C. CICERO, *Regole di validità e di responsabilità*, cit.

fede, cui attribuisce *vis normativa*, entra direttamente nel contratto, operando come norma imperativa e funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse della controparte negoziale nella misura in cui non collide con l'interesse proprio della parte¹⁰¹.

Ciò consente di riconoscere possibili margini di intervento al giudice anche a fronte di una clausola negoziale che rifletta un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte (es. caparra manifestamente eccessiva). L'intervento giudiziale si sostanzia nel potere-dovere di rilevare e dichiarare (anche *ex officio*) «la nullità (totale o parziale) ex art. 1418 c.c., del contratto, per contrasto con la norma imperativa incarnata dalla buona fede solidaristica.

Con il ricorso a una norma di rango costituzionale ritenuta direttamente applicabile al contratto attraverso l'intermediazione della clausola di buona fede, la Corte costituzionale si inserisce in un orientamento della giurisprudenza che, attraverso l'uso dei principi e delle clausole generali, riconosce ai soggetti una forma di tutela nel caso concreto, anche nell'ambito di situazioni non espressamente disciplinate dalla legge, per garantire, limitando l'autonomia privata attraverso l'intervento del giudice, un risultato "equo".

In questa prospettiva, i principi costituzionali e la clausola generale di buona fede sono direttamente idonei a conformare il potere di autonomia negoziale e si affida al sindacato diffuso del giudice la valutazione se il concreto atto di esercizio dell'autonomia privata contrasti o meno con quei principi precettivi.

Come si è già avuto modo di evidenziare, sul ruolo che la Corte attribuisce ai principi costituzionali e alla buona fede contrattuale occorre portare una grande attenzione, evitando adesioni semplicistiche che rischiano di smarrire (sull'altare della c.d. "giustizia del caso concreto") regole e principi fondamentali del diritto contrattuale.

Il rischio è quello di trasformare un ordinamento "di diritto scritto", quale formalmente continua ad essere il nostro, in qualcosa di diverso. Detto altrimenti, il rischio è quello di affiancare – senza che ciò trovi supporto in una modificazione formale del sistema delle fonti – al diritto "scritto" (basato sulla legge) un diritto di fonte "giurisprudenziale" (fondato sull'equità), considerato idoneo a derogare al primo ogni qualvolta le caratteristiche del caso concreto segnalino come "ingiusto" l'esito che in base ad esso dovrebbe essere sancito¹⁰².

6.2 Deroche legali: la trasformazione delle regole di condotta in regole di validità

Il rischio cui si è fatto cenno alla fine del precedente paragrafo non si profila quando la distinzione tra regole di validità e regole di condotta/responsabilità vie-

¹⁰¹ Corte Cost. n. 248 del 2013; Corte Cost. n. 77 del 2014.

¹⁰² G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Contr.*, 2014, 10, 926.

ne meno in forza di una norma di legge. Nel nostro ordinamento sono plurime le ipotesi in cui il legislatore trasforma una regola di condotta in regola di validità.

Nella disciplina dei contratti del consumatore, ispirata ai principi della correttezza, della trasparenza e dell'equità del rapporto (art. 2, lett. e, del d.lgs. n. 206/2005), sono inefficaci le clausole considerate vessatorie ai sensi dell'art. 33 del medesimo d.lgs. n. 206/2005, ossia quelle clausole che in violazione alla regola di buona fede in senso oggettivo determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. La normativa speciale sul consumatore commina la sanzione dell'inefficacia alla violazione della regola di buona fede.

La legislazione speciale prende sempre più spesso in considerazione la sproporzione fra le prestazioni e lo squilibrio contrattuale, nell'ottica di un processo di oggettivazione della tutela, qualificando come vizio genetico invalidante la violazione della clausola generale di buona fede, assunta quindi a regola di validità, non già di condotta. Così è nella disciplina dell'abuso di dipendenza economica (art. 9, l. 18-6-1998, n. 192) e dell'abuso di posizione dominante; nella nullità della clausola usuraria (art. 1815, comma 2, c.c); nella nullità del contratto stipulato via telefono in violazione di obblighi informativi; ecc.

In tutte queste ipotesi, la clausola generale di buona fede è norma imperativa, elevata ad inderogabile principio limitativo dell'autonomia privata.

Le deroghe legali alla regola della distinzione tra regole di validità e regole di condotta/responsabilità non revocano in dubbio la veridicità della regola stessa. Certo è che sia le regole di validità, sia le regole di responsabilità, ambedue regole contrattuali, trovano il fondamento comune nel principio equitativo. Esse concorrono alla realizzazione della giustizia sostanziale. Ecco allora che la distanza tra i due gruppi di norme va riducendosi, quasi inconsciamente. I due gruppi si distinguerebbero esclusivamente per la diversità di funzione. Le regole di validità starebbero a garanzia della certezza sull'esistenza di fatti giuridici; le regole di responsabilità garantirebbero in via diretta la giustizia sostanziale, essendo tese alla distribuzione dei vantaggi e degli svantaggi prodotti dal contratto¹⁰³.

7. Forme discusse di invalidità: successiva (o sopravvenuta)

L'invalidità dipende da un vizio originario del contratto, cioè da una patologia che affligge il contratto al tempo della sua conclusione. L'invalidità originaria deriva dalla difformità del contratto, inteso come atto, rispetto allo schema legale di formazione.

L'invalidità successiva, nella sua configurazione tradizionale, è difformità della fattispecie – originariamente conforme, e quindi valida – dallo schema legale per una circostanza sopravvenuta che, se presente nella fase creativa dell'atto,

¹⁰³ C. Cicero, *Regole di validità e di responsabilità*, cit.

avrebbe operato come causa di invalidità. L'invalidità successiva (o sopravvenuta) può essere descritta come quel fenomeno per cui il contratto, valido alla luce della situazione fattuale e normativa esistente al momento della conclusione, sia reso successivamente invalido da fatti o norme successive alla conclusione.

Si parla di invalidità successiva soprattutto con riguardo alla nullità. Ma la categoria è priva di fondamento dogmatico.

I requisiti di validità sono necessari nella fase formativa dell'atto, non anche successivamente. L'invalidità sopravvenuta incide non sul contratto come atto, ma sul contratto come rapporto: essa opera sugli effetti del contratto, non sull'atto, perché riguarda la fase di esecuzione, non quella di formazione del contratto. Le ipotesi di invalidità successiva riguardano fatti sopravvenuti durante l'esecuzione del contratto.

E allora l'invalidità successiva non è vera invalidità: nel senso che ciò che si verifica dopo la conclusione, durante l'esecuzione del contratto, non può tradursi in un giudizio di invalidità del contratto. E di ciò si ha conferma nel sistema: per le modificazioni o alterazioni successive alla formazione del contratto, l'ordinamento predispone strumenti di tutela diversi dai rimedi contro l'invalidità. È il caso, ad esempio, della risoluzione prevista in caso di inadempimento del contratto.

Il contratto, oggetto del giudizio di validità, è assunto come un dato giuridicamente definito nella sua conformità o difformità rispetto allo schema legale al momento della conclusione; in esso si esaurisce il giudizio di validità, che è originario e definitivo.

La rassegna delle ipotesi tradizionalmente indicate come figure di invalidità successiva conferma la fondatezza delle osservazioni fatte.

Una delle principali fattispecie considerate di invalidità (sotto specie di nullità) sopravvenuta consegue alla retroattività della norma successiva alla conclusione del contratto: sulla base del regime giuridico vigente al momento della stipulazione, il contratto è valido; ma sopravviene una norma che, modificando il regime applicabile al contratto fin dal tempo della sua formazione, ne determina l'invalidità. Qui l'invalidità, più che successiva, è originaria, perché la norma ha effetto retroattivo e, quindi, è come se fosse esistita già al tempo della stipulazione. E si deve aggiungere che il giudizio di invalidità, in questo caso, è originario: si compie una valutazione di conformità del contratto rispetto allo schema legale applicabile al momento della conclusione del contratto stesso.

Altra ipotesi di presunta invalidità (nullità) successiva è quella dell'usura sopravvenuta. Sul tema si rinvia al capitolo sulle obbligazioni pecuniarie nella parte dedicata alle obbligazioni.

7.1 Invalidità pendente

Un'ulteriore forma di invalidità ampiamente discussa è quella c.d. sospesa (o pendente). Essa si configurerebbe in presenza di un atto del quale originariamente sia incerta la validità. La situazione di pendenza si delinea in duplice

senso: i) l'incertezza sulla validità può derivare dalla sospensione degli effetti per mancanza di un requisito di efficacia; ii) l'incertezza può dipendere dalla mancanza di un requisito di validità che, per legge, potrebbe sopravvenire in un momento successivo, sicché è incerta la validità dell'atto, valido se il requisito viene in esistenza, invalido nel caso opposto.

Nella prima ipotesi, ciò che manca è un requisito non di validità, ma di efficacia del contratto. L'assenza di un elemento estrinseco per definizione al nucleo della fattispecie consente di escludere una qualsivoglia incertezza sulla validità dell'atto ed impone di collocare la pendenza sul piano dell'efficacia in senso proprio.

Anche l'invalidità sospesa per inesistenza di un requisito essenziale non è propriamente una forma di invalidità. Le ipotesi che vengono annoverate tra le fattispecie di invalidità pendente sono: a) il contratto con determinazione dell'oggetto affidata al mero arbitrio del terzo, se poi il terzo non provvede e le parti non lo sostituiscono (art. 1349, comma 2, c.c.); b) la vendita non aleatoria di cosa futura, se poi la cosa non viene a esistenza (art. 1472, comma 2, c.c.)

Si tratta, in entrambi i casi, di fattispecie mancanti di requisiti oggettivi o soggettivi, dalla cui sopravvenienza successiva o dalla cui determinazione vorrebbe farsi dipendere la validità dell'atto, o, nel caso opposto, la sua invalidità.

In realtà, si tratta piuttosto di fattispecie caratterizzate dalla sospensione dell'efficacia di un atto, per la mancanza di fatti che, influenzando sulla concreta determinazione degli elementi soggettivi ed oggettivi della fattispecie, non consentono a questa la regolare produzione degli effetti. Il soggetto e l'oggetto sono i necessari punti di collegamento del fatto e dell'effetto giuridico. È comunque possibile che essi non siano compiutamente determinati dalla previsione contenuta nella fattispecie e si richieda, a tal fine, il sopravvenire di un ulteriore evento, al quale è demandato il compito di individuare l'oggetto della situazione effettuale o di investire un soggetto nella posizione di destinatario degli effetti giuridici della fattispecie. Il fatto che consente l'individuazione dell'elemento oggettivo e dell'elemento soggettivo è essenziale per la completa realizzazione della situazione effettuale, ma non per la validità dell'atto. A ben vedere, l'evento individuatore del soggetto o dell'oggetto non costituisce la sopravvenienza di un requisito essenziale che risolva la presunta situazione di pendenza relativa alla definitiva validità dell'atto. Nella fattispecie non si può prescindere dalla indicazione dell'elemento soggettivo o dell'elemento oggettivo – in tal caso l'atto sarebbe sin dall'inizio e definitivamente invalido – ma è sufficiente che l'indicazione non sia interamente definita sin dall'inizio e si completi in seguito con il sopravvenire di eventi successivi.

Nelle fattispecie considerate come di invalidità sospesa, la mancata individuazione dell'oggetto da parte del terzo (art. 1349, comma 2, c.c.) o il non venire a esistenza della cosa nella vendita (non aleatoria) di cosa futura (art. 1472, comma 2, c.c.) non valgono a rendere nullo il contratto, come impropriamente potrebbe dedursi sulla base di una interpretazione letterale delle norme indicate. In realtà qui si versa in ipotesi di impossibile realizzazione della situazione effettuale e quindi di inefficacia. La determinazione dell'og-

getto dipende, in questi casi, da fatti estrinseci al nucleo della fattispecie (valida) e pertanto incidenti sulla efficacia¹⁰⁴.

7.2 *Invalidità derivata*

Nell'ambito della categoria della invalidità si delinea una particolare figura che si denomina «invalidità derivata». Essa consisterebbe nella propagazione dell'invalidità da un contratto ad un altro, sul presupposto di un collegamento tra i due contratti.

La categoria dell'invalidità derivata, generalmente accolta nel diritto amministrativo, non trova un sicuro riscontro nel diritto civile. Essa vale certamente a descrivere l'influenza, innegabile, che l'invalidità di un contratto può avere su un altro contratto collegato; l'influenza si risolve o in una incidenza sugli effetti del contratto stesso in una sua autonoma invalidità per un vizio ad esso intrinseco. Così, ad esempio, l'invalidità del contratto costitutivo di un'obbligazione non si trasmette direttamente al contratto di fideiussione, ma in quanto elimina l'obbligazione principale, priva di causa il negozio accessorio di garanzia (art. 1939 c.c.).

Nei tempi recenti la figura della invalidità derivata (precisamente, della nullità derivata) è stata richiamata nell'ambito della questione concernente la sorte dei contratti stipulati con i consumatori dall'impresa aderente a una intesa anticoncorrenziale (come tale vietata e nulla: art. 2 della legge antitrust). La nullità dei contratti anticoncorrenziali a monte determinerebbe la nullità (derivata) dei contratti conclusi a valle, in esecuzione dei primi. L'effetto invalidante sarebbe determinato dal nesso di collegamento tra i primi e i secondi.

In senso contrario, si può rilevare che tra le intese vietate e i contratti attuativi non corre alcun nesso di collegamento, in quanto i secondi sono forniti di una causa autonoma e indipendente dalla causa dei primi: il richiamo alla discussa figura della nullità derivata non sembra cogliere nel segno.

8. **L'inesistenza del contratto**

L'invalidità (e in particolare la nullità) va distinta dall'inesistenza del contratto. È nullo l'atto incompleto nei requisiti essenziali o illecito. Ma l'atto nullo è necessariamente esistente: la nullità postula l'esistenza; se l'atto non esistesse non potrebbe essere qualificato nullo dall'ordinamento. È inesistente, invece, tautologicamente, l'atto che, per l'ordinamento, non esiste. Si ha inesistenza quando profonde anormalità snaturano essenzialmente la struttura e la funzione della fattispecie negoziale, al punto che non è rilevabile un fatto o atto socialmente corrispondente alla nozione di contratto.

¹⁰⁴ R. TOMMASINI, *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, 1972.

L'inesistenza è al di là della stessa nullità: è inesistente il contratto neppure identificabile come tale, privo del minimo essenziale che permetta di parlare di un certo accadimento come di un contratto. Si deve distinguere fra la mancanza che permetta la giuridica identificazione del contratto – mancanza che induce l'invalidità – e la mancanza che invece impedisce l'identificazione del contratto, perciò giuridicamente inesistente. L'identificazione è impossibile quando l'incompletezza sia tale da escludere che in un fatto possa ravvisarsi un determinato negozio.

Mentre l'invalidità presuppone una riconoscibilità giuridica della fattispecie concreta, e cioè la riconducibilità di essa ad una fattispecie legale, rispetto alla quale presenta lo scarto della mancanza

(nullità) o della irregolarità-vizio (annullabilità) di uno degli elementi essenziali, l'inesistenza è predicata dalla non riconoscibilità dell'atto rispetto alla fattispecie legale. Il classico esempio è dato dalla proposta contrattuale seguita da accettazione difforme. Quest'ultima non vale come accettazione, ma come nuova proposta (art. 1326, comma 5, c.c.): il risultato non è un contratto nullo, ma un non contratto, cioè un contratto inesistente.

L'importanza della distinzione fra invalidità (e, in particolare, nullità) e inesistenza non si esaurisce nell'area della teoria generale. La distinzione, infatti, è rilevante anche nella pratica: l'atto inesistente, a causa della sua non esistenza, non produce alcun effetto, in ciò differenziandosi dall'atto nullo, produttivo in specifiche ipotesi di taluni limitati effetti.

Il contratto inesistente è un'operazione socialmente non valutabile come contratto, che non giustifica alcun serio affidamento delle parti, né un apprezzabile affidamento dei terzi. Non vi è luogo, allora, per la rilevanza di quegli interessi in ragione dei quali taluni effetti giuridici sono eccezionalmente collegati al contratto nullo. In base al generale principio dell'autoresponsabilità, l'incauto affidamento eventualmente riposto sulla natura contrattuale di un contratto inesistente è assolutamente immeritevole di tutela. Di qui l'ineffettività assoluta del contratto inesistente.

9. L'inefficacia del contratto

Si è detto che validità e invalidità sono predicati del contratto considerato come atto e costituiscono l'esito del giudizio di conformità o non conformità di tale atto alle disposizioni di legge.

Efficacia e inefficacia, invece, sono predicati del contratto considerato come rapporto e costituiscono l'esito del giudizio di operatività o non operatività di tale rapporto, cioè del giudizio di idoneità o inidoneità dell'atto a produrre effetti.

In ogni contratto si distinguono due momenti essenziali: a) la manifestazione dell'intento negoziale (conclusione del contratto); b) la realizzazione dell'interesse che l'intento persegue (esecuzione del contratto). In relazione a entrambi i momenti, l'ordinamento effettua un giudizio di compatibilità: a) valuta staticamente la corrispondenza del contratto come atto allo schema normativo; b) accer-

tata l'adeguazione dell'atto allo schema normativo, valuta dinamicamente l'idoneità funzionale del contratto a soddisfare l'interesse programmato dai soggetti.

A queste due distinte valutazioni, relative l'una alla struttura e l'altra alla funzione dell'atto, corrispondono rispettivamente la categoria dell'invalidità e quella dell'inefficacia.

Si può dire, perciò, che l'inefficacia, pur traendo origine dal contratto come atto, attiene all'effetto giuridico. Come tale l'inefficacia è a sua volta l'effetto di una valutazione, autonoma e distinta rispetto a quella della validità; una valutazione che l'ordine giuridico compie del profilo funzionale del programma negoziale. È questo interesse infatti il criterio di decisione degli effetti giuridici, il criterio, cioè, in funzione del quale avviene l'attribuzione o la negazione di effetti al contratto¹⁰⁵.

L'inefficacia può essere causata dall'invalidità del contratto: è il caso del contratto nullo, che non produce effetti. Ma un contratto invalido può causare un rapporto efficace: è il caso del contratto annullabile, ma non ancora annullato. L'annullabilità è la riprova che invalidità e inefficacia sono categorie distinte. Quando c'è invalidità, ci può essere inefficacia, come conseguenza di quella invalidità (la nullità). Ma l'invalidità non comporta sempre inefficacia (annullabilità).

A conferma dell'alterità concettuale tra invalidità e inefficacia sta un'ulteriore riflessione. Un valido contratto determina, di norma, un rapporto efficace. Un valido contratto, tuttavia, può anche causare un rapporto inefficace: si pensi al contratto sospensivamente condizionato.

L'inefficacia viene così ad assumere un duplice significato: uno in senso lato, in cui confluiscono tutti i casi in cui il contratto, per un suo difetto, non raggiunge i suoi effetti; e uno in senso stretto, che abbraccia i soli casi in cui il contratto, pur privo di difetti, non produce i suoi effetti.

L'inefficacia in senso lato ha una funzione remediale¹⁰⁶: costituisce la reazione a un difetto del contratto, nell'interesse della parte lesa dal difetto stesso o nell'interesse generale. L'inefficacia remediale è collegata all'invalidità del contratto, quando il contratto è inefficace perché nullo o annullato. L'inefficacia remediale può anche prescindere dall'invalidità, quando il difetto che affligge il contratto non è un vizio di invalidità. È il caso della risoluzione del contratto e del recesso di autotutela: il contratto è valido, ma è affetto da un disturbo per il quale l'ordinamento prevede un rimedio che determina l'inefficacia del contratto stesso.

L'inefficacia in senso stretto, invece, non ha una funzione remediale: non reagisce a un difetto del contratto cui debba porsi rimedio. Il contratto è valido. L'inefficacia non remediale si pone, perciò, come categoria autonoma rispetto all'invalidità.

È inefficacia in senso stretto quella che deriva dalla condizione apposta al

¹⁰⁵ V. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXI, 1971.

¹⁰⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 689.

contratto: quando la condizione è sospensiva, il contratto è improduttivo di effetti fino all'avveramento del fatto condizionante; quando la condizione è risolutiva, il contratto diventa inefficace al verificarsi della condizione stessa.

È inefficacia in senso stretto anche quella che deriva dalla simulazione del contratto, così come quella che consegue all'esercizio della revocatoria: in entrambi i casi, il contratto è valido, ma danneggia i terzi. E proprio nell'interesse dei terzi, per la loro tutela, che il contratto viene reso inefficace.

9.1 Inefficacia originaria e sopravvenuta, assoluta e relativa, attuale e potenziale

L'inefficacia può essere originaria o sopravvenuta. È originaria quando la causa che la determina è già esistente al tempo della conclusione del contratto: il contratto nasce inefficace (es., contratto nullo, contratto sottoposto a condizione sospensiva). Si ha inefficacia sopravvenuta, invece, quando il fattore che la determina non sussiste al tempo della conclusione del contratto, che nasce efficace, ma diventa successivamente inefficace per un fattore sopravvenuto. È ciò che si verifica con la risoluzione per inadempimento (inefficacia remediale) o con la condizione risolutiva espressa (inefficacia non remediale).

L'inefficacia è assoluta quando può essere fatta valere sia fra le parti, sia dai terzi, sia contro i terzi. A questa stregua, sono affetti da inefficacia assoluta solo il contratto nullo e quello condizionato. Tutte le altre sono ipotesi di inefficacia relativa: i) non può farsi valere da entrambe le parti; ii) non può farsi valere da tutti i terzi; iii) non può farsi valere contro tutti i terzi.

L'inefficacia non può farsi valere da entrambe le parti nel caso dell'annullabilità o della risoluzione per inadempimento o per eccessiva onerosità sopravvenuta.

L'inefficacia non può farsi valere da tutti i terzi nel caso del contratto del *falsus procurator*: solo il falso rappresentato la può invocare; così come solo i creditori possono far valere l'inefficacia del contratto che pregiudica le loro ragioni attraverso l'azione revocatoria. L'inefficacia del contratto che operi solo a vantaggio di determinati terzi si dice anche inopponibilità del contratto (dei suoi effetti) nei confronti dei terzi: il contratto revocato, ad esempio, non è opponibile nei confronti dei creditori revocanti.

L'inefficacia non può farsi valere contro tutti i terzi, ma solo contro determinate classi di terzi nel caso dell'annullamento, della simulazione e della revocatoria ordinaria: i terzi nei cui confronti può farsi valere l'inefficacia sono quelli il cui acquisto non abbia determinate caratteristiche previste dalla legge: non sia oneroso o in buona fede.

Si ha inefficacia attuale nella nullità: il contratto nullo non produce effetti. Si ha inefficacia potenziale nella annullabilità e nella rescindibilità: il contratto annullabile e il contratto rescindibile sono immediatamente produttivi di effetti, ma cessano definitivamente di produrli con il provvedimento giudiziale di annullamento o di rescissione.

CAPITOLO XXI

Nullità e annullabilità

Sommario: 1. La funzione della nullità e dell'annullabilità: l'interesse tutelato – 1.1. La funzione delle nullità speciali di protezione – 2. Il sistema delle cause di nullità e di annullabilità – 2.1 La tripartizione del sistema delle cause di nullità di protezione. – 3. Analisi delle cause di nullità: la nullità testuale – 3.1 La nullità strutturale – 3.2 La nullità virtuale – 3.3. La nullità derivata. Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti “a valle” – 3.3.1 La tesi della nullità totale – 3.3.2 La tesi della nullità parziale – 3.3.3 La tesi della sola azione di risarcimento danni – 3.3.4 Le Sezioni Unite e il doppio binario di tutela – 4. Analisi delle cause di annullabilità: l'incapacità di agire – 4.1 I vizi della volontà – 4.2 L'errore. L'essenzialità – 4.2.1 Contratti personali e a rilevanza personale – 4.2.2 Le diverse tipologie di errore – 4.2.3 Il carattere esemplificativo dell'elenco degli errori essenziali – 4.2.4 La riconoscibilità dell'errore – 4.2.5 Errore comune ed errore ostativo – 4.2.6 L'errore nei negozi unilaterali tra vivi e nei negozi a titolo gratuito – 4.2.7 L'errore nella divisione e nella transazione – 4.3 La violenza – 4.4 Il dolo – 4.4.1 La reticenza – 4.4.2 Il *dolus bonus* – 4.4.3 Il dolo del terzo – 4.4.4 Il dolo incidente – 5. I vizi incompleti della volontà

1. La funzione della nullità e dell'annullabilità: l'interesse tutelato

L'esercizio della autonomia privata è legittimo nei limiti in cui è compatibile con i valori dell'ordinamento (art. 1322 c.c.). Il contratto che lede interessi generali è sanzionato con la forma più grave di invalidità: la nullità.

La nullità è la reazione dell'ordinamento alla carenza strutturale del contratto e alla violazione di regole imposte dalla legge, per la tutela dell'interesse generale alla regolarità dei traffici giuridici. La nullità, quindi, opera contro l'autonomia privata: se essa è esercitata in violazione di regole poste a tutela di interessi meta-individuali, l'ordinamento reagisce con la sanzione della nullità. La nullità, quindi, limita la libertà negoziale, per garantire più equi rapporti sociali e indirizzare la circolazione e lo sfruttamento dei beni secondo schemi compatibili con i valori dell'ordinamento.

A differenza della nullità, l'annullabilità costituisce la reazione dell'ordinamento alla lesione di un interesse particolare di un contraente. L'annullabilità tutela l'interesse alla salvaguardia delle condizioni soggettive di uno dei contraenti nella formazione del contratto: il rimedio salvaguarda il normale svolgimento dell'autonomia privata, turbato da fattori interni alla sfera di coscienza e volontà della parte; fattori che alterano le condizioni soggettive per un esercizio corretto dell'autonomia privata.

1.1 La funzione delle nullità speciali di protezione

Al confine tra la funzione della nullità e quella dell'annullabilità si collocano le nullità speciali di protezione.

Si tratta di nullità previste dalla legislazione di settore, per lo più in attuazione di direttive dell'Unione europea¹⁰⁷. Tali nullità assolvono la funzione di proteggere parti contrattuali ritenute dall'ordinamento più deboli rispetto alle controparti forti. Il campo di applicazione è dunque quello dei rapporti asimmetrici, caratterizzati da una disparità di forza contrattuale tra le parti: una debole, l'altra forte. Non si tratta però di una debolezza di natura socioeconomica, ma tecnica: debolezza del ruolo negoziale per ragioni di disinformazione, distanza, sorpresa, uso di tecnologie, pratiche sleali delle imprese, dipendenza economica, e simili.

La nullità comminata dall'ordinamento in relazione ai rapporti contrattuali asimmetrici è speciale rispetto a quella prevista dal codice civile, che si può definire "generale". E la specialità riguarda, prima ancora che il regime giuridico applicabile, la *ratio* dell'istituto: la nullità speciale è posta a tutela della parte debole del contratto, appartenente a una categoria di soggetti parimenti deboli (es., consumatore); essa, quindi, tutela un interesse individuale, al pari dell'annullabilità. Al contempo, però, proteggendo un soggetto debole che appartiene a una categoria di soggetti parimenti deboli, la nullità speciale, al pari di quella "generale", tutela valori e interessi generali: il corretto funzionamento del mercato (art. 41, comma 1, Cost.), per obiettivi di efficienza e di equità; l'uguaglianza sostanziale tra i soggetti dell'ordinamento (art. 3, comma 2, Cost.). L'ordinamento persegue il fine della protezione in un disegno di efficienza generale, e quindi attua un meccanismo di "ordine pubblico di protezione".

Allora la specialità della nullità sta anzitutto in ciò: nel proteggere contemporaneamente interessi individuali e meta-individuali e, quindi, nel riassumere in sé le funzioni della nullità generale e dell'annullabilità. Le nullità di protezione, dunque, hanno una natura ancipite.

L'analisi della funzione e degli interessi tutelati consegna all'interprete già una prima conclusione di sistema. L'ordinamento non commina la nullità, ma le nullità, in ragione dell'interesse tutelato: solo quello generale, con la nullità generale; l'interesse generale e individuale insieme, con le nullità speciali.

Si è passati dalla nullità, intesa in senso tradizionale, alle nullità, rispondenti ad opzioni di natura propriamente politica, necessariamente variegata e multiformi e, pertanto, fortemente differenziate sia dal punto di vista strutturale, sia da quello della disciplina giuridica.

¹⁰⁷ Sono forme di nullità speciale di protezione quelle previste dalle norme che disciplinano i contratti tra consumatore e professionista (art. 33 cod. consumo), tra imprese forti e imprese deboli (legge 192 del 1998, subfornitura), tra banca e cliente (art. 115 del TUB), tra investitore e intermediario finanziario (art. 24 del TUF).

2. Il sistema delle cause di nullità e di annullabilità

Il sistema delle cause di nullità è più flessibile rispetto al sistema delle cause di annullabilità. Quest'ultimo è un sistema tendenzialmente tipico e tassativo. Le cause di annullabilità sono puntualmente previste dalla legge: incapacità di agire e vizi della volontà (errore, violenza e dolo); fattispecie particolari, contemplate da singole norme (es., contratto del rappresentante con se stesso; contratto stipulato dal rappresentante in conflitto di interessi).

Quello delle cause di nullità, al contrario, è un sistema tendenzialmente non tipizzato e non tassativo: la nullità è comminata non solo nei casi espressamente previsti dalla legge (nullità testuale) o per mancanza degli elementi essenziali del contratto (nullità strutturale), anch'essi previsti dalla legge; la nullità consegue anche alla violazione di norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume (nullità virtuale). E qui sta il carattere elastico, non tassativo della nullità: le norme imperative costituiscono una serie aperta; l'ordine pubblico e il buon costume sono clausole generali, che incarnano concetti elastici e mutevoli nel tempo. Solo la nullità è anche virtuale, elastica; non l'annullabilità.

2.1 La tripartizione del sistema delle cause di nullità di protezione

Il sistema delle cause di nullità di protezione può essere analizzato attraverso una classificazione tripartita, distinguendo tra nullità di protezione testuale, nullità di protezione virtuale e nullità virtuale di protezione.

Quando la nullità di protezione è espressamente comminata dalla legge si parla di nullità testuale di protezione. Le cause di tale forma di nullità possono essere di natura formale o sostanziale; la nullità di protezione può essere comminata: i) per il mancato rispetto di requisiti di forma (es. la forma scritta); ii) per la violazione delle regole di comportamento precontrattuali e, in particolare, per l'inadempimento degli obblighi informativi che precedono la stipulazione; iii) per inosservanza di prescrizioni relative al contenuto del contratto (es. omessa indicazione della facoltà di recesso); iv) per l'iniquità del contratto, derivante dall'eccessivo squilibrio normativo tra diritti e obblighi delle parti, causato dall'asimmetria di potere tra le parti stesse (es. art. 36 cod. consumo per quanto attiene al rapporto tra consumatore e professionista e art. 9 della legge n. 192 del 1998 per quanto attiene al rapporto tra imprese).

La nullità di protezione virtuale si configura quando il legislatore, pur prevedendo la nullità nell'ambito della normativa speciale, non la disciplina. In questi casi spetta all'interprete individuare gli interessi tutelati dalla norma e, in assenza di una specifica disciplina, applicare il regime giuridico "virtuale" della nullità di protezione. La disposizione che enuncia il regime virtuale è l'art. 36 del cod. consumo: si tratta di una norma che incarna il paradigma normativo della nullità di protezione.

Si discute se sia configurabile anche una nullità virtuale di protezione: il legislatore prescrive obblighi precontrattuali, requisiti formali e sostanziali

senza indicare le conseguenze della loro inosservanza; trattandosi di norme imperative, si potrebbe configurare una nullità virtuale di protezione.

L'ostacolo maggiore è rappresentato dal fatto che, mentre il codice civile, per la nullità generale, prevede la nullità virtuale, altrettanto non fa la legislazione speciale per la nullità di protezione: non è contemplata la nullità virtuale di protezione.

L'ostacolo può essere superato in via analogica, estendendo l'applicazione della norma che prevede la nullità virtuale (art. 1418, comma 1, c.c.) alle nullità di protezione. Se la finalità di protezione è, al contempo, individuale e generale, perché tutelando l'interesse del singolo è garantita la protezione di un interesse generale, trasfuso in «valori costituzionalmente rilevanti», una nullità virtuale di protezione ai sensi dell'art. 1418, comma 1°, c.c. avrebbe più di una ragione d'essere: la violazione di norme imperative di settore potrebbe determinare la nullità speciale del contratto anche se non espressamente comminata. La possibilità di configurare una nullità virtuale di protezione è stata riconosciuta anche dalla Corte di Giustizia: senza imporre agli stati membri un obbligo in tale senso, la Corte ha affermato l'ammissibilità della figura della nullità virtuale speciale, pur non espressamente prevista, se ai fini della protezione della parte debole la nullità sia la soluzione più efficiente. È quindi nell'ottica sostanziale dell'esigenza di protezione del contraente debole che va valutata l'ammissibilità della figura.

Attualmente, il sistema delle nullità di protezione, per la sua diffusione, non è più un'eccezione alla regola della nullità disciplinata dal codice civile, ma è divenuto esso stesso una regola, seppure alternativa a quella generale codicistica. L'esigenza di tutela della parte debole del contratto rappresenta ormai un principio a tal punto radicato nel sistema giuridico, da potersi ritenere che le nullità di protezione testuali siano affiancate da ipotesi di nullità virtuale di protezione, conseguenti alla violazione di norme imperative di protezione non espressamente sanzionate con la nullità.

3. Analisi delle cause di nullità: la nullità testuale

La nullità testuale ricorre quando un contratto o una singola clausola sono espressamente dichiarati nulli dalla legge: “il contratto è nullo nei casi espressamente previsti dalla legge (art. 1418, comma 3, c.c.). Sia nel codice civile, sia nella legislazione complementare, sono rinvenibili numerose previsioni espresse di nullità. Si pensi alla vendita di cosa futura non venuta ad esistenza (art. 1472, comma 2, c.c.); all'assicurazione per inesistenza del rischio (art. 1895 c.c.); alla transazione relativa a un contratto illecito (art. 1972, comma 1, c.c.); al patto commissorio (art. 2744 c.c.), etc..

Nell'ambito della nullità testuale si annoverano le ipotesi di nullità di protezione prevista dalla legislazione speciale.

La previsione testuale della nullità consente di rendere nulli contratti o clausole che, in sua assenza, non lo sarebbero. Questa funzione della nullità

testuale è assolta, in particolare, quando la nullità riflette scelte “politiche” del legislatore: quando cioè colpisce contratti disapprovati dall’ordinamento, perché contrastanti con valori espressi dall’ordinamento stesso.

La nullità testuale assolve anche la funzione di certezza del diritto: essa rende certa una disapprovazione che, altrimenti, potrebbe essere dubbia o controversa.

In alcuni casi la previsione testuale consente anche di introdurre un regime differente della nullità, derogatorio rispetto a quello ordinario. È ciò che si verifica nel caso delle nullità testuali speciali, soggette a un regime giuridico diverso rispetto a quello della nullità “normale”.

3.1 La nullità strutturale

La nullità è strutturale (art. 1418, comma 2, c.c.) quando è causata da difetti relativi agli elementi che compongono la struttura del contratto: mancanza di uno dei requisiti essenziali previsti dall’art. 1325 c.c. (accordo, causa, oggetto, forma *ad substantiam*); mancanza nell’oggetto dei requisiti stabiliti dall’art. 1346 c.c. (possibilità, liceità, determinatezza o determinabilità).

3.2 La nullità virtuale

L’art. 1418, comma 1, c.c. è una norma di chiusura del sistema delle cause di nullità: essa individua una causa residuale di invalidità che si applica quando non scattano le ipotesi tassative di nullità testuale (comma 3) e strutturale (comma 2). La nullità prevista dal terzo comma deriva non da una ipotesi tipica, bensì dal contrasto tra l’atto di autonomia ed una norma imperativa, anche se quest’ultima non dispone direttamente la nullità del vincolo quale conseguenza della sua violazione.

L’art. 1418, comma 1, c.c. finisce così per ampliare i casi di nullità rispetto alle ipotesi di nullità testuale e strutturale, introducendo una forma di nullità non prevista espressamente e perciò “virtuale”. Tale ampliamento risulta ancor più rilevante alla luce della costante tendenza all’incremento delle norme imperative, soprattutto di derivazione euro-unitaria, poste a presidio di interessi non solo generali, ma anche particolari o seriali, come nel caso di categorie o classi di contraenti, ritenuti meritevoli di protezione negli scambi di mercato. Della nullità virtuale di protezione si è già detto nel par. 2.1 del presente capitolo.

Si è detto che la nullità virtuale è residuale rispetto a quella testuale e a quella strutturale: si configura se non ricorrono le altre due. Il rapporto con la nullità strutturale è complesso, per le seguenti ragioni. La nullità strutturale è prevista non solo per vizi riguardanti la formazione del contratto (derivanti cioè da incompletezza del contratto o mancanza di uno dei suoi requisiti essenziali): essa è anche nullità sostanziale, dipendente dall’illiceità del contenuto o della funzione del contratto. Per questa ragione, si deve accertare se il

contrasto del contratto con la norma imperativa debba essere ricondotto alla nullità virtuale o, prima ancora, alla nullità strutturale: nel secondo caso, il contratto è illecito; nel primo, il contratto è illegale. Le norme imperative entrano in gioco in entrambi i casi, ma in modo differente. Il contratto è illecito quando il contrasto con la norma imperativa investe la causa o l'oggetto o il motivo comune o la condizione. Il contratto è illegale quando viola la norma imperativa sotto profili diversi da quelli appena richiamati¹⁰⁸.

La distinzione tra nullità virtuale e nullità astratta assume rilievo non solo a livello teorico, ma anche sul piano della disciplina: la nullità virtuale si applica "salvo che la legge disponga diversamente"; eguale salvezza non è prevista per la nullità strutturale. La violazione di norme imperative ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. (nullità virtuale) rende il contratto normalmente, ma non necessariamente, nullo: la disposizione ammette che la conseguenza prevista possa essere diversa, in modo che la produzione di effetti contrattuali rimanga possibile, nonostante la violazione della norma. La violazione di norme imperative che ricade nell'ambito di applicazione del comma 2 (nullità strutturale) rende il contratto sempre nullo¹⁰⁹.

3.2.1 Gli indici sintomatici della imperatività della norma

La nullità virtuale presuppone che il contratto sia in contrasto con una norma imperativa.

L'indagine che conduce a qualificare una norma come norma imperativa presenta profili di complessità.

Non è attendibile il criterio basato sulla identificazione delle norme imperative con quelle inderogabili: se la norma imperativa è per sua natura inderogabile, non è necessariamente vero il contrario, potendosi riscontrare norme inderogabili (dai privati) che non sono imperative.

In un recente arresto a Sezioni Unite, la giurisprudenza ha individuato gli indici sintomatici dell'imperatività della norma (*Cass., Sez. Un., 16 marzo 2022, n. 8472*).

1) Le norme imperative sono quelle norme inderogabili che costituiscono espressione di interessi pubblici fondamentali per l'ordinamento. La violazione di norme imperative è sinonimo di contratto lesivo di valori giuridici fondamentali;

Il focus dell'indagine sulla imperatività della norma violata si appunta ora sulla natura dell'interesse leso che si individua nei preminenti interessi generali della collettività.

Nella ricordata evoluzione giurisprudenziale si è intravisto in dottrina il segno del passaggio dal "dogma della fattispecie" al "dogma dell'interesse pubblico".

¹⁰⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 701.

¹⁰⁹ G. FACCI, *La nullità virtuale del contratto e la violazione del principio di buona fede*, in *Contr. Impr.*, 2012, 6, 1415.

2) La nullità virtuale deve dunque discendere dalla violazione di norme aventi contenuti sufficientemente specifici, precisi e individuati. Se la norma non è specifica, non è precisa, non è individuata non si può applicare una sanzione, seppur di natura civilistica, tanto grave quale la nullità del rapporto negoziale, neppure evocando astrattamente valori o interessi di ordine generale.

Secondo questa impostazione è nullo per contrasto con norme imperative (cd. nullità “virtuale”) il contratto di deposito a risparmio concluso con un soggetto professionalmente dedito all’attività di raccolta del risparmio tra il pubblico, ma privo dell’autorizzazione all’esercizio dell’attività bancaria prescritta dall’art. 14 T.u.b.

Lo stesso ragionamento non vale per il contratto di fideiussione, che non è un contratto indefettibilmente “bancario”, nè tale la considera il codice civile; non è corredato di una disciplina negoziale ad hoc allorchè uno dei suoi contraenti sia una banca o altro soggetto autorizzato dal TUB, ad eccezione che per le regole di trasparenza (titolo VI del T.u.b.)

3) Le norme imperative sono quelle che si riferiscono alla struttura o al contenuto del regolamento negoziale delineato dalle parti.

Rimane, invece, estraneo all’ambito di applicazione della nullità virtuale il “contratto” inteso come mera fattispecie procedimentale, come sequenza di atti o fatti qualificati a norma degli artt. 1326 ss. c.c.: nella nullità virtuale, oggetto di divieto è il regolamento contrattuale e non il modo in cui esso si forma.

Soltanto del contratto – inteso come atto di autonomia – si può, infatti, ragionevolmente negare validità ed efficacia, mentre non avrebbe alcun senso parlare di nullità con riguardo al comportamento dei contraenti durante la fase di formazione del contratto: il comportamento antigirudico di una parte, anche se influenza in modo determinante la decisione della controparte, non si traduce in un assetto di interessi vietato dalla legge, che non disapprova il contenuto dell’accordo, ma solo le modalità con cui questo si è formato.

La giurisprudenza, nel tempo, ha progressivamente esteso la nullità anche alla violazione di norme che riguardano elementi estranei al contenuto o alla struttura del negozio. Comporta nullità, ad esempio, di quelle norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive e soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipula stessa del contratto ponendo la sua esistenza in contrasto con la norma imperativa. Così la nullità può discendere dalla mancanza di una prescritta autorizzazione a contrarre o di mancanza di necessari requisiti soggettivi di uno dei contraenti.

Il rilievo secondo il quale la nullità virtuale riguarda il contratto – inteso come regolamento di interessi – e non le modalità con cui una delle parti ha ottenuto la conclusione del contratto – porta ad escludere che la nullità possa essere la conseguenza della violazione, da parte del contraente, del dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede.

In altre parole, se contrario alla norma imperativa – ai fini del comma 1° dell’art. 1418 c.c. – non può che essere il contratto inteso come atto, in quanto solo di esso si può ragionevolmente negare validità ed efficacia, non è

possibile dichiarare la nullità del contratto, a causa dei comportamenti di una parte – nella fase che precede la formazione del consenso – nonostante questi assumano rilevanza come violazione di norme imperative. Il divieto, infatti, deve avere ad oggetto il regolamento contrattuale e non la condotta scorretta di uno dei contraenti, con la conseguenza che soltanto tale regolamento può ritenersi contrario alla norma imperativa, al fine di negare validità ed efficacia al contratto. Le regole che presidiano la formazione del contratto sono regole di comportamento, non di validità, salve le deroghe. Sulla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento e sulle relative deroghe, si rinvia al precedente capitolo, par. 6.

3.2.2 Il reato-contratto e il reato in contratto. Il rapporto tra norme penali e patologia del contratto

Per chiarire quanto espresso al punto 3) del precedente paragrafo, è assai significativo il rapporto tra norma penale e invalidità del contratto e, in particolare, la tradizionale distinzione tra il c.d. “contratto-reato” e l’ipotesi di “reato in contratto”.

Il contratto-reato riguarda il caso in cui il contratto integri di per sé la condotta tipica vietata dalla norma penale: esso è nullo in quanto è lo stesso contratto, inteso come regolamento di interessi, a porsi in contrasto con la norma penale; in particolare, il contratto può essere nullo, a causa dell’illiceità di uno dei suoi elementi (causa, oggetto, motivo illecito comune), come, ad esempio, nei tradizionali casi del reato di associazione per delinquere, in cui sarebbe illecita la causa o nell’ipotesi del reato di ricettazione, in cui sarebbe illecito l’oggetto.

Si individua, invece, una nullità virtuale allorché – pur non venendo in rilievo l’illiceità della causa, dell’oggetto o dei motivi – il divieto proibisca un determinato assetto negoziale non in termini assoluti e senza eccezioni, ma soltanto per un profilo specifico.

Nell’ipotesi di c.d. “reato in contratto”, invece, la norma penale non vieta direttamente la fattispecie negoziale, ma semplicemente qualifica come illecito il comportamento materiale posto in essere da uno dei contraenti a danno dell’altro.

Per questa ragione, ad esempio, si esclude normalmente la nullità del contratto concluso per effetto di una truffa realizzata da una parte ai danni dell’altra, considerando che, non solo gli interessi sottesi alla norma imperativa violata sono già soddisfatti dalla diversa conseguenza prevista (annullabilità per dolo), ma anche che il contrasto con la norma imperativa riguarda non il contratto come regolamento di interessi ma la condotta di uno dei contraenti durante le trattative.

Per questo stesso motivo, è assai criticato l’orientamento giurisprudenziale che ravvisa, invece, nel reato di circonvenzione di incapace la conseguenza civilistica della nullità del contratto; infatti, la condotta penalmente rile-

vante di una parte durante le trattative non necessariamente si traduce in un programma contrattuale vietato dalla legge. In altre parole, ciò che la norma imperativa censura è la condotta tenuta durante le trattative e non il contratto come regolamento di interessi: non è il negozio ad essere contrario a norma imperativa, bensì il comportamento negoziale di una delle parti¹¹⁰.

3.3. La nullità derivata. Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti “a valle”

La giurisprudenza, fino al recente arresto a Sezioni Unite (Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994), ha offerto un quadro abbastanza incerto e per nulla uniforme circa la sorte dei contratti che vengono stipulati a valle di intese restrittive della concorrenza.

È il caso, ad esempio, delle fidejussioni bancarie che riproducono lo schema predisposto dall'ABI, La Banca d'Italia, in funzione di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi ai sensi degli artt. 14 e 20, l. n. 287/1990, vigenti fino al trasferimento dei relativi poteri all'AGCM, ha accertato il contrasto tra lo schema contrattuale di fidejussione *omnibus* predisposto dall'ABI e l'art. 2, l. n. 287/1990 (c.d. Legge Antitrust), in virtù del quale: “sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante (...). Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto”. Secondo l'autorità garante della concorrenza e del mercato, lo schema predisposto dall'ABI contiene disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a) della legge n. 287/90”.

L'anticoncorrenzialità delle clausole è stata ravvisata, in particolare, nell'attitudine delle stesse, piuttosto che a garantire l'accesso al credito (funzionalità riconosciuta e ritenuta congruamente perseguita anche dalla clausola di pagamento “a prima richiesta”), ad addossare al fidejussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca, ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa.

Il quadro normativo entro il quale si iscrive il problema della sorte dei contratti a valle attuativi dell'intesa restrittiva della concorrenza è composto:

a) dall'art. 41 Cost., in base al quale l'iniziativa economica privata, pur essendo “libera”, non può svolgersi “in contrasto con l'utilità sociale”; ed è “la legge che determina i controlli opportuni perchè l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”.

¹¹⁰ G. FACCI, *La nullità virtuale*, cit.

b) In questo quadro costituzionale si iscrive la disciplina antitrust, che regola i rapporti tra imprenditori e consente un corretto svolgimento delle relazioni concorrenziali. L'art. 2 della Legge Antitrust (n. 287 del 1990) vieta e sanziona con la "nullità ad ogni effetto" le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare - in qualsiasi forma e in maniera sostanziale - il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante.

c) Nello stesso senso, l'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sanziona come incompatibili con il mercato interno e vieta tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno.

"Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto".

3.3.1 La tesi della nullità totale

Secondo un orientamento giurisprudenziale, si tratta di una nullità "totale": essa riguarda, nella specie, l'intera garanzia fideiussoria¹¹¹.

Si evidenzia che la sopravvivenza nei contratti "a valle" di una clausola oggetto di un'intesa vietata significherebbe eludere la normativa a tutela della concorrenza. Non avrebbe alcun senso affermare la nullità dell'intesa e, allo stesso tempo, la validità dei contratti stipulati in sua esecuzione. Invero, la diversa soluzione che si limitasse ad eliminare, con la comminatoria di nullità, il vincolo giuridico nascente dall'intesa illecita (ed a sanzionare i colpevoli partecipanti), ma lasciasse sopravvivere intatti tutti gli effetti che l'intesa ha prodotto sul mercato, in termini di contratti stipulati a valle, apparirebbe sicuramente molto poco coerente con gli obiettivi di difesa e promozione del mercato concorrenziale che sono propri del diritto antitrust.

Si evidenzia ancora che lo schema della fideiussione oggetto dell'intesa vietata assolve ad una funzione specifica e diversa da quella della fideiussione civile, che verrebbe meno se le clausole più significative fossero eliminate. Appare verosimile, infatti, che senza le stesse la banca non avrebbe accettato la fideiussione, la cui funzione indennitaria e di garanzia del c.d. "effetto solutorio definitivo" sarebbe inevitabilmente venuta meno.

Si ritiene, infatti, che la struttura dell'art. 2 della L. n. 287/1990 stabilisca un legame di causa ed effetto rilevante fra l'intesa vietata e l'attività che venga posta in essere conformemente ad essa. È la stessa norma, dunque, che attribuisce rilevanza all'effetto che in concreto l'intesa può provocare "anche

¹¹¹ Corte app. Bari, 15 gennaio 2020, n. 45

attraverso attività consistenti nel fissare direttamente o indirettamente condizioni contrattuali”.

In altri termini, la norma attribuisce rilievo anche al negozio a valle, inteso come prodotto (effetto) dell'intesa vietata, che viene trattato alla stregua di un subcontratto, come fattispecie che attinge direttamente alla causa dell'intesa vietata, contaminandone di fatto il sinallagma rispetto all'ordine pubblico economico. Non serve ricercare, pertanto, alcun collegamento negoziale in senso tecnico e volontaristico, poiché è la norma stessa che attribuisce rilievo a qualsiasi manifestazione dell'intesa vietata e che, sanzionando quest'ultima con la nullità “ad ogni effetto”, riverbera l'invalidità sulle stesse manifestazioni (sugli effetti) dell'accordo a monte. Peraltro, la medesima norma - proibendo le intese poiché illecite - intende vietarne ed arrestarne gli “effetti” a tutela di un bene giuridico di particolare importanza, quale l'ordine pubblico economico.

Ne consegue che il negozio in cui si manifesta l'intesa a valle deve dirsi nullo per violazione dell'art. 2 della Legge cit., ovvero *ex art.* 1418 c.c. per violazione di norma imperativa.

3.3.2 La tesi della nullità parziale

Un diverso orientamento giurisprudenziale sostiene, invece, che la nullità non può che considerarsi parziale e, quindi, riguardare le sole clausole indicate come contrarie alla normativa antitrust.

In applicazione del generale principio di cui all'art. 1419 c.c., infatti, affinché la nullità di una clausola comporti nullità dell'intero contratto, occorre dimostrare che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che risulta colpita dalla nullità. Nel caso della fideiussione, ad esempio, in assenza dell'allegazione e prova che la mancanza di tali clausole avrebbe indotto i fideiussori a non stipulare il contratto, questo non potrebbe dirsi integralmente nullo, considerato altresì che per la banca l'alternativa sarebbe stata quella dell'assenza completa di fideiussioni, con minor garanzia dei propri crediti¹¹².

Pur senza prendere posizione espressa in ordine alla sussistenza, in concreto, di un'ipotesi di nullità - posto che il caso affrontato non lo richiedeva - la Cassazione, in una recente pronuncia, appare favorevole alla tesi della nullità parziale. La Corte precisa che, laddove specifiche clausole delle norme bancarie uniformi, in relazione alle quali l'Autorità amministrativa abbia circoscritto l'accertamento dell'illiceità, vengano trasfuse nei contratti a valle, ciò non esclude, né è incompatibile con il fatto che in concreto la nullità del contratto a valle debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 ss. c.c. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 c.c., quando l'assetto degli interessi in gioco non venga

¹¹² Trib. Milano 23 gennaio 2020, n. 610.

pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rinvenienti dalle intese illecite. Né, risulta rilevante, l'impossibilità di provare la decisività delle clausole ai fini della conclusione del contratto, in ragione della predisposizione unilaterale dello schema contrattuale da parte della banca: appare all'uopo decisiva, infatti, la preliminare considerazione che le clausole in questione sono funzionali all'interesse della banca e non dei fideiussori e che quindi, logicamente, solo la banca avrebbe potuto dolersi della loro espunzione¹¹³.

La Cassazione sembra quindi avvalorare "in astratto" la tesi della nullità parziale.

3.3.3 *La tesi della sola azione di risarcimento danni*

Un ulteriore orientamento si mostra critico nei confronti della tesi della nullità derivata, ritenendo che essa faccia leva su presupposti di natura più macroeconomica che giuridica.

Si evidenzia, in particolare, che l'affermazione per cui l'invalidità di un rapporto giuridico possa propagarsi, con effetti invalidanti, ad un altro rapporto, presuppone il previo riscontro, tra i due, di un vincolo di dipendenza funzionale o, quantomeno, di un collegamento negoziale oggettivamente apprezzabile.

Si ritiene arduo individuare un nesso di dipendenza dei contratti a valle con le intese a monte, considerato che con riguardo alla normale dinamica della contrattazione individuale, le intese mostrano di non costituire un tutt'uno con i contratti a valle, di non essere a questi collegate né per legge né per volontà delle parti e di non rappresentarne in alcun modo un presupposto di esistenza, validità od efficacia.

Né si rinviene un vero e proprio collegamento negoziale, nel suo significato più tecnico, che richiede tanto la presenza di un requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia un requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale.

Ove tali elementi non siano oggettivamente apprezzabili, un contratto che sia stato validamente perfezionato, presenti i requisiti strutturali di validità previsti dalla legge e non persegua in sé una causa illecita o immeritevole per l'ordinamento giuridico non può subire effetti invalidanti in dipendenza dell'accertamento della nullità o della caducazione di un rapporto giuridico diverso ed intercorso tra terzi.

¹¹³ Cass., 26 settembre 2019, n. 24044.

Nei contratti di fideiussione, ad esempio, non vi è solitamente alcun richiamo alla deliberazione dell'associazione di imprese bancarie di approvazione del modello standardizzato di fideiussione omnibus, né, men che meno, risulta che tale deliberazione abbia vincolato l'istituto di credito stipulante al rispetto dello schema ABI nella contrattazione con terzi.

Altrettanto da escludere è, poi, la nullità della causa dei singoli contratti a valle posto che, anche ad ammettere che l'imprenditore persegua, con la contrattazione individuale, il fine ultimo, anticoncorrenziale, di alterare a suo favore il mercato o di ottenere un extraprofitto, l'altro contraente stipula il contratto per soddisfare un proprio interesse che si ricollega ed esaurisce nel fine tipico dell'operazione posta in essere.

In ipotesi, dunque, si potrebbe individuare soltanto il motivo illecito dell'imprenditore, che però non può ritenersi comune e condiviso dall'altro contraente, con quanto ne consegue in punto d'irrelevanza del motivo illecito di un solo contraente, a norma dell'art. 1345 c.c.

Infine, non può neppure affermarsi la nullità endogena del contratto *ex art.* 1418, comma 1, c.c. considerato che l'art. 2 della l. n. 287 del 1990 vieta le intese tra istituti di credito (affermandone, con un pleonastico ossimoro, la nullità "ad ogni effetto"), ma nulla dispone circa le sorti dei rapporti commerciali con altri contraenti.

Questo rilievo è sufficiente di per sé ad escludere che si possa predicare la nullità del c.d. contratto "a valle" per violazione di norma imperativa *ex art.* 1418, comma 1, c.c., in quanto, perché possa affermarsi la nullità negoziale per violazione di norme poste a presidio di interessi generali, è necessario che dette norme disciplinino direttamente elementi intrinseci alla fattispecie negoziale, conformandone la struttura o il contenuto, ovvero impongano determinate condizioni di liceità della stipulazione, quali ad esempio particolari autorizzazioni amministrative ovvero l'iscrizione di uno o entrambi i contraenti in appositi albi o registri.

Al di fuori di queste ipotesi, l'inosservanza di norme, pur imperative, che impongano o precludano alle parti taluni comportamenti (e che non siano cordate da specifiche ipotesi di nullità testuali, sovente a matrice protettiva), non può determinare la nullità dell'atto negoziale eventualmente posto in essere in loro violazione.

Non può quindi che ribadirsi, quale principio cardine del sistema, la non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità degli atti, alla stregua della quale la violazione di regole comportamentali o di correttezza giustifica soltanto l'adozione di rimedi risarcitori.

L'unica forma di tutela esperibile a fronte di intese anticoncorrenziali o di altre violazioni rilevanti *ex art.* 2, L. n. 287/1990 è pertanto quella risarcitoria, attuabile sia nelle forme dell'iniziativa individuale, che dell'azione collettiva¹¹⁴.

¹¹⁴ In questo senso, Trib. Napoli, 1° marzo 2019, n. 2338, Trib. Bologna 29 novembre 2019, Trib. Roma 8 novembre 2019, n. 17243.

3.3.4 *Le Sezioni Unite e il doppio binario di tutela*

Il contrasto giurisprudenziale descritto nei paragrafi precedenti è stato recentemente composto dalle Sezioni Unite (*Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994*).

La scelta di fondo operata dalla sentenza è nella direzione del rafforzamento della tutela del consumatore. Questa opzione giustifica la previsione di un doppio binario di tutela, costituito dall'azione di risarcimento del danno e dall'azione di nullità parziale, con conseguente diritto alla restituzione dell'indebito.

L'intesa è un fatto illecito che cagiona un danno ingiusto al consumatore, risarcibile ai sensi dell'art. 2043. La nullità dell'intesa restrittiva può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e quindi anche dal consumatore, anche se non è parte dell'intesa: il consumatore è un soggetto danneggiato dall'intesa restrittiva della concorrenza, la quale si ripercuote sul contratto finale stipulato dal consumatore finale, in termini di regolamento negoziale meno favorevole o di prezzo del prodotto più oneroso.

Il modello della tutela risarcitoria può anche essere costruito sullo schema dell'art. 1440 c.c., che contempla l'ipotesi del dolo incidente della parte del contratto: l'accordo resta valido, ma il soggetto che ha subito il dolo ha diritto al risarcimento del danno, parametrato al c.d. interesse positivo differenziale, cioè alla differenza tra la maggiore utilità che il contratto avrebbe recato se non vi fosse stato il dolo della controparte e la minore utilità che il contratto reca per effetto del dolo.

L'esperibilità della tutela risarcitoria non preclude la possibilità del consumatore di far valere la nullità del contratto a valle dell'intesa restrittiva della concorrenza, cioè del contratto di cui il consumatore è parte

Sul piano del diritto dell'Unione Europea, è essenziale il riconoscimento del diritto del consumatore di far valere la nullità dell'intesa restrittiva della concorrenza e di chiedere il risarcimento dei danni subiti, come minimo comune denominatore della tutela del consumatore. Il diritto al risarcimento del danno derivante dalla contrattazione a valle dell'intesa vietata a monte, costituisce il comune denominatore - per l'intero spazio Europeo - e la forma di tutela di base da assicurare ai consumatori, ferma restando la competenza interna degli Stati nell'assicurare le misure per la più completa tutela delle situazioni soggettive garantite dal diritto comunitario.

Gli Stati membri, nell'esercizio della loro autonomia, possano quindi riconoscere al consumatore un livello di tutela ulteriore.

Del resto, l'obbligo del risarcimento compensativo dei danni subiti dal singolo consumatore, da solo, non possiede una efficacia dissuasiva significativa per le imprese, in grado di disincentivare la conclusione di intese anticoncorrenziali.

Per converso, è evidente che il riconoscimento, alla vittima dell'illecito anticoncorrenziale, oltre alla tutela risarcitoria, anche del diritto a far valere la nullità del contratto si rivela un adeguato completamento del sistema delle tutele, non nell'interesse esclusivo del singolo, bensì anche in quello della tra-

sparenza e della correttezza del mercato, posto a fondamento della normativa antitrust.

Il destinatario della tutela antitrust è anche il consumatore. La tutela della libertà di concorrenza è posta a presidio non soltanto degli imprenditori, ma anche degli altri soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia un interesse alla conservazione del suo carattere competitivo, in quanto subisce un pregiudizio conseguente alla lesione della concorrenza. E quindi anche il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, rientra nel novero dei destinatari della tutela: il consumatore vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza.

Il contratto “a valle” stipulato dal consumatore costituisce lo sbocco dell’intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti.

Il consumatore, che è l’acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene. Pertanto la funzione illecita di una intesa si realizza per l’appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente.

V’è un collegamento funzionale tra l’intesa a monte e il contratto del consumatore a valle. il collegamento funzionale del contratto a valle con la volontà anti-competitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile. In altri termini stante il “collegamento funzionale” con la volontà anti-competitiva a monte, ai contratti a valle non può attribuirsi un rilievo giuridico diverso rispetto all’intesa che li precede: nulla essendo quest’ultima, la nullità non può che inficiare anche l’atto consequenziale.

La combinazione di più atti, sia pure di natura diversa, dà luogo, in tutto o in parte, ad una violazione della normativa antitrust: tra gli atti stessi sussiste un “collegamento funzionale” (non un “collegamento negoziale”), che concreta un meccanismo di violazione della normativa antitrust. Tra atto a monte e contratto a valle sussiste un nesso che faccia apparire la connessione tra i due atti “funzionale” a produrre un effetto anticoncorrenziale.

I due accordi sarebbero, in altri termini, parte di una pratica “complessivamente illecita”, sicchè la nullità prevista per l’intesa si trasmette *tout court* anche ai contratti che a questa danno attuazione.

I contratti a valle di accordi contrari alla normativa antitrust – in quanto costituenti “lo sbocco dell’intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti” – partecipano della stessa natura anticoncorrenziale dell’atto a monte, e vengono ad essere inficiati dalla medesima forma di invalidità che colpisce i primi.

Il contratto a valle recepisce il contenuto dell’intesa vietata. E ciò contrasta con i limiti previsti dall’art. 1322, comma 1, c.c.: le parti sono libere di determinare il “contenuto del contratto”, anche di quello tipico, ma “nei limiti imposti dalla legge”, da intendersi come l’ordinamento giuridico nel suo complesso, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale.

Si è in presenza di una “nullità speciale”, posta a presidio di un interesse pubblico e, in specie, dell’«ordine pubblico economico». La *ratio* di tale nullità è da ravvisarsi nell’esigenza di salvaguardia dell’«ordine pubblico

economico», a presidio del quale sono state dettate le norme imperative nazionali ed Europee antitrust.

È una nullità di protezione del soggetto debole (il consumatore) e per questo è concepita come nullità parziale: la nullità colpisce le singole clausole che sono trasposizione dell'intesa anticoncorrenziale a monte.

La nullità totale del contratto, del resto, contrasterebbe con la finalità perseguita dalla normativa antitrust di cui alla L. n. 287 del 1990 e dall'art. 101 del Trattato. Si giustificerebbe la nullità totale se l'intero contratto restringesse la concorrenza, come nel caso di una intesa di spartizione, riprodotta integralmente nel contratto a valle.

Quest'ultimo, invece, è nullo solo in parte qua, se sono singole clausole e non il contratto per intero a produrre un effetto anticoncorrenziale.

L'azione di nullità parziale consente di ottenere la ripetizione dell'indebito ex art. 2033 c.c.: il consumatore può chiedere la restituzione di ciò che ha pagato in forza di una clausola nulla.

4. Analisi delle cause di annullabilità: l'incapacità di agire

L'incapacità di contrattare, indicata dall'art. 1425, comma 1, c.c. come causa di annullabilità del contratto, identifica quella che abitualmente si definisce incapacità di agire: cioè l'incapacità di compiere atti di autonomia privata, in presenza di uno stato fisico-psichico del soggetto che fa venire meno le condizioni soggettive di un corretto esercizio dell'autonomia negoziale.

L'incapacità di agire presenta due caratteristiche, tra loro collegate. La prima riguarda il fine, e si esprime nell'idea di protezione: l'ordinamento vuole impedire all'incapace il compimento di atti di acquisto di diritto e di assunzione di obblighi nell'interesse stesso dell'incapace, che si vuole proteggere contro il rischio di auto-danneggiarsi (incapacità di protezione).

Il fine di tutela paternalistica si realizza attraverso il mezzo della sostituzione. L'incapace può essere sostituito da altri nel compimento degli atti a lui preclusi, attraverso il meccanismo della rappresentanza sorvegliata: l'azione del rappresentante è sottoposta a controlli preventivi e successivi, per garantirne la conformità all'interesse dell'incapace¹¹⁵.

L'incapacità di agire ricorre nei casi di incapacità legale (minore età, interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno) e di incapacità naturale (incapacità di intendere e di volere). E si distingue in incapacità assoluta e relativa.

L'incapacità assoluta è riferita ai soggetti che l'ordinamento ritiene più radicalmente inidonei a curare i propri interessi, cioè a comprendere il senso e la convenienza dei propri atti. Sono cause di incapacità assoluta l'interdizione giudiziale e legale e la minore età (salvo il caso dell'emancipazione del minore)¹¹⁶.

¹¹⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 716.

¹¹⁶ La regola dell'annullabilità del contratto concluso dal minore non emancipato soffre la deroga prevista dall'art. 1426 c.c.: il contratto non è annullabile se il minore ha con raggiri occultato la sua

L'incapacità relativa è riferita ai soggetti che l'ordinamento presuppone essere non pienamente idonei, ma neppure radicalmente inidonei, a curare i propri interessi. Sono relativamente incapaci l'inabilitato e il minore emancipato, che hanno piena capacità di agire per gli atti di ordinaria amministrazione e, invece, sono incapaci di compiere gli atti di straordinaria amministrazione senza l'assistenza del curatore e l'autorizzazione del giudice.

Mentre il contratto dell'incapace legale, che rientri tra quelli a lui preclusi, è annullabile *ex se*, il contratto dell'incapace naturale è annullabile se sussiste la mala fede dell'altro contraente, cioè la consapevolezza dell'altra parte di contrattare con un incapace naturale.

La *ratio* del requisito della *mala fides* è la tutela dell'affidamento della controparte, nella prospettiva della sicurezza dei traffici giuridici.

La mala fede può risultare dal pregiudizio che il contratto reca o può recare all'incapace naturale o da qualunque altro elemento idoneo a manifestarla.

Per i negozi unilaterali compiuti dall'incapace naturale, ai fini dell'annullabilità, oltre al requisito della mala fede, occorre anche il grave pregiudizio. Si prescinde, invece, da entrambi se oggetto dell'annullamento è un contratto di donazione dell'incapace naturale.

È causa di annullabilità del contratto anche l'incapacità che deriva dall'interdizione legale che colpisce il condannato penale. Tale incapacità assolve però non una funzione protettiva, bensì afflittivo-punitiva.

4.1 I vizi della volontà

Errore, violenza e dolo sono vizi della volontà (o del consenso) e, come tali, causa di annullabilità del contratto. Sia l'incapacità di agire, sia i vizi della volontà pregiudicano le condizioni soggettive di un corretto esercizio dell'autonomia privata, impedendo al soggetto di determinarsi in modo coerente con i propri interessi. I vizi della volontà sono fattori che, in relazione a un determinato contratto, ne disturbano il corretto procedimento di valutazione e decisione. La volontà che muove un soggetto a concludere un determinato contratto, o a concluderlo a determinate condizioni, deve formarsi in modo libero e consapevole. Il contratto è annullabile se il processo di formazione della volontà presenta delle anomalie "a causa di un errore, di un dolo o di una violenza".

I vizi della volontà costituiscono una categoria chiusa, tipica.

Il principio di tipicità dei vizi del consenso assolve una funzione di garanzia della certezza dei rapporti giuridici: la tipicità limita l'autonomia privata, alla quale non è consentito creare cause atipiche di invalidità del contratto; la tipicità limita l'attività dell'interprete, al quale è fatto divieto di ricorrere all'analogia e, quindi, di applicare estensivamente le norme sui vizi del con-

minore età. Il raggio identifica nel minore un soggetto in concreto meno bisognoso di tutela; e, anzi, non meritevole di tutela, in quanto autore di un comportamento fraudolento che può ingenerare nella controparte un affidamento sulla capacità del contraente e, quindi, sulla regolarità del contratto.

senso. L'esigenza di certezza verrebbe frustata nel caso in cui fosse consentito alle parti di prevedere cause di invalidità ulteriori e diverse rispetto a quelle contemplate dalla legge o nel caso in cui fosse ammissibile un'interpretazione dei vizi del consenso volta ad integrare la tutela della volontà.

Il principio di tipicità, tuttavia, non esclude una diversa rilevanza dei vizi del consenso diversi da quelli previsti dalla legge. Il dolo che, non essendo determinante, non assurge a causa di annullamento del contratto; l'errore che non presenta i caratteri previsti dalla legge per invalidare il contratto; ogni altro comportamento che incide sulla formazione della volontà negoziale della controparte assumono rilievo ai sensi dell'art. 1337 c.c. Si tratta di comportamenti scorretti del contraente, posti in essere durante la fase di formazione del contratto; comportamenti che possono integrare gli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale.

Tutte le volte in cui un obbligo di comportamento sia violato senza che il legislatore abbia esplicitamente previsto come sanzione di tale violazione l'invalidità dell'atto, unico rimedio è quello della responsabilità precontrattuale (da contratto valido, ma sconveniente) e del conseguente risarcimento del danno (interesse positivo differenziale).

4.2 L'errore. L'essenzialità

L'errore è ignoranza o falsa conoscenza di un dato relativo al contratto. Il contratto, a causa dell'errore, potrebbe non corrispondere agli interessi della parte. Ed è annullabile in quanto il processo valutativo e decisionale che lo precede è inquinato dall'errore. Quest'ultimo assume rilevanza quando incide sul processo formativo del consenso, dando origine ad una falsa o distorta rappresentazione della realtà a cagione della quale la parte è stata indotta a manifestare la propria volontà. L'effetto invalidante dell'errore è subordinato alla circostanza (della cui prova è onerata la parte che adduce il vizio di consenso) che la volontà sia stata manifestata in presenza di tale falsa rappresentazione.

Il vizio può incidere sul processo di formazione della volontà negoziale determinando una volontà alterata (c.d. errore vizio o errore motivo) ovvero può colpire la dichiarazione della volontà determinando una divaricazione tra quanto voluto e quanto dichiarato (c.d. errore ostativo).

L'interesse all'annullamento del contratto è contrapposto all'interesse dell'altra parte, che ha fatto affidamento sulla dichiarazione di volontà della controparte, alla conservazione del contratto. Si tratta anch'esso di un interesse meritevole di tutela, che risponde a un interesse generale: la stabilità del contratto a garanzia della certezza dei traffici giuridici.

La legge tempera l'interesse all'annullamento della parte caduta in errore con l'interesse (della controparte e dell'ordinamento) alla stabilità del contratto mediante la regola sancita dall'art. 1428 c.c.: non ogni errore è causa di annullamento del contratto, ma solo l'errore essenziale e riconoscibile dall'altro contraente. Essenzialità e riconoscibilità costituiscono il doppio filtro che seleziona gli errori rilevanti da quelli irrilevanti: se un errore non è

essenziale o non è riconoscibile resta a carico del soggetto che l'ha commesso, che rimane vincolato al contratto¹¹⁷.

L'essenzialità individua l'incidenza obiettiva del fatto perturbante e segna il confine entro il quale l'interesse all'annullamento del contratto è meritevole di tutela. La riconoscibilità dell'errore attiene alla sfera dell'altro contraente, il cui affidamento nel contratto diviene non meritevole di tutela.

L'errore sulla natura o sull'oggetto del contratto, nonché sull'identità dell'oggetto è sempre essenziale, mentre l'errore sulla qualità della cosa è essenziale quando debba ritenersi determinante del consenso secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze.

È essenziale l'errore che cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, che siano state determinanti del consenso. Tale errore rileva, in particolare (ma non esclusivamente), nei contratti personali, basati sull'*intuitus personae*: si tratta di contratti in cui la persona di un contraente tipicamente riveste rilevanza, in ragione della natura della prestazione dedotta in contratto.

4.2.1 Contratti personali e a rilevanza personale

Nei contratti l'identità della parte può essere importante o perché il vincolo contrattuale ha carattere personale o perché le qualità personali o patrimoniali della parte rilevano ai fini dell'esatto adempimento.

Il primo profilo individua la categoria dei contratti personali. Sono comunemente intesi come personali quei contratti nei quali la considerazione della identità del contraente o delle sue qualità personali (*intuitus personae*) è determinante del consenso secondo un criterio di normalità. Al riguardo occorre osservare che il carattere personale del contratto prescinde da un'analisi condotta caso per caso trattandosi piuttosto di una valutazione tipica che attiene alla prestazione e che qualifica il contratto personale come categoria obiettiva.

Con riferimento alla prestazione i contratti personali possono definirsi, più precisamente, quei contratti che implicano una prestazione o un'attività diretta della persona (contratto di lavoro, mandato, società di persone, ecc.).

I contratti personali sono di regola intrasmissibili. Ciò significa che tali contratti si estinguono per la sopravvenuta morte di una delle parti. Questa regola può tuttavia incontrare delle deroghe per i contratti stipulati nell'esercizio di un'impresa (1722, n. 4, c.c.).

Nei contratti personali l'errore sulla identità della persona deve ritenersi essenziale e può importare l'annullamento dell'atto (1429, n. 3, c.c.). L'errore sulla persona può essere essenziale anche al di fuori della categoria dei contratti personali quando, per particolari motivi, la considerazione dell'identità della parte è stata determinante del consenso. Questa speciale importanza che eccezionalmente può assumere l'identità della parte non vale comunque ad attribuire al contratto carattere personale.

¹¹⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 732.

Al di fuori della categoria dei contratti personali la persona del contraente è generalmente rilevante in quanto l'esattezza e la puntualità dell'adempimento dipendono dalla serietà e dai mezzi materiali ed economici della parte. Può quindi parlarsi di contratti a rilevanza personale.

Questa rilevanza della persona del contraente si traduce nella regola secondo la quale nei contratti a prestazioni corrispettive non ancora eseguite la parte non può cedere la propria posizione contrattuale senza l'autorizzazione della controparte. Accanto ai contratti a rilevanza personale distinguiamo i contratti a soggetto indifferente, e cioè quelli nei quali l'identità della parte non ha influenza ai fini della conclusione del contratto.

4.2.2 *Le diverse tipologie di errore*

È essenziale anche l'errore di diritto, quando è stato la ragione unica o principale del contratto. L'annullabilità del contratto per errore di diritto si configura quando il consenso di una parte sia determinato da falsa rappresentazione circa l'esistenza, l'applicabilità o la portata di una norma giuridica, imperativa o dispositiva e tale vizio sia rilevabile dall'altro contraente con l'uso della normale diligenza. La rilevanza dell'errore di diritto non smentisce il principio *ignorantia legis non excusat*, perché le due regole sono situate su piani differenti: il principio *ignorantia legis* significa che il soggetto non può evitare l'applicazione a sé di norme giuridiche e le relative conseguenze, allegando che egli non le conosceva quando ha assunto l'iniziativa che lo rende destinatario delle norme. La rilevanza dell'errore di diritto non solo non contrasta con il principio anzidetto, ma al contrario lo presuppone.

I vari tipi di errore essenziale sono accomunati da un dato: cadono tutti su elementi obiettivi del contratto. È essenziale l'errore sulla natura del contratto, sull'oggetto del contratto (inteso come prestazione contrattuale) e sull'oggetto della prestazione (inteso come bene su cui incidono gli effetti del contratto).

L'errore che cade sulla natura o sull'oggetto del contratto fa riferimento alla figura tradizionale dell'*error in negotio*, che si verifica quando viene commesso un errore sulla natura stessa del negozio o dell'atto che si sottoscrive. Si pensi per esempio a chi desideri firmare un mutuo per cure mediche, ma finisce per sottoscrivere una scrittura privata di vendita di quota ereditaria; o ancora a chi presti fideiussione autonoma nella convinzione di assumere la qualità di confideiussore.

L'errore che cade sull'identità dell'oggetto della prestazione corrisponde alla figura tradizionale dell'*error in corpore*. Si pensi per esempio a chi desiderando acquistare un cucciolo di barboncino finisce per acquistare un cucciolo di San Bernardo; o ancora a chi acquisti una barca al posto di un'auto, e così via. Sotto il vigore del codice del 1865 l'*error in corpore* e l'*error in negotio* erano considerate due tipiche ipotesi di errore ostativo, causa di nullità del negozio.

L'errore sull'identità del bene è essenziale in sé. L'errore su una qualità del bene, invece, è essenziale solo quando riguardi una qualità che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso (art. 1429, n. 2, c.c.).

L'errore sulle qualità menzionato dalla seconda parte del n. 2 dell'art. 1429 coincide in gran parte con la figura tradizionale dell'*error in substantia*. In questa categoria rientrano le ipotesi più classiche di errore sulla materia, come per esempio quello commesso da chi acquista un anello di rame credendolo d'oro, una partita d'aceto scambiandolo per ottimo vino, e così via. Sebbene nel sistema del codice sia venuta in gran parte meno la rilevanza della distinzione tra *error in corpore* ed *error in substantia*, resta il problema di accertare quali siano le qualità che possono assumere rilevanza ai fini della caducazione del contratto. Quello che infatti è indubbio è che questa norma può essere intesa in senso più o meno ampio¹¹⁸.

L'errore sull'identità o sulle qualità dell'altro contraente corrisponde alla figura tradizionale dell'*error in persona*. Ai sensi dell'art. 1110 del codice civile del 1865, era considerato rilevante esclusivamente l'errore che cadeva sull'identità stessa della persona; è infatti solo in seguito che, specie in area tedesca, si è giunti ad un progressivo ampliamento della sfera di rilevanza dell'errore anche alle qualità essenziali dell'altro contraente (§ 119, 2° comma, BGB). Soluzione poi accolta anche da parte del codice civile italiano del 1942. In base a quanto stabilisce espressamente la lettera del codice, un tale errore può assumere rilevanza sia nel caso in cui cada sull'identità o più semplicemente su qualità rilevanti dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso. Vi sono contratti in cui l'errore di persona rileva sempre, come per esempio il mandato, l'appalto, il contratto di società, e così via. L'*error in persona* può però assumere rilevanza anche nei contratti non caratterizzati dall'*intuitus personae*.

L'errore sui motivi, invece, è quello che cade non su elementi oggettivi, ma su elementi esterni al contratto, e che al contratto si collegano solo per un nesso soggettivo (bisogni, desideri, aspettative della parte). Il principio generale di irrilevanza dei motivi del contratto rende non essenziale l'errore sui motivi¹¹⁹: l'irrilevanza dell'errore sul motivo si giustifica alla luce della normale irrilevanza degli elementi psicologici (finalità e presupposti) che inducono un soggetto alla stipulazione e che non entrano nel contenuto del contratto. La regola risponde altresì all'esigenza di tutelare l'affidamento del soggetto che non versa in errore, il quale può non essere in grado di cogliere gli elementi

¹¹⁸ La giurisprudenza ha così per esempio ritenuto che costituisce errore essenziale anche quello sulla marca, come nel caso di marca Cartier apposta su di un orologio falso.

Il valore economico non è una qualità del bene: l'errore sul valore è di per sé irrilevante. La regola opposta entrerebbe in contrasto con il principio di insindacabilità dell'equilibrio economico dello scambio. L'errore sul valore può comunque assumere rilevanza al di fuori della disciplina dell'errore: se l'errore sul valore è dovuto al dolo di controparte, il contratto è comunque annullabile (in caso di dolo determinante) o può dare diritto al risarcimento del danno (in caso di dolo incidente). E si può configurare una responsabilità precontrattuale per violazione della buona fede in capo alla parte che conosceva l'errore e ha mancato di avvertire l'errante (art. 1337 c.c.). L'errore sul valore va distinto dall'errore sul prezzo, che è essenziale nella stessa misura in cui il prezzo è oggetto del contratto.

¹¹⁹ L'irrilevanza dell'errore sui motivi subisce un'eccezione per il contratto di donazione, che è annullabile alla doppia condizione che l'errore risulti dall'atto e sia l'unico determinante la donazione.

psicologici interni alla controparte e di apprezzare se tali elementi siano stati determinanti ai fini della prestazione del consenso.

Anche l'errore sulla quantità (*error in quantitate*) può assumere rilevanza sempre che sia determinante del consenso e non si riduca ad un mero errore di calcolo (art. 1430 c.c.). Una disciplina particolare è prevista in caso di errore sulla quantità nella vendita a misura (art. 1537 c.c.), oppure a corpo (art. 1538 c.c.). In entrambi i casi viene esclusa l'annullabilità del contratto e si fa luogo alla rettifica del prezzo.

4.2.3 Il carattere esemplificativo dell'elenco degli errori essenziali

A parte i problemi ermeneutici che possono porre le singole ipotesi di errore previste dalla legge, si discute se l'elencazione contenuta nell'art. 1429 c.c. debba considerarsi tassativa o esemplificativa. In particolare ci si domanda se le varie ipotesi di errore enunciate dall'art. 1429 c.c. siano o meno espressione di una logica unitaria ad esse sottesa.

In base a quanto emerge dalla Relazione del Guardasigilli l'elencazione in questione dovrebbe considerarsi meramente esemplificativa e non tassativa, con la conseguenza quindi di legittimare la giurisprudenza ad estendere il giudizio di essenzialità anche ad altre ipotesi non specificamente contemplate dal codice.

4.2.4 La riconoscibilità dell'errore

Oltre che essenziale, l'errore deve essere riconoscibile. Esso si considera tale quando in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo (art. 1431 c.c.).

Sotto il vigore del codice del 1865 la rilevanza dell'errore ai fini dell'annullabilità del contratto era strettamente connessa alla sua scusabilità. Si riteneva in altre parole che in conformità al principio di autoresponsabilità l'errante non fosse meritevole di tutela ove versasse in colpa. In queste condizioni la presenza di una colpa, vale a dire il comportamento negligente tenuto nelle trattative, valeva a precludere il ricorso ai rimedi.

Con il codice del 1942 la situazione è ribaltata: non è infatti più la colpa della parte in errore che può escludere l'annullabilità del contratto; ma è piuttosto l'accertamento della colpevolezza del destinatario della dichiarazione che assume rilevanza ai fini dell'esperibilità dell'azione di annullamento. Si tratta di un mutamento di prospettiva che è espressione delle scelte in senso più "dichiarazionista" effettuate dal codice.

Il requisito della riconoscibilità vale a tutelare l'affidamento legittimo della controparte e, quindi, la buona fede della stessa di fronte ad un errore rimasto occulto. La *ratio* del requisito della riconoscibilità dell'errore è la protezione dell'altrui affidamento: l'errore rileva per l'immeritevolezza del destinatario, il cui affidamento è reso ingiustificato dalla riconoscibilità del vizio.

Ai sensi dell'art. 1431 c.c. l'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo. Dalla lettera della norma emerge con chiarezza che la riconoscibilità deve essere parametrata alle capacità di una persona di media diligenza; nel senso cioè che non rileva il fatto che un professionista o una persona in possesso di conoscenze superiori alla media avrebbe potuto rilevare l'errore.

Nel caso opposto, vale a dire ogniqualvolta il destinatario della dichiarazione sia in concreto un professionista, o comunque un soggetto che in virtù della sua competenza professionale ben avrebbe potuto rendersi conto dell'errore, si discute se il giudizio di riconoscibilità dell'errore debba essere effettuato in astratto o in concreto. Tenendo conto della crescente rilevanza assunta dai doveri di buona fede, è preferibile parametrare il giudizio di riconoscibilità dell'errore all'effettive capacità professionali del destinatario della dichiarazione.

4.2.5 Errore comune ed errore ostativo

La riconoscibilità dell'errore, secondo la giurisprudenza, non è requisito necessario nel caso di errore bilaterale, che ricorre quando esso è comune ad entrambe le parti: in tal caso, chi condivide l'errore non può esibire un affidamento tutelabile; donde l'irrelevanza della riconoscibilità.

Essenziale e riconoscibile deve essere invece l'errore ostativo, che si identifica con l'erronea manifestazione della volontà contrattuale, che si forma correttamente, ma viene dichiarata o trasmessa al destinatario in modo difforme dall'intenzione della parte. Il codice civile previgente trattava l'errore ostativo come vizio di nullità per mancanza dell'accordo: il contratto formato sulla base dell'errore ostativo non corrisponde alla volontà del contraente e, dunque, non può ritenersi raggiunto l'accordo tra le parti. Il codice vigente, invece, considera l'errore ostativo come vizio di annullabilità del contratto. La ragione politica del nuovo trattamento è di garantire una maggiore protezione al destinatario della dichiarazione erronea, nella prospettiva di un rafforzamento della tutela dei traffici giuridici.

4.2.6 L'errore nei negozi unilaterali tra vivi e nei negozi a titolo gratuito

L'errore può inficiare anche i negozi a titolo unilaterale, come per esempio una rinuncia o una ratifica¹²⁰. Nei casi di questo genere, in conformità a quanto dispone l'art. 1324 c.c., occorre far riferimento alla disciplina dei contratti a titolo oneroso (art. 1427 c.c.) o, in caso di liberalità indiretta, a quella della donazione (art. 787 c.c.). Ne consegue che l'errore può assumere rilevanza solo nel caso in cui sia essenziale e riconoscibile.

¹²⁰ Non sono annullabili per errore l'accettazione dell'eredità (art. 482, 1° comma, c.c.), e la rinuncia ad essa (art. 526 c.c.).

La dottrina tende ad affermare che la tutela dell'affidamento non opera nei negozi a titolo gratuito: l'errore può quindi dar luogo all'annullamento del negozio anche se non è essenziale e riconoscibile. In termini del tutto generali anche gli errori su circostanze estrinseche al negozio, come per esempio gli errori sui motivi, possono assumere rilevanza. A questi fini occorre però che il motivo risulti dall'atto e sia stato il solo che ha determinato il donante a compiere la liberalità (art. 787 c.c.).

Una disposizione analoga è ripetuta anche in materia di testamento (art. 624 c.c.). L'art. 625 c.c. precisa inoltre che in caso di erronea indicazione della persona dell'erede o del legatario, la disposizione ha ugualmente effetto quando dal contesto del testamento o altrimenti risulta in modo non equivoco a quale persona il testatore voleva riferirsi; e così pure nel caso in cui la cosa che forma oggetto della disposizione sia stata erroneamente indicata.

4.2.7 *L'errore nella divisione e nella transazione*

Ai sensi dell'art. 761 c.c. la divisione non è suscettibile di annullamento per errore. La giurisprudenza precisa però che l'errore può assumere rilevanza ove cada sui presupposti indispensabili per poter procedere alla divisione, come per esempio l'esistenza di un testamento. Nel caso in cui siano stati omessi uno o più beni opera il supplemento di divisione (art. 762 c.c.).

La divisione può però in ogni caso essere rescissa ove taluno dei coeredi provi di essere stato leso oltre il quarto (art. 763 c.c.). Si tratta di un caso in cui la rilevanza dei vizi del consenso è subordinata alla prova in concreto di una lesione.

In base a quanto stabilisce l'art. 1969 c.c. la transazione non può essere annullata per errore di diritto relativo alle questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti. Si tratta del c.d. errore sul *caput controversum*, la cui irrilevanza si spiega tenendo conto delle funzioni della transazione.

4.3 *La violenza*

La violenza è la minaccia che costringe un soggetto a stipulare un contratto o a subirne il contenuto. Essa vizia il consenso e rende annullabile il contratto (art. 1427 c.c.).

La violenza quale vizio del consenso è in primo luogo la c.d. violenza morale o psichica, ovverosia la minaccia di un male per costringere un soggetto a prestare il consenso. In questo caso il soggetto presta il consenso, ma solo in quanto costretto e per sottrarsi al male minacciato.

Diversa ipotesi è quella della c.d. violenza fisica come fatto dell'altro contraente o del terzo che provoca una dichiarazione non voluta: classico esempio è quello della mano guidata a forza in sede di sottoscrizione del contratto. In un caso del genere, quanto dichiarato non è voluto dal dichiarante e il contratto deve considerarsi senz'altro nullo per mancanza del consenso.

Si distingue tra violenza assoluta o relativa: la prima esclude del tutto la volontà (rendendo nullo il contratto); la seconda altera la volontà, rendendo annullabile il contratto. La violenza assoluta è vizio di nullità, la violenza relativa è vizio di annullabilità.

La violenza quale vizio di annullabilità riceve una connotazione distintiva nell'art. 1435 c.c.: «la violenza deve essere di tal natura da far impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre sé ed i suoi beni a un male ingiusto e notevole».

Per la valutazione della gravità della minaccia la legge pone innanzitutto un criterio che tende ad oggettivizzare il giudizio sul parametro dell'uomo di media impressionabilità. Al contempo, tuttavia, la norma prevede che debba aversi riguardo «all'età, al sesso e alla condizione delle persone». La serietà della minaccia deve quindi essere valutata in concreto, in relazione alle persone e alle singole circostanze della fattispecie.

La violenza deve tradursi nella minaccia di un male ingiusto.

Il male ingiusto consiste nella lesione contraria al diritto rivolta ai beni o alla stessa persona dell'altro contraente. La violenza è causa di annullamento del contratto anche quando il male minacciato riguardi la persona o i beni del coniuge del contraente o di un ascendente o discendente di lui (art. 1436 c.c.). In tal caso la legge pone una presunzione assoluta che per il contraente la minaccia rivolta a quei soggetti abbia la stessa efficacia causale di una minaccia rivolta a sé stesso. Ove il male minacciato riguardi altre persone, l'annullamento del contratto è rimesso al prudente apprezzamento del giudice (art. 1436, comma 2, c.c.).

La giurisprudenza ha posto l'accento sulla necessità che la coazione si concretizzi in un comportamento oggettivo, chiaramente riconducibile alla controparte o ad un terzo, tale da incidere, con efficienza causale, sul determinismo del soggetto passivo. Il c.d. *metus ab intrinseco*, ossia una mera rappresentazione interna di un pericolo, anche se collegata a circostanze oggettive, non è, da sola, idonea a invalidare il contratto.

La minaccia di far valere un diritto, ovvero sia la minaccia di un male non contrario al diritto, è causa di annullamento solo laddove sia diretta a realizzare vantaggi ingiusti (art. 1438 c.c.).

Non è invece causa di annullamento il semplice timore riverenziale (art. 1437 c.c.), inteso come soggezione psicologica nei confronti di una persona particolarmente importante o autorevole o anche a cagione della particolare relazione intercorrente con questa (es., datore di lavoro).

Dal timore riverenziale viene tenuta distinta la c.d. intimidazione morale, intesa come minaccia tacita di pregiudicare la vittima in caso si rifiuti di contrarre. In tale nozione si fa rientrare il caso peculiare dell'avvertimento mafioso in cui, pur in assenza di minacce esplicite o solo accennate, tuttavia il contraente riconosce in un certo contegno tenuto dal minacciante, secondo dei codici stratificati, la minaccia a lui rivolta. La giurisprudenza ritiene che in tali casi il contratto sia annullabile.

4.4 Il dolo

Il dolo è l'inganno che induce una parte a concludere il contratto (art. 1439, comma 1, c.c.): esso incide sulla formazione dell'altrui volontà. E quindi si ha una duplice volontà: quella dell'autore del dolo (*deceptor*) e quella della vittima del dolo (*deceptus*), che dev'essere tutelata perché la sua volontà si determina falsamente, fraudolentemente, in maniera anormale come effetto o evento che trova la sua causa nel dolo altrui.

In questo senso perciò la legge considera il dolo, accanto all'errore e alla violenza, come vizio del consenso: la volontà del comportamento prodotto dall'influsso del dolo è una volontà non libera, o meglio, non spontanea, che l'altrui mala fede ha deliberatamente sviato e indotto o mantenuto in errore. Più che un vizio, il dolo è propriamente la causa di un vizio, che è la provocata ignoranza¹²¹.

Il dolo è al tempo stesso un illecito (precontrattuale): si tratta di un comportamento scorretto durante la fase di formazione del contratto, che configura una responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c. per violazione della buona fede. La parte che subisce il dolo ha perciò diritto al risarcimento del danno. Il rimedio caducatorio (l'annullamento del contratto) e quello risarcitorio possono operare in via cumulativa o in via alternativa, a scelta del soggetto che ha subito il dolo: questi può chiedere l'annullamento del contratto, con o senza il risarcimento del danno; oppure può rinunciare all'annullamento del contratto, limitandosi a chiedere il risarcimento del danno. I due rimedi vanno tenuti distinti, perché operano su presupposti differenti. L'annullamento consegue al dolo come vizio del consenso. La sua concorrente, ma distinta natura di illecito civile fa scattare il risarcimento del danno. Se non sussistono i requisiti di rilevanza del dolo-vizio, non c'è spazio per l'annullamento, ma può esserci spazio per il risarcimento (dolo incidente, su cui v. *infra*)¹²².

La disciplina dell'annullamento del contratto per dolo è generalmente considerata come un allargamento dei casi di rilevanza dell'errore: per effetto del dolo vengono in considerazione anche ipotesi di errore che altrimenti non avrebbero di per sé rilevanza come vizi della volontà negoziale. È il caso dell'errore sui motivi: se è spontaneo, non rileva; se è indotto da dolo, è causa di annullamento del contratto. Il che si spiega perché, a differenza dell'errore spontaneo, il dolo integra un illecito: la vittima dell'illecito merita una maggiore protezione e l'autore dell'illecito merita una sanzione civile.

L'errore è per sua essenza qualcosa di soggettivo e unilaterale, che deve essere valutato soltanto nella persona in errore; il dolo, invece, è un fatto che implica una considerazione bilaterale; la considerazione del comportamento del *deceptor*, e delle sue conseguenze sui presupposti di conoscenza del *deceptus*, che cade in errore non spontaneo, ma provocato dall'altrui inganno.

Nel dolo si compendiano i seguenti elementi: 1) un comportamento inten-

¹²¹ C.A. FUNAIOLI, *Dolo (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XIII, 1964.

¹²² V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 760.

zionale e anti-giuridico, volto a fare torto ad altri, mediante artifici, menzogne o raggiri, inducendo specificamente in inganno; 2) un evento, che consiste nel far cadere illecitamente in errore, viziandola, la volontà negoziale altrui (più precisamente il dolo agisce, attraverso l'intelletto, sulla volontà, provocando l'ignoranza o falsa conoscenza di una determinata verità, nota all'autore del dolo); 3) un nesso di causalità, per cui il comportamento doloso è e si ritiene idoneo a produrre l'evento cui si tende (cioè è voluto come mezzo rispetto al fine)¹²³.

Il dolo dà luogo all'annullamento del contratto, a norma dell'art. 1439 c.c., quando i raggiri usati da un contraente verso l'altro siano stati la causa determinante dell'errore e della conseguente prestazione del consenso, che senza tali raggiri e inganni non sarebbe stato prestato (*dolus causam dans*, in cui si concreta il necessario nesso di causalità di cui sopra).

Tutto ciò implica anzitutto l'intenzione di ingannare (*animus decipiendi*), come elemento soggettivo, psicologico, del comportamento dell'autore del dolo, che induce in errore il *deceptus*, sorprendendone la buona fede, che qui la legge tutela. Accanto a tali requisiti, non si ritiene sia necessario il fine di arrecare danno: per la rilevanza del dolo è sufficiente che esso determini una falsa conoscenza e influisca sulla volontà della controparte, sia pure per un fine che si ritenga corrispondere anche all'interesse di questa. E pur ravvisandosi nel dolo-vizio generalmente un profitto per l'autore dell'inganno, non è richiesto un vantaggio proprio, salvo nel caso particolare dell'art. 1439, comma 2, c.c., riguardante il dolo del terzo.

È chiaro, in base agli elementi costitutivi di cui sopra, che il dolo come causa di annullamento del contratto per vizio del volere è solo il *dolus malus*: esso costituisce nello stesso tempo anche un atto «illecito» a norma dell'art. 2043 c.c.

Integra il *dolus malus* la predisposizione di mezzi idonei rivolti a sorprendere l'altrui buona fede: l'idoneità dei mezzi è implicitamente richiesta, dal momento che il dolo dev'essere stato in concreto determinante. Il dolo *malus* è caratterizzato dall'intenzione o *animus* (elemento soggettivo) e dalla realizzazione di mezzi adeguati (comportamento oggettivo). Il *dolus malus* deve essere valutato in relazione alla normale diligenza e al normale buon senso di cui la controparte dev'essere fornita, perché ne sia tutelabile l'affidamento: la buona fede è tutelata purché non sia costituita da negligenza o ignoranza, che evidentemente non può giustificare l'annullamento del contratto nei confronti della controparte¹²⁴.

La giurisprudenza considera dolo anche il mendacio, quando sia servito a nascondere un fatto che sarebbe stato altrimenti decisivo, o quando la dichiarazione menzognera sia accompagnata da fatti o circostanze tali da renderla veramente idonea a trarre in inganno, oppure quando il mendacio sia consistito nel dichiarare il falso e nascondere il vero contro le regole della correttezza.

¹²³ C.A. FUNAIOLI, *Dolo*, cit.

¹²⁴ C.A. FUNAIOLI, *Dolo*, cit.

4.4.1 La reticenza

Molto discussa è la rilevanza del dolo omissivo (c.d. reticenza), ovvero il non aver rivelato o comunicato circostanze che avrebbero impedito la conclusione del contratto.

In base all'opinione tradizionale la reticenza su circostanza rilevanti assume rilevanza ai fini del risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, ma non ai sensi dell'art. 1439 c.c., ai fini dell'annullamento del contratto per dolo raggiero.

Questa opinione è stata però ormai superata dall'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale successiva che ha esteso la rilevanza della reticenza su circostanze rilevanti anche ai sensi dell'art. 1439 c.c. In materia di dolo omissivo si riscontrano sentenze che subordinano la rilevanza della reticenza alla presenza di circostanze qualificanti.

4.4.2 Il *dolus bonus*

Non è causa di annullamento il *dolus bonus* (*licet mercatoribus sese invicem circumvenire*): si tratta di un complesso di accorgimenti (o insincerità) che sono normalmente tollerati come leciti in rapporto al costume e alla pratica degli affari (e in rapporto alla diligenza e al buon senso medio che deve avere la controparte): ad esempio, per accreditare e diffondere una merce (nell'interesse, in questo caso, del venditore), e per facilitare così la conclusione di un contratto. Il *dolus bonus* non è vero dolo. A ritenerlo invece tale, si rischierebbe di danneggiare il mercato degli affari e la sicurezza dei traffici giuridici. La più recente dottrina concorda però nell'affermare che l'espansione dei doveri di correttezza implica un progressivo restringimento del campo di rilevanza del dolo buono.

Il *dolus bonus* può comunque rilevare ai sensi dell'art. 1337 c.c., come ipotesi di responsabilità precontrattuale per violazione dei doveri generali di correttezza e di buona fede durante le trattative.

4.4.3 Il dolo del terzo

Il *dolus malus*, per assumere rilevanza, deve provenire dalla controparte. Quando i raggiri siano stati usati da un terzo, il contratto è annullabile se essi erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio (art. 1439, comma 2, c.c.).

La rilevanza del dolo del terzo è quindi subordinata ad un duplice ordine di circostanze: a) all'effettiva conoscenza dei raggiri posti in essere dal terzo da parte dell'altro contraente; b) ed al vantaggio che questi ne abbia tratto (art. 1439, 2° comma, c.c.). Diversamente dall'errore, in caso di dolo la legge fa prevalere la tutela dell'affidamento, con la conseguenza che il contraente ingannato può impugnare il contratto solo se la controparte è stata in collusione con il terzo, o era comunque a conoscenza dell'inganno. La rilevanza del dolo del terzo è inoltre subordinata alla prova di un qualche vantaggio conseguito dall'altro contraente.

Se il contraente ignora il dolo, la legge tutela il suo affidamento: il contratto è valido; resta salvo il risarcimento del danno contro il terzo autore del dolo¹²⁵.

4.4.4 Il dolo incidente

Il *dolus malus* è causa di annullamento del contratto se è stato determinante (*dolus causam dans*). Tale dolo si distingue dal *dolus incidens*, non perché si tratti di una diversa figura di dolo (o solo di una diversa intensità di questo), ma perché diverso è l'oggetto, su cui cadono le conseguenze dell'inganno: occorre infatti, per l'annullabilità, che il dolo (determinante della volontà) cada su un elemento o circostanza essenziale, nel senso che il comportamento o le dichiarazioni in mala fede del *deceptor* costituiscano in concreto la ragione unica o principale per cui è posto in essere il negozio.

Il *dolus incidens* si configura quando: i) oggetto del dolo è una circostanza non essenziale, o secondaria; ii) il dolo non costituisce la causa unica o principale del negozio, tale da determinare attraverso l'inganno la prestazione del consenso (in quanto questo si sarebbe determinato egualmente in via spontanea, ma a condizioni o modalità diverse), e quindi non rappresenta un vizio causale sufficiente per dar luogo all'annullabilità¹²⁶.

La sanzione prevista dalla legge per il *dolus incidens* è meno grave di quella prevista per il dolo determinante: a norma dell'art. 1440 c.c., il contratto è valido, anche se senza i raggiri del *deceptor* sarebbe stato concluso a condizioni diverse o con altro contenuto. Pur mancando i requisiti dell'annullabilità, tuttavia, possono sussistere le conseguenze del dolo come atto o comportamento illecito; e perciò, come atto illecito, il dolo incidente dà luogo alla responsabilità e al risarcimento del danno.

La misura del risarcimento, nel caso di dolo determinante, è commisurata all'interesse negativo. La responsabilità è da contratto invalido (art. 1338 c.c.). Nel caso di dolo incidente, la responsabilità è da contratto valido: il risarcimento non si determina sul parametro dell'interesse negativo, ma di quello positivo differenziale; il danno è pari alla differenza tra l'utilità che il contratto reca a causa del dolo e l'utilità che il contratto avrebbe recato senza il dolo. Di ciò si è già ampiamente trattato nel capitolo dedicato alla responsabilità precontrattuale, cui si rinvia.

Il dolo incidente è il prototipo dei vizi incompleti del contratto.

5. I vizi incompleti della volontà

Si definiscono “vizi incompleti della volontà” i vizi del consenso che non sono causa di invalidità del contratto perché non presentano le caratteristiche

¹²⁵ C.A. FUNAIOLI, *Dolo*, cit.

¹²⁶ C.A. FUNAIOLI, *Dolo*, cit.

previste dalla legge. Si tratta di turbamenti del processo decisionale del contraente, che non presentano tutti i requisiti di un vizio rilevante ai fini dell'annullabilità del contratto.

È un vizio incompleto della volontà il dolo incidente (art. 1440 c.c.), che si configura quando si verificano situazioni nelle quali il processo psicologico, mediante il quale una persona si determina a stipulare un contratto, subisce interferenze tali da sfociare nella decisione di sottoscrivere un contratto che avrebbe comunque stipulato, ma a condizioni diverse. Se i raggiri non sono determinanti della stipulazione del contratto, ma del solo contenuto di alcune clausole, il contratto è valido, ma il contraente ingannato ha diritto ad ottenere il risarcimento del danno subito. Da qui la conclusione presente in larga parte della nostra letteratura secondo cui l'art. 1440 c.c. sarebbe norma eccezionale nella parte in cui preclude l'azione di annullamento pur in presenza di un fattore turbativo della volontà¹²⁷.

Sotto il profilo della struttura le due distinte fattispecie del dolo incidente da una parte e del dolo determinante dall'altra non differiscono, in quanto diversa non è la qualificazione dell'attività ingannatoria e l'intensità del raggiri quanto piuttosto la sua direzione, che incide non sulla decisione di concludere il contratto (dolo determinante) ma sul regolamento di interessi (dolo incidente).

Alla luce di ciò, al legislatore è parsa eccessiva la sanzione dell'annullamento, privilegiando il principio della conservazione del negozio.

L'art. 1440 c.c. si caratterizza per essere la sola norma che, all'interno del sistema dell'invalidità del contratto, prevede un rimedio risarcitorio in riferimento al caso di un contratto validamente concluso, prospettando quindi una singolare ipotesi di convivenza tra validità del contratto e rimedio risarcitorio. La funzione dell'art. 1440 c.c. sarebbe quindi quella di rendere la tutela del contraente equivalente a quella che si sarebbe avuta in caso di annullamento del contratto mantenendo tuttavia in vita il contratto stesso¹²⁸.

I vizi incompleti, pur non essendo causa di invalidità del contratto, si sostanziano in condotte qualificabili come scorrette, sleali, reticenti e menzognere; condotte che alterano l'assetto di interessi che risulta dal contratto.

L'orientamento evolutivo della giurisprudenza, ampliando la sfera di applicazione dell'art. 1337 c.c., individua nei vizi incompleti della volontà una causa di responsabilità precontrattuale da contratto valido, ma sconveniente.

¹²⁷ C. CICERO, *Regole di validità e di responsabilità*, cit.

¹²⁸ C. CICERO, *Regole di validità e di responsabilità*, cit.

CAPITOLO XXII

Il regime della nullità e dell'annullabilità

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Gli effetti del contratto nullo e del contratto annullabile – 2.1. Effetti tra le parti e opponibilità nei confronti dei terzi – 2.2. Effetti del contratto affetto da nullità di protezione – 3. La legittimazione a far valere la nullità e l'annullabilità – 3.1. La legittimazione a far valere la nullità di protezione. La nullità relativa – 3.1.1 La nullità selettiva – 4. Il rilievo d'ufficio della nullità (e non dell'annullabilità) – 4.1. Il rilievo d'ufficio della nullità di protezione – 5. La prescrizione dell'azione di nullità e di annullabilità – 5.1. La prescrizione dell'azione di nullità di protezione – 6. La convalida del contratto annullabile – 6.1. L'insanabilità del contratto nullo – 6.1.1. La conversione del contratto nullo – 6.2. L'insanabilità del contratto affetto da nullità di protezione – 7. Nullità parziale e annullabilità totale – 7.1. L'integrazione del contratto – 7.2. L'annullabilità parziale – 7.3. La nullità parziale di protezione – 7.4. La nullità parziale in senso soggettivo – 8. Vizi del consenso e giustizia contrattuale – 9. Vizi del consenso e conservazione del contratto – 10. Vizi del consenso e responsabilità precontrattuale (rinvio).

1. Premessa

La diversa funzione assolta dalla nullità rispetto all'annullabilità – la prima posta a tutela di interessi generali, la seconda a protezione di interessi individuali della parte del contratto – è all'origine del diverso regime giuridico applicabile. Il codice civile disciplina la nullità (art. 1421 ss. c.c.) in modo difforme dall'annullabilità (art. 1441 c.c.) sotto il profilo: i) degli effetti e dell'opponibilità ai terzi; ii) della legittimazione a far valere il vizio; iii) della rilevabilità d'ufficio della patologia; iv) della prescrizione del diritto di far valere l'invalidità; v) della conversione del contratto invalido; vi) del carattere totale o parziale della caducazione del contratto invalido.

Tali profili saranno analizzati nei paragrafi seguenti, ponendo in comparazione con l'annullabilità non solo la nullità “generale” prevista dal codice civile, ma anche le nullità di protezione, prive di una disciplina espressa in ordine agli effetti, alla prescrizione del diritto a farle valere e alla conversione del contratto affetto da nullità di protezione.

2. Gli effetti del contratto nullo e del contratto annullabile

Nullità e annullabilità divergono sotto il profilo degli effetti: il contratto nullo non produce effetti; il contratto annullabile produce i suoi effetti fino all'annullamento. L'inefficacia del contratto nullo è quindi originaria e attuale, quella del contratto annullabile è potenziale: la sua originaria efficacia è precaria. Ed

è anche minorata: la parte può legittimamente rifiutare l'adempimento eccedendo la nullità.

La differenza sul piano degli effetti si ripercuote a livello processuale. La sentenza di nullità è dichiarativa: accerta che il contratto non produce effetti. La sentenza di annullamento è costitutiva: priva il contratto invalido dei suoi effetti.

Occorre precisare che il contratto nullo non è radicalmente improduttivo di effetti. Esso si differenzia dal contratto inesistente proprio perché produttivo, a differenza del secondo, di alcuni eccezionali effetti. Una costruzione sistematica di tali effetti è assai ardua.

La conversione costituisce l'effetto più evidente, forse più significativo: il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, di cui abbia i requisiti di forma e di sostanza (art. 1424 c.c., su cui v. *amplius infra*).

In alcuni casi il contratto nullo produce effetti a seguito del compimento di altri atti, che ne consentono il recupero. È il caso della conferma della donazione nulla (art. 799 c.c.): essa produce l'effetto di fornire al donatario un titolo per esigere la *donatum* o bloccarne la ripetizione nei confronti di eredi o aventi causa del donante che l'abbiano confermata. È il caso anche dell'iscrizione nel registro delle imprese del contratto di società nullo, che consente di riconoscere efficacia agli atti successivamente compiuti in nome della società (art. 2332, comma 5, c.c.). Ricorre la fattispecie anche quando il contratto nullo risulti trascritto almeno 5 anni prima della trascrizione della domanda di nullità: la trascrizione, nonostante la nullità dell'atto, produce l'effetto di rendere inattaccabile il diritto del terzo subacquirente.

In altri casi il contratto nullo produce effetti perché, nonostante il vizio, è stato eseguito. È il caso del contratto di lavoro nullo, che produce tutti i suoi effetti per il periodo in cui ha avuto esecuzione (art. 2126 c.c.). È il caso anche del contratto nullo per immoralità: se eseguito, produce l'effetto di rendere irripetibili le prestazioni fatte (art. 2035 c.c.).

2.1 Effetti tra le parti e opponibilità nei confronti dei terzi

La differenza di effetti tra nullità e annullabilità si ripercuote sia nel rapporto tra le parti, sia nei confronti dei terzi.

La nullità del contratto opera in modo automatico e fin dall'inizio: gli effetti del contratto nullo sono cancellati *ex tunc*; è come se non si fossero mai prodotti. La retroattività della nullità produce conseguenze sia tra le parti, sia nei confronti dei terzi.

Tra le parti, la nullità rende oggettivamente indebite le prestazioni eseguite in forza del contratto nullo (art. 2033 c.c.). La regola della ripetibilità delle prestazioni subisce tuttavia eccezioni. Il caso principale è quello del contratto nullo per contrarietà al buon costume: la parte che lo esegue condividendo l'immoralità non può ripetere quanto prestato (art. 2035 c.c.). La ripetizione è impedita anche dalla prescrizione della relativa azione e dall'usucapione dell'*accipiens*.

Nei confronti dei terzi, la nullità travolge gli acquisti da questi compiuti sulla base del contratto nullo: il terzo che acquista dal soggetto che aveva acquistato in forza di un contratto nullo è pregiudicato dalla nullità dell'acquisto del dante causa. E ciò anche se il terzo abbia acquistato in buona fede e abbia trascritto il suo acquisto prima della trascrizione dell'azione di nullità.

Anche la regola del travolgimento dell'acquisto del terzo subisce eccezioni legate all'usucapione, alla regola possesso vale titolo e alla trascrizione sanante: il terzo fa salvo il proprio acquisto se abbia usucapito il bene o se abbia acquistato in buona fede *a non domino* un bene mobile non registrato (art. 1153 c.c.) o se abbia trascritto l'acquisto di un bene immobile cinque anni prima della trascrizione della domanda di nullità (art. 2652, n. 6, c.c.).

A differenza della nullità, l'annullamento non opera in modo automatico, ma per effetto della sentenza costitutiva del giudice che rende inefficace il contratto.

L'annullamento è retroattivo tra le parti: esso rende oggettivamente indebite le prestazioni eseguite in forza del contratto annullato. La regola della ripetibilità è derogata quando il vizio di invalidità è rappresentato dall'incapacità di agire: l'incapace non è tenuto a restituire la prestazione ricevuta, se non nei limiti in cui si è rivolta a suo vantaggio (art. 1443 c.c.).

L'annullamento non è retroattivo (e non è opponibile) nei confronti dei terzi: sono fatti salvi i loro acquisti dal soggetto che aveva a sua volta acquistato in base al contratto annullato. La regola dell'inopponibilità subisce eccezioni fondate sulla mancanza di affidamento legittimo da parte del terzo. L'art. 1445 c.c. individua tre casi di annullamento opponibile ai terzi: i) quando il terzo abbia acquistato in mala fede, cioè sapendo che il titolo del suo dante causa era annullabile (l'affidamento del terzo è escluso dalla sua mala fede); ii) quando l'annullamento del contratto del dante causa del terzo dipende da incapacità legale (l'affidamento del terzo è escluso perché il vizio del contratto era conoscibile); iii) quando il terzo abbia acquistato a titolo gratuito (l'affidamento del terzo non merita qui protezione perché legato a un acquisto senza sacrificio).

L'affidamento dei terzi acquirenti in mala fede non merita tutela neppure quando essi abbiano acquistato trascrivendo il titolo di acquisto prima della trascrizione della domanda di annullamento. L'ordinamento tutela invece l'affidamento dei terzi acquirenti in buona fede a titolo oneroso: essi fanno salvo il loro acquisto se questo sia stato trascritto prima della domanda di annullamento del contratto e l'annullamento non dipenda da vizio di incapacità legale. Se l'annullamento dipende da incapacità legale, l'annullamento è opponibile ai terzi qualora la relativa domanda sia trascritta entro cinque anni dalla trascrizione dell'atto annullabile. Anche nei casi di annullamento per causa diversa dall'incapacità legale, la trascrizione della domanda di annullamento a distanza di oltre cinque anni non pregiudica l'acquisto del terzo ancorché gratuito.

2.2 Effetti del contratto affetto da nullità di protezione

Nessuna delle norme che prevedono la nullità di protezione disciplina le conseguenze, sul piano degli effetti, che derivano da tale forma di nullità.

Ragionando per analogia, sulla base del dato letterale, la nullità di protezione è una nullità; sulla base del dato teleologico, la nullità di protezione tutela anche un interesse generale: per quanto non diversamente previsto dal legislatore deve quindi ritenersi applicabile la disciplina codicistica della nullità “generale”. E, quindi, anche il contratto affetto da nullità speciale di protezione è inefficace *ab origine*, al pari del contratto nullo: la sentenza che l'accerta ha natura dichiarativa¹²⁹.

Le conseguenze della nullità di protezione tra le parti e nei confronti dei terzi sono le stesse previste dal codice civile per la nullità generale.

3. La legittimazione a far valere la nullità e l'annullabilità

La nullità è assoluta: può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse. Ciò non significa, tuttavia, che la legittimazione a farla valere in giudizio sia indiscriminata e che sia possibile chiedere la declaratoria di nullità di un contratto rispetto al quale si è del tutto estranei. Occorre, infatti, pur sempre rispettare i principi del processo civile. In questo senso, l'art. 1421 c.c., riconoscendo la facoltà di far valere la nullità a «chiunque vi ha interesse», richiede che chi agisce rivesta una posizione qualificata rispetto al contratto impugnato, segnando un chiaro limite sul piano della legittimazione, in conformità alle norme generali del processo civile (art. 100 c.p.c.). È legittimato a far valere la nullità, quindi, qualunque terzo purché provi la sussistenza di un proprio interesse ad agire, vale a dire l'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile, non conseguibile altrimenti e che potrebbe venire pregiudicato qualora non si accertasse la nullità.

L'art. 1421 c.c., nella parte in cui fa salva l'ipotesi che «la legge disponga diversamente», non esclude la possibilità che vi siano ipotesi di nullità che possano essere fatte valere soltanto da una parte: la norma costituisce il fondamento normativo della categoria della nullità relativa (v. par successivo). Alla legittimazione allargata a far valere la nullità si contrappone la legittimazione ristretta a far valere l'annullabilità.

Legittimata attiva all'azione di annullamento è la sola parte nel cui interesse è sancita l'invalidità del contratto e, dunque, la parte che non ha espresso un

¹²⁹ In senso contrario, in dottrina si osserva che la nullità di protezione è relativa. Essa cioè opera a vantaggio della sola parte debole del contratto, che è l'unica legittimata a farla valere. La parte forte, che non può giovare della nullità di protezione, è quindi vincolata al contratto: nei suoi confronti, il contratto è efficace. Secondo alcuni l'efficacia sarebbe unilaterale: il contratto affetto da nullità di protezione vincolerebbe solo la parte forte, e sarebbe inefficace nei confronti della parte debole (contratto claudicante). La sentenza che accerta la nullità di protezione, in questa prospettiva, avrebbe contemporaneamente natura costitutiva dell'inefficacia (per la parte forte) e dichiarativa dell'inefficacia (per la parte debole). Secondo una diversa tesi, se il contratto è efficace per la parte forte, deve esserlo anche per la controparte debole. Come per l'annullabilità, la sentenza che accerta la nullità di protezione, in questa diversa prospettiva, avrebbe natura costitutiva. Le conseguenze della nullità di protezione tra le parti e nei confronti dei terzi sarebbero le stesse previste dal codice civile per l'annullabilità.

consenso integro a causa del proprio stato di incapacità ovvero per un vizio del processo di formazione della propria volontà negoziale. Alla parte lesa dal vizio spetta la decisione se mantenere in vita o meno il contratto, a seconda che, nonostante il vizio, lo ritenga o meno utile e conveniente.

La legittimazione ristretta vale non solo quando l'annullabilità è fatta valere in via di azione, ma anche quando il rimedio è invocato in via di eccezione.

La regola generale sulla legittimazione ristretta è derogata in alcuni casi in cui la legge prevede che l'annullamento possa essere chiesto da chiunque vi abbia interesse. Si parla, in questi casi, di annullabilità assoluta. Ipotesi di annullabilità assoluta (e quindi di legittimazione estesa) sono riscontrabili in tema di annullamento di matrimonio dell'interdetto per infermità di mente (art. 119 c.c.), di testamento dell'incapace di testare (art. 591 c.c.) e di negozio (patrimoniale) posto in essere dal condannato in stato di interdizione legale (art. 1441 c.c.).

3.1 La legittimazione a far valere la nullità di protezione. La nullità relativa

La nullità di protezione – lo si ribadisce – è comminata per l'inosservanza di norme poste a tutela del contraente debole rispetto alla controparte contrattuale forte. In astratto, la declaratoria di nullità del contratto potrebbe anche danneggiare la parte che la legge vuole proteggere: la violazione delle regole (si pensi a quelle di forma) che è sanzionata con la nullità di protezione non necessariamente si ripercuote sul contenuto del contratto in senso negativo per la parte debole; o comunque non necessariamente pregiudica l'utilità che il contratto è in grado di recare alla parte debole.

Per questa ragione il legislatore riserva al solo contraente protetto il potere di far valere la nullità di protezione, negando un eguale potere alla controparte. Il limite alla legittimazione attiva si salda allora con la *ratio* protettiva della norma, che verrebbe vanificata ove fosse consentito di far valere la nullità anche a soggetti diversi da quello destinatario della tutela.

La nullità protettiva, congegnata secondo la riserva di legittimazione, rimette in definitiva al contraente protetto il giudizio di merito in ordine all'opportunità e alla convenienza di mantenere in vita il regolamento contrattuale, sottraendo contemporaneamente al contraente «forte» il potere di bloccarne gli effetti o di opporsi alla domanda di esecuzione.

Si afferma così la categoria della nullità relativa, in cui la legittimazione a farla valere è conferita solo a determinati soggetti. Il limite alla legittimazione attiva sembra essere il riflesso, oltre che della riferibilità dell'interesse protetto a un soggetto determinato, del peculiare modo di operare della nullità relativa: nei confronti del soggetto legittimato la situazione giuridica a cui ha dato vita il negozio è da considerare priva di effetti.

3.1.1 La nullità selettiva

La legittimazione a far valere la nullità, quando è riservata dalla legge ad una sola parte del contratto, apre al problema della c.d. nullità selettiva.

È il problema che si pone quando il contratto quadro di investimento finanziario è nullo per difetto di forma: ai sensi dell'art. 23 del d.lgs n. 58 del 1998 l'unico soggetto legittimato a far valere la nullità è l'investitore; l'intermediario finanziario non può farla valere. Nel caso in cui il contratto quadro di investimento sia nullo per difetto di forma, la nullità si ripercuote su tutte le operazioni eseguite in base a quel contratto. L'investitore – ai sensi degli artt. 99 e 100 c.p.c. – potrebbe selezionare il rilievo della nullità, facendola valere solo nei confronti dei contratti attuativi del contratto quadro dai quali abbia riportato perdite finanziarie, e non nei confronti delle operazioni di segno positivo.

L'esigenza di scongiurare uno sfruttamento "opportunistico" della normativa di tutela dell'investitore ha portato la dottrina ad affermare la possibilità per l'intermediario di opporre l'*exceptio doli generalis* in tutte quelle ipotesi in cui il cliente (evidentemente in mala fede) proponga una domanda di nullità "selettiva". L'eccezione di dolo, concepita quale strumento volto ad ottenere la disapplicazione delle norme positive nei casi in cui la rigorosa applicazione delle stesse risulterebbe – in ragione di una condotta abusiva – sostanzialmente iniqua, potrebbe in effetti rivelarsi un'utile arma di difesa contro il ricorso pretestuoso alla nullità di protezione.

Alla base del problema vi è la difficile ricerca di un punto di equilibrio tra le opposte esigenze: da un lato, l'esigenza di tutela dell'investitore (art. 47 Cost.), dall'altra, l'esigenza di tutela dell'intermediario, anche in relazione alla certezza dei mercati in materia di investimenti finanziari¹³⁰.

Il punto di equilibrio è stato individuato dalle Sezioni Unite¹³¹.

Il principio di buona fede e correttezza contrattuale, alla luce dei principi solidaristici di matrice costituzionale, opera, in relazione agli interessi dell'investitore, mediante la predeterminazione legislativa delle nullità di protezione predisposte a suo esclusivo vantaggio, in funzione di riequilibrio generale ed astratto delle condizioni negoziali garantite dalla conoscenza del testo del contratto quadro, nonchè in concreto mediante la previsione di un rigido sistema di obblighi informativi a carico dell'intermediario. Tuttavia, non può escludersi la configurabilità di un obbligo di lealtà dell'investitore in funzione di garanzia per l'intermediario che abbia correttamente assunto le informazioni necessarie a determinare il profilo soggettivo del cliente al fine di conformare gli investimenti alle sue caratteristiche, alle sue capacità economiche e alla sua propensione al rischio.

Anche nei contratti caratterizzati da uno statuto di norme non derogabili dall'autonomia contrattuale volte a proteggere il contraente che strutturalmente è in una posizione di squilibrio rispetto all'altro, il principio di buona fede può avere un ambito di operatività trasversale non limitata soltanto alla definizione del sistema di protezione del cliente. Ciò vale, in particolare, nel caso in cui gli strumenti normativi di riequilibrio possano essere utilizzati, anche in sede

¹³⁰ La questione, proprio per la sua rilevanza, è stata rimessa alle Sezioni Unite (ord. 2 ottobre 2018, n. 23927).

¹³¹ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314.

giurisdizionale, non soltanto per rimuovere le condizioni di svantaggio di una parte derivanti dalla violazione delle regole imposte al contraente “forte”, ma anche per arrecare un ingiustificato pregiudizio all'altra, pur se applicate conformemente al paradigma legale.

La questione della legittimità dell'uso selettivo delle nullità di protezione nei contratti aventi ad oggetto servizi d'investimento – secondo le Sezioni Unite - deve essere affrontata assumendo come criterio ordinante l'applicazione del principio di buona fede, al fine di accertare se sia necessario alterare il regime giuridico peculiare di tale tipologia di nullità, sotto il profilo della legittimazione e degli effetti, per evitare che l'esercizio dell'azione in sede giurisdizionale possa produrre effetti distorsivi ed estranei alla ratio riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di tutela è stato introdotto.

L'uso selettivo del rilievo della nullità del contratto quadro non contrasta, in via generale, con lo statuto normativo delle nullità di protezione ma la sua operatività deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede secondo un parametro da assumersi in modo univoco e coerente.

Non si può però ritenere che l'uso selettivo delle nullità di protezione sia da stigmatizzare *ex se*, come contrario alla buona fede, solo perchè limitato ad alcuni ordini di acquisto: una tale affermazione determinerebbe un effetto sostanzialmente abrogativo del regime giuridico delle nullità di protezione, dal momento che si stabilisce un'equivalenza, senza alcuna verifica di effettività, tra uso selettivo delle nullità e violazione del canone di buona fede.

Al fine di modulare correttamente il meccanismo di riequilibrio effettivo delle parti contrattuali di fronte all'uso selettivo delle nullità di protezione, occorre effettuare un esame degli investimenti complessivamente eseguiti, ponendo in comparazione quelli oggetto dell'azione di nullità, derivata dal vizio di forma del contratto quadro, con quelli che ne sono esclusi, al fine di verificare se permanga un pregiudizio per l'investitore corrispondente al *petitum* azionato.

In questa ultima ipotesi deve ritenersi che l'investitore abbia agito coerentemente con la funzione tipica delle nullità protettive, ovvero quella di operare a vantaggio di chi le fa valere. Pertanto, per accertare se l'uso selettivo della nullità di protezione sia stato oggettivamente finalizzato ad arrecare un pregiudizio all'intermediario, si deve verificare l'esito degli ordini non colpiti dall'azione di nullità e, ove sia stato vantaggioso per l'investitore, porlo in correlazione con il *petitum* azionato in conseguenza della proposta azione di nullità.

Può accertarsi che gli ordini non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto un rendimento economico superiore al pregiudizio confluito nel *petitum*. In tale ipotesi, può essere opposta, ed al solo effetto di paralizzare gli effetti della dichiarazione di nullità degli ordini selezionati, l'eccezione di buona fede, al fine di non determinare un ingiustificato sacrificio economico in capo all'intermediario stesso.

Può, tuttavia, accertarsi che un danno per l'investitore, anche al netto dei rendimenti degli investimenti relativi agli ordini non colpiti dall'azione di nullità, si sia comunque determinato. Entro il limite del pregiudizio per l'investitore accertato in giudizio, l'azione di nullità non contrasta con il principio di

buona fede. Oltre tale limite, opera, ove sia oggetto di allegazione, l'effetto paralizzante dell'eccezione di buona fede. Ne consegue che, se, come nel caso di specie, i rendimenti degli investimenti non colpiti dall'azione di nullità superino il *petitum*, l'effetto impeditivo è integrale, ove invece si determini un danno per l'investitore, anche all'esito della comparazione con gli altri investimenti non colpiti dalla nullità selettiva, l'effetto paralizzante dell'eccezione opererà nei limiti del vantaggio ingiustificato conseguito.

In sintesi, il regime giuridico delle nullità di protezione opera sul piano della legittimazione processuale e degli effetti sostanziali esclusivamente a favore della parte protetta, in deroga agli artt. 1421 e 1422 c.c. Anche in relazione all'art. 23, comma 3, del d.lgs. n. 58 del 1998, l'azione rivolta a far valere la nullità di alcuni ordini di acquisto richiede l'accertamento dell'invalidità del contratto quadro. Tale accertamento ha valore di giudicato ma l'intermediario, alla luce del peculiare regime giuridico delle nullità di protezione, non può avvalersi degli effetti diretti di tale nullità e non è conseguentemente legittimato ad agire in via riconvenzionale od in via autonoma ex artt. 1422 e 2033 c.c.

I principi di solidarietà ed uguaglianza sostanziale, di derivazione costituzionale, sui quali si fonda la *ratio* delle nullità di protezione operano, tuttavia, anche in funzione di riequilibrio effettivo endocontrattuale quando l'azione di nullità, utilizzata in forma selettiva, determini esclusivamente un sacrificio economico sproporzionato nell'altra parte. Limitatamente a tali ipotesi, l'intermediario può opporre all'investitore un'eccezione, qualificabile come di buona fede, idonea a paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini. L'eccezione è opponibile, nei limiti del *petitum* azionato, come conseguenza dell'azione di nullità, ove gli investimenti, relativi agli ordini non coinvolti dall'azione, abbiano prodotto vantaggi economici per l'investitore.

Ove il *petitum* sia pari od inferiore ai vantaggi conseguiti, l'effetto impeditivo dell'azione restitutoria promossa dall'investitore è integrale. L'effetto impeditivo, invece, è parziale, ove gli investimenti non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto risultati positivi, ma questi siano di entità inferiore al pregiudizio determinato nel *petitum*.

L'eccezione di buona fede, operando su un piano diverso da quello dell'estensione degli effetti della nullità dichiarata, non è configurabile come eccezione in senso stretto non agendo sui fatti costitutivi dell'azione (di nullità) dalla quale scaturiscono gli effetti restitutori, ma sulle modalità di esercizio dei poteri endocontrattuali delle parti. Deve essere, tuttavia, oggetto di specifica allegazione¹³².

4. Il rilievo d'ufficio della nullità (e non dell'annullabilità)

A differenza dell'annullabilità, che può essere fatta valere solo a istanza della parte a ciò legittimata, la nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice. Il rilievo d'ufficio è il riflesso della legittimazione allargata e della natura generale degli interessi tutelati dal rimedio della nullità.

¹³² Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314.

La rilevabilità d'ufficio della nullità non è illimitata: essa incontra una serie di limiti che discendono da alcuni principi fondamentali del processo.

Il principio dispositivo, che impedisce al giudice di sostituirsi alle parti nella ricerca delle prove, preclude il rilievo d'ufficio nei casi in cui la nullità non risulti da elementi già acquisiti al giudizio.

Il principio della domanda e quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato limita ulteriormente il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità del contratto: il giudice non può sostituirsi all'attore, accogliendo una domanda diversa da quella che è stata proposta dall'attore stesso (divieto di *ultra petita*). La rilevabilità d'ufficio può colmare una lacuna difensiva del convenuto, non dell'attore: il giudice si sostituisce al convenuto nella rilevazione di questioni che il convenuto avrebbe potuto far valere ma che ha ommesso di proporre. Il rilievo d'ufficio, in altri termini, si sostanzia in una eccezione d'ufficio, il cui esito è sempre e solo uno: il rigetto della domanda (non l'accoglimento di una domanda diversa da quella formulata dall'attore, volta ad attribuirgli un'utilità diversa da quella che lo stesso attore ha rivendicato con la domanda).

Alla luce del principio della domanda, molto si è discusso (e molto ancora si discute) in quali casi sia rilevabile d'ufficio la nullità del contratto. In particolare, il problema si pone nei casi in cui l'attore abbia proposto un'azione di annullamento, di risoluzione o di rescissione del contratto e il convenuto non abbia eccepito il vizio di nullità: può il giudice rilevarla d'ufficio?

Come affermato dalle Sezioni Unite¹³³, il rilievo d'ufficio della nullità deve ritenersi consentito in tutti i giudizi di impugnativa negoziale (azione di adempimento, risoluzione, annullamento, rescissione).

La *ratio* della rilevabilità officiosa della nullità è impedire che il contratto nullo, che lede interessi generali, costituisca il presupposto di una decisione giurisdizionale che in qualche modo ne postuli la validità o, comunque, la provvisoria attitudine a produrre effetti giuridici.

Di qui, pertanto, la possibilità di predicare una soluzione unitaria in punto di rilevabilità officiosa della nullità contrattuale. Del resto, tutte le azioni di impugnativa negoziale, nonostante le differenze strutturali tra loro esistenti, presentano rispetto alla nullità un elemento comune: la questione di nullità (o meglio, la preliminare verifica della "non nullità" del contratto) rispetto a tutte le azioni di impugnativa negoziale si colloca nell'area della pregiudiziale logico-giuridica. Il giudice procede all'esame della domanda di impugnazione (quale che sia) del contratto se non sussistono ragioni di nullità¹³⁴.

¹³³ Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243.

¹³⁴ L'obbligatorietà della rilevazione (cioè dell'indicazione) d'ufficio della nullità è stata estesa dalla giurisprudenza anche alle ipotesi in cui non venga in esame una impugnativa negoziale e, tuttavia, la pretesa azionata in giudizio trovi nel contratto il proprio indefettibile presupposto. È il caso che si verifica nel giudizio instaurato con una domanda di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale. Il giudice può rilevare d'ufficio la nullità del contratto perché costituisce questione pregiudiziale logico-giuridica: se il contratto è nullo, non produce effetti e, quindi, non deve essere adempiuto; se non deve essere adempiuto non si configura inadempimento e, quindi, non c'è nessun danno da inadempimento da risarcire.

La “rilevazione” officiosa della nullità è obbligatoria. Occorre precisare che ciò che è obbligatoria è l’indicazione alle parti del vizio di nullità. La declaratoria di nullità, invece, se manca un’espressa domanda di parte anche dopo l’indicazione della nullità da parte del giudice, costituisce una statuizione facoltativa.

La declaratoria di nullità, nella motivazione e/o nel dispositivo della pronuncia, acquista efficacia di giudicato in assenza di impugnazione.

4.1 Il rilievo d’ufficio della nullità di protezione

Anche la nullità di protezione, posta a tutela di interessi generali, è rilevabile d’ufficio dal giudice. Per il contraente protetto il contratto affetto da nullità di protezione non può rappresentare un fardello giuridico più grave di quello che sarebbe un contratto affetto da nullità assoluta, a pena di giungere alla conseguenza paradossale che la nullità relativa, preordinata alla protezione delle parte debole, la costringe ad assumere un’iniziativa processuale, con i costi connessi, per liberarsi dal vincolo obbligatorio. La rilevabilità d’ufficio è necessaria per garantire al contraente debole una tutela effettiva, tenuto conto in particolare del rischio non trascurabile che questi ignori i suoi diritti o incontri difficoltà nell’esercitarli.

Il rilievo d’ufficio della nullità di protezione è però subordinato ad una condizione: che il rilievo vada a vantaggio della parte protetta. È quanto previsto dall’art. 36 del cod. consumo, che può essere considerato l’archetipo della disciplina della nullità di protezione. La previsione normativa è sintomatica di un carattere proprio delle diverse tipologie di nullità di protezione, anche di quelle per le quali il legislatore non prevede espressamente la rilevabilità d’ufficio condizionata: la nullità di protezione non può mai essere dichiarata in assenza di una manifestazione di interesse della parte. E ciò si giustifica in ragione dell’interesse tutelato dalla nullità di protezione; interesse non solo generale, ma anche individuale.

Il giudice indica d’ufficio alle parti il vizio di nullità di protezione; la dichiarazione della parte protetta di volersi avvalere del rimedio consente al giudice di accertare e dichiarare la nullità del contratto.

Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la tendenza è a consentire il rilievo officioso della nullità di protezione in tutti i casi in cui il contraente protetto non manifesti una volontà contraria: nel senso che il giudice dovrebbe sempre rilevare la causa della nullità relativa, tranne nell’ipotesi in cui il contraente legittimato esprima un interesse all’efficacia del contratto, rivelato da un comportamento processuale di invocazione degli effetti negoziali o da un comportamento a carattere positivo che comunque esprima accettazione degli effetti medesimi.

5. La prescrizione dell’azione di nullità e di annullabilità

Il regime giuridico della nullità e dell’annullabilità è differente anche in ordine alla prescrizione dell’azione. Quella di nullità è imprescrittibile (art. 1422 c.c.),

mentre l'azione di annullabilità si prescrive in cinque anni (art. 1442, comma 1, c.c.), salvo che la legge disponga diversamente¹³⁵. Gli effetti del contratto divengono stabili a seguito della prescrizione dell'azione di annullamento.

Il termine prescrizionale, quando l'annullabilità derivi da vizio del consenso ovvero da incapacità legale, decorre dal momento in cui: i) è cessata la violenza; ii) è stato scoperto l'errore o il dolo; iii) è cessato lo stato di interdizione o di inabilitazione; iv) il minore abbia raggiunto la maggiore età (art. 1442, comma 2, c.c.). Negli altri casi il termine decorre dal momento in cui il contratto è stato concluso (art. 1442, comma 3, c.c.).

Anche dopo il decorso del termine prescrizionale l'annullabilità del contratto può sempre essere fatta valere, in via di eccezione, dalla parte convenuta per l'esecuzione del contratto (art. 1442, comma 4, c.c., che sancisce il principio *quae temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*). Il risultato pratico dell'eccezione non è diverso da quello dell'azione: la cancellazione degli effetti del contratto.

Si è detto che l'azione di nullità del contratto non è soggetta a prescrizione (art. 1422 c.c.). L'imprescrittibilità è del tutto in linea con la natura generale degli interessi tutelati: se il contratto nullo è in contrasto con i valori dell'ordinamento, è naturale che il legislatore ne favorisca l'eliminazione, garantendo in modo definitivo e incontrovertito l'accertamento della situazione effettiva del contratto.

La portata dell'imprescrittibilità dell'azione di nullità è limitata da due fattori; i) l'usucapione; ii) la prescrizione dell'azione di ripetizione.

L'acquisto per usucapione paralizza l'azione di restituzione: la parte alienante può far dichiarare nullo il contratto traslativo anche dopo un tempo molto lungo; ma se intanto l'acquirente o successivi aventi causa hanno usucapito il bene traferito, la sentenza di nullità non consente di recuperare la proprietà del bene. E lo stesso vale se nel frattempo il bene è stato acquistato da un terzo in buona fede (art. 1153 c.c., possesso vale titolo). L'acquirente che usucapisce, dunque, acquista la proprietà del bene, ma non perché si è prescritta l'azione di nullità del contratto, che resta nullo e improduttivo di effetti, bensì per effetto dell'istituto dell'usucapione.

L'art. 1422 c.c., come detto, fa salva anche la prescrizione delle azioni di ripetizione di quanto sia stato prestato in esecuzione di un contratto nullo. Anche in questo caso, la legge fa salva la prescrizione non dell'azione di nullità, ma di quella di ripetizione, avente carattere personale e assoggettata ai termini ordinari (dieci anni).

¹³⁵ Si prescrive in un anno l'azione di annullamento degli atti di disposizione di beni mobili registrati o immobili compiuti dal coniuge senza il necessario consenso dell'altro (art. 184 c.c.), così come sempre in un anno si prescrive l'azione di annullamento del matrimonio viziato da violenza o errore (art. 122, comma 4, c.c.). Alla regola della prescrizione quinquennale si sottraggono altresì le impugnazioni delle delibere assembleari della comunione (art. 1109 c.c.), del condominio negli edifici (art. 1137 c.c.), delle società di capitali (art. 2377 c.c.): in tali ipotesi al termine di prescrizione tiene luogo un brevissimo termine di decadenza (di trenta giorni nei primi due casi, di novanta nell'ultimo) ispirato dall'esigenza di certezza dei rapporti giuridici.

Un ulteriore limite alla portata della regola dell'imprescrittibilità dell'azione di nullità è rappresentato dalla c.d. trascrizione sanante: se la domanda di nullità del contratto è trascritta oltre cinque anni dopo la trascrizione del contratto nullo, la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base a un titolo trascritto prima della trascrizione della domanda di nullità; la parte ottiene la sentenza di nullità, ma non recupera il bene.

La trascrizione sanante tutela un affidamento rinforzato: la buona fede è condizione necessaria, ma non sufficiente per paralizzare l'azione di ripetizione; a tal fine occorre anche un elemento oggettivo, costituito dall'assenza, per un lungo periodo di tempo, di azioni non pubblicizzate di impugnazione del titolo del dante causa.

5.1 La prescrizione dell'azione di nullità di protezione

L'azione di nullità di protezione, quanto al regime di prescrizione, segue le regole dell'azione di nullità "generale". Anche la nullità di protezione tutela un interesse generale; anche il contratto affetto da tale nullità è inefficace *ab origine*; anche la sentenza che l'accerta ha natura dichiarativa. E, quindi, anche l'azione di nullità di protezione è imprescrittibile¹³⁶.

6. La convalida e la rettifica del contratto annullabile

Il contratto invalido, in alcuni casi, può essere recuperato: il recupero costituisce applicazione del principio generale di conservazione del contratto. Il contratto invalido non produce effetti o produce effetti precari: recuperarlo equivale ad attribuire effetti definitivi al contratto; tutti gli effetti suoi propri o una parte di essi.

Il recupero del contratto invalido dipende dalla natura del vizio che lo affligge: il contratto annullabile può essere recuperato con ampiezza e con intensità superiori rispetto a quelle che caratterizzano il recupero del contratto nullo.

Il contratto annullabile, infatti, può essere convalidato (art. 1444, comma 1, c.c.): la convalida stabilizza gli effetti originariamente precari del contratto invalido. Esso non può più essere annullato, né l'annullabilità può farsi valere in via di eccezione.

La convalida non elimina il vizio del contratto (e per questo propriamente non lo sana), ma esprime il giudizio della parte circa l'adeguatezza del contratto, nonostante il vizio, a soddisfare i propri interessi. E per questo ne impedisce l'annullamento, cristallizzando il contratto e stabilizzandone gli effetti.

¹³⁶ In senso contrario si esprime la dottrina che qualifica il contratto affetto da nullità di protezione come un contratto efficace nei confronti della parte forte del contratto. La sentenza, in questa prospettiva, è costitutiva dell'inefficacia, al pari della sentenza di annullamento. Ne consegue che l'azione di nullità di protezione è prescrivibile, come è prescrivibile l'azione di annullabilità.

La convalida non ha efficacia retroattiva (che invece ha l'annullamento). Essa non toglie di mezzo i vizi da cui il contratto è originariamente afflitto. In questo senso non si può neppure condividere la tesi autorevolissima di chi afferma che il contratto, una volta sanato, diventa valido *ex tunc*. Con la convalida, il contraente elimina la possibilità che gli effetti che si sono prodotti abbiano più ad essere posti nel nulla: si verifica una stabilizzazione degli effetti originariamente precari del contratto invalido. Il risultato finale della convalida è quello di rendere definitivo e, dunque, non più annullabile il contratto.

La convalida, secondo la previsione codicistica, può avvenire in maniera espressa, attraverso un negozio a forma libera con il quale la parte, facendo menzione del contratto e del motivo dell'annullabilità, dichiara che intende convalidare il contratto. Il codice disciplina anche una forma tacita di convalida (art. 1443, comma 2, c.c.) che si realizza qualora la parte legittimata all'azione di annullamento dia volontaria esecuzione al contratto conoscendo il motivo di annullabilità. La convalida tacita è un negozio compiuto mediante un comportamento concludente¹³⁷. Condizione ineludibile di efficacia della convalida, sia essa tacita o espressa, è che il convalidante sia, nel momento in cui esegue la convalida, in condizione di concludere il contratto, e cioè esprima una volontà integra e consapevole.

La parte legittimata a convalidare il contratto è il contraente al quale spetta l'azione di annullamento (art. 1444, comma 1, c.c.): quello nelle cui mani è riposta la sorte del contratto.

Il contratto annullabile per errore può essere recuperato anche attraverso la rettifica. Si tratta dell'atto con cui la controparte offre all'errante di eseguire il contratto in modo conforme al contenuto e alle modalità secondo cui l'errante intendeva contrarre. La rettifica rimodella il regolamento contrattuale in termini conformi al paradigma dell'errante. L'offerta di rettifica è un negozio unilaterale recettizio, che costituisce esercizio di un diritto potestativo della parte non in errore. Di fronte all'offerta di rettifica, l'errante non può domandare l'annullamento del contratto: l'effetto dell'offerta è, dunque, il mantenimento del contratto rettificato (art. 1432 c.c.).

La rettifica è finalizzata a consentire il mantenimento del contratto opportunamente modificato. Si tratta di un vero e proprio diritto potestativo che può essere esercitato esclusivamente dalla parte non in errore, e quindi non anche dal giudice, al quale la controparte non può opporre alcun rifiuto, quand'anche preferisse l'annullamento del contratto. Nonostante il codice parli di offerta, non si tratta di una proposta contrattuale che richiede accettazione, ma di un vero e proprio diritto potestativo.

L'errante che, nonostante l'offerta di rettifica, voglia liberarsi dal contratto, deve opporre che il contenuto dell'offerta non è idoneo a riportare il contratto alle modalità secondo cui l'errante intendeva contrarre; oppure deve opporre

¹³⁷ In dottrina prevale la tesi secondo cui la convalida tacita è atto giuridico in senso stretto, che convalida il contratto *ope legis* e non come effetto di volontà negoziale.

che, per la tardività dell'offerta, la conversazione del contratto rettificato gli recherebbe pregiudizio. Al giudice spetta il compito di valutare l'opposizione dell'errante alla luce della clausola di buona fede.

6.1 *L'insanabilità del contratto nullo*

L'ordinamento giuridico è legato all'idea dell'insanabilità del negozio nullo, di ispirazione giusnaturalistica, fondata su una duplice *ratio*.

- i) Diversamente dall'annullabilità – concessa per la protezione di interessi individuali – la nullità costituisce uno strumento per la protezione di interessi sociali, collettivi, dunque pubblici: e allora mal si spiegherebbe che il singolo possa disporre, con una convalida, di un interesse pubblico.
- ii) L'insanabilità della nullità, inoltre, riflette una preoccupazione di ordine logico: se la nullità è correlata all'inefficacia giuridica, essa è incompatibile a produrre effetti anche dopo l'eventuale convalida. L'insanabilità è una implicazione necessaria dell'idea di nullità come inefficacia originaria del contratto o, detto altrimenti, dell'argomento metaforico che considera il contratto nullo come nato morto e perciò insuscettibile di alcuna convalescenza, non potendosi «convalidare il nulla», che non ha «né forma né sostanza».

Il recupero del contratto nullo appare allora un'ipotesi del tutto eccezionale, che ricorre prevalentemente, se non esclusivamente, con la conferma, espressa o tacita (cioè mediante esecuzione volontaria), della donazione nulla e delle disposizioni testamentarie nulle (artt. 590 e 799 c.c.).

Ai sensi dell'art. 799 c.c., la nullità della donazione o della disposizione testamentaria non può essere fatta valere dagli eredi o aventi causa del donante che, conoscendo la causa della nullità, hanno, dopo la morte di lui, confermato la donazione o vi hanno dato volontaria esecuzione. Allo stesso modo, ai sensi dell'art. 590 c.c., la nullità della disposizione testamentaria, da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere da chi, conoscendo la causa della nullità, ha, dopo la morte del testatore, confermato la disposizione o dato ad essa volontaria esecuzione.

La conferma, espressa o tacita, del contratto nullo, al pari della convalida di quello annullabile, non sana il vizio del negozio; non cancella cioè i difetti che lo hanno reso invalido. A differenza della convalida, però, la conferma non stabilizza gli effetti originariamente precari del contratto, ma li produce *ex novo*: il negozio confermato è infatti nullo e quindi, come tale, improduttivo di effetti fin dall'origine. La conferma è un negozio che attribuisce effetti al negozio nullo confermato. Essa quindi comporta la perdita, per il soggetto confermatore, della possibilità di far successivamente valere la nullità delle disposizioni testamentarie o delle donazioni confermate.

Alcuni eterogenei (quanto a natura e ad operare) fenomeni di convalescenza del negozio nullo e dunque di un suo recupero possono aversi in conseguenza della mancata iniziativa del titolare, come accade quando la rilevanza giuridica dell'invalidità dipenda da una iniziativa di chi è interessato a farla valere. In

questi casi «la sanatoria può operarsi con un atto negativo di rinuncia o per effetto di prescrizione o decadenza dal potere di provocare l'accertamento della nullità». L'effetto recuperatorio consiste nell'impossibilità di far valere la nullità del negozio. Si tratta, a ben vedere, di un effetto che, di fatto, ha una portata recuperatoria, quale conseguenza del tutto indiretta del verificarsi di situazioni tendenti, in via primaria, a finalità non immediatamente recuperatorie.

Si potrebbe, in qualche misura, ricondurre al fenomeno del recupero del negozio nullo la previsione dell'art. 2332 c.c., secondo cui «la nullità non può essere dichiarata quando la causa è stata eliminata per effetto di una modificazione dell'atto costitutivo, iscritta nel registro delle imprese». In quest'ultimo caso, come anche nel fenomeno della ripetizione del negozio nullo, il recupero del negozio nullo è legato o alla eliminazione della causa di nullità o alla creazione, sempre da parte degli stessi autori del negozio nullo, di un nuovo negozio, esente da quei vizi che avevano determinato la nullità del primo.

Lo stesso fenomeno di recupero sembra anche potersi avere come conseguenza, questa volta, derivante direttamente dalla legge (e non dall'agire privato), nelle ipotesi di cui all'art. 2126 c.c. in tema di contratto di lavoro nullo. La nullità del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione: l'esecuzione opera da sola come fattore di recupero *ex lege* del contratto. Un altro caso in cui l'esecuzione recupera effetti del contratto nullo è previsto dalla legislazione speciale in materia di subfornitura: il subfornitore ha comunque diritto al pagamento delle prestazioni già effettuate (art. 2, legge n. 192 del 1998).

Anche la pubblicità, in alcuni casi, opera come fattore di recupero del contratto nullo. Gli esempi più rilevanti sono dati dalla trascrizione sanante e dal regime giuridico della società nulla.

Con la trascrizione sanante, se la domanda di nullità del contratto è trascritta oltre cinque anni dopo la trascrizione del contratto nullo, la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base a un titolo trascritto prima della trascrizione della domanda di nullità: la parte ottiene la sentenza di nullità, ma non recupera il bene.

L'iscrizione nel registro delle imprese del contratto di società nullo consente di riconoscere efficacia agli atti successivamente compiuti in nome della società (art. 2332, comma 2, c.c.), che invece teoricamente dovrebbero essere travolti dalla nullità.

Tutti i fenomeni di recupero del contratto nullo sono riconducibili alla categoria della fattispecie complessa, a formazione progressiva. Gli effetti che si producono derivano da una fattispecie composta dal contratto nullo e da un ulteriore elemento: la conferma, l'esecuzione, la pubblicità, il decorso del tempo.

6.1.1 La conversione del contratto nullo

Il contratto nullo non può produrre gli effetti tipici per i quali è stato concluso. La legge, tuttavia, ammette che, ricorrendo determinati presupposti, possa pro-

durre gli effetti di un diverso contratto, del quale abbia i requisiti di sostanza e di forma se, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, deve ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità (art. 1424 c.c.).

Si tratta di un fenomeno di conversione, ispirato al principio di conservazione del contratto, che si concretizza in un recupero del negozio, diretto ad evitare l'improduttività di effetti causata dalla nullità. La conversione recupera il contratto salvandone gli effetti contrattuali e trasformandoli in effetti diversi, nel rispetto dello scopo perseguito dalle parti. Il meccanismo opera quando i diversi effetti risultanti dalla conversione sono coerenti con il programma affidato dalle parti al contratto nullo: ciascuna parte ha diritto di fare affidamento sull'esatto adempimento degli obblighi che derivano dal contratto; ove gli effetti non si possano produrre perché il contratto è nullo, la parte ha anche diritto di fare affidamento su quei più limitati effetti che il negozio viziato è capace di produrre.

Si pone l'accento sul principio dell'affidamento e su quello della buona fede, richiamata espressamente anche dalla Relazione al codice civile: *“il contratto nullo si può convertire in altro valido [...]. Tale conversione viene fondata sulla volontà delle parti diretta a realizzare un concreto e comune intento pratico mediante il rapporto da esse costituito; perciò non si richiede soltanto che il contratto nullo abbia gli estremi obiettivi di altro contratto valido, ma deve potersi ritenere che questo contratto sarebbe stato voluto dalle parti se esse avessero conosciuto la nullità di quello che avevano concluso. Come si vede, la legge non ha riguardo alla conversione formale del negozio, ma a quella sostanziale, con la quale si dà effetto alla volontà che i contraenti avrebbero avuto se avessero preveduto che il negozio concluso era nullo. Attraverso un negozio giuridico le parti mostrano di voler raggiungere un certo fine; il negozio da esse prescelto non ha, di fronte a questo fine, se non una funzione strumentale. In modo che è conforme alla buona fede che ciascuna parte rimanga vincolata agli effetti che si proponeva di trarre dal contratto nullo e che avrebbe ugualmente cercato di realizzare con altro contratto se si fosse rappresentata l'inefficienza giuridica di quello concluso».*

Sotto il profilo formale va rilevato che la qualificazione negativa operata dalla legge esclude che si possa realizzare l'effetto tipico del contratto. Ma – e qui subentra una considerazione di ordine sostanziale – la legge ammette l'utilizzabilità del contratto nullo in funzione di effetti simili o anche ridotti.

La conversione postula che il negozio nullo abbia i requisiti di forma e di sostanza della fattispecie alternativa rispetto alla quale la causa di nullità non opera; e tiene conto del tipo di interessi perseguiti dalle parti, in funzione dei quali il meccanismo è predisposto ed ai quali la legge fa sempre riferimento. Il richiamo della legge ad una volontà ipotetica serve soltanto ad indicare la necessaria corrispondenza tra effetto e programma predisposto, tra tutela accordata ed interessi evidenziati nel negozio nullo.

Ciò che, in definitiva, occorre effettuare ai fini della conversione del contratto è un giudizio di congruenza tra gli effetti giuridici modificati e il comune intento concreto delle parti, onde verificare se i primi sono idonei a soddisfare gli interessi delle parti in misura tale da giustificare il mantenimento del contratto.

In tal modo, la legge stabilisce una relazione strutturale tra contratto nullo e contratto sostitutivo che è stata definita di affinità e che viene usualmente indicata come rapporto di continenza: il secondo contratto è contenuto nel primo, più ampio ma nullo. Il rapporto di continenza è funzionale a evitare che attraverso la conversione le parti restino vincolate a effetti non pattuiti e non voluti (come accadrebbe se il contratto sostitutivo potesse svolgere effetti più ampi di quello nullo), con ingiustificabile sacrificio dell'autonomia privata.

La giurisprudenza rinvenibile sul punto ha fornito una interpretazione rigorosa del rapporto di continenza che deve sussistere tra i due contratti. In sintesi, il contratto nullo deve ricomprendere al suo interno l'altro contratto; deve avere una portata più ampia del contratto sostitutivo; deve soddisfare (tutti) i requisiti formali e contenutistici richiesti dal secondo.

Dalla conversione disciplinata dall'art. 1424 c.c. (conversione sostanziale) deve essere tenuta distinta la c.d. conversione formale, che opera con riferimento non al contenuto, ma alla forma dell'atto. Essa, infatti, ricorre quando un negozio si converte automaticamente in un altro tipo formale avente i medesimi effetti giuridici: il testamento segreto invalido per la mancanza di qualcuno dei requisiti richiesti dalla legge per tale forma testamentaria ha effetto come testamento olografo, se di questo abbia i requisiti (art. 607 c.c.); l'atto pubblico nullo per difetto di forma o per incompetenza o incapacità del pubblico ufficiale vale come scrittura privata (art. 2701 c.c.).

Sfugge alla logica dell'art. 1424 c.c. anche la c.d. conversione legale, che ricorre quando, di fronte a un negozio nullo, la legge stessa dispone la produzione di altri effetti, corrispondenti a un diverso negozio, prescindendo dalla valutazione in concreto circa la coerenza dei nuovi effetti con lo scopo perseguito dalle parti.

6.2 *L'insanabilità del contratto affetto da nullità di protezione*

L'opinione tradizionale considera l'insanabilità un corollario della configurazione concettuale della nullità di protezione. Per un verso, l'insanabilità è un'implicazione necessaria dell'idea di nullità di protezione come inefficacia originaria del contratto. Per altro verso, l'insanabilità riflette la natura dell'interesse protetto dal rimedio, cioè del fondamento sostanziale della nullità di protezione, che tutela interessi anche meta-individuali. La sorte del contratto affetto da nullità di protezione, al pari della sorte del contratto nullo, sfugge quindi al potere di autonomia privata della parte, che non può in alcun modo disporne.

Un duplice argomento è posto a fondamento dell'opposta tesi, favorevole alla convalida del contratto affetto da nullità di protezione. Il primo argomento è il seguente: la nullità è posta a protezione anzitutto di un interesse individuale, quello della parte debole del contratto. E, quindi, dovrebbe essere suscettibile di convalida al pari dell'annullabilità, che tutela anch'essa l'interesse individuale della parte lesa. Il secondo argomento conferma il primo: la parte protetta

può rinunciare a far valere in giudizio la nullità di protezione. La rinuncia, sul piano sostanziale, equivale a una convalida del contratto.

7. Nullità parziale e annullabilità totale

La nullità può colpire il contratto nel suo insieme (nullità totale) ovvero singole parti o clausole. «Nullità parziale del contratto significa che un “elemento” o un “punto” o un “aspetto” della struttura contrattuale (e non tutta la struttura contrattuale) risulta viziato.

La nullità parziale è espressione del principio di conservazione del contratto: l'ordinamento tende, fin che è possibile, ad attribuire effetti ad una dichiarazione di volontà; esprime il proprio favore per la conclusione degli affari, anziché per la loro mancata conclusione, per la circolazione della ricchezza, anziché per la sua immobilità». Il principio di conservazione, nella nullità parziale, è espresso dal brocardo *utile per inutile non vitiatur*: il vizio che colpisce una parte del contratto non si estende al resto, che continua a produrre i suoi effetti.

La conservazione parziale del contratto, però, può alterare l'equilibrio delle prestazioni e la funzione del negozio: la nullità di alcune clausole può consegnare un contratto che non corrisponde più all'articolazione di interessi inizialmente programmata dalle parti. È chiaro infatti che la nullità parziale, mutilando il regolamento pattizio, altera sempre in qualche modo il mosaico dei reciproci vantaggi e sacrifici cui i contraenti avevano affidato la realizzazione dei propri piani. Come conseguenza di ciò, la conservazione della parte di contratto non toccata dal vizio potrebbe esporre al rischio di risultati iniqui: come quello di imporre arbitrariamente alle parti, miranti a raggiungere un risultato economico di una certa ampiezza, una realizzazione di esso (solo parziale e perciò) contraddittoria con gli interessi; o, più concretamente, quello di aprire la strada ad arricchimenti di una parte, e connessi impoverimenti dell'altra, non giustificati dal senso che l'autonomia privata aveva impresso al contratto. La riduzione del regolamento contrattuale conseguente alla nullità di una sua parte può spesso risolversi in uno squilibrio rispetto al disegno originario dei contraenti, avvantaggiando così una parte e danneggiando correlativamente l'altra.

La nullità parziale pone allora il problema di coniugare l'esigenza di conservazione del contratto con il rispetto dell'autonomia privata, evitando di tenere in vita contratti mutilati, con assetto di interessi non conforme a quello originario, e dunque iniqui.

A tal fine è posta la regola dell'art. 1419, comma 1, c.c.: la nullità di una parte del contratto determina 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.

Da questa regola origina in giurisprudenza la massima costante per cui, in forza del generale principio di conservazione, la nullità di una parte del contratto non lo pregiudica, normalmente, nella sua interezza; la nullità di una

parte si estende e travolge l'intero negozio soltanto in casi eccezionali. In altri termini, l'estensione all'intero contratto della nullità delle singole clausole o del singolo patto, ha carattere eccezionale, perché deroga al principio generale della conservazione. La nullità parziale può essere dichiarata dal giudice solo se risulti che il negozio non sarebbe stato concluso senza quella parte del suo contenuto colpita dalla nullità, e cioè solo se il contenuto dispositivo del negozio, privo della parte nulla, risulti inidoneo a realizzare le finalità cui la sua conclusione era preordinata.

Il giudizio di nullità parziale si articola attraverso il seguente procedimento. Anzitutto il giudice, prescindendo da ogni indagine sulla effettiva o ipotetica volontà delle parti, esamina il contratto: la volontà delle parti può rilevare solo se è oggettivata in esso. Attraverso questo esame, il giudice ricostruisce l'oggettiva articolazione di interessi contrapposti che il contratto realizza e individua così lo scopo che i contraenti avevano avuto di mira. Quindi, riesamina il contratto deprivato della parte guasta e ricostruisce, in tal modo, l'oggettiva articolazione di interessi contrapposti che tale contratto, così ridotto, realizza. A questo punto, individua lo scopo che i contraenti possono egualmente raggiungere. Esaurita questa fase preliminare, il giudizio di nullità parziale entra nel vivo. Il giudice deve raffrontare lo scopo originariamente divisato con lo scopo effettivamente raggiungibile, e concludere: per l'estensione della nullità all'intero contratto, quando essi divergono; per la nullità parziale, quando essi non divergono.

7.1 *L'integrazione del contratto*

La norma dell'art. 1419, comma 1, c.c. afferma il primato dell'autonomia privata: il contratto parzialmente nullo si conserva e produce gli effetti residui se l'originario assetto di interessi predisposto dalle parti non ne risulti alterato.

All'opposto, la norma dell'art. 1419, comma 2, c.c. – disponendo che la nullità di singole clausole non comporta la nullità del contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative – sancisce il primato della legge. La nullità di una parte del contratto non implica la nullità totale, perché l'ordinamento provvede a sostituirsi all'autonomia privata, integrando il contratto con una norma di legge al posto della clausola nulla.

Opera qui il meccanismo della inserzione automatica di clausole stabilito dall'art. 1339 c.c.: le clausole imposte dalla legge sono inserite di diritto nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti. Perché la sostituzione «di diritto» si realizzi, occorre che la legge commini la nullità e insieme imponga la sostituzione.

La *ratio* del meccanismo è chiara: la sostituzione della norma imperativa alla clausola difforme sottende un interesse generale; e tale interesse esige il mantenimento del contratto, anche contro la volontà delle parti.

La dottrina, nel tentativo di inserire l'art. 1419, comma 2, c.c. nella coerenza del sistema, ha ricondotto la norma alla figura della “conversione del contratto”

o al fenomeno della integrazione del contratto ex art. 1374 c.c. Si realizza un concorso di una pluralità di “fonti” alla determinazione del “regolamento” contrattuale.

7.2 *L’annullabilità parziale*

La regola della parziarietà non si esplica solo nel territorio della nullità, ma è estensibile anche all’annullabilità.

Fondamento della regola della nullità parziale è il generale principio di conservazione del contratto. Esso esprime l’interesse dell’ordinamento a salvaguardare il più possibile gli effetti giuridici creati dagli autori dei traffici, e a conservare anziché rimuovere lo scambio di ricchezza realizzato per mezzo del contratto.

Questo principio si esprime nella regola per cui il vizio che intacca non tutto il contratto, ma una sua parte, tendenzialmente inficia solo quella parte. Questa regola, espressa per la nullità, vale anche per l’annullabilità. Nonostante il silenzio del codice, sulla base del principio di conservazione, giurisprudenza e dottrina ritengono applicabile la regola dell’art. 1419 c.c. anche ai negozi annullabili. Il meccanismo ermeneutico che permette l’applicazione estensiva è l’analogia: poiché la stessa esigenza della conservazione degli effetti si riscontra in tutte le evenienze del vizio parziale del contratto, la regola conseguentemente scritta per una forma di invalidità vale anche per l’altra.

La conservazione *in parte qua* del contratto annullabile pone gli stessi problemi della nullità parziale: in entrambe le ipotesi la pronuncia giudiziale, eliminando la clausola con effetti *ex tunc*, può determinare un turbamento dell’assetto negoziale, che potrebbe non rispecchiare più la volontà delle parti. Per tale ragione, il giudizio di annullabilità parziale deve essere identico al giudizio di nullità parziale: va accertata l’oggettiva scindibilità del contenuto, e dunque l’autonomia della parte restante rispetto alla parte viziata, e infine la perdurante volontà delle parti all’assetto di interessi conformato a seguito della riduzione del regolamento.

7.3 *La nullità parziale di protezione*

L’art. 36 del cod. consumo – che può essere considerato come norma paradigmatica della disciplina della nullità di protezione – è pensato in rapporto dialettico con l’art. 1419 c.c. La norma speciale introduce una deroga legale all’applicazione del giudizio di nullità parziale previsto dal codice civile. La nullità di protezione è strutturalmente parziale: la sua caratteristica è la limitazione della invalidità al solo patto “squilibrato”, con conservazione del contratto residuo.

E la *ratio* è chiara: solo la nullità parziale assicura le finalità della previsione di nullità, perché garantisce al contraente protetto l’esecuzione del contratto, depurato della clausola squilibrante. La nullità totale, invece, comportando la

caducazione dell'intero contratto quando la clausola nulla risulti essenziale nel definire l'assetto di interessi divisato dalle parti – non consentirebbe di guadagnare un tale esito.

È per questa ragione che la disciplina speciale, in alcuni casi, qualifica la nullità di protezione come nullità parziale necessaria. Solo la caducazione della clausola nulla è in grado di riequilibrare la situazione di inferiorità della parte nei confronti della parte forte ed è conforme alla *ratio* della funzione della nullità di protezione.

L'orientamento della Corte di Giustizia è nel senso di escludere la sostituzione della clausola nulla con regole ricostruite dal giudice: l'equilibrio normativo del contratto non può essere ricostituito attraverso il potere del giudice di rideterminare il contenuto dello scambio.

La nullità della clausola, di regola, non comporta neppure l'integrazione della lacuna mediante il ricorso alla disciplina normativa. Ciò vuol dire che nella nullità di protezione normalmente non opera il meccanismo della sostituzione automatica della clausola nulla. Solo in via eccezionale tale meccanismo può operare. È il caso in cui la rimozione di una clausola nulla rendesse il contratto ineseguibile: allora il giudice potrebbe sostituire la clausola censurata con una disposizione di natura suppletiva. In questo caso, l'eterointegrazione legale del contratto permette di raggiungere l'obiettivo della nullità di protezione, consistente in particolare nel ristabilire un equilibrio tra le parti pur mantenendo, nella misura del possibile, la validità del contratto nel suo insieme. Se una tale integrazione non fosse permessa e se il giudice fosse obbligato a caducare il contratto, il carattere dissuasivo delle sanzioni di nullità nonché l'obiettivo di tutela della parte debole rischierebbero di essere compromessi.

7.4 La nullità parziale in senso soggettivo

La nullità parziale in senso soggettivo è quella che invalida una partecipazione nel contratto plurilaterale. Secondo la nozione che si ricava dall'art. 1420 c.c., contratti plurilaterali sono quelli con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune. La caratteristica rilevante è costituita non dal numero dei partecipanti maggiore di due, ma dalla convergenza delle prestazioni di ciascuna parte al conseguimento di uno scopo comune: il contratto plurilaterale mette capo alla costituzione e organizzazione di una comunione di interessi.

Il dato che si è posto in luce caratterizza la categoria dei contratti plurilaterali sotto il profilo della causa: si realizza una pluralità di interessi omogenei e convergenti, tali da accomunare i partecipanti in una medesima esigenza e da trovare nel contratto il loro soddisfacimento attraverso una utilità dello stesso tipo per ciascuno di essi. In tal senso le prestazioni di una parte possono ritenersi dirette, secondo l'espressione dell'art. 1420 c.c., al conseguimento di uno scopo comune.

Il codice disciplina in apposite norme il contratto plurilaterale con comunione di scopo: a) in materia di annullabilità (art. 1446 c.c.: l'annullabilità che colpisce una partecipazione non si estende al contratto a meno che quella partecipazione debba essere considerata essenziale); b) in materia di risoluzione (artt. 1459 e 1466 c.c.: la risoluzione che interessa una partecipazione non si estende al contratto a meno che quella partecipazione debba essere considerata essenziale); c) in materia di nullità (la nullità che colpisce una partecipazione non si estende al contratto a meno che quella partecipazione debba essere considerata, secondo le circostanze, essenziale: art. 1420 c.c.).

Tutte queste disposizioni rispondono evidentemente all'esigenza di conservare la validità o l'efficacia del contratto o del rapporto che da esso si origina, secondo i principi accolti dall'ordinamento, a testimonianza del favore espresso dal sistema verso la circolazione piuttosto che verso la stagnazione della ricchezza: verso la conservazione piuttosto che verso la rimozione delle attività giuridiche che consentono lo scambio economico.

8. Vizi del consenso e giustizia contrattuale

In base al sistema accolto dall'ordinamento, l'annullamento del contratto è subordinato alla prova di un vizio del consenso (dolo, errore o violenza), a prescindere dalla prova di elementi ulteriori, quale il danno in concreto subito dalla parte attrice. Il che equivale a dire che la caducazione del contratto non è subordinata alla prova di un'effettiva lesione e cioè di uno squilibrio tra le prestazioni dovuto al vizio del consenso.

Si tratta di una soluzione che può apparire ormai scontata, ma che nella tradizione giuridica si è affermata solo in tempi relativamente recenti, a partire dalla scuola del diritto naturale.

Era differente invece la soluzione tradizionale fondata sulle fonti romane. Il diritto romano conosceva non rimedi generali finalizzati a consentire la caducazione dei contratti affetti da vizi del consenso, ma piuttosto rimedi che consentivano di ovviare alle conseguenze dannose, ai trasferimenti ingiustificati di ricchezza, conseguenti al vizio del consenso. Lo si vede per esempio in materia di errore, dove non esistevano mezzi per impugnare il contratto, ma solo mezzi per recuperare quanto dato senza causa (*condictio*). Lo si vede anche in materia di dolo, dove parimenti non vi erano strumenti per far valere il vizio del consenso, ma solo rimedi mediante i quali ottenere il risarcimento del danno provocato dalle altrui macchinazioni (*actio doli*). Un discorso comparabile poteva ovviamente essere ripetuto anche in materia di violenza. In base a questa impostazione il vizio del consenso non assumeva dunque rilevanza di per sé, ma solo nella misura in cui vi fosse stato in concreto un danno, una lesione, un trasferimento ingiustificato di ricchezza.

Il legislatore ha operato una scissione tra vizio del consenso e ingiustizia del contratto, nel senso che il primo rileva a prescindere dalla seconda.

Dall'ingiustizia del contratto dipende però ancora oggi la caducazione del

contratto in specifiche ipotesi previste dalla legge. Vi sono dei casi nei quali il legislatore ha preferito subordinare la rilevanza del vizio alla prova di un'effettiva lesione.

È il caso dell'art. 428 c.c.: la norma subordina la possibilità di ottenere la caducazione degli atti compiuti in stato di incapacità naturale alla prova del grave pregiudizio per l'autore. Parimenti, in materia di divisione è esclusa l'impugnazione per errore (art. 761 c.c.), ma è consentito il ricorso alla rescissione quando taluno dei coeredi provi di essere stato lesa oltre il quarto (art. 763 c.c.).

Si pensi ancora alla disciplina accolta dal legislatore in materia di lesione: quest'ultima non assume rilevanza di per sé, ma solo unitamente allo stato di bisogno del contraente debole e all'approfittamento da parte del contraente forte (art. 1448 c.c.). Il vizio del consenso del contraente debole dovuto al suo stato di bisogno, unitamente all'approfittamento da parte del contraente forte, può assumere rilevanza solo in presenza di una lesione, che in particolare deve essere *ultra dimidium*. Parimenti, in base all'art. 1447 c.c., il contratto concluso in stato di pericolo può essere rescisso solo quando una parte abbia assunto obbligazioni a condizioni inique per la necessità nota alla controparte di salvare sé od altri da un danno grave alla persona. Si tratta del resto di una soluzione che opera altresì a livello giurisprudenziale specie in materia di minaccia di far valere un diritto (art. 1438 c.c.).

In base ad un consistente filone giurisprudenziale, sarebbe proprio la presenza di uno squilibrio tra le prestazioni contrattuali a rendere ingiusto il vantaggio conseguito mediante la minaccia di far valere un diritto, ed aprire per ciò stesso la porta ai rimedi. Il che significa che il vizio del consenso del minacciato può assumere rilevanza solo in presenza di uno squilibrio tra le prestazioni.

Nei casi esaminati lo squilibrio tra le prestazioni non è frutto di una libera scelta, ma è la conseguenza di un vizio del consenso al quale l'ordinamento reagisce apprestando specifici rimedi. In questa prospettiva la presenza di un vizio del consenso consente di dar voce alle esigenze di giustizia contrattuale ed equità sostanziale.

9. Vizi del consenso e conservazione del contratto

Negli ultimi tempi si è delineata una tendenza volta a conservare il più possibile l'atto di autonomia voluto dalle parti, nonostante il vizio del consenso. La disciplina dell'impugnazione del contratto per vizi del consenso deve pertanto essere coordinata con quella di altri istituti, la cui funzione è quella di consentire la conservazione degli atti di autonomia, ancorché con le modifiche o le integrazioni richieste dalla presenza di un vizio.

La disciplina dei vizi del consenso deve così essere coordinata con la normativa in tema di inserzione automatica di clausole (art. 1339 c.c.). Il contratto, ancorché affetto da vizio del consenso non può infatti essere caducato ogni-

qualvolta avvenga di diritto la sostituzione della clausola invalida con altra clausola prevista dall'ordinamento.

Un discorso comparabile può essere ripetuto a proposito della normativa sull'interpretazione del contratto. Ogniqualevolta in via interpretativa sia possibile risalire ad un nucleo comune di volontà delle parti, il contratto deve essere salvato facendo prevalere la comune intenzione dei contraenti sulla volontà apparente (art. 1362 c.c.). Per converso, nel caso in cui in via interpretativa non sia possibile individuare un nucleo volitivo comune dei contraenti, il contratto può essere considerato puramente e semplicemente nullo per carenza di un requisito essenziale (art. 1325 c.c.).

Notevole importanza ai fini della conservazione del contratto riveste altresì l'istituto della rettifica del contratto, previsto specie in presenza di un errore di calcolo (art. 1430 c.c.). Occorre considerare anche la facoltà della parte non in errore di escludere la caducazione del contratto offrendo di eseguirlo in conformità al contenuto ed alle modalità del contratto che quella intendeva concludere (art. 1432 c.c.).

Si pensi ancora alla possibilità di chiedere il risarcimento del danno per vizio del consenso senza domandare l'annullamento del contratto.

Fermo restando che ai fini dell'annullamento del contratto non rileva la distinzione tra errore scusabile e non scusabile, purché si tratti di un errore riconoscibile, ai fini del risarcimento del danno quella distinzione rileva: mentre ai fini dell'annullamento è sufficiente la riconoscibilità dell'errore, cioè la colpa dell'altro contraente, ai fini del risarcimento del danno occorre altresì che si tratti di un errore scusabile, cioè non dovuto a colpa del soggetto che lo ha commesso.

Ove si consideri che la scusabilità, cioè l'assenza di un concorso di colpa, è un presupposto per il risarcimento del danno anche in materia di vizi incompleti del contratto è possibile effettuare un passo logico ulteriore. L'essenzialità dell'errore rileva infatti unicamente ai fini dell'annullamento del contratto; ne consegue pertanto che mentre ai fini dell'annullamento del contratto l'errore deve essere essenziale e riconoscibile, ai fini del risarcimento del danno esso deve essere riconoscibile e scusabile; mentre infatti la riconoscibilità dell'errore è un presupposto per entrambe le azioni, ai fini dell'annullamento occorre altresì che l'errore sia essenziale; ai fini del risarcimento del danno occorre viceversa che esso sia scusabile.

Ne consegue una parziale diversificazione dei presupposti per agire in annullamento ed in risarcimento: mentre infatti ai fini dell'annullamento occorre che l'errore sia essenziale e riconoscibile, senza che rilevi la sua scusabilità, viceversa ai fini del risarcimento del danno occorre che l'errore sia riconoscibile e scusabile, senza che rilevi la sua essenzialità, tenuto conto del fatto che anche la presenza di un vizio minore consente di chiedere il risarcimento del danno, ancorché sia precluso l'annullamento.

In questa prospettiva, il rimedio risarcitorio può costituire un'effettiva alternativa rispetto a quello caducatorio anche in materia di errore, con conseguente possibilità di preferire il riequilibrio delle condizioni economiche

dello scambio rispetto alla sua caducazione. Si consideri ancora la perfetta separatezza ed autonomia del rimedio risarcitorio rispetto a quello per l'annullamento; ne consegue che nulla osta alla possibilità di agire per i danni anche dopo la prescrizione dell'azione di annullamento. Per converso, ai fini dell'annullamento del contratto non occorre la prova del danno che invece è richiesta ai fini del risarcimento.

10. Vizi del consenso e responsabilità precontrattuale (rinvio)

Si è detto nel precedente paragrafo che in caso di vizi del consenso l'ordinamento offre strumenti di tutela risarcitoria. Centrale sotto questo profilo è l'istituto della responsabilità precontrattuale e dei connessi doveri di informazione. Sul tema si rinvia al capitolo dedicato alla responsabilità precontrattuale.

Si evidenzia in questa sede il seguente aspetto. La presenza di un vizio del consenso consente di ottenere due rimedi: a) l'annullamento del contratto e come conseguenza ulteriore b) il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1338 c.c.

Può darsi che la parte il cui consenso è viziato preferisca mantenere in vita il contratto, salvo il risarcimento del danno. In conformità ai principi generali occorre inoltre che non risultino profili di colpevolezza in capo alla parte che chiede il risarcimento del danno (art. 1227, 2° comma, c.c.). In caso di vizio del consenso rappresentato da errore occorre che quest'ultimo sia altresì scusabile.