



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Dottorato in Diritto comparato, privato, processuale civile e dell'impresa

Curriculum di Diritto processuale civile

XXXII Ciclo

IMPUGNATIVE CONTRATTUALI E LIMITI OGGETTIVI DEL GIUDICATO

Tutor

Chiar.ma Prof.ssa Laura Eugenia Maria SALVANESCHI

Coordinatrice del Corso di Dottorato

Chiar.ma Prof.ssa Maria Teresa CARINCI

Tesi di dottorato di:
Francesca DE GIORGIS

Anno Accademico 2018/2019

A mia madre

INDICE

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO PRIMO: AZIONI ED ECCEZIONI DI IMPUGNATIVA CONTRATTUALE	7
1. Premessa.....	7
2. Segue. Le tecniche di produzione degli effetti giuridici sostanziali. La fattispecie.....	10
3. Segue. Il rapporto tra tecniche di produzione degli effetti giuridici sostanziali e processo. Diritti potestativi sostanziali e a necessario esercizio giudiziale. Sentenze dichiarative e sentenze costitutive.....	14
4. Considerazioni programmatiche.....	21
SEZIONE PRIMA: LE AZIONI DI IMPUGNATIVA CONTRATTUALE	23
5. L'azione di nullità.....	23
6. Segue. Le nullità di protezione.....	31
7. L'azione di annullamento.....	34
8. L'azione di rescissione.....	44
9. L'azione di risoluzione.....	54
9.1. La risoluzione per inadempimento.....	55
9.1.1. La diffida ad adempiere.....	55
9.1.2. La clausola risolutiva espressa.....	60
9.1.3. Il termine essenziale.....	64
9.1.4. La risoluzione <i>ex art. 1453 c.c.</i>	67
9.1.5. Segue. L'azione <i>ex art. 1453 c.c.</i>	78
9.1.6. L'effetto di risoluzione per inadempimento.....	80
9.2. La risoluzione per impossibilità sopravvenuta.....	83
9.3. La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.....	88
9.4. Le ipotesi atipiche di risoluzione.....	93
SEZIONE SECONDA: LE ECCEZIONI DI IMPUGNATIVA CONTRATTUALE	97
10. Le eccezioni di merito. Le eccezioni in senso lato e in senso stretto.....	97
11. L'eccezione di nullità.....	100
12. L'eccezione di annullabilità.....	104
13. L'eccezione di rescindibilità.....	107
14. L'eccezione di risolubilità e l'eccezione di risoluzione.....	109
14.1. Le ipotesi di risoluzione giudiziale. L'eccezione di risolubilità.....	109
14.2. Le ipotesi di risoluzione stragiudiziale. L'eccezione di risoluzione.....	114
15. Il modo di operare delle eccezioni di impugnativa. Le eccezioni-deduzioni e le eccezioni-impugnazioni. La natura della sentenza che rigetta la domanda attorea in accoglimento dell'eccezione di impugnativa.....	117
CAPITOLO SECONDO: I LIMITI OGGETTIVI DEL GIUDICATO NELLE IMPUGNATIVE CONTRATTUALI	132
16. Premessa.....	133
SEZIONE PRIMA: AZIONE DI NULLITÀ, RELATIVA ECCEZIONE E LIMITI OGGETTIVI DEL GIUDICATO	136
17. I rapporti tra oggetto del giudicato, oggetto del processo e oggetto della domanda.....	136
18. Ciò che in astratto può costituire l'oggetto della domanda (e, quindi, del processo e del giudicato).....	141
19. Ciò che in concreto costituisce oggetto della domanda (e, quindi, del processo e del giudicato). Gli elementi di identificazione della domanda.....	146

19.1. Il <i>petitum</i>	147
19.2. La <i>causa petendi</i>	148
19.2.1. La definizione di <i>causa petendi</i>	148
19.2.2. La funzione individuatrice della <i>causa petendi</i> . I diritti autodeterminati e i diritti eterodeterminati.....	153
20. Gli elementi di identificazione della domanda di nullità.....	160
21. Il rilievo officioso di ulteriori cause di nullità e della diversa estensione oggettiva della medesima.....	164
22. Alcuni strumenti di lavoro per modellare l'estensione oggettiva del giudicato. La fattispecie. La pregiudizialità. Il principio della ragione più liquida.....	168
23. L'estensione del giudicato in presenza di rapporti di pregiudizialità tecnica per dipendenza o per incompatibilità.....	176
24. L'estensione del giudicato in presenza di rapporti di pregiudizialità logica.....	182
24.1. Le sentenze di accoglimento.....	182
24.2. Le sentenze di rigetto.....	189
25. Il giudicato su questioni.....	191
26. Il giudicato sulle eccezioni.....	193
27. Il giudicato su questioni di fatto o di diritto comuni a più cause.....	200
28. Il giudicato implicito.....	202
29. L'estensione del giudicato ai motivi della pronuncia.....	206
30. La preclusione del dedotto e del deducibile.....	212
31. Una valutazione d'insieme in merito alla conformazione oggettiva della <i>res indicata</i> in relazione alle azioni e alle eccezioni di nullità del contratto. L'approccio restrittivo quale soluzione preferibile.....	218
32. L'efficacia preclusiva del giudicato.....	232
33. L'efficacia conformativa del giudicato.....	239
SEZIONE SECONDA: AZIONI DI ANNULLAMENTO, RESCISSIONE E RISOLUZIONE, RELATIVE ECCEZIONI E LIMITI OGGETTIVI DEL GIUDICATO.....	
34. Il piano d'indagine.....	244
35. Gli effetti delle sentenze costitutive.....	245
36. L'oggetto dell'accertamento nelle azioni di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale.....	249
36.1. Il diritto alla modificazione giuridica in senso sostanziale.....	249
36.2. Il diritto alla modificazione giuridica in senso processuale.....	256
36.3. La modificazione giuridica.....	261
36.4. Il rapporto contrattuale sul quale dovrebbe incidere la modificazione giuridica.....	263
36.5. Due ulteriori proposte ricostruttive.....	266
36.6. Il vaglio delle diverse opzioni nella prospettiva della tutela dei diritti di azione e di difesa delle parti. L'individuazione dell'oggetto dell'accertamento nei diritti potestativi di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale quale soluzione preferibile.....	268
37. L'estensione del giudicato all'effetto costitutivo.....	277
38. L'oggetto dell'accertamento nelle azioni di risoluzione stragiudiziale.....	286
39. L'estensione del giudicato alle eccezioni di annullabilità, rescindibilità e risoluzione del contratto.....	294
40. La portata della preclusione del dedotto e del deducibile nel settore delle azioni di annullamento, rescissione, risoluzione e delle corrispondenti eccezioni.....	298
41. Considerazioni conclusive in merito all'oggetto del giudicato in relazione alle azioni di annullamento, rescissione, risoluzione del contratto e alle corrispondenti eccezioni.....	304
42. L'efficacia preclusiva del giudicato.....	306
42.1. Le sentenze di accoglimento.....	306
42.2. Le sentenze di rigetto.....	311
43. L'efficacia conformativa del giudicato.....	317

43.1. L'efficacia conformativa delle sentenze che definiscono azioni di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto rispetto a processi su situazioni giuridiche dipendenti.....	318
43.2. L'efficacia conformativa delle sentenze che definiscono azioni aventi ad oggetto diritti contrattuali. I rapporti con successive azioni di impugnativa contrattuale	320
43.3. L'efficacia conformativa delle sentenze che definiscono azioni di accertamento negativo dei singoli diritti potestativi di impugnativa o del singolo effetto di risoluzione stragiudiziale. I rapporti con le corrispondenti azioni di impugnativa contrattuale.....	321
43.4. La reiterazione dei contratti annullati, rescissi o risolti	323
SEZIONE TERZA: I RAPPORTI TRA AZIONI DI ANNULLAMENTO, RESCISSIONE, RISOLUZIONE E NULLITÀ DEL CONTRATTO	329
44. Il “sistema” delle impugnative contrattuali	329
45. La rilevanza officiosa della nullità del contratto nell'ambito delle azioni di annullamento, rescissione e risoluzione	330
46. Il giudicato sulla nullità o sulla validità del contratto	339
CONCLUSIONI	355
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	359

INTRODUZIONE

Impugnativa contrattuali e limiti oggettivi del giudicato.

Queste le poche parole che individuano uno dei temi più spinosi che il processual-civilista si sia trovato – e tuttora si trovi – ad affrontare. Questi i concetti “enigmatici” che delineano i contorni di un dibattito mai sopito ⁽¹⁾. Queste le espressioni che racchiudono e portano con sé innumerevoli dubbi e molteplici letture.

L’oggetto del presente studio si colloca sul crinale che congiunge il diritto civile al diritto processuale civile e costituisce il punto d’incontro dei nuclei pulsanti dell’una e dell’altra materia. Da un lato, il contratto e le sue patologie: rievocando le parole di uno dei più autorevoli civilisti italiani, è ancora oggi più vero che mai che “il cuore del diritto civile è il contratto. E il cuore del contratto sono i rimedi contrattuali” ⁽²⁾. Dall’altro, la cosa giudicata, che da sempre rappresenta l’anima e l’orizzonte del diritto processuale civile.

Recentemente, la Corte di Cassazione è tornata a prendere posizione su tali questioni, adottando un’impostazione di ampio respiro, tesa ad abbracciare gran parte delle tematiche, vuoi sostanziali, vuoi processuali, che ancora attendevano risposte definitive ⁽³⁾.

Il fatto che le Sezioni Unite si siano trovate a discorrere, tra l’altro, di oggetto delle azioni di impugnativa contrattuale, di pregiudizialità logica e di giudicato implicito dimostra che la “malcelata” e pur “benefica inquietudine”, che da tempo immemore accompagna la tematica dell’estensione oggettiva della *res iudicata*, è ancora estremamente attuale e ancora pervade l’animo dell’interprete ⁽⁴⁾.

Tale onnipresente inquietudine trae origine dal silenzio che il legislatore mantiene circa il perimetro oggettivo entro cui deve essere contenuta l’incontrovertibilità di una sentenza.

Sul piano del diritto sostanziale, il codice civile non offre alcun genere di soccorso per chi si inoltri nell’arduo sentiero che porta all’individuazione dell’estensione oggettiva della regiudicata. Da un lato, l’art. 2908 c.c., dettato in materia di pronunce costitutive, si riduce a indicare che, “nei casi previsti dalla legge, l’autorità giudiziaria può costituire, modificare o

⁽¹⁾ In tal senso, si veda R. PERROT, *La cosa giudicata: recenti sviluppi nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.* 1982, p. 1, spec. 1, secondo cui la cosa giudicata “appartiene a quei concetti enigmatici il cui mistero si fa più spesso mentre lo si va ripetendo come un’evidenza”.

⁽²⁾ V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l’ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.* 2005, p. 896, spec. 898.

⁽³⁾ Ci si riferisce a tre arresti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, intercorsi tra il 2012 e il 2014: Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828; Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e la “gemella” Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243, destinate “molto probabilmente a fare storia nel ristretto (ma non tanto) settore dei rapporti fra diritto sostanziale (nella specie, azioni contrattuali) e processo” (A. PROTO PISANI, *Rilevabilità d’ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, in *Foro it.* 2015, I, p. 944, spec. 944).

⁽⁴⁾ Le espressioni utilizzate sono riprese da D. LEIPOLD, *Teilklagen und Rechtskraft*, in K. A. BETTERMANN – A. ZEUNER (a cura di), *Festschrift für Albrecht Zeuner zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 1994, p. 431, spec. 431, che descrive le reazioni dottrinali alle teorie zeuneriane (cfr. *infra*, par. 29) in termini di “benefica inquietudine”; C. GLENDI, *L’oggetto del processo tributario*, Padova, 1984, p. 583, il quale crede che il giudicato sia, da sempre, un tema trattato “con una sorta di malcelato timore per la difficoltà e la complessità che lo riguardano”; S. DALLA BONTÀ, *Una «benefica inquietudine». Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane*, in *Giusto proc. civ.* 2011, p. 891, spec. 892-893.

estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa”; dall’altro, l’art. 2909 c.c., rubricato “Cosa giudicata” e relativo a ogni genere di provvedimento giurisdizionale ⁽⁵⁾, prevede solo che “l’accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa”.

Come si nota, “dall’art. 2908 cod. civ. nulla ricaviamo in ordine [...] alla natura della situazione sostanziale oggetto del giudizio” e del conseguente giudicato ⁽⁶⁾. Né certamente l’art. 2909 c.c. “aiuta molto, riferendo il fenomeno positivo del far stato ad ogni effetto all’accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato; ch  il *busillis*  , appunto, stabilire che cosa sia stato accertato e accertato con idoneit  al giudicato” ⁽⁷⁾.

Nemmeno volgendo l’attenzione al diritto processuale si riescono a trovare indicazioni – univoche e specifiche – relative alla portata oggettiva della *res iudicata*. E ci  non perch  il codice di procedura civile ignori completamente il tema (il che non  ), ma perch  non vi sono norme che abbiano il *solo* scopo di disciplinare la questione, nelle quali il legislatore abbia trasposto *esplicitamente* la sua volont  di dare determinati confini all’incontestabilit  dei provvedimenti giurisdizionali.

Innanzitutto, si deve escludere che indizi relativi alla tematica oggetto del presente studio possano trarsi dall’art. 324 c.p.c. La disposizione, rubricata “Cosa giudicata formale”, non fa altro che individuare il momento in cui una sentenza si intende passata in giudicato: tratta, dunque, del “quando”, non del “cosa”. In secondo luogo, analoga estromissione pu  predicarsi per gli artt. 12 e 13 c.p.c., i quali pur vengono, da alcuni autori, richiamati come utili. Tali norme, invero, sono dettate con riferimento a problematiche completamente diverse, ossia con riferimento alla competenza e, precisamente, alla competenza per valore ⁽⁸⁾.

Infine, nemmeno l’art. 34 c.p.c. – che recita: “il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti   necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest’ultimo...” – pu  essere definito come una norma che disciplini *in modo specifico* i limiti oggettivi del giudicato ⁽⁹⁾. Vi   un duplice dato letterale che spinge per tale conclusione. *In primis*, la disposizione   rubricata “Accertamenti incidentali”, anzich  “Limiti oggettivi del giudicato” o simili, come ci si sarebbe potuti aspettare da un legislatore che avesse voluto prendere puntualmente posizione sulla tematica. *In secundis*, essa  

⁽⁵⁾ Sia esso dichiarativo, costitutivo, o di condanna.

⁽⁶⁾ C. FERRI, *Profili dell’accertamento costitutivo*, Padova, 1970, pp. 8, 11.

⁽⁷⁾ “Posto che ogni pronuncia di giudice giunge al dispositivo operando consapevolmente o attuando implicitamente una serie di scelte via via pi  vicine all’oggetto della controversia”: S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in AA.VV., *Tutela dei diritti*, tomo I, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1997, p. 48. In senso analogo, si veda S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XVI, Torino, 1999, p. 404, spec. 428, secondo cui l’articolo in esame non chiarisce quale sia “l’oggetto dell’accertamento autoritativo”.

⁽⁸⁾ L’esame degli articoli menzionati verr  approfondito *infra*, parr. 24.1 ss.

⁽⁹⁾ Come rilevato anche da C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2016, p. 178, “non esiste una norma [...] *specificamente dedicata* a problemi di estensione oggettiva del giudicato” (corsivo mio).

contenuta nella sezione relativa alle “modificazioni della competenza per ragioni di connessione”: ancora una volta, nessuna menzione della cosa giudicata. Chiaro è che non si possa negare che l’articolo in parola abbia una qualche attinenza con la portata oggettiva dell’incontrovertibilità; tuttavia, non si può nemmeno affermare che il problema dei limiti oggettivi sia “risolto [...] senza possibile ombra di dubbio, dall’art. 34 c.p.c.”⁽¹⁰⁾. Basti pensare al fatto che la norma non specifica alcunché in relazione alla nozione di “questione pregiudiziale”⁽¹¹⁾. Pertanto, essa può senz’altro essere presa in considerazione da un punto di vista sistematico, ma non può essere considerata la norma con la quale il legislatore abbia dettato la disciplina codicistica dell’estensione oggettiva dell’irretrattabilità delle sentenze⁽¹²⁾.

Una volta constatato che il tema in discorso non trova risposte univoche nel diritto positivo, non resta che ammettere che le soluzioni prospettabili sono tutte, allo stesso modo, condizionate dalla necessità di scegliere tra valori contraddittori⁽¹³⁾; “l’interprete, cioè, nell’affrontare le singole questioni, deve lasciarsi guidare, se vuole essere almeno coerente, da un unico criterio generale, da un comune motivo ispiratore, che viene così ad essere privilegiato rispetto ad altri pure prospettabili”⁽¹⁴⁾. Così, da un lato, vi sono coloro che enfatizzano il ruolo del principio di economia dei giudizi e dell’esigenza di armonizzazione delle decisioni; dall’altro, coloro che pongono l’accento sui principi della domanda e del contraddittorio. I primi sono portati ad ampliare l’ambito oggettivo del giudicato, ritenendo che il processo civile, così lungo, costoso e faticoso, debba al suo termine almeno indicare alle parti – in modo definitivo – quali siano le condotte da tenere in futuro in ordine agli interessi sostanziali in gioco. I secondi sono, invece, inclini a lasciare alle parti il potere di scegliere, con piena libertà, la materia su cui vogliono che il provvedimento giurisdizionale incida⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁰⁾ A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e i suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.* 1990, p. 386, spec. 394.

⁽¹¹⁾ Come sottolineato da S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 437.

⁽¹²⁾ Per un’analisi più dettagliata dell’art. 34 c.p.c. e del suo rapporto con i limiti oggettivi del giudicato, si veda *infra*, parr. 23 ss.

⁽¹³⁾ “Mai come in questo campo” – sottolinea G. VERDE, *Diritto processuale civile*, vol. II, Bologna, 2017, p. 289 – “le conclusioni sono pregiudicate dalle premesse e [...] alla base delle premesse molto spesso vi sono scelte di valore o opzioni di carattere ideologico”. Cfr. anche G. VERDE, *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 2017, p. 13, spec. 13. In senso analogo, S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 429, scrive: “certo è che le scelte di valore hanno pregiudicato e pregiudicano notevolmente le risposte che si sono date e che si danno ai problemi che la concreta esperienza ha posto e continua a porre alla giurisprudenza pratica e teorica”. Anche la Suprema Corte afferma che “le complesse e delicate problematiche che [l’individuazione dell’oggetto del giudicato] pone, ben lungi dal trovare risposte certe nel diritto positivo, risultano tutte e allo stesso modo condizionate dalla necessità di operare una scelta tra valori talora contrastanti”: Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 4.1.

⁽¹⁴⁾ S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., pp. 428-429. Per rilievi analoghi, si vedano A. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, in *Riv. dir. civ.* 1964, p. 28, spec. 41, per il quale “è saggia regola, quando si affronta un problema complesso, individuare alcuni punti fermi che possano servire da orientamento e da base di partenza”; R. POLI, *In tema di giudicato e accertamento dei fatti*, in *Riv. dir. proc.* 1999, p. 581, spec. 583, che, rassegnato, confessa: “la conseguenza di questo stato di incertezza è che non sembra possibile, nell’analisi delle singole fattispecie, prospettare soluzioni «sicure», ma solo il più possibile coerenti rispetto alle direttrici sistematiche cui si ritiene di aderire”.

⁽¹⁵⁾ Cfr., per la divisione prospettata, S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 429. Declinando la problematica nel campo delle impugnative contrattuali, le Sezioni Unite hanno affermato che “la soluzione da offrire al tema

Le due opposte interpretazioni hanno pari dignità e pari fondamento: sono ispirate da visioni antitetiche, ma egualmente sostenibili ⁽¹⁶⁾. Quindi, i quesiti che bisogna porsi, quando ci si accinge ad affrontare il tema dei limiti oggettivi della cosa giudicata nelle impugnative contrattuali, sono questi: quale funzione si vuole attribuire al giudicato? Si vuole che esso sia strumento di economia processuale o di garanzia di ciò che le parti scelgono di far valere in giudizio?

Per onestà intellettuale, è opportuno enunciare subito la scelta di valore alla quale si vuole aderire e che condiziona l'intera analisi compiuta nel presente studio.

Si è detto che la legislazione ordinaria non fornisce una specifica norma in tema di limiti oggettivi e che, per delinearli, è necessario ricorrere a una interpretazione sistematica. Ebbene, sembra corretto salire di rango e valutare se il legislatore costituzionale abbia fornito dei criteri che possano guidare nell'opera che qui si intraprende. Sono due le norme idonee a costituire una bussola per lo studioso. La prima è l'art. 24, c. 1 e 2, Cost., per cui "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento". La seconda è l'art. 111, c. 2, Cost., in forza del quale "ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata".

L'ideale sarebbe definire una conformazione oggettiva che consenta alla *res iudicata* di essere costituzionalmente orientata ⁽¹⁷⁾. Applicando i principi enunciati al tema di interesse, se ne trae che la soluzione ottimale è quella che permetta alle parti di esercitare i loro diritti di azione e difesa e di contraddire sulle proprie situazioni giuridiche sostanziali in una posizione di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale; il tutto cercando di evitare lungaggini processuali e ripetizioni di giudizi sulla stessa lite.

Ma la scelta appena compiuta è ancora troppo generica e va ulteriormente precisata. Come visto, l'esigenza di rispettare le domande delle parti e, dunque, i loro diritti di azione e difesa e la necessità di evitare diseconomie giudiziali portano a risultati diametralmente opposti: la prima conduce a una restrizione dell'ambito oggettivo dell'incontrovertibilità, che deve ricalcare ciò che le parti hanno chiesto, anche qualora le istanze riguardino un mero segmento di una più articolata vicenda sostanziale; la seconda, invece, spinge verso un ampliamento della *res iudicata*, di modo che, maggiore sia la portata di una pronuncia, minore sia la possibilità per le parti di instaurare giudizi *lato sensu* collaterali alla prima controversia.

delle impugnative negoziali non può prescindere dalla necessità di evitare una disarticolazione, tramite il processo, di una realtà sostanziale irrimediabilmente unitaria. È altrettanto certo che il principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato hanno a loro volta dignità di *Generalklauseln* nel processo civile": Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 5.9. In tal senso, cfr. anche R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Napoli, 2001, p. 83.

⁽¹⁶⁾ Lo notano anche S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 437; R. POLI, *In tema di giudicato* cit., p. 583, per cui "quasi per ogni questione in tema di limiti oggettivi del giudicato è prospettabile un ventaglio di soluzioni, tutte peraltro (all'interno del proprio sistema) logicamente plausibili".

⁽¹⁷⁾ Di questo parere è anche V. CARBONE, "Porte aperte" delle Sezioni Unite alla rilevanza d'ufficio del giudice della nullità del contratto, in *Corr. giur.* 2015, p. 88, spec. 99, per il quale "è il diritto vivente che richiede, ai sensi dell'art. 117 comma 1 Cost. novellato nel 2001, un'interpretazione costituzionalmente orientata".

Si tratta, dunque, di prendere una seconda decisione e di attribuire preminenza all'una o all'altra necessità.

A mio parere, l'elemento che fa pendere la bilancia verso l'una o verso l'altra è fornito dalla stessa Carta fondamentale: mentre il diritto di difesa viene espressamente definito come “inviolabile”, un epiteto di tal sorta non viene attribuito, per converso, all'altro (pur importante) diritto alla ragionevole durata del processo. Pertanto, si ritiene preferibile tenere come pietra angolare, nella costruzione dei limiti oggettivi della regiudicata, i diritti garantiti dall'art. 24 Cost. ⁽¹⁸⁾.

Ecco, dunque, effettuata la scelta, a supporto della quale possono essere riprese le incisive parole di un insigne processualista che la condivide: “siamo dell'idea [...] che, almeno per quanto riguarda le situazioni giuridiche disponibili, il nostro processo sia retto dal principio della domanda e che le parti abbiano il potere di ritagliare con piena libertà la materia su cui vogliono che incida il provvedimento giurisdizionale. Siamo consapevoli che questa scelta comporta rischi di ingiustificate frammentazioni della materia controversa e di eventuali contraddizioni tra decisioni che sarebbe bene conservare omogenee; sappiamo che in questo modo si va contro le esigenze di economia processuale; ma sappiamo anche che questo è il solo modo per garantire alle parti che *la decisione sia quella da loro chiesta* e non quella che si potrebbe tirar fuori *a loro insaputa* in un momento successivo e sulla base di operazioni interpretative rispetto alle quali la discrezionalità dei magistrati sarebbe quasi totale [...]. E sappiamo, infine, che *soltanto in questo modo si dà piena e soddisfacente tutela al diritto di difesa*, che è uno dei cardini del processo recepiti a livello costituzionale” (corsivo mio) ⁽¹⁹⁾.

Si è, così, individuato il valore che si intende rispettare e che rappresenterà la “stella polare” nel percorso che condurrà alla definizione dei limiti oggettivi del giudicato nel contesto delle impugnative dei contratti. Prima di addentrarci nel vivo del discorso, sembra appropriato indicare brevemente il piano dell'opera.

Il primo capitolo sarà dedicato all'analisi delle impugnative contrattuali e sarà suddiviso in due sezioni: nella prima ci si concentrerà sulle azioni di nullità, annullamento, rescissione e risoluzione, nella seconda sulle relative eccezioni, con il duplice obiettivo di (i) individuare la modalità con cui i corrispondenti effetti si producono sul piano sostanziale e conseguentemente (ii) determinare la natura – dichiarativa o costitutiva – delle sentenze che definiscono giudizi in cui tali effetti vengano in considerazione.

Si getteranno così le basi per affrontare il tema centrale del presente elaborato, ossia quello dei limiti oggettivi del giudicato che si forma a seguito della proposizione di domande

⁽¹⁸⁾ Di analoghe vedute è C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. I. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, p. 215, spec. 280, per cui il principio della domanda “non può cedere il passo ad esclusive esigenze processuali di economia dei giudizi”.

⁽¹⁹⁾ G. VERDE, *Diritto processuale* cit., vol. II, pp. 289-290. Si esprime in termini equivalenti anche M. TARUFFO, «Collateral estoppel» e *giudicato sulle questioni*, in *Riv. dir. proc.* 1972, p. 272, spec. 273, chiaro nel dire che “l'esigenza fondamentale è quella di ricondurre la dottrina del giudicato al *banco di prova del diritto di difesa*. [L]a parte [...] può essere vincolata soltanto nei limiti in cui, dal punto di vista [...] oggettivo, abbia *concretamente goduto di tale garanzia*” (corsivo mio).

o di eccezioni di impugnativa contrattuale. Lo svolgimento di tale analisi occuperà l'intero secondo capitolo, che avrà una struttura tripartita.

Nella prima sezione, si esamineranno i contorni che la *res indicata* assume a fronte di azioni di nullità del contratto, oppure a fronte di azioni volte a far valere uno o più effetti derivanti da un contratto, ove la nullità sia eccepita dalla parte convenuta o rilevata d'ufficio dal giudice. Nella seconda, si volgerà l'attenzione al tema dell'oggetto del processo, prima, e del giudicato, poi, nell'ambito delle azioni di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto, nonché nel contesto dei giudizi in cui si azionano uno o più effetti derivanti da un contratto, quando la controparte eccepisca l'annullabilità, la rescindibilità o la risoluzione dell'accordo negoziale. Infine, la terza e ultima sezione sarà deputata all'indagine sui rapporti tra le azioni di annullamento, rescissione, risoluzione e la nullità del contratto.

Scopo del presente studio è, anzitutto, quello di compiere un'opera di sistematizzazione delle poliedriche opinioni che si sono susseguite sulle problematiche delineate e, in secondo luogo, quello di proporre una ricostruzione dei limiti oggettivi del giudicato, nel settore delle impugnative contrattuali, che bilanci, nel miglior modo possibile, gli interessi in gioco. A questi fini, la scelta di sistema qui operata costituirà il punto di riferimento per non perdersi nella selva delle teorie che si incontrano e si scontrano sul terreno della *res indicata*. E sarà anche un parametro per valutare se il *Restatement* operato dalla Cassazione negli anni 2012/2014 debba essere applaudito come punto d'arrivo di molti lustri di dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, o se debba essere salutato come un piccolo, gradito, passo in avanti verso un traguardo ancora lontano.

CAPITOLO PRIMO

AZIONI ED ECCEZIONI DI IMPUGNATIVA CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Segue. Le tecniche di produzione degli effetti giuridici sostanziali. La fattispecie – 3. Segue. Il rapporto tra tecniche di produzione degli effetti giuridici sostanziali e processo. Diritti potestativi sostanziali e a necessario esercizio giudiziale. Sentenze dichiarative e sentenze costitutive – 4. Considerazioni programmatiche – SEZIONE PRIMA: LE AZIONI DI IMPUGNATIVA CONTRATTUALE – 5. L'azione di nullità – 6. Segue. Le nullità di protezione – 7. L'azione di annullamento – 8. L'azione di rescissione – 9. L'azione di risoluzione – 9.1. La risoluzione per inadempimento – 9.1.1. La diffida ad adempiere – 9.1.2. La clausola risolutiva espressa – 9.1.3. Il termine essenziale – 9.1.4. La risoluzione *ex art.* 1453 c.c. – 9.1.5. Segue. L'azione *ex art.* 1453 c.c. – 9.1.6. L'effetto di risoluzione per inadempimento – 9.2. La risoluzione per impossibilità sopravvenuta – 9.3. La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta – 9.4. Le ipotesi atipiche di risoluzione – SEZIONE SECONDA: LE ECCEZIONI DI IMPUGNATIVA CONTRATTUALE – 10. Le eccezioni di merito. Le eccezioni in senso lato e in senso stretto – 11. L'eccezione di nullità – 12. L'eccezione di annullabilità – 13. L'eccezione di rescindibilità – 14. L'eccezione di risolubilità e l'eccezione di risoluzione – 14.1. Le ipotesi di risoluzione giudiziale. L'eccezione di risolubilità – 14.2. Le ipotesi di risoluzione stragiudiziale. L'eccezione di risoluzione – 15. Il modo di operare delle eccezioni di impugnativa. Le eccezioni-deduzioni e le eccezioni-impugnazioni. La natura della sentenza che rigetta la domanda attorea in accoglimento dell'eccezione di impugnativa

1. Premessa

Lo studio della conformazione oggettiva che la *res indicata* assume nel peculiare settore delle impugnative contrattuali ha quale irrinunciabile fondamento l'esame di queste ultime dall'angolazione del diritto sostanziale.

Per azioni di impugnativa contrattuale si intendono quelle azioni che hanno per presupposto un contratto e che si fondano su un vizio genetico o funzionale del medesimo: si tratta delle azioni di nullità, annullamento, rescissione e risoluzione (per inadempimento, impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità sopravvenuta) del contratto ⁽²⁰⁾.

Si impongono subito due precisazioni terminologiche.

Innanzitutto, non manca in dottrina chi si riferisce alle azioni in discorso attribuendo al sostantivo “impugnativa” l'epiteto “negoziale” ⁽²¹⁾. Tale scelta lessicale è senz'altro corretta sotto il profilo dogmatico, ma non è, a mio avviso, la più puntuale.

Come noto, il negozio giuridico è un atto di volontà diretto a uno scopo rilevante per l'ordinamento giuridico, al quale l'ordinamento stesso ricollega effetti giuridici conformi al risultato voluto (sempre che la finalità dell'atto sia meritevole di tutela e che esso risponda

⁽²⁰⁾ Cfr. in tal senso A. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, Torino, 1952, p. 253, secondo cui le azioni indicate nel testo appartengono tutte “alla stessa famiglia”; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, Napoli, 1965 (rist.), p. 193; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, pp. 42-43.

⁽²¹⁾ Cfr., in via esemplificativa, M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., pp. 42-43; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 2002, p. 144.

ai requisiti fissati dalla legge per le singole figure negoziali)⁽²²⁾. Ora, se è vero che il contratto viene definito senza esitazioni come “la figura più importante di negozio giuridico”⁽²³⁾, è altrettanto vero che nella categoria sono ricompresi numerosi altri atti, i quali sono parimenti suscettibili di impugnazione: si pensi, per citare gli esempi più frequenti nella pratica, al testamento, alla deliberazione dell’assemblea di una società o di un condominio, al matrimonio, al riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio⁽²⁴⁾. Poiché il contratto si presenta come una delle tante *species* del *genus* negozio giuridico, appare più appropriato, per chi si prefigga un’analisi limitata alle impugnazioni dei soli contratti, quale quella oggetto della presente trattazione, utilizzare la più precisa locuzione “impugnative contrattuali”, anziché l’onnicomprendente “impugnative negoziali”.

In secondo luogo, nel linguaggio corrente si è soliti disquisire di impugnazione “del contratto” e, con riferimento all’esito positivo di detta azione, di nullità, annullamento, rescissione o risoluzione “del contratto”. Tuttavia, occorre chiarire che si tratta di forme sintetiche che descrivono fenomeni in realtà più complessi.

L’atto contrattuale, in sé considerato, è un mero fatto e, in quanto tale, non può essere oggetto di autonomo processo⁽²⁵⁾, né può essere in alcun modo concretamente eliminato⁽²⁶⁾. E in effetti, a ben vedere, le azioni di impugnativa contrattuale non vengono esperite contro il negozio, bensì contro l’efficacia dello stesso, e quindi contro il rapporto

(22) È questa la definizione data dalla dottrina tradizionale: v. C. M. BIANCA, *Diritto civile, III. Il contratto*, Milano, 2000, pp. 7-8; L. FERRI, *L’autonomia privata*, Milano, 1959, p. 27, per cui “il negozio giuridico è tipica espressione della volontà dei singoli diretta al perseguimento di fini o interessi tipicamente privati”; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 1 ss., che definisce “il negozio giuridico come la manifestazione di volontà di una o più parti che mira a produrre un effetto giuridico, e cioè la nascita o la modificazione o l’accertamento oppure l’estinzione di un diritto subbietivo”; i negozi giuridici “hanno in comune questo di essenziale, di essere voluti dall’interessato per conseguire un certo effetto il quale, se si verifica, è la conseguenza immediata della volontà”; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017, p. 213; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2018, p. 155. Una definizione molto simile è fornita da E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002 (rist.), p. 54 ss., al quale, però, preme delineare il ruolo della volontà in modo più preciso rispetto a quanto comunemente effettuato: secondo l’autorevole studioso, il negozio giuridico è “l’atto con cui il singolo regola da sé i propri interessi nei rapporti con altri [...]: atto al quale il diritto ricollega gli effetti più conformi alla funzione economico-sociale che ne caratterizza il tipo”. L’Autore esplicita che non è sua intenzione mettere in dubbio che “la volontà costituisca un elemento normale del negozio giuridico”, bensì semplicemente evidenziare che la volontà “deve rendersi esteriormente riconoscibile nell’ambiente sociale, per poter [...] ottenere la tutela dell’ordine giuridico”.

(23) Così A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale cit.*, p. 529.

(24) Per la riconduzione di tali atti nell’alveo della figura del negozio giuridico, cfr. G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico cit.*, pp. 10, 39-40, 45-46; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale cit.*, pp. 214-215; P. TRIMARCHI, *Istituzioni cit.*, p. 160 ss.

(25) Sul punto, v. *infra*, par. 18.

(26) Cfr. N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Napoli, 1992 (rist.), p. 332, per cui “il negozio giuridico, [...] considerato come fatto per sé stante e realmente compiuto[,] non può distruggersi”; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative cit.*, p. 54: “l’atto in sé, quale fatto, non può essere realmente né annullato, né in qualsiasi altro modo eliminato”; N. IRTI, *Risoluzione di contratto nullo?*, in *Foro pad.* 1971, p. 741, spec. 744, secondo cui “il contratto, quando sia accaduto nel mondo storico e giuridico – come realtà conforme ad uno schema legislativo – è quello che è e non può mai cessare di essere”; E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, vol. I, *Dei contratti in generale*, Padova, 1931, pp. 12-13, per cui “quando si dice dunque che si scioglie o si risolve «il contratto» non si vuol dire che si risolve l’avvenimento accaduto, bensì la situazione giuridica o il rapporto giuridico che ne sia sorto. Così quando si dice che il contratto «cessa», che il contratto «si estingue» e così di seguito”.

contrattuale che dal medesimo scaturisce ⁽²⁷⁾. A rigore, allora, sarebbe più corretto discorrere di impugnazioni “degli effetti prodotti dai contratti” e riferire la nullità, l’annullamento, la rescissione e la risoluzione a tali effetti. Ragioni di sintesi possono comunque giustificare l’impiego delle espressioni ricordate all’inizio del capoverso, purché si sia consapevoli che si tratta di formule “condensate”, in cui il richiamo agli effetti del contratto è stato eliso ⁽²⁸⁾.

Le impugnative contrattuali possono comparire sulla scena processuale, oltre che nella forma di azioni, anche con la veste di eccezioni: in tali ipotesi, traendo spunto dal linguaggio codicistico, si suole parlare di eccezioni di nullità, annullabilità, rescindibilità e risolubilità (ancora una volta, a seconda dei casi, per inadempimento, impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità sopravvenuta) del contratto ⁽²⁹⁾. E ciò benché si osservi, sia in dottrina sia in giurisprudenza, una certa flessibilità in punto di nomenclatura giuridica e si trovino spesso utilizzati anche in questo campo i termini – caratteristici delle azioni – di annullamento, rescissione e risoluzione.

Anche per le eccezioni di impugnativa contrattuale valgono, *mutatis mutandis*, le considerazioni terminologiche svolte *supra*.

Come accennato in apertura, i problemi relativi alla delimitazione oggettiva del giudicato nel contesto delle impugnative contrattuali sono intimamente connessi con la ricostruzione sostanziale delle stesse, e anzi in parte traggono origine proprio da tale ricostruzione. Infatti, come si vedrà *funditus* nel corso del secondo capitolo, le questioni che devono essere risolte al fine di delineare l’oggetto della cosa giudicata dipendono non solo dall’oggetto del singolo giudizio, ma anche dagli effetti giuridici che la singola sentenza è idonea a produrre, i quali, a loro volta, dipendono dalle modalità con cui gli effetti giuridici si realizzano in forza del diritto sostanziale ⁽³⁰⁾.

L’impostazione dell’indagine relativa allo spinoso tema del giudicato, tipico del diritto processuale, affonda dunque le proprie radici nel diritto sostanziale; ed è proprio da qui che occorre cominciare.

⁽²⁷⁾ In proposito, cfr. M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950, p. 271 (implicitamente); I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, pp. 202, 316, nt. 15: “A nostro parere, nessuna delle impugnative negoziali si può dire rivolta verso l’atto negoziale, perché in realtà non è mai l’atto che si elimina (per il principio del *quod factum infectum fieri nequit*), bensì l’efficacia dell’atto (*id est*, il rapporto contrattuale di cui l’atto è *causa petendi*)”. In termini analoghi, con specifico riferimento al rimedio della risoluzione, v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., p. 488, per cui la risoluzione “si appunta propriamente non contro il negozio, ma contro il *rapporto* giuridico cui esso ha dato vita”; N. IRTI, *Risoluzione* cit., p. 744, secondo cui “la risoluzione non è del contratto, ma del rapporto o della serie di rapporti derivanti dal contratto”.

⁽²⁸⁾ Così M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 54, secondo cui “tale modo di esprimersi può anche accettarsi, essendo idoneo a sintetizzare in modo efficace il senso dell’intervento del giudice. Esso non è però, a rigore, corretto e bisogna stare attenti a non lasciarsene fuorviare, nella analisi dei fenomeni”.

⁽²⁹⁾ Per le prime tre tipologie di eccezioni, cfr. gli artt. 1421, 1442, c. 4, e 1449, c. 2, c.c. Quanto all’ultima, la denominazione indicata non discende dal testo normativo: l’eccezione di risolubilità del contratto, infatti, non trova espressa disciplina nel codice civile quale autonoma eccezione a carattere generale (v. *infra*, par. 14). Sulla corretta denominazione di tale eccezione, si veda parimenti *infra*, par. 14.

⁽³⁰⁾ La portata di queste affermazioni assumerà contorni più definiti nel corso della trattazione.

2. Segue. Le tecniche di produzione degli effetti giuridici sostanziali. La fattispecie

Nell'ambito della teoria generale del diritto, sono stati enucleati quattro diversi schemi tramite i quali gli effetti giuridici sostanziali possono venire alla luce ⁽³¹⁾.

Innanzitutto, gli effetti sostanziali possono sorgere sulla base dello schema norma – potere – effetto. Ciò accade quando la norma di legge generale ed astratta si astiene dal dettare in via immediata la disciplina degli interessi in conflitto relativi ai beni giuridici e demanda la fissazione di tale disciplina al potere dei privati (all'autonomia privata) o della pubblica amministrazione (al potere amministrativo in senso proprio). In tali ipotesi, la legge non ricollega direttamente a determinati fatti l'insorgere di situazioni soggettive di pretesa, facoltà, obbligo o soggezione, ma stabilisce soltanto le modalità con cui il citato potere deve essere inderogabilmente esercitato; è poi l'atto di esercizio del potere a procurare la nascita di situazioni soggettive tra le parti. Viceversa – ed è questo il tratto caratteristico della tecnica in esame – prima che il potere sia esercitato non sussiste alcuna relazione tra chi lo esercita e chi ne subisce gli effetti, ovvero tra coloro che lo esercitano consensualmente. Quale esempio concreto di operatività del descritto schema può farsi il seguente: la stipulazione di un contratto di compravendita di un bene mobile comporta l'insorgere di un diritto alla consegna dello stesso in capo al compratore, ai sensi dell'art. 1476 c.c., e la consegna deve avvenire con le modalità concordate dalle parti.

Il secondo schema di produzione degli effetti sostanziali è composto dagli elementi norma – fatto – effetto. La norma (che può essere sia contenuta in una legge generale ed astratta sia enunciata da un atto negoziale o da un provvedimento amministrativo) detta in via immediata la disciplina degli interessi in conflitto in ordine ai beni giuridici e ricollega direttamente a determinati fatti l'insorgere di situazioni soggettive di pretesa, facoltà, obbligo o soggezione. In tali ipotesi, l'effetto giuridico è cagionato unicamente dal verificarsi del fatto previsto dalla norma, senza che sia necessaria l'intermediazione di alcun potere sostanziale. È il caso dell'acquisto del diritto di proprietà di una *res nullius* in forza della sua occupazione, ai sensi dell'art. 923 c.c.

La terza modalità con cui si realizzano gli effetti sostanziali segue lo schema norma – fatto – potere sull'*an* – effetto. Ancora una volta è la norma (generale ed astratta, contrattuale o amministrativa) a dettare la disciplina degli interessi in conflitto rispetto ai beni giuridici e a individuare le situazioni giuridiche soggettive di pretesa, facoltà, obbligo o soggezione che si ricollegano a determinati fatti. Tuttavia, in questo caso, la genesi di tali effetti è subordinata all'esercizio di un potere sostanziale unilaterale con cui una parte attribuisce rilevanza al fatto. Detto potere, a differenza di quello ricompreso nel primo schema di produzione degli effetti sostanziali *supra* esaminato: (i) è discrezionale solo quanto all'*an*, essendo invece il

⁽³¹⁾ Un'analisi approfondita di tali schemi è condotta da A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.* 1991, p. 60, spec. 62 ss. Cfr. anche G. IORIO, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, Milano, 2012, p. 21 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 151; R. ORIANI, voce *Eccezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 262, spec. 272; R. ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione giudiziale e decadenza*, Padova, 2003, p. 1 ss.

contenuto degli effetti integralmente fissato dalla norma; (ii) presuppone sempre la preesistenza di una relazione sostanziale tra chi lo esercita e il destinatario passivo dello stesso. Come si vede, a differenza della precedente ipotesi, in cui la valutazione sulla necessità dell'effetto è compiuta *a priori* dal legislatore, qui tale valutazione è rimessa, caso per caso, all'interesse della parte ⁽³²⁾. Un tipico effetto che si genera secondo la tecnica in discorso è il ritrasferimento del diritto di proprietà al venditore in presenza del c.d. patto di riscatto ⁽³³⁾.

Infine, l'ultimo schema dal quale si originano effetti giuridici sostanziali è costituito dalla sequenza norma – fatto – potere sull'*an* – accertamento giudiziale – effetto. Come nelle precedenti due ipotesi, è sempre la norma (generale ed astratta, contrattuale o amministrativa) a dettare la disciplina degli interessi in conflitto rispetto ai beni giuridici e a individuare le situazioni giuridiche soggettive di pretesa, facoltà, obbligo o soggezione che si ricollegano a determinati fatti. Tuttavia, il prodursi di tali effetti è subordinato non solo all'esercizio di un potere di parte che consenta di attribuire rilevanza al fatto, ma anche al previo accertamento giudiziale dell'effettiva esistenza dei presupposti richiesti dalla legge per la creazione di una nuova situazione giuridica. Anche in questa occasione: (i) poiché gli effetti sono predeterminati dalla norma, il potere si rivela discrezionale solo sull'*an* e non sul contenuto degli effetti medesimi; (ii) la sussistenza del potere presuppone una relazione tra il titolare e il destinatario passivo dello stesso. Si pensi, ad esempio, alla revocazione della donazione per sopravvenienza di figli *ex art.* 800 c.c., la cui fattispecie costitutiva è composta, oltre che dalla sopravvenienza di figli, anche dalla domanda giudiziale del soggetto interessato e dalla sentenza che la accoglie.

Utilizzando come punto di partenza le componenti dei quattro schemi appena elencati, pare qui opportuno effettuare una breve digressione sul concetto di fattispecie, che costituisce una delle colonne portanti attorno alle quali si svilupperà l'analisi che ci si propone di compiere ⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ Lo rileva anche R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 272: "l'ordinamento attribuisce al soggetto privato la facoltà di scelta se creare il nuovo rapporto, previsto a tutela del suo interesse dalla norma di modificazione, ovvero se conservare lo *status* esistente; la legge inserisce, all'interno della fattispecie produttiva del rapporto, un atto con il quale l'interessato deve manifestare l'iniziativa di avvalersi della tutela disposta a suo favore". Nell'ipotesi in esame, allora, la situazione giuridica preesistente non subisce una modificazione direttamente a causa dell'accadere del fatto, ma in dipendenza di esso acquista una "suscettibilità alla modificazione" (la felice espressione è di L. CIFFO BONACCORSO, *Diritti potestativi e sentenza costitutiva*, in *Giur. it.* 1959, IV, p. 129, spec. 136): siffatta "suscettibilità" deriva appunto dalla circostanza che un soggetto acquista il potere di provocare la modificazione giuridica.

Le osservazioni appena effettuate valgono anche per il fatto e il potere sull'*an* che compongono il quarto schema di produzione degli effetti sostanziali, sul quale subito *infra* nel testo.

⁽³³⁾ Ai sensi dell'art. 1500 c.c., "il venditore può riservarsi il diritto di riavere la proprietà della cosa venduta mediante la restituzione del prezzo e i rimborsi stabiliti dalle disposizioni che seguono": in forza del patto di riscatto, il venditore ha il potere di provocare unilateralmente il ritrasferimento del diritto alienato a proprio favore.

⁽³⁴⁾ Tale concetto costituisce un fondamentale strumento di lavoro nell'esame delle impugnative contrattuali, sia con riferimento ai profili sostanziali delle stesse sia con riferimento all'oggetto del giudicato che le riguarda. In questa sede, ci si limiterà a delineare gli aspetti utili per le finalità del presente capitolo. L'indagine sarà, poi,

Esistono due tipologie di fattispecie: la fattispecie astratta e la fattispecie concreta. Per fattispecie astratta, si intende il fatto o (più spesso) il complesso di fatti descritti ipoteticamente da una norma giuridica per indicare quanto deve accadere affinché si produca un determinato effetto giuridico. Per fattispecie concreta si intende (non più un modello configurato ipoteticamente, bensì) un fatto o un complesso di fatti realmente verificatisi, rispetto ai quali la norma definisce gli effetti giuridici che ne derivano ⁽³⁵⁾.

A loro volta, i fatti che vanno a comporre le fattispecie (astratte o concrete che siano) vengono suddivisi in quattro categorie, che sono state enucleate muovendo dal disposto dell'art. 2697 c.c. Tale norma prevede che “Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda”. Si suole così distinguere tra fatti: (i) costitutivi, che generano un effetto giuridico; (ii) impeditivi, che inibiscono l'insorgere di un effetto giuridico; (iii) modificativi, che mutano l'effetto giuridico originariamente prodotto; (iv) estintivi, che provocano la cessazione di un effetto giuridico già realizzato.

Tale suddivisione dei fatti giuridici ha condotto la dottrina a indagare e sviluppare ulteriormente la nozione di fattispecie. Secondo un'acuta ricostruzione, che mi sembra meritevole di adesione (se non altro perché semplifica grandemente l'opera di descrizione dei fenomeni), il concetto di fattispecie può assumere due diverse connotazioni: da un lato, si ha la fattispecie, potremmo dire, “costitutiva in senso stretto”, della quale fanno parte solo ed esclusivamente i fatti costitutivi di un effetto giuridico; dall'altro, si ha la fattispecie che si potrebbe definire “in senso ampio”, della quale fanno parte tanto i fatti costitutivi di un effetto giuridico, quanto i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi dello stesso. Alla realizzazione della prima, la legge ricollega l'effetto (ci si scusa per il gioco di parole) di generare un effetto; alla realizzazione della seconda, la legge ricollega l'effetto di escludere che la fattispecie “costitutiva in senso stretto” produca in tutto o in parte gli effetti suoi propri, oppure di modificare o estinguere quegli effetti ⁽³⁶⁾.

integrata nel secondo capitolo con le considerazioni rilevanti per la delimitazione oggettiva del giudicato (v., *infra*, par. 22).

⁽³⁵⁾ Così A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale cit.*, p. 13.

⁽³⁶⁾ La tesi è di E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I. *La pronuncia di merito*, Milano, 1967, p. 251 ss.

Secondo la prospettiva più datata, cui l'Autore si oppone, mentre i fatti modificativi ed estintivi agiscono sull'efficacia di altri fatti *ab externo*, i fatti impeditivi, considerati con il “segno invertito”, fanno parte della fattispecie costitutiva dell'effetto. Al fine di distinguere i fatti costitutivi dai fatti impeditivi, racchiusi entrambi nell'area della fattispecie costitutiva, si propone una distinzione tra gli elementi costitutivi del fatto giuridico e gli elementi che lo integrano al fine di assicurarne la perfetta efficacia, di “confermarlo” (così E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915, p. 347 ss). Sono numerosi gli studiosi che abbracciano questa ricostruzione: tra tanti, v. M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1999, p. 88, per il quale la fattispecie impeditiva è “quella che la norma considera incompatibile col verificarsi della vicenda del rapporto. Poiché il contrario della fattispecie impeditiva non è altro che un fatto giuridico ad efficacia positiva, si può ben dire che fattispecie impeditiva e fatto giuridico contrario a efficacia positiva sono due visuali di una stessa considerazione normativa”; V. ANDRIOLI, *Appunti di diritto processuale civile*, Napoli, 1964, p. 86, secondo cui il fatto può profilarsi come causa (ed è quindi costitutivo dell'effetto) o come occasione (e quindi la sua carenza è impeditiva dell'effetto); E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 339, per cui normalmente ai fatti costitutivi si accompagnano circostanze concorrenti – “necessarie per l'efficacia specifica dei fatti

Applicando le esposte categorie alle modalità di produzione degli effetti sostanziali, si può affermare che: (i) il primo elemento delle tecniche elencate, la norma, individua la fattispecie astratta, o meglio le fattispecie astratte, descrivendo sia quella che si è definita “costitutiva in senso stretto” sia quella che si è definita “in senso ampio”; (ii) tutti gli elementi della sequenza che si trovano tra la norma e l’effetto finale – fatti, poteri sull’an, provvedimenti giudiziali – compongono la fattispecie concreta costitutiva in senso stretto; (iii) dagli schemi fuoriescono le fattispecie concrete in senso ampio⁽³⁷⁾, che possono incidere *ab externo* sulla sussistenza dell’effetto giuridico.

Si può ora concludere il discorso relativo alle tecniche di produzione degli effetti sostanziali con un’ultima importante notazione. La scelta circa la modalità con cui un determinato effetto giuridico viene alla luce – in particolare per quanto riguarda la necessità che l’effetto si avveri per il tramite di una sentenza – è compiuta dal legislatore e si fonda su ragioni di opportunità⁽³⁸⁾.

costitutivi” medesimi – di cui i fatti impeditivi rappresentano il rovescio; E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 2012, p. 156, per il quale “i fatti impeditivi sono l’aspetto e il lato negativo di quelle circostanze che *normalmente* accompagnano il fatto costitutivo e sono necessarie perché questo possa produrre la sua efficacia”.

Contrapponendosi agli studiosi appena citati, Grasso fa notare che “quell’elemento, che la dottrina qualifica fatto impeditivo o modificativo od estintivo, isolato [...] non è individuabile fra le rappresentazioni normative. Esso non è mai assunto da solo in uno schema legale, ma vi appare costantemente connesso con i fatti costitutivi della fattispecie inibita: *solo che esso si presenta col suo segno naturale e non, come si afferma nella concezione criticata, col segno invertito*. Si impone di conseguenza all’interprete una ricostruzione logico-sistematica nella quale gli elementi della fattispecie costitutiva, in concomitanza con un altro dato (il c.d. fatto impeditivo, modificativo od estintivo colto nel valore della formula legislativa), divengono i componenti di una *nuova, più complessa fattispecie*. La legge ricollega alla realizzazione di quest’ultima l’effetto di escludere che la fattispecie costitutiva produca in tutto o *pro parte* gli effetti suoi propri; oppure di modificare o di estinguere quegli effetti”.

Peraltro, l’idea di una duplicazione della fattispecie in una più semplice e in una più complessa aveva trovato spazio nel pensiero di qualche autore già prima de *La pronuncia d’ufficio* di Grasso: V. DENTI, *L’eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1961, p. 22, spec. 28-29, sembra scindere la “fattispecie primaria”, inclusiva di tutti gli elementi – positivi e negativi – necessari per la produzione dell’effetto giuridico, dalla “fattispecie semplificata”, un modello minore del quale fanno parte solo i fatti costitutivi; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 6 ss., distingue tra una situazione di fatto *stricto sensu* e una situazione di fatto *lato sensu*. Quest’ultima si risolve in una fattispecie più ampia, comprendente sia gli elementi costitutivi della prima sia i c.d. presupposti di efficacia, che costituiscono “elementi periferici” della fattispecie, “e pertanto non sarebbe inesatto chiamarli *circostanze*: in quanto stanno *intorno* alla fattispecie, determinandone la sfera di efficacia”. I presupposti di efficacia “hanno rilevanza soprattutto negativa, perché la loro mancanza impedisce il subentrare della conseguenza giuridica: i presupposti di efficacia sono cause concorrenti perché le cause efficienti possano spiegare i loro effetti; ed in quanto tali, considerati nel loro aspetto negativo, vanno ricondotti sotto la nozione di fatto impeditivo”. Secondo l’Autore, dunque, il fatto impeditivo si identifica con l’inesistenza di un presupposto di efficacia: “esso, quindi, pur essendo un fatto giuridico autonomo, spiega la sua funzione inserendosi tra il primo momento del processo qualificativo (con cui si attribuisce alla situazione di fatto rilevanza giuridica) ed il secondo momento (con cui alla fattispecie già giuridicamente esistente vengono ricondotte dalla norma conseguenze giuridiche), in modo che la sua presenza paralizza, in tutto od in parte, la efficacia di una fattispecie”.

⁽³⁷⁾ E non può che essere così, se si considera che gli schemi descrivono il modo con cui gli effetti sostanziali si producono.

⁽³⁸⁾ Di tale avviso sono G. CHIOVENDA, *Principii* cit., p. 181, secondo cui “quando basti la dichiarazione di volontà del titolare e quando si richieda una sentenza, è questione che la legge risolve (sebbene non sempre espressamente) giusta criteri d’opportunità”; C. FERRI, *Profili* cit., pp. 17-18; G. IORIO, *Ritardo* cit., p. 21 ss.; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 174.

Più precisamente, secondo la tesi dominante, l'opzione di passare per un accertamento giurisdizionale è selezionata nelle ipotesi in cui vi siano forti esigenze di certezza del diritto: così, quando non si ritenga tollerabile uno stato di dubbio in ordine alla produzione di un effetto giuridico, si subordina detta produzione al processo e alla sentenza; al contrario, quando una qualche incertezza possa essere sopportata, si preferisce agganciare l'effetto a un mero fatto o alla manifestazione di volontà di un soggetto ⁽³⁹⁾.

Un'altra e diversa teoria spiega, invece, l'adozione della quarta tecnica di produzione degli effetti sostanziali con la tendenza dell'ordinamento alla conservazione delle situazioni giuridiche ⁽⁴⁰⁾.

3. Segue. Il rapporto tra tecniche di produzione degli effetti giuridici sostanziali e processo. Diritti potestativi sostanziali e a necessario esercizio giudiziale. Sentenze dichiarative e sentenze costitutive

L'esame delle modalità con cui emergono gli effetti giuridici sostanziali è stato sinora condotto senza qualificare i poteri che permettono di attribuire rilevanza giuridica ai fatti contemplati dalle norme e senza scandagliare l'eventuale ruolo dell'intervento giurisdizionale. Occorre ora occuparsi di tali due aspetti.

Cominciando dal primo, i poteri con cui le parti riescono a dare rilevanza giuridica a fatti manifestatisi nella realtà storica vengono in considerazione tanto nello schema norma – fatto – potere sull'*an* – effetto quanto nello schema norma – fatto – potere sull'*an* – accertamento giudiziale – effetto. Ebbene, tali situazioni giuridiche soggettive, alle quali ci si è per il momento riferiti con il termine generico “poteri”, sono, per la precisione, diritti potestativi.

Per diritto potestativo si intende il potere di produrre un effetto incidente sull'altrui sfera giuridica mediante un atto unilaterale, modificando o estinguendo situazioni giuridiche preesistenti, ovvero creandone di nuove. A tale potere corrisponde, dal lato passivo, una

⁽³⁹⁾ Cfr. R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, p. 135; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1936, p. 145, che scrive: “le norme materiali determinano così la costituzione come la modificazione dei rapporti giuridici statuendone i presupposti; ora può darsi che, al fine di escludere ogni incertezza intorno alla modificazione, questa non sia consentita se l'applicazione della norma che la riguarda non sia fatta dal giudice e così questi non ne verifichi i presupposti”; G. CHIOVENDA, *Principii* cit., pp. 181-182, per cui il legislatore si orienta verso l'una o l'altra alternativa a seconda che, “per la natura del rapporto da costituire o da estinguere, sia più o meno utile nell'interesse del commercio, dell'ordine pubblico, dei diritti dei terzi, la certezza e la pubblicità inerente alla sentenza”; C. CONSOLO, *Il concorso di azioni nella patologia della vendita. Diritto e processo*, in *Riv. dir. civ.* 1989, I, p. 765, spec. 792, secondo il quale la scelta legislativa è “ispirata dal grado elevato di certezza richiesto”; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 248, per cui il provvedimento giurisdizionale viene richiesto per quei “rapporti percepiti più bisognosi di stabilità e certezza di assetto”; G. IORIO, *Ritardo* cit., p. 22; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 140-141; R. ORIANI, *Diritti potestativi* cit., p. 40 ss.; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 174.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. L. CIFFO BONACCORSO, *Diritti potestativi* cit., p. 137: “se ora ci si domanda perché mai l'ordinamento esiga in certi casi che l'effetto giuridico si avveri in seguito e per il tramite della sentenza che ne accerta il fatto causale, possiamo trovarne la spiegazione nella tendenza dell'ordinamento alla conservazione delle situazioni giuridiche. Riguardo a certi fatti ai quali l'ordinamento non attribuisce un rilievo tale da determinare senz'altro il mutamento della situazione giuridica, l'ordinamento subordina l'avverarsi dell'effetto all'accertamento giudiziale”.

situazione di soggezione: il soggetto passivo non deve – e non può – fare alcunché per impedire che la sua sfera giuridica sia colpita dall’atto di esercizio del diritto potestativo, sicché l’effetto si produce indipendentemente dalla sua volontà e senza che occorra alcuna sua prestazione ⁽⁴¹⁾. La peculiarità del diritto potestativo sta nel fatto che esso opera esclusivamente sul piano della realtà giuridica, che è una realtà ideale: ciò rivela perché il soggetto passivo non possa prevenire od ostacolare la produzione degli effetti perseguiti dal titolare del diritto potestativo ⁽⁴²⁾.

Benché appartengano allo stesso *genus*, i diritti potestativi che figurano nel terzo e nel quarto schema di produzione degli effetti sostanziali non condividono la medesima natura. Nell’un caso, l’atto unilaterale di volontà della parte è idoneo a produrre l’effetto giuridico in via immediata: l’effetto si realizza sol che la parte attribuisca rilevanza ai fatti indicati dalla norma, senza che sia necessaria la presenza di ulteriori presupposti. I diritti potestativi che possiedono tale caratteristica sono detti diritti potestativi sostanziali, o a esercizio stragiudiziale (*Gestaltungsrechte*, ossia pretese formative). Nell’altro caso, l’unilaterale manifestazione di volontà non è sufficiente a far sorgere l’effetto giuridico; occorrono, invece, l’iniziativa giudiziale della parte e il conseguente provvedimento del giudice, cui soltanto si collega l’effetto giuridico. Si parla allora di diritti potestativi a necessario esercizio giudiziale (*Gestaltungsklagerechte*, ossia pretese di azione costitutiva) ⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ Per tale definizione di diritto potestativo, cfr. B. CARPINO, voce *Diritti potestativi*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1989, p. 1, spec. 1; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. ALLORIO, Libro II, tomo I, Torino, 1980, p. 146, secondo il quale i diritti potestativi “hanno per contenuto di costituire, modificare o estinguere un altro diritto”; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2017, p. 31, per cui i diritti potestativi sono quelli per i quali “una norma stabilisce la prevalenza dell’interesse di un soggetto sull’interesse di uno o più altri e ne assicura la soddisfazione consentendo l’esercizio, ad opera del primo, del potere di produrre un effetto incidente sulla sfera giuridica dei soggetti passivi, indipendentemente dalla loro volontà e senza che occorra alcuna loro prestazione”; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 74, per cui le “situazioni potestative [...] consistono nella possibilità di produrre unilateralmente un effetto che coinvolga (anche) la sfera giuridica altrui”; E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile. Parte generale*, Pisa, 2017, p. 47; G. MESSINA, voce *Diritti potestativi*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, p. 737, spec. 737, che precisa che “di fronte ai diritti potestativi non si trova che la semplice soggezione di altre persone, un vincolo cui queste non possono sottrarsi”; R. ORIANI, *Diritti potestativi* cit., p. 2, parla di una “situazione concreta e singolare di preminenza, consistente nel potere di incidere unilateralmente nella sfera giuridica altrui”.

⁽⁴²⁾ L’acuta osservazione è di B. CARPINO, voce *Diritti potestativi* cit., p. 1.

⁽⁴³⁾ Sulla distinzione tra diritti potestativi sostanziali e diritti potestativi a necessario esercizio giudiziale, v. U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *Il contratto in generale*, tomo VIII**, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, Torino, 2011, p. 41, nt. 129; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 31 ss., per cui “al privato non è dato – quando il legislatore reputi di scegliere [il] secondo e più impegnativo (ma anche più garantista) modello – un potere autosufficiente ed unilaterale di incidere sulle relazioni giuridiche che lo coinvolgono, ma solo il potere di agire in giudizio”; R. ORIANI, *Diritti potestativi* cit., p. 2 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva* cit., pp. 76, 82.

Giova qui ribadire che tanto i diritti potestativi sostanziali quanto i diritti potestativi a necessario esercizio giudiziale presentano due tratti che li distinguono nettamente dai poteri (autonomia privata e poteri amministrativi in senso proprio) che compongono la sequenza del primo schema di produzione degli effetti giuridici sostanziali, norma – potere – effetto: da un lato, i titolari dei diritti potestativi hanno discrezionalità solo con riferimento all’*an* dell’esercizio di tali diritti, e non con riferimento al contenuto degli effetti giuridici dallo stesso scaturenti; dall’altro, i diritti potestativi presuppongono sempre una preesistente relazione tra le parti coinvolte (in proposito, v. anche *supra* nel testo, par. 2).

Possono essere qui riprese, e meglio precisate, le considerazioni svolte *supra* ⁽⁴⁴⁾ sui motivi degli assetti legislativi in punto di conformazione degli effetti giuridici. Come correttamente osservato in dottrina, il legislatore sceglie la via dell'esercizio stragiudiziale del diritto potestativo quando privilegia l'esigenza di immediatezza rispetto all'esigenza di certezza; viceversa, sceglie la via dell'esercizio giudiziale del diritto quando considera le esigenze di certezza preminenti rispetto a quelle di immediatezza. Infatti, "se l'effetto è prodotto dal provvedimento giurisdizionale, è necessario più tempo perché esso si produca [...], ma al tempo stesso l'atto che lo produce – il provvedimento giurisdizionale – è maggiormente percepibile (ha forma scritta, data certa, la sua provenienza è sicura etc.) dell'atto stragiudiziale di esercizio del diritto stesso" ⁽⁴⁵⁾.

Delineate così le fattezze dei poteri sull'*an* che compongono le fattispecie costitutive degli effetti giuridici sostanziali, il ruolo che il processo ricopre, di volta in volta, nella produzione di tali effetti assume contorni chiarissimi.

Nell'ambito dei primi tre schemi analizzati (norma – potere – effetto; norma – fatto – effetto; norma – fatto – potere sull'*an* – effetto), il processo non svolge alcuna funzione costitutiva: gli effetti giuridici sostanziali sono determinati in via immediata, rispettivamente, dall'atto di esercizio del potere, dal verificarsi del fatto, dal verificarsi del fatto e dalla manifestazione unilaterale di volontà di attribuire rilevanza allo stesso; e ciò senza che sia necessaria alcuna intermediazione dell'autorità giurisdizionale.

Un utile contributo può essere, invece, fornito dal processo a valle della realizzazione degli effetti sostanziali. L'esigenza di adire l'autorità giudiziaria può, infatti, emergere ogniqualvolta sorgano contestazioni in merito ai presupposti costitutivi degli effetti (reale sussistenza di fatti, reale sussistenza e legittimo esercizio di poteri o diritti potestativi sostanziali) e occorra, dunque, eliminare uno stato di incertezza.

Diversa è la conclusione cui si giunge con riferimento al quarto schema di produzione degli effetti sostanziali (norma – fatto – potere sull'*an* – accertamento giudiziale – effetto). È evidente che, in questa ipotesi, il processo irrompe nella sequenza costitutiva dell'effetto sostanziale, di cui la sentenza diviene fonte diretta. Così, contrariamente a quanto accade nel settore dei diritti potestativi sostanziali, dove il controllo giurisdizionale è successivo, sui diritti potestativi che si esercitano mediante domanda giudiziale il controllo giurisdizionale avviene in una fase precedente alla produzione dell'effetto ⁽⁴⁶⁾.

Dalle diverse tecniche di produzione degli effetti giuridici sostanziali discendono, dunque, diverse tipologie di azioni esperibili e diverse tipologie di sentenze che definiscono i giudizi.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. par. 2.

⁽⁴⁵⁾ Così efficacemente F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 2017, p. 16. In senso analogo, v. anche M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, p. 167, per cui con il *Gestaltungsklagerecht* si privilegia l'esigenza di certezza, che è efficacemente scolpita dalla formula "prima il processo, poi la modificazione" (*Erst der Prozess, dann die Gestaltung*); al contrario, laddove la gravità degli effetti costitutivi generati non è tale da richiedere un accertamento giudiziale preventivo e prevale l'esigenza di speditezza e flessibilità, è più usuale lo schema del diritto potestativo esercitabile stragiudizialmente.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. B. CARPINO, voce *Diritti potestativi* cit., p. 10.

Nelle prime tre situazioni, nelle quali gli effetti sostanziali si sprigionano sul piano stragiudiziale, l'attività processuale mostra la propria utilità *ex post*, ove sia necessario dirimere eventuali controversie relative all'effettiva costituzione, modificazione, estinzione di situazioni giuridiche sostanziali. L'azione esperibile è, quindi, un'azione di mero accertamento, con la quale si accerta – e non si modifica – lo stato giuridico preesistente⁽⁴⁷⁾: si tratterà di accertamento positivo, se ad agire in giudizio sia la parte interessata ad ottenere la statuizione che gli effetti sostanziali si sono invero verificati; si tratterà di accertamento negativo, se ad agire sia la parte interessata ad ottenere la pronuncia opposta⁽⁴⁸⁾.

La sentenza che definisce il giudizio è sempre una sentenza dichiarativa, sia nelle ipotesi di accoglimento della domanda, sia nelle ipotesi di rigetto della stessa: la pronuncia contiene solo la constatazione dell'esistenza, inesistenza o modo di essere di un rapporto giuridico o di un fatto giuridicamente rilevante⁽⁴⁹⁾ e produce solo un effetto di accertamento⁽⁵⁰⁾, “consistente nel render certa l'esistenza (o l'inesistenza) [o il modo di essere, ndr.] di tale situazione, così come dichiarata dal giudice”⁽⁵¹⁾.

(47) Così F. CARNELUTTI, *Sistema* cit., vol. I, p. 149; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 2, la quale sottolinea che, con la proposizione di un'azione di mero accertamento, “non si produce alcuna modificazione dello stato di diritto esistente, ma si ha la constatazione di ciò che è già prima della pronuncia giudiziale”. V. anche A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1990, p. 475, spec. 478-479, per cui “un processo meramente dichiarativo [...] è caratterizzato dal fatto che un soggetto instauri un giudizio per ottenere una decisione che, tutelandolo contro lo stato di incertezza relativa all'esistenza, o inesistenza, di un suo diritto, *status* o rapporto, si esaurisca nel mero accertamento, positivo o negativo, della situazione giuridica dedotta nel processo”; C. FERRI, voce *Costitutiva (azione)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1989, p. 1, spec. 1; E. T. LIEBMAN, *Manuale* cit., vol. I, p. 170; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1979, p. 620, spec. 621, per il quale, nelle ipotesi in esame, “l'attore si limita a domandare al giudice di dichiarare se un determinato diritto esiste o non esiste”.

(48) In tal senso, v. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva* cit., pp. 64, 68-69, 76-77. Con specifico riferimento ai diritti potestativi a esercizio stragiudiziale, cfr. R. ORIANI, *Diritti potestativi* cit., pp. 42, 97-98, 102: “insorgendo incertezza in ordine alla produzione dell'effetto, potrà essere proposta azione di mero accertamento non solo dal titolare del diritto potestativo per far dichiarare il nuovo rapporto giuridico costituito dal suo esercizio, ma anche da parte del soggetto passivo in ordine alla inesistenza del nuovo rapporto e alla permanenza del vecchio rapporto”.

(49) Cfr. F. CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1905, p. 25, per cui “sono azioni dichiarative (o di accertamento) quelle che invocano dallo Stato una sentenza definitiva dichiarativa. È sentenza dichiarativa quella che contiene soltanto la constatazione dell'esistenza o della non esistenza di un rapporto giuridico o di fatti giuridicamente rilevanti”; L. CIFFO BONACCORSO, *Diritti potestativi* cit., pp. 136-137, riferendosi ai “fatti giuridici che con il loro accadere costituiscono, modificano o estinguono il rapporto giuridico”, spiega che, “dato l'automatismo del mutamento giuridico che segue al loro verificarsi, la sentenza non può che limitarsi a prenderne atto”.

(50) Cfr. A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale in generale*, in AA. VV., *Tutela dei diritti*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1953, p. 302: “nella sentenza di mero accertamento, l'atto del giudice consiste indubbiamente nella produzione dell'accertamento; in esso si esaurisce anzi l'attività del giudice, che con l'accertamento realizza totalmente la tutela giuridica richiesta”. Il pensiero dell'Autore viene ripreso e fatto proprio da M. VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano, 1958, p. 78, per il quale “nella sentenza meramente dichiarativa, l'atto del giudice consiste proprio e soltanto nella produzione dell'accertamento. In tale tipo di sentenza l'attività del giudice si esaurisce proprio nell'accertare quale sia la situazione giuridica esistente fra le parti in causa; con l'accertamento il giudice realizza totalmente la tutela giuridica del richiedente”. Per una critica di tale impostazione, cfr. E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1996, p. 372.

(51) E. F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. I, Torino, 1987, p. 16, spec. 17.

Quando, invece, ricorre la quarta tecnica di produzione degli effetti sostanziali, il processo, o, meglio, la sentenza che ne incorpora l'esito favorevole, assume carattere costitutivo degli effetti: è la sentenza a rendere attuale l'effetto, a tradurlo dallo stato potenziale a realtà concreta ⁽⁵²⁾. Ci troviamo, dunque, nel settore delle azioni e delle sentenze costitutive.

Nella prospettiva della teoria generale del diritto, un atto giuridico ha efficacia costitutiva ogniqualvolta la situazione giuridica dallo stesso fissata “diverge, in modo netto e giuridicamente apprezzabile, dalla situazione giuridica preesistente” ⁽⁵³⁾. Proprio nella sentenza costitutiva siffatta efficacia si mostra in modo evidente: secondo la definizione comunemente accettata, infatti, la sentenza costitutiva è quella che costituisce, modifica o estingue rapporti giuridici sostanziali ⁽⁵⁴⁾, che si pone quale “coefficiente innovatore” nelle situazioni giuridiche soggettive ⁽⁵⁵⁾. Dal canto suo, l'azione costitutiva è così definita (non

⁽⁵²⁾ Si esprime in tal modo L. CIFFO BONACCORSO, *Diritti potestativi* cit., p. 137. V. anche M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 40, per cui la sentenza diviene “fatto costitutivo di un effetto”.

⁽⁵³⁾ Sono queste le parole di A. FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 205, spec. 209, poi riprese da F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in L. BIGLIAZZI GERI – F. D. BUSNELLI – R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile*, Libro VI, tomo IV, Torino, 1964, p. 196.

⁽⁵⁴⁾ Si vedano C. FERRI, voce *Costitutiva* cit., p. 1; I. PAGNI, *Le azioni* cit., pp. 1-2. Cfr. anche A. BOSELLI, *La risoluzione* cit., p. 253, per cui “il tratto caratteristico delle sentenze costitutive [...] sta appunto in questo, che in esse è la sentenza e non la volontà del titolare del diritto che viene a costituire titolo o causa della modificazione”; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., pp. 133-134, per cui la sentenza costitutiva si pone “come titolo o causa immediata dei rapporti materiali”; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 439.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 30, per cui la sentenza costitutiva è “un fattore di produzione o modificazione o estinzione – un coefficiente innovatore – direttamente introducentesi nella dinamica dei rapporti giuridici”. In termini analoghi si esprimono G. CHIOVENDA, *Principii* cit., pp. 186-187, per il quale “ciò che è essenziale” nella sentenza costitutiva “è la produzione di uno stato giuridico che prima della sentenza non era”; F. CORDOPATRI, *Contributo allo studio della tutela costitutiva*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. II, Milano, 1993, p. 105, spec. 134, secondo cui, nella sentenza costitutiva, il “*dictum* giudiziale [...] porta sempre e comunque un assetto nuovo”.

Secondo l'orientamento maggioritario, le sentenze costitutive producono i propri effetti solo dal momento in cui passano in giudicato: così Cass., sez. un., 23 novembre 2018, n. 30416; Cass., 19 aprile 2013, n. 9641; Cass., 24 febbraio 2010, n. 4485. In dottrina, cfr. G. CHIOVENDA, *Principii* cit., pp. 185-186; E. MERLIN, *Elementi* cit., p. 49.

Si è soliti distinguere tra sentenze costitutive necessarie e sentenze costitutive non necessarie. Le prime ricorrono in tutte le ipotesi in cui le parti non possono dare vita agli effetti sostanziali tramite la propria autonomia negoziale: si pensi, per esempio, alle sentenze di annullamento del matrimonio o di interdizione. Le seconde divengono in concreto indispensabili solo in seguito a una crisi di collaborazione fra le parti, l'una delle quali non adempie un suo obbligo di contribuire a generare – sull'ordinario piano privatistico dell'autonomia – l'effetto sostanziale: è il tipico caso della sentenza *ex art. 2932 c.c.* Ai fini della presente indagine, però, il *distinguo* non ha rilevanza: è indifferente che l'effetto giuridico possa prodursi soltanto mediante il suo accertamento processuale o anche in modo diverso; ciò che rileva è che, ogniqualvolta l'effetto sia prodotto per mezzo del processo, quest'ultimo entra nel novero dei presupposti materiali e concorre a cagionarlo (in tal senso, v. F. CARNELUTTI, *Sistema* cit., vol. I, p. 147).

Si noti che l'efficacia costitutiva *stricto sensu* delle sentenze in esame deve essere tenuta distinta dall'efficacia costitutiva *lato sensu* del giudicato. Come rammentato da autorevole dottrina, “in senso lato, non vi è decisione che non sia costitutiva di un effetto nuovo: anche l'accertamento è un *quid novi*” (così E. F. RICCI, voce *Accertamento* cit., p. 23; si vedano, inoltre, A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus* 1961, p. 1, spec. 10, per cui “il comando del giudice, sia dichiarativo sia costitutivo, è pur sempre innovativo nel mondo giuridico”; F. D. BUSNELLI, *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1961, p. 1317, spec. 1326-1327, per il quale “ogni sentenza passata in giudicato [...] ha sempre una forza innovativa e, perciò,

tanto perché possieda – di per sé – una vera e propria efficacia costitutiva, ma piuttosto perché tende all’ottenimento di una sentenza costitutiva ⁽⁵⁶⁾.

Benché fossero già riconosciute prima dell’avvento del codice civile del 1942 ⁽⁵⁷⁾, le sentenze in discorso sono state disciplinate normativamente per la prima volta dall’art. 2908 c.c. ⁽⁵⁸⁾, che recita: “Effetti costitutivi delle sentenze” – “Nei casi previsti dalla legge, l’autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa” ⁽⁵⁹⁾.

Come chiaramente si evince dal testo della norma, le ipotesi in cui è necessario appellarsi al giudice al fine di provocare un determinato effetto giuridico sono tassative ⁽⁶⁰⁾. La ragione

un’efficacia *lato sensu* costitutiva”; E. FAZZALARI, *Istituzioni* cit., p. 374; E. FAZZALARI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1995, p. 138).

Nega la configurabilità delle sentenze in esame N. COVIELLO, *Manuale* cit., pp. 553-554.

⁽⁵⁶⁾ In tal senso v. C. FERRI, voce *Costitutiva* cit., p. 1; I. PAGNI, *Le azioni* cit., pp. 1-2.

⁽⁵⁷⁾ Si veda, per esempio, F. CAMMEO, *L’azione* cit., p. 38, che si esprimeva già nel lontano 1905 nei seguenti termini: “Sono azioni costitutive quelle che invocano dallo Stato una sentenza costitutiva. È sentenza costitutiva quella che opera la costituzione di un rapporto giuridico nuovo oppure lo scioglimento o la modificazione di un rapporto giuridico pre[e]sistente”.

⁽⁵⁸⁾ Come ricordano F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 195, che sottolinea come l’art. 2908 c.c. non trovi precedenti nel codice del 1865; L. CIFFO BONACCORSO, *Diritti potestativi* cit., p. 133; C. FERRI, *Profili* cit., p. 3; C. FERRI, voce *Costitutiva* cit., p. 1.

⁽⁵⁹⁾ Ci si è domandati per quale ragione, tra le diverse forme di tutela giurisdizionale, solo alla tutela costitutiva sia riservata un’esplicita previsione del codice civile. La risposta parrebbe da ricercare nella sensibilità che il legislatore mostra verso il raccordo tra tutela giurisdizionale e diritto sostanziale, particolarmente critico nel campo delle sentenze costitutive: invero, “il rapporto tra giudice e legge è, nella tutela costitutiva, più delicato [...] che nelle altre [forme di tutela giurisdizionale]; la mediazione del giudice tra parte e legge più intensa, più [...] predominante sulla volontà della parte, ché non si limita a rimuovere in pro d’essa l’incertezza, il contrasto, la resistenza da altri opposta al suo dispiegarsi, ma la provvede di quei desiderati effetti che essa non sempre potrebbe da sola produrre e che però sono gli unici a poterla, in date fattispecie, soddisfare”: S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 33, richiamato da A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1999, pp. 29-30.

⁽⁶⁰⁾ Il che comporta, tra l’altro, che le disposizioni normative che prevedono sentenze costitutive non possono essere applicate né analogicamente né estensivamente. Sul punto v. A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1999, p. 110, secondo cui “il processo costitutivo opera in quelle ipotesi espressamente previste dalla legge”; F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 195, per il quale “la forma di tutela giurisdizionale che si attua attraverso le sentenze [costitutive] non è ammissibile là dove la legge nulla dispone espressamente in proposito”; C. FERRI, voce *Costitutiva* cit., p. 1; S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 35; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. VASSALLI, vol. XIV, tomo IV, Torino 1985, pp. 123-124; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 4; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva* cit., p. 61, per cui la lettera dell’art. 2908 c.c. “vale ad imporre il marchio della tassatività alle ipotesi riconducibili nello schema dommatico della tutela costitutiva”; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 318.

Non mancano, tuttavia, in dottrina, voci discordanti. Alcuni ritengono che le ipotesi di azioni e sentenze costitutive siano tipiche, ma non tassative: cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, pp. 30-31, secondo cui, con l’art. 2908 c.c., “il legislatore non ha voluto codificare probabilmente un vero e proprio principio di tassatività delle sentenze costitutive; ha invece voluto semplicemente dire che la sentenza costitutiva [...] è un fenomeno tipico che contrasta con il (e deroga al) principio generale e fondamentale dell’autonomia privata. Ed invero la sentenza costitutiva *ex art.* 2908 può essere data solo là dove legislativamente prevista (principio della tipicità dell’azione costitutiva, che dovrebbe escludere l’analogia ma non la interpretazione estensiva [...])”; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 73; E. MERLIN, *Elementi* cit., p. 49; E. F. RICCI, voce *Accertamento* cit., p. 23. Altri si esprimono in termini di eccezionalità: G. VERDE, *Considerazioni inattuali* cit., p. 16. Altri ancora credono, se ben si comprende, che le singole fattispecie di sentenze costitutive normativamente individuate siano suscettibili di interpretazione estensiva: v. A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 35 ss. Da ultimo, alcuni opinano addirittura che la regola di cui all’art. 2908 c.c. abbia “l’attributo della normalità”: così F. CORDOPATRI, *Contributo* cit., p. 142.

è ben spiegata da La China in un passo che merita di essere riportato (nelle parti essenziali): “L’ordinamento è innanzitutto il luogo della vita ed attività dei soggetti [...] che si muovono sul piano sostanziale, piano primario; [...] su questo sfondo, il giudice risulta essere non la vita immediata dell’ordinamento, ma la sua vita riflessa, l’intervento a posteriori su situazioni così avanzate e maturate da aver dato luogo a [...] bisogno di protezione giuridica. In questa istituzionale posizione secondaria e derivata non può il giudice avere gli stessi spazi di libertà e di esperienza dei suoi giudicandi, non può in linea generale sostituirsi ad essi, non può vivere la loro vita, e svolgere la loro attività (anche perché non ha la loro responsabilità) [...]. Ed è perciò, per la fondamentale anomalia di un giudice che crea – in positivo, in modifica, in negativo – rapporti tra altri e di altri, che la legge vuol tenere il fenomeno sotto controllo, vuol riservare a sé, alla propria previsione specifica, la possibilità di regolarne estensione e intensità; il che accade predisponendo, preadattando già sul piano sostanziale i rapporti a ricevere un siffatto integratore modo di intervento del giudice” ⁽⁶¹⁾.

Pare qui opportuno esplicitare due corollari che discendono dalla natura costitutiva delle sentenze in esame, intesa nell’accezione falzeana di artefice di situazioni giuridiche divergenti da quelle preesistenti. Si tratta di corollari banali, ma che si dimostreranno utili nel corso dell’indagine che ci si accinge a compiere.

In primo luogo, quando l’effetto prodotto dalla sentenza è un effetto demolitorio, deve esistere un effetto giuridico da rimuovere. Così, se un atto è efficace, gli effetti dallo stesso scaturenti possono essere rimossi tramite un provvedimento costitutivo; al contrario, se un atto è inefficace, l’unica tutela cui si può fare ricorso è la tutela dichiarativa, non essendoci che da prendere atto che nessun effetto si è mai prodotto ⁽⁶²⁾.

In secondo luogo, se l’efficacia costitutiva può sussistere solo ove si crei una discrepanza rispetto allo *status quo ante*, è ovvio che le pronunce che, pur collocandosi astrattamente nell’alveo della quarta tecnica di produzione degli effetti sostanziali, rigettano la domanda attorea hanno carattere dichiarativo, non costitutivo. Infatti, se il giudice respinge la domanda con la quale si è fatto valere un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale, significa che ha constatato l’insussistenza dei presupposti che occorrono per operare il mutamento giuridico e che, conseguentemente, non ha prodotto un nuovo effetto per il tramite della sentenza. Ne segue che l’unico contenuto del provvedimento di rigetto è un contenuto di accertamento, e precisamente di accertamento negativo della situazione giuridica dedotta in giudizio dall’attore ⁽⁶³⁾.

⁽⁶¹⁾ S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale* cit., pp. 33-34.

⁽⁶²⁾ Questa la condivisibile osservazione di M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., pp. 54, 61-62.

⁽⁶³⁾ In tal senso si esprimono F. CAMMEO, *L’azione* cit., p. 26, per cui “sono dichiarative per necessità [...] le sentenze definitive che rigettano le domande attrici”; E. T. LIEBMAN, *Manuale* cit., vol. I, p. 171, il quale precisa che “sentenze di accertamento sono anche tutte le sentenze che rigettano la domanda, poiché accertano l’inesistenza del diritto o in genere del rapporto giuridico fatto valere dall’attore”; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento* cit., p. 622, secondo cui è “indiscutibile che anche [le] sentenze [di rigetto di domande costitutive], come tutte le sentenze che rigettano nel merito la domanda dell’attore, siano da considerare sentenze di mero accertamento (nel senso che l’unico loro contenuto e l’unica loro efficacia pratica destinata a permanere nel tempo è l’accertamento con autorità di cosa giudicata dell’inesistenza del diritto

4. Considerazioni programmatiche

Giunti così al termine delle articolate, ma doverose, premesse generali, occorre ora applicare i modelli *supra* enucleati agli effetti che vengono in rilievo nel settore delle impugnative contrattuali, ossia gli effetti di nullità, annullamento, rescissione e risoluzione dei contratti.

Il presente capitolo avrà un duplice scopo:

- a) individuare la modalità con cui i menzionati effetti fanno il proprio ingresso nel mondo giuridico e, in particolare, valutare se l'intervento giurisdizionale abbia un qualche ruolo in questo percorso;
- b) alla luce dei risultati ottenuti nell'indagine *sub a*), determinare la natura – dichiarativa o costitutiva – delle sentenze che definiscono i processi nei quali tali effetti vengono in considerazione ⁽⁶⁴⁾.

Come già evidenziato, la scelta di adottare l'una o l'altra tecnica di produzione degli effetti sostanziali è rimessa alla discrezionalità del legislatore, che la esercita sulla base di criteri di opportunità ⁽⁶⁵⁾. Tale scelta non può essere disattesa dall'interprete, al quale è precluso travalicare il diritto positivo ⁽⁶⁶⁾. Ciò comporta che, nell'opera di inquadramento dei singoli effetti sostanziali nell'ambito dei diversi schemi genetici degli stessi, l'interprete deve farsi guidare dalla lettera delle disposizioni normative, indice primario della volontà legislativa ⁽⁶⁷⁾.

Il prosieguo del capitolo è diviso in due sezioni.

La prima è dedicata all'esame delle azioni di impugnativa contrattuale, nell'ordine in cui compaiono nel codice civile (così da seguire, anche nella struttura, i dettami del legislatore). Con riferimento a ciascuna, ci si occuperà sia della disciplina processuale dell'azione sia della fattispecie sostanziale dell'effetto cui essa tende, ovviamente nei limiti in cui tali indagini siano utili per risolvere le questioni individuate all'inizio del paragrafo (e, quindi, senza pretese di dettaglio e di completezza rispetto a profili di puro diritto civile che non abbiano ripercussioni sul tema di studio).

La seconda sezione ha, invece, ad oggetto le eccezioni di impugnativa contrattuale. Queste ultime saranno, innanzitutto, analizzate partitamente, con lo scopo di valutarne l'ammissibilità, la rilevanza officiosa e la prescrittibilità. Successivamente, si cercherà di comprendere se la proposizione di un'eccezione di impugnativa sia una valida tecnica di produzione degli effetti di nullità, annullamento, rescissione e risoluzione di contratti e,

dedotto in giudizio dall'attore)"; E. F. RICCI, voce *Accertamento* cit., p. 26: "sempre accertamento mero è l'accertamento negativo, quale è prodotto dal rigetto della domanda. In caso di rigetto della domanda, infatti, il risultato è sempre uno solo: l'accertamento che la situazione dedotta con la domanda non esiste"; B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano. Tutela giurisdizionale, procedimenti di cognizione, cautele*, Milano, 2017, p. 483.

⁽⁶⁴⁾ L'espressione utilizzata è volutamente generica e verrà meglio precisata nel prosieguo del paragrafo.

⁽⁶⁵⁾ V. *supra*, par. 2 e 3.

⁽⁶⁶⁾ Così G. IORIO, *Ritardo* cit., p. 23, secondo cui "è il legislatore, dunque, ad effettuare la scelta dello schema: essa, è vero, può essere storicamente mutevole ma non può essere disattesa dall'interprete, nel senso che questo non può andare al di là dello *ius positum*".

⁽⁶⁷⁾ Di tale avviso sono G. IORIO, *Ritardo* cit., p. 21, per il quale "è la lettera della legge ad indicare quale delle [...] tecniche venga in considerazione"; R. ORIANI, *Diritti potestativi* cit., p. 6, secondo cui, "per comprendere quale sia la tecnica usata dalla legge, [...] è normalmente decisiva la lettera della disposizione normativa".

nell'ipotesi in cui lo fosse, in che modo ciò accada. Da ultimo, anche in base agli esiti raggiunti, si indagherà la natura del provvedimento che accolga o rigetti una domanda giudiziale, rispettivamente, rigettando o accogliendo un'eccezione di impugnativa contrattuale.

Si porranno così le basi per impostare correttamente l'analisi relativa ai limiti oggettivi del giudicato delle sentenze che pronunciano su domande o eccezioni di impugnativa contrattuale, i quali saranno oggetto di approfondimento nel secondo capitolo dell'elaborato.

SEZIONE PRIMA

LE AZIONI DI IMPUGNATIVA CONTRATTUALE

5. L'azione di nullità

L'azione di impugnativa contrattuale che per prima trova spazio nel codice civile è l'azione di nullità, disciplinata dagli artt. 1421 e 1422 c.c., nonché, per quanto attiene agli effetti della trascrizione della relativa domanda giudiziale, dagli artt. 2652, c. 1, n. 6, e 2690, c. 1, n. 3, c.c. ⁽⁶⁸⁾.

Ai sensi dell'art. 1421 c.c., la nullità di un contratto può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse ⁽⁶⁹⁾. Come da più parti osservato, l'interesse a impugnare il contratto di cui parla la norma non ha niente a che vedere con l'interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.* (che, beninteso, deve sussistere anche nei giudizi di nullità contrattuale, quale autonoma condizione dell'azione) ⁽⁷⁰⁾; esso costituisce, invece, un criterio di determinazione della legittimazione ad agire ⁽⁷¹⁾, come peraltro è possibile desumere dalla rubrica della disposizione. Deve trattarsi di un interesse concreto, attuale e meritevole di tutela a rimuovere un pregiudizio derivante dalla nullità del contratto ⁽⁷²⁾. A patto che sussista siffatto interesse, ad incardinare il giudizio possono essere sia le parti contraenti ⁽⁷³⁾ sia soggetti terzi

⁽⁶⁸⁾ Sulla qualificazione di tale azione come azione di impugnativa concordano A. BOSELLI, *La risoluzione cit.*, p. 253; G. CHIOVENDA, *Principii cit.*, p. 193; F. GIANNELLI – M. G. MAGLIO, *Il negozio invalido ed il negozio compromesso, con riguardo alla inesistenza, alla nullità, all'annullabilità ed alla rescissione. Parte seconda*, in *Arch. civ.* 1999, p. 129, spec. 136; S. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, p. 407, spec. 419, 434.

⁽⁶⁹⁾ Meritano di essere qui richiamate le parole di G. DOTTORE, *Il senso della rilevanza d'ufficio della nullità negoziale nel sistema civilistico e processuale: la Cassazione torna sull'art. 1421 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2006, I, p. 380, spec. 384, per cui l'art. 1421 c.c., “nella sostanza, opera quale anello di una catena (o, se si vuole, un Giano bifronte) che unisce fatto giuridico sostanziale e sua rappresentazione nel rito”. Lo stesso attributo è poi ripreso da V. CARBONE, “*Porte aperte*” cit., p. 89.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. G. COSTANTINO, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, p. 1, spec. 9; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. ALLORIO, Libro I, tomo II, Torino, 1973, p. 1081.

⁽⁷¹⁾ Così A. ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IX, Torino, 1968, p. 721, spec. 724; S. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità cit.*, p. 408; E. F. RICCI, *Sull'accertamento della nullità e della simulazione nei contratti come situazioni preliminari*, in *Riv. dir. proc.* 1994, p. 652, spec. 661.

⁽⁷²⁾ Cfr., *ex multis*, M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. IV, Milano, 2006, p. 79; S. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità cit.*, p. 409: “interesse, quindi, come espressione compendiosa che sunteggia la ben più estesa formula «relazione di utilità» tra la sentenza (di accertamento della nullità) e la situazione danneggiata o danneggiabile, se non vi fosse declaratoria, del legittimato”. In giurisprudenza, v. Cass., 15 aprile 2002, n. 5420.

Con particolare riguardo alla meritevolezza di tutela, cfr. L. FERRONI, *Spunti per lo studio del divieto d'abuso delle situazioni soggettive patrimoniali*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 313, spec. 316, per cui occorre dimostrare che “l'azione, ove accolta, sarebbe idonea ad attuare un interesse meritevole di tutela e tale dovrebbe essere considerato soltanto lo specifico interesse che la previsione della patologia tende a realizzare”; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 129, secondo il quale “l'esclusione della legittimazione per le parti discende dall'assenza, in capo ad esse, non di un ‘qualsiasi’ interesse [...], ma di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico”.

⁽⁷³⁾ Con il solo limite del rispetto del divieto di *venire contra factum proprium*. Si deve ritenere che ricorra un'ipotesi di abuso del potere di azione in tutti i casi in cui ad agire in giudizio sia la parte che ha causato la nullità del

che siano titolari di un rapporto o di un diritto dipendente dal titolo che si asserisce nullo⁽⁷⁴⁾.

Secondo la lettera dell'art. 1422 c.c., l'azione di nullità è imprescrittibile⁽⁷⁵⁾. Tuttavia, la portata della disposizione è fortemente ridimensionata da quattro diversi fattori: *in primis*, quale regola di carattere generale, restano sempre salvi gli effetti (i) dell'usucapione e (ii) della prescrizione delle azioni di ripetizione (è il medesimo art. 1422 c.c. a prevederlo); inoltre, quale regola riferibile alle sole azioni di nullità di contratti soggetti a trascrizione *ex art.* 2643 c.c., (iii) se la domanda è trascritta dopo cinque anni dalla data di trascrizione del contratto impugnato, la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti acquistati a qualunque titolo dai terzi di buona fede, in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda medesima (cfr. art. 2652, c. 1, n. 6, c.c.); infine, quale regola riferibile alle sole azioni di nullità di contratti soggetti a trascrizione *ex art.* 2684 c.c., (iv) se la domanda è stata resa pubblica dopo tre anni dalla data di trascrizione del contratto impugnato, la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti acquistati a qualunque titolo dai terzi di buona fede in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda medesima (cfr. art. 2690, c. 1, n. 3, c.c.).

Volgendo ora l'attenzione al sostrato sostanziale dell'azione, si può anzitutto affermare che il contratto nullo non produce effetti giuridici in nessun tempo (dal che il noto brocardo *quod nullum est, nullum producit effectum*)⁽⁷⁶⁾.

contratto, in quanto l'azione intentata si mostra incoerente con la condotta da questa inizialmente tenuta: cfr. S. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità* cit., p. 414 ss.

⁽⁷⁴⁾ I quali, per potersi riconoscere legittimati, devono trarre un utile specifico dall'effetto riflesso della pronuncia di nullità. In proposito, v. A. BONFILIO – V. MARICONDA, *L'azione di nullità*, in AA.VV., *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, in *I contratti in generale*, diretto da G. ALPA – M. BESSONE, tomo I, Torino, 1991, p. 467; G. COSTANTINO, voce *Legittimazione ad agire* cit., p. 9; S. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità* cit., p. 430 ss.; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione* cit., p. 1081.

⁽⁷⁵⁾ Il che è ragionevole, se si considera che la prescrizione presuppone sempre un diritto o un'azione che si doveva esercitare e che non è stato/a esercitato/a, mentre non vi sono diritti o azioni che devono essere necessariamente esercitati affinché il contratto nullo non produca effetti: cfr. N. COVIELLO, *Manuale* cit., p. 335. In termini analoghi si esprime anche G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico* cit., p. 84.

⁽⁷⁶⁾ La massima trova ampio spazio negli scritti dottrinali. Tra i tanti, cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III cit., p. 612, per il quale “il contratto nullo è inefficace o senza effetto fin dall'origine”; A. CATAUDELLA, *Il giudice e le nullità*, in *Ginst. civ.* 2015, p. 667, spec. 669, per cui è “propria del contratto nullo l'inidoneità originaria a produr[r]e” effetti giuridici; “il contratto nullo è, dall'inizio, inefficace”; G. CHIOVENDA, *Principii* cit., pp. 193-194, secondo il quale “negozi giuridici nulli [...] diconsi quelli che sono nulli fin dall'origine in modo da non poter produrre effetti giuridici”; F. CORSINI, *Rilevabilità di ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.* 2004, II, p. 667, spec. 682, netto nel sottolineare che “il contratto nullo è inefficace *ab origine*”; N. COVIELLO, *Manuale* cit., p. 332, che ricorda come il negozio nullo venga spesso paragonato al “nato-morto”; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002 (rist.), p. 246, per il quale il negozio nullo è “improduttivo per sé di effetti”; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., pp. 240-241, per cui il negozio nullo “è automaticamente privo di effetti”.

La circostanza che la dottrina civilistica ammetta la configurabilità di nullità sopravvenute non toglie valore alla definizione riportata nel testo. Infatti, nei casi in cui ricorre tale figura (si pensi, ad esempio, alla nullità della donazione fatta in riguardo di matrimonio, ai sensi dell'art. 785, c. 2, c.c., nell'ipotesi di successivo annullamento del matrimonio), il contratto produce inizialmente i propri effetti, i quali vengono poi meno per il sopraggiungere della nullità. Ebbene, tale meccanismo è del tutto coerente con l'insussistenza della nullità al momento della conclusione del contratto e non contrasta con il principio per cui *quod nullum est, nullum producit effectum*: invero, il contratto produce, all'inizio, i propri effetti appunto perché, all'inizio, è valido.

Seppur accettabile in via di prima approssimazione, l'enunciato merita comunque di essere ulteriormente precisato, nei termini che seguono: in nessun tempo il contratto nullo produce alcuno degli effetti giuridici corrispondenti al fine pratico voluto dalle parti, ossia alcuno degli effetti che la legge riconduce al tipo contrattuale astratto cui appartiene il singolo contratto concreto; niente osta, viceversa, a che il contratto nullo produca altri effetti di cui è capace come tale (così, ad esempio, un contratto di donazione nullo per carenza di forma solenne può nondimeno costituire prova di una dichiarazione confessoria in esso contenuta). La nullità deve, dunque, essere correttamente intesa come inettitudine alla produzione degli effetti tipici previsti dalla legge, e non come inettitudine alla produzione di effetti *tout court* ⁽⁷⁷⁾.

La regola appena delineata subisce, peraltro, alcune deroghe in specifiche ipotesi predeterminate dalla legge, in cui ai negozi nulli viene attribuita una parziale efficacia. In materia contrattuale, si possono citare l'art. 2035 c.c., per cui "chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato", e l'art. 2126 c.c., ai sensi del quale "1. La nullità [...] del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa" ⁽⁷⁸⁾.

Non interessa in questa sede dilungarsi sulle ragioni che hanno spinto il legislatore ad attribuire parziale efficacia a contratti nulli; è per il momento sufficiente dare conto della sussistenza di tali ipotesi, sulle quali si dovrà tornare nel prosieguo al fine di valutare se – in punto di tecniche di produzione degli effetti sostanziali e di natura della sentenza che sugli

⁽⁷⁷⁾ In termini simili si esprimono E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., p. 462, per il quale è nullo il negozio che "sia inidoneo a dar vita a quella nuova situazione giuridica che il diritto ricollega al rispettivo tipo legale"; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III cit., p. 612; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 341, secondo il quale il contratto nullo "non produce gli effetti propri del gruppo cui appartiene"; N. COVIELLO, *Manuale* cit., p. 332; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico* cit., p. 84, per cui "l'atto nullo non produce nessuno degli effetti giuridici cui per l'indole sua avrebbe dato origine se fosse stato validamente compiuto"; R. TOMMASINI, voce *Nullità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 866, spec. 868, per cui il negozio nullo è "quel negozio [...] che, per la mancanza o la grave anomalia di elementi (ritenuti) costitutivi, non produce gli effetti (tipici) perseguiti dalle parti"; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale* cit., p. 676. Peculiare è la tesi di R. CAPONI, *Azione di nullità (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. civ.* 2008, Suppl., p. 59, spec. 92-93: "L'atto nullo è un atto giuridicamente esistente, che è oggetto di valutazione di nullità in quanto difforme dal paradigma normativo in un suo aspetto fondamentale. Poiché l'atto nullo è giuridicamente esistente, esso è un fatto della realtà giuridica che può essere fonte di esercizio di poteri o di adempimento di doveri apparentemente scaturenti da esso. Si tratta di componenti di fatto di effetti giuridici «apparenti» (cioè meri fatti), che possono tramutarsi in effetti giuridici reali in forza della operatività della conversione (art. 1424 c.c.) ovvero di meccanismi di esaurimento o di stabilizzazione dei rapporti sul piano sostanziale, ad esempio l'usucapione e la prescrizione delle azioni di ripetizione (art. 1422 c.c.), la tardività della trascrizione della domanda di nullità (art. 2652, n. 6 c.c.)".

⁽⁷⁸⁾ Tra le ipotesi in cui il contratto nullo produce effetti occorre altresì inserire:

- a) i casi eccezionali in cui la legge ne ammette la convalida (regola generale, come noto, è che il contratto nullo non è convalidabile: cfr. art. 1423 c.c.); si pensi alle conferme di cui agli artt. 590 e 799 c.c., oppure alle situazioni disciplinate dagli artt. 68, c. 2, e 2332, c. 5, c.c.;
- b) i casi di conversione del contratto *ex* art. 1424 c.c., in cui il contratto nullo produce gli effetti di un diverso contratto, del quale contiene i requisiti di forma e di sostanza, quando risulta che le parti lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità dell'accordo concretamente stipulato.

stessi decide – presentino delle differenze rispetto agli ordinari casi in cui i contratti nulli sono totalmente privi di effetti.

Ora, chi intenda definire la sequenza che dà origine all'effetto di nullità non può che prendere le mosse dalla disciplina delle cause di nullità del contratto.

Come noto, esse sono enumerate dall'art. 1418 c.c. e possono essere raggruppate in tre categorie, ciascuna descritta in uno dei tre commi in cui si sviluppa la disposizione. Seguendo, per chiarezza espositiva, l'ordine inverso rispetto a quello utilizzato dal legislatore, un contratto è nullo quando:

- a) la comminatoria di nullità è espressamente contenuta in una norma di legge (art. 1418, c. 3, c.c.). Per evidenti ragioni, le nullità in esame vengono definite “testuali” e sono molto numerose, sia nel codice civile sia nelle leggi speciali ⁽⁷⁹⁾;
- b) manca o è viziato uno degli elementi essenziali del negozio (art. 1418, c. 2, c.c.), e precisamente (i) manca uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 c.c. (l'accordo ⁽⁸⁰⁾, la causa ⁽⁸¹⁾, l'oggetto o la forma prescritta a pena di nullità), (ii) la causa è illecita, (iii) le parti si sono determinate a concludere il contratto esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe, o (iv) l'oggetto difetta dei requisiti elencati all'art. 1346 c.c., ossia possibilità, liceità, determinatezza o determinabilità. Le nullità in discorso vengono dette “strutturali”, in quanto discendono da vizi relativi a elementi che compongono la struttura del contratto;

⁽⁷⁹⁾ Tra le nullità testuali codicistiche, si può richiamare l'art. 1895 c.c., per cui il contratto di assicurazione “è nullo se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto”. Quanto alle nullità testuali previste da leggi speciali, si possono ricordare l'art. 2, l. n. 287/1990 (nullità delle intese restrittive della concorrenza) e l'art. 3, l. n. 67/1987 (nullità degli atti dispositivi di testate giornalistiche quotidiane o di trasferimento di partecipazioni in case editrici, qualora non siano rispettati determinati parametri).

⁽⁸⁰⁾ Come nitidamente osservato da V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, pp. 697-698, “la nullità per mancanza di accordo occupa lo spazio idealmente compreso fra il territorio dell'annullabilità per incapacità di agire o vizio del consenso e quello dell'inesistenza per mancata conclusione del contratto. Essa non riguarda i casi in cui manca qualsiasi manifestazione di volontà, che appaia diretta a formare l'accordo contrattuale: questi sono casi d'inesistenza del contratto. Né riguarda i casi in cui una siffatta manifestazione di volontà esiste, è riferibile alla parte, ed è semplicemente viziata da un fattore soggettivo che tocca la parte stessa: questi sono casi di annullabilità. La mancanza di accordo riguarda casi in cui una manifestazione di volontà contrattuale appare esistere, ma, appunto, esiste solo in apparenza; oppure solo in apparenza è riferibile a chi ne appare l'autore”. Rientrano, dunque, nelle ipotesi di contratti nulli per mancanza di accordo quelli in cui (i) le dichiarazioni siano rese per costrizione fisica, a scopo didattico, per scherzo, (ii) le firme siano falsificate, (iii) le dichiarazioni siano apparentemente conformi, ma ciascuna delle parti intenda la propria in un senso diverso da quello inteso dall'altra, senza che sia possibile identificare un significato oggettivo del contratto (c.d. dissenso occulto).

⁽⁸¹⁾ In giurisprudenza, si è escluso che l'originario squilibrio economico tra le prestazioni siano idoneo ad invalidare il contratto per assenza di causa. Esso può rilevare tanto ai fini della rescissione del contratto quanto ai fini dell'annullabilità dello stesso ex art. 428 c.c., ma non può determinare la nullità del contratto, ad eccezione dei casi in cui una delle prestazioni oggetto di scambio è giuridicamente impossibile: cfr. Trib. Avellino, 15 novembre 2016, n. 2489, in *DeJure*; Trib. Parma, 29 marzo 2016, n. 476, in *DeJure*; Trib. Forlì, 16 febbraio 2016, n. 175, in *DeJure*; Trib. Padova, 8 gennaio 2016, n. 47, in *DeJure*; Cass., 4 novembre 2015, n. 22567, in *Contratti* 2016, p. 559, con nota adesiva di S. FOTI, *Squilibrio iniziale tra le prestazioni e nullità del contratto*, e in *Giur. it.* 2016, p. 835, con nota di M. RIZZUTI, *Ancora in tema di nullità ed equilibrio contrattuale*.

c) è contrario a norme imperative (art. 1418, c. 1, c.c.), quand'anche la nullità non sia espressamente prevista da una specifica disposizione normativa. Ci si trova nel settore delle c.d. nullità "virtuali" ⁽⁸²⁾.

Si sono così individuate le norme giuridiche che costituiscono il primo elemento dello schema di produzione dell'effetto sostanziale di nullità: non solo gli artt. 1418 e 1325 c.c., ma anche le innumerevoli norme imperative, di cui l'ordinamento è costellato, che sanciscono – espressamente o implicitamente – la nullità di determinati contratti o di porzioni degli stessi.

Il secondo addendo della formula è rappresentato dalla concreta realizzazione dei fatti descritti dalle norme: si pensi, per esempio, alla morte di una persona intervenuta prima della stipulazione di un contratto di rendita costituita sulla di lei vita (art. 1876 c.c.), o al furto dell'autovettura intercorso prima della conclusione di un contratto di assicurazione contro il furto della medesima (art. 1895 c.c.).

Per completare la sequenza che porta all'emersione della nullità, occorre capire se tale effetto sorga al verificarsi dei fatti contemplati dalle norme o se occorra altresì un atto di volontà (stragiudiziale o a necessario esercizio giudiziale) di un soggetto che attribuisca agli stessi rilevanza giuridica.

La soluzione del quesito è veicolata dal linguaggio legislativo, che conduce univocamente a scegliere la prima alternativa. Dire che il contratto "è nullo *quando* è contrario a norme imperative" (art. 1418, c. 1, c.c.) equivale a dire che è nullo "per il mero fatto" che contrasta con norme imperative, "sol che" tale contrasto sussista. Ancor più esplicito è il secondo comma dell'art. 1418 c.c., nel quale si legge che le mancanze e i vizi ivi elencati "*producono* la nullità del contratto". La conclusione è, poi, saldamente sorretta dalla formulazione delle previsioni normative cui rinvia il terzo comma dell'art. 1418 c.c. ⁽⁸³⁾.

⁽⁸²⁾ Si pensi alla nullità di un contratto per violazione di norma penale.

La tripartizione delle cause di nullità delineata dall'art. 1418 c.c. è stata oggetto di critiche da parte di alcuni autorevoli studiosi. Ad avviso di G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, Libro IV, tomo II, Torino, 1967, pp. 436-437, "le cause di nullità, enumerate dall'art. 1418, si riducono [...] essenzialmente ad una, e cioè alla contrarietà a norme imperative, enunciata nel 1° comma e ripresa, superflualmente, nel terzo. Le cause di nullità specificate nel 2° comma si pongono sostanzialmente anch'esse come ipotesi di contrarietà alle norme positive, o come contrarietà a norme che richiedono nell'atto particolari requisiti". In senso diametralmente opposto pare esprimersi R. SACCO, *Le invalidità*, in R. SACCO – G. DE NOVA (a cura di), *Obbligazioni e contratti*, tomo II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 2018, p. 586, che definisce il primo comma "ridondante".

⁽⁸³⁾ Ragioni di economia della trattazione ci consentono di citarne solo alcune: "La donazione fatta in riguardo di un determinato futuro matrimonio [...] non produce effetto finché non segua il matrimonio. L'annullamento del matrimonio *importa* la nullità della donazione [...]" (art. 785 c.c.); "Il motivo illecito *rende nulla* la donazione quando risulta dall'atto ed è il solo che ha determinato il donante alla liberalità" (art. 788 c.c.); "L'onere illecito o impossibile [...] *rende* [...] *nulla* la donazione se ne ha costituito il solo motivo determinante" (art. 794 c.c.); "In ogni caso *non hanno effetto*, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni" di cui all'art. 1341, c. 2, c.c. A tali ipotesi si aggiungono tutte quelle in cui la norma che commina la nullità assume la struttura "è nullo il contratto che/con cui/se/quando..." (v. artt. 458, 778, 779, 1354, 1355, 1471, 1472, c. 2, 1876, 1895, 1904, 1963, 1972, 2115, c. 3, 2122, c. 4, 2265, 2744 c.c.; art. 2, l. n. 287/1990; art. 3, l. n. 67/1987).

Tali unidirezionali indicazioni consentono, dunque, di affermare che le cause di nullità del contratto operano *ipso iure*, senza bisogno di essere integrate da ulteriori elementi di fattispecie ⁽⁸⁴⁾. Sicché è d'obbligo ritenere che l'effetto di nullità viene alla luce seguendo lo schema norma – fatto – effetto ⁽⁸⁵⁾.

Occorre ora soffermarsi su questa prima conclusione e guardarla nella prospettiva dell'estensione dell'effetto di nullità, per coglierne alcune interessanti sfaccettature.

Come ben si evince dagli artt. 1419 e 1420 c.c., ispirati al principio di conservazione del negozio giuridico ⁽⁸⁶⁾, la presenza di una causa di nullità non determina sempre la totale invalidità dell'accordo. Innanzitutto, la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole comporta la nullità dell'intero contratto solo se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità (in ossequio al principio per cui *utile per inutile non vitiatur*). In secondo luogo, la nullità di singole clausole non cagiona la nullità dell'intero contratto quando le clausole nulle vengano sostituite di diritto da norme imperative. In terzo luogo, nei contratti conclusi tra più di due parti, nei quali le prestazioni di ognuna siano dirette al conseguimento di uno scopo comune, la nullità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non si estende a tutto il contratto, a meno che la partecipazione di questa sia essenziale ⁽⁸⁷⁾.

Alla luce delle disposizioni appena richiamate, è possibile precisare meglio la componente fattuale dello schema norma – fatto – effetto, nonché allargare l'analisi anche alla fattispecie c.d. in senso ampio ⁽⁸⁸⁾.

Quando l'effetto di nullità è limitato ad una singola clausola contrattuale, la fattispecie costitutiva in senso stretto si compone della singola causa di nullità. D'altro canto, come visto, l'effetto di nullità non si produce se la clausola affetta dal vizio viene automaticamente sostituita da una norma di legge: circostanza che opera, dunque, quale fatto impeditivo dell'effetto di nullità. Si delinea, così, una fattispecie più complessa, che potremmo definire fattispecie c.d. in senso ampio di non-nullità, le cui componenti sono, da un lato, la fattispecie costitutiva in senso stretto della nullità e, dall'altro, la fattispecie impeditiva della sostituzione automatica di clausole nulle.

⁽⁸⁴⁾ La dottrina è sul punto unanime: cfr., *ex plurimis*, G. BERTI DE MARINIS, *Nullità relativa, protezione del cliente ed interessi meritevoli di tutela*, in *Banca borsa tit. cred.* 2016, p. 283, spec. 294; C. M. BIANCA, *Diritto civile, III cit.*, p. 627; R. CAPONI, *Azione di nullità cit.*, p. 102; C. CAVALLINI, *Il rilievo d'ufficio della nullità del contratto: problemi e prospettive*, in G. BONGIORNO (a cura di), *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, p. 133, spec. 140; N. COVIELLO, *Manuale cit.*, p. 333; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi cit.*, p. 155; E. MERLIN, *Elementi cit.*, p. 50; F. MESSINEO, voce *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 469, spec. 470, secondo cui la nullità “si radica nel negozio, indipendentemente dall'iniziativa dell'interessato”; I. PAGNI, *Le azioni cit.*, p. 257; V. ROPPO, *Il contratto cit.*, p. 817.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva cit.*, p. 94, che espressamente scrive: “le cause di nullità operano secondo lo schema norma – fatto – effetto”.

⁽⁸⁶⁾ Così F. GIANNELLI – M. G. MAGLIO, *Il negozio invalido ed il negozio compromesso, con riguardo alla inesistenza, alla nullità, all'annulabilità ed alla rescissione. Parte prima*, in *Arch. civ.* 1999, p. 3, spec. 8.

⁽⁸⁷⁾ Come ben spiegato da V. ROPPO, *Il contratto cit.*, p. 817, si tratta di valutare se il venir meno della partecipazione colpisce crei a carico delle altre parti uno sconvolgimento dell'economia complessiva del contratto, un dissesto del piano d'interessi sotteso all'originaria decisione di entrarvi, così gravi da rendere ingiusto e irragionevole il permanere del vincolo contrattuale nei loro confronti.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. *supra*, par. 2.

Quando, invece, l'effetto di nullità si estende all'intero contratto, si possono configurare diverse situazioni. Innanzitutto, può accadere che la causa di nullità affligga necessariamente l'intero contratto: si pensi alle ipotesi di mancanza di accordo (art. 1418, c. 2, c.c.), di donazione conclusa in riguardo di un matrimonio successivamente annullato (art. 785 c.c.), di transazione relativa a un contratto illecito (art. 1972 c.c.). In tali ipotesi, la fattispecie costitutiva in senso stretto si compone soltanto della causa di nullità sussistente nel caso di specie. In secondo luogo, può accadere che la causa di nullità affligga una singola clausola o una singola porzione del contratto. In tali ipotesi, la fattispecie costitutiva in senso stretto è composta da un complesso di fatti: la singola causa di nullità sussistente nel caso di specie e l'essenzialità della parte del contratto affetta dal vizio. In terzo luogo, con riguardo ai contratti di cui all'art. 1420 c.c., può accadere che la causa di nullità affligga il vincolo di una sola delle parti. Anche in tali ipotesi, la fattispecie costitutiva in senso stretto della nullità è composta da un complesso di fatti: la singola causa di nullità sussistente nel caso di specie e l'essenzialità della partecipazione del soggetto il cui vincolo è affetto dal vizio.

Diversa questione su cui è opportuno svolgere qualche breve riflessione è se, nelle ipotesi sopra richiamate in cui il contratto nullo produce comunque qualche effetto ⁽⁸⁹⁾, la nullità del contratto si origini in forza di una tecnica diversa da quella "ordinaria" (norma – fatto – effetto). Sembra che il problema vada risolto in senso negativo. Nei casi in esame, il legislatore valuta che sia più opportuno far salvi alcuni effetti prodotti dal contratto nullo, anziché estendere l'effetto di nullità alla totalità del rapporto giuridico che ha il proprio titolo nel contratto. Tuttavia, ciò non influisce in alcun modo sullo schema con cui l'effetto di nullità viene ad esistenza.

Si è così dimostrato che l'effetto di nullità si produce sempre secondo la sequenza norma – fatto – effetto, e dunque sempre in via stragiudiziale. Il che significa che le parti che hanno concluso un contratto nullo possono comportarsi come se il negozio non fosse mai stato stipulato, senza necessità di ricorrere a un magistrato. Ciononostante, l'instaurazione di un giudizio, non necessaria ai fini della produzione dell'effetto di nullità, può rivelarsi necessaria ove su tale produzione sorga uno stato di incertezza. L'azione così iniziata non è diretta alla rimozione dell'efficacia del contratto, in quanto esso è nullo di per sé, prima e indipendentemente dalla sentenza che definisce il giudizio. Essa è piuttosto diretta a eliminare ogni dubbio sulla nullità del contratto, a rendere incontrovertibile che l'attività posta in essere è giuridicamente irrilevante come attività contrattuale.

⁽⁸⁹⁾ V. *supra* in questo stesso paragrafo.

L'azione di nullità è, allora, un'azione di mero accertamento ⁽⁹⁰⁾, per la precisione di mero accertamento negativo ⁽⁹¹⁾, e la sentenza di accoglimento è una sentenza dichiarativa, meramente ricognitiva dell'inefficacia del contratto: “essa non fa se non constatare solennemente, senza aggiungervi nulla, una situazione oggettiva, già esistente, ma della quale, prima dell'accertamento, poteva dubitarsi, o che poteva essere contestata o respinta dalla controparte o dal terzo” ⁽⁹²⁾.

Giova ricordare che quanto appena esposto è stato oggetto di critica da parte di una autorevole voce dottrinale ⁽⁹³⁾, sulla base del seguente ragionamento. Come visto, in alcuni casi particolari il nostro ordinamento riconosce al contratto nullo l'idoneità a produrre una certa quantità di effetti (anche se si tratta di effetti minori rispetto a quelli del contratto valido). Perché il contratto nullo sia privato di questa – limitata, ma pur esistente – efficacia, “è necessario che intervenga una dichiarazione giudiziale di nullità”. Ne segue che l'azione di nullità, quale strumento indispensabile per privare il contratto nullo di quegli effetti che l'ordinamento gli attribuisce, non possa qualificarsi come azione di mero accertamento, ma debba essere più correttamente inquadrata tra le azioni costitutive ⁽⁹⁴⁾.

Tale riflessione appare, però, viziata da un equivoco. Nelle ipotesi in cui la legge dispone che il contratto nullo produca determinati effetti, questi ultimi non possono in alcun modo

⁽⁹⁰⁾ Di tale avviso sono G. BERTI DE MARINIS, *Nullità relativa* cit., p. 294; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico* cit., pp. 337, 341; G. CHIOVENDA, *Principii* cit., p. 194; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 25; F. CORSINI, *Rilevabilità* cit., p. 670, nt. 13; N. COVIELLO, *Manuale* cit., pp. 333-334; G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 450; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale* cit., pp. 121-122; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali* cit., p. 246; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale* cit., p. 681.

⁽⁹¹⁾ Cfr. R. CAPONI, *Azione di nullità* cit., p. 95; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio* cit., p. 334, secondo cui l'azione di nullità “è un raro caso di domanda proponibile per l'accertamento negativo della situazione giuridica di cui altri pretende di essere titolare”; F. MESSINEO, voce *Annullabilità* cit. p. 477.

⁽⁹²⁾ Le parole sono di F. MESSINEO, voce *Annullabilità* cit., p. 480, secondo cui la sentenza che accoglie la domanda di nullità è “sentenza di accertamento negativo”.

Il carattere dichiarativo della sentenza è pacifico in dottrina (o quasi: v. subito *infra* nel testo). Riconoscono tale natura G. BERTI DE MARINIS, *Nullità relativa* cit., p. 294; C. M. BIANCA, *Diritto civile, III* cit., p. 627; F. CAMMEO, *L'azione* cit., pp. 26-27, nt. 4; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico* cit., p. 341, che precisa: “poiché, attesa la nullità, il negozio non produce effetti, non resta che chiarire la realtà della situazione, rimasta immutata nonostante il negozio. Quindi, il giudice, mediante la sentenza, non deve che acclarare lo stato delle cose, non capovolgere ciò che è, non cancellare o distruggere effetti, che non si sono prodotti. Pertanto, la sentenza, al pari dell'azione, è dichiarativa, è di mero accertamento”; A. CATAUDELLA, *Il giudice* cit., p. 670, secondo cui la sentenza “che pronuncia la nullità è dichiarativa perché si limita a constatare una situazione in essere”; F. CORSINI, *Rilevabilità* cit., p. 682; N. COVIELLO, *Manuale* cit., p. 334, per cui la sentenza “non fa altro che constatare la nullità e dichiararla”; F. GIANNELLI – M. G. MAGLIO, *Il negozio invalido* cit., *Parte seconda*, p. 131; E. T. LIEBMAN, *Manuale* cit., vol. I, p. 171; G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 450, per cui “con la sentenza non viene modificata la situazione preesistente, ma semplicemente acclarato che nessuna modificazione vi è stata”; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 631; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 817; R. TOMMASINI, voce *Nullità* cit., p. 890, per il quale “la azione di nullità e la correlativa sentenza di accoglimento rendono certa e definitiva l'inefficacia del negozio”.

Sulla dichiaratività della sentenza di rigetto della domanda di nullità si è già detto *supra*, par. 3.

⁽⁹³⁾ Si tratta di A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento* cit., pp. 665-666.

⁽⁹⁴⁾ Giunge alla medesima conclusione, ma senza spiegarne le ragioni, anche A. BOSELLI, *La risoluzione* cit., p. 253. Inoltre, si possono avvicinare a tale posizione i civilisti che individuano il fine dell'azione di nullità nella rimozione di ogni rilevanza giuridica dell'atto nullo, pur senza prendere posizione sulla natura della relativa sentenza: v. G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, p. 65; R. TOMMASINI, voce *Imalidità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 575, spec. 582 ss.

essere rimossi, nemmeno tramite un'azione di nullità. In siffatte situazioni, una parte del rapporto giuridico continua ad essere efficace *nonostante* la nullità del titolo dal quale esso scaturisce. Pertanto, la sentenza che in queste occasioni accoglie la domanda di nullità si distingue dalle ipotesi ordinarie per il contenuto, non per la natura: il primo cambia, perché all'accertamento che il contratto è (questa volta parzialmente) inefficace si aggiunge l'accertamento che alcuni effetti si sono prodotti e restano salvi; viceversa, la seconda rimane dichiarativa ⁽⁹⁵⁾.

Mi sembra, dunque, che la modalità con cui l'effetto di nullità si produce lasci davvero poco spazio per dubitare della natura di mero accertamento dell'azione di nullità e della natura dichiarativa della sentenza che la accoglie. In ogni caso, a chiudere qualunque discussione su tali qualificazioni è, ancora una volta, il linguaggio legislativo: l'art. 1422 c.c. dispone che "l'azione per far *dichiarare* la nullità non è soggetta a prescrizione"; l'art. 2332 c.c. prevede che "[...] 2. La *dichiarazione* di nullità non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti in nome della società dopo l'iscrizione nel registro imprese. [...] 4. La sentenza che *dichiara* la nullità nomina i liquidatori. 5. La nullità non può essere *dichiarata* quando [...]. 6. Il dispositivo della sentenza che *dichiara* la nullità deve essere iscritto [...] nel registro delle imprese"; gli artt. 2652, c. 1, n. 6, e 2690, c. 1, n. 3, c.c. parlano di "domande dirette a far *dichiarare* la nullità [...] di atti soggetti a trascrizione".

In conclusione, ricapitolando i risultati raggiunti nel presente paragrafo, può affermarsi che:

- a) l'effetto di nullità si produce secondo lo schema norma – fatto – effetto;
- b) l'azione di nullità è un'azione di mero accertamento negativo;
- c) la sentenza che accoglie la domanda di nullità è una sentenza dichiarativa.

6. Segue. Le nullità di protezione

Meritano un'analisi autonoma le c.d. nullità di protezione, ossia quelle nullità che vengono poste dal legislatore a tutela di una delle parti del contratto, la quale si trova in posizione di debolezza rispetto all'altra. Mentre le nullità di diritto comune presidiano interessi generali dell'ordinamento giuridico ⁽⁹⁶⁾, le nullità di protezione presidiano un

⁽⁹⁵⁾ Persino Proto Pisani, nel descrivere la sentenza dalla quale gli effetti dovrebbero essere rimossi, non riesce a non parlare di "*dichiarazione* giudiziale di nullità" (corsivo mio; cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento* cit., p. 666). Si segnala, comunque, che l'Autore sembra aver successivamente modificato la propria opinione: a distanza di dodici anni dalla pubblicazione degli *Appunti sulla tutela di mero accertamento* cit., l'Autore scrive, infatti, che "è pacifico che oggetto dell'azione di nullità sia l'accertamento negativo delle situazioni soggettive (che si pretendono) sorte dal contratto" (A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva* cit., p. 94).

⁽⁹⁶⁾ Cfr. C. CONSOLO, *Nullità del contratto, suo rilievo totale o parziale e poteri del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, *Numero speciale. La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, p. 7, spec. 10 ss.; F. CORSINI, *Rilevabilità* cit., p. 668 ss.; R. TOMMASINI, voce *Nullità* cit., p. 870, secondo cui la nullità è "uno strumento di controllo normativo, utilizzato [...] per non ammettere alla tutela giuridica interessi in contrasto con i valori fondamentali del sistema".

interesse “di serie o di massa”, del quale la parte tutelata è portatrice in forza di una propria condizione oggettiva ⁽⁹⁷⁾.

Il carattere distintivo delle nullità di protezione è dato dalla loro deducibilità soltanto ad opera della parte protetta, e non dell'altro contraente: per tale ragione, le nullità di protezione vengono definite nullità relative, in contrapposizione alle nullità di diritto comune, che hanno invece carattere assoluto ⁽⁹⁸⁾.

Proprio tale caratteristica porta l'interprete a domandarsi se anche le nullità di protezione operino di diritto, o se invece il contratto divenga inefficace solo dopo che la nullità sia stata fatta valere dalla parte debole, con tutto ciò che ne consegue in punto di natura dell'azione di nullità e della sentenza di accoglimento della domanda.

Cominciamo da quello che è sempre il primo elemento degli schemi di produzione degli effetti sostanziali: le norme. Le ipotesi di nullità di protezione contemplate dalla legislazione speciale sono parecchie e, in ogni caso, in costante aumento. In via esemplificativa, si possono richiamare: il combinato disposto degli artt. 117, c. 3, e 127, c. 2, d. lgs. n. 385/1993 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), per cui la nullità causata dalla mancanza di forma scritta dei contratti bancari può essere fatta valere solo dal cliente; gli artt. 23, c. 1-3, 24, 30, c. 7, 100-*bis*, c. 3, d. lgs. n. 58/1998 (Testo unico dell'intermediazione finanziaria), i quali sanciscono nullità che inficiano i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento, denunciabili solo dall'investitore; l'art. 2, c. 1, d. lgs. n. 122/2005, che prevede una forma di nullità a tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti degli immobili da costruire, deducibile solo da questi ultimi (e non dal costruttore); art. 134 d. lgs. n. 206/2005 (Codice del consumo), che disciplina le cause di nullità nell'ambito della vendita dei beni di consumo, spendibili da parte dei soli consumatori ⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁷⁾ È questa la felice definizione di V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 790. Di analogo avviso sono C. M. BIANCA, *Diritto civile, III* cit., p. 624, per cui le nullità in esame “sono intese pur sempre a colpire situazioni generalizzate di dannosità sociale che richiedono l'intervento della legge in attuazione del principio della parità reciproca. L'interesse direttamente tutelato è quindi un interesse generale pur se la nullità dei contratti o delle clausole è sancita a vantaggio dei singoli contraenti”; F. CORSINI, *Rilevabilità* cit., p. 672, secondo cui “senza dubbio la nullità relativa tutela in via immediata gli interessi di determinate categorie di contraenti. È tuttavia indiscutibile che essa miri anche alla protezione di un interesse generale, tipico della società di massa, la quale, per raggiungere un giusto punto di equilibrio, necessita di un equo contemperamento fra tutela del contraente debole e libertà imprenditoriale, tramite la previsione di regole di mercato”.

⁽⁹⁸⁾ La base di diritto positivo della relatività delle nullità di protezione è data dall'art. 1421 c.c., il quale, nel prevedere che la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, fa salve “diverse disposizioni di legge”. In merito alla relatività delle nullità di protezione, v. C. M. BIANCA, *Diritto civile, III* cit., pp. 623-624; A. CATAUDELLA, *Il giudice* cit., p. 673; F. CORSINI, *Rilevabilità* cit., p. 672, il quale ritiene addirittura che nullità relativa e nullità di protezione siano categorie perfettamente sovrapponibili; S. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità* cit., p. 426 ss.; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 789; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale* cit., pp. 678-679.

⁽⁹⁹⁾ Si veda anche l'art. 167, c. 2, d. lgs. n. 209/2005 (Codice delle assicurazioni private), che sancisce la nullità del contratto di assicurazione stipulato con un'impresa non autorizzata o con un'impresa alla quale sia fatto divieto di assumere nuovi affari.

Qualche problema ermeneutico è destato dall'art. 36, c. 3, c. cons., per cui “La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore”. Secondo la teoria maggioritaria, anche la costruzione lessicale utilizzata in questa sede mira a indicare una forma di legittimazione relativa: cfr. G. BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.* 2004, p. 861, spec. 896 ss. (con riferimento al vecchio art. 1469-*quinquies* c.c.); M. MANTOVANI, *Le nullità* cit., p. 86; S. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità* cit., p. 427 ss.; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 863, per cui

Il secondo elemento della sequenza genetica della nullità di protezione è il concreto verificarsi del fatto – o del complesso di fatti – che, di volta in volta, è descritto in via ipotetica dalla norma: un esempio per tutti, l'intervenuta stipulazione orale di un contratto bancario.

Si tratta a questo punto di capire se ciò è sufficiente per l'insorgere dell'effetto di nullità di protezione, o se occorra altresì che la parte tutelata faccia valere tale nullità. Anche rispetto alle invalidità in esame si può cercare la risposta nelle parole del legislatore, che puntano nettamente nella prima direzione: “*Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo*” (art. 117, c. 3, t.u.b.); “*Le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente*” (art. 127, c. 2, t.u.b.); “*Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo*” (art. 23, c. 1, t.u.f.); “*L'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari comporta la nullità dei relativi contratti*” (art. 30, c. 7, t.u.f.); “*Qualora non sia stato pubblicato un prospetto, l'acquirente [...] può far valere la nullità del contratto*”, la quale deve allora ritenersi già sorta prima dell'atto di manifestazione di volontà (art. 100-bis, c. 3, t.u.f.)⁽¹⁰⁰⁾.

Si deve, dunque, concludere che anche le nullità di protezione operano *ipso iure*, rendendo il contratto immediatamente inefficace, secondo il tipico schema norma – fatto – effetto⁽¹⁰¹⁾.

D'altro canto, come correttamente osservato in dottrina, riconoscere provvisoria efficacia ai contratti affetti da nullità relativa potrebbe risultare in una minore protezione della parte tutelata: infatti, “l'iniziale efficacia del contratto finirebbe per imporre al contraente debole, che volesse svincolarsi dall'accordo ‘nullo’, l'onere di attivarsi per ottenerne la caducazione, arrivando così a frustrare, se non addirittura a vanificare del tutto, in alcuni casi, le intenzioni ‘protettive’ del legislatore”⁽¹⁰²⁾.

“la regola, anche se formulata in termini sostanziali, va letta come regola di legittimazione: solo la parte protetta può prendere l'iniziativa di far valere il rimedio, in base all'autonoma valutazione del proprio interesse”. In una diversa prospettiva si pone, invece, chi opina che la norma alluda, più che ad una legittimazione riservata, ad una nullità parziale unidirezionale: così A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.* 1997, I, p. 403, spec. 432 (commentando il vecchio art. 1469-*quinquies* c.c.), per cui “la pronuncia di inefficacia estingue gli obblighi e oneri a carico del consumatore che generano in suo danno significativo squilibrio, ma non i diritti e facoltà che la stessa clausola, o un suo elemento, gli accordi”. Analoghe alternative interpretative potrebbero porsi anche rispetto alla nuova formulazione dell'art. 127, c. 2, t.u.b.

⁽¹⁰⁰⁾ La medesima interpretazione deve ricollegarsi alla formulazione dell'art. 167, c. 2, c. ass.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. G. BERTI DE MARINIS, *Nullità relativa* cit., p. 294; G. BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio* cit., p. 895, secondo cui “la nullità relativa, proprio perché non smette di essere nullità, opera *ipso iure*”; G. D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti* 2009, p. 732, spec. 740 ss., per il quale, “nella nullità di protezione, la presenza di un interesse generale tutelato dalla norma rende più coerente la configurazione di una inefficacia originaria del contratto o della clausola, anziché l'idea di una loro iniziale efficacia; la tesi dell'inefficacia originaria, inoltre, si accorda maggiormente con la rilevabilità d'ufficio della nullità (anche di protezione)” (sulla rilevabilità officiosa delle nullità di protezione, v. in dettaglio *infra*, par. 11); inoltre, “la *imprescrittibilità* dell'azione, che dovrebbe valere anche per la nullità di protezione, ha un significato completamente diverso rispetto ad una fattispecie *inefficace ab origine* piuttosto che rispetto ad una fattispecie che si assume essere *efficace*”; se il contratto fosse effettivamente efficace, “ci troveremmo di fronte ad una possibilità di *scioglimento del rapporto* tendenzialmente priva di limiti temporali”.

⁽¹⁰²⁾ M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali: per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, p. 438, la quale così prosegue: “inoltre, così ragionando, si finirebbe per avallare e legittimare la

Diviene allora evidente che, quando il legislatore attribuisce a una sola delle parti contraenti la legittimazione a far valere una determinata causa di nullità del contratto, in realtà non riconosce a tale parte la possibilità di *provocare* l'effetto di nullità, ma solo quella di *avvalersi* degli effetti che l'inefficacia del contratto ha già prodotto in ragione della sussistenza del vizio invalidante ⁽¹⁰³⁾.

La logica conseguenza della genesi stragiudiziale delle nullità di protezione è che l'azione di nullità è, ancora una volta, un'azione di mero accertamento negativo, la quale viene giocoforza definita da una sentenza dichiarativa ⁽¹⁰⁴⁾.

7. L'azione di annullamento

La seconda azione di impugnativa cui il codice civile dedica attenzione è l'azione di annullamento, regolata dagli artt. 1441-1442 c.c., nonché, quanto agli effetti della trascrizione della relativa domanda giudiziale, dagli artt. 2652, c. 1, n. 6, e 2690, c. 1, n. 3, c.c.

L'unico soggetto legittimato ad agire per l'annullamento di un contratto è la parte nel cui interesse esso è stabilito dalla legge (art. 1441, c. 1, c.c.). La sola deroga è rappresentata dall'annullamento per incapacità del condannato in stato di interdizione legale, che può essere invece domandato da chiunque vi abbia interesse (art. 1441, c. 2, c.c.). Al contrario di quel che accade rispetto all'azione di nullità, dunque, per l'annullamento la legittimazione ad agire è ordinariamente relativa ed eccezionalmente assoluta.

L'azione si prescrive in cinque anni (art. 1442, c. 1, c.c.). Il *dies a quo* del termine di prescrizione varia con il variare della causa di annullamento: se vizio del consenso o incapacità legale, il termine decorre dal giorno in cui la violenza, lo stato di interdizione o di inabilitazione sono cessati, il dolo o l'errore sono stati scoperti, il minore ha raggiunto la maggiore età; in tutti gli altri casi, il termine decorre dalla conclusione del contratto annullabile (art. 1442, c. 2-3, c.c.).

Spostandoci ora sul piano sostanziale, che costituisce la base su cui incide l'azione in esame, a differenza del contratto nullo, il contratto annullabile è provvisoriamente efficace: esso produce gli effetti propri di un contratto valido, i quali sono però suscettibili di essere successivamente e retroattivamente eliminati ⁽¹⁰⁵⁾. L'effetto di annullamento è, per l'appunto, l'effetto che comporta la definitiva rimozione dell'efficacia precaria del contratto annullabile.

creazione di un affidamento su una situazione dotata di esistenza precaria e si complicherebbe non poco il sistema delle restituzioni conseguenti alla dichiarazione di nullità”.

⁽¹⁰³⁾ Si esprime in questi termini G. BERTI DE MARINIS, *Nullità relativa* cit., p. 294.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. ancora G. BERTI DE MARINIS, *Nullità relativa* cit., p. 294. In giurisprudenza, v. App. Bari, 10 gennaio 2018, n. 9, in *DeJure*; App. Torino, 13 novembre 2017, n. 2417, in *DeJure*; Cass., 27 aprile 2016, nn. 8395 e 8396; Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243.

⁽¹⁰⁵⁾ In tal senso v. M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico* cit., p. 271; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., p. 463, per cui si qualifica annullabile il negozio che, “pur dando vita precaria alla nuova situazione giuridica che il diritto ricollega al tipo legale, possa – dietro reazione della parte interessata – essere rimosso con forza retroattiva [...] e considerato come non mai posto in essere”; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico* cit., p. 352, per cui “la produzione di effetti è caduca od effimera”; A. CATAUDELLA, *Il giudice* cit., p. 669; G. CHIOVENDA, *Principii* cit., p. 194, per cui i “negozi giuridici annullabili sono quelli che possono bensì produrre effetti giuridici, ma solo in quanto non siano impugnati”; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 154,

Si tratta di comprendere come tale effetto venga ad esistenza.

Il primo addendo dell'operazione è costituito dalle norme che prevedono le cause di annullamento dei contratti, che sono pacificamente considerate tipiche ⁽¹⁰⁶⁾. Come

per il quale gli effetti del contratto annullabile sono “efficacemente sorti, pur se [...] invalidabili”; N. COVIELLO, *Manuale* cit., p. 337, secondo cui “il negozio giuridico annullabile ha piena efficacia giuridica”; P. FORTUNATO, *Mutamento della «causa petendi» rispetto alle azioni di annullamento, rescissione e nullità per simulazione*, in *Foro. it.* 1951, I, p. 931, spec. 932; F. MESSINEO, voce *Annullabilità* cit. p. 470, il quale precisa che, sino a quando il contratto annullabile non è annullato, esso è efficace, “onde la parte è tenuta (o le parti sono tenute) a rispettarlo e, se del caso, ad eseguirlo”; F. PECCENINI, sub *art. 1441*, in AA.VV., *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998, p. 503; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 821; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali* cit., p. 254; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico* cit., p. 84, per il quale l'atto annullabile “produce gli effetti di cui è capace, fino a che non sia annullato”; R. TOMMASINI, *L'azione di annullamento ed i suoi presupposti*, in R. TOMMASINI – E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e continuato da F. D. BUSNELLI, Milano, 2009, p. 39, per cui “l'efficacia dell'atto annullabile [...] è caratterizzata dalla precarietà”; R. TOMMASINI, voce *Annullabilità e annullamento. II) Diritto privato*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988, p. 1, spec. 2, 7, secondo cui “il contratto annullabile è produttivo di effetti precari che i soggetti interessati possono paralizzare o eliminare, oppure rendere definitivi e stabili”; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., pp. 237, 242.

Mentre sull'efficacia del contratto annullabile la dottrina si mostra unita, sussistono diverse linee di pensiero in merito alla validità dello stesso. Secondo una prima ricostruzione, il contratto annullabile è – seppur provvisoriamente – valido: cfr. E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, vol. I, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, p. 3, spec. 100; F. GIANNELLI – M. G. MAGLIO, *Il negozio invalido* cit., *Parte seconda*, p. 131, per cui “l'annullabilità è una situazione di validità sospesa”, “il negozio annullabile è un negozio valido”; F. MESSINEO, voce *Annullabilità* cit., pp. 470, 477: “il negozio annullabile è valido: tanto che se, in ipotesi, decorra inutilmente il termine per l'esercizio dell'azione di annullamento, il negozio resta definitivamente e automaticamente valido, senza che l'interessato abbia dovuto fare alcunché per renderlo tale. Soltanto che il negozio è *provvisoriamente valido* o, con altre parole, ha una *validità pendente* risolutivamente; ciò nel senso che, esercitata vittoriosamente l'azione di annullamento, il negozio diviene nullo”; in giurisprudenza, v. Cass., 24 febbraio 2010, n. 4485. Una diversa teoria, a mio avviso più attenta alla differenza che intercorre tra validità ed efficacia, propone di qualificare il contratto annullabile come contratto invalido. Come noto, mentre la validità attiene al piano genetico dell'atto, l'efficacia riguarda il rapporto che da quell'atto scaturisce. I requisiti di validità si differenziano dalle condizioni di efficacia, sicché non vi è alcuna correlazione obbligata tra validità/invalidità ed efficacia/inefficacia dell'atto (cfr. M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 61; R. TOMMASINI, *L'azione di annullamento* cit., pp. 38-39). Il contratto annullabile, sebbene efficace, rimane pur sempre sul piano genetico invalido: v. L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico* cit., p. 352; G. CHIOVENDA, *Principii* cit., p. 194; R. TOMMASINI, *L'azione di annullamento* cit., p. 39; R. TOMMASINI, voce *Annullabilità* cit., p. 2. Un elemento a favore della seconda opinione si trae, peraltro, dalla norma sul dolo incidente (art. 1440 c.c.), che recita: “Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse”. Leggendo la disposizione *a contrario*, si desume facilmente che, nei casi in cui i raggiri sono determinanti del consenso, il contratto è invalido.

Si presenta, invece, isolata l'opinione dottrinale per cui il contratto annullabile non è idoneo a produrre effetti giuridici. Si veda, in tal senso, R. SACCO, voce *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XII, Torino, 1995, p. 293, spec. 294, che osserva: “tra la conclusione del contratto annullabile e la pronuncia di annullamento si ha non tanto una efficacia provvisoria del negozio, quanto una incertezza obbiettiva sull'esito. Chi ha concluso un contratto annullabile non può essere costretto ad adempiere perché dispone di un'eccezione; come dire, allora, che il contratto è efficace (sia pure, provvisoriamente?)”. V. anche F. CARRESI, *L'annullabilità del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1969, p. 1436, *passim*, spec. 1446, il quale rileva che il contratto annullabile è sempre “privo di efficacia, anche quando sia stato interamente adempiuto”.

Per un'eccezione alla regola generale secondo cui il contratto annullabile produce effetti finché non venga integralmente caducato, si veda *infra*, par. 15.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr., *ex multis*, F. GIANNELLI – M. G. MAGLIO, *Il negozio invalido* cit., *Parte prima*, p. 5, per cui “l'annullabilità opera solo nei casi espressamente previsti dalla legge”; R. TOMMASINI, voce *Annullabilità* cit., p. 4, il quale sottolinea che “le cause di annullabilità sono tipicamente definite e testuali”.

autorevolmente osservato, la ragione sta nel fatto che tali disposizioni, “spars[e] un poco da per tutto nella legislazione civile” ⁽¹⁰⁷⁾, sono il frutto di valutazioni attinenti alle peculiarità dei singoli casi di specie e non sono idonee a essere classificate, prima, e ricondotte a sistema, poi: il che rende il ricorso all’analogia impraticabile e l’affidarsi alle previsioni espresse l’unica via percorribile ⁽¹⁰⁸⁾.

Da un lato, sussistono motivi di annullamento comuni a tutti i contratti, disciplinati agli artt. 1425-1440 c.c.: incapacità delle parti (legale o naturale) e vizi del consenso (errore, violenza, dolo) ⁽¹⁰⁹⁾. Dall’altro, vi sono specifiche ragioni di annullamento che sono proprie di singoli tipi di contratti; circostanza che il legislatore evidenzia quando, nel terzo comma del citato art. 1422 c.c., allude agli “altri casi” di annullabilità: tra questi, v. l’art. 1892 c.c., in materia di assicurazione, o gli artt. 1971-1975 c.c., in materia di transazione.

Il secondo elemento del modello genetico dell’effetto di annullamento è il concreto verificarsi del complesso di fatti individuati astrattamente dalle norme: per esempio, l’effettiva sussistenza di una falsa rappresentazione circa l’oggetto del contratto, riconoscibile da parte dell’altro contraente.

Ciò non basta, tuttavia, perché sorga l’effetto di annullamento e il contratto cessi di essere efficace. Ben potrebbe accadere, infatti, che l’atto annullabile, pur affetto da un vizio, risulti comunque conveniente per il soggetto che ne è autore. Così, se l’annullamento operasse in modo necessario e automatico (secondo lo schema norma – fatto – effetto), esso finirebbe assurdamente per danneggiare la parte nell’interesse della quale è previsto. È questa la ragione per cui il legislatore lascia alla parte tutelata la libertà di scegliere se attribuire rilevanza giuridica alle cause di annullamento, così provocando (si vedrà subito se in via immediata o in via mediata) la caducazione degli effetti contrattuali, o se rimanere inerte, così conservando il rapporto giuridico nato dal contratto ⁽¹¹⁰⁾.

L’essenza stessa del rimedio dell’annullamento esige, dunque, che nella sequenza che conduce alla produzione dell’effetto si inserisca anche il potere sull’*an* della parte nel cui interesse l’effetto è contemplato.

Le difficoltà cominciano quando ci si chiede se il menzionato potere sull’*an* sia un potere sostanziale o a necessario esercizio giudiziale.

⁽¹⁰⁷⁾ F. MESSINEO, voce *Annullabilità* cit. p. 471.

⁽¹⁰⁸⁾ Così G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 458.

⁽¹⁰⁹⁾ Giova qui riprendere quanto si è notato *supra*, in nota 80, in merito all’ipotesi di nullità del contratto per mancanza di accordo, e aggiungere un elemento al fine di delineare meglio il confine tra nullità e annullabilità: l’unica violenza che cagiona l’annullabilità del contratto è la violenza morale; viceversa, la violenza fisica ridonda in un caso di nullità virtuale (cfr. F. GIANNELLI – M. G. MAGLIO, *Il negozio invalido* cit., *Parte seconda*, p. 132).

⁽¹¹⁰⁾ Si tratta di una delle principali divergenze tra l’effetto di nullità e l’effetto di annullamento. Mentre la nullità è una sanzione posta a tutela di interessi generali dell’ordinamento (cfr. *supra*, par. 6), l’annullamento mira a tutelare interessi privati (cfr. R. TOMMASINI, *L’azione di annullamento* cit., p. 39): è, dunque, ragionevole che l’ordinamento rimetta alla parte tutelata il giudizio di convenienza sulla conservazione o sulla caducazione dell’assetto di interessi che si è creato attraverso la stipula del contratto annullabile (così R. TOMMASINI, *L’azione di annullamento* cit., p. 39; v. anche F. MESSINEO, voce *Annullabilità* cit. p. 475; G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 507; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico* cit., p. 74; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 238).

La dottrina di gran lunga maggioritaria risponde nel secondo senso ⁽¹¹¹⁾. Tuttavia, la presenza di voci discordanti impone di vagliare la tenuta della conclusione.

Innanzitutto, vi è chi reputa che la soluzione sia variabile ⁽¹¹²⁾. L'effetto di annullamento potrebbe essere conseguito in via di autonomia privata in tutti i casi in cui la controparte del titolare del diritto potestativo ponga in essere gli atti necessari a conformare la situazione di diritto al fatto cui la parte interessata vuole attribuire rilevanza: si avrebbe così un annullamento del contratto in via di mutuo dissenso. Viceversa, il diritto potestativo dovrebbe essere esercitato in via giudiziale in tutte le occasioni in cui manchi la cooperazione della controparte: "l'esercizio del potere sostanziale [...] nella forma giudiziale [...] non è altro che la modalità – legislativamente predeterminata – di esercizio del potere di determinare *unilateralmente* l'effetto impeditivo o estintivo" ⁽¹¹³⁾.

A tale teoria si può obiettare che l'effetto ottenuto dalle parti nella prima ipotesi non è un effetto di annullamento del contratto viziato; si tratta, piuttosto, della stipulazione di un nuovo e diverso contratto, col quale le parti novano il precedente, oppure dichiarano di considerarlo come mai intervenuto: le differenze rispetto all'annullamento disciplinato dagli artt. 1425 ss. c.c. sono evidenti ⁽¹¹⁴⁾. Rimane, allora, solo l'altra forma di annullamento prospettata nell'opinione in esame, ossia quella raggiungibile unicamente attraverso l'operare di un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale.

Vi è, poi, chi ritiene che il diritto potestativo all'annullamento sia sempre un diritto sostanziale, idoneo a cagionare l'effetto in via stragiudiziale. È questa la suggestiva tesi elaborata da Ilaria Pagni, in una articolata monografia sulle azioni di impugnativa negoziale ⁽¹¹⁵⁾.

Punto di partenza è l'affermazione per cui le cause di annullamento formano sia fatti costitutivi dell'effetto di annullamento sia fatti impeditivi dell'efficacia del contratto, che vengono normalmente fatti valere in via di eccezione. Quando viene stipulato un contratto annullabile, si crea una situazione di pendenza (molto simile a quella che si ha in presenza di una condizione), caratterizzata dalla sospensione degli effetti del fatto impeditivo dal

⁽¹¹¹⁾ Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico* cit., p. 353, per cui "nel diritto nostro [...] non può aversi annullamento su semplice dichiarazione di volontà della parte"; L. CIFFO BONACCORSO, *Diritti potestativi* cit., pp. 136-137, anche nt. 26; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 249, anche nt. 73; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio* cit., p. 303 ss., anche nt. 62: "non può dimostrarsi [...] che la parte possa unilateralmente determinare gli effetti costitutivi manifestando la volontà di annullare [...] fuori del processo"; F. MESSINEO, voce *Annullabilità* cit. p. 475; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, p. 261 ss.; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 271; E. F. RICCI, voce *Accertamento* cit., p. 23; R. TOMMASINI, sub *art. 1441*, in R. TOMMASINI – E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e continuato da F. D. BUSNELLI, Milano, 2009, p. 93. In giurisprudenza, cfr. Cass., 13 aprile 1959, n. 1086, in *Giur. it.* 1959, I, 1, p. 1192, con nota di L. CIFFO BONACCORSO, *L'eccezione nel sistema della difesa del convenuto*.

⁽¹¹²⁾ Di tale avviso è A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva* cit., p. 90 ss. In senso simile si esprime anche L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 131.

⁽¹¹³⁾ A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva* cit., p. 90.

⁽¹¹⁴⁾ Nello stesso senso si esprime L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico* cit., p. 353: "un negozio di accertamento o comunque un accordo tra le parti, diretto a considerare il negozio come non fatto possono produrre effetti praticamente corrispondenti a quelli dell'annullamento, ma annullamento vero e proprio non producono".

⁽¹¹⁵⁾ I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 197 ss.

momento in cui il vizio si verifica al momento in cui la parte manifesta la volontà di dare ad esso rilevanza giuridica; durante tale periodo, il contratto produce i propri effetti sotto condizione risolutiva. Se ciò corrisponde al vero, allora il mutamento della realtà sostanziale provocato dall'annullamento del contratto, ossia il passaggio da atto efficace ad atto improduttivo di effetti, discende dall'avverarsi della condizione sospensiva cui è sottoposto il vizio invalidante, *i.e.* dall'esercizio del diritto potestativo sostanziale, e non deve essere necessariamente ricondotto a una pronuncia giudiziale ⁽¹¹⁶⁾.

La natura sostanziale del diritto potestativo sarebbe, peraltro, confermata da un'altra circostanza. Ai sensi dell'art. 1444, c. 2, c.c., se il contraente cui spetta l'azione di annullamento dà volontariamente esecuzione al contratto, in un momento in cui ne conosce il motivo di annullabilità, il contratto stesso resta convalidato ⁽¹¹⁷⁾. Ebbene, se la parte ha la possibilità di scegliere, attraverso la convalida, se conservare o meno gli effetti del contratto viziato, allora può anche legittimamente rifiutarsi di eseguire la propria prestazione e di accettare l'adempimento della controprestazione, così mostrando di voler porre il contratto nel nulla. Ad avviso dell'Autrice, ciò significa che al potere di convalidare il contratto in via stragiudiziale si affianca anche il potere di annullarlo con le stesse modalità. Unico presupposto del legittimo esercizio del diritto potestativo sostanziale di annullamento è che la manifestazione di volontà presenti "carattere di serietà" ⁽¹¹⁸⁾.

La perplessità maggiore cui dà adito l'opinione appena delineata giace nel notevole grado di incertezza cui l'effettiva produzione dell'effetto di annullamento andrebbe incontro. Ci si troverebbe di fronte a un diritto potestativo stragiudiziale non disciplinato dal legislatore, le cui modalità di legittimo esercizio non sono cristallizzate in esplicite previsioni normative e la cui "serietà" sarebbe indubbiamente percepita in modo diverso da contraente a contraente ⁽¹¹⁹⁾.

In ogni caso, il definitivo parere sulla fondatezza delle teorie esposte può essere dato solo a valle della lettura delle norme che delineano la fattispecie astratta dell'effetto di annullamento, alla ricerca di indicazioni legislative in merito alla natura del diritto potestativo di parte.

Ancora una volta, il legislatore non si esime dal rendere manifesta la scelta compiuta: l'art. 1427 c.c. dispone che "Il contraente il cui consenso fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo, può *chiedere* l'annullamento del contratto"; l'art. 1432 c.c. prevede che "La parte in errore non può *domandare* l'annullamento del contratto se, prima che ad essa possa derivarne pregiudizio, l'altra offre di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che quella intendeva concludere"; l'art. 1436, c. 2,

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. I. PAGNI, *Le azioni* cit., pp. 202-203, 250 ss., 268, per i passaggi ricostruttivi richiamati nel testo.

⁽¹¹⁷⁾ Sulla convalida del contratto annullabile, v. *infra*, nel presente paragrafo.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 273 ss.

⁽¹¹⁹⁾ Vero è che lo strumento del diritto potestativo sostanziale di annullamento viene, in alcuni ordinamenti, utilizzato (ciò accade, in via esemplificativa, in Germania). Tuttavia, proprio per le controindicazioni che esso genera in punto di (in)certezza del diritto, è necessario che sia la legge a prevederlo espressamente: infatti, solo il legislatore può scegliere di sacrificare la sicurezza dei traffici alla loro speditezza. E, come si vedrà subito *infra* nel testo, non è stato questo l'approccio selezionato dal nostro.

c.c. precisa che, “Se il male minacciato riguarda altre persone [diverse dal coniuge, dai discendenti e dagli ascendenti del contraente], l’annullamento del contratto è *rimesso alla prudente valutazione delle circostanze da parte del giudice*”; l’art. 1441 c.c. chiarisce che “L’annullamento del contratto può essere *domandato* solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge” ⁽¹²⁰⁾. La terminologia utilizzata nitidamente chiarisce che il diritto potestativo di cui si discute deve essere esercitato attraverso la proposizione di una domanda giudiziale ⁽¹²¹⁾.

E se l’effetto di annullamento non viene prodotto in via immediata attraverso l’esercizio del diritto potestativo, si deve allora concludere che esso consegue ad un ulteriore elemento di fattispecie, ossia alla sentenza che accoglie la domanda.

Si giunge così alla soluzione sia della questione relativa alla modalità di produzione dell’effetto di annullamento sia di quella inerente alla natura della sentenza che definisce positivamente il giudizio: l’annullamento viene alla luce secondo lo schema norma – fatto – potere sull’*an* – accertamento giudiziale – effetto; l’azione di annullamento è un’azione costitutiva ⁽¹²²⁾; la sentenza di annullamento è una sentenza costitutiva, in quanto opera in via immediata il mutamento giuridico ⁽¹²³⁾. Più precisamente, tale pronuncia costituisce l’effetto di annullamento ed estingue gli effetti prodotti dal contratto annullabile, a partire dal momento in cui quest’ultimo è stato concluso (*ex tunc*) ⁽¹²⁴⁾; e ciò in quanto il fatto storico

⁽¹²⁰⁾ Anche le norme che disciplinano i motivi di annullamento propri dei contratti tipici offrono indicazioni conformi: v., per esempio, l’art. 1971 c.c., per il quale, “Se una delle parti era consapevole della temerarietà della sua pretesa, l’altra può *chiedere* l’annullamento della transazione”; l’art. 1972, c. 2, c.c., per cui “Negli altri casi in cui la transazione è stata fatta relativamente a un titolo nullo, l’annullamento di essa può *chiedersi* solo dalla parte che ignorava la causa di nullità del titolo”; l’art. 2098, c. 2, c.c., in forza del quale “La *domanda* di annullamento [del contratto di lavoro stipulato senza l’osservanza delle disposizioni concernenti la disciplina della domanda e dell’offerta di lavoro] è proposta dal pubblico ministero”.

⁽¹²¹⁾ Sottolineano l’importanza del dato normativo anche A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 536, per cui “è la lettera della legge, che, sempre [...], prevede per l’interessato il potere di chiedere al giudice un (provvedimento che disponga un) mutamento giuridico, non di provocarlo con la sua dichiarazione di volontà” (nel citato contributo, l’Autore cambia opinione rispetto a quanto sostenuto nel suo precedente articolo ID., *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, in *Giur. it.* 1987, IV, p. 417, spec. 431-432); R. ORIANI, *Diritti potestativi* cit., p. 23.

⁽¹²²⁾ Così espressamente F. CAMMEO, *L’azione* cit., p. 41; P. FORTUNATO, *Mutamento* cit., p. 932; F. MESSINEO, voce *Annullabilità* cit., pp. 475, 477; R. TOMMASINI, sub *art. 1441* cit., p. 94; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale* cit., p. 686.

⁽¹²³⁾ Si è già detto, invece, della natura sempre dichiarativa dell’eventuale provvedimento di rigetto: cfr. *supra*, par. 3.

⁽¹²⁴⁾ La dottrina è in netta maggioranza orientata in tal senso: v. A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 110; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 536, per cui è “la sentenza che accoglie la domanda proposta a dar vita al mutamento richiesto dall’attore”; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., p. 463; C. M. BIANCA, *Diritto civile, III* cit., p. 670; M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino, 2016, p. 227 ss.; F. CAMMEO, *L’azione* cit., p. 42; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico* cit., p. 353, per cui la pronuncia di annullamento può “farsi rientrare fra quelle costitutive, che si dicono risolutive, perché annienta il negozio e ne distrugge gli effetti”; A. CATAUDELLA, *Il giudice* cit., p. 670; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., p. 40; G. CHIOVENDA, *Principii* cit., p. 194; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 32; N. COVIELLO, *Manuale* cit., p. 337; P. FORTUNATO, *Mutamento* cit., p. 932; F. GIANNELLI – M. G. MAGLIO, *Il negozio invalido* cit., *Parte seconda*, p. 131; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 145; E. MERLIN, *Elementi* cit., p. 50; F. MESSINEO, voce *Annullabilità* cit., pp. 475, 480, per cui la sentenza “aggiunge, alla situazione, l’effetto di *togliere di mezzo* il negozio e quindi anche di privarlo dell’efficacia”; G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 507; L. MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Riv. dir. proc.* 1991, p. 15, spec. 39-40; A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 260 ss.; R. ORIANI, *Diritti*

costituente motivo di annullamento risale al tempo in cui si è perfezionata la fattispecie costitutiva del rapporto giuridico annullato ⁽¹²⁵⁾. Ne segue che, se considerato in una prospettiva statica, dopo l'accoglimento della domanda di annullamento, il contratto annullato non differisce da un contratto nullo *ab origine* ⁽¹²⁶⁾.

Chiaramente tali conclusioni non sono accettate da chi considera il diritto potestativo di annullamento un diritto potestativo sostanziale e, coerentemente con le premesse, qualifica la sentenza di annullamento come sentenza dichiarativa ⁽¹²⁷⁾.

potestativi cit., pp. 13-14, il quale parla di una vera e propria “riserva di giurisdizione”; F. PECCENINI, sub *art. 1441* cit., p. 504; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 819; R. SACCO, voce *Nullità* cit., pp. 308-309, per cui la sentenza di annullamento opera “alterando il campo dei rapporti sostanziali, ossia [elimina] gli effetti del contratto”; B. SASSANI, *Lineamenti* cit., p. 482, nt. 5; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico* cit., p. 74; R. TOMMASINI, voce *Annullabilità* cit., p. 11; R. TOMMASINI, *L'azione di annullamento* cit., p. 45; R. TOMMASINI, sub *art. 1441* cit., p. 105. Si sottolinea, peraltro, come, nell'ampio *genus* delle sentenze costitutive, quelle di annullamento appartengono alla *species* delle sentenze estintive di rapporti giuridici: v. F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 200; A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 247, anche nt. 100; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 317; C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato (Spunti da un libro di appunti e da altre pubblicazioni recenti)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1962, p. 1485, spec. 1575. Anche la giurisprudenza è graniticamente orientata a favore della natura costitutiva della sentenza di annullamento: v., *ex multis*, Cass., sez. un., 23 novembre 2018, n. 30416; Cass., 14 maggio 2018, n. 11589; Cass., 18 gennaio 2018, n. 1159; Trib. Milano, 31 maggio 2016, n. 6794, in *DeJure*; Trib. Caltanissetta, 29 febbraio 2016, in *DeJure*; trib. Perugia, 12 marzo 2015, n. 512; Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 4.2; Cass., 19 aprile 2013, n. 9641; Trib. Lamezia Terme, 9 agosto 2010, n. 855, in *DeJure*; Cass., 24 febbraio 2010, n. 4485, per cui “il potere di annullamento del contratto [...] determina, nel caso di accoglimento della domanda, la pronuncia di una sentenza costitutiva, che annulla il contratto e ripristina tra le parti interessate la situazione preesistente”.

L'efficacia *ex tunc* non osta all'inquadramento delle pronunce di annullamento nella categoria delle pronunce costitutive. Infatti, benché l'efficacia *ex nunc* costituisca l'ipotesi ordinaria nel settore dei provvedimenti costitutivi, essa non appartiene alla loro essenza. Cfr., in tal senso, F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 199, il quale rileva che, “essendo l'efficacia *ex nunc* una caratteristica normale, ma non indispensabile, delle sentenze costitutive, nessuna ripercussione sulla sostanza di tali sentenze deriva dalla eccezionale previsione legislativa della retroattività degli effetti”; G. CHIOVENDA, *Principii* cit., p. 185 ss.; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., pp. 71-72; C. FERRI, *Profili* cit., pp. 191-192; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento* cit., p. 669.

⁽¹²⁵⁾ Pare legittimo domandarsi come sia possibile conciliare l'esistenza di un motivo di annullamento che è coevo ai fatti costitutivi dell'efficacia del contratto, e che dunque ha tutta l'aria di essere un fatto impeditivo (tanto è vero che così viene qualificato in dottrina: v. I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 323), con la circostanza che il contratto annullabile produce effetti e che la sentenza di annullamento rappresenti un fatto estintivo degli stessi. Delle due l'una: o il rapporto giuridico non è mai sorto in quanto un fatto impeditivo lo ha inibito, e quindi non si può estinguere, oppure il rapporto è suscettibile di estinzione, proprio perché è venuto alla luce. Ebbene, a ben vedere, i motivi di annullamento e la sentenza di annullamento agiscono sul contratto su due piani diversi: i primi incidono sulla validità del contratto; la seconda sulla sua efficacia. Pertanto, fatto impeditivo e fatto estintivo possono convivere, purché correttamente intesi: le cause di annullamento costituiscono fatti impeditivi della *validità* del contratto (il quale però, come visto *supra* nel presente paragrafo, produce comunque effetti precari); la sentenza di annullamento costituisce fatto estintivo degli *effetti* dal contratto prodotti.

⁽¹²⁶⁾ L'osservazione si legge in L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico* cit., p. 353, secondo cui il negozio, da “annullabile, che era, viene ridotto nel nulla”; N. COVIELLO, *Manuale* cit., p. 337, per cui “pronunziato l'annullamento, il negozio si considera come se non avesse prodotto giammai effetti giuridici”; F. MESSINEO, voce *Annullabilità* cit., p. 480, per il quale “l'annullamento fa luogo a nullità del negozio”; R. TOMMASINI, voce *Annullabilità* cit., p. 11, R. TOMMASINI, *L'azione di annullamento* cit., p. 45; R. TOMMASINI, sub *art. 1441* cit., p. 105; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 241.

⁽¹²⁷⁾ Cfr. I. PAGNI, *Le azioni* cit., pp. 297, 304, 676, secondo la quale, nella sentenza di annullamento, il giudice dovrebbe semplicemente (i) accertare che si è verificata la fattispecie impeditiva dell'efficacia negoziale e (ii) dichiarare che non si sono verificati gli effetti negoziali che il contratto valido avrebbe prodotto; A. PROTO

A costoro si aggiunge, poi, un'autorevole voce dottrinale, che, ponendo il diritto potestativo di annullamento, per così dire, a metà strada tra un diritto sostanziale e un diritto a necessario esercizio giudiziale, propone una ricostruzione del tutto peculiare ⁽¹²⁸⁾. Secondo tale teoria, il diritto di annullamento configura un potere di eccezione sostanziale, con la quale si produce direttamente l'effetto di annullamento. Esso viene esercitato mediante un atto di parte nel processo, con efficacia al contempo sostanziale (annullamento del contratto) e processuale (costituzione del dovere del giudice di pronunciare sull'intervenuto annullamento). Ne segue che il giudice non annulla il contratto "in prima persona", ma semplicemente constata che la parte ha provveduto ad annullarlo mediante l'esercizio di un potere a ciò diretto. Tale potere presenta, però, una peculiarità: l'effetto di annullamento si manifesta solo nel quadro del processo in cui viene esercitato il diritto potestativo, sicché, se il processo si estingue, l'effetto di annullamento viene meno e torna in vigore la preesistente situazione.

Siffatta interpretazione si espone, a mio avviso, ai seguenti rilievi critici. Innanzitutto, in tal modo si crea un *tertium genus* di diritti potestativi che non ha alcun addentellato nel diritto positivo: si tratterebbe di diritti a necessario esercizio giudiziale, che però producono direttamente effetti sul piano sostanziale. In secondo luogo, detti effetti sarebbero sempre precari, in quanto comunque dipendenti dall'esito del giudizio al cui principio si sono formati: da un lato, non si può non notare che, così opinando, non si riesce veramente a sganciare la produzione dell'effetto di annullamento dalla pronuncia che definisce il processo; dall'altro, si rischia di dar luogo a una serie di "rimpalli" tra uno stato di fatto in cui il contratto è efficace e uno stato di fatto in cui non è efficace, con adempimenti e rimesse in pristino che si alternano, in un ondeggiare che solo la sentenza definitiva di annullamento può fermare.

In ogni caso, anche ove tali inconvenienti fossero superabili, rimane pur vero che:

- a) se l'esercizio del diritto potestativo di annullamento non è sufficiente per produrre l'effetto di annullamento, allora la sentenza non può avere natura dichiarativa, in quanto non può dichiarare l'esistenza di un effetto che non si è ancora verificato ⁽¹²⁹⁾;
- b) la natura dichiarativa della pronuncia di annullamento si pone in contrasto con il diritto positivo. Gli artt. 2652, c. 1, n. 6, e 2690, c. 1, n. 3, c.c., infatti, creano una netta contrapposizione tra le domande dirette "a far *dichiarare* la nullità" e quelle dirette "a far *pronunziare* l'annullamento"; e la medesima distinzione si trova anche nell'art. 2655, c. 1, c.c., secondo cui "qualora un atto trascritto o iscritto sia *dichiarato* nullo o sia *annullato* [...], la *dichiarazione di nullità* e [...] *l'annullamento* [...] devono annotarsi in margine alla trascrizione o all'iscrizione dell'atto". Si evidenzia, così, la

PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva* cit., p. 93. Di analogo avviso è anche F. S. BIANCHI, *Principii generali sulle leggi*, Napoli-Roma-Milano, 1888, p. 539.

⁽¹²⁸⁾ Così E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico* cit., pp. 110-111.

⁽¹²⁹⁾ In senso simile, cfr. C. FERRI, *Profili* cit., pp. 64, 67.

differenza che intercorre tra le ipotesi in cui un effetto giuridico viene dichiarato dal giudice e le ipotesi in cui un effetto viene da lui prodotto ⁽¹³⁰⁾.

A ciò si aggiunga che vi sono due ulteriori indici sistematici che fanno propendere per la natura costitutiva della sentenza di annullamento ⁽¹³¹⁾. Innanzitutto, la prescrittibilità dell'azione: mentre l'azione costitutiva presuppone l'esercizio di un potere sull'*an* certamente suscettibile di prescriversi, nel caso dell'azione dichiarativa si può immaginare la prescrizione del diritto da accertare, ma non quella dell'azione. In secondo luogo, la legittimazione ristretta: essa rappresenta un chiaro indice della natura costitutiva del giudizio.

È d'uopo a questo punto precisare che sussistono delle ipotesi in cui l'effetto di annullamento non può essere prodotto dalla sentenza in quanto, nel momento in cui il giudice si trova a decidere, il contratto impugnato non è più annullabile (pur essendolo stato in passato).

Ci si riferisce ai casi in cui il contratto è stato rettificato ai sensi dell'art. 1432 c.c. oppure convalidato ai sensi dell'art. 1444 c.c. La rettifica costituisce fatto estintivo del diritto potestativo di annullamento della controparte, ove tempestiva ⁽¹³²⁾. La convalida, invece, viene operata in prima persona dalla parte legittimata all'azione di annullamento e rimuove la precarietà degli effetti del contratto annullabile, ponendosi quale negozio accessorio o di secondo grado ⁽¹³³⁾. Entrambe costituiscono fatti impeditivi dell'effetto di annullamento, nell'ambito della fattispecie c.d. in senso ampio ⁽¹³⁴⁾ che potremmo definire di non-annullamento.

Alla luce delle riflessioni svolte, si può dunque confermare la fondatezza delle tesi sostenute dalla dottrina nettamente maggioritaria e affermare che:

- a) l'effetto di annullamento si produce secondo lo schema norma – fatto – potere sull'*an* – accertamento giudiziale – effetto;
- b) l'azione di annullamento è un'azione costitutiva;
- c) la sentenza che accoglie la domanda di annullamento è una sentenza costitutiva.

Prima di concludere, è opportuno soffermare brevemente l'attenzione sull'estensione dell'effetto di annullamento, come disciplinato dagli artt. 1443, 1445, 1446, 2652, c. 1, n. 6, e 2690, c. 1, n. 3, c.c. Come meglio si vedrà nell'ambito del secondo capitolo ⁽¹³⁵⁾, infatti, il

⁽¹³⁰⁾ La rilevanza del dato normativo è sottolineata da A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 261, nt. 132. Persino I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 190 ammette che il linguaggio del codice conforta la conclusione qui proposta.

⁽¹³¹⁾ Cfr. M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 69 ss.

⁽¹³²⁾ “La parte in errore non può domandare l'annullamento del contratto se, prima che ad essa possa deriverne pregiudizio, l'altra offre di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che quella intendeva concludere” (art. 1432 c.c.). Cfr. in proposito C. M. BIANCA, *Diritto civile, III* cit., p. 679.

⁽¹³³⁾ Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., p. 479; C. M. BIANCA, *Diritto civile, III* cit., p. 676. V. anche G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico* cit., p. 82, il quale sottolinea che la convalida non attribuisce, per il passato, effetti che il negozio non aveva, ma elimina la possibilità che tali effetti vengano disconosciuti o distrutti in seguito mediante il ricorso a un magistrato; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale* cit., p. 689, per cui “la convalida è un negozio con il quale la parte legittimata a proporre l'azione di annullamento si preclude la possibilità di far valere il vizio”.

⁽¹³⁴⁾ Nell'accezione che si è accolta *supra*, par. 2.

⁽¹³⁵⁾ V. *infra*, parr. 42 ss.

dato è rilevante per svolgere alcuni ragionamenti in punto di perimetro oggettivo del giudicato e di effetti preclusivi dallo stesso derivanti.

Tra le parti, l'annullamento ha sempre effetto retroattivo, salvo quanto previsto dall'art. 1443 c.c. ⁽¹³⁶⁾, di cui si dirà a breve.

Quando l'annullamento si fonda su cause diverse dall'incapacità legale, esso non produce effetti sui diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede ("non pregiudica" tali diritti, nel linguaggio dell'art. 1445 c.c.) ⁽¹³⁷⁾. La previsione è, però, mitigata dalla circostanza che restano salvi gli effetti della trascrizione della domanda di annullamento e va, dunque, integrata con il disposto degli artt. 2652, c. 1, n. 6, e 2690, c. 1, n. 3, c.c.

La prima norma dispone, quale regola generale, che, se la domanda di annullamento è trascritta prima che siano trascorsi cinque anni dalla data di trascrizione del contratto impugnato, l'effetto di annullamento colpisce sempre tutti i diritti acquistati da soggetti terzi, a qualunque titolo, anche in base ad atti trascritti o iscritti prima della trascrizione della domanda. Quale eccezione a detta regola, la norma prevede che, se l'annullamento è pronunciato per causa diversa dall'incapacità legale, restano salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede in base a un atto iscritto o trascritto prima della trascrizione della domanda giudiziale, purché a titolo oneroso; viceversa, i diritti acquistati a titolo gratuito vengono intaccati dall'effetto di annullamento. La medesima disciplina è delineata dall'art. 2690, c. 1, n. 3, c.c. con riferimento ai contratti relativi a navi, aeromobili e autoveicoli, con l'unica differenza che il termine per la trascrizione della domanda giudiziale è ridotto da cinque a tre anni. In generale, poi, la trascrizione della domanda di annullamento rende la sentenza che la accoglie opponibile a tutti coloro che abbiano acquistato diritti in base ad atti trascritti successivamente.

Quando, invece, l'annullamento dipende da incapacità legale, esso investe sempre i diritti dei subacquirenti dell'altro contraente, indipendentemente dal titolo di acquisto e dallo stato di buona o mala fede in cui questi versino. La ragione sta nel fatto che l'incapacità legale è sempre accertabile da chiunque, perché risulta dallo stato civile (minore età) o da altre forme di pubblicità (interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno), ed è quindi sempre conoscibile attraverso la consultazione di pubblici registri ⁽¹³⁸⁾. Pertanto, il terzo acquirente non merita protezione.

Analoga *ratio* sorregge anche il disposto dell'art. 1443 c.c., per cui, quando il contratto viene annullato per incapacità di uno dei contraenti, costui non è tenuto a restituire all'altro

⁽¹³⁶⁾ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 819.

⁽¹³⁷⁾ Dal testo dell'art. 1445 c.c. si ricava, *a contrario*, che l'annullamento per causa diversa dall'incapacità legale è sempre opponibile ai terzi subacquirenti a titolo gratuito, anche se di buona fede, e ai terzi subacquirenti a titolo oneroso, se in mala fede. Ciò in quanto: nel primo caso, i terzi non sono meritevoli di protezione perché *certant de lucro captando*; nel secondo, lo stato di conoscenza del motivo di annullamento non consente di proteggere il terzo. Per tali condivisibili osservazioni, v. F. MESSINEO, voce *Annullabilità* cit., p. 481. Anche nelle ipotesi disciplinate dall'art. 1445 c.c., la buona fede si presume: cfr. F. PECCENINI, sub *art. 1445*, in AA.VV., *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998, p. 535; R. SACCO, *Le invalidità* cit., p. 609; R. SACCO, voce *Nullità* cit., p. 310.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. F. MESSINEO, voce *Annullabilità* cit., p. 481; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 242.

la prestazione ricevuta, se non nella parte in cui è stata rivolta a suo vantaggio. Anche in questa ipotesi, l'ordinamento preferisce tutelare il soggetto (naturalmente o legalmente) incapace, piuttosto che la controparte che ben si sarebbe potuta avvedere di tale stato.

L'ultima norma che incide sull'estensione dell'effetto di annullamento è l'art. 1446 c.c., che traspone nel campo dell'annullamento quanto previsto dall'art. 1420 c.c. in materia di nullità del contratto plurilaterale: se l'annullabilità è limitata al vincolo di una sola parte, non può essere pronunciato l'annullamento dell'intero contratto, ad eccezione dei casi in cui la partecipazione di tale parte debba considerarsi essenziale.

8. L'azione di rescissione

Dopo aver delineato la regolamentazione dell'annullabilità del contratto, il codice civile passa a disciplinare l'azione di rescissione, agli artt. 1447-1450 c.c., ai quali si aggiungono gli artt. 2652, c. 1, n. 1, e 2690, c. 1, n. 1, c.c. in punto di effetti della trascrizione della domanda giudiziale.

Come noto, benché si sia soliti parlare di “azione” di rescissione, in realtà il legislatore individua due diverse azioni di tale tipo: quella esperibile avverso il contratto concluso in stato di pericolo, di cui all'art. 1447 c.c., e quella generale di rescissione per lesione, di cui al successivo art. 1448 c.c. Esse hanno una disciplina in parte comune (prescrizione dell'azione e trascrizione della domanda giudiziale) e in parte divergente (ambito di applicazione, presupposti e ammissibilità di una riconduzione del contratto ad equità). Dal canto suo, l'effetto di rescissione ha due diverse fattispecie costitutive in senso stretto, ma, una volta sorto, opera sul rapporto contrattuale sempre nello stesso modo.

Nel corso dell'esposizione si darà conto della riferibilità di ciò che si va dicendo a una sola delle azioni di rescissione ovvero a entrambe, a una sola delle fattispecie dell'effetto ovvero all'operatività generale di questo.

Sul piano sostanziale, anche il contratto rescindibile, come il contratto annullabile, è provvisoriamente efficace⁽¹³⁹⁾, finché non interviene l'effetto di rescissione⁽¹⁴⁰⁾.

Vediamo con quale tecnica, o con quali tecniche, quest'ultimo viene alla luce.

Nell'ipotesi prevista dall'art. 1447 c.c., “Contratto concluso in istato di pericolo”, tale norma costituisce il primo elemento dello schema di produzione dell'effetto sostanziale e ne delinea la fattispecie astratta. Occorre che: (i) sussista una situazione di pericolo, causata da

⁽¹³⁹⁾ Così M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico* cit., p. 271; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico* cit., p. 383, il quale sottolinea che nei negozi rescindibili “non manca, né è viziato un elemento costitutivo o requisito di validità, ma soltanto opera a loro danno una circostanza estrinseca cui il legislatore dà rilievo”; tali negozi, quindi, “producono normalmente i loro effetti finché non viene sperimentata vittoriosamente l'azione”; P. FORTUNATO, *Mutamento* cit., p. 932; I. PAGNI, *Le azioni* cit., pp. 424, 428, la quale parla di contratto “temporaneamente efficace”. Di diverso avviso sembra essere E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico* cit., p. 110, il quale definisce il contratto rescindibile come “provvisoriamente valido”. Tuttavia, come giustamente fa notare R. TOMMASINI, voce *Annulabilità* cit., p. 3, “nel contratto rescindibile il ciclo di formazione dell'atto si è compiuto regolarmente ed il vizio [...] attiene chiaramente alla fase di realizzazione degli effetti”.

⁽¹⁴⁰⁾ Per un'eccezione alla regola generale secondo cui il contratto rescindibile produce effetti finché non venga integralmente caducato, si veda *infra*, par. 15.

eventi naturali o da fatti umani ⁽¹⁴¹⁾, dalla quale possano derivare danni gravi ad una persona ⁽¹⁴²⁾; (ii) in un momento in cui tale pericolo è attuale ⁽¹⁴³⁾, un soggetto stipuli un contratto con condizioni inique a suo svantaggio ⁽¹⁴⁴⁾; (iii) il consenso di tale soggetto sia determinato dalla necessità di salvare sé o altri dal citato pericolo ⁽¹⁴⁵⁾; (iv) la controparte sia a conoscenza sia dello stato di pericolo sia del nesso psicologico tra tale stato e la determinazione volitiva dell'altra parte ⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴¹⁾ Persino da un fatto della vittima. Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III cit., p. 685; F. GIANNELLI – M. G. MAGLIO, *Il negozio invalido* cit., Parte seconda, p. 136; E. MINERVINI, *La rescissione del contratto*, in *Rass. dir. civ.* 1997, p. 764, spec. 801; G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 520, il quale precisa che non rileva l'imputabilità della causa del pericolo alla stessa vittima; G. MIRABELLI, voce *Rescissione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 579, spec. 583; A. RICCIO, sub *art. 1447*, in R. LANZILLO – A. RICCIO, *Della rescissione del contratto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2005, p. 72; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 833; R. SACCO, *Il consenso*, in R. SACCO – G. DE NOVA (a cura di), *Obbligazioni e contratti*, tomo II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 2018, p. 228; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale* cit., p. 692.

⁽¹⁴²⁾ Il danno deve riguardare i fondamentali diritti della persona: vita, integrità fisica, integrità morale, libertà, onore e altri diritti della personalità. Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III cit., p. 684; G. MARINI, voce *Rescissione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 966, spec. 973; G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 520; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 424; A. RICCIO, sub *art. 1447* cit., p. 72; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 833; R. SACCO, *Il consenso* cit., p. 227. La gravità deve essere rapportata alla singola persona minacciata: v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III cit., p. 684; G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 520, per cui “la gravità del danno deve essere valutata caso per caso”; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 833.

Una parte della dottrina tiene a precisare che nelle ipotesi di violenza morale si ricade nell'ambito dell'annullabilità del contratto, e non della rescindibilità dello stesso: C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III cit., p. 685; F. GIANNELLI – M. G. MAGLIO, *Il negozio invalido* cit., Parte seconda, p. 136.

⁽¹⁴³⁾ L'attualità del pericolo deve intendersi nel senso che l'evento dal quale scaturisce tale pericolo sia già avvenuto, sicché, se il soggetto non provvede ad arrestarne le conseguenze, queste si verificheranno ineluttabilmente: v. G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 520; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 424. Il requisito dell'attualità non si riferisce, invece, al danno: v. E. MINERVINI, *La rescissione* cit., p. 802; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 424.

⁽¹⁴⁴⁾ G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 521, e ID., voce *Rescissione* cit., p. 584, precisa che l'equità non va valutata in base a criteri tecnici ed economici di proporzionalità, bensì in base a un criterio etico-sociale di equità, avuto riguardo alla personalità del soggetto in pericolo. Ci si deve chiedere se sia equo ricevere quel che è stato stipulato in cambio della prestazione pattuita. Ad avviso di A. RICCIO, sub *art. 1447* cit., p. 76, occorre utilizzare entrambi i criteri, tenendo conto di ogni circostanza oggettiva (rischio, perizia, sforzo del soccorritore, risultato conseguito) e soggettiva (condizioni economiche delle parti).

⁽¹⁴⁵⁾ Deve sussistere un nesso di causalità psicologica tra lo stato di pericolo e la determinazione volitiva del soggetto: cfr. G. MIRABELLI, voce *Rescissione* cit., p. 584. In altri termini, il soggetto deve maturare la convinzione di essere di fronte ad un'alternativa tra subire il danno derivante dal pericolo o contrattare: così G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 521. V. anche V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 833, per il quale il contratto deve essere concluso “come strumento per neutralizzare il pericolo”. In proposito, giova precisare che non ha importanza che il pericolo sia reale ed effettivo; infatti, anche il pericolo putativo è idoneo a menomare la libertà di contrattazione del soggetto: v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III cit., p. 685; F. GIANNELLI – M. G. MAGLIO, *Il negozio invalido* cit., Parte seconda, p. 136; G. MIRABELLI, voce *Rescissione* cit., p. 584. *Contra*, v. G. MARINI, voce *Rescissione* cit., p. 974; E. MINERVINI, *La rescissione* cit., p. 802; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 833, secondo cui il requisito dell'attualità del pericolo esclude che lo stesso possa essere meramente putativo.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. G. MIRABELLI, voce *Rescissione* cit., p. 584. Secondo alcuni, la conoscenza, consistente in un mero stato soggettivo di rappresentazione della realtà, è sufficiente per la produzione dell'effetto di rescissione: v. F. GIANNELLI – M. G. MAGLIO, *Il negozio invalido* cit., Parte seconda, p. 136; G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 522; G. MIRABELLI, voce *Rescissione* cit., p. 584; E. MINERVINI, *La rescissione* cit., p. 802, il quale precisa che si richiede la “scienza concreta, e cioè mala fede in senso stretto, cui non può equipararsi la colpa grave nell'ignorare l'altrui stato di necessità”; in termini analoghi si esprimono A. RICCIO, sub *art. 1447* cit., p. 74; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 834. Altri ritengono, invece, che occorra un approfittamento da parte del soccorritore: v. I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 424.

Nell'altra ipotesi, la norma che apre la sequenza generatrice dell'effetto di rescissione è l'art. 1448 c.c., rubricato "Azione generale di rescissione per lesione", e la fattispecie astratta è così composta: (i) lo stato di bisogno in cui versì un soggetto ⁽¹⁴⁷⁾; (ii) la stipulazione da parte di questo soggetto di un contratto non aleatorio in cui vi sia una sproporzione tra le proprie prestazioni e quelle della controparte ⁽¹⁴⁸⁾; (iii) la dipendenza di siffatta stipulazione e di siffatta sproporzione dallo stato di bisogno del contraente ⁽¹⁴⁹⁾; (iv) la lesione c.d. *ultra dimidium* (con il che s'intende che la prestazione promessa o eseguita dalla parte danneggiata vale, al tempo della conclusione del contratto, più del doppio rispetto alla controprestazione)

⁽¹⁴⁷⁾ Lo stato di bisogno consiste nella sussistenza di un interesse da soddisfare e nella deficienza dei mezzi atti a soddisfarlo, nonché nella prospettiva di conseguenze dannose, che possono riguardare sia la persona sia il patrimonio, nell'ipotesi in cui l'interesse non venga soddisfatto. Si presenta, dunque, anche in situazioni diverse dallo stato di indigenza o di deficienza di denaro (ad esempio, temporanea mancanza di liquidità, bisogno di un bene o servizio). Il bisogno può essere anche di un terzo, purché si traduca in un bisogno del contraente, il quale deve aver interesse a che il bisogno del terzo venga soddisfatto e deve subire un danno in prima persona se ciò non accade. In proposito, v. C. M. BIANCA, *Diritto civile, III cit.*, p. 687; B. CARPINO, *La rescissione del contratto*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 2000, p. 34; G. COLAIACOMO, *Il nesso causale tra stato di bisogno e sproporzione delle condizioni contrattuali nella rescissione per lesione, ovvero, approfittare è lecito*, in *Nuova giur. civ. comm.* 1998, I, p. 335, spec. 340; L. CORSARO, voce *Rescissione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XVI, Torino, 1997, p. 628, spec. 635-637; E. MINERVINI, *La rescissione cit.*, p. 768 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti cit.*, pp. 525-526; G. MIRABELLI, voce *Rescissione cit.*, p. 581; V. ROPPO, *Il contratto cit.*, pp. 835-836; R. SACCO, *Il consenso cit.*, pp. 228-229. Alcuni ritengono che lo stato di bisogno possa essere anche putativo (cfr. G. MIRABELLI, voce *Rescissione cit.*, pp. 581-582); altri credono, invece, che possa essere solo effettivo (cfr. E. MINERVINI, *La rescissione cit.*, p. 771; I. PAGNI, *Le azioni cit.*, p. 429, nt. 191).

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. art. 1448, c. 4, c.c. L'esclusione dei contratti aleatori (per loro natura o per volontà delle parti) si spiega in base al rilievo che, in questi, la sproporzione tra le prestazioni non ha significato di lesione, in quanto rientra nel rischio connesso al contratto stipulato. Analoga *ratio* sta alla base dell'esclusione della transazione dal terreno di operatività dell'azione generale di rescissione per lesione (art. 1970 c.c.): invero, l'eventuale sproporzione tra i vantaggi realizzati dalle parti rientra nel rischio normalmente connesso con la definizione transattiva di una controversia.

Ai sensi dell'art. 1448, c. 5, c.c., inoltre, sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione, disciplinata dagli artt. 763-767 c.c.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile, III cit.*, p. 687; G. BENEDETTI, *La rescissione nell'orizzonte della fonte e del rapporto giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, p. 15, spec. 20; E. MINERVINI, *La rescissione cit.*, p. 769, chiarissimo nell'evidenziare che "lo stato di bisogno deve essere in rapporto di causa ed effetto con la determinazione a contrarre, e costituire il motivo per cui è stata accettata la sproporzione tra le prestazioni"; G. MIRABELLI, voce *Rescissione cit.*, p. 581; I. PAGNI, *Le azioni cit.*, p. 428.

(¹⁵⁰); (v) la permanenza della lesione fino al momento in cui è proposta la domanda (¹⁵¹); (vi) l'approffittamento della controparte che mira a trarre vantaggio dall'operazione (¹⁵²).

È pacifico l'insegnamento per cui, affinché sorga l'effetto di rescissione, occorre il concorso simultaneo di tutti i requisiti previsti dalle norme: pertanto, nell'uno e nell'altro caso, il secondo fattore della sequenza è il verificarsi, in concreto, di tutti i presupposti elencati, rispettivamente, dall'art. 1447 e dall'art. 1448 c.c. (¹⁵³).

Ma quelli sin qui descritti non sono gli unici presupposti cui le disposizioni in esame fanno riferimento per costruire la fattispecie astratta dell'effetto di rescissione. Sia nella prima sia nella seconda ipotesi, il legislatore prevede che i fatti richiamati non abbiano rilevanza giuridica fino a che non intervenga un atto di parte che gliela attribuisca. Ancora una volta, il legislatore conferisce al contraente vittima di iniquità o di lesione la libertà di decidere se mantenere in vita il rapporto contrattuale, pur in astratto rescindibile, oppure se rimuoverne gli effetti: ciò si rivela grandemente opportuno, perché ben potrebbe accadere

(¹⁵⁰) Per determinare la lesione, occorre paragonare il valore di mercato dell'una e dell'altra prestazione al momento della conclusione del contratto; ciò significa che la rescissione è un rimedio contro gli squilibri originari, non contro le successive oscillazioni del mercato: v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III cit., p. 686; B. CARPINO, *La rescissione* cit., p. 42; E. MINERVINI, *La rescissione* cit., p. 775; G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., pp. 528-529; G. MIRABELLI, voce *Rescissione* cit., p. 583; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 430, nt. 191; V. ROPPO, *Il contratto* cit., pp. 837-838.

(¹⁵¹) Per verificarla, occorre sostanzialmente accertare se è aumentato il valore della prestazione che la parte lesa ha ricevuto o diminuito il valore della prestazione a suo carico. La *ratio* della norma è ben evidenziata da R. SACCO, *Il consenso* cit., p. 230: se al momento della domanda l'equivalenza delle prestazioni fosse ristabilita, il contraente bisognoso, che ottenesse la *restitutio*, verrebbe a disfare un contratto per concluderne uno identico; e la legge non protegge tale atteggiamento capriccioso. In alternativa, il contraente bisognoso verrebbe a disfare il contratto per concluderne uno completamente diverso, e ciò significherebbe che il suo pentimento è indirizzato verso l'acquisto, non verso la lesione; e la legge non tollera nemmeno questa situazione.

(¹⁵²) Anche con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 1448 c.c., si assiste a un contrasto dottrinale tra chi ritiene che per la produzione dell'effetto di rescissione basti la mera conoscenza dell'altrui stato di bisogno e del rapporto di dipendenza tra quest'ultimo e la sproporzione delle prestazioni (v. B. CARPINO, *La rescissione* cit., p. 40; O. T. SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza negli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1978, p. 309, spec. 349; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale* cit., p. 694; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 300) e chi crede che serva un *quid pluris*, e precisamente un comportamento sfruttatorio che si risolve nell'utilizzare a proprio vantaggio il bisogno altrui (v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III cit., p. 687; L. CORSARO, voce *Rescissione* cit., pp. 638-639; G. MARINI, voce *Rescissione* cit., p. 975; V. ROPPO, *Il contratto* cit., pp. 838-839; R. SACCO, *Il consenso* cit., p. 230).

(¹⁵³) Cfr. G. BENEDETTI, *La rescissione* cit., p. 20, per cui la mancanza anche di un solo elemento “è sufficiente ad escludere la rescindibilità del contratto”; B. CARPINO, *La rescissione* cit., pp. 42-43; G. MARINI, voce *Rescissione* cit., p. 973, secondo il quale il “concorso simultaneo” degli elementi previsti “si presenta come condizione necessaria per condurre alla inefficacia del regolamento contrattuale”; R. SACCO, *Il consenso* cit., p. 227. In giurisprudenza, v. Cass., 12 giugno 2018, n. 15338, per cui l'azione di rescissione per lesione “richiede la simultanea ricorrenza d[el]i tre requisiti” descritti nel testo, tra i quali “non intercede alcun rapporto di subordinazione o alcun ordine di priorità o precedenza, per cui riscontrata la mancanza o l'omessa dimostrazione dell'esistenza di uno dei tre elementi, diviene superflua l'indagine circa la sussistenza degli altri due e l'azione di rescissione deve essere senz'altro respinta”; in termini analoghi, *ex plurimis*, v. anche Cass., 2 settembre 2011, n. 18040; Cass., 13 febbraio 2009, n. 3646; Cass., 23 settembre 2004, n. 19138; App. Roma, 15 luglio 1997, in *Nuova giur. civ. comm.* 1998, I, p. 332, con nota di L. COLAIACOMO, *Il nesso causale* cit.; Cass., 1 marzo 1995, n. 2347. Peculiare è l'approccio di P. M. PUTTI, *Brevi note in tema di prova dello stato di bisogno nella rescissione per lesione*, in *Foro pad.* 1995, I, p. 134, spec. 134, il quale opina che “la necessità della contemporanea presenza degli elementi indicati nella norma [...] non cancella l'esigenza di forzarne il dato testuale tutte le volte che la rigorosa applicazione dello stesso conduca ad esiti contrari alla stessa *ratio* dell'istituto”.

che il soggetto danneggiato trovi più conveniente ottenere la (pur limitata) controprestazione piuttosto che ripristinare lo stato di fatto anteriore alla conclusione del contratto ⁽¹⁵⁴⁾. D'altro canto, anche l'effetto di rescissione, al pari dell'effetto di annullamento, è previsto a protezione di una delle parti del contratto ⁽¹⁵⁵⁾: come tale, esso non opera in automatico, ma subordinatamente a una scelta di tale parte.

Che il diritto potestativo di rescissione debba necessariamente essere esercitato in via giudiziale appare, in tutta franchezza, difficilmente contestabile. Ai sensi dell'art. 1447 c.c., il contratto concluso in stato di pericolo "può essere rescisso *sulla domanda della parte* che si è obbligata" a condizioni inique. Se si verificano i presupposti fattuali di cui all'art. 1448 c.c., "la parte danneggiata *può domandare* la rescissione del contratto", purché la lesione permanga fino al tempo in cui "la *domanda* è proposta". In questa seconda ipotesi, "il contraente contro il quale è *domandata* la rescissione può evitarla" riconducendo il contratto a equità. Come si vede, il codice civile contempla una sola modalità con cui il diritto potestativo possa essere attuato: la proposizione di una domanda, e quindi l'instaurazione di un giudizio. Non è, dunque, un caso che la dottrina quasi unanime inquadri il diritto potestativo di rescissione tra i diritti potestativi a necessario esercizio giudiziale ⁽¹⁵⁶⁾.

Si è detto quasi perché vi è, per vero, una (pur isolata) voce che ammette che il potere di rescissione possa essere esercitato in via stragiudiziale, attraverso un atto formale con cui il soggetto legittimato manifesti espressamente la propria intenzione di avvalersi del motivo di rescindibilità ⁽¹⁵⁷⁾.

La conclusione sarebbe necessitata dal rispetto del principio di buona fede. Colui che ha ricevuto la dichiarazione stragiudiziale di rescissione, e che si è, quindi, ritenuto libero dalle proprie obbligazioni contrattuali, non può poi essere costretto ad adempiervi perché la parte danneggiata ha deciso di cambiare idea. In tale prospettiva, ricondurre in ogni caso all'esito del processo l'inefficacia del contratto, anche qualora non vi sia contestazione sui presupposti del potere di rescissione, significherebbe "imprigionare la realtà sostanziale in una dimensione processuale necessitata, che in questo caso appare priva di qualsiasi reale giustificazione". Si reputa, allora, più corretto consentire l'esercizio stragiudiziale del diritto potestativo di rescissione ed evitare il ricorso all'autorità giurisdizionale nelle occasioni in cui il destinatario passivo del diritto non contesti né l'esistenza dei fatti cui la dichiarazione di parte intende dare rilevanza né la legittimità dell'esercizio del diritto potestativo.

⁽¹⁵⁴⁾ La considerazione è analoga a quella già svolta in sede di analisi dell'effetto di annullamento, che ha condotto il legislatore a non renderlo automatico, ma soggetto a un potere di parte sull'*ar. v. supra*, par. 7.

⁽¹⁵⁵⁾ Nel caso dell'art. 1448 c.c., tale parte è il contraente economicamente più debole: cfr. O. T. SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza negli scambi* cit., pp. 315, 316, 350.

⁽¹⁵⁶⁾ In tal senso, v. A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 536, il quale, come ricordato *supra* (nota 121), cambia opinione rispetto a quanto sostenuto nel suo precedente articolo ID., *Conflitto di decisioni* cit.; L. CIFFO BONACCORSO, *Diritti potestativi* cit., pp. 136-137, anche nt. 26; M. COMPORI, *Fondamento e natura giuridica della rescissione del contratto per lesione*, in *Studi sen.* 1956-1957, p. 1, spec. 40-41; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 249, anche nt. 73; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio* cit., p. 303 ss., anche nt. 62; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 271; E. F. RICCI, voce *Accertamento* cit., p. 23. Sono dello stesso avviso anche tutti gli autori che qualificano la sentenza di rescissione come sentenza costitutiva, citati *infra* in nota 160. In giurisprudenza, cfr. Cass., 13 aprile 1959, n. 1086, in *Giur. it.* 1959, I, 1, p. 1192, con nota di L. CIFFO BONACCORSO, *L'eccezione* cit.

⁽¹⁵⁷⁾ Si tratta di I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 443 ss.

In tal modo, l'Autrice giunge ad attribuire al diritto potestativo di rescissione una diversa natura a seconda delle risposte che l'altra parte oppone, di volta in volta, all'atto di esercizio dello stesso.

Vi sono diversi aspetti della tesi in esame che destano perplessità. Quello più critico riguarda l'estrema incertezza che affliggerebbe il titolare del diritto potestativo. Definire se vi sia o non vi sia contestazione potrebbe risultare complesso nel singolo caso di specie; e, nel dubbio, per il contraente danneggiato sarebbe senz'altro più opportuno lasciare al giudice la valutazione sull'esistenza e sul corretto esercizio del diritto potestativo di rescissione: a fronte di una situazione in cui è difficile capire se la manifestazione stragiudiziale sia sufficiente per determinare la rescissione del contratto o se sia necessario che tale manifestazione assuma la forma di domanda giudiziale, per la parte lesa sarebbe sicuramente più sensato imboccare il sentiero meno rischioso e instaurare un processo. Inoltre, anche qualora le parti considerino di comune accordo il contratto rescisso, non è comunque scontato che concordino altresì sulle modalità con cui ripristinare lo *status quo ante*; le divergenze in proposito le spingerebbero ancora una volta ad adire l'autorità giurisdizionale. E ancora, ove anche il consenso si estendesse alle conseguenze della rescissione, comunque risulterebbe per le parti preferibile essere in possesso di un titolo esecutivo da poter sfruttare nell'ipotesi di inadempimento della controparte. Si pensi, infine, all'ipotesi in cui la contestazione del contraente in posizione di soggezione riguardi solo le modalità con cui il diritto potestativo è stato esercitato, e non la sussistenza dei fatti cui il soggetto leso intende dare rilevanza. Potenzialmente, il contraente danneggiato potrebbe avvalersi del diritto potestativo nuovamente in via stragiudiziale, modificando il proprio *modus procedendi* per tener conto delle reazioni della controparte; aumenterebbe così l'incertezza tanto sul concreto sorgere dell'effetto di rescissione quanto sul momento di tale insorgenza. È dunque assai probabile che, anche se si attribuisse al diritto potestativo di rescissione natura sostanziale, il ricorso al processo rimarrebbe nella maggior parte dei casi necessario.

Non vale, poi, a contrastare la natura giudiziale del diritto potestativo la tesi di chi reputa che questa si manifesti solo quando vi sia una crisi di cooperazione delle parti sul piano del diritto sostanziale ⁽¹⁵⁸⁾. In tale prospettiva, l'effetto di rescissione ben può essere acquisito attraverso un accordo con la controparte e la domanda di rescissione dovrebbe essere proposta solo ove l'accordo non si raggiunga e occorra, dunque, ottenere il medesimo risultato in via unilaterale. Come si è già notato, però, l'effetto conseguibile attraverso la stipulazione di un contratto non è propriamente un effetto di rescissione, sicché l'unico modo con cui questo può prodursi rimane l'esercizio di un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale ⁽¹⁵⁹⁾.

⁽¹⁵⁸⁾ Si tratta del pensiero di A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva* cit., p. 90 ss., già richiamato *supra*, par. 7. Come ricordato, in senso simile si esprime anche L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 131.

⁽¹⁵⁹⁾ V. *supra*, par. 7.

Se, dunque, l'effetto di rescissione non può venire alla luce in via stragiudiziale, allora deve giocoforza prodursi nell'ambito del processo: l'azione instaurata dal titolare del diritto potestativo e la sentenza che la definisce positivamente hanno natura costitutiva, in quanto quest'ultima costituisce l'effetto di rescissione e rimuove gli effetti prodotti dal contratto rescindibile ⁽¹⁶⁰⁾.

Non si può, invece, concordare con chi qualifica la sentenza di accoglimento della domanda di rescissione come sentenza dichiarativa, quale logica conseguenza della riconduzione del diritto di rescissione nell'alveo dei diritti potestativi sostanziali ⁽¹⁶¹⁾: caduta la premessa, cade anche la conclusione.

Né si può condividere la tesi di Allorio ⁽¹⁶²⁾, già richiamata nel corso dell'analisi dell'effetto di annullamento ⁽¹⁶³⁾, per cui il diritto potestativo di rescissione, pur dovendo essere esercitato mediante un atto del processo (la domanda), produce al contempo un effetto sostanziale (rescissione del contratto) e un effetto processuale (costituzione del dovere del giudice di pronunciare sull'intervenuta rescissione). Ciò comporta che il giudice non rescinde il contratto, ma si limita a constatare che il contraente leso vi ha già provveduto tramite la proposizione della domanda giudiziale. Il punto delicato di questa teorica, che ne rappresenta un coerente corollario, ma anche il maggiore limite, è il seguente. Se il diritto potestativo è a necessario esercizio giudiziale, allora l'effetto di rescissione può manifestarsi solo nel quadro del processo in cui tale diritto viene esercitato: se il giudizio si estingue, l'effetto di rescissione viene meno e il contratto rescisso torna in vigore.

⁽¹⁶⁰⁾ È questo l'indirizzo dottrinario maggioritario: v. A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 536, per cui è "la sentenza che accoglie la domanda proposta a dar vita al mutamento richiesto dall'attore"; G. BENEDETTI, *La rescissione* cit., p. 30; C. M. BIANCA, *Diritto civile, III* cit., p. 690; M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 227 ss.; F. CAMMEO, *L'azione* cit., p. 42; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico* cit., p. 383 ss.; F. CARNELUTTI, *Preclusione dell'offerta di riduzione del contratto ad equità*, in *Riv. dir. proc.* 1953, p. 108, spec. 108, per cui la rescissione è "una pronuncia del giudice, che toglie efficacia al contratto"; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., p. 40; G. CHIOVENDA, *Principii* cit., p. 194; M. COMPORI, *Fondamento* cit., p. 41; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 32; M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.* 2015, I, p. 40, spec. 88; M. DE POLI, *La rescissione del contratto*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2011, pp. 235-236, per cui "la sentenza (costitutiva) di accoglimento della domanda azionata in giudizio è l'unico strumento che permetta di ottenere la rescissione del contratto"; P. FORTUNATO, *Mutamento* cit., p. 932; G. MARINI, voce *Rescissione* cit., p. 977; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 145; E. MERLIN, *Elementi* cit., p. 50; E. MINERVINI, *La rescissione* cit., p. 791; L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., pp. 39-40; A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 260 ss.; R. ORIANI, *Diritti potestativi* cit., pp. 13-14, il quale parla di una vera e propria "riserva di giurisdizione"; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 840; R. SACCO, voce *Nullità* cit., pp. 308-309, per cui la sentenza di rescissione opera "alterando il campo dei rapporti sostanziali, ossia [elimina] gli effetti del contratto"; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 316; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 300. Si sottolinea, peraltro, come, nell'ampio *genus* delle sentenze costitutive, quelle di rescissione appartengono alla *species* delle sentenze estintive di rapporti giuridici: v. F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 200; A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 247, anche nt. 100. Anche la giurisprudenza è orientata nel senso della natura costitutiva della sentenza di rescissione: cfr. Cass., sez. un., 23 novembre 2018, n. 30416; Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 4.2; Cass., 9 gennaio 2007, n. 140.

⁽¹⁶¹⁾ Così I. PAGNI, *Le azioni* cit., pp. 445, 676.

⁽¹⁶²⁾ Cfr. E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico* cit., pp. 110-111.

⁽¹⁶³⁾ V. *supra*, par. 7.

Al di là degli inconvenienti ai quali tale ricostruzione dà adito ⁽¹⁶⁴⁾, la ragione dirimente per cui non è possibile attribuire al provvedimento giudiziale natura meramente dichiarativa è lo *ius positum*. Il legislatore indica chiaramente che l'effetto di rescissione è prodotto dalla sentenza; o meglio, che la fattispecie costitutiva dell'effetto di rescissione ricomprende anche la sentenza e che gli altri elementi della fattispecie non sono da soli in grado di generare l'effetto. Sicché, finché non è pronunciata sentenza, il contratto rescindibile produce effetti; quando poi interviene il provvedimento giudiziale, il contratto diviene inefficace. Puntano in tale direzione: (i) l'art. 1447, c. 2, c.c., per cui “il giudice, nel *pronunciare* la rescissione”, può assegnare alla parte soccorritrice un equo compenso; (ii) il già citato art. 1450 c.c., per cui “il contraente contro il quale è domandata la rescissione *può evitarla*”; se l'effetto rescissorio sorgesse tramite la mera proposizione della domanda, non si comprende come la controparte potrebbe evitarlo; costei potrebbe al più estinguere l'effetto, ma non potrebbe di certo impedirne l'insorgere ⁽¹⁶⁵⁾; (iii) l'art. 2655, c. 1, c.c., secondo cui, “qualora un atto trascritto o iscritto sia *dichiarato* nullo o sia [...] *rescisso* [...], la *dichiarazione di nullità* e [...] la *rescissione* [...] devono annotarsi in margine alla trascrizione o all'iscrizione dell'atto”; come si vede, la norma crea una netta distinzione tra le ipotesi in cui un effetto giuridico viene dichiarato dal giudice e le ipotesi in cui un effetto viene da lui prodotto ⁽¹⁶⁶⁾.

Al dato letterale si sommano argomenti di natura sistematica che parimenti fanno propendere per la costitutività della pronuncia di rescissione ⁽¹⁶⁷⁾. Innanzitutto, ai sensi dell'art. 1449, c. 1, c.c., l'azione di rescissione è soggetta a un termine di prescrizione di un anno, decorrente dalla conclusione del contratto ⁽¹⁶⁸⁾; quando, invece, un'azione è dichiarativa, si può immaginare la prescrizione del diritto da accertare, ma non quella dell'azione. In secondo luogo, la legittimazione all'impugnativa in esame è ristretta, essendo la stessa proponibile solo da parte del contraente che si è obbligato a condizioni per lui inique, nel caso di cui all'art. 1447 c.c., o del contraente rimasto lesa, nel caso di cui all'art. 1448 c.c.: anche la legittimazione ristretta rappresenta un chiaro indice della natura costitutiva del giudizio ⁽¹⁶⁹⁾.

⁽¹⁶⁴⁾ Per i quali si rinvia a quanto esposto *supra*, par. 7.

⁽¹⁶⁵⁾ La medesima perplessità vale anche per l'art. 767 c.c., per cui “il coerede contro il quale è promossa l'azione di rescissione può troncane il corso” dando agli altri coeredi un supplemento della porzione ereditaria.

⁽¹⁶⁶⁾ Evidenziano l'importanza del dato normativo anche A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 536, per cui “è la lettera della legge, che, sempre [...], prevede per l'interessato il potere di chiedere al giudice un (provvedimento che disponga un) mutamento giuridico, non di provocarlo con la sua dichiarazione di volontà”; M. DE POLI, *La rescissione del contratto*, in *Trattato* cit., p. 236.

⁽¹⁶⁷⁾ Si tratta degli stessi argomenti sistematici cui si è già data enfasi analizzando l'effetto di annullamento (v. *supra*, par. 7) e che sono frutto delle osservazioni di M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 69 ss.

⁽¹⁶⁸⁾ Il termine annuale non si applica, però, se il fatto costituisce reato; in questo caso, la prescrizione dell'azione resta disciplinata dall'art. 2947 c.c. Come acutamente osservato, il termine di prescrizione è così ristretto perché la tutela è condizionata al verificarsi di presupposti esterni al contratto (stato di pericolo e stato di bisogno) e a valutazioni di ordine quantitativo (le condizioni inique e la lesione *ultra dimidium*), la cui prova è talmente delicata ed evanescente da imporre il sollecito ricorso all'autorità giurisdizionale: cfr. M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento* cit., pp. 88-89.

⁽¹⁶⁹⁾ L'attribuzione alla sentenza di rescissione della natura costitutiva trova conferma anche nell'analisi storica dell'istituto. Esso trae origine da un rescritto, conosciuto come *lex secunda*, contenuto nella compilazione giustiniana. Nella parte che interessa, il rescritto prevedeva che si potesse porre nel nulla la compravendita di

Pertanto, alla luce dell'analisi svolta, si può schematicamente affermare, in adesione alle teorie dominanti, che:

- a) l'effetto di rescissione si produce secondo lo schema norma – fatto – potere sull'*an* – accertamento giudiziale – effetto;
- b) l'azione di rescissione è un'azione costitutiva;
- c) la sentenza che accoglie la domanda di rescissione è una sentenza costitutiva.

Quanto all'estensione dell'effetto in esame, essa è disciplinata dagli artt. 1452, 2652, c. 1, n. 1, e 2690, c. 1, n. 1, c.c.

Rispetto alle parti contraenti, la rescissione produce un duplice effetto: da un lato, un effetto liberatorio, nel senso che le prestazioni non ancora eseguite non sono più dovute da alcuna delle parti; dall'altro, un effetto restitutorio, nel senso che le parti hanno diritto di ripetere quanto prestato in forza del contratto ormai rescisso. Il primo effetto opera *ex nunc*, e quindi dal momento del passaggio in giudicato della sentenza di rescissione⁽¹⁷⁰⁾. Il secondo opera *ex tunc*, dal momento in cui il contratto è stato stipulato; ciò in quanto il fatto storico che costituisce il motivo di rescissione risale al tempo in cui si è perfezionata la fattispecie costitutiva del rapporto giuridico. Si noti che, a differenza di quanto accade nel campo della risoluzione⁽¹⁷¹⁾, la rescissione comporta effetti restitutori retroattivi anche con riguardo ai contratti ad esecuzione continuata o periodica⁽¹⁷²⁾.

Rispetto ai terzi, la regola generale è che i diritti da questi acquistati non sono mai pregiudicati dalla rescissione del contratto, sia che l'acquisto sia avvenuto a titolo gratuito sia che sia avvenuto a titolo oneroso, sia che il terzo fosse in buona fede sia che fosse in mala fede (art. 1452 c.c.). Vale, però, una disciplina diversa riguardo ai contratti soggetti a trascrizione (2652, c. 1, n. 1, e 2690, c. 1, n. 1, c.c.): in questi casi, i terzi si salvano solo se hanno trascritto o iscritto il proprio acquisto prima della trascrizione della domanda di rescissione (anche in questa situazione, restano indifferenti il titolo dell'acquisto e lo stato soggettivo del terzo); viceversa, ove i terzi abbiano trascritto o iscritto il proprio acquisto

un bene immobile, venduto ad un prezzo inferiore alla metà del suo valore, ma solo attraverso un'azione giudiziale: “*Impp. Diocletianus et Massimilianus A.A. Lupo: Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxerit, humanum est ut vel, pretium te restituente emptorisbus, fundum venditum recipias, auctoritate iudicis intercedente, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. Minor autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit [...]*” (enfasi aggiunta). In proposito, cfr. G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, p. 5; I. PAGNI, *Le azioni cit.*, p. 417 ss.; O. T. SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza negli scambi cit.*, p. 317.

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. *supra*, nota 55.

⁽¹⁷¹⁾ Cfr. *infra*, parr. 9.1.6, 9.2 e 9.3.

⁽¹⁷²⁾ Sugli effetti della rescissione tra le parti, v. M. DE POLI, *La rescissione del contratto*, in *Trattato cit.*, pp. 254-255; M. DE POLI, *Rescissione del contratto*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e continuato da F. D. BUSNELLI, Milano, 2015, p. 266 ss.; E. MINERVINI, *La rescissione cit.*, p. 791; A. MOTTO, *Poteri cit.*, p. 247, nt. 100; A. RICCIO, sub *art. 1452*, in R. LANZILLO – A. RICCIO, *Della rescissione del contratto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2005, p. 261; R. SACCO, *Le invalidità cit.*, p. 609. In giurisprudenza, cfr. Cass., 20 marzo 2009, n. 6891, in *Contratti 2009*, p. 999, con nota di P. LEONE, *Impugnativa negoziali, tutela restitutoria e indebito oggettivo*.

dopo la trascrizione della domanda giudiziale, la sentenza di rescissione è a loro opponibile e i diritti da loro acquistati sono dalla stessa colpiti ⁽¹⁷³⁾.

A chiusura dell'analisi della rescissione, occorre volgere lo sguardo a quella che si è definita fattispecie in senso ampio ed esaminare un'ipotesi in cui l'effetto di rescissione non può venire ad esistenza. Si tratta del caso disciplinato dall'art. 1450 c.c.: il contraente contro cui è proposta la domanda di rescissione può evitarla, modificando le condizioni contrattuali in modo tale da eliminare lo squilibrio che ne costituisce il fondamento. L'esercizio di tale potere di rettifica costituisce fatto estintivo del diritto potestativo di rescissione del contratto e va, dunque, a comporre la fattispecie in senso ampio di non-rescissione ⁽¹⁷⁴⁾. Siffatto potere sussiste solo nell'ipotesi disciplinata dall'art. 1448 c.c.; viceversa, quando il contratto è stato stipulato a condizioni inique in stato di pericolo, il soccorritore non ha la possibilità di ravvedersi, ma solo quella di ottenere un equo compenso per l'opera comunque effettuata (art. 1447, c. 2, c.c.) ⁽¹⁷⁵⁾.

⁽¹⁷³⁾ Sugli effetti della rescissione rispetto a soggetti diversi dai contraenti, v. M. DE POLI, *La rescissione del contratto*, in *Trattato cit.*, p. 257; M. DE POLI, *Rescissione del contratto*, in *Il codice civile cit.*, pp. 271 ss., 330, il quale precisa che l'eventuale impossibilità di recuperare il bene dal terzo non preclude l'esperimento del rimedio rescissorio; in tale ipotesi, la parte lesa domanderà, oltre alla rescissione del contratto, la condanna alla restituzione del controvalore in denaro; A. RICCIO, sub *art. 1452 cit.*, p. 265.

⁽¹⁷⁴⁾ In proposito, v. G. BENEDETTI, *La rescissione cit.*, p. 23, secondo il quale la riduzione ad equità "rende la situazione giuridica successiva al contratto non più lesiva ma equa, e quindi inattuabile: proprio tale modificazione della situazione giuridica esclude la rescissione"; C. M. BIANCA, *Diritto civile, III cit.*, p. 693, per cui l'offerta di riduzione ad equità estingue il diritto potestativo di rescissione; M. PROSPERETTI, *Sulla riduzione ad equità del contratto rescindibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1966, p. 1217, spec. 1239, per il quale la riduzione ad equità "determina una nuova situazione in conseguenza della quale la fattispecie modificata non è suscettibile di essere rescissa".

Nel panorama dottrinale si assiste a una accesa lite circa la natura dell'offerta di riduzione ad equità di cui all'art. 1450 c.c. Secondo una prima corrente di pensiero, il potere di effettuare l'offerta è un diritto potestativo sostanziale e l'offerta ha carattere di negozio sostanziale, non processuale; essa è, per la precisione, un negozio unilaterale, che non necessita di accettazione; ne segue che la sentenza che pronuncia sull'offerta ha natura dichiarativa di un effetto che si è già prodotto sul piano sostanziale (di questo avviso sono C. M. BIANCA, *Diritto civile, III cit.*, p. 695; F. CARNELUTTI, *Preclusione dell'offerta cit.*, p. 109 ss.; E. MINERVINI, *La rescissione cit.*, p. 799; I. PAGNI, *Le azioni cit.*, p. 430, nt. 192; V. ROPPO, *Il contratto cit.*, pp. 842-843). Secondo una diversa corrente, il potere di offerta è un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale, attivabile solo dalla parte contro la quale è proposta la domanda di rescissione (così M. DE POLI, *La rescissione del contratto*, in *Trattato cit.*, p. 268 ss.). A risultati simili giunge M. PROSPERETTI, *Sulla riduzione ad equità cit.*, pp. 1238-1239, secondo cui "l'offerta non può esplicare immediatamente il proprio effetto determinando la modificazione del rapporto tra le rispettive prestazioni perché questo effetto deve necessariamente essere successivo al positivo accertamento dell'equità del contenuto del contratto quale risulta dall'offerta modificativa"; la dichiarazione del giudice assume "valore costitutivo di una situazione il cui contenuto è determinato dall'autonomia privata". Vi è, infine, una tesi intermedia per cui l'offerta di riduzione ad equità ha carattere negoziale ed è diretta alla controparte, ma al contempo è formalmente inserita in un atto processuale ed è destinata in egual modo anche al giudice. Se la controparte accetta l'offerta, ne nasce un accordo contrattuale perfetto e il giudice non fa che accertarne la conclusione; viceversa, se la controparte rifiuta l'offerta, l'offerente può ottenere dal giudice una sentenza che "produca gli effetti" del contratto non stipulato, al pari di quello che accade ai sensi dell'art. 2932 c.c. Mentre nel primo caso il provvedimento giudiziale è dichiarativo, nel secondo è costitutivo (v. E. REDENTI, *L'offerta di riduzione ad equità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1947, p. 576, spec. 577; in senso simile, se ben si comprende, G. MARINI, voce *Rescissione cit.*, pp. 972-973; G. MIRABELLI, voce *Rescissione cit.*, p. 586).

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. L. CORSARO, voce *Rescissione cit.*, p. 636, per cui la rescissione del contratto concluso in stato di pericolo "deve essere sempre pronunciata e non può essere evitata da un ravvedimento del profittatore"; G. MIRABELLI, voce *Rescissione cit.*, p. 586, secondo il quale l'applicazione dell'art. 1450 c.c. nell'ipotesi di cui all'art. 1447 c.c. appare "del tutto ingiustificata, sia in quanto lo stesso risultato di adeguamento della

Non può mai, invece, costituire fatto impeditivo dell'effetto di rescissione la convalida del contratto: essa, al contrario di quanto accade per i negozi annullabili, non è ammessa per quelli rescindibili (art. 1451 c.c.).

9. L'azione di risoluzione

Siamo così giunti all'azione di impugnativa contrattuale che viene disciplinata per ultima dal nostro codice civile: l'azione di risoluzione. *Last but not least*, come direbbero gli anglofoni, perché l'effetto di risoluzione, anziché presentare un carattere unitario, si declina in tre diverse forme, corrispondenti a tre diverse cause: risoluzione per inadempimento, risoluzione per impossibilità sopravvenuta e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Come intuibile, al moltiplicarsi delle *species* dell'effetto di risoluzione, si moltiplicano anche le criticità relative ai loro schemi genetici e alla natura dei processi che le riguardano. Il che suggerisce di compiere un'analisi distinta per ciascuna di esse.

Si è soliti distinguere tra forme di risoluzione giudiziale e forme di risoluzione “di diritto”: nelle prime, la sentenza costituisce elemento indefettibile della fattispecie risolutoria, che assume, quindi, lo schema norma – fatto – potere sull'*an* – accertamento giudiziale – effetto; al contrario, nelle seconde, la fattispecie risolutoria si perfeziona al di fuori del contesto processuale, con la tecnica norma – fatto – effetto oppure con la tecnica norma – fatto – potere sull'*an* – effetto⁽¹⁷⁶⁾. Si tratta, allora, di ricondurre le varie ipotesi di risoluzione nell'alveo dell'una o dell'altra categoria.

Il dato che tutte le accomuna, e che occorrerà tenere in considerazione nel corso dell'analisi, è il seguente. Inadempimento, impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità sopravvenuta non costituiscono vizi dell'atto, ma anomalie afferenti all'attuazione del programma negoziale, in quanto sopraggiungono al ciclo di formazione del negozio. Da ciò

controprestazione viene raggiunto appunto con l'attribuzione del compenso, sia in quanto, ammettendo che la rescissione del contratto necessitato non può trovare ostacoli neppure nell'offerta di modificazione della controparte, si rende possibile eliminare totalmente la prestazione iniqua assunta dal necessitato”; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 425, nt. 188. Proprio dalla formulazione dell'art. 1447, c. 2, c.c., qualcuno inferisce che l'azione di rescissione *ex art.* 1447 c.c. sia applicabile ai soli contratti di prestazione d'opera: v. G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 523.

⁽¹⁷⁶⁾ La dottrina non ha mancato di rilevare che le risoluzioni di diritto presentano notevoli vantaggi pratici. In primo luogo, il contratto si scioglie “economicamente” al di fuori delle aule giudiziarie, e non al termine di un lungo *iter* processuale. In secondo luogo, il rischio inerente all'iniziativa risolutoria è limitato e lo scioglimento del contratto più sicuro. In terzo luogo, questa forma di risoluzione assicura la celerità dei traffici. Nel caso della risoluzione per inadempimento, poi, l'agilità con cui il rimedio può essere azionato (i) ne potenzia l'efficacia deterrente e (ii) torna utile anche alla parte inadempiente, la quale acquista immediatamente la libertà di tornare sul mercato e concludere un contratto sostitutivo, ed è tenuta a risarcire un danno inferiore. In proposito, v. M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento*, Padova, 2004, p. 248; M. COSTANZA, sub *art. 1454*, in A. LUMINOSO – U. CARNEVALI – M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, tomo I, 1, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990, p. 433; M. DELLACASA, *Risoluzione giudiziale e «di diritto»: orientamenti e problemi*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi – 2*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. V, Milano, 2006, p. 148; M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento* cit., pp. 48, 68-69, 85; R. MONGILLO, *Importanza dell'inadempimento e autonomia negoziale nella risoluzione di diritto*, in *Studium iuris* 2014, p. 831, spec. 838.

consegue che il contratto risolubile è un atto valido, al quale l'ordinamento consente di produrre effetti, seppure in via provvisoria ⁽¹⁷⁷⁾. Ed è proprio l'efficacia del contratto, mai la sua validità, ad essere intaccata dall'effetto di risoluzione ⁽¹⁷⁸⁾.

9.1. La risoluzione per inadempimento

La prima forma di risoluzione cui occorre dedicarsi è la risoluzione per inadempimento.

In questa ipotesi, l'effetto di risoluzione non si presenta organico, ma si dirama in una pluralità di fattispecie costitutive eterogenee tra loro. Il fatto che tutte hanno in comune è l'inadempimento, che si ha in ogni situazione in cui, in violazione di un obbligo giuridico, il debitore non soddisfa l'interesse del creditore, nel tempo e nel modo dovuti.

I prossimi paragrafi saranno dedicati all'analisi di ciascuna delle citate fattispecie, con un ordine espositivo per la prima volta divergente da quello utilizzato dal legislatore: si comincerà con l'esame delle forme di risoluzione previste dagli artt. 1454, 1456 e 1457 c.c., per terminare con l'indagine relativa alla risoluzione *ex art.* 1453 c.c. La scelta di allontanarsi dalla sequenza codicistica è dettata da due ragioni: *in primis*, pare preferibile cominciare dalle ipotesi che, come subito si vedrà, suscitano minori dissensi interpretativi, per cominciare a individuare alcuni punti fermi; *in secundis*, le tre forme di risoluzione disciplinate dalle prime norme citate, e il loro modo di operare, giocano un ruolo nella scelta relativa alla natura della quarta forma di risoluzione e nelle argomentazioni che la sorreggono.

9.1.1. La diffida ad adempiere

Un contratto può anzitutto essere risolto per inadempimento ai sensi dell'art. 1454 c.c., mediante una diffida ad adempiere.

Come noto, la diffida ad adempiere è una dichiarazione con la quale il contraente fedele intima alla controparte di provvedere all'adempimento entro un congruo termine, con l'espresso avvertimento che, ove il termine fissato decorra senza che si faccia luogo all'adempimento, il contratto s'intenderà da quel momento risolto. Gli studiosi si mostrano unanimi nel ritenere che siffatta dichiarazione abbia carattere unilaterale recettizio (e quindi produca effetto dal momento in cui perviene al destinatario: artt. 1334 e 1335 c.c.) e debba rivestire forma scritta *ad substantiam*. Essa deve sempre indicare: (i) il termine concesso per l'adempimento in modo specifico, non essendo sufficiente la generica intimazione ad adempiere "entro un congruo termine" ⁽¹⁷⁹⁾; (ii) la menzione dell'effetto risolutivo per il caso

⁽¹⁷⁷⁾ Cfr. E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico* cit., p. 110; R. TOMMASINI, voce *Annulabilità* cit., p. 2.

⁽¹⁷⁸⁾ Cfr. M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico* cit., p. 271 (implicitamente); I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 317, secondo cui "il contratto, in sé considerato, è e resta valido, mentre si scioglie il rapporto contrattuale venuto in essere tra le parti"; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 875, per il quale "la risoluzione colpisce non il contratto, ma direttamente e solo i suoi effetti: rende il contratto inefficace, senza toccarne la validità"; R. TOMMASINI, voce *Annulabilità* cit., p. 2, che precisa che la risoluzione ha "riflessi sulla efficacia" del contratto.

⁽¹⁷⁹⁾ Sulla recettività della diffida, v. C. M. BIANCA, *Diritto civile, V. La responsabilità*, Milano, 2012, p. 333; M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 250; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, in *Noviss.*

in cui il debitore non assolva ai propri obblighi entro il termine fissato, così da consentire di accertare le intenzioni risolutive dell'intimante ⁽¹⁸⁰⁾.

Vediamo qual è la modalità con cui l'effetto di risoluzione si produce nel caso in esame.

Il primo elemento dello schema è l'art. 1454 c.c., che individua le diverse componenti della fattispecie astratta dell'effetto risolutorio.

Innanzitutto, occorre che sussista l'inadempimento, le cui caratteristiche hanno costituito a lungo – e costituiscono ancora – terreno di scontro tra gli interpreti. Chi reputa che l'inadempimento debba essere sempre imputabile al contraente infedele fronteggia chi, all'opposto, opina che lo stesso possa anche non esserlo ⁽¹⁸¹⁾. Inoltre, sebbene vi sia

Dig. it., vol. XVI, Torino, 1969, p. 126, spec. 141; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in G. SICCHIERO – M. D'AURIA – F. GALBUSERA, *Risoluzione dei contratti*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2013, p. 71. Sulla forma scritta *ad substantiam*, v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V cit., p. 333; M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 269; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione* cit., p. 142; C. DE MENECH, *Diffida ad adempiere e risoluzione "di diritto" ex art. 1454 c.c.*, in *Contratti* 2013, p. 703, spec. 705; U. NATOLI, voce *Diffida ad adempiere*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 509, spec. 510; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 903; C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla disponibilità degli effetti della diffida ad adempiere da parte dell'intimante*, in *Giur. it.* 1988, I, I, p. 447, spec. 454. Sulla necessità della determinazione del termine concesso al debitore, v. M. COSTANZA, sub *art. 1454* cit., p. 441; U. NATOLI, voce *Diffida* cit., p. 509; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 903; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato* cit., p. 76. In giurisprudenza, v. Trib. Brescia, 8 aprile 2015, n. 1061, in *DeJure*.

⁽¹⁸⁰⁾ Sottolineano l'imprescindibilità di tale indicazione G. F. BASINI, *L'importanza dell'inadempimento e la diffida ad adempiere*, in *Contratti* 1995, p. 549, spec. 550-551; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V cit., p. 334; M. COSTANZA, sub *art. 1454* cit., p. 441; C. DE MENECH, *Diffida ad adempiere* cit., p. 706; U. NATOLI, voce *Diffida* cit., p. 509; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 903; C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla disponibilità* cit., p. 454, che dà rilievo all'"esigenza che sia accertata l'effettiva direzione dell'intento dell'intimante alla produzione dell'effetto risolutivo"; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato* cit., p. 77, il quale precisa che la diffida che non contiene tale avvertimento non è efficace "ad effetti risolutivi".

⁽¹⁸¹⁾ Con il termine "imputabilità" si intende "la riferibilità di un fatto al comportamento del soggetto, l'ascrivibilità di una determinata conseguenza alla sfera di controllo del soggetto stesso": la definizione è di F. MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, Napoli, 1988, p. 11.

Nel primo senso indicato nel testo, cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V cit., p. 336; M. CAMPA, *La tempestiva costituzione in giudizio del convenuto quale condizione per far valere le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio. La diffida ad adempiere ed i suoi presupposti per la risoluzione del contratto*, in *Foro pad.* 2009, I, p. 130, spec. 138; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 326; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato* cit., p. 70, che ne individua la ragione nella circostanza che la diffida ad adempiere sia disciplinata nella stessa sezione dedicata alla risoluzione per inadempimento *ex art. 1453 c.c.*, in cui l'inadempimento è imputabile (in proposito, v. *infra*, par. 9.1.4). Nel secondo senso si esprimono M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 263, sulla base del seguente ragionamento: "la diffida ad adempiere, infatti, si può fondatamente ritenere che possa assumere la valenza anche di una costituzione in mora del contraente inadempiente. Questi, allora, quale debitore costituito in mora, sarebbe tenuto a sopportare anche le conseguenze dovute a cause a lui non imputabili, ai sensi dell'art. 1221 c.c. Sarebbe, perciò, contrario ai principi limitare la risolubilità del contratto all'inadempimento imputabile (*rectius* colpevole)"; M. COSTANZA, sub *art. 1454* cit., p. 437, per la quale lo scioglimento del contratto costituisce "solo un rimedio ai difetti del sinallagma" e "la rilevanza dell'imputabilità rimane circoscritta alle conseguenze risarcitorie"; M. DELLACASA, *Inadempimento e risoluzione del contratto: un punto di vista sulla giurisprudenza*, in *Danno e resp.* 2008, p. 261, spec. 264, secondo cui "la rilevanza accordata all'imputabilità dell'inadempimento [...] determina una situazione di asimmetria informativa tra le parti, rendendo l'iniziativa risolutoria estremamente rischiosa. Siccome l'imputabilità dell'inadempimento è un fattore interno alla sfera del debitore, il creditore desideroso di affrancarsi dal rapporto contrattuale non dispone di tutte le informazioni necessarie per valutare la fondatezza dell'istanza risolutoria. Il contraente che promuove la risoluzione e interrompe l'attuazione del rapporto contrattuale corre il rischio di incorrere in responsabilità, in quanto la sua iniziativa può risultare infondata in dipendenza di una circostanza che non ha avuto la possibilità di conoscere"; F. MACIOCE, *Risoluzione* cit., pp. 42-43.

consenso sulla necessità che l'inadempimento sia grave ai sensi dell'art. 1455 c.c. ⁽¹⁸²⁾, chi ritiene che la gravità debba manifestarsi in concreto si scontra con chi crede che possa essere solo potenziale ⁽¹⁸³⁾, e chi pensa che debba sussistere al momento della ricezione della diffida bistoccia con chi asserisce che debba trasparire al momento della scadenza del termine concesso al debitore ⁽¹⁸⁴⁾.

⁽¹⁸²⁾ Salvi rarissimi casi: v. Trib. Trani, 5 dicembre 2017, n. 2612, e Cass., 17 agosto 2011, n. 17337, per i quali, “tenendo conto della lettera della norma (di cui all'art. 1454 c.c.) e considerato che la stessa non menziona in alcun modo l'importanza dell'inadempimento, neppure con un semplice rinvio formale alla previsione di cui all'art. 1455 c.c. se ne deve dedurre che il grave inadempimento non assurge ad elemento essenziale della risoluzione di diritto per diffida ad adempiere, al pari di quanto accade nelle altre due ipotesi di risoluzione per clausola espressa e per termine essenziale, essendo presupposto imprescindibile della sola risoluzione giudiziale”.

Secondo la tesi più equilibrata, l'importanza dell'inadempimento deve essere valutata sia sulla base di criteri soggettivi (quali l'interesse concreto e attuale del creditore, l'intenzione delle parti, l'atteggiamento incolpevole, la tempestiva riparazione, la protratta tolleranza del contraente fedele) sia sulla base di criteri oggettivi (l'economia del contratto, l'equilibrio tra le prestazioni, l'entità della violazione, sia in astratto, sia in concreto, in relazione al pregiudizio effettivamente causato all'altro contraente): v. A. BELFIORE, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 1307, spec. 1322 ss.; M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 62; R. MONGILLO, *Importanza dell'inadempimento* cit., pp. 832-833; M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013, pp. 78-79. In giurisprudenza, v. Cass., 4 maggio 2018, n. 10627; Cass., 18 febbraio 2008, n. 3954; Cass., 7 febbraio 2001, n. 1773.

⁽¹⁸³⁾ La prima soluzione è quella nettamente maggioritaria: cfr. G. G. AULETTA, *Risoluzione e rescissione dei contratti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1948, p. 641, spec. 646-647, secondo cui l'art. 1455 c.c., “sia per la sua dizione generica che per la sua collocazione, va riferito così alla risoluzione giudiziale dell'art. 1453 come alla risoluzione per diffida dell'art. 1454 [...], altrimenti, sarebbe facile eludere il divieto della non scarsa importanza, ricorrendo alla risoluzione per diffida invece che alla risoluzione per sentenza”; G. F. BASINI, *L'importanza dell'inadempimento* cit., *passim*; M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 260; M. CAMPA, *La tempestiva costituzione* cit., p. 138; U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 42; R. E. CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie. Unicità e pluralità di temi e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2012, p. 124; M. COSTANZA, sub *art. 1454* cit., p. 434; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 326; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva* cit., p. 74; C. TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Torino, 1997, p. 164, per cui la constatazione dell'effettiva gravità dell'inadempimento serve ad evitare che la risoluzione per diffida venga asservita al “possibile interesse del creditore a speculare sull'inadempimento, cioè a giuridicizzare una mera rimediazione sulla convenienza dell'affare di già concluso”.

Nel secondo senso si esprime, invece, M. DELLACASA, *Offerta tardiva della prestazione e rifiuto del creditore: vantaggi e inconvenienti di una risoluzione «atipica»*, in *Riv. dir. civ.* 2007, p. 509, spec. 529-530, il quale precisa che la gravità si compone di due profili: la rilevanza della prestazione ineseguita nell'economia del contratto e l'entità della lesione arrecata al creditore. Certamente l'inadempimento deve riguardare una prestazione di importanza non secondaria nell'economia del contratto, ma può anche non avere ancora leso gravemente l'interesse che ha indotto il creditore a contrarre; in quest'ottica, la gravità dell'inadempimento non è attuale, ma solo potenziale. Cfr. anche G. AULETTA, *Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempiere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1955, p. 655, spec. 656 ss., secondo cui la valutazione della gravità dell'inadempimento deve essere effettuata con diversi metri di giudizio, a seconda del grado di adempimento della prestazione del debitore.

Un'ultima notazione: quegli autori che individuano sia l'imputabilità sia la gravità quali caratteri necessari del fatto “inadempimento” concludono che, sotto tale profilo, la risoluzione ex art. 1454 c.c. condivide i medesimi presupposti della risoluzione ex art. 1453 c.c. (su cui v. *infra*, par. 9.1.4); così, per esempio, M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 258; M. COSTANZA, sub *art. 1454* cit., p. 434.

⁽¹⁸⁴⁾ Propendono per la prima soluzione M. COSTANZA, sub *art. 1454* cit., p. 437, per la quale la diffida non può essere validamente esercitata “se non si è già avuto quell'inadempimento di non scarsa importanza che la legge pone come circostanza imprescindibile dello scioglimento del rapporto contrattuale”; M. G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995, p. 297 ss., anche nt. 67; C. TURCO, *L'imputabilità* cit., p. 165. Nello stesso senso, in giurisprudenza, v. Cass., 27 novembre 2009, n. 25040; Cass., 13 marzo 2006, n. 5407. Prospettano, invece, la seconda ricostruzione C. M. BIANCA, *Diritto civile, V* cit., p. 337; M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., pp. 261-262, il quale sottolinea come “il pieno compimento della fattispecie, di

In secondo luogo, occorre che intervenga una diffida ad adempiere, che possieda i connotati *supra* delineati e che provenga dalla parte che abbia adempiuto alle proprie obbligazioni. Ciò è necessario in quanto l'eventuale stato di inadempimento del diffidante consentirebbe alla controparte di sollevare l'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c. e impedire così la risoluzione del contratto ⁽¹⁸⁵⁾. Il termine concesso con la diffida non può essere inferiore a quindici giorni, salvo che le parti si siano accordate diversamente o salvo che risulti congruo un termine inferiore, alla luce della natura del contratto o degli usi vigenti nel mercato in cui lo stesso si iscrive (*art.* 1454, c. 2, c.c.) ⁽¹⁸⁶⁾.

In terzo luogo, occorre che l'inadempimento perduri fino alla scadenza del termine.

La componente fattuale dello schema di produzione dell'effetto di risoluzione è costituita dal concreto verificarsi del fatto "inadempimento". Quando ciò accade, sorge in capo al contraente insoddisfatto un diritto potestativo, che rappresenta il terzo addendo della fattispecie costitutiva in senso stretto dell'effetto di risoluzione e che viene esercitato nelle forme della diffida ad adempiere ⁽¹⁸⁷⁾. A quest'ultima si aggiunge, poi, un ulteriore elemento meramente fattuale, ossia la permanenza dell'inadempimento sino alla scadenza del congruo termine ⁽¹⁸⁸⁾.

Si tratta ora di capire se, una volta verificatisi i fatti descritti dalla norma e una volta esercitato il diritto potestativo di risoluzione nelle forme legittime, l'effetto di risoluzione venga alla luce o se, a tale scopo, occorra anche una pronuncia giudiziale.

cui all'*art.* 1454 c.c., si ha soltanto allo spirare del termine intimato. È in questo momento che si verifica l'effetto risolutivo; e quindi in questo momento – non prima – devono concorrere tutti i requisiti necessari"; A. GUARINO, *La diffida ad adempiere e la gravità dell'inadempimento*, in AA. VV., *Studi in onore di Filippo Vassalli*, vol. II, Torino, 1960, p. 965, spec. 971; M. PALADINI, *L'atto unilaterale* cit., p. 68. In giurisprudenza, v. Cass., 30 giugno 2013, n. 2217, per cui l'accertamento giudiziale della gravità dell'inadempimento deve essere effettuato "in relazione alla situazione verificatasi alla scadenza del termine"; Cass., 18 aprile 2007, n. 9314; Cass., 20 marzo 1991, n. 2979, secondo cui "la valutazione della gravità dell'inadempimento va operata con esclusivo riferimento al momento della scadenza del [...] termine".

⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., pp. 256, 264; G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 555. In giurisprudenza, v. Cass., 4 maggio 1994, n. 4275.

⁽¹⁸⁶⁾ Chiaramente, il termine non congruo rende la diffida inefficace: v. M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 275. Il giudizio di congruità non può avere ad oggetto esclusivamente la situazione del debitore, e quindi la concreta possibilità che riesca ad approntare tutti i mezzi necessari per l'esecuzione della prestazione (anche perché l'adempimento avrebbe dovuto essere preparato, almeno in parte, prima del ricevimento della diffida); esso deve altresì prendere in considerazione il sacrificio che il debitore sopporta a causa dell'attesa: cfr. M. COSTANZA, sub *art.* 1454 cit., p. 445. Da un punto di vista probatorio, sarà il diffidante a dover dimostrare la congruità di un termine infraquindicinale, e sarà invece il debitore a dover provare l'incongruità di quello pari o superiore: così M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., pp. 274-275. *Contra*, M. DELLACASA, *Offerta tardiva* cit., p. 531, per cui l'onere della prova relativa alla congruità del termine grava sempre sul creditore.

⁽¹⁸⁷⁾ Cfr. I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 318, per la quale "il verificarsi del fatto «inadempimento» fa nascere un potere in capo alla parte"; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato* cit., p. 71, per cui "la diffida ad adempiere costituisce [...] dichiarazione di volontà di esercizio di un diritto potestativo del contraente creditore".

⁽¹⁸⁸⁾ Per mere ragioni di completezza, si ricorda che un risalente orientamento giurisprudenziale considerava necessaria, ai fini dell'insorgere dell'effetto risolutivo, anche un'ultima e definitiva scelta da parte del contraente innocente: v. Cass., 18 maggio 1987, n. 4353, in *Giur. it.* 1988, I, 1, p. 448, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla disponibilità* cit.; Cass., 23 aprile 1977, n. 1530, in *Giur. it.* 1978, I, 1, p. 536.

Ancora una volta, è lo stesso legislatore a fornire risposta al quesito. L'art. 1454, c. 1, c.c. dispone che, “decorso inutilmente detto termine [ossia quello fissato nella diffida], il contratto s'intenderà *senz'altro risolto*”. L'art. 1454, c. 3, c.c. rafforza il concetto prevedendo che “decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è *risolto di diritto*”. Ne segue che il diritto potestativo di risoluzione attuabile tramite la diffida ad adempiere è un diritto potestativo sostanziale e che la sequenza che conduce all'insorgere dell'effetto di risoluzione è così composta: norma – fatto – potere sull'*an* – effetto⁽¹⁸⁹⁾. Le norme sono in questa occasione a tal punto perentorie e inequivocabili che nessuno, né in dottrina né in giurisprudenza, ha mai tentato di prospettare soluzioni alternative.

Ovviamente, sarebbe ingenuo pensare che, data la natura sostanziale del diritto potestativo, l'autorità giurisdizionale non compaia mai sulla scena. Come si è visto, non basta un inadempimento qualunque per poter attivare la diffida e le modalità con cui questa deve essere posta in essere sono rigorosamente disciplinate dalla legge. È ben possibile, allora, che il contraente asseritamente inadempiente instauri un giudizio, al fine di contestare la propria inadempienza e/o la legittimità dell'intimazione della controparte. Se ciò avvenisse, il giudizio sarebbe inevitabilmente un giudizio di mero accertamento e la sentenza pronunciata all'esito dello stesso avrebbe natura dichiarativa. Alle medesime conclusioni si perverrebbe altresì ove l'azione fosse instaurata dallo stesso contraente che ha fatto ricorso alla risoluzione di diritto, come passo prodromico rispetto a una domanda di condanna della controparte alla restituzione della prestazione già corrisposta o al risarcimento dei danni⁽¹⁹⁰⁾.

⁽¹⁸⁹⁾ Cfr. *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile del 1942*, n. 661, ove si legge che “la persistente inadempienza del debitore provoca la risoluzione *ipso iure*”. In tali termini, v. G. F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001, p. 126, secondo cui, nei casi in esame, “al creditore viene attribuito un potere ‘costitutivo’”; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V cit., p. 338; M. CAMPA, *La tempestiva costituzione* cit., p. 134; U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento* cit., pp. 42-43, secondo il quale la diffida ad adempiere è una fattispecie di risoluzione riconducibile “a poteri giuridici di autotutela che l'ordinamento attribuisce ai privati e che rientrano [...] nella categoria dei diritti potestativi sostanziali, secondo lo schema fatto/atto/effetto”; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 32; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione* cit., pp. 141-142, per cui “la diffida produce, al momento della scadenza del termine in essa indicato, l'effetto finale e principale che le è proprio: vale a dire la risoluzione del contratto”; C. DE MENECH, *Diffida ad adempiere* cit., p. 709, chiarissima nel dire che l'effetto risolutorio “si realizza nel momento in cui (e sempre che) l'inadempienza persista ancora alla scadenza del termine fissato”; M. DELLACASA, *Il creditore può rinunciare alla risoluzione «di diritto»? Luci ed ombre di una regola giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.* 2012, II, p. 21, spec. 28; G. IUDICA, *Risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.* 1983, II, p. 184, spec. 189; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 132; U. NATOLI, voce *Diffida* cit., p. 509; I. PAGNI, *Le azioni* cit., pp. 327, 394; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva* cit., p. 74, secondo il quale la dichiarazione di diffida è “atto di esercizio di un vero e proprio potere sostanziale”; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 901 ss.; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 335.

⁽¹⁹⁰⁾ Dottrina e giurisprudenza sono in proposito unanimi. Quanto alla prima, v. A. ADDANTE, *Colpa dell'obbligato ed operatività della clausola risolutiva espressa*, in *Contratti* 2003, p. 231, spec. 232; A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 111; G. F. BASINI, *L'importanza dell'inadempimento* cit., p. 550; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V cit., p. 338; M. CAMPA, *La tempestiva costituzione* cit., p. 134; U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 39; R. E. CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie* cit., p. 131; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione* cit., p. 142; G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 555; C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla disponibilità* cit., p. 452, nt. 17; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale* cit., p. 701; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 335; C. TURCO, *L'imputabilità* cit., pp. 163-164. Quanto alla giurisprudenza, cfr. Trib. Torino, 6 novembre 2008, n. 7297, in *Foro pad.* 2009, I, p. 124, con nota di M. CAMPA, *La tempestiva costituzione* cit.; Cass., 13 marzo 2006, n. 5407; Cass., 2 dicembre 2005, n. 26232, in *Corr. giur.* 2006, p. 1097; Cass., 18 maggio 1987, n. 4535, in *Giur. it.* 1988, I, I, p. 448, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla disponibilità* cit.

L'azione di mero accertamento non è soggetta a prescrizione; il che significa che, una volta realizzatosi l'effetto di risoluzione sul piano stragiudiziale, si può procedere a renderlo incontrovertibile in ogni momento. Tuttavia, l'eventuale prescrizione delle azioni di ripetizione o di risarcimento dei danni potrebbe causare un difetto di interesse alla pronuncia nel caso concreto ⁽¹⁹¹⁾.

Alla luce della disamina effettuata, la diffida appare, dunque, una forma di risoluzione particolarmente equilibrata. Essa rappresenta uno strumento celere ed economico di autotutela, posto a favore del contraente deluso, al quale è lasciata la facoltà di avvalersene o meno. D'altro canto, essa risponde anche all'esigenza di tutelare il debitore, il quale viene avvertito dell'intenzione di controparte di sciogliersi dal vincolo contrattuale e posto nelle condizioni di mantenere in piedi un rapporto che può essergli utile ⁽¹⁹²⁾.

9.1.2. La clausola risolutiva espressa

La seconda *species* di risoluzione per inadempimento che viene in rilievo è la risoluzione per clausola risolutiva espressa. Ai sensi dell'art. 1456 c.c., "1. I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite. 2. In questo caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva".

La previsione non lascia dubbi circa la tecnica con cui si produce l'effetto sostanziale di risoluzione, rispetto alla quale gli interpreti sono unanimi; viceversa, anche in questo caso diversi dissensi si registrano con riferimento al presupposto meramente fattuale dell'inadempimento. Ma procediamo con ordine.

Il primo fattore dell'operazione genetica dell'effetto risolutivo è il citato art. 1456 c.c., cui segue la concreta realizzazione di quanto compone la sua fattispecie astratta.

Tutto comincia con l'inserimento nel testo dell'accordo di una clausola risolutiva espressa ⁽¹⁹³⁾, che deve necessariamente individuare obbligazioni specifiche ed esplicitare che l'inadempimento delle stesse comporta la risoluzione dell'intero rapporto contrattuale ⁽¹⁹⁴⁾.

⁽¹⁹¹⁾ La corretta osservazione è di G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato* cit., pp. 51-52. V. anche P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 335.

⁽¹⁹²⁾ Cfr. M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 248; R. E. CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie* cit., p. 131; M. COSTANZA, *sub art. 1454* cit., p. 434.

⁽¹⁹³⁾ Non è prescritta una forma particolare per la validità della clausola, perciò si ritiene che la forma da adottare sia quella necessaria per la validità dell'intero contratto: cfr. A. DALMARTELLO, *voce Risoluzione* cit., p. 142.

⁽¹⁹⁴⁾ Costituiscono, invece, mere clausole di stile, e sono considerate come non apposte, tutte quelle clausole che si riferiscono genericamente al mancato rispetto di un qualsiasi obbligo derivante dal contratto. Si ritiene, infatti, che in simili occasioni le parti abbiano semplicemente voluto ripetere quanto la legge già dispone con l'art. 1453 c.c. (su cui *infra*, par. 9.1.4). Il che non significa, si badi bene, che il rimedio di cui all'art. 1456 c.c. non possa assistere tutte le obbligazioni nascenti dal contratto, dovendo sempre limitarsi ad alcune di esse. Non importa che la clausola risolutiva espressa contempli una, qualcuna o tutte le obbligazioni contrattuali; ciò che rileva è che le stesse vengano indicate in forma specifica e non in forma generica. Sul contenuto della clausola risolutiva espressa, v. G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 401; G. F.

Si deve, poi, verificare proprio quel particolare inadempimento contemplato dalla clausola⁽¹⁹⁵⁾. Secondo la tesi più accreditata, l'inadempimento deve essere imputabile al contraente infedele: ciò viene interpretato da alcuni nel senso che l'inadempimento deve essere colpevole, da altri nel senso che deve essere al debitore oggettivamente imputabile⁽¹⁹⁶⁾. Una corrente minoritaria ritiene, invece, che il problema debba più correttamente essere impostato come problema di ermeneutica contrattuale: se le parti che hanno redatto la clausola hanno inteso riferirsi all'inadempimento colposo, solo quest'ultimo potrà validamente costituire presupposto della risoluzione del contratto; se viceversa le parti hanno altresì attribuito rilevanza all'inadempimento oggettivamente imputabile, anche quest'ultimo renderà il contratto risolubile⁽¹⁹⁷⁾. Quanto, invece, al connotato della gravità, l'orientamento maggioritario vuole che la stessa sia in *re ipsa*: sono le parti che, nel momento in cui stipulano il contratto, effettuano una valutazione relativa a quali inadempienze sono a tal punto importanti da rendere l'accordo risolubile e quali, viceversa, non lo sono; e siffatta originaria scelta non è più sindacabile da alcuno⁽¹⁹⁸⁾.

BASINI, *Risoluzione del contratto* cit., p. 244; C. M. BIANCA, *Diritto civile, V* cit., p. 342; M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 285 ss.; F. D. BUSNELLI, voce *Clausola risolutiva*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 196, spec. 197-198; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione* cit., pp. 142-143; I. L. NOCERA, *Clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva tra autonomia contrattuale e automatismo della risoluzione*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2010, I, p. 242, spec. 243; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 905; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato* cit., pp. 44-45; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 332. In giurisprudenza, cfr. Cass., 18 dicembre 2015, n. 25455; Cass., 27 gennaio 2009, n. 1950; Cass., 6 aprile 2001, n. 5147.

⁽¹⁹⁵⁾ Così G. F. BASINI, *Risoluzione del contratto* cit., p. 246; C. M. BIANCA, *Diritto civile, V* cit., p. 343, per il quale "ai fini della risoluzione occorre che sussista l'inadempimento previsto dalla clausola"; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 2012, p. 387, perentorio nel precisare che l'inadempimento "deve avere ad oggetto esattamente la medesima obbligazione dedotta nella clausola risolutiva espressa".

⁽¹⁹⁶⁾ Coloro che abbracciano la prima ricostruzione precisano che anche in questo settore opera la presunzione di colpa di cui all'art. 1218 c.c.: v. A. ADDANTE, *Colpa dell'obbligato* cit., p. 234, la quale evidenzia che, se non si concedesse al debitore "la possibilità di dimostrare che l'inadempimento è dovuto a causa a lui non imputabile, ex art. 1218 Codice civile, si opererebbe una ingiustificata alterazione del sistema risolutorio ad esclusivo vantaggio del creditore"; F. D. BUSNELLI, voce *Clausola risolutiva* cit., p. 198; I. L. NOCERA, *Clausola risolutiva* cit., p. 245, per il quale la clausola risolutiva espressa non può "dar luogo ad una responsabilità senza colpa"; M. ROSSETTI, *La risoluzione* cit., pp. 387-388; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato* cit., p. 41. Sulla necessità che l'inadempimento sia imputabile e colpevole si sono attestati anche i giudici, sia di legittimità che di merito: cfr. Trib. Bari, 27 febbraio 2017, n. 1060; Trib. Bergamo, 7 luglio 2008, in *Obblig. e contr.* 2009, p. 708, con nota di I. M. GONNELLI, *La clausola risolutiva espressa tra principio di buona fede e importanza dell'inadempimento*; Cass., 6 febbraio 2007, n. 2553, in *Contratti* 2007, p. 965, con nota di M. FONTANELLA, *Imputabilità dell'inadempimento e clausola risolutiva espressa*; Cass., 5 agosto 2002, n. 11717, in *Contratti* 2003, p. 228, con nota di A. ADDANTE, *Colpa dell'obbligato* cit.

Di diverso avviso sono coloro che credono che l'inadempimento debba essere imputabile nel senso oggettivo, e quindi oggettivamente riferibile alla condotta del soggetto agente, senza che occorra anche la colpevolezza della stessa: così M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 298; A. MUTARELLI, *Per il superamento della colpa nell'ipotesi di clausola risolutiva espressa*, in *Riv. dir. civ.* 1978, II, p. 252, spec. 265 ss.

Esclude, invece, che l'inadempimento debba essere imputabile al debitore M. DELLACASA, *Inadempimento* cit., p. 264.

⁽¹⁹⁷⁾ Si fanno portatori di tale distinzione G. G. AULETTA, *Risoluzione e rescissione* cit., p. 643; C. M. BIANCA, *Diritto civile, V* cit., p. 344; F. MACIOCE, *Risoluzione* cit., p. 41 ss.

⁽¹⁹⁸⁾ In tal senso si esprimono C. M. BIANCA, *Diritto civile, V* cit., p. 344; M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., pp. 287, 295, per cui la gravità della violazione contrattuale "viene valutata a priori dalle parti, le quali [...] stabiliscono che quel determinato comportamento, contrario agli obblighi assunti, è dotato di carica lesiva sufficiente ad intaccare gravemente il sinallagma, sì da giustificare la risoluzione del contratto"; F.

Il legislatore ha preferito astenersi dal conferire all'inadempimento un automatico effetto risolutivo, al fine di evitare che la risoluzione si ponga in contrasto con gli interessi del contraente adempiente ⁽¹⁹⁹⁾. Così, ha previsto che, una volta violati gli specifici obblighi contrattuali descritti dalla clausola, sorga in capo alla parte creditrice un diritto potestativo alla risoluzione del contratto, il quale viene esercitato attraverso una dichiarazione recettizia con cui il contraente fedele manifesta la propria volontà di avvalersi della clausola risolutiva espressa. Tale diritto è inconfutabilmente un diritto potestativo sostanziale e provoca la risoluzione del rapporto contrattuale sul piano stragiudiziale, senza il ministero dell'autorità

D. BUSNELLI, voce *Clausola risolutiva* cit., p. 198; U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 42; R. E. CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie* cit., p. 125; M. COSTANZA, voce *Clausola risolutiva espressa*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1988, p. 1, spec. 1; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione* cit., p. 143; P. GALLO, *Inadempimento reciproco e caparra confirmatoria nel prisma della giurisprudenza*, in *Giur. it.* 2017, p. 316, spec. 319; G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 558; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 905; M. ROSSETTI, *La risoluzione* cit., p. 388; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato* cit., p. 38; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale* cit., p. 700; S. TRIFIRÒ, *Clausola risolutiva espressa*, in *Quadrimestre* 1989, p. 685, spec. 690; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 332. In giurisprudenza, cfr. Trib. Roma, 3 giugno 2019, n. 11621, in *DeJure*, App. Firenze, 13 gennaio 2017, n. 1714, in *DeJure*, per cui “il giudice, chiamato ad accertare l'avvenuta risoluzione del contratto per l'inadempimento convenzionalmente sanzionato, non è tenuto a effettuare alcuna indagine sulla gravità dell'inadempimento stesso, avendone le parti anticipatamente valutato l'importanza, e, quindi, eliminato la necessità di un'indagine *ad hoc*, avuto riguardo all'interesse dell'altra parte”; Cass., 20 dicembre 2012, n. 23624; Trib. Bergamo, 7 luglio 2008, in *Obblig. e contr.* 2009, p. 708, con nota di I. M. GONNELLI, *La clausola risolutiva* cit.; Cass., 19 novembre 2004, n. 21886, per la quale “in presenza della clausola risolutiva espressa è preclusa ogni indagine sulla gravità dell'inadempimento”.

Nonostante l'ampio consenso di cui gode la ricostruzione in esame, esso non è del tutto granitico. Propendono per la sindacabilità della gravità dell'inadempimento I. M. GONNELLI, *La clausola risolutiva* cit., p. 721; M. GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, Milano, 1998, pp. 52-53, per cui il giudice eventualmente adito deve sempre valutare la gravità dell'inadempimento rispetto all'interesse negoziale e all'economia del contratto, attraverso un giudizio di buona fede, al fine di impedire che chi invoca la clausola risolutiva espressa ne approfitti indebitamente; R. MONGILLO, *Importanza dell'inadempimento* cit., p. 835 ss., secondo la quale “l'interesse alla esatta esecuzione della prestazione dovuta non coincide necessariamente con quello prospettato nella fase di creazione del vincolo” e, quindi, “l'indagine sull'importanza dell'inadempimento deve tener conto non solo della distribuzione dei rischi effettuata dai contraenti in sede di stipulazione, ma anche dello sviluppo successivo del rapporto sulla base di un giudizio di buona fede, alla luce delle circostanze sopravvenute”; C. TURCO, *L'imputabilità* cit., p. 176 ss.

Sussiste, poi, una tesi intermedia, secondo cui la valutazione di gravità non è necessaria nelle ipotesi in cui i contraenti abbiano puntualmente definito le modalità con cui l'inadempimento deve aver luogo, mentre è imprescindibile nella situazione inversa: v. L. DERIU, *Clausola risolutiva espressa e gravità dell'inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1964, p. 421, spec. 424-425, il quale, a conclusione di un articolato ragionamento, scrive che “escludere sempre, a priori, qualsiasi potere del giudice di valutare la gravità dell'inadempimento verificatosi equivale praticamente a dire che anche violazioni non espressamente previste dalle parti possono portare a quella risoluzione del contratto che, invece, il legislatore vuole ricollegata solamente ad una valutazione diretta dei contraenti circa l'importanza che un dato risultato o una data modalità assumono nell'economia contrattuale”; C. A. FUNAIOLI, *Effetti della clausola risolutiva espressa*, in *Foro it.* 1949, IV, p. 81, spec. 83.

⁽¹⁹⁹⁾ Cfr. *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile del 1942*, n. 661: “a tutela del creditore si è evitato l'effetto automatico assoluto [...] della clausola risolutiva espressa. Tale automatismo potrebbe non corrispondere più all'interesse del creditore nell'atto in cui l'inadempimento si verifica”. V. anche R. E. CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie* cit., p. 132, che fa notare come il creditore ben potrebbe preferire agire per l'adempimento; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione* cit., p. 143; M. DELLACASA, *Il creditore* cit., p. 30, per cui, “siccome il creditore, che non è stato pregiudicato in modo irreversibile, può conservare interesse per la prestazione, la legge pone a suo carico l'onere di manifestare la volontà di risolvere il contratto”; C. A. FUNAIOLI, *Effetti della clausola risolutiva* cit., p. 87; M. GRONDONA, *La clausola risolutiva* cit., pp. 19-20; G. IORIO, *Ritardo* cit., p. 285; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 906; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 332.

giurisdizionale: “la risoluzione *si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva*” (art. 1456, c. 2, c.c.) ⁽²⁰⁰⁾.

L'effetto sostanziale di risoluzione *ex art. 1456 c.c.*, dunque, viene alla luce seguendo lo schema norma – fatto – potere sull'*an* – effetto. Eventuali giudizi che dovessero essere successivamente instaurati al fine di rendere lo scioglimento dell'accordo incontrovertibile sarebbero sempre giudizi di mero accertamento, e sarebbero sempre definiti da pronunce dichiarative, con le quali il giudice accerterebbe se si siano verificati o meno i presupposti della risoluzione, ma non modificherebbe la situazione giuridica sostanziale ⁽²⁰¹⁾. In tali

⁽²⁰⁰⁾ In proposito, v. A. ATTARDI, *Diritto processuale cit.*, vol. I, p. 111; G. F. BASINI, *Risoluzione del contratto cit.*, pp. 129-130; C. M. BIANCA, *Diritto civile, V cit.*, p. 346; M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento cit.*, p. 300, per cui l'inadempimento “determina di per sé – in maniera diretta e immediata – non lo scioglimento del rapporto contrattuale, bensì il sorgere, in capo alla parte non inadempiente, del diritto a produrre tale scioglimento”; F. D. BUSNELLI, voce *Clausola risolutiva cit.*, p. 199, per cui la dichiarazione del contraente fedele ha “funzione costitutiva”; “essa appare come causa efficiente della risoluzione *ipso iure* el contratto (*rectius*: del rapporto consequenziale), dato che questa costituisce l'effetto immediato e diretto della dichiarazione stessa”; U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento cit.*, pp. 42-43, secondo il quale la clausola risolutiva espressa è una fattispecie di risoluzione riconducibile “a poteri giuridici di autotutela che l'ordinamento attribuisce ai privati e che rientrano [...] nella categoria dei diritti potestativi sostanziali, secondo lo schema fatto/atto/effetto”; M. COSTANZA, sub *art. 1456*, in L. NANNI – M. COSTANZA – U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, tomo I, 2, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2007, p. 66; M. COSTANZA, voce *Clausola risolutiva cit.*, p. 1; C. A. FUNAIOLI, *Effetti della clausola risolutiva cit.*, pp. 86-87, per il quale il diritto potestativo è “diritto di risolvere, non di considerare già risolto il contratto. Sicché la risoluzione si opera solo colla dichiarazione”; M. GRONDONA, *La clausola risolutiva cit.*, pp. 13, 16, 18; G. IORIO, *Ritardo cit.*, pp. 285, 288, per cui al contraente deluso è attribuita “una facoltà potestativa sanzionatoria ad esercizio non giudiziale: qui, infatti, la potestatività non passa attraverso il necessario controllo del giudice”; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale cit.*, p. 132, per il quale “non v'è luogo ad attuazione giurisdizionale di diritti potestativi” *ex art. 1456 c.c.*; U. NATOLI, *Termine essenziale*, in *Riv. dir. comm.* 1947, I, p. 221, spec. 229; I. L. NOCERA, *Clausola risolutiva cit.*, p. 243; I. PAGNI, *Le azioni cit.*, pp. 232, 318; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva cit.*, p. 74, per cui la risoluzione *ex art. 1456 c.c.* si verifica “solo a seguito dell'esercizio del potere sostanziale di attribuire rilevanza al fatto inadempimento dedotto nella clausola”; V. ROPPO, *Il contratto cit.*, p. 906; C. SCOGNAMIGLIO, *Termine essenziale e interesse del creditore*, in *Giur. it.* 1986, I, I, p. 691, spec. 695; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale cit.*, pp. 699-700; S. TRIFIRÒ, *Clausola risolutiva cit.*, p. 692; P. TRIMARCHI, *Istituzioni cit.*, p. 335. In giurisprudenza, v. Trib. Bari, 27 febbraio 2017, n. 1060, in *DeJure*; Trib. Milano, 13 luglio 2016, n. 9118, in *DeJure*, cristallino nell'affermare che, “in definitiva, gli elementi della fattispecie risolutiva *ex art. 1456 c.c.* sono: la esplicita e specifica menzione delle obbligazioni, inerenti a un contratto a prestazioni corrispettive, al cui inadempimento si intende ricollegare l'effetto risolutivo *ipso iure*; il verificarsi di un inadempimento imputabile e colpevole; la dichiarazione della parte non inadempiente di volersi avvalere della clausola; la persistenza dell'inadempimento al momento in cui avviene tale dichiarazione”; Cass., 31 ottobre 2013, n. 24564; Cass., 31 agosto 2009, n. 18920, in *Nuova giur. civ. comm.* 2010, I, p. 239, con nota di I. L. NOCERA, *Clausola risolutiva cit.*, chiara nell'affermare che l'art. 1456 c.c. “consente alle parti di prevedere che, in caso di inadempimento, la parte creditrice abbia il potere (diritto potestativo) di risolvere immediatamente – senza ricorrere al giudice – il contratto”; Cass., 5 gennaio 2005, n. 167; Cass., 16 maggio 2002, n. 7178; Cass., 18 giugno 1997, n. 5455.

Occorre, comunque, ricordare che, secondo una corrente dottrinale, non vi sono preclusioni a che le parti si accordino per escludere la necessità della dichiarazione ai fini risolutivi; in tal caso, l'effetto di risoluzione sorgerebbe secondo lo schema norma – fatto – effetto: v. G. IORIO, *Ritardo cit.*, pp. 284-285; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato cit.*, p. 50.

⁽²⁰¹⁾ La natura dichiarativa del provvedimento giudiziale è pacifica: v. A. ADDANTE, *Colpa dell'obbligato cit.*, p. 232; G. F. BASINI, *L'importanza dell'inadempimento cit.*, p. 550, il quale precisa che “l'eventuale intervento del giudice non è diretto a risolvere il contratto, ma soltanto a dichiarare che esso si è, appunto, risolto di diritto”; C. M. BIANCA, *Diritto civile, V cit.*, p. 346; M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento cit.*, p. 303; F. D. BUSNELLI, voce *Clausola risolutiva cit.*, p. 200; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione cit.*, p. 143; I. M. GONNELLI, *La clausola risolutiva cit.*, p. 720; G. IORIO, *Ritardo cit.*, pp. 286-287; G. MIRABELLI, *Dei contratti cit.*, p. 562; I. L.

ipotesi, il giudice dovrebbe verificare che: il contratto della cui risoluzione si discute contenga una clausola risolutiva espressa; gli obblighi in essa descritti siano determinati; l'inadempimento abbia ad oggetto proprio uno di tali obblighi e sia imputabile al debitore; la dichiarazione di volersi avvalere della clausola sia giunta a conoscenza del destinatario. Al contrario, nessuna verifica dovrebbe essere operata circa l'importanza dell'inadempienza: nella misura in cui sia contemplata dalla clausola, essa è grave. In proposito, in dottrina si è correttamente osservato che il vero vantaggio della risoluzione per clausola risolutiva espressa è quello per cui, una volta verificatosi l'inadempimento previsto dal contratto e resa la dichiarazione risolutoria, il dichiarante è sicuro della risoluzione e può disporre della prestazione a suo carico. Conferire all'autorità giudiziaria il potere di indagare sull'importanza dell'inadempimento significherebbe distruggere tale vantaggio ⁽²⁰²⁾.

Anche rispetto alla risoluzione per clausola risolutiva espressa si può ripetere quanto osservato in sede di esame della diffida ad adempiere: l'azione di mero accertamento non si prescrive; tuttavia, potrebbe sussistere un difetto di interesse alla sua instaurazione ove le azioni di ripetizione e di risarcimento dei danni fossero, invece, già prescritte ⁽²⁰³⁾.

9.1.3. Il termine essenziale

Subito dopo la disciplina della risoluzione per clausola risolutiva espressa si trova quella della risoluzione per decorso di un termine essenziale.

La norma che dà avvio alla sequenza generatrice dell'effetto di risoluzione è l'art. 1457 c.c., a mente del quale "1. Se il termine fissato per la prestazione di una delle parti deve considerarsi essenziale nell'interesse dell'altra, questa, salvo patto o uso contrario, se vuole esigerne l'esecuzione nonostante la scadenza del termine, deve darne notizia all'altra parte entro tre giorni. 2. In mancanza, il contratto s'intende risolto di diritto anche se non è stata espressamente pattuita la risoluzione".

Passando dalla fattispecie astratta alla fattispecie concreta, il primo fattore che viene in rilievo è l'effettiva presenza, nel quadro del regolamento contrattuale, di un termine essenziale. In via di prima approssimazione, può dirsi che una scadenza merita tale epiteto quando risulta che, per la parte nel cui interesse essa è fissata, il contratto perde la propria utilità economica se la scadenza non viene rispettata. Secondo l'insegnamento tradizionale, un termine può godere dell'attributo dell'essentialità: (i) in senso oggettivo, quando è la

NOCERA, *Clausola risolutiva* cit., pp. 243-244; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale* cit., p. 700; S. TRIFIRÒ, *Clausola risolutiva* cit., p. 693; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 335. Nello stesso senso, in giurisprudenza, v. Cass., 24 maggio 2016, n. 10691; Cass., 6 febbraio 2009, n. 3039; Cass., 5 gennaio 2005, n. 167; Cass., 18 giugno 1997, n. 5455, per cui "il giudice – la cui pronuncia, diversamente dalla risoluzione per grave inadempimento prevista dalla regola generale di cui agli artt. 1453 e 1455 c.c., ha natura dichiarativa e non costitutiva – deve accertare soltanto se la pattuizione configuri effettivamente una clausola risolutiva espressa e, in caso positivo, se si sia verificato l'inadempimento previsto nella stessa nonché se il creditore abbia esercitato (mediante la dichiarazione di volersi avvalere della clausola) il diritto di provocare la risoluzione del rapporto".

⁽²⁰²⁾ Così G. G. AULETTA, *Risoluzione e rescissione* cit., pp. 648-649. In termini analoghi, G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato* cit., p. 38; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 335. *Contra*, v. *supra*, nota 198.

⁽²⁰³⁾ Cfr. G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato* cit., pp. 51-52.

stessa natura della prestazione a esigere che essa sia eseguita tempestivamente (si pensi alla prestazione canora del tenore al concerto di Capodanno, o all'obbligazione della sarta che deve confezionare un abito da sposa); (ii) in senso soggettivo specifico, quando le parti qualificano espressamente una determinata prestazione come improrogabile; (iii) in senso soggettivo generale, quando è sistematicamente interesse delle parti, in determinate categorie di negozi, che alcune obbligazioni vengano adempiute entro una certa scadenza, anche se ciò non trova esplicita previsione nel testo del contratto (si pensi ai contratti di borsa). Ne segue che i criteri cui ci si deve appellare per vagliare l'essenzialità di un termine sono molteplici: tra questi, un ruolo preminente è da attribuire al dato letterale del negozio ⁽²⁰⁴⁾, alla natura della prestazione cui il termine accede, nonché alla tipologia di operazione che le parti vogliono concludere ⁽²⁰⁵⁾.

Il secondo elemento che compone la fattispecie dell'effetto di risoluzione è l'inadempimento, che, nell'ipotesi in esame, è sempre rappresentato dal mancato rispetto della scadenza. Anche riguardo a questa *species* di risoluzione per inadempimento, lo scontro relativo ai connotati che la violazione degli obblighi contrattuali deve presentare è acceso, anche se lievemente meno tumultuoso. Quanto all'imputabilità, si registrano tre diverse vedute: alcuni ritengono sufficiente la pura e semplice inadempienza oggettiva; altri credono che essa debba essere almeno imputabile al debitore, sebbene non necessariamente colposa; altri ancora opinano che l'inadempimento possa entrare a far parte della fattispecie costitutiva dell'effetto risolutivo solo se colpevole ⁽²⁰⁶⁾. Quanto all'importanza, invece, gli interpreti si attestano su posizioni omogenee e osservano che la gravità del mancato rispetto

⁽²⁰⁴⁾ In proposito, la giurisprudenza è ferma nel ritenere che l'utilizzo dell'espressione "entro e non oltre" non sia in alcun modo sufficiente per desumere l'essenzialità di un termine, e che alla stessa debbano invece accompagnarsi altri dati (l'oggetto del negozio, ulteriori indicazioni dei paciscenti), dai quali sia possibile inferire che le parti considerano perduta l'utilità di un adempimento perfezionatosi oltre una certa data: cfr., *ex multis*, Cass., 16 marzo 2018, n. 6547; Cass., 15 luglio 2106, n. 14426; Cass., 25 ottobre 2010, n. 21838; Cass., 6 dicembre 2007, n. 25549.

⁽²⁰⁵⁾ Cfr. A. ADDANTE, *Colpa dell'obbligato* cit., p. 233; M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 320 ss.; M. CUCCOVILLO, *Essenzialità del termine e risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Contratti* 2011, p. 892, spec. 893 ss.; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione* cit., p. 143, il quale, con riguardo al termine essenziale soggettivo generale, precisa che con esso "la legge non fa altro che apprezzare, in via generale, l'interesse delle parti nell'ambito di un dato tipo di negozio, per dare un significato al loro silenzio"; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato* cit., p. 54.

⁽²⁰⁶⁾ Nel primo senso, v. M. DELLACASA, *Inadempimento* cit., p. 264, secondo cui "la rilevanza accordata all'imputabilità dell'inadempimento [...] determina una situazione di asimmetria informativa tra le parti, rendendo l'iniziativa risolutoria estremamente rischiosa. Siccome l'imputabilità dell'inadempimento è un fattore interno alla sfera del debitore, il creditore desideroso di affrancarsi dal rapporto contrattuale non dispone di tutte le informazioni necessarie per valutare la fondatezza dell'istanza risolutoria. Il contraente che promuove la risoluzione e interrompe l'attuazione del rapporto contrattuale corre il rischio di incorrere in responsabilità, in quanto la sua iniziativa può risultare infondata in dipendenza di una circostanza che non ha avuto la possibilità di conoscere"; F. MACIOCE, *Risoluzione* cit., pp. 36, 42-43. Nel secondo senso, v. M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., pp. 328-329; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato* cit., p. 57, secondo cui "l'inosservanza non imputabile del termine essenziale non risolve il contratto ai sensi della disposizione in esame, ovvero per inadempimento del contraente fedele, superfluo essendo invece il requisito della colpa". In giurisprudenza, v. Cass., 18 febbraio 2011, n. 3993, in *Contratti* 2011, p. 889, con nota di M. CUCCOVILLO, *Essenzialità del termine* cit. Nel terzo e ultimo senso, v. U. NATOLI, *Termine essenziale* cit., pp. 233-234.

della scadenza è insita nell'essenzialità del termine, sicché non vi è alcuno spazio per una violazione del termine che non sia grave ⁽²⁰⁷⁾.

Sui successivi passaggi della sequenza produttiva dell'effetto di risoluzione la dottrina è divisa. Secondo un primo orientamento, non vi è alcun ulteriore elemento di fattispecie: l'inutile decorso del termine essenziale provoca automaticamente l'effetto risolutivo. Se poi il contraente insoddisfatto richiede l'adempimento (nel termine perentorio di tre giorni), la sua dichiarazione estingue l'effetto già verificatosi ⁽²⁰⁸⁾. Secondo altra e diversa corrente di pensiero, l'unico ulteriore fatto che deve aver luogo affinché si perfezioni la fattispecie risolutiva è il decorso di tre giorni dalla scadenza del termine essenziale; l'ordinamento assume che il trascorrere del tempo comporti il venir meno dell'interesse creditorio e vi ricollega in via immediata la risoluzione del contratto ⁽²⁰⁹⁾.

Entrambe le teorie richiamate affidano l'insorgere dell'effetto di risoluzione alla tecnica norma – fatto – effetto. Tuttavia, mi sembra che alle stesse possano essere mosse due fondamentali critiche. *In primis*, siffatto automatismo sarebbe in contrasto con l'ordinaria elettività della risoluzione, che concorre con il diritto all'adempimento del contratto e che potrebbe non rappresentare la strada preferibile per il contraente fedele. *In secundis*, le teoriche descritte appaiono poco aderenti al dato normativo. E infatti, l'art. 1457 c.c. dispone che il contratto s'intende risolto di diritto "in mancanza" della dichiarazione con cui il contraente insoddisfatto manifesta la volontà di ottenere l'adempimento.

Sembra, allora, più corretto ritenere che il silenzio del creditore abbia natura costitutiva dell'effetto risolutivo. Dall'inadempimento scaturisce, in capo al creditore, un diritto potestativo di provocare la risoluzione del rapporto contrattuale, il quale viene esercitato in una forma del tutto peculiare: mantenendo il silenzio per i tre giorni successivi alla scadenza del termine essenziale (o del diverso termine concordato dai paciscenti). Se entro la fine di tale *spatium deliberandi* la richiesta di adempimento non perviene al contraente ritardatario, il contratto si risolve di diritto. Ci troviamo ancora una volta di fronte a un diritto potestativo

⁽²⁰⁷⁾ Sul punto, cfr. G. F. BASINI, *Risoluzione del contratto* cit., pp. 249-250, per cui "è l'essenzialità stessa del termine che rende grave il suo mancato rispetto"; M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 325 ss.; U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 42, per il quale, nel termine essenziale, "l'importanza dell'inadempimento è connaturata alla natura stessa del termine e discende automaticamente dalla sua inutile scadenza"; riprende la precisazione R. E. CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie* cit., p. 125. In giurisprudenza, si esprime in termini analoghi Cass., 18 febbraio 2011, n. 3993, in *Contratti* 2011, p. 889, con nota di M. CUCCOVILLO, *Essenzialità del termine* cit. Si discosta dalla granitica opinione indicata nel testo C. M. BIANCA, *Diritto civile, V* cit., p. 351, per il quale è ben possibile che circostanze sopravvenute rendano l'interesse creditorio suscettibile di essere soddisfatto anche mediante una prestazione ritardata; "sulla base di una valutazione concreta può allora escludersi che il ritardo sia tale da giustificare l'immediata risoluzione del contratto".

⁽²⁰⁸⁾ Di tale avviso sono G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 562 ss., secondo cui l'effetto risolutivo "si attua indipendentemente dalla volontà del creditore"; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato* cit., p. 55, il quale coerentemente reputa che il contraente protetto non debba avvisare il ritardatario della propria volontà di sciogliere il contratto.

⁽²⁰⁹⁾ È questa la teoria di C. M. BIANCA, *Diritto civile, V* cit., pp. 353-354; U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 43, anche nt. 135; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 335.

sostanziale, che determina l'effetto di risoluzione senza bisogno dell'intervento del giudice, secondo lo schema norma – fatto – potere sull'*an* – effetto ⁽²¹⁰⁾.

Poiché, dunque, la risoluzione si verifica sul piano stragiudiziale, un eventuale processo che avesse ad oggetto lo scioglimento del contratto avrebbe natura di mero accertamento e la sentenza, non potendo fare altro che constatare il perfezionamento o meno della fattispecie risolutiva, sarebbe meramente dichiarativa ⁽²¹¹⁾. Anche in questa ipotesi, l'azione non sarebbe soggetta ad alcun termine prescrizione e l'unico limite alla sua proposizione (*rectius*, al suo accoglimento) potrebbe derivare da un difetto di interesse ad agire, laddove la prescrizione avesse già colpito le conseguenti azioni di ripetizione e di risarcimento dei danni ⁽²¹²⁾.

9.1.4. La risoluzione ex art. 1453 c.c.

Resta da analizzare l'ultima ipotesi di risoluzione per inadempimento prevista dal legislatore (anzi, la prima, se si segue l'ordine codicistico), ossia quella disciplinata dall'art. 1453 c.c., che si trova al centro di un pluriennale e fervente dibattito.

La norma menzionata rappresenta il primo tratto dell'itinerario che conduce alla produzione dell'effetto risolutivo.

Sul piano della fattispecie concreta, l'unico elemento meramente fattuale cui viene attribuita rilevanza è l'inadempimento. E si ripropongono anche in questo ambito le

⁽²¹⁰⁾ Abbracciano la ricostruzione qui proposta M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 336; F. D. BUSNELLI, voce *Clausola risolutiva* cit., p. 200: “anche nel caso del termine essenziale, la risoluzione non deriva immediatamente dall'inadempimento di una parte, ma da questo più il successivo comportamento della controparte. E anche se si tratta di un comportamento puramente passivo, non per questo esso ha un significato diverso. La rilevanza giuridica del silenzio, quale fatto costitutivo della risoluzione [...] è, in realtà, chiaramente sancita dall'art. 1457 c.c.”; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione* cit., p. 144, secondo cui la risoluzione ex art. 1457 c.c. è “ancora sempre potestativa. Di particolare non vi è che questo: che per optare per la risoluzione basta, in questo caso, una astensione (nei tre giorni successivi alla scadenza del termine). Ritengo, perciò, esatta la tesi che considera evento risolutivo non la mera scadenza del termine, ma tale scadenza congiunta o combinata con la omissione della richiesta di adempimento nei tre giorni successivi”; M. DELLACASA, *Il creditore* cit., p. 30, secondo cui la legge consente al creditore che conservi un interesse per la prestazione di “esigerne l'esecuzione – ed evitare, così, la risoluzione del contratto” (enfasi aggiunta); M. GRONDONA, *La clausola risolutiva* cit., p. 100 ss., il quale concorda con la natura costitutiva del silenzio; G. IORIO, *Ritardo* cit., p. 252; U. NATOLI, *Termine essenziale* cit., p. 229, il quale sottolinea che l'ipotesi prevista dall'art. 1457 c.c. disciplina “uno di quei casi in cui il silenzio ha un significato non equivoco, manifesta cioè la volontà precisa di un certo effetto, cioè della risoluzione”; I. PAGNI, *Le azioni* cit., pp. 318-319, anche nt. 19; C. SCOGNAMIGLIO, *Termine essenziale* cit., p. 695; C. TURCO, *L'imputabilità* cit., pp. 166, 174. In giurisprudenza, v. Cass., 3 luglio 2000, n. 8881. Precisa che la dichiarazione di voler conseguire l'adempimento ha natura recettizia G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato* cit., p. 67.

⁽²¹¹⁾ In tal senso, v. A. ADDANTE, *Colpa dell'obbligato* cit., p. 232; G. F. BASINI, *L'importanza dell'inadempimento* cit., p. 550; M. ROSSETTI, *La risoluzione* cit., p. 427; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato* cit., p. 54; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 335; C. TURCO, *L'imputabilità* cit., p. 167. In giurisprudenza, v., ex multis, Trib. Milano, 21 giugno 2017, n. 7028 (in *obiter*), in *DeJure*; Trib. Pesaro, 20 febbraio 2017, n. 61, in *DeJure*; Trib. Taranto, 13 maggio 2016, in *DeJure*; Cass., 11 novembre 2011, n. 23687; Cass., 18 febbraio 2011, n. 3993, in *Contratti* 2011, p. 889, con nota di M. CUCCOVILLO, *Essenzialità del termine* cit.

⁽²¹²⁾ In tal senso, v. G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato* cit., pp. 51-52. Cfr. anche P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 335.

medesime discussioni che hanno coinvolto la dottrina e la giurisprudenza nella ricostruzione delle risoluzioni di diritto di cui agli artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.

Alcuni reputano indispensabile che l'inadempimento sia imputabile al debitore. Infatti, si dice, è proprio l'imputabilità che consente di distinguere la risoluzione per inadempimento dalla risoluzione per impossibilità sopravvenuta *ex* artt. 1463 ss. c.c. ⁽²¹³⁾; se si eliminasse tale presupposto, l'una *species* di risoluzione sarebbe un inutile duplicato dell'altra. All'interno, però, di questa corrente di pensiero si fronteggiano due fazioni: da un lato, vi sono coloro che interpretano il requisito dell'imputabilità come sinonimo di colpevolezza, per cui l'inadempimento deve essere causato da un comportamento quantomeno colposo ⁽²¹⁴⁾; dall'altro, si pongono coloro che scindono l'imputabilità, quale indice di oggettiva riferibilità di un fatto alla sfera di controllo di un soggetto, dalla colpevolezza, quale elemento psicologico dell'agire del singolo, e che ritengono solo la prima connotato imprescindibile dell'inadempimento ⁽²¹⁵⁾.

Su un versante completamente diverso si attestano, invece, coloro che escludono che l'imputabilità dell'inadempimento incida sul regime della risoluzione e che limitano la rilevanza del requisito al risarcimento del danno. L'argomentazione che sorregge la conclusione è la seguente. La risoluzione è un rimedio sinallagmatico, che opera in presenza di una grave alterazione del rapporto contrattuale; la perdita di interesse nell'attuazione dello scambio da parte del creditore è l'unico dato che rileva ai fini dello scioglimento del contratto, senza che esso possa essere precluso da un fattore interno alla sfera del debitore, quale l'imputabilità della violazione. Non si può, allora, estendere un requisito tipico della responsabilità contrattuale alla risoluzione per inadempimento, in quanto i due rimedi rispondono a logiche diverse ⁽²¹⁶⁾.

⁽²¹³⁾ Sulla quale v. *infra*, par. 9.2.

⁽²¹⁴⁾ La ragione dell'impiego fungibile degli aggettivi "imputabile" e "colposo" è ben spiegata da F. MACIOCE, *Risoluzione* cit., p. 12 ss. La nozione di colpa viene assunta a criterio individuatore della responsabilità dall'art. 1176 c.c. e l'area della responsabilità del debitore di cui all'art. 1218 c.c. non ne è estranea; sicché "l'inadempimento viene a qualificarsi incolpevole se l'impossibilità si è verificata nonostante l'impiego della diligenza dovuta da parte del debitore; così come non si ha inadempimento colpevole quando, pur essendo la prestazione possibile, la massima diligenza impiegata dal debitore non è sufficiente per soddisfare l'interesse del creditore". Se si estende, allora, la rilevanza della colpa anche nel campo della responsabilità del debitore, pare evidente che l'inadempimento imputabile viene a collimare con l'inadempimento colpevole.

Si schierano a favore della necessaria colpevolezza dell'inadempimento G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento* cit., pp. 12, 16; A. BELFIORE, voce *Risoluzione* cit., pp. 1316-1317; C. M. BIANCA, *Diritto civile, V* cit., p. 303 ss.; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione* cit., p. 128, il quale rileva che "deve trattarsi di inadempimento imputabile, perché l'inadempimento non imputabile – equivalente alla fortuita impossibilità della prestazione – è causa estintiva dell'obbligazione e come tale non può se non impropriamente qualificarsi «inadempimento», non essendo concepibile l'inadempimento di un'obbligazione estinta (talché la locuzione «inadempimento incolpevole» contiene, a rigore, una contraddizione *in terminis*)"; P. GALLO, *Inadempimento reciproco* cit., p. 318; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 326.

⁽²¹⁵⁾ Cfr. M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., pp. 75, 78. Sulla distinzione tra imputabilità e colpevolezza, v. anche V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 898.

⁽²¹⁶⁾ Seguono questo approccio F. CRISTIANO, *Mutuo dissenso e domande reciproche di risoluzione per inadempimento*, in *Contratti* 2010, p. 787, spec. 789 (se ben si comprende); M. DELLACASA, *Inadempimento* cit., p. 263; M. GIORGIANNI, voce *Inadempimento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 860, spec. 886; F. MACIOCE, *Risoluzione* cit., p. 31; L. MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, p. 20 ss.

Il legislatore non ha, invece, lasciato spazio a dubbi circa l'imprescindibilità di un ulteriore carattere dell'inadempimento: la gravità. Infatti, l'art. 1455 c.c. prevede espressamente che "il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra" ⁽²¹⁷⁾. Fa comunque discutere il momento in cui detta gravità debba essere valutata: se nel momento in cui doveva essere effettuato l'adempimento, oppure quando viene proposta la domanda giudiziale, o ancora quando il giudice si pronuncia sulla stessa ⁽²¹⁸⁾.

Ora, a fronte di un'inadempienza che presenti le caratteristiche finora descritte, non è assolutamente scontato che la parte innocente intenda liberarsi dal vincolo contrattuale. Al contrario, per questa potrebbe rivelarsi di gran lunga preferibile mantenere in piedi il negozio e richiedere che esso venga adempiuto. Si possono immaginare le più svariate motivazioni: il contraente inadempiente è il migliore nel suo settore; cercare di ottenere la prestazione da soggetti terzi comporterebbe un ritardo non sopportabile; sono già stati corrisposti diversi acconti sul prezzo; la controparte è l'unica ad avere ottenuto le autorizzazioni amministrative necessarie per adempiere alla propria obbligazione; la controparte opera in un paese straniero nel quale il contraente fedele non ha ulteriori contatti fidati, e così via.

Ecco perché l'effetto di risoluzione non discende in via diretta e automatica dal fatto "inadempimento", ma occorre che la parte insoddisfatta dia allo stesso giuridica rilevanza, attraverso l'esercizio di un diritto potestativo. Tale ricostruzione, che è senza dubbio la più opportuna, è quella prescelta dal nostro legislatore, il quale ha disposto che, "nei contratti a prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie alle sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto" (art. 1453, c. 1, c.c.).

Sul piano dogmatico, il diritto potestativo in discorso si inquadra nella categoria dei diritti potestativi a necessario esercizio giudiziale. In aggiunta alla norma menzionata, la quale prevede che il creditore possa "chiedere la risoluzione del contratto" e non "risolvere il

Con riferimento all'obiezione per cui l'imputabilità dell'inadempimento sarebbe l'unico elemento in grado di dare alla risoluzione per inadempimento autonomia rispetto alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta, M. DELLACASA, *Inadempimento* cit., p. 263, risponde che la risoluzione di cui agli artt. 1463 ss. c.c. ha come presupposto non tanto la non imputabilità dell'inadempimento, quanto piuttosto la sua definitività.

⁽²¹⁷⁾ Si badi bene, l'insussistenza di tale connotato nega rilevanza all'inadempimento ai soli fini risolutivi; non gliela sottrae, invece, con riguardo a un'eventuale azione di adempimento e al risarcimento dei danni: cfr. A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione* cit., p. 133. Con particolare riferimento all'ipotesi di ritardo nell'adempimento, al fine di escludere che la risoluzione possa scaturire da ritardi marginali, cfr. M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 89; M. ROSSI, *Il "semplice" ritardo e la risoluzione per inadempimento*, in *Obbl. e contr.* 2007, p. 327, spec. 333. Sui criteri per valutare la gravità della violazione degli obblighi contrattuali, v. *supra*, nota 182.

⁽²¹⁸⁾ La prima interpretazione è rinvenibile in una datata sentenza della Corte di Cassazione (Cass., 15 giugno 1989, n. 2879). La seconda è l'opzione prediletta da C. M. BIANCA, *Diritto civile, V* cit., p. 299 e, in giurisprudenza, da Cass., 24 aprile 2013, n. 10054, in *Contratti* 2014, p. 164, con nota adesiva di M. CUCCOVILLO, *Risoluzione del contratto per inadempimento, apparenza del difetto e comportamento processuale del convenuto contrario a buona fede*, Cass., 24 luglio 2012, n. 12895. L'ultima soluzione è abbracciata da Trib. Teramo, 21 maggio 2014, n. 728, in *DeJure*; Cass., 14 novembre 2006, n. 24207; Cass., 29 agosto 1990, n. 8955. In dottrina, nello stesso senso, cfr. V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 894; A. VENTURELLI, *Costituzione in mora e azione giudiziale di risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Obbl. e contr.* 2012, p. 749, spec. 757, con particolare riferimento all'ipotesi di ritardo nell'inadempimento.

contratto”, utili indicazioni in tal senso si traggono dagli ulteriori due commi dell’art. 1453 c.c.: il secondo dispone che “la risoluzione può essere *domandata* anche quando *il giudizio* è stato promosso per ottenere l’adempimento; ma non può più chiedersi l’adempimento quando è stata *domandata* la risoluzione”; il terzo precisa che “dalla data della *domanda di risoluzione* l’inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione”. Ora, anche a voler concedere che il primo comma dell’art. 1453 c.c. non sia dirimente nella determinazione della natura del diritto potestativo dallo stesso previsto, analoga considerazione non può di certo applicarsi agli ultimi due commi, i quali fugano ogni dubbio circa la necessità che il diritto potestativo sia attuato a mezzo di una domanda giudiziale ⁽²¹⁹⁾.

Dunque, a differenza di quanto accade nelle ipotesi di cui agli artt. 1454, 1456 e 1457 c.c., questa volta il contraente deluso non può produrre l’effetto di risoluzione in prima persona; occorre, invece, che l’esercizio del suo potere sia integrato da un ulteriore elemento di fattispecie, a cui solo lo scioglimento del contratto può essere ricollegato. Tale elemento, come ormai facilmente intuibile, è la pronuncia giudiziale che accoglie la domanda di risoluzione, la quale si pone come causa efficiente dell’effetto risolutivo e dell’estinzione dell’efficacia del contratto. Ne segue che l’azione di risoluzione di cui all’art. 1453 c.c. è un’azione costitutiva e che la sentenza che la conclude positivamente è un provvedimento costitutivo-estintivo, che modifica la realtà preesistente eliminando il rapporto contrattuale impugnato ⁽²²⁰⁾.

⁽²¹⁹⁾ Così A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 536, il quale, come ricordato *supra* (nota 121), cambia opinione rispetto a quanto sostenuto nel suo precedente articolo ID., *Conflitto di decisioni* cit.; C. M. BIANCA, *Diritto civile, V* cit., p. 292; E. GRASSO, *La pronuncia d’ufficio* cit., p. 303 ss., anche nt. 62; G. IORIO, *Ritardo* cit., pp. 24-25; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 271; E. F. RICCI, voce *Accertamento* cit., p. 23. In giurisprudenza, cfr. Cass., 13 aprile 1959, n. 1086, in *Giur. it.* 1959, I, 1, p. 1192, con nota di L. CIFFO BONACCORSO, *L’eccezione* cit.

⁽²²⁰⁾ In tal senso si esprimono A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 110; G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 415; G. F. BASINI, *L’importanza dell’inadempimento* cit., p. 550; G. F. BASINI, *Risoluzione del contratto* cit., p. 126; A. BELFIORE, voce *Risoluzione* cit., p. 1335, per cui “la sentenza di risoluzione va, quindi, considerata come un elemento essenziale (un coelemento di efficacia) della fattispecie risolutiva disciplinata dall’art. 1453 e va correlativamente annoverata tra le sentenze costitutive”; C. M. BIANCA, *Diritto civile, V* cit., pp. 291-292, 309; M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 194; M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 227 ss.; F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 200, che parla espressamente di sentenza estintiva di un rapporto giuridico; F. CAMMEO, *L’azione* cit., p. 42; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico* cit., p. 383 ss.; U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 38 ss.; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., p. 40; G. CHIOVENDA, *Principii* cit., pp. 193-194; C. CONSOLO, *Il concorso di azioni* cit., p. 790 ss., per cui l’estinzione del rapporto avviene “solo *ope iudicis*”; C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.* 1995, I, p. 299, spec. 301-302, 320, per cui l’effetto di risoluzione “rimane frutto [...] della sentenza che abbia davvero e in concreto ad accogliere quella domanda dell’attore”; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 32; F. CRISTIANO, *Mutuo dissenso* cit., p. 790; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione* cit., p. 140; G. IORIO, *Ritardo* cit., p. 23, il quale sottolinea che “il profilo letterale della fattispecie [...] non sembra dare adito a dubbi circa il carattere costitutivo della sentenza”; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 145; E. MERLIN, *Elementi* cit., p. 50; L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., pp. 39-40; A. MOTTO, *Domanda di risoluzione per inadempimento e recesso dell’attore dal contratto nel corso del processo*, in *Riv. arb.* 2014, p. 616, spec. 618; A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 247, anche nt. 99 e 100, 260 ss.; R. ORIANI, *Diritti potestativi* cit., pp. 13-14, il quale parla di una vera e propria “riserva di giurisdizione”; A. PALMA, *La inammissibilità dell’esercizio del recesso e del diritto di ritenere la caparra, a seguito dell’avenuta risoluzione di diritto del contratto*, in *Corr. giur.* 2006, p. 1099, spec. 1101; E. F. RICCI, voce *Accertamento* cit., p. 23; V. ROPPO, *Il contratto* cit., pp. 878, 910; C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla disponibilità* cit., p. 452, nt. 17; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 317; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 334. In giurisprudenza, v., *ex plurimis*,

Benché la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie siano stabilmente orientate a favore della natura giudiziale del diritto potestativo *ex art. 1453 c.c.* e della natura costitutiva della sentenza di risoluzione, le conclusioni qui proposte sono state oggetto di numerosi attacchi, concentrati su due fronti. Qualcuno ha criticato, in prima battuta, la riconduzione del diritto potestativo di risoluzione *ex art. 1453 c.c.* nell'alveo dei diritti potestativi a necessario esercizio giudiziale, e ha cercato di dimostrarne la più corretta sussunzione nella categoria dei poteri sostanziali; dalla confutazione del carattere giudiziale del diritto potestativo è, poi, giocoforza derivata la contestazione della costitutività del provvedimento che definisce positivamente l'azione. Qualcun altro, invece, pur riconoscendo che il diritto potestativo di risoluzione deve essere necessariamente esercitato nell'ambito del processo, ha censurato (solo) l'idoneità della sentenza a provocare lo scioglimento del contratto.

Analizziamo le citate obiezioni partitamente.

La prima teorica che merita attenzione è il frutto dell'interessante e innovativa elaborazione di Ilaria Pagni. La proposta ricostruttiva dell'Autrice prende le mosse dalla preliminare constatazione che l'inadempimento può assumere una duplice valenza: di fatto impeditivo dell'efficacia del rapporto contrattuale, nell'ipotesi prevista dall'*art. 1460 c.c.*, in cui l'eccezione di inadempimento comporta la paralisi del rapporto ⁽²²¹⁾; di fatto estintivo nelle ipotesi previste dagli *artt. 1453 ss. c.c.*, in cui determina (insieme ad altri fattori) lo scioglimento del rapporto. Si può, allora, ipotizzare che colui che viene convenuto in adempimento, oltre a rifiutare di assolvere ai propri obblighi *ex art. 1460 c.c.*, si avvalga dell'altrui inadempimento anche nella sua qualità di fatto estintivo. Si configura così l'eccezione di risoluzione, ossia il diritto potestativo sostanziale che consente alla parte di produrre lo scioglimento del contratto nell'ambito del processo ⁽²²²⁾.

Da qui a riconoscere che tale eccezione possa essere esercitata anche in via stragiudiziale, e che quindi l'effetto di risoluzione si possa produrre anche al di fuori delle aule giudiziarie, il passo è breve. Ciò è confermato da due circostanze: da un lato, dopo aver manifestato la propria volontà risolutoria tramite una dichiarazione stragiudiziale, il creditore non può più cambiare idea e non può più domandare l'esecuzione del contratto, in applicazione del principio dell'affidamento ⁽²²³⁾; dall'altro, sulla base dell'orientamento giurisprudenziale

Cass., sez. un., 23 novembre 2018, n. 30416; Cass., 16 novembre 2018, n. 29654; Cass., 25 settembre 2018, n. 22781; Trib. Brindisi, 13 settembre 2018, n. 1335, in *DeJure*; Cass., 15 marzo 2018, n. 6386; Trib. Bari, 27 febbraio 2017, n. 1060, in *DeJure*; Trib. Pesaro, 20 febbraio 2017, n. 61, in *DeJure*; Trib. Milano, 13 luglio 2016, n. 9118, in *DeJure*; Cass., 24 maggio 2016, n. 10691; Trib. Taranto, 13 maggio 2016, in *DeJure*; Cass., 12 ottobre 2015, n. 20408; Cass., 23 maggio 2014, n. 11511; Trib. Nola, 11 gennaio 2011, in *DeJure*; Cass., 6 febbraio 2009, n. 3039.

Della natura dichiarativa della sentenza che rigetti la domanda di risoluzione *ex art. 1453 c.c.* si è detto *supra*, par. 3.

⁽²²¹⁾ Sull'eccezione di inadempimento, v. *infra*, par. 14.

⁽²²²⁾ Cfr. I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 332 ss.

⁽²²³⁾ La norma da cui si discende tale principio è il già citato *art. 1453, c. 2, c.c.*, che secondo l'Autrice è applicabile per analogia anche nelle ipotesi in cui il contraente fedele eserciti il proprio diritto potestativo di risoluzione con una dichiarazione stragiudiziale: cfr. I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 365. Viceversa, il debitore potrà ancora offrirsi di adempiere, contando sul fatto che la successiva verifica giudiziale accerti che la fattispecie risolutiva non si è mai completata: v. I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 369.

maggioritario ⁽²²⁴⁾, il creditore ha sempre diritto di rifiutare l'adempimento tardivo anche se non ha ancora proposto la domanda di risoluzione. Come si nota, dunque, il contraente fedele può considerarsi sciolto dalle proprie obbligazioni fin dal momento in cui manifesta la volontà di risolvere il rapporto, senza dover attendere l'intervento giudiziale ⁽²²⁵⁾.

Nel pensiero dell'Autrice, quindi, il diritto potestativo *ex art. 1453 c.c.* è un diritto sostanziale e la risoluzione del contratto deriva direttamente dalla sua attuazione. L'unico requisito che deve sussistere affinché lo stesso sia validamente esercitato a scopi risolutivi è che la volontà di liberarsi dal vincolo contrattuale sia "manifesta" ⁽²²⁶⁾. Peraltro, Pagni sottolinea come tale conclusione sia perfettamente compatibile con la rubrica dell'art. 1453 c.c., la quale non parla affatto di risoluzione "giudiziale", ma soltanto di "risolubilità per inadempimento" ⁽²²⁷⁾.

La delineata teorica si chiude coerentemente con l'attribuzione all'eventuale giudizio, instaurato dall'una o dall'altra parte, della qualifica di processo di mero accertamento e con l'attribuzione alla sentenza che lo definisce della qualifica di sentenza dichiarativa: "dopo la manifestazione di volontà del contraente insoddisfatto, sia essa comunicata alla parte in via stragiudiziale, o sottesa all'eccezione di risoluzione, oppure contenuta nell'atto di citazione in giudizio [...], la sentenza sopravverrà quando il contratto è ormai stato privato della propria efficacia e il giudice non dovrà fare altro che dichiarare quali sono i diritti e gli obblighi delle parti, senza dover modificare od estinguere alcunché" ⁽²²⁸⁾.

In anni più recenti, ai medesimi risultati giunge Mauro Paladini, il quale riprende alcuni argomenti spesi da Ilaria Pagni e ne utilizza di nuovi.

Anche ad avviso di Paladini ⁽²²⁹⁾, la circostanza che la manifestazione della volontà risolutoria preclude qualsivoglia successiva possibilità di domandare l'adempimento conferma la natura sostanziale del diritto di risoluzione: non ha, infatti, alcun senso

⁽²²⁴⁾ Così Cass., 14 maggio 2018, n. 11653; App. Milano, 22 gennaio 2010, n. 153, in *DeJure*; Cass., 5 settembre 2006, n. 19074; Cass., sez. un., 9 luglio 1997, n. 6224, in *Giust. civ.* 1998, I, p. 825; Cass., sez. un., 6 giugno 1997, n. 5086, in *Contratti* 1997, p. 450, con nota critica di L. BARBIERA, *Tardivo adempimento del debitore, rifiuto del creditore e risoluzione del contratto*; in *Corr. giur.* 1997, p. 768, con nota di V. CARBONE, *Il creditore può rifiutare il tardivo adempimento?*; e in *Giust. civ.* 1997, I, p. 2765, con nota di M. COSTANZA, *Rifiuto legittimo della prestazione da parte del creditore e gravità dell'inadempimento*. Si noti che sussistono comunque pareri contrastanti, che ammettono la legittimità del rifiuto dell'adempimento solo dopo la proposizione della domanda giudiziale: v. L. BARBIERA, *Tardivo adempimento cit., passim*; C. DE MENECH, *La preclusione dell'adempimento tardivo ex art. 1453, ultimo comma, c.c. nella giurisprudenza*, in *Contratti* 2014, p. 573, spec. 581, secondo cui la ricostruzione della giurisprudenza maggioritaria va a svantaggio delle parti contraenti; infatti, il contraente fedele rischia che la sua valutazione in ordine alla gravità dell'inadempimento non coincida con la successiva valutazione del giudice e si trovi, quindi, costretto a risarcire il danno provocato dal suo rifiuto; d'altro canto, l'inadempiente resta in uno stato di soggezione temporalmente indefinito; "se sceglie di completare l'allestimento della prestazione, [...] corre il rischio di vedersi rifiutare l'offerta tardiva ed accorgersi di avere inutilmente sprecato ingenti risorse; ove decida invece di rimanere inerte e non adempiere, egli si espone al pericolo di subire prima o poi l'iniziativa giudiziale dell'altra parte e di dover risarcire i danni *medio tempore* subiti dal creditore".

⁽²²⁵⁾ Cfr. I. PAGNI, *Le azioni cit.*, p. 349 ss. Concorda con tale affermazione anche M. DELLACASA, *Risoluzione giudiziale cit.*, pp. 170-171.

⁽²²⁶⁾ Cfr. I. PAGNI, *Le azioni cit.*, p. 365.

⁽²²⁷⁾ Cfr. I. PAGNI, *Le azioni cit.*, pp. 389-390.

⁽²²⁸⁾ Cfr. I. PAGNI, *Le azioni cit.*, pp. 377-378, 393, 676.

⁽²²⁹⁾ Cfr. M. PALADINI, *L'atto unilaterale cit.*, pp. 101 ss., 105 ss.

mantenere in vita un vincolo contrattuale se non si può chiedere l'adempimento delle prestazioni che in esso trovano titolo. D'altro canto, se fin dal momento in cui l'inadempimento ha assunto importanza il contraente deluso può rifiutare la prestazione della controparte, a prescindere dalla domanda giudiziale, allora la manifestazione di volontà del primo ha immediati effetti estintivi del rapporto contrattuale.

L'efficacia sostanziale della dichiarazione di risoluzione trova, poi, conferma in ulteriori dati sistematici, i quali mostrano "la volontà del legislatore di orientare l'intero sistema della risoluzione per inadempimento verso la sua ordinaria natura sostanziale e automatica" ⁽²³⁰⁾. In primo luogo, l'art. 1385 c.c. stabilisce che, se al momento della stipulazione del contratto è stata consegnata una caparra confirmatoria, eventuali inadempienze attribuiscono alla parte fedele la possibilità di recedere dall'accordo, trattenendo la caparra o esigendo il doppio della caparra dalla stessa versata; la norma disciplina un'ipotesi di vera e propria risoluzione stragiudiziale, che ha i medesimi presupposti della risoluzione *ex* art. 1453 c.c. (imputabilità e non scarsa importanza dell'inadempimento) ⁽²³¹⁾. In secondo luogo, le modalità con cui viene risolto un contratto per l'operare di una clausola risolutiva espressa sono in tutto simili a quelle della dichiarazione unilaterale di risoluzione: come visto ⁽²³²⁾, a seguito dell'inadempimento, occorre che la parte dichiari di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa, esercitando un recesso impugnatorio coincidente con quello previsto dall'art. 1385 c.c. ⁽²³³⁾. In terzo luogo, la disciplina del termine essenziale denota l'ampio riconoscimento che il legislatore ha assegnato all'autonomia privata nel contesto della risoluzione del contratto ⁽²³⁴⁾. In quarto luogo, sussistono forti affinità tra il recesso per impossibilità sopravvenuta parziale, di cui all'art. 1464 c.c. ⁽²³⁵⁾, e la risoluzione automatica per inadempimento: invero, la valutazione della mancanza di interesse per l'adempimento parziale deve essere svolta alla luce dei medesimi criteri che consentono di asseverare l'importanza dell'inadempimento di cui all'art. 1455 c.c. ⁽²³⁶⁾.

Alla luce dei ragionamenti esposti, Paladini conclude che l'atto di risoluzione per inadempimento è un atto unilaterale con automatici effetti sostanziali.

⁽²³⁰⁾ Cfr. M. PALADINI, *L'atto unilaterale* cit., p. 54.

⁽²³¹⁾ Cfr. M. PALADINI, *L'atto unilaterale* cit., p. 48 ss. L'identità tra il recesso *ex* art. 1385 c.c. e la risoluzione *ex* art. 1453 c.c. è, peraltro, supportata da quell'orientamento giurisprudenziale per cui, ove una parte agisca in giudizio per ottenere l'esecuzione di un contratto, questa possa sempre esercitare il recesso ai sensi dell'art. 1385 c.c. in corso di causa, rinunciando alle precedenti pretese. Le sentenze in discorso, infatti, considerano l'art. 1453, c. 2, c.c. applicabile anche al passaggio tra domanda di adempimento e domanda di accertamento dell'estinzione del rapporto contrattuale per intervenuto recesso, e rendono così fungibili il recesso *ex* art. 1385 c.c. e la risoluzione *ex* art. 1453 c.c.: v., *ex multis*, Trib. Savona, 13 agosto 2018, in *DeJure*; Cass., 16 gennaio 2018, n. 882; Cass., 3 febbraio 2015, n. 1901; Cass., 24 novembre 2011, n. 24841.

⁽²³²⁾ V. *supra*, par. 9.1.2.

⁽²³³⁾ Cfr. M. PALADINI, *L'atto unilaterale* cit., p. 72.

⁽²³⁴⁾ Cfr. M. PALADINI, *L'atto unilaterale* cit., p. 73 ss. Quanto alla risoluzione per decorso di un termine essenziale, v. *supra*, par. 9.1.3.

⁽²³⁵⁾ Sul quale *funditus infra*, par. 9.2.

⁽²³⁶⁾ Cfr. M. PALADINI, *L'atto unilaterale* cit., p. 92 ss.

Prima di passare al secondo fronte di “attacco” alla natura costitutiva della pronuncia di risoluzione, sembra opportuno soffermarsi sulle teorie appena sintetizzate per svolgere alcune considerazioni critiche.

Innanzitutto, non corrisponde al vero che il persistere dell’efficacia del contratto non ha utilità, visto che, una volta manifestato l’intento risolutorio, il contraente insoddisfatto non può più chiedere l’adempimento. Al contrario, è generalmente riconosciuto che, ove la domanda di risoluzione *ex* art. 1453 c.c. sia rigettata (in rito o nel merito) ovvero il giudizio di risoluzione si estingua, il creditore ben può instaurare un’azione per ottenere l’esecuzione delle prestazioni gravanti sulla controparte ⁽²³⁷⁾.

In secondo luogo, le modalità con cui il diritto potestativo sostanziale di risoluzione può essere esercitato in forma stragiudiziale rimangono piuttosto fumose. Si richiede che la volontà di sciogliersi dal vincolo contrattuale sia “manifesta”, ma poi è ben difficile tradurre tale affermazione in concreto. Si immagini, per esempio, che il creditore invii una raccomandata alla controparte menzionando la risoluzione con mere intenzioni minatorie e al solo fine di sollecitare l’adempimento. Ben potrebbe accadere che tale intento sia evidente nella prospettiva del mittente, ma resti celato per il destinatario. Ebbene, quale punto di vista occorre adottare per valutare il carattere “manifesto” della dichiarazione risolutoria? Se ci si pone nei panni del destinatario, si potrebbe arrivare al paradosso di un effetto che, per la teoria generale del diritto, dovrebbe prodursi per il tramite dell’esercizio di un diritto potestativo, e che, invece, sorge a prescindere da tale esercizio (visto che il dichiarante non ha mai inteso risolvere il contratto). Laddove, invece, ci si ponesse nei panni del mittente in ipotesi in cui quest’ultimo abbia effettive (ma oscure) velleità risolutorie, potrebbe capitare che il debitore si prepari comunque per adempiere e, anzi, esegua la propria prestazione in forza di un contratto ormai sciolto, con evidenti complicazioni derivanti dalle successive doverose restituzioni incrociate.

Un simile problema non si pone, chiaramente, se si costruisce il diritto potestativo come potere di natura giudiziale: invero, poiché deve essere esercitato nella forma vincolata della domanda giudiziale, non pare possano sorgere dubbi circa l’effettivo esercizio dello stesso. D’altro canto, non mi sembra che tale stato di incertezza possa sorgere nelle ipotesi di cui agli artt. 1454, 1456 e 1457 c.c. Infatti, nei primi due casi, la manifestazione di volontà con cui la parte fedele dichiara la propria intenzione di risolvere il rapporto ha sempre un contenuto inequivocabile: per un verso, la diffida ad adempiere deve comprendere

⁽²³⁷⁾ In tal senso si esprime Cass., 27 dicembre 2010, n. 26152, che precisa “il divieto, posto dall’art. 1453 cod. civ., di chiedere l’adempimento una volta domandata la risoluzione del contratto, viene meno e non ha più ragion d’essere quando la domanda di risoluzione venga rigettata, rimanendo in vita in tal caso il vincolo contrattuale, e risorgendo l’interesse alla esecuzione della prestazione con inizio del nuovo termine prescrizione del diritto di chiedere l’adempimento”. Negli stessi termini, v. anche Cass., 19 gennaio 2005, n. 1077; Cass., 29 novembre 2001, n. 15171; Cass., 20 novembre 2001, n. 14558; Cass., 11 maggio 1996, n. 4444. In dottrina, v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V cit., p. 330, per cui “il rigetto della domanda di risoluzione lascia fermi il vincolo contrattuale e gli obblighi di adempimento dell’una e dell’altra parte. La parte che ha agito in risoluzione può pertanto esigere la prestazione e proporre l’azione di adempimento”; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. GROSSO – F. SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1966, p. 269.

l'assegnazione di un congruo termine per l'adempimento e l'espressa dichiarazione che, al persistere dell'inadempimento oltre la scadenza del detto termine, il contratto s'intenderà risolto; per un altro, quando i contraenti inseriscono nello schema dell'accordo una clausola risolutiva espressa, la parte insoddisfatta deve dichiarare che si vuole "avvalere" di quella clausola. Ciò comporta che la volontà di risolvere il contratto è facilmente riconoscibile. Altrettanto accade se uno dei termini indicati nel contratto deve essere considerato essenziale. In questa ipotesi, è lo stesso codice civile ad attribuire un significato unidirezionale al comportamento della parte creditrice, che non può, quindi, essere frainteso.

In terzo luogo, il tentativo di giustificare la natura sostanziale del diritto potestativo alla luce della rubrica dell'art. 1453 c.c. non appare persuasivo. Se è vero che la rubrica recita "Risolubilità del contratto per inadempimento", è altrettanto vero che, come già notato, il testo della norma offre nitide – e plurime – indicazioni a favore del carattere giudiziale del potere. Si fatica a comprendere come si possa attribuire un qualsivoglia peso alla terminologia inserita nella rubrica di una previsione normativa, per poi ignorare gli indici di segno opposto contenuti nel (a mio avviso, più importante) testo della disposizione.

A ciò si aggiunga che la teoria qui criticata porta la risoluzione *ex art. 1453 c.c.* a sovrapporsi alla risoluzione *ex art. 1454 c.c.* In sostanza, se anche il diritto potestativo di risoluzione di cui all'art. 1453 c.c. avesse natura sostanziale, la parte adempiente si troverebbe di fronte alla seguente alternativa: inviare una diffida ad adempiere e aspettare il decorso del congruo termine assegnato affinché il contratto possa dirsi risolto; oppure dichiarare che intende risolvere il contratto con effetto immediato. Il meccanismo risolutorio di cui all'art. 1454 c.c. diverrebbe inutile e destinato alla più ostica disapplicazione.

Sia Pagni sia Paladini tentano di rispondere a questa obiezione operando un *distinguo*. Se la gravità dell'inadempimento è dubbia, o comunque residua in capo al contraente deluso un interesse alla prestazione della controparte, la modalità legislativamente predeterminata di esercizio del potere di risoluzione è quella dell'art. 1454 c.c.; il termine concesso per l'adempimento ha, quindi, la funzione di render certa l'importanza dell'inadempimento e di ridurre il rischio di successive contestazioni da parte del debitore. Viceversa, se l'inadempimento è compiuto e irreversibile, la parte adempiente può esprimere la propria volontà di – e così ottenere la – risoluzione immediata⁽²³⁸⁾. Eppure, una distinzione di tal sorta non trova alcun addentellato nella lettera della legge, la quale richiede la non scarsa importanza dell'inadempimento per entrambe le forme di risoluzione (art. 1455 c.c.).

Ad ogni modo, a me sembra che, a fronte di un diritto potestativo sostanziale a portata generale, anche gli istituti della clausola risolutiva espressa e del termine essenziale sarebbero destinati all'oblio. Se ciascun contraente avesse l'opportunità di causare in prima persona la risoluzione del contratto attraverso una mera manifestazione di volontà, non si vede per quale ragione le parti dovrebbero perdere tempo per negoziare delle clausole risolutive espresse e per scegliere accuratamente a quali obbligazioni contrattuali dare maggior peso rispetto alle altre. Parimenti, non si vede per quale motivo, ove scada un termine senza che

⁽²³⁸⁾ In tal senso, v. I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 384 ss.

la prestazione cui esso accede sia stata eseguita, il creditore dovrebbe aspettare tre giorni affinché l'effetto risolutorio si produca, anziché risolvere il contratto con effetto immediato; tanto più se si tratta di un termine essenziale!

Nell'ottica di Paladini, la presenza di ipotesi tipiche di risoluzione per inadempimento di diritto fa propendere per la ricostruzione dell'intero istituto in chiave di risoluzione automatica. A mio avviso, invece, la conclusione che si deve trarre è esattamente opposta. A meno di voler supportare una *interpretatio abrogans* di tre norme del codice civile, pare più corretto, e quantomeno più opportuno, ritenere che la risoluzione di cui all'art. 1453 c.c. non possa essere conseguita in via stragiudiziale ⁽²³⁹⁾.

Ciò precisato, si può ora volgere l'attenzione alla seconda *tranche* di censure cui la natura costitutiva della sentenza di risoluzione è sottoposta.

Una parte della dottrina concorda con la ricostruzione per cui il diritto potestativo *ex art.* 1453 c.c. deve necessariamente essere esercitato in sede giudiziale, ma ricollega l'effetto risolutorio direttamente alla domanda, anziché alla pronuncia del giudice ⁽²⁴⁰⁾. Ancora una volta, l'affermazione è sorretta dal fatto che, dopo la proposizione della domanda, l'attore non può più chiedere l'adempimento e il convenuto non può più adempiere (art. 1453, c. 2 e 3, c.c.): “stato di cose, questo, che fa pensare piuttosto ad una risoluzione ormai avvenuta, oggetto di una pronuncia di accertamento, che ad una eventuale risoluzione, da disporsi con pronuncia costitutiva” ⁽²⁴¹⁾.

In proposito, nella Relazione del Ministro Guardasigilli al testo del Codice Civile (n. 661), si legge che “scegliendo la risoluzione, il contraente implicitamente dichiara di non aver più alcun interesse al contratto, e il debitore non deve ulteriormente tenersi pronto per la esecuzione della prestazione”: pare, dunque, che nelle intenzioni del legislatore la domanda di risoluzione sia idonea a liberare il debitore; ma allora non è pensabile che rimanga vincolata proprio la parte “in regola”. Un altro dato da cui, poi, si trae la preferenza per la natura dichiarativa della pronuncia di risoluzione è la dizione dell'art. 1455 c.c., il quale dispone che “il contratto non si può risolvere”: la forma riflessiva utilizzata lascia supporre che la risoluzione avvenga *de iure*, non *ope iudicis*.

⁽²³⁹⁾ È, infatti, principio consolidato che “ogni parola di una legge va interpretata nel senso in cui può avere un qualche effetto, anziché in quello secondo cui non avrebbe alcun effetto”: così, tra i tanti, A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento* cit., p. 31.

⁽²⁴⁰⁾ Cfr. A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento* cit., *passim*. V. altresì M. DELLACASA, *Risoluzione giudiziale* cit., pp. 151-152. Precursore dei tempi si mostra, ancora una volta, Allorio, il quale propone anche per la risoluzione la stessa teoria che abbiamo già esposto analizzando il diritto potestativo di annullamento e il diritto potestativo di rescissione. Anche il diritto di risoluzione configura un potere di eccezione sostanziale, con il quale si produce immediatamente l'effetto risolutorio. Il potere viene esercitato mediante un atto di parte nel processo, con efficacia al contempo sostanziale (risoluzione del contratto) e processuale (costituzione del dovere del giudice di pronunciare sull'intervenuta risoluzione). Il giudice non risolve il contratto “in prima persona”, ma semplicemente constata che la parte vi ha già provveduto. Tuttavia, nel pensiero di Allorio, l'effetto di risoluzione si manifesta solo nel quadro del processo in cui viene esercitato il diritto potestativo, sicché, se il processo si estingue, l'effetto di risoluzione viene meno e torna in vigore la preesistente situazione: cfr. E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico* cit., pp. 110-111. Per una critica di tale impostazione, v. *supra*, parr. 7 e 8.

⁽²⁴¹⁾ A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento* cit., p. 30.

Quindi, se lo scioglimento del contratto è un effetto sostanziale della domanda, il giudice non può far altro che accertare che l'inadempimento si sia effettivamente verificato e che il rapporto negoziale si sia effettivamente risolto.

La tesi appena esposta non va esente da critiche.

Il primo difetto si può ravvisare nella circostanza che non riesce concretamente a separare l'effetto sostanziale di risoluzione dalla pronuncia giudiziale. Infatti, come correttamente osservato, “ammettere l'immediata efficacia risolutoria negoziale della domanda giudiziale – e così la natura solo accertativa del giudizio conseguente (ancorché necessario) – si potrebbe solo a patto di riconoscere macchinosamente che quell'effetto si espliciti solo in presenza di una domanda fondata, anzi per tale ritenuta dalla successiva sentenza”⁽²⁴²⁾. Un secondo problema, strettamente connesso, risiede nel fatto che un eventuale provvedimento di rigetto della domanda dovrebbe estinguere retroattivamente l'effetto di risoluzione già esplicitosi e “resuscitare” il contratto: soluzione alquanto artificiosa sul piano dogmatico e foriera di inconvenienti sul piano pratico⁽²⁴³⁾.

Sembra, allora, preferibile concludere che la domanda produca effetti preclusivi (sì sostanziali, ma) provvisori, il cui consolidamento o la cui definitiva caducazione sono rimessi alla pronuncia che definisce la lite⁽²⁴⁴⁾.

Per concludere, si può osservare che le ipotesi ricostruttive sinora prospettate si pongono contro corrente e risultano senz'altro interessanti. Tuttavia, non riescono a persuadere fino in fondo. La risoluzione per inadempimento è stata oggetto di puntuale attenzione da parte del legislatore, che ha individuato diversi itinerari per conseguirla e ne ha definito i dettagli. Quando il legislatore ha voluto che l'effetto di risoluzione si producesse in assenza dell'intervento del giudice, non ha avuto remore a impiegare una terminologia assolutamente inequivoca (l'accordo “è risolto di diritto”, “la risoluzione si verifica di diritto”, “il contratto s'intende risolto di diritto”). Se avesse voluto che l'effetto risolutorio si producesse per mezzo del medesimo meccanismo anche nell'ipotesi di cui all'art. 1453 c.c., lo avrebbe senz'altro indicato espressamente, o quantomeno avrebbe utilizzato una terminologia ambigua, che consentisse entrambe le interpretazioni. Di certo non avrebbe inserito locuzioni quali “chiedere”, “domandare” e “domanda di risoluzione”, che di spazio per la fantasia ne lasciano ben poco. Sembra, dunque, preferibile affermare che, con l'art. 1453 c.c., il legislatore abbia inteso lasciare alle parti una quarta via, giudiziale questa volta, per ottenere l'effetto risolutorio anche in assenza di una diffida, di una clausola risolutiva espressa o di un termine essenziale.

⁽²⁴²⁾ La condivisibile notazione è di C. CONSOLO, *Il concorso di azioni* cit., p. 791.

⁽²⁴³⁾ In tal senso, v. U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 40.

⁽²⁴⁴⁾ Cfr. ancora U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 40; v. anche C. CONSOLO, *Il processo* cit., p. 320, per cui la domanda “produce bensì intensi effetti prodromici alla eventuale risoluzione, ma non già l'effetto di risoluzione”.

9.1.5. Segue. L'azione ex art. 1453 c.c.

Visto che l'instaurazione di un'azione giudiziale è l'unica strada che le parti possono percorrere se intendono produrre l'effetto di risoluzione ex art. 1453 c.c., è opportuno accennare alle peculiarità che tale giudizio presenta.

Legittimato attivo è solo il contraente che non sia inadempiente ⁽²⁴⁵⁾.

Come già più volte menzionato ⁽²⁴⁶⁾, quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento della controparte, può poi essere proposta la domanda di risoluzione in corso di causa ⁽²⁴⁷⁾; viceversa, se è stata domandata la risoluzione dell'accordo, l'attore non può più chiederne l'adempimento (art. 1453, c. 2, c.c.). Per l'unidirezionalità della *mutatio* sono state ipotizzate dalla dottrina diverse *rationes*: secondo alcuni, la *ratio* deve rinvenirsi nella natura sinallagmatica del rimedio risolutorio, per cui, finché sussiste una lesione del rapporto di sinallagmaticità tra le prestazioni, deve sussistere anche il diritto potestativo di risoluzione in capo al contraente deluso ⁽²⁴⁸⁾; secondo altri, lo *ius variandi* serve a tutelare la perdita di interesse del creditore all'adempimento ⁽²⁴⁹⁾; altri ancora sottolineano che, a fronte della

⁽²⁴⁵⁾ Non occorre, invece, che costui abbia già adempiuto, ben potendo la sua obbligazione scadere dopo quella della controparte: A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione* cit., p. 137.

In proposito, occorre effettuare una precisazione con riferimento alle ipotesi di inadempienze reciproche. Gli interpreti sostengono che, in tali occasioni, il giudice debba formulare un giudizio di comparazione in merito all'atteggiamento complessivo delle parti, così da individuare quella che si sia resa responsabile delle violazioni maggiormente rilevanti, che abbiano alterato il sinallagma contrattuale e causato l'inadempimento della controparte. Nell'operare tale valutazione, il magistrato deve farsi guidare da diversi criteri: la successione cronologica degli inadempimenti, gli apporti di causalità e proporzionalità tra le prestazioni inadempite, l'incidenza di queste ultime sulla funzione economico-sociale del contratto. La giurisprudenza è, sul punto, granitica: cfr., *ex multis*, Trib. Milano, 18 marzo 2019, n. 2574, in *DeJure*; Trib. Roma, 29 novembre 2018, n. 23073, in *DeJure*; Cass., 30 maggio 2017, n. 13627; Cass., 3 luglio 2013, n. 16637, in *Contratti* 2014, p. 363, con nota di M. DELLA CHIESA, *Inadempimento reciproco e risoluzione del contratto*; Cass., 11 giugno 2013, n. 14648; Trib. Piacenza, 9 marzo 2010, n. 153 (in *obiter*), in *Contratti* 2010, p. 785, con nota di F. CRISTIANO, *Mutuo dissenso* cit. In dottrina, di analogo avviso sono M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 83 ss.; M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento* cit., p. 59; P. GALLO, *Inadempimento reciproco* cit., p. 317; M. PALADINI, *L'atto unilaterale* cit., p. 79.

⁽²⁴⁶⁾ Cfr. *supra*, par. 9.1.4.

⁽²⁴⁷⁾ Più precisamente, nelle ordinarie fasi di merito. La limitazione è dovuta alla necessità di rispettare il principio del contraddittorio. Perché esso sia effettivo, e quindi comprenda la deduzione di nuove circostanze e l'offerta delle relative prove, il diritto di proporre la domanda di risoluzione potrà essere esercitato in ogni grado del giudizio di merito, ma non oltre la precisazione delle conclusioni (non, quindi, nelle comparse conclusionali e nelle memorie di replica). Per converso, non potrà essere esercitato nel giudizio di cassazione, che non consente lo svolgimento di attività istruttoria. Controversa è, infine, l'ammissibilità della conversione in sede di rinvio. In tal senso, v. G. GABRIELLI, *Proponibilità delle domande risarcitoria e restitutoria in corso di giudizio purché congiuntamente con quella di risoluzione del contratto inadempito*, in *Riv. dir. civ.* 2012, p. 597, spec. 606-607. In giurisprudenza, cfr. Cass., 6 aprile 2009, n. 8234; Cass., 26 aprile 1999, n. 4164; Cass., 27 novembre 1996, n. 10506.

⁽²⁴⁸⁾ In tal senso, v. M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 238.

⁽²⁴⁹⁾ Così G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 548, per cui "l'esercizio della azione di adempimento non preclude l'azione di risoluzione, in quanto l'interesse del creditore alla prestazione, tuttora esistente al momento della domanda, può venire a mancare per cause o ragioni sopravvenute". In proposito, è stato altresì sottolineato che il secondo comma dell'art. 1453 c.c. "è in perfetta linea con la logica del sistema. Infatti, la domanda di adempimento, se anche valesse rinuncia agli effetti risolvitori dell'inadempimento precorso, non potrebbe valere rinuncia agli effetti risolvitori dell'inadempimento futuro. Il diritto alla risoluzione, fondato su una fattispecie destinata ad aggravarsi di giorno in giorno, sopravvive – o meglio rinasce – dopo ogni domanda di adempimento, e dopo ogni sentenza di condanna all'adempimento, se questa non è stata eseguita": v. R.

domanda di risoluzione, il contraente inadempiente ha fondato motivo di ritenere che la controparte non abbia più interesse all'esecuzione, sicché non si tiene più pronto per adempiere e non sarebbe equo obbligarlo a restare in attesa dell'altrui decisione per un tempo indefinito ⁽²⁵⁰⁾; da ultimo, si evidenzia che, ove il contraente deluso potesse mutare la domanda di risoluzione in domanda di adempimento, potrebbe speculare sulle fluttuazioni di mercato successive alla litispendenza; e certamente questo non è un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico ⁽²⁵¹⁾.

Una voce dottrinale propone di mitigare la portata del secondo comma dell'art. 1453 c.c. nei termini seguenti. In tutte le ipotesi in cui il convenuto riveli di non confidare nella risoluzione del contratto (ad esempio, perché solleva un'eccezione di inadempimento o propone una domanda riconvenzionale di risoluzione per inadempimento della controparte), all'attore dovrebbe essere concesso di mutare la domanda di risoluzione in domanda di adempimento. Infatti, se si seguisse in modo rigoroso la dizione della norma, la tutela dell'attore sarebbe inutilmente ingessata, senza che ciò sia necessitato dalla tutela dell'affidamento del convenuto debitore. Sicché, nelle occasioni in esame, la regola dell'art. 1453, c. 2, c.c. dovrebbe cedere il passo alle ordinarie norme processuali relative ai tempi e ai modi di modificazione della domanda. Viceversa, ove il convenuto non mostri alcun affidamento nello scioglimento del contratto (ad esempio, perché eccepisce che il termine per l'adempimento non è ancora scaduto), la regola di irreversibilità della domanda risolutoria deve, invece, operare ⁽²⁵²⁾.

A tale proposta ermeneutica è stato condivisibilmente obiettato che non si può chiedere al debitore di non contestare la risoluzione affinché possa operare la regola dell'affidamento. Infatti, ben potrebbe accadere che il convenuto, benché acquiescente alla volontà di non rispettare ulteriormente il vincolo contrattuale, sia comunque convinto che non sussistano i presupposti per la risoluzione e sia intenzionato a dare battaglia almeno sul risarcimento dei danni ⁽²⁵³⁾.

Ai sensi dell'art. 1453, c. 3, c.c., “dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione”. La norma non intende impedire

SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in R. SACCO – G. DE NOVA (a cura di), *Obbligazioni e contratti*, tomo II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 2018, p. 638.

⁽²⁵⁰⁾ Di tale avviso sono A. BELFIORE, voce *Risoluzione* cit., pp. 1335-1336; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione* cit., p. 140; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 331; M. PALADINI, *L'atto unilaterale* cit., pp. 101-102, per cui si vuole evitare che il debitore prepari, da un lato, la restituzione della prestazione ricevuta nella prospettiva della imminente risoluzione, e dall'altro debba predisporre anche la prestazione corrispettiva, per l'ipotesi in cui ne fosse successivamente chiesto l'adempimento; V. ROPPO, *Il contratto* cit., pp. 894-895.

⁽²⁵¹⁾ La notazione è di A. BELFIORE, voce *Risoluzione* cit., pp. 1335-1336; A. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento* cit., p. 36.

⁽²⁵²⁾ L'idea è ben espressa da C. CONSOLO, *Il processo* cit., pp. 320-321, 330 ss. Nello stesso senso, v. anche A. BELFIORE, voce *Risoluzione* cit., p. 1336.

⁽²⁵³⁾ Così I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 368, nt. 102.

Merita di essere rapidamente menzionato il fatto che alcuni studiosi contestano l'opportunità della previsione dell'art. 1453, c. 2, c.c. e opinano che sarebbe stato più corretto garantire l'ammissibilità di un mutamento bilaterale: cfr. G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 459 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 549 ss.

all'inadempiente di formulare un'offerta di adempimento in corso di causa, ma solo chiarire che il contraente deluso non ha alcun obbligo di accettare l'adempimento tardivo e che le ragioni di un suo eventuale rifiuto non sono sindacabili dal giudice ⁽²⁵⁴⁾.

L'azione di risoluzione *ex art.* 1453 c.c. si prescrive nel termine ordinario di dieci anni, decorrenti dal momento in cui l'inadempimento è divenuto grave ⁽²⁵⁵⁾.

9.1.6. L'effetto di risoluzione per inadempimento

Come si è visto, l'effetto di risoluzione per inadempimento viene alla luce seguendo due diversi itinerari: secondo lo schema norma – fatto – potere sull'*an* – effetto, nelle ipotesi di cui agli artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.; secondo lo schema norma – fatto – potere sull'*an* – accertamento giudiziale – effetto, nell'ipotesi di cui all'art. 1453 c.c. L'elemento comune è la costante presenza di un diritto potestativo di risoluzione, il quale viene attribuito alla parte che subisce l'inadempimento per consentirle di scegliere se mantenere in vita il contratto o se sciogliere il vincolo. Tuttavia, nelle prime tre ipotesi l'esercizio del potere è idoneo a provocare direttamente l'effetto sostanziale; nell'ultima, è necessario che l'esercizio del potere sia integrato da una sentenza che costituisce l'effetto in via immediata.

Ora, nonostante i diversi sentieri percorribili, la meta che si raggiunge è sempre la medesima: l'effetto sostanziale di risoluzione per inadempimento presenta sempre le stesse caratteristiche, delineate agli artt. 1458, 2652, c. 1, n. 1, e 2690, c. 1, n. 1, c.c. ⁽²⁵⁶⁾.

Rispetto ai contraenti, secondo l'insegnamento tradizionale, l'effetto assume due declinazioni ⁽²⁵⁷⁾. Da un lato, si ha un effetto liberatorio, che consiste nella eliminazione del

⁽²⁵⁴⁾ Così C. DE MENECH, *La preclusione dell'adempimento tardivo* cit., p. 573, spec. 576; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e continuato da F. D. BUSNELLI, Milano, 2007, p. 235. In giurisprudenza, v. Cass., 24 luglio 2012, n. 12895; Cass., 11 ottobre 2002, n. 14527, per cui "l'art. 1453, comma 3, c.c., non introduce per il convenuto un divieto assoluto di adempimento dopo la proposizione della domanda di risoluzione, ma si limita a sancire l'inefficacia di un adempimento tardivo a sanare o a diminuire le conseguenze del pregresso inadempimento posto a base della domanda"; Cass., 31 luglio 1987, n. 6643.

⁽²⁵⁵⁾ Benché il codice civile non disciplini espressamente la prescrizione dell'azione, il dato è quasi pacifico in dottrina e in giurisprudenza: in tal senso, v. M. DELLACASA, *L'azione di risoluzione: legittimazione, onere della prova, prescrizione*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi – 2*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. V, Milano, 2006, pp. 206, 208; A. NATUCCI, *Risoluzione per inadempimento e prescrizione*, in *Riv. dir. civ.* 1996, II, p. 605, spec. 620, 622. In giurisprudenza, v. Trib. Busto Arsizio, 15 marzo 2013, in *DeJure*, Cass., 29 novembre 2005, n. 26042; Cass., 14 aprile 2004, n. 7066; Cass., 29 luglio 2003, n. 11640. *Contra*, R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici* cit., p. 637, secondo il quale "il diritto di agire è imprescrittibile perché è un rimedio, e come tutti i rimedii è esperibile finché è in atto la situazione illecita cui deve rimediare".

⁽²⁵⁶⁾ Per l'applicabilità di tale disciplina anche alle ipotesi di risoluzione di diritto, v. M. COSTANZA, sub *art. 1456* cit., p. 73; M. COSTANZA, sub *art. 1457*, in L. NANNI – M. COSTANZA – U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, tomo I, 2, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2007, p. 100, per cui l'art. 1458 c.c. "ha una portata generale comprovata non solo dalla sua collocazione in una sede che sta a significare la sua riferibilità a tutte le forme di risoluzione, ma soprattutto perché manca ogni indice normativo dal quale si possa dedurre un limite alla sua operatività"; M. PALADINI, *L'atto unilaterale* cit., p. 73. In giurisprudenza, v. Trib. Firenze, 23 agosto 2016, n. 2865, in *DeJure*, Cass., 16 gennaio 2013, n. 997; Cass., 8 novembre 1985, n. 5461.

⁽²⁵⁷⁾ Sul punto, v. M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 188 ss.; A. BOSELLI, *La risoluzione* cit., p. 278; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione* cit., p. 144 ss.; G. GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*,

vincolo rispetto alle obbligazioni non ancora adempiute e che opera *ex nunc*, ossia dal momento in cui si produce la risoluzione. In secondo luogo, si ha un effetto restitutorio, in forza del quale ciascuno dei contraenti ha l'obbligo di restituire le prestazioni ricevute (anche quello deluso, in quanto nessuno può arricchirsi *sine titulo* di una prestazione altrui) ⁽²⁵⁸⁾. Come regola generale, esso opera *ex tunc*, ossia dal momento in cui il contratto è stato concluso. Tuttavia, nell'ipotesi di contratti ad esecuzione continuata o periodica, l'effetto non si estende alle prestazioni già eseguite.

La *ratio* di tale eccezione è rinvenibile nell'opportunità di conservare le prestazioni corrispettive che abbiano già pienamente realizzato l'interesse dei contraenti, ridurre i costi e i tempi di durata della controversia, nonché alleggerire la posizione del contraente inadempiente ⁽²⁵⁹⁾. Secondo la tesi più accreditata, l'irretroattività dell'effetto si estende solo alle "coppie di prestazioni" già eseguite ⁽²⁶⁰⁾. Viceversa, quando solo il contraente fedele abbia adempiuto alla propria obbligazione periodica, senza ricevere il corrispettivo, sarà il medesimo contraente a individuare la modalità più conveniente per ripristinare il sinallagma: potrà scegliere se chiedere la risoluzione dal momento della domanda o dal momento dell'inadempimento, e, quindi, se domandare l'adempimento della controprestazione oppure la restituzione della propria ⁽²⁶¹⁾.

Quanto ai soggetti estranei al contratto, l'art. 1458, c. 2, c.c. dispone che la risoluzione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, nemmeno se è stata espressamente pattuita. Non viene operata alcuna distinzione tra terzi di buona o di mala fede, e tra subacquirenti a titolo

in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1974, p. 725, spec. 734 ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato cit.*, p. 126 ss.

⁽²⁵⁸⁾ Per attuare le restituzioni, si applicano le norme sulla ripetizione d'indebito e sull'arricchimento senza causa: v. R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici cit.*, p. 631.

⁽²⁵⁹⁾ In tal senso, cfr. A. BELFIORE, voce *Risoluzione cit.*, pp. 1329-1330; G. CASELLA, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, Torino, 2001, p. 210, il quale sottolinea che "l'eccezione al principio di retroattività si applica esclusivamente a quei contratti in cui la continuazione o la periodicità non solo esiste *per entrambe* le parti, ma si realizza in modo che sia *costantemente* attuato l'equilibrio sinallagmatico tra prestazione e controprestazione"; A. MOTTO, *Poteri cit.*, pp. 247-248, nt. 100; G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.* 1943, I, p. 227, spec. 244-245, il quale fa notare che "al decorso del tempo corrisponde [...] economicamente la soddisfazione continuativa degli interessi contrattuali, giuridicamente l'adempimento continuativo dell'obbligazione duratura: la risoluzione o lo scioglimento trova l'interesse contrattuale già soddisfatto e l'obbligazione già adempiuta per il tempo trascorso e non può che rispettare gli effetti economici e giuridici già prodotti dal contratto [...]. Nessuna delle parti può d'altro canto lamentare il mantenimento di tali effetti, giacché lo svolgimento del rapporto di durata è utile ad entrambe".

⁽²⁶⁰⁾ Cfr. A. BELFIORE, voce *Risoluzione cit.*, p. 1329; M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento cit.*, p. 206; G. CASELLA, *La risoluzione cit.*, p. 310. Pare, invece, muoversi in direzione opposta la Corte di Cassazione quando esclude dall'efficacia retroattiva della risoluzione anche le prestazioni che sono state eseguite da uno solo dei contraenti, con la conseguenza che colui che ha adempiuto può solo domandare l'adempimento della controprestazione, e non la restituzione di quanto prestato: v. Cass., 6 dicembre 2011, n. 26199, in *Contratti* 2012, p. 121, con nota di F. S. PATTI, *Autonomia privata ed effetti della risoluzione del contratto ad esecuzione continuata o periodica*.

⁽²⁶¹⁾ Così F. S. PATTI, *Autonomia privata cit.*, p. 126 ss.; R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici cit.*, p. 632; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato cit.*, pp. 128-129.

oneroso o a titolo gratuito ⁽²⁶²⁾. Tuttavia, anche nell'impugnativa in discorso, tale regola viene temperata dalla disciplina degli effetti della trascrizione della domanda giudiziale. In particolare, la risoluzione è opponibile a tutti coloro che abbiano trascritto o iscritto i titoli d'acquisto dei propri diritti dopo la trascrizione della domanda di risoluzione (cfr. artt. 2652, c. 1, n. 1, e 2690, c. 1, n. 1, c.c.). Inoltre, secondo un'interpretazione estensiva suggerita in dottrina, anche ove la domanda giudiziale non sia stata trascritta, la risoluzione è altresì opponibile a tutti coloro che abbiano trascritto i propri titoli d'acquisto successivamente alla trascrizione della sentenza che definisce positivamente il giudizio ⁽²⁶³⁾.

Occorre, poi, effettuare una precisazione con riguardo ai rapporti tra gli effetti della trascrizione e la risoluzione di diritto. Ovviamente, ove il contraente fedele instauri un'azione di mero accertamento per sentir dichiarare l'intervenuto scioglimento del contratto, si applicherà la disciplina appena ricordata. Tuttavia, la parte che subisce l'inadempimento ha anche la possibilità di trascrivere gli atti con i quali esercita il proprio diritto potestativo di risoluzione (chiaramente, quanto subito si dirà non è applicabile alla risoluzione per decorso di termine essenziale, in quanto, come si è visto, il potere risolutorio viene attuato mantenendo il silenzio). In questo caso, la norma cui si deve far riferimento è l'art. 2655, c. 1, c.c., in forza del quale, quando un atto trascritto o iscritto sia risolto, la risoluzione deve essere annotata a margine della trascrizione o dell'iscrizione dell'atto. Il contraente insoddisfatto dovrà aver cura di rendere le dichiarazioni di cui agli artt. 1454 e 1456 c.c. in forme tali che possano essere utilizzate a scopo di trascrizione/annotazione, ossia mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata (cfr. art. 2657 c.c.); in alternativa, potrà proporre e trascrivere una domanda di accertamento della sottoscrizione apposta alla scrittura privata contenente la diffida o la dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa. In tali occasioni, saranno pregiudicati tutti i diritti dei terzi i cui titoli d'acquisto siano stati trascritti o iscritti dopo la trascrizione degli atti di esercizio dei diritti potestativi stragiudiziali di risoluzione, o dopo la trascrizione della domanda di accertamento giudiziale delle scritture private in cui sono contenuti ⁽²⁶⁴⁾.

Infine, il legislatore rende applicabile anche alla risoluzione la disciplina relativa ai contratti di cui all'art. 1420 c.c.: negli accordi che coinvolgono più di due parti, nei quali le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, l'inadempimento di una sola delle parti non importa lo scioglimento del contratto rispetto alle altre, a meno che la prestazione inadempita debba considerarsi essenziale (art. 1459 c.c.).

⁽²⁶²⁾ Cfr. M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 207; R. E. CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie* cit., p. 135. L'irrelevanza dello stato soggettivo del terzo discende dalla circostanza che l'inadempimento del dante causa non costituisce un vizio del titolo di acquisto del terzo.

⁽²⁶³⁾ Cfr. A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione* cit., p. 147, per cui gli artt. 2652, c. 1, n. 1, e 2690, c. 1, n. 1, c.c. costituiscono dei casi in cui la legge *minus dixit quam voluit*.

⁽²⁶⁴⁾ In proposito, cfr. M. COSTANZA, sub *art. 1456* cit., pp. 73-74; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione* cit., p. 148.

9.2. La risoluzione per impossibilità sopravvenuta

La seconda *species* di effetto risolutivo che viene in rilievo è quella causata dalla sopravvenuta impossibilità di una delle prestazioni contrattuali. La modalità con cui si produce l'effetto di risoluzione segue due diversi schemi, a seconda che l'impossibilità sia totale o parziale.

Cominciando dalla prima ipotesi, la norma che dà inizio alla sequenza genetica della risoluzione è l'art. 1463 c.c., che recita: “nei contratti a prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione d'indebito”.

L'elemento puramente fattuale che costituisce il secondo addendo dell'operazione è il concreto verificarsi dell'impossibilità della prestazione gravante su uno dei contraenti. È pacifico che l'impossibilità idonea a risolvere il contratto mutui i propri connotati dall'impossibilità di cui all'art. 1256 c.c., che estingue l'obbligazione e libera il debitore. Essa deve essere ⁽²⁶⁵⁾:

- a) sopravvenuta, perché se fosse anteriore o coeva alla stipulazione del contratto ne comporterebbe la nullità per impossibilità dell'oggetto (artt. 1418 e 1346 c.c.);
- b) totale, nel senso che deve riguardare una delle prestazioni contrattuali nella sua interezza;
- c) definitiva, ossia non reversibile. Tale requisito non deve necessariamente sussistere fin dal momento in cui sorge l'impedimento. Inizialmente, l'impossibilità può essere solo temporanea e, come tale, inadeguata a fini risolutivi. Tuttavia, se detta impossibilità si protrae “fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere tenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla” (art. 1256, c. 2, c.c.), essa acquista una rilevanza identica a quella dell'impossibilità definitiva sin dall'origine: sicché, anche l'impossibilità temporanea “prolungata” può divenire elemento costitutivo della fattispecie dell'effetto di risoluzione;
- d) non imputabile, e quindi dipendente da caso fortuito, forza maggiore o fatto del terzo.

Proprio quest'ultimo connotato è quello più enfatizzato in dottrina, in quanto, secondo la tesi maggioritaria, consente di distinguere la risoluzione in esame dalla risoluzione per

⁽²⁶⁵⁾ Cfr. A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione* cit., p. 129; G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 577; S. PAGLIANTINI, *Prevedibilità del fatto impeditivo, equilibrio subiettivo delle impugnazioni e recesso del contraente deluso: note e spunti in tema di risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Riv. dir. priv.* 2007, p. 503, spec. 506; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 936 ss.; R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici* cit., p. 651; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale* cit., p. 278. Quanto alla precisazione che l'impossibilità originaria del contratto ne comporta la nullità, v. O. CAGNASSO, voce *Impossibilità sopravvenuta della prestazione. 1) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 1, spec. 3.

inadempimento, sia sul piano dogmatico sia sul piano funzionale ⁽²⁶⁶⁾. Così, mentre nella risoluzione per inadempimento l'obbligazione del contraente fedele si estingue come mezzo di soddisfazione per equivalente della prestazione rimasta inadempita (unitamente al risarcimento dei danni), nella risoluzione per impossibilità sopravvenuta la prestazione ancora possibile si estingue per impedire l'arricchimento *sine titulo* della controparte impossibilitata ⁽²⁶⁷⁾.

Come le previsioni normative citate lasciano chiaramente intendere, una volta verificatasi una impossibilità della specie descritta, l'effetto di risoluzione si produce in automatico. E infatti, l'art. 1256 c.c. dispone che "l'obbligazione *si estingue quando*, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile" e che parimenti "*si estingue se l'impossibilità [temporanea] perdura*" fino al momento di cui alla precedente lett. c). La disciplina è, poi, completata dall'art. 1463 c.c., a mente del quale "la parte *liberata* per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta *non può chiedere* la controprestazione e *deve restituire* quella che abbia già ricevuta".

Ebbene, a differenza di quanto accade per la risoluzione per inadempimento, il legislatore non subordina l'estinzione dell'efficacia del contratto all'esercizio di un potere di parte e considera sufficiente il verificarsi di una determinata situazione fattuale. Né avrebbe potuto fare diversamente, a ben vedere: quando l'adempimento è possibile, alla parte che subisce l'inadempimento può essere lasciata la scelta tra il mantenimento e la rimozione del rapporto, perché l'interesse ad ottenere la prestazione gravante sulla controparte potrebbe superare l'interesse a liberarsi dal vincolo contrattuale; invece, quando l'obbligazione che grava sulla controparte non può in alcun modo essere adempiuta, l'interesse ad ottenerla non può oggettivamente essere soddisfatto e, quindi, non ha senso che l'ordinamento lo tuteli. Pertanto, nell'ipotesi di cui all'art. 1463 c.c., l'effetto di risoluzione si forma secondo lo schema norma – fatto – effetto ⁽²⁶⁸⁾.

⁽²⁶⁶⁾ Così C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V cit., pp. 304, 400, per cui "l'imputabilità segna la distinzione tra le due cause di risoluzione"; A. LOMBARDI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2007, p. 184, per cui "gli istituti della risoluzione per inadempimento e per impossibilità sopravvenuta sono contraddistinti da un rapporto di incompatibilità logico giuridica e di reciproca escludibilità"; F. MACIOCE, *Risoluzione* cit., p. 27, il quale espressamente scrive che "l'ipotesi della impossibilità della prestazione per causa imputabile al debitore [...] rientra nella disciplina dell'art. 1453 c.c."; L. MOSCO, voce *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 405, spec. 439; S. PAGLIANTINI, *Prevedibilità del fatto impeditivo* cit., p. 506, per cui l'impossibilità deve essere non imputabile al debitore, "altrimenti ad operare è l'art. 1453"; V. ROPPO, *Il contratto* cit., pp. 937-938.

⁽²⁶⁷⁾ L'attenta distinzione si deve a G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 416.

⁽²⁶⁸⁾ Rispetto a tale conclusione l'unanimità degli studiosi non è mai stata scalfita: v. G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 415, per cui "l'obbligazione del creditore insoddisfatto, nell'ipotesi del fortuito, si estingue *ipso jure*"; G. BIANCHI, *Rescissione e risoluzione dei contratti. Con riferimenti al diritto civile del XXI secolo*, Padova, 2003, p. 544; O. CAGNASSO, voce *Impossibilità sopravvenuta* cit., p. 4; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione* cit., p. 128, anche nt. 3; M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento* cit., p. 77; N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. IX, Torino, 1999, p. 450, secondo cui i contratti a prestazioni corrispettive, "nei casi di impossibilità totale della prestazione di una delle parti si considerano sciolti di diritto"; F. GALBUSERA, *La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, in G. SICCHIERO – M. D'AURIA – F. GALBUSERA, *Risoluzione dei contratti*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2013, p. 442; A. LOMBARDI, *La risoluzione* cit., p. 188; G. MIRABELLI,

Volgendo ora l'attenzione alla seconda evenienza menzionata in apertura, ossia quella di impossibilità solo parziale della prestazione, la norma che delinea la fattispecie astratta è l'art. 1464 c.c.

Quanto alla fattispecie concreta, il primo elemento che viene in rilievo è l'impossibilità parziale della prestazione che fa capo a una delle parti. Lo stato di impedimento presenta le medesime caratteristiche dell'impossibilità disciplinata nell'articolo precedente, ad eccezione dell'estensione oggettiva: anche in questo caso, l'impossibilità deve essere sopravvenuta, definitiva (in forma originaria o in forma di perdurante impossibilità temporanea), e non imputabile; tuttavia, anziché colpire una determinata obbligazione nella sua integrità, la investe solo in parte.

Ciò comporta che, quantomeno rispetto a una porzione della prestazione, per il contraente deluso rimane quell'alternativa tra ottenere l'adempimento – necessariamente parziale – e liberarsi dal vincolo contrattuale. Coerentemente, il legislatore ha ritenuto opportuno evitare l'automatismo della risoluzione e lasciare alla parte insoddisfatta la scelta ⁽²⁶⁹⁾. Il che si è tradotto nella seguente formulazione dell'art. 1464 c.c.: “quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale”. Mentre il contraente su cui grava l'obbligazione parzialmente inattuabile si trova in uno stato di soggezione, non potendo prendere iniziativa di sorta, all'altro contraente è attribuito un diritto potestativo di recedere dal contratto ⁽²⁷⁰⁾.

La peculiarità di tale diritto potestativo risiede nel fatto che il suo esercizio non è lasciato alla pura discrezionalità del titolare: costui può avvalersi della facoltà di recesso solo se non ha un “interesse apprezzabile all'adempimento parziale”. Secondo l'interpretazione della migliore dottrina, l'indagine circa l'apprezzabilità dell'interesse deve muovere da una

Dei contratti cit., p. 576, il quale sottolinea che, “poiché [...] si ha mancata attuazione della funzione del contratto, per la quale le prestazioni erano in relazione diretta tra loro, dall'estinzione di una non può che derivare lo scioglimento del vincolo; scioglimento che, se si tratta di estinzione totale, non può che essere del tutto indipendente da ogni iniziativa di parte, ed operare di diritto”; L. MOSCO, voce *Impossibilità* cit., p. 439; S. PAGLIANTINI, *Prevedibilità del fatto impeditivo* cit., p. 504, secondo cui lo scioglimento di diritto del contratto è dovuto al fatto che esso “non può più essere, mancando ormai il sinallagma funzionale, titolo idoneo a svolgere la programmata funzione di scambio”; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 317, anche nt. 18; M. PALADINI, *L'atto unilaterale* cit., p. 93; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 936; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale* cit., pp. 277-278, per cui, nel caso in esame, la risoluzione “si verifica in via immediata e automatica; e dunque senza che sia necessario, per far cadere gli effetti del contratto, agire in giudizio o fare qualche intimazione. La soluzione normativa agevolmente si giustifica, considerando che [...] l'impossibilità [...] colpisce in modo completo e definitivo una delle prestazioni; cosicché nessun dubbio può sussistere sulla interruzione del sinallagma”; M. TAMPONI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, Torino, 2006, p. 1799; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale* cit., p. 704.

⁽²⁶⁹⁾ Cfr. N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni* cit., p. 451, per cui “l'art. 1464 fa dipendere dalla volontà del creditore lo scioglimento del rapporto”.

⁽²⁷⁰⁾ Il che, peraltro, è perfettamente in linea con quanto previsto dall'art. 1258 c.c., secondo cui, “se la prestazione è divenuta impossibile solo in parte, il debitore si libera dall'obbligazione eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile”.

comparazione tra l'utilità e il costo della prestazione parziale, ossia dal confronto tra la prestazione residua e la controprestazione ridotta, e dall'utilità che uno scambio così ridimensionato procura al creditore. Il meccanismo è nitidamente spiegato dalle parole di SgROI, che meritano di essere riportate per esteso: "Il presupposto di fatto perché possa qui invocarsi il potere di impugnazione del negozio è costituito dalla riduzione, avvenuta *ope legis*, di una delle due prestazioni, sulla quale si innesta un apprezzamento del suo creditore che valuta se la ridotta funzionalità del contratto è idonea a ripagare il costo di una controprestazione. Da questo giudizio comparativo tra il mutamento sopravvenuto dell'economia del contratto e il suo rendimento commisurato al costo che ne deriva, scaturiscono gli elementi che motivano il recesso del creditore. Il quale, pur non perdendo il suo carattere potestativo, trova dei limiti naturali, che ne consentono il successivo controllo alla luce di criteri che, attraverso il rifacimento del processo psicologico dal quale è nata la decisione del creditore, tendono a misurare la ragionevolezza del suo giudizio alla stregua della correttezza, lealtà e buona fede contrattuale" ⁽²⁷¹⁾.

La figura del recesso prevista dall'art. 1464 c.c. rientra nella più ampia categoria del recesso per giusta causa, rappresentata nella specie dall'assenza di un apprezzabile interesse all'adempimento parziale. E come ogni recesso per giusta causa, esso opera sul piano stragiudiziale e produce direttamente l'effetto che la legge gli ricollega ⁽²⁷²⁾. Pertanto, l'esercizio del recesso si pone come causa efficiente immediata dell'effetto risolutivo e ne ultima la sequenza genetica (norma – fatto – potere sull'*an* – effetto).

⁽²⁷¹⁾ Cfr. R. SGROI, *L'impossibilità parziale della prestazione nei contratti sinallagmatici*, in *Giust. civ.* 1953, p. 717, spec. 731-732. In termini analoghi si esprimono L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in F. GALGANO, *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2002, p. 159; U. CARNEVALI, *L'impossibilità sopravvenuta*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *Il contratto in generale*, tomo VIII**, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, Torino, 2011, pp. 284-285; S. PAGLIANTINI, *Prevedibilità del fatto impeditivo* cit., p. 531, per cui l'interesse del creditore non è apprezzabile ogniqualvolta "il sinallagma che residua si mostra idoneo a produrre un tipo di utilità subiettiva che è diversa e difforme da quella costituente la ragione iniziale della (perfezionata) operazione economica"; l'interesse apprezzabile va sempre inteso "in termini di utilità della prestazione, dovendo il creditore ricevere *ciò che si era negoziato* per come lo *si era* pattuito"; M. PALADINI, *L'atto unilaterale* cit., pp. 95-96, per cui la decisione di recedere non deve essere arbitraria e l'apprezzabilità dell'interesse deve essere valutata con gli stessi criteri che consentono di stabilire l'importanza dell'inadempimento ai sensi dell'art. 1455 c.c.; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 941.

⁽²⁷²⁾ La natura sostanziale del diritto potestativo di cui all'art. 1464 c.c. è affermata dalla dottrina spiccatamente maggioritaria: cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V cit., p. 404; L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta* cit., p. 162; U. CARNEVALI, *L'impossibilità sopravvenuta* cit., p. 282, anche nt. 32; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU – F. MESSINEO, vol. XXI, tomo II, Milano, 1987, p. 853, nt. 368; S. PAGLIANTINI, *Prevedibilità del fatto impeditivo* cit., p. 531; M. PALADINI, *L'atto unilaterale* cit., p. 94 ss.; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 941; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale* cit., p. 279; M. TAMPONI, *La risoluzione* cit., pp. 1798-1799. Isolata è, invece, l'opinione di G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 579, per cui "la valutazione della mancanza di interesse va compiuta [...] obiettivamente, e condiziona la sussistenza stessa della facoltà di scioglimento, sì che mezzo necessario diventa la proposizione di una domanda giudiziale perché, con il riconoscimento della sussistenza dei presupposti del recesso, venga pronunciato lo scioglimento".

Per completezza, si segnala che si discute della natura giudiziale o sostanziale dell'alternativo rimedio della riduzione della controprestazione. Nel primo senso, v. M. PALADINI, *L'atto unilaterale* cit., pp. 94, 96. Nel secondo, v. A. LUMINOSO, sub *art. 1453*, in A. LUMINOSO – U. CARNEVALI – M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, tomo I, 1, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990, p. 19.

Come si vede, sia nell'ipotesi di impossibilità totale sia in quella di impossibilità parziale lo scioglimento del contratto si perfeziona in via stragiudiziale: nell'un caso, per il mero corso degli eventi; nell'altro, per scelta di parte. Sicché, ove insorgesse una controversia tra i contraenti e si arrivasse a discutere dell'effetto risolutivo in sede giurisdizionale, il giudice non potrebbe rimuovere in prima persona gli effetti prodotti dal contratto risolubile, ma dovrebbe semplicemente accertare se ciò si sia verificato o meno sul piano sostanziale. Il giudizio instaurato non potrebbe che essere un giudizio di mero accertamento (positivo o negativo, a seconda di quale sia l'obiettivo della parte attrice), come tale non soggetto ad alcun termine di prescrizione⁽²⁷³⁾, e la sentenza pronunciata dal giudice non potrebbe che avere natura dichiarativa⁽²⁷⁴⁾.

L'effetto di risoluzione che ha quale presupposto fattuale l'impossibilità (totale o parziale) di una delle prestazioni contrattuali ha le medesime caratteristiche dell'effetto di risoluzione che ha quale presupposto fattuale l'inadempimento di uno dei contraenti⁽²⁷⁵⁾. Si rinvia, dunque, a quanto esposto nel precedente paragrafo 9.1.6.

⁽²⁷³⁾ In tal senso, A. NATUCCI, *Risoluzione* cit., p. 605. *Contra*, L. MOSCO, voce *Impossibilità* cit., p. 440, per il quale l'azione di risoluzione per impossibilità sopravvenuta è soggetta al termine ordinario di prescrizione.

⁽²⁷⁴⁾ È questa la ricostruzione pressoché pacifica: v. G. BIANCHI, *Rescissione e risoluzione dei contratti* cit., p. 545; A. BOSELLI, *La risoluzione* cit., p. 254; F. GALBUSERA, *La risoluzione* cit., p. 442; A. LOMBARDI, *La risoluzione* cit., p. 188; G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 577 (come subito si vedrà meglio, solo con riferimento all'ipotesi contemplata dall'art. 1463 c.c.); L. MOSCO, voce *Impossibilità* cit., p. 440; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 936; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale* cit., pp. 278-279; M. TAMPONI, *La risoluzione* cit., p. 1799; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 339. Quanto al caso dell'impossibilità sopravvenuta totale, ove la parte abbia già adempiuto alla propria obbligazione prima che quella di controparte sia divenuta impossibile, la stessa potrebbe dover agire in giudizio al fine di ottenere la restituzione di quanto prestato. In tal caso, l'azione assumerebbe la natura di azione di condanna alla restituzione, con cognizione *incidenter tantum* o accertamento sull'intervenuta risoluzione (la distinzione dipende da una serie di fattori che verranno esaminati in dettaglio nel secondo capitolo della presente trattazione). Quanto al caso dell'impossibilità sopravvenuta parziale, G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 579, si pone in contrasto con la tesi maggioritaria e asserisce che, poiché lo scioglimento del contratto viene pronunciato dalla sentenza (cfr. *supra*, nota 272), quest'ultima ha natura costitutiva.

⁽²⁷⁵⁾ In tal senso, v. M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 188; U. CARNEVALI, *L'impossibilità sopravvenuta* cit., pp. 285-286 (con riguardo ai contratti ad esecuzione continuata o periodica); A. LOMBARDI, *La risoluzione* cit., p. 194 (solo con riferimento agli effetti tra le parti); G. OPPO, *I contratti di durata* cit., p. 244 (rispetto ai contratti ad esecuzione continuata o periodica); V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 884; R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici* cit., p. 651 (implicitamente).

L'identità degli effetti si manifesta anche rispetto ai contratti plurilaterali, i quali si sciolgono integralmente solo se viene a mancare una prestazione che deve considerarsi essenziale (v. art. 1466 c.c.).

Una corrente dottrinale minoritaria ritiene, invece, che l'effetto risolutivo *ex* artt. 1453 ss. c.c. e l'effetto risolutivo *ex* artt. 1463 ss. c.c. non siano assimilabili con riferimento alle conseguenze rispetto ai terzi; la seconda *species* di effetto risolutivo dovrebbe essere regolata dall'art. 2038 c.c., in forza del rinvio che l'art. 1463 c.c. effettua a favore della disciplina della ripetizione d'indebito, ai sensi del quale: "1. Chi, avendo ricevuto la cosa in buona fede, l'ha alienata prima di conoscere l'obbligo di restituirla è tenuto a restituire il corrispettivo conseguito. Se questo è ancora dovuto, colui che ha pagato l'indebito subentra nel diritto dell'alienante. Nel caso di alienazione a titolo gratuito, il terzo acquirente è obbligato, nei limiti del suo arricchimento, verso colui che ha pagato l'indebito. 2. Chi ha alienato la cosa ricevuta in mala fede, o dopo aver conosciuto l'obbligo di restituirla, è obbligato a restituirla in natura o a corrisponderne il valore. Colui che ha pagato l'indebito può però esigere il corrispettivo dell'alienazione e può anche agire direttamente per conseguirlo. Se l'alienazione è stata fatta a titolo gratuito, l'acquirente, qualora l'alienante sia stato inutilmente escusso, è obbligato, nei limiti dell'arricchimento, verso colui che ha pagato l'indebito". Sono di tale opinione C. M. BIANCA, *Diritto civile, V* cit., pp. 409-410; G. BIANCHI, *Rescissione e risoluzione dei contratti* cit., pp. 545-546; A. LOMBARDI, *La risoluzione* cit., p. 196 ss.

9.3. La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta

L'ultima forma di risoluzione di cui si occupa il codice civile è la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Essa mira a risolvere un problema che può porsi in tutte le ipotesi in cui intercorra un certo lasso di tempo tra il momento in cui un contratto viene stipulato e il momento in cui viene integralmente eseguito (tipicamente, ciò accade nei contratti di durata, siano essi ad esecuzione continuata o periodica, ovvero ad esecuzione istantanea ma differita). Durante tale intervallo, lo scenario in cui si colloca il rapporto negoziale può subire dei mutamenti che rendono l'adempimento delle prestazioni contrattuali maggiormente oneroso ⁽²⁷⁶⁾. Si verifica così un'alterazione della causa del contratto, che attiene al profilo funzionale di questa: per dirla con Boselli, in ragione del sopravvenuto squilibrio di valori, il rapporto contrattuale "tradisce la causa", nel senso che "viene a comportarsi, per effetto di influenze ed accidentalità esterne al contratto, come se avesse o dovesse attuare una causa diversa" ⁽²⁷⁷⁾. Quando ciò accade, scatta la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, che mira a evitare danni per il contraente onerato ⁽²⁷⁸⁾.

L'*incipit* della sequenza che origina l'effetto di risoluzione è rappresentato dall'art. 1467 c.c.

I presupposti fattuali che sono descritti in astratto dalla norma e che devono concretamente verificarsi affinché l'effetto risolutivo venga alla luce sono i seguenti:

- a) l'esecuzione di almeno una delle prestazioni contrattuali deve essere differita rispetto alla stipulazione del contratto ⁽²⁷⁹⁾;
- b) l'onerosità della prestazione deve aumentare rispetto al tempo in cui il contratto è stato concluso e ciò deve accadere in un momento in cui l'esecuzione della prestazione non è ancora esaurita ⁽²⁸⁰⁾;

⁽²⁷⁶⁾ In tal senso, v. F. GALBUSERA, *La risoluzione* cit., p. 433; P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 234, spec. 235; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 340.

⁽²⁷⁷⁾ A. BOSELLI, *La risoluzione* cit., p. 248. A tale ricostruzione si oppone C. M. BIANCA, *Diritto civile, V* cit., p. 420, per il quale il fondamento della disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta è "l'esigenza di contenere entro limiti di normalità l'alea dell'aggravio economico della prestazione, e precisamente l'esigenza di salvaguardare la parte contro il rischio di un eccezionale aggravamento economico della prestazione derivante da gravi cause di turbamento dei rapporti socio-economici".

⁽²⁷⁸⁾ Cfr. A. BOSELLI, *La risoluzione* cit., p. 245.

⁽²⁷⁹⁾ Così C. M. BIANCA, *Diritto civile, V* cit., p. 422; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 946.

⁽²⁸⁰⁾ La dottrina, fedele alla lettera della norma, esclude l'operatività dell'art. 1467 c.c. nelle ipotesi in cui la prestazione di cui si deduce la sopravvenuta eccessiva onerosità sia già stata integralmente adempiuta ("se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte *che deve tale prestazione* può..."). L'orientamento sembrerebbe motivato dalla convinzione che lo scopo della disposizione sia quello di consentire al debitore, in deroga al principio generale espresso dall'art. 1372 c.c., di liberarsi dall'obbligo di eseguire la prestazione divenuta eccessivamente gravosa, senza per ciò solo incorrere in inadempimento. Una volta eseguita la prestazione, invece, il debitore non si trova più nella situazione di dover scegliere tra adempimento eccessivamente oneroso e responsabilità per inadempimento; viene, dunque, meno la *ratio* di tutela che giustifica la deroga al principio di vincolatività dei rapporti giuridici. Viceversa, quando la prestazione divenuta gravosa è stata solo parzialmente eseguita, il debitore si trova ancora di fronte all'alternativa di cui sopra, e continua, quindi, a meritare tutela. In proposito, v. C. M. BIANCA, *Diritto civile, V* cit., p. 422; A. BOSELLI, *La risoluzione* cit., p. 278; G. CASELLA, *La risoluzione* cit., pp. 145-146; F. GALBUSERA, *La risoluzione* cit., p. 435; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 342. Cfr. anche V. ROPPO, *Il contratto* cit., pp. 947-948, per il quale, "se la prestazione è esaurita – cioè completamente uscita dalla sfera di chi la

- c) l'onerosità deve essere "eccessiva", nel senso che deve creare uno squilibrio economico macroscopico tra prestazione e controprestazione. Ciò può essere la conseguenza sia dell'accresciuta onerosità dell'una sia dello svilimento del valore dell'altra. In ogni caso, essa deve essere legata alla prestazione nella sua oggettività, e non alle condizioni soggettive del debitore ⁽²⁸¹⁾. Il legislatore ha comunque prestabilito che l'onerosità non può mai essere considerata eccessiva se rientra nell'"alea normale del contratto" (art. 1467, c. 2, c.c.), cioè se si pone al di sotto della soglia di rischio che le parti hanno assunto ⁽²⁸²⁾;
- d) l'onerosità deve essere causata da avvenimenti che siano, al contempo, straordinari e imprevedibili. La prima caratteristica sussiste quando l'evento, statisticamente, non si ripete con frequenza e regolarità. La seconda caratteristica ricorre, invece, quando l'uomo medio, ossia l'uomo di normale diligenza che eserciti la medesima attività dei contraenti, non è in alcun modo in grado di rappresentarsi la probabile sopravvenienza dell'evento, e nemmeno l'entità, la portata degli effetti e l'incidenza

doveva, e completamente entrata nella sfera di chi l'attendeva – gli eventi che la riguardano toccano qualcosa che in realtà non è più «prestazione», ma è oramai elemento interno al patrimonio della parte accipiens». *Contra*, M. AMBROSOLI, *Le sopravvenienze*, in A. GAMBARO – U. MORELLO (a cura di), *Lezioni di diritto civile*, Milano, 2012, p. 347, secondo il quale l'istituto "manifesta la preoccupazione per la tutela dell'equilibrio convenzionale tra le prestazioni e per gli spostamenti patrimoniali privi di adeguata giustificazione"; preoccupazione, questa, che si mostra rilevante anche se la parte pregiudicata ha già eseguito compiutamente la prestazione a suo carico. La teoria abbracciata dalla dottrina può comunque rivelarsi troppo severa nelle situazioni in cui il debitore, pur consapevole dell'eccessiva onerosità della prestazione dovuta, sia costretto ad adempiere (si immagini che la gravosità della prestazione si manifesti solo quando scade il termine per eseguirla). Una voce dottrinale suggerisce di temperare la regola sopra esposta, riconoscendo l'esperibilità del rimedio risolutorio anche al debitore che, prima di eseguire la prestazione, abbia comunicato alla controparte la propria volontà di far valere l'eccessiva onerosità sopravvenuta (c.d. adempimento con riserva): così G. CASELLA, *La risoluzione* cit., p. 149. ⁽²⁸¹⁾ Per vagliarne la sussistenza, occorre raffrontare i valori assunti dalle prestazioni corrispettive al momento della stipulazione del contratto e i valori delle stesse rapportati al tempo fissato per l'adempimento: v. G. CASELLA, *La risoluzione* cit., p. 140. Di avviso parzialmente diverso è, invece, P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità* cit., p. 240, il quale concorda con il fatto che l'eccessiva gravosità debba essere valutata "al tempo dell'adempimento", ma opina che essa debba essere valutata in modo "oggettivo", tenendo conto solo dei maggiori oneri che comporterebbe l'esecuzione dell'accordo così come è stato concluso, ed evitando qualsivoglia comparazione tra i valori delle prestazioni corrispettive. Per converso, ad avviso di V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 953, il tempo di riferimento per misurare il sopravvenuto squilibrio dei valori delle prestazioni è quello del giudizio.

⁽²⁸²⁾ In dottrina, si è precisato che tale soglia è determinata in parte dal tipo contrattuale in cui un determinato contratto si iscrive, giacché ogni tipologia incorpora un diverso piano di ripartizione dei rischi tra i contraenti, e in parte dal piano di ripartizione dei rischi che le parti abbiano adottato nel singolo caso di specie: cfr. F. GALBUSERA, *La risoluzione* cit., pp. 437-438; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 953.

Si noti che il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta non è concesso rispetto ai contratti i quali, per loro natura o per volontà delle parti, sono aleatori (art. 1469 c.c.). In queste ipotesi, la parte sa che la prestazione è a rischio, in quanto il rischio stesso appartiene alla causa del contratto. La *ratio* dell'esclusione ne rappresenta al contempo il limite: i contratti aleatori sfuggono ai rimedi contro la gravosità sopravvenuta solo in quanto la sopravvenienza realizzi esattamente il rischio che costituisce l'alea di quel determinato contratto; se realizza un rischio maggiore o diverso, i rimedi tornano a operare: cfr. V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 961.

sull'equilibrio contrattuale dello stesso (si suol dire che la previsione deve essere in concreto e specifica) ⁽²⁸³⁾.

Anche una volta realizzatesi cumulativamente tutte le circostanze appena elencate, la parte debitrice potrebbe comunque avere interesse a mantenere in vita il contratto, sebbene esso si sia tramutato in un accordo più dispendioso del previsto; e ciò potrebbe avvenire per le ragioni più svariate. Se si volesse tentare un'esemplificazione, si potrebbe immaginare che la parte debitrice abbia già svolto un numero considerevole di dispendiose attività preparatorie, i cui prodotti non possono essere riutilizzati per adempiere ad altri e diversi contratti.

Questa è la ragione per cui, similmente a quanto accade nell'ipotesi di risoluzione per inadempimento, la legge non ricollega l'effetto ablativo al mero verificarsi dei fatti sopra menzionati, ma affida l'opzione dello scioglimento del negozio alla volontà della parte colpita dai maggiori oneri. A quest'ultima viene attribuito un diritto potestativo di impugnazione del contratto, che, in forza del chiaro dettato normativo, può essere esercitato solo in forma di domanda giudiziale: ai sensi dell'art. 1467 c.c., infatti, "se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può *domandare* la risoluzione del contratto" (primo comma); "La risoluzione non può essere *domandata* se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto" (secondo comma); "La parte contro la quale è *domandata* la risoluzione può evitarla..." (terzo comma) ⁽²⁸⁴⁾.

⁽²⁸³⁾ Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V cit., p. 426; G. CASELLA, *La risoluzione* cit., p. 150 ss., il quale sottolinea come l'assenza anche di uno solo dei due connotati dell'avvenimento che determina l'eccessiva gravosità impedisca l'insorgere dell'effetto risolutivo; P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità* cit., p. 238.

⁽²⁸⁴⁾ Sulla natura giudiziale del diritto potestativo di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, v. M. AMBROSOLI, *Le sopravvenienze* cit., p. 363; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 536, per cui "è la lettera della legge, che, sempre [...], prevede per l'interessato il potere di chiedere al giudice un (provvedimento che disponga un) mutamento giuridico, non di provocarlo con la sua dichiarazione di volontà" (nel citato contributo, l'Autore cambia opinione rispetto a quanto sostenuto nel suo precedente articolo ID., *Conflitto di decisioni* cit., pp. 431-432); C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V cit., p. 427; A. BOSELLI, *La risoluzione* cit., pp. 252-253, che nitidamente scrive: "il diritto alla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità si pone accanto al diritto allo annullamento, a quello di rescissione ed a quello di risoluzione per inadempimento, nella più ampia categoria dei cosiddetti «diritti di impugnazione», la cui caratteristica consiste appunto nel provocare, come obbietto immediato della loro efficacia, l'estinzione dell'intero rapporto giuridico posto in essere dalle parti. [...] Questo potere non si attua però immediatamente, per via della unilaterale manifestazione della volontà del suo soggetto, ma rientra fra quelli che richiedono a tal fine la instaurazione e l'esito favorevole di un apposito giudizio"; E. GABRIELLI, sub *art. 1467*, in E. NAVARRETTA – A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2011, pp. 650-651, per cui "ogni doglianza del debitore sopraffatto dalla sopravvenienza deve trovare espressione nel giudizio e accoglimento nella sentenza"; F. GALBUSERA, *La risoluzione* cit., pp. 441-442, secondo la quale "il meccanismo proprio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta non opera di diritto, bensì giudizialmente"; P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità* cit., p. 241, per cui "la risoluzione del contratto non ha però luogo automaticamente, ma implica una scelta del contraente la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa di porre fine al contratto"; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 956; P. TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 155, spec. 170, per il quale "è da escludersi la rilevanza giuridica di una dichiarazione stragiudiziale tendente ad ottenere la risoluzione [...]. Unico modo per l'esercizio del diritto è il ricorso all'autorità giudiziaria".

Una voce dottrinale sottolinea, peraltro, che, se è vero che il potere di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta è dato ai contraenti direttamente dalla legge, comunque si deve ritenere che le parti

Ne segue che l'effetto di risoluzione si produce secondo la modalità norma – fatto – potere sull'*an* – accertamento giudiziale – effetto. È la sentenza che definisce positivamente il giudizio a provocare l'effetto in via immediata e a porsi come causa efficiente dello scioglimento del contratto. Sicché anche la sentenza di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta si colloca nella categoria delle sentenze costitutive, che modificano la realtà sostanziale estinguendo gli effetti del contratto ⁽²⁸⁵⁾.

Sull'azione che conduce all'emanazione della sentenza risolutiva, la quale ha (ormai è chiaro) natura costitutiva, occorre svolgere due brevi precisazioni.

Dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che la stessa non possa essere introdotta dal contraente in mora, sulla base della seguente ragione. Ai sensi dell'art. 1221 c.c., “il debitore che è in mora non è liberato per la sopravvenuta impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, se non prova che l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore”. Ciò significa che il rischio dell'impossibilità della prestazione sopravvenuta in pendenza della mora grava sul debitore moroso; e allora, *a fortiori*, deve gravare su di lui il rischio che la prestazione diventi eccessivamente onerosa (ipotesi che, rispetto a quella di impossibilità della prestazione, rappresenta un caso meno grave) ⁽²⁸⁶⁾.

L'azione è soggetta al termine di prescrizione ordinario di dieci anni, decorrenti dal momento in cui l'onerosità è divenuta eccessiva, superando l'alea normale del contratto ⁽²⁸⁷⁾.

Quanto ai connotati dell'effetto sostanziale di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, è lo stesso art. 1467 c.c. a indicare espressamente che si tratta degli stessi che possiede l'effetto sostanziale di risoluzione per inadempimento (la parte sulla quale grava la

possano “pattuire forme più ridotte o più ampie di revisione che verrebbero, a seconda della loro natura, a coordinarsi o a sovrapporsi alla revisione accordata dalla legge”: A. BOSELLI, *La risoluzione* cit., p. 252.

⁽²⁸⁵⁾ La dottrina ne è fermamente convinta e non si registrano voci contrarie. Sul punto, v. C. M. BIANCA, *Diritto civile, V* cit., p. 427; G. CASELLA, *La risoluzione* cit., pp. 164, 209, il quale sottolinea che, “mancando per l'eccessiva onerosità norme [...] che sanciscano l'estinzione *de iure* della obbligazione, la risoluzione *ex art.* 1467 c.c. non si verifica in via automatica, ma necessita, per produrre i suoi effetti (costitutivi), di una pronuncia giudiziale che accerti la sussistenza dei presupposti della sopravvenienza”; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 32, per cui “l'intervento del giudice e della sentenza è richiesto [...] nella risoluzione per onerosità sopravvenuta dei contratti”; E. GABRIELLI, sub *art.* 1467 cit., p. 649 ss.; F. GALBUSERA, *La risoluzione* cit., p. 446; E. MERLIN, *Elementi* cit., p. 50; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 318, nt. 18; V. ROPPO, *Il contratto* cit., pp. 878, 957; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 317. In giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 23 novembre 2018, n. 30416; Trib. Napoli, 3 aprile 2018, n. 2413, in *DeJure*; Trib. Napoli, 9 febbraio 2016, n. 1193, in *DeJure*; Trib. Napoli, 8 febbraio 2016, n. 1143, in *DeJure*.

L'eventuale pronuncia di rigetto della domanda *ex art.* 1467 c.c. ha, invece, carattere dichiarativo (v. *supra*, par. 3).

⁽²⁸⁶⁾ Cfr. F. GALBUSERA, *La risoluzione* cit., p. 431, nt. 1497; P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 340. In giurisprudenza, v. Trib. Firenze, 11 dicembre 2018, n. 3412, in *DeJure*; Cass., 27 settembre 1991, n. 10139; Cass., 31 ottobre 1989, n. 4554, per le quali “la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta ai sensi dell'art. 1467 c.c. non può essere fatta valere dalla parte che, con il suo inadempimento, abbia ritardato l'esecuzione del contratto, rendendo necessario il ricorso della parte adempiente alla tutela giudiziaria. Essendo posto a carico della parte inadempiente il rischio della sopravvenuta impossibilità della prestazione (art. 1221 c.c.), deve ‘a fortiori’ ritenersi che sia a carico della stessa parte la sopravvenienza dell'eccessiva onerosità, la quale, rispetto all'ipotesi dell'impossibilità della prestazione, costituisce una situazione meno grave”.

⁽²⁸⁷⁾ Lo precisa M. DELLACASA, *L'azione di risoluzione* cit., p. 205. In giurisprudenza, cfr. Trib. Nola, 17 febbraio 2012, in *DeJure*; Cass., 29 maggio 1998, n. 5302.

prestazione divenuta eccessivamente onerosa “può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’articolo 1458”) ⁽²⁸⁸⁾. Si rimanda al paragrafo 9.1.6 per l’esame degli stessi.

Prima di terminare le riflessioni sulla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, occorre accennare brevemente all’ipotesi in cui l’effetto risolutivo non riesca a prender vita, non perché difettino gli elementi costitutivi, ma perché ad essi si affianca una circostanza che ne impedisce l’efficacia. Secondo il disposto dell’art. 1467, c. 3, c.c., “la parte contro la quale è domandata la risoluzione può *evitarla* offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”. Quando ciò accade, si crea una situazione nuova, che fa venir meno il presupposto al quale la legge ricollega la risoluzione: l’esistenza di un contratto eccessivamente oneroso per l’attore. L’offerta di riduzione ad equità in esame costituisce allora un fatto impeditivo che va a comporre la c.d. fattispecie in senso ampio di non-risoluzione: essa preclude l’operatività della fattispecie costitutiva in senso stretto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e conduce, quindi, al rigetto della domanda attorea ⁽²⁸⁹⁾.

⁽²⁸⁸⁾ Nel senso della coincidenza dei caratteri dell’effetto di risoluzione, alla chiara lettera della legge si aggiungono anche A. BOSELLI, *La risoluzione* cit., p. 278, il quale precisa che dalla risoluzione rimangono investite tutte le prestazioni o le attribuzioni patrimoniali, e non la sola obbligazione divenuta eccessivamente onerosa; G. CASELLA, *La risoluzione* cit., p. 209, per cui gli effetti della risoluzione, relativamente alle parti, retroagiscono al momento della conclusione del contratto, salvo che per i negozi ad esecuzione continuata o periodica; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 957, che si esprime in termini analoghi.

⁽²⁸⁹⁾ Cfr. A. BOSELLI, *La risoluzione* cit., p. 299; G. CASELLA, *La risoluzione* cit., p. 224, secondo cui la dichiarazione del convenuto “preclude definitivamente la pronuncia sulla risoluzione, investendo il giudice del potere di ridurre ad equità il contratto divenuto eccessivamente oneroso”.

Sulla natura dell’offerta di riduzione ad equità e della sentenza che sulla stessa giudica, gli studiosi sono divisi. La dottrina maggioritaria afferma che l’offerta costituisce un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale (come sembrerebbe indicare il dato normativo), che provoca una pronuncia di carattere costitutivo: v. A. BOSELLI, *La risoluzione* cit., p. 296 ss., il quale definisce l’offerta come un potere “di modifica unilaterale del contratto, che la legge attribuisce allo scopo di consentirne la conservazione, nel duplice presupposto che il contratto risulti in concreto risolubile per eccessiva onerosità e che la modificazione proposta sia tale da ricondurlo ad equità”; G. CASELLA, *La risoluzione* cit., p. 224, secondo cui l’offerta “non ha alcun effetto diretto sulla realtà negoziale, la quale potrà essere modificata solamente a seguito della sentenza costitutiva che, previo accertamento della risolubilità del contratto, impone alle parti l’equa innovazione del regolamento contrattuale”; M. DE POLI, *La rescissione del contratto*, in *Trattato* cit., p. 268, che parla espressamente di “diritti potestativi *giudiziali*”; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 957, il quale discute di un “diritto potestativo del convenuto in risoluzione”. In controtendenza rispetto a tale orientamento si pone P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità* cit., p. 241, per il quale l’offerta può aver luogo sia in sede processuale, sia prima dell’inizio del processo; se la proposta è oggettivamente idonea a ricondurre a equità il regolamento contrattuale, sorge un dovere della controparte di concludere il nuovo accordo e, ove ciò non accada, spetta al giudice pronunciare una sentenza sostitutiva del contratto non concluso *ex art. 2932 c.c.*

Si è giustamente notato che l’art. 1467, c. 3, c.c. ha la stessa struttura dell’art. 1450 c.c. (su cui *supra*, par. 8). Tuttavia, i due istituti presentano delle differenze operative. Mentre nel settore della rescissione il giudice è chiamato a valutare l’offerta modificativa in forza di un criterio oggettivo, esterno alla volontà dei contraenti, nel caso della risoluzione il giudice reputerà equa solo la modifica che riporti il contratto al punto di equilibrio voluto dalle parti e turbato dai fatti sopravvenuti: cfr., in proposito, M. DE POLI, *La rescissione del contratto*, in *Trattato* cit., p. 266; M. PROSPERETTI, *Sulla riduzione ad equità* cit., pp. 1240-1241.

9.4. Le ipotesi atipiche di risoluzione

A chiusura della presente sezione, pare opportuno affrontare – in forma sintetica, ma organica – una questione che si è già intravista tra le pieghe del discorso sinora condotto: le *species* di risoluzione espressamente previste dalla legge rappresentano gli unici casi in cui l'effetto risolutivo di un contratto può essere ottenuto oppure esistono ipotesi atipiche di risoluzione?

La risposta è semplice per quanto riguarda le ipotesi di risoluzione giudiziale. Come sottolineato all'inizio del capitolo ⁽²⁹⁰⁾, le sentenze con cui si estinguono rapporti giuridici sostanziali – quali sono le sentenze che provocano l'effetto di risoluzione e di conseguenza estinguono rapporti contrattuali – non possono essere pronunciate se non “nei casi previsti dalla legge” (art. 2908 c.c.). Ne segue che, al di fuori dei casi disciplinati dagli artt. 1453 e 1467 ss. c.c., non sono ammesse ipotesi di risoluzione giudiziale.

La soluzione si complica, invece, con riferimento alle fattispecie di risoluzione che si perfezionano senza passare dalle autorità giurisdizionali.

Secondo un primo orientamento, nessuna forma di risoluzione stragiudiziale atipica trova cittadinanza nel nostro ordinamento ⁽²⁹¹⁾. Le ragioni addotte a supporto di tale conclusione sono essenzialmente due. *In primis*, in termini generali, il legislatore ha inteso limitare l'esperibilità di rimedi in autotutela ai soli casi stabiliti dalla legge. *In secundis*, nel settore dei contratti, l'esigenza di ottemperare al principio per cui “il contratto ha forza di legge tra le parti” (art. 1372 c.c.) impone che i modi di estinzione del vincolo contrattuale siano certi e ben definiti.

Un diverso esito è propugnato da alcune voci minoritarie, che reputano efficaci anche tipologie di risoluzioni stragiudiziali diverse da quelle contemplate in esplicite previsioni normative.

La prima ipotesi che viene individuata è quella in cui gli interessi delle parti convergono sull'effetto risolutivo. Ciò avviene, per esempio, quando il diffidato, il contraente cui viene comunicata l'intenzione di avvalersi di una clausola risolutiva espressa o il debitore che non rispetta un termine essenziale scelgono di astenersi dal contestare la sussistenza dei fatti che costituiscono la risoluzione di diritto. Così, ben può accadere che il contratto rimanga concretamente inattuato anche se non sussistono i presupposti per il suo scioglimento.

⁽²⁹⁰⁾ Cfr. *supra*, par. 3.

⁽²⁹¹⁾ Abbracciano tale linea di pensiero U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 44; R. E. CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie* cit., p. 117. Applicazioni di tale tesi sono, poi, rinvenibili in quelle sentenze in cui si afferma che le dichiarazioni stragiudiziali di risoluzione per inadempimento non sono vincolanti per l'autore, il quale è libero di mutare successivamente opinione e richiedere l'adempimento: v., per esempio, Cass., 21 luglio 2016, n. 15070, Trib. Brescia, 8 aprile 2015, n. 1061, in *DeJure*, Cass., 29 maggio 1990, n. 5017, che enunciano il principio per cui, “poiché la risoluzione del contratto in difetto di una clausola risolutiva espressa della quale la parte dichiara di avvalersi può essere ottenuta a norma dell'art. 1454 c.c., solo mediante intimazione ad adempiere entro un congruo termine indicato come risolutorio, la semplice dichiarazione unilaterale della parte di ritenere il contratto risolto, configurandosi come mera pretesa che non consente all'altra parte l'attuazione del rapporto, deve considerarsi a tale scopo priva di effetto e quindi non preclusiva della successiva domanda di adempimento, alla quale è ostativa, a norma dell'art. 1453 c. 2 c.c., solo la domanda giudiziale di risoluzione”.

Una seconda forma di risoluzione che si concretizza al di fuori delle aule dei tribunali è quella che si perfeziona tramite il rifiuto dell'adempimento tardivo ⁽²⁹²⁾, che, come precisato dalle sezioni unite sul finire degli anni '90, è legittimo anche se opposto prima dell'instaurazione del giudizio di risoluzione ⁽²⁹³⁾. In simili occasioni, il rifiuto determina lo scioglimento immediato del rapporto negoziale, senza che al debitore sia concesso alcun termine per sanare l'inadempienza ⁽²⁹⁴⁾.

In terzo luogo, il recesso per giusta causa *ex art.* 1385 c.c. viene considerato una peculiare forma di risoluzione di diritto, che si affianca a quelle dal legislatore così espressamente qualificate ⁽²⁹⁵⁾. L'elemento meramente fattuale dello schema di produzione dell'effetto estintivo del rapporto giuridico è costituito, anche in questa occasione, da un inadempimento imputabile e di non scarsa importanza ⁽²⁹⁶⁾. L'atto con cui viene esercitato il recesso attua direttamente l'effetto giuridico, senza necessità dell'intermediazione giurisdizionale; ciò in quanto, poiché la parte fedele può autotutelarsi ritenendo la caparra confirmatoria, si reputa inutile imporle l'onere di agire in giudizio. Ne segue che, ove venga proposta domanda giudiziale, essa avrà di certo natura di mero accertamento ⁽²⁹⁷⁾.

⁽²⁹²⁾ In tal senso, cfr. M. DELLACASA, *Offerta tardiva* cit., pp. 515, 517, per cui “il creditore che ha rifiutato l'offerta non può mutare opinione ed esigere l'adempimento: lo preclude un'elementare esigenza di rispetto dell'affidamento della controparte”; quando detto rifiuto viene opposto, quindi, il contratto è “virtualmente risolto”. V. anche G. OSTI, *La risoluzione del contratto per inadempimento. Fondamento e principi generali*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1973, p. 401, spec. 406, il quale ritiene necessario far coincidere “col momento dal quale il creditore può respingere l'esecuzione della controparte il momento in cui non può nemmeno più pretenderla dovendo accontentarsi della risoluzione già verificatasi: a meno che non si provi e non si giustifichi che il debitore non possa più efficacemente liberarsi eseguendo il contratto mentre ancora la risoluzione del medesimo non abbia avuto luogo”. Ad ogni modo, la dottrina non manca di osservare che la figura della risoluzione per rifiuto dell'adempimento tardivo presenta alcuni problemi: da un lato, può comportare squilibri nel caso in cui una parte della prestazione sia già stata eseguita; dall'altro, il debitore compie uno sforzo considerevole per eseguire una prestazione destinata ad essere rifiutata (per approfondimenti su tali criticità, cfr. M. DELLACASA, *Offerta tardiva* cit., p. 517 ss.).

⁽²⁹³⁾ Per i riferimenti giurisprudenziali, v. *supra*, nota 224.

⁽²⁹⁴⁾ Una voce dottrinale propone un temperamento alla rigidità di tale assunto, sostenendo che, “se per la natura della prestazione e le circostanze del caso concreto è ragionevole ritenere che il creditore conservi interesse per la prestazione e il debitore sia impegnato ad eseguirla, l'offerta deve essere accettata anche se il ritardo è obiettivamente grave”: così M. DELLACASA, *Offerta tardiva* cit., p. 525. La tesi è espressa dall'Autore anche in un altro contributo, ove quest'ultimo afferma che “il creditore perde la legittimazione ad invocare la risoluzione del contratto (cioè, deve accettare la prestazione tardivamente offerta) se alla luce delle circostanze del caso concreto sapeva o poteva ragionevolmente prevedere che la controparte fosse intenta ad adempiere”: v. M. DELLACASA, *Risoluzione giudiziale* cit., p. 166.

⁽²⁹⁵⁾ Cfr. L. ATTADEMO, *Risoluzione per inadempimento*, in *Giur. it.* 2009, p. 1907, spec. 1910; M. DELLACASA, *Risoluzione giudiziale* cit., p. 172; P. GALLO, *Inadempimento reciproco* cit., p. 318; S. GUADAGNO, *Risoluzione stragiudiziale e diritto di ritenzione della caparra confirmatoria*, in *Contratti* 2012, p. 791, spec. 794.

⁽²⁹⁶⁾ Così P. GALLO, *Inadempimento reciproco* cit., p. 318; S. GUADAGNO, *Risoluzione stragiudiziale* cit., p. 794; F. PADOVINI, *Risoluzione e recesso*, in *Obblig. e contr.* 2012, p. 86, spec. 87.

⁽²⁹⁷⁾ In tal senso si esprimono L. ATTADEMO, *Risoluzione per inadempimento* cit., p. 1910, la quale parla di domanda di “risoluzione per avvenuto esercizio del diritto di recesso”, che “presenta l'unico scopo di accertare (con una sentenza dichiarativa) che la risoluzione è già intervenuta”; M. DELLACASA, *Risoluzione giudiziale* cit., p. 172, per cui l'atto di recesso è “la dichiarazione stragiudiziale unilaterale che scioglie il rapporto contrattuale con effetto immediato”; M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento* cit., p. 76; A. MOTTO, *Domanda di risoluzione* cit., p. 618.

In termini estremamente generali si esprime, poi, chi include nella cerchia delle risoluzioni stragiudiziali atipiche l'eccezione di risoluzione opposta in via stragiudiziale e la dichiarazione stragiudiziale di risoluzione ⁽²⁹⁸⁾.

Come si nota, le ipotesi di risoluzione stragiudiziale atipica appena elencate sono proprio quelle che sono state sfruttate da alcuni studiosi al fine di dimostrare che anche la risoluzione *ex art.* 1453 c.c. si perfeziona in via stragiudiziale. Occorre, però, tenere distinto il problema della sussistenza di forme atipiche di risoluzione operanti sul piano sostanziale (oggetto di queste pagine) da quello delle possibili conseguenze interpretative cui tale sussistenza conduce (di cui, per ragioni di consequenzialità espositiva, ci si è occupati *supra* al paragrafo 9.1.4.).

Della non divisibilità dell'attribuzione di natura stragiudiziale alla risoluzione di cui all'*art.* 1453 c.c. si è già detto nella sede da ultimo citata, alla quale si rimanda. Quanto, invece, alla questione, logicamente pregiudiziale, dell'effettiva sussistenza di casi atipici di risoluzione stragiudiziale, è d'uopo precisare subito che essa non ha rilevanza ai fini dell'indagine che ci si propone di compiere in materia di limiti oggettivi del giudicato: a tale scopo, ciò che è necessario comprendere è la natura sostanziale o giudiziale del diritto potestativo di risoluzione, e il conseguente carattere dichiarativo o costitutivo della sentenza che lo riguarda; che poi tale diritto sia espressamente disciplinato da una norma di legge o meno non ha importanza.

In ogni caso, per provare a risolvere il problema qui in esame, si possono svolgere le seguenti osservazioni.

Innanzitutto, quando gli interessi delle parti convergono sull'effetto risolutivo, non si ha una vera e propria risoluzione, figlia dell'esercizio di un diritto potestativo, ma tutt'al più un tacito accordo tra le parti nel senso di ritenere il contratto improduttivo di effetti. In secondo luogo, come si è già notato, pare preferibile non ricollegare alcun effetto risolutivo automatico al rifiuto dell'adempimento tardivo, all'eccezione di risoluzione opposta in via stragiudiziale e alla dichiarazione di risoluzione resa al di fuori delle aule giudiziarie. Tenendo come punto fermo il dato normativo dell'*art.* 1453 c.c. (e quindi seguendo un percorso inverso rispetto a quello di Pagni e Paladini), non si può che concludere che il nostro ordinamento contempli un'ipotesi di risoluzione giudiziale per inadempimento, nella quale l'effetto estintivo del rapporto negoziale può essere conseguito solo all'esito di un processo; se l'ordinamento consentisse altresì di ottenere il medesimo effetto senza passare dall'autorità giurisdizionale, la portata dell'*art.* 1453 c.c. sarebbe estremamente ridotta, se non addirittura annichilita.

Quanto, invece, al recesso *ex art.* 1385 c.c., certamente non si può negare che si tratti di un rimedio concesso alle parti per assicurarsi l'estinzione del rapporto giuridico in via

⁽²⁹⁸⁾ Cfr. le tesi di Ilaria Pagni, Mauro Paladini e Matteo Dellacasa su cui si è soffermati *supra*, par. 9.1.4. V., inoltre, in dottrina, M. DELLACASA, *Offerta tardiva* cit., p. 517; R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici* cit., p. 638, secondo il quale "l'esercizio stragiudiziale del diritto di risoluzione non perfeziona, nel nostro diritto, la fattispecie risolutoria di cui all'*art.* 1453; ma la buona fede non sopporta che il creditore, il quale ha stragiudizialmente esonerato il debitore dal prestare, e preteso che si prepari a restituire ciò che ha ricevuto, e l'importo dei danni, muti parere quante volte gli piaccia e agisca infine per l'adempimento".

stragiudiziale. Qui l'atipicità non riguarda l'effetto ablativo in sé, il quale è espressamente indicato dal legislatore, ma riguarda – per così dire – la qualificazione di tale effetto come effetto “risolutivo”. Giova, inoltre, evidenziare che la possibilità di raggiungere tale risultato senza l'intermediazione del giudice è strettamente legata ad alcune circostanze preesistenti e oggettive, ossia il preventivo accordo tra le parti in tal senso e la dazione di una caparra confirmatoria. Per converso, simili forme di autotutela non sono ammesse ove tali circostanze non sussistano.

Pare, allora, preferibile ritenere che non sussistano forme di risoluzione atipiche, ad eccezione del recesso *ex art.* 1385 c.c., ove lo si voglia così qualificare ⁽²⁹⁹⁾.

⁽²⁹⁹⁾ Tematica diversa da quella analizzata nel presente paragrafo è quella relativa alla possibilità di applicare il rimedio risolutorio nelle ipotesi di difetto sopravvenuto di presupposizione. Il dubbio che si pone nella specie, infatti, non riguarda l'opportunità di ricorrere a una ipotesi atipica di risoluzione del contratto (in tal senso si registra solo una isolata voce dottrinale: v. G. F. AIELLO, *L'applicabilità del rimedio risolutorio al difetto sopravvenuto della presupposizione in un recente revirement della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2011, II, p. 305, spec. 314 ss.), ma più semplicemente la sussunzione del difetto sopravvenuto di presupposizione nell'una o nell'altra forma di risoluzione già espressamente disciplinata dal legislatore. Secondo l'insegnamento tradizionale, la presupposizione è una circostanza esterna che, senza essere prevista quale condizione del contratto, ne costituisce un presupposto oggettivo e assume un'importanza determinante ai fini della conservazione del vincolo (v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III cit., p. 463 ss.; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 965; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale* cit., p. 708 ss.). L'istituto della presupposizione non trova espressione nella legge; esso è stato elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che si sono anche occupate di determinare i rimedi esperibili nelle ipotesi in cui un contratto sia affetto da un vizio sopravvenuto di presupposizione. Per vero, sarebbe più accurato dire che hanno tentato di determinare i rimedi esperibili, ma che la pluralità di teorie susseguite in materia ha impedito di raggiungere una proposta condivisa. La giurisprudenza maggioritaria parla di risoluzione del contratto per causa non imputabile alle parti, equiparando l'ipotesi in discorso a quella di impossibilità sopravvenuta: cfr. Cass., 24 marzo 1998, n. 3083; Cass., 8 agosto 1995, n. 8689, che discorre di “risolvibilità” del contratto “per fatto non imputabile alle parti”; Cass., 22 settembre 1981, n. 5168 (s.m.). Secondo un diverso orientamento, l'estinzione del rapporto giuridico non può avvenire *ipso iure*, come accade ai sensi dell'art. 1463 c.c. Si osserva, infatti, che, nel caso di difetto sopravvenuto di presupposizione, rileva l'impedimento ad attuare il programma negoziale prefigurato dalle parti, benché sia comunque ancora possibile effettuare materialmente lo scambio delle prestazioni. Sicché appare ragionevole rimettere “al contraente danneggiato dalla sopravvenuta mancanza del presupposto, ed altrimenti tenuto alla controprestazione, la facoltà di riconsiderare il contratto ed agire eventualmente per lo scioglimento”. In questa prospettiva, il rimedio è analogo a quello della risoluzione per impossibilità parziale *ex art.* 1464 c.c. o per eccessiva onerosità sopravvenuta *ex art.* 1467 c.c.: di tale avviso sono F. AZZARRI, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il revirement della Suprema Corte*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2007, I, p. 1181, spec. 1186; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, p. 499, per la quale “l'impossibilità di attuare il programma negoziale, che sopravvenga nonostante la possibilità di effettuare materialmente lo scambio delle prestazioni, deve essere trattata secondo una logica non oggettivistica, ma che rimetta invece al contraente danneggiato dalla sopravvenuta mancanza del presupposto, ed altrimenti tenuto alla controprestazione, la facoltà di riconsiderare il contratto ed agire eventualmente per lo scioglimento”; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 966 (se ben s'intende); in giurisprudenza, v. Cass., 31 ottobre 1989, n. 4554. Una terza corrente di pensiero rinviene il rimedio che più si addice al caso in esame nel recesso unilaterale a favore della parte per la quale il vincolo è divenuto intollerabile o inutile: così C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III cit., p. 467; F. MACIOCE, *La presupposizione*, in *I contratti in generale*, diretto da G. ALPA – M. BESSONE, vol. III, Torino, 1991, p. 538; A. RICCIO, *La presupposizione è, dunque, causa di recesso dal contratto*, in *Contr. e impr.* 2008, p. 11, *passim*; in giurisprudenza, v. Cass., 13 ottobre 2016, n. 20620; Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm.* 2007, I, p. 1177, con nota di F. AZZARRI, *Difetto di presupposizione* cit.

SEZIONE SECONDA

LE ECCEZIONI DI IMPUGNATIVA CONTRATTUALE

10. Le eccezioni di merito. Le eccezioni in senso lato e in senso stretto

Le impugnative del contratto possono comparire sulla scena processuale non solo con la veste di domande giudiziali, ma anche sotto forma di eccezioni di merito ⁽³⁰⁰⁾.

Nel prisma delle categorie generali, l'eccezione di merito si configura come "l'attività mediante la quale il convenuto determina un allargamento della *quaestio facti*, rendendo necessario che il giudice esamini e qualifichi giuridicamente altri fatti oltre quello costitutivo allegato dall'attore, facendone dipendere il contenuto della propria decisione" ⁽³⁰¹⁾.

Con la domanda giudiziale, la parte attrice introduce i fatti dai quali scaturisce la situazione giuridica soggettiva dalla stessa fatta valere, ossia i fatti che compongono la fattispecie costitutiva in senso stretto ⁽³⁰²⁾. Con l'eccezione, invece, il convenuto deduce i fatti che compongono la fattispecie in senso ampio, ossia i fatti che (i) impediscono il prodursi degli effetti giuridici attribuiti alla fattispecie costitutiva in senso stretto, (ii) modificano tali effetti o (iii) ne determinano la cessazione ⁽³⁰³⁾.

L'immissione nel processo di fatti impeditivi, modificativi o estintivi produce due effetti. Il primo, necessario e ineliminabile, consiste nel fatto che il giudice deve esaminare anche l'esistenza o l'inesistenza di detti fatti e il contenuto della pronuncia di merito dipende anche dall'esito di tale verifica. Il secondo, meramente eventuale, consiste nella possibilità che il fatto impeditivo, modificativo o estintivo divenga l'unico tema dell'indagine sulla *quaestio facti*, eliminando l'esigenza di decidere dell'esistenza o inesistenza dei fatti costitutivi ⁽³⁰⁴⁾.

Sulla scorta di queste affermazioni introduttive, è facilmente intuibile che le impugnative contrattuali possono essere inserite in un giudizio tramite lo strumento dell'eccezione in tutti i casi in cui si discuta dell'efficacia di un contratto e gli effetti di nullità, annullabilità, rescindibilità o risolubilità si presentino quali fatti impeditivi o estintivi della stessa. Dunque,

⁽³⁰⁰⁾ I confini della presente trattazione non consentono di indagare a fondo il complesso fenomeno dell'eccezione, che ha destato – e continua a destare – un dibattito acceso e variegato tra gli studiosi di diritto processuale, e che, anche singolarmente trattato, potrebbe costituire materia di interi imponenti volumi. Ci si limiterà, quindi, ad affrontare solo quelle tematiche che abbiano una qualche influenza sulle modalità di produzione degli effetti di nullità, annullamento, rescissione e risoluzione, nonché sulle modalità di svolgimento del giudizio nel quale tali effetti vengano in considerazione.

⁽³⁰¹⁾ La definizione è di G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Scritti giuridici*, vol. I, *Studi sull'oggetto del processo e sugli effetti del giudicato*, Milano, 1989, p. 333, spec. 353, il quale precisa che l'eccezione si distingue sia dalla pura e semplice contestazione del fatto costitutivo addotto dall'attore (la c.d. mera difesa) sia dalla domanda riconvenzionale.

⁽³⁰²⁾ Cfr. *supra*, par. 2.

⁽³⁰³⁾ E ciò in ossequio al disposto dell'art. 2697 c.c. Chiarissimo, in proposito, è E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio* cit., p. 248. V. anche G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., pp. 366-367, per il quale "l'eccezione non è altro che il potere processuale del convenuto di inserire nella *quaestio facti* tutte le circostanze di fatto che, secondo la costruzione legale della fattispecie, sono collegate al fatto costitutivo affermato dall'attore da un nesso di efficacia impeditiva, modificativa o estintiva".

⁽³⁰⁴⁾ Cfr. G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., pp. 344-345.

nell'affrontare lo studio delle eccezioni di impugnativa del contratto, anche denominate eccezioni di "caducabilità" del contratto (*Aufhebungseinreden*) ⁽³⁰⁵⁾, occorre sempre immaginarsi che sia pendente un giudizio che ha ad oggetto uno o più effetti di un contratto, del quale il convenuto intenda contestare la sussistenza, la validità o l'efficacia ⁽³⁰⁶⁾.

Il primo nodo che andrà risolto è relativo alla riconduzione di ciascuna delle eccezioni di impugnativa nell'alveo delle eccezioni in senso stretto, rilevabili solo su iniziativa di parte, o delle eccezioni in senso lato, rilevabili anche d'ufficio. Nell'un caso, il legislatore attribuisce al soggetto interessato la libera scelta di far valere o meno una determinata eccezione, conferendogli un potere il cui esercizio è rimesso esclusivamente alla sua volontà. Ne segue che, ove anche i fatti impeditivi, modificativi o estintivi emergano dalle allegazioni attoree, il giudice non può comunque tenerne conto se difetta l'atto di volontà del convenuto, volto a sottoporre alla sua cognizione anche l'esistenza e la fondatezza di tali eccezioni. Viceversa, nel secondo caso, i fatti impeditivi, modificativi o estintivi che risultino dagli atti di causa ⁽³⁰⁷⁾ possono sempre costituire la base della pronuncia giudiziale, anche a prescindere da una specifica attività di allegazione del convenuto ⁽³⁰⁸⁾.

⁽³⁰⁵⁾ Così C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 281, nt. 147.

⁽³⁰⁶⁾ In termini simili si esprime A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 242: "per eccezioni di impugnativa negoziale intendiamo designare quelle eccezioni che la legge attribuisce alla parte convenuta per l'adempimento di un obbligo, elemento di un rapporto giuridico di fonte negoziale".

Merita di essere brevemente accennata la circostanza che una parte della dottrina specifica ulteriormente i connotati delle eccezioni di impugnativa e giunge a qualificarle come eccezioni riconvenzionali (v., per esempio, E. MERLIN, *Elementi* cit., p. 87; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1947, p. 33). La categoria, generata dal pensiero di Mortara (cfr. L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. II, Milano, 1923, p. 99 ss.), troverebbe il proprio campo di applicazione in tutte quelle ipotesi in cui uno "stesso fatto possa essere addotto fra le stesse parti a fondamento di un'azione oppure a fondamento di un'eccezione, a seconda che l'una o l'altra delle parti prenda per prima l'iniziativa di adire il giudice" (così E. REDENTI, *Diritto processuale civile* cit., vol. I, p. 33), in tutte quelle ipotesi in cui l'eccezione introduce la cognizione di un rapporto giuridico (così R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 309). Tuttavia, essa è stata oggetto di accese critiche: da un lato, si è detto che l'eccezione riconvenzionale, "dal punto di vista terminologico, si risolve in una contraddizione in termini, perché *eccezione* e *riconvenzione* [...] sono termini antitetici" (v. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1950 (rist.), p. 309); dall'altro, si è rilevato che la validità della figura in esame sembra smentita "dalla formulazione dell'art. 34 c.p.c., che pare non consentire il *tertium genus* della eccezione riconvenzionale tra la vera eccezione, che non modifica i limiti oggettivi della emananda pronuncia, e la vera domanda, che sola – come esercizio di azione – può operare tale modificazione" (v. G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., p. 348, nt. 15; sui rapporti tra domanda, eccezione e perimetro dell'oggetto del giudizio si tornerà più approfonditamente *infra*, par. 26). Non si può, poi, ignorare che la categoria è stata teorizzata in un momento in cui la distinzione tra domanda riconvenzionale ed eccezione riconvenzionale poteva avere un'utilità sul piano pratico, cadendo la prima sotto la scure di preclusioni anticipate rispetto a quelle della seconda; invece, l'attuale formulazione dell'art. 167 c.p.c. fissa il medesimo termine preclusivo per le domande riconvenzionali e per le eccezioni non rilevabili d'ufficio, con la conseguenza che la figura in parola ha perso la convenienza di cui un tempo godeva (la condivisibile osservazione è di F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile*, Roma, 2013, pp. 162-163).

⁽³⁰⁷⁾ Proprio la circostanza che i fatti di cui si tratta risultino dagli atti di causa consente di rendere le eccezioni rilevabili d'ufficio compatibili con il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice (art. 115 c.p.c.): v. G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., p. 356; F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione* cit., p. 175, il quale sottolinea che "il potere di rilievo di ufficio incontra, in particolare, un [...] limite nel divieto di scienza privata (art. 115 c.p.c.). Salvi i casi espressamente previsti dalla legge, come il fatto notorio o la massima di esperienza, il giudice non può conoscere fatti non risultanti dagli atti processuali".

⁽³⁰⁸⁾ La distinzione è pacificamente accettata: v. G. CHIOVENDA, *Sulla «eccezione»*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. I, Milano, 1993, p. 149, spec. 154, il quale evidenzia che le eccezioni in senso lato "saranno

Secondo la teoria più accreditata, i casi in cui è necessaria la sollecitazione di parte presentano carattere eccezionale, mentre i casi di rilevazione *ex officio* rappresentano la normalità⁽³⁰⁹⁾. Ciò discende da due diverse considerazioni. In primo luogo, sembra strano che il legislatore abbia previsto rare ipotesi di rilievo officioso e si sia, per converso, preoccupato di confermare in molteplici disposizioni un principio generale, quale dovrebbe essere quello per cui, nell'ambito dei diritti disponibili, l'eccezione è riservata alla parte (in via esemplificativa, v. artt. 1242, 1460, 1495, 1667, 1944, 2938, 2969 c.c.); al contrario, proprio la presenza di svariate norme che prevedono eccezioni in senso stretto denota l'intenzione di porre un limite a poteri altrimenti esercitabili d'ufficio⁽³¹⁰⁾. In secondo luogo, la lettera dell'art. 112 c.p.c. pone in evidenza quale sia la regola e quale sia l'eccezione: "il giudice [...] non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti"⁽³¹¹⁾.

Peraltro, come osservato in dottrina, l'usuale rilevabilità officiosa della rilevanza giuridica dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi:

- a) corrisponde all'essenza della funzione giurisdizionale civile, che è quella di troncare le liti tra cittadini non appena vi siano i presupposti di merito sufficienti per farlo; così, "dato che incertezza è crisi dell'ordinamento, [...] quando il giudice *può* dettare, in relazione all'accertata esistenza di un fatto impeditivo, modificativo o estintivo, la regola del caso concreto risolvendo la lite, eliminando l'incertezza, superando la crisi, deve farlo senz'altro"⁽³¹²⁾;

rilevate d'ufficio dal giudice, anche se il convenuto è assente o tace; le [eccezioni in senso stretto] non potranno rilevarsi dal giudice, per quanto da lui conosciute, se non quando un atto di volontà del convenuto lo ecciti a farlo"; V. COLESANTI, voce *Eccezione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 172, spec. 192-193; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., p. 353; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 210; F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione* cit., p. 164.

In dottrina, alcuni riportano la distinzione tra eccezioni in senso lato ed eccezioni in senso stretto alla differenza tra fatti operanti *ipso iure* e fatti operanti *ope exceptionis* (cfr. V. COLESANTI, voce *Eccezione* cit., pp. 173-174). Ma tale *discrimen* viene criticato perché non sempre applicabile: per esempio, è pacifico che la compensazione e la prescrizione operino *ipso iure* ed estinguano diritti in modo automatico; eppure, si tratta di eccezioni comunemente ricomprese nella categoria delle eccezioni rilevabili solo dalla parte (v. C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 157).

⁽³⁰⁹⁾ Propugnano questa ricostruzione G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., p. 343; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio* cit., pp. 333-334; R. ORIANI, *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali (I)*, in *Corr. giur.* 2005, p. 1011, spec. 1014; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 267, per il quale "giustamente la dottrina dominante non accetta la tesi che limita alle ipotesi previste dalla legge i casi di rilievo di ufficio dei fatti est., mod., imp."; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 211; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva* cit., p. 71.

⁽³¹⁰⁾ Così, espressamente, R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 267.

⁽³¹¹⁾ Che dall'art. 112 c.p.c. si debba desumere che la rilevabilità officiosa è la regola e che la rilevabilità su istanza di parte è la deroga trova conferme in G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., p. 343, per il quale "la legge attraverso l'interpretazione letterale dell'art. 112 c.p.c. offre lo spunto per ritenere [...] tecnicamente eccezionale" l'ipotesi in cui "esiste un monopolio del potere di inserir[e]" i fatti impeditivi, modificativi o estintivi "nella *quaestio facti* a favore della sola parte a vantaggio della quale se ne manifestano gli effetti"; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio* cit., pp. 333-334; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 268.

⁽³¹²⁾ Cfr. G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., p. 358, il quale prosegue precisando che "questa tendenza si arresta solo dove l'apprezzamento legislativo di specifiche esigenze contrastanti ha fatto nascere apposite norme positive che escludono l'altrimenti normale potere di rilevazione del giudice". Sulla stessa linea si pone R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 311.

- b) non è altro che la conseguenza del carattere di regola generale dello schema norma – fatto – effetto e del carattere eccezionale della subordinazione del prodursi degli effetti impeditivi, modificativi o estintivi all'esercizio del potere di parte di attribuire rilevanza ai corrispondenti fatti ⁽³¹³⁾.

Sarebbe, invece, sbagliato credere che l'eccezionalità della rilevanza di fatti impeditivi, modificativi o estintivi ad opera della sola parte interessata derivi dal fatto che il potere di parte di proporre un'eccezione abbia carattere anomalo. Tutto il contrario. Il convenuto ha sempre il potere di rilevare *tutti* i fatti impeditivi, modificativi o estintivi; viceversa, il giudice ha il potere di rilevarne alcuni e non altri: “quello che caratterizza il procedimento in presenza delle eccezioni in senso stretto è la mancanza del potere di rilevazione del giudice, non la presenza di una natura «speciale» del potere del convenuto” ⁽³¹⁴⁾.

Il secondo profilo delle eccezioni di impugnativa su cui si concentrerà l'attenzione è quello della loro prescrittibilità.

Nei paragrafi che seguono, si svolgerà dapprima un'analisi separata per ogni singola eccezione di impugnativa contrattuale, nell'ambito della quale si indagheranno gli aspetti della natura in senso lato o in senso stretto delle stesse, nonché del termine entro il quale si prescrivono. Successivamente, si effettuerà un esame unitario delle modalità con cui tali eccezioni operano, del ruolo dalle medesime eventualmente ricoperto all'interno degli schemi di produzione degli effetti sostanziali di nullità, annullamento, rescissione e risoluzione dei contratti, e, infine, della natura della sentenza che rigetti la domanda attorea in accoglimento delle eccezioni in discorso.

11. L'eccezione di nullità

Il codice civile disciplina le eccezioni di impugnativa contrattuale in corrispondenza delle relative azioni, sicché la prima eccezione che entra in scena è l'eccezione di nullità.

La questione relativa all'inquadramento di tale eccezione nel novero di quelle in senso lato o in senso stretto viene risolta in modo inattaccabile dall'art. 1421 c.c., in forza del quale “la nullità [...] può essere rilevata d'ufficio dal giudice”. Siffatta disciplina esprime icasticamente il particolare disvalore associato alla nullità e ben si spiega con l'intento di impedire che il processo divenga uno strumento per far conseguire al contratto nullo gli effetti che l'ordinamento giuridico, in linea di principio, gli nega ⁽³¹⁵⁾. È, dunque, diffusa la

⁽³¹³⁾ Così A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva* cit., p. 71. Per un'analisi degli schemi di produzione degli effetti sostanziali, v. *supra*, par. 2.

⁽³¹⁴⁾ L'affermazione è di G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., p. 361 ss., il quale spiega il concetto anche con una metafora estremamente efficace: “se vado a caccia, non è che il mio fucile diventi più o meno idoneo a prendere selvaggina a seconda che il mio compagno di battuta sia a sua volta armato oppure no: se è armato e io non sparo, potrà essere lui a colpire; se io non sparo e lui è disarmato, la selvaggina se ne andrà di certo”.

⁽³¹⁵⁾ La dottrina è, sul punto, compatta: v. A. CATAUDELLA, *Il giudice* cit., p. 675; C. CONSOLO, *Nullità del contratto* cit., p. 13, il quale rinviene la *ratio* dell'art. 1421 c.c. nella “necessità che non venga, in senso lato, data vigenza ad un contratto nei cui confronti l'ordinamento ha espresso la propria disapprovazione, e così un giudizio di radicale disvalore”; F. CORSINI, *Rilevanza* cit., pp. 670, 691, per cui “la rilevanza di ufficio si sposa coerentemente con lo scopo di protezione sotteso alla nullità” e la sua vera *ratio* è “quella di impedire che [il

convinzione che il verbo “può”, utilizzato nell’art. 1421 c.c., sia più correttamente da intendersi come “deve”: la norma assegna all’autorità giudicante non una facoltà, bensì un obbligo di rilevare la nullità del contratto, ogniqualvolta la stessa risulti *ex actis* ⁽³¹⁶⁾.

contratto nullo] costituisca il presupposto di una decisione giudiziale, che in qualche modo ne implichi la validità o comunque la provvisoria efficacia”; G. FABBRINI, *L’eccezione di merito* cit., p. 358, per cui, “se il giudice può (e deve) rilevare d’ufficio la nullità di un contratto [...], ciò significa che l’ordinamento si preoccupa dell’effettivo rispetto dei limiti posti all’autonomia privata”; S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità e l’articolazione di nuovi mezzi di prova nella cornice dell’effettività della tutela. Il dialogo tra le Corti*, in *Contratti* 2014, p. 15, spec. 19, il quale afferma che “la *ratio* dell’art. 1421 c.c. si condensa tutta nell’evitare che un contratto nullo, per ciò stesso immeritevole di tutela, possa anche obliquamente dispiegare degli effetti”; D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008, pp. 80-81, secondo cui la “*ratio* della rilevabilità d’ufficio è dunque sempre quella di realizzare l’interesse (più o meno specifico) protetto con la sanzione di nullità. Interesse che [...] è sempre anche pubblico pur quando il rimedio in oggetto protegge posizioni individuali”; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale* cit., p. 682, i quali fanno notare che, “se non fosse prevista una tale disposizione, potrebbe paradossalmente avvenire che il giudice si trovi a pronunciare una sentenza che faccia produrre effetti ad un contratto riprovato dalla legge”. In giurisprudenza, esprimono la medesima convinzione, tra le tante, Cass., 13 giugno 2019, n. 15950; Cass., 12 aprile 2018, n. 9095; Cass., 14 giugno 2017, n. 14804; Cass., 11 novembre 2016, n. 23064; Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243; Cass., 31 ottobre 2014, n. 23306; Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, per la quale “la funzione dell’art. 1421 c.c. è di impedire che il contratto nullo, sul quale l’ordinamento esprime un giudizio di disvalore, possa spiegare i suoi effetti”.

⁽³¹⁶⁾ L’opinione è in giurisprudenza consolidata: cfr., *ex multis*, Cass., 9 maggio 2019, n. 12259; Cass., 29 marzo 2019, n. 8914; Cass., 23 febbraio 2018, n. 4458; Cass., 30 maggio 2017, n. 13632; Cass., 27 ottobre 2015, n. 21775; Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243; Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828.

In dottrina, alcuni affermano che il fatto che il giudice abbia un obbligo (anziché una facoltà) di rilevazione della nullità discende da un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 1421 c.c.; il “può” della norma deve esser letto come un “deve”, collegato all’esercizio delle funzioni di terzietà ed imparzialità del giudice, *ex art. 111, c. 2, Cost.*: cfr. V. CARBONE, “*Porte aperte*” cit., p. 96. Altri sostengono, invece, che il legislatore abbia utilizzato il verbo “potere” per sancire un’eccezione al principio generale di cui all’art. 2907 c.c., in virtù della quale l’organo giudicante possa provvedere d’ufficio alla tutela giurisdizionale dei diritti laddove gli interessati tacciano; tuttavia, anche in tale contesto, “il magistrato non è arbitro di scegliere se valersi o non dei suoi poteri ma deve servirsene”: G. STOLFI, *Sopra un caso di modificazione della domanda in corso di giudizio*, in *Giur. it.* 1948, I, II, p. 148, spec. 151. In senso contrario si esprime, invece, M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 320, nt. 59.4, secondo il quale “la *possibilità*, per il giudice, di rilevare un certo fatto, non implica l’obbligo di farlo”.

Si anticipa sin d’ora che la rilevabilità officiosa, mai contestata nella sua qualità di regola “di massima”, è stata oggetto di diversificate riflessioni e applicazioni in dipendenza dalla concreta domanda giudiziale proposta nel singolo caso. Ci si è, per esempio, domandati se sia possibile rilevare una causa di nullità diversa da quella posta dall’attore a fondamento della propria domanda, oppure se sia possibile rilevare la nullità parziale del contratto quando sia stata proposta domanda di nullità totale, e viceversa. Ancora, ci si è domandati se la nullità possa essere sempre rilevata d’ufficio indipendentemente dal fatto che la domanda attorea sia volta all’esecuzione di un contratto o alla caducazione dei suoi effetti. Si tratta di questioni complesse che verranno analizzate nell’ambito del secondo capitolo (cfr. *infra*, parr. 21 e 45). In questa sede, ci si limita a sottolineare la generale qualificazione della eccezione di nullità quale eccezione rilevabile d’ufficio, lasciando i dettagli al prosieguo della trattazione.

Nella prospettiva della dinamica processuale, il giudice può procedere al rilievo *ex officio* ai sensi dell’art. 183, c. 4, c.p.c. (“nell’udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata [per il tentativo di conciliazione], il giudice [...] indica le questioni rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”), oppure *ex art. 101, c. 2, c.p.c.* (“se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”). Inoltre, secondo il più recente orientamento giurisprudenziale, “in appello e in Cassazione, in caso di mancata rilevazione officiosa della nullità in primo grado, il giudice ha sempre la facoltà di rilevare d’ufficio la nullità”: cfr., *ex multis*, Cass., 6 giugno 2018, n. 14688; Cass., 12 aprile 2018, n. 9095; Cass., 16 marzo 2016, n. 5249; Trib. Pisa, 26 giugno 2015, n. 743, in *DeJure*; Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243, par. 7, punto 6. Riguardo alla rilevabilità officiosa in fase di gravame, si vedano C. CONSOLO – F. GODIO, *Patologia del contratto* cit., p. 240, i quali pongono il seguente

Tale regola generale non viene meno neppure nelle ipotesi di nullità di protezione, che non presentano differenze rispetto alle nullità di diritto comune sotto questo particolare profilo. Come si è visto ⁽³¹⁷⁾, infatti, le nullità di protezione presidiano un interesse “di serie o di massa”, la cui tutela verrebbe notevolmente menomata se non si attribuisse al giudice il potere-dovere di rilevarle in via officiosa. Anzi, proprio nei settori in parola, il potere officioso assume un significato ancor più apprezzabile, poiché rafforza l'intensità della “protezione” accordata alla parte debole, la quale, in ragione della propria posizione di minor difesa, potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa concessa ⁽³¹⁸⁾.

Peraltro, sovente sono le stesse norme che disciplinano le nullità di protezione a prevedere che queste ultime siano rilevabili d'ufficio: si pensi, per esempio, all'art. 127, c. 2, t.u.b., per cui “le nullità previste dal presente titolo [...] possono essere rilevate d'ufficio dal giudice”, o all'art. 134 c. cons., secondo cui “la nullità [...] può essere rilevata d'ufficio dal giudice”.

Avverso tale ricostruzione si sono, per vero, sollevate alcune voci critiche, le quali hanno evidenziato il rischio che, ammettendo la rilevabilità officiosa di una nullità relativa, la parte non legittimata ad agire riesca a eludere la propria carenza di legittimazione attiva e a stimolare una declaratoria di nullità attraverso la mera allegazione di cause di invalidità del

dubbio: “come potrà la Corte di cassazione rilevare d'ufficio la nullità del contratto, posto che tale rilievo implica che la Corte guardi ‘al merito della lite’, che invece le è tendenzialmente precluso?”; gli autori rispondono che, in realtà, la lite sostanziale è sempre sottesa al giudizio di legittimità ed è, quindi, accessibile alla Suprema Corte; I. PAGNI, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.* 2015, p. 71, spec. 74, nt. 13, la quale paragona la soluzione proposta a quella adottata per il difetto di giurisdizione.

⁽³¹⁷⁾ Cfr. *supra*, par. 6.

⁽³¹⁸⁾ La più recente giurisprudenza, sia nazionale sia comunitaria, è fortemente orientata in tal senso. Quanto alla prima, cfr. Cass., 13 giugno 2019, n. 15950; Cass., 21 novembre 2018, n. 30104; Cass., 14 giugno 2017, n. 14804 (in *obiter*); Cass., 26 giugno 2015, n. 13287, in *Giur. it.* 2015, p. 2319, con nota di M. COCCO, *Rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*; Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243. Quanto alla seconda, con specifico riferimento ai rapporti tra consumatore e professionista, cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 30 maggio 2013, C-488/11 (c.d. sentenza Asbeck), in *curia.europa.eu*; Corte di giustizia dell'Unione Europea, 6 ottobre 2009, C-40/08 (c.d. sentenza Asturcom), in *Riv. arb.* 2009, p. 667, con nota di E. D'ALESSANDRO, *La Corte di giustizia sancisce il dovere, per il giudice nazionale, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*; in *Contratti* 2009, p. 1115, con nota di S. MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo «atto» della Corte di giustizia*; in *Dir. comm. internaz.* 2011, p. 569, con nota di V. TINTO, *Il potere del giudice di rilevazione della nullità di protezione*: “un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna”; Corte di giustizia dell'Unione Europea, 4 giugno 2009, C-0243/08 (c.d. sentenza Pannon), in *Rass. dir. civ.* 2010, p. 507, con nota di S. PAGLIANTINI, *La vaghezza del principio di «non vincolatività» delle clausole vessatorie secondo la Corte di giustizia: ultimo atto?*; in *Rass. dir. civ.* 2010, p. 1227, con nota adesiva di I. PRISCO, *Il rilievo d'ufficio della nullità tra certezza del diritto ed effettività della tutela*, secondo la quale l'organo giudicante deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale, così divenendo “garante della effettività della tutela accordata al contraente debole”. In dottrina, abbracciano le tesi giurisprudenziali e attribuiscono anche all'eccezione di nullità di protezione natura di eccezione in senso lato F. CORSINI, *Rilevabilità cit.*, p. 673, per il quale, “anche laddove la legittimazione ad agire è ristretta, [...] il potere del giudice di eccepire la nullità è essenziale per perseguire gli interessi generali sottesi alla tutela di una data classe di contraenti (consumatori, risparmiatori, investitori)”; D. RUSSO, *Profili cit.*, pp. 87-88.

contratto ⁽³¹⁹⁾. Si è, dunque, proposto di ovviare al problema consentendo il rilievo officioso della nullità di protezione nei soli casi in cui ciò vada a vantaggio del contraente debole ⁽³²⁰⁾.

Per vagliare l'opportunità di detto correttivo, occorre a mio avviso risolvere preliminarmente il problema relativo ai riflessi che il rilievo d'ufficio della nullità può provocare sul contenuto della sentenza che chiude il giudizio; infatti, solo così si potrà comprendere se il potere officioso possa effettivamente provocare una elusione delle norme sulla legittimazione relativa del contraente debole. Poiché tale tematica sarà affrontata nel corso del secondo capitolo, si ritiene più opportuno rimandare a quella fase le riflessioni circa le eventuali restrizioni al potere di rilievo officioso della nullità, nelle ipotesi in cui quest'ultima sia di protezione ⁽³²¹⁾.

L'eccezione di nullità non è soggetta ad alcun termine di prescrizione. Sebbene non vi siano espresse indicazioni normative in tal senso, l'osservazione si pone quale ragionevole corollario dell'imprescrittibilità dell'azione. Se l'eccezione si prescrivesse, si creerebbero delle situazioni in cui la parte interessata a far valere la nullità potrebbe ancora proporre la relativa domanda giudiziale, ma non potrebbe più opporla in via di eccezione ove convenuta in giudizio per l'esecuzione del contratto. Si costringerebbe, così, la parte convenuta a proporre sempre una domanda riconvenzionale di nullità, o ad instaurare una seconda autonoma lite per ottenere la declaratoria di nullità, senza alcuna valida ragione. Infatti, se lo scopo perseguito dall'ordinamento è quello di non consentire che il contratto nullo possa surrettiziamente produrre effetti, l'esecuzione del negozio in ragione dell'accoglimento della domanda attorea può essere evitata anche con lo strumento di una mera eccezione, senza dover instaurare un'azione.

A ciò si aggiunga che la prescrittibilità dell'eccezione di nullità mal si concilierebbe con la circostanza che la nullità può essere altresì rilevata d'ufficio dall'organo giudicante. Se si

⁽³¹⁹⁾ Tra gli autori che reputano le nullità di protezione incompatibili con la rilevabilità officiosa, v. R. QUADRI, «Nullità» e tutela del «contraente debole», in *Contr. e impr.* 2001, p. 1143, spec. 1161 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, pp. 188-189, per cui, «una volta ammessa nel sistema la configurabilità di una legittimazione relativa all'azione, sopprime poi la permanente rilevabilità d'ufficio della nullità svuoterebbe di contenuto proprio l'inciso iniziale dell'art. 1421, poiché, posto il potere-dovere del giudice di rilevarla, basterebbe alla parte non legittimata allegarne gli elementi costitutivi in giudizio per vanificare proprio la legittimazione ristretta all'azione».

⁽³²⁰⁾ Tale soluzione è propugnata da A. BENUSSI, *Rilevabilità della nullità fra negozio e processo*, in *Obbl. e contr.* 2007, p. 494, spec. 500; G. BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio cit.*, p. 899, per cui «il giudice dovrebbe sempre rilevare la causa della nullità relativa, tranne nel caso in cui il contraente legittimato manifesti un interesse all'efficacia del contratto o della clausola, rivelato da un comportamento processuale di invocazione degli effetti negoziali o da un comportamento a carattere positivo che comunque esprima accettazione degli effetti medesimi»; F. CORSINI, *Rilevabilità cit.*, p. 673; M. MANTOVANI, *Le nullità cit.*, pp. 86-87, per il quale il potere officioso dovrebbe arrestarsi solo di fronte a una domanda del contraente debole sostanzialmente incompatibile con il risultato derivante dalla nullità rilevata; S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.* 2002, p. 685, spec. 689-690, per cui «il giudice deve conformare ed eventualmente limitare l'esercizio del suo intervento d'ufficio laddove la declaratoria di nullità della clausola appaia in concreto pregiudizievole per il consumatore o, addirittura, sia da questi non voluta»; M. PIROVANO, *Rilevabilità d'ufficio della nullità e domanda di risoluzione*, in *Contratti* 2011, p. 681, spec. 688-689, per la quale il rilievo d'ufficio della nullità «dovrà essere negato laddove, dagli atti e dalle prove assunte in giudizio, non risulti corrispondente agli obiettivi del consumatore, avendo egli manifestato l'intenzione di conservare il contratto o la sua singola clausola, che – per quanto astrattamente lesivi – non gli recano in concreto alcun pregiudizio».

⁽³²¹⁾ Cfr. *infra*, parr. 26 e 46.

volesse mantenere un parallelismo tra l'eccezione di parte e il rilievo d'ufficio, bisognerebbe concludere che anche al giudice sia precluso sollevare la questione di nullità dopo la scadenza del termine di prescrizione dell'eccezione; ma non si rinviene una norma che ponga una simile disciplina in materia contrattuale. Se, viceversa, si volesse applicare il termine di prescrizione alla sola eccezione di parte, si avrebbero casi in cui la nullità non possa più essere sollevata dalla parte, ma possa essere ancora rilevata dal giudice. L'intervenuta prescrizione dell'eccezione potrebbe, quindi, essere facilmente aggirata dal convenuto, al quale basterebbe stimolare il rilievo d'ufficio della nullità per conseguire il medesimo risultato.

Alla luce di tali argomenti, pare allora corretto ritenere che anche l'eccezione di nullità, come la relativa azione, sia imprescrittibile.

12. L'eccezione di annullabilità

Ai sensi dell'art. 1442, c. 4, c.c., "l'annullabilità può essere opposta dalla parte convenuta per l'esecuzione del contratto, anche se è prescritta l'azione per farla valere".

L'attività di esegesi della norma non può che prendere il via dalle prime parole utilizzate, ossia "l'annullabilità". Come sottolineato da autorevole dottrina, annullabilità significa suscettibilità di annullamento, ossia esposizione alla possibilità di annullamento⁽³²²⁾: siffatta scelta terminologica rende evidente che il legislatore ha inteso riferirsi a qualcosa di diverso dall'effetto di annullamento, e precisamente a quella situazione in cui tale effetto è solo in potenza, non in atto.

La seconda notazione che preme subito effettuare, e che attiene al profilo dell'ammissibilità dell'eccezione in esame, è che il rimedio dell'eccezione di annullabilità opera solo se il contratto non è ancora stato eseguito, in tutto o in parte, dal contraente che la solleva: invero, la norma dispone che "l'annullabilità può essere opposta dalla parte convenuta per l'esecuzione del contratto", il quale deve giocoforza essere ancora inattuato⁽³²³⁾.

⁽³²²⁾ Cfr. F. MESSINEO, voce *Annullabilità* cit., p. 469, il quale evidenzia che "i due termini restano intimamente legati, nel senso che il primo si concepisce come *possibilità logica del secondo*".

⁽³²³⁾ L'opinione è invalsa tra gli interpreti: v. A. CATAUDELLA, *Il giudice* cit., p. 670, per il quale la parte interessata può far valere l'annullabilità in via d'eccezione "sino a quando la prestazione non sia stata attuata"; C. CONSOLO, «*Imprescrittibilità*» della c.d. eccezione di annullabilità e parte convenuta per l'esecuzione: spunti sistematici, in *Corr. giur.* 2000, p. 95, spec. 98, secondo cui "tale speciale facoltà dell'obbligato escusso va ristretta al caso in cui l'azione che si vuole fronteggiare sia volta ad ottenere l'esecuzione del contratto, non ancora dunque suscettibile di potersi dire integralmente eseguito da parte del soggetto – il convenuto nel processo di condanna – titolare del potere caducatorio"; M. COSTANZA, *Annullamento del contratto concluso dall'incapace naturale: imprescrittibilità dell'eccezione e decorrenza del termine di prescrizione dell'azione*, in *Giust. civ.* 1986, I, p. 2255, spec. 2557; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, Milano, 1991, p. 237, anche nt. 76; A. MOTTO, *Poteri* cit., pp. 311-312, secondo il quale l'eccezione "è normativamente prevista quale mezzo di difesa dell'obbligato nel giudizio in cui gli è richiesta l'esecuzione della prestazione [...], al fine di conseguire il rigetto della domanda di condanna, sottraendosi all'adempimento dell'obbligazione, di guisa che essa presuppone che questa sia rimasta inattuata"; F. PECCENINI, sub *art. 1442*, in AA.VV., *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998, p. 508; R. TOMMASINI, sub *art. 1441* cit., p. 103; R. TOMMASINI, voce *Annullabilità* cit., p. 11.

In effetti, finché il contratto rimane ineseguito, la situazione di fatto corrisponde già a quella che si determinerebbe in seguito all'annullamento; in tale scenario, l'opponibilità dell'eccezione serve a risparmiare al titolare del diritto potestativo di annullamento l'onere di attivare un giudizio diretto a ottenere la caducazione del rapporto ⁽³²⁴⁾.

La formulazione dell'art. 1442, c. 4, c.c. costituisce, inoltre, un utile strumento ai fini dell'inquadramento dell'eccezione in discorso tra le eccezioni in senso lato o tra le eccezioni in senso stretto. Per un verso, è testualmente previsto che l'annullabilità possa essere "opposta *dalla parte* convenuta"; per un altro, non sono rinvenibili cenni a eventuali poteri officiosi del giudice. Se ne trae che l'eccezione di annullabilità debba essere ricompresa tra le eccezioni riservate all'istanza di parte e non rilevabili d'ufficio ⁽³²⁵⁾.

Peraltro, non solo la conclusione discende *de plano* dal diritto positivo, ma consente altresì di rispettare l'armonia del sistema. Come si è visto nel precedente paragrafo 7, la produzione dell'effetto di annullamento non avviene *ipso iure*, ma è affidata all'esercizio di un potere di parte, necessariamente nell'ambito di un giudizio, e alla pronuncia di una sentenza costitutiva. L'ordinamento, dunque, lascia alla parte interessata la facoltà di scegliere se mantenere in vita un contratto annullabile o se ottenerne la caducazione. Ebbene, tale libertà di scelta sarebbe fortemente compressa se, convenuta in giudizio la parte interessata all'annullamento, il giudice potesse rilevare d'ufficio l'annullabilità del contratto e rigettare la domanda attorea volta a farne valere uno o più effetti. Se ciò accadesse, la discrezionalità del contraente leso sarebbe garantita solo fintantoché la controparte non instauri un'azione

Si è, peraltro, precisato che la locuzione "parte convenuta" deve essere intesa non già in senso formale, bensì in senso sostanziale. Essa si riferisce anche a coloro che, con l'obiettivo di sottrarsi alla pretesa di adempimento, si siano dovuti fare attori e prendere l'iniziativa di dare impulso ad un processo di cognizione: si pensi alle ipotesi di opposizione a decreto ingiuntivo, o alle ipotesi di opposizione all'esecuzione o a precetto. In proposito, v. C. CONSOLO, «Imprescrittibilità» cit., p. 99; R. TOMMASINI, sub art. 1441 cit., p. 103.

⁽³²⁴⁾ Lo segnalano E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., p. 466; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, cit., p. 237, anche nt. 76.

⁽³²⁵⁾ E, in effetti, di tale avviso si mostra la dottrina nettamente maggioritaria: cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III cit., p. 669; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico* cit., p. 354; C. CAVALLINI, *Perpetua ad excipiendum, variazioni in tema di giudicato e motivazione*, in *Riv. dir. proc.* 2018, p. 621, spec. 622-623; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 305; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., p. 354, nt. 19, che ricomprende l'eccezione di annullabilità tra quelle che, "secondo il nostro diritto positivo, [sono] rilevabili sicuramente *solo* ad istanza di parte"; F. MESSINEO, voce *Annulabilità* cit., p. 476, per cui la natura in senso stretto dell'eccezione di annullabilità "si desume, argomentando *a contrario sensu* dall'art. 1421 (in fine), dove, a proposito della nullità, è disposto che questa può anche essere rilevata di ufficio dal giudice [...], mentre un inciso equivalente non si trova nell'art. 1441"; L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., p. 45; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 267; R. SACCO, voce *Nullità* cit., p. 305. In giurisprudenza, sottolineano che l'eccezione di annullamento è un'eccezione in senso stretto Trib. Treviso, 23 marzo 2017, n. 675, in *DeJure*; Cass., 5 febbraio 2016, n. 2313; Cass., 6 ottobre 2014, n. 20988; Cass., 5 giugno 2014, n. 12677; Cass., 26 marzo 2012, n. 4852 (in *obiter*); Cass., 29 aprile 2009, n. 10038 (in *obiter*); App. Bari, 10 marzo 2009, n. 231, in *DeJure*; Cass., 15 maggio 2007, n. 11108 (in *obiter*); Cass., sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661 (in *obiter*); Cass., sez. un., 3 febbraio 1998, n. 1099, per cui, "nei casi di eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva, identificandosi [...] la manifestazione di volontà dell'interessato come elemento integrativo della fattispecie difensiva, è da escludere che, avvenuta l'allegazione dei fatti rilevanti, possa il giudice desumere l'effetto, senza l'apposito istanza di parte"; Cass., 15 gennaio 1993, n. 427.

di adempimento; dopo tale momento, la discrezionalità verrebbe inammissibilmente trasferita in capo al giudice ⁽³²⁶⁾.

All'attribuzione della qualifica di eccezione in senso stretto si oppone, invece, chi ritiene che il diritto potestativo di annullamento abbia natura sostanziale e che l'effetto di annullamento possa prodursi senza l'intervento dell'autorità giurisdizionale. Sulla scorta di tali premesse, si arriva coerentemente a concludere che, ove il diritto potestativo di annullamento sia stato esercitato prima dell'instaurazione del giudizio e ciò emerga dagli atti di causa, il giudice possa rilevare d'ufficio la circostanza – anche in assenza dell'eccezione del convenuto – e porla a fondamento della propria decisione ⁽³²⁷⁾.

Tale ricostruzione sarebbe anche astrattamente condivisibile, se si potesse accoglierne i presupposti (con il persistente problema, però, della necessità di riconciliarla con il contrario dato normativo). Tuttavia, la tesi qui accolta, per cui il potere di annullamento è a necessario esercizio giudiziale, ne mina alla base la tenuta: il giudice non può rilevare d'ufficio il fatto posto dalla legge quale presupposto di annullabilità, proprio perché tale fatto non ha autonoma rilevanza finché non intervenga la manifestazione giudiziale di volontà dell'interessato ⁽³²⁸⁾.

L'ultimo aspetto su cui occorre soffermare l'attenzione è quello della prescrittibilità dell'eccezione. Il problema ha ragion d'essere in quanto, sul piano sostanziale, per rendere definitivi tra le parti gli effetti di un contratto annullabile, non è sufficiente il mancato esperimento dell'azione, ma si rende altresì necessario uno specifico comportamento positivo di convalida ⁽³²⁹⁾; ne segue che, ogniqualvolta tale comportamento manchi, il negozio continua ad essere invalido, anche se l'azione di annullamento si è prescritta.

Anche rispetto alla questione in esame, è il legislatore a fornire un'indicazione inequivocabile, laddove stabilisce che l'annullabilità può essere opposta “*anche se è prescritta*”

⁽³²⁶⁾ Si mostrano sensibili all'armonia del sistema tutti quegli autori che ravvisano un'eccezione in senso stretto ogniqualvolta il fatto che la giustifica potrebbe dar luogo a una separata autonoma azione del convenuto: in tal senso, cfr. V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1979, p. 369; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 305, per cui “nel campo dei diritti potestativi, [...] come il convenuto sarebbe libero di proporre o no l'azione né il giudice potrebbe ad esso sostituirsi, così deve ritenersi che il convenuto sarebbe libero di proporre o no la corrispondente eccezione”; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, pp. 159-160, il quale rileva come l'eccezione di annullabilità “corrisponde al potere monopolistico della parte [...] di ottenere l'annullamento del contratto. E poiché il potere di annullamento è riservato alla parte, anche la corrispondente eccezione (che avrà l'effetto di paralizzare, proprio in forza della denunciata annullabilità, la domanda avversaria di adempimento del contratto) è ad essa riservata, e non potrà essere rilevata d'ufficio”; E. T. LIEBMAN, *Manuale* cit., vol. I, p. 162; L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., p. 46, nt. 69; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., pp. 272, 311, per cui, quando “l'ordinamento attribuisce al soggetto privato la facoltà di scelta se creare il nuovo rapporto, previsto a tutela del suo interesse dalla norma di modificazione, ovvero se conservare lo *status* esistente, [...] l'atto di volontà della parte, come occorre nel proporre l'azione, così occorre nell'eccezione. Ciò si verifica, ad esempio, nelle azioni costitutive”.

⁽³²⁷⁾ È questo il pensiero di I. PAGNI, *Le azioni* cit., pp. 271, 276-277, nt. 153.

⁽³²⁸⁾ Cfr. R. SACCO, voce *Nullità* cit., p. 305.

⁽³²⁹⁾ Così E. LA ROSA, sub *art. 1442*, in R. TOMMASINI – E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e continuato da F. D. BUSNELLI, Milano, 2009, p. 141; R. TOMMASINI, voce *Annulabilità* cit., p. 10, per il quale “il mancato esperimento dell'azione di annullamento nei termini di legge [...] non determina la sanatoria (dei vizi) dell'atto e di conseguenza non implica convalida implicita”.

l'azione per farla valere". La circostanza non deve in alcun modo stupire. L'imprescrittibilità dell'eccezione di annullabilità non configura una regola eccezionale, ma rappresenta, piuttosto, una lineare applicazione dei principi che vigono in materia di prescrizione. Quando il contratto annullabile non è stato eseguito da parte di colui che sarebbe legittimato a proporre l'azione, la necessità di far valere l'invalidità del negozio sorge solo nel momento in cui venga richiesto l'adempimento; prima di allora, non occorre, invece, attivarsi per ottenere la tutela dei propri interessi, essendo questi già realizzati grazie alla mancata esecuzione della prestazione. Così, poiché la scelta del momento in cui opporre l'eccezione dipende dall'esercizio dell'azione, che è nell'esclusivo potere dell'avversario, fin quando la parte interessata non venga convenuta in adempimento non può parlarsi di inerzia, e di conseguenza nemmeno di prescrizione. È fisiologico, dunque, che l'eccezione di annullabilità rimanga in vita fintanto che rimanga in vita la pretesa di controparte; dopodiché l'eccezione diviene inoperante ⁽³³⁰⁾.

13. L'eccezione di rescindibilità

La successiva eccezione che trova espressa disciplina nel codice civile è l'eccezione di rescindibilità del contratto. A mente dell'art. 1449, c. 2, c.c., "la rescindibilità del contratto non può essere opposta in via di eccezione quando l'azione è prescritta".

Rispetto alla terminologia utilizzata dal legislatore, si può qui ripetere, *mutatis mutandis*, quanto evidenziato nel precedente paragrafo a proposito dell'annullabilità: la rescindibilità corrisponde a quella situazione in cui l'accordo potrebbe potenzialmente essere rescisso, ma ciò non è ancora accaduto; in cui, quindi, l'efficacia del contratto permane, in quanto l'effetto di rescissione non è ancora venuto alla luce.

Quanto alla riconducibilità di tale eccezione nella categoria delle eccezioni in senso lato o in senso stretto, il dato normativo a disposizione dell'interprete è meno netto di quello che

⁽³³⁰⁾ Nei termini indicati nel testo si esprimono C. CONSOLO, «Imprescrittibilità» cit., pp. 96-97, 102; M. COSTANZA, *Annullamento del contratto* cit., p. 2256, per la quale "l'inerzia del titolare di un diritto sussiste solo se egli non faccia valere la propria posizione giuridica nei confronti di chi vi si oppone"; F. MESSINEO, voce *Annullabilità* cit., p. 479, per il quale "l'eccezione di annullamento è imprescrittibile [...]. Soltanto quando sia prescritto, o comunque altrimenti estinto il diritto della controparte e venga, pertanto, meno la possibilità che essa chiami in giudizio il già titolare dell'azione di annullamento, per chiedere la esecuzione del contratto, l'eccezione di annullabilità cessa di avere pratico significato e, quindi, diviene a sua volta inoperante"; G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., p. 507, che scrive: "dalla medesima essenza dell'annullabilità deriva la prescrivibilità dell'azione, per la certezza delle situazioni giuridiche, dovendo l'inerzia considerarsi determinata da mancanza di interesse (art. 1442); potendo, però, l'interesse sorgere successivamente a seguito di pretesa avanzata dalla controparte, la prescrizione che colpisce l'azione non colpisce l'eccezione, che rimarrà in vita finché rimanga in vita la pretesa della controparte (art. 1442, ult. comma)"; A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 310, nt. 231, per cui, "sin tanto che è proponibile la domanda giudiziale, corrispondentemente al convenuto è dato il potere di eccezione, funzionale a difendersi avverso di essa"; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 285; P. VITUCCI, *Tant dure l'action tant dure l'exception*, in *Giur. it.* 1986, I, 2, p. 245, spec. 248.

La conservazione in perpetuo dell'eccezione di annullabilità ha, peraltro, il vantaggio di dissuadere il titolare del diritto potestativo di annullamento dalla proposizione dell'azione giudiziale, che può rivelarsi inutile se le prestazioni contrattuali non sono state adempiute: v. P. VITUCCI, *Tant dure l'action* cit., p. 248, il quale fa condivisibilmente notare che si tratta delle medesime ragioni che hanno spinto il legislatore ad ammettere le impugnazioni incidentali tardive.

figura nell'art. 1442, c. 4, c.c. Infatti, se è vero che l'art. 1449, c. 2, c.c. parla di opponibilità della rescindibilità in via di eccezione, è altrettanto vero che non indica espressamente chi goda del relativo potere.

Ciononostante, l'incertezza lasciata dal testo viene superata da considerazioni di carattere sistematico. Anche per quanto riguarda la rescissione del contratto, invero, l'effetto ablativo non sorge in automatico, ma il legislatore demanda alla parte lesa le valutazioni circa l'opportunità di produrlo. Ancora una volta, quindi, non avrebbe senso consentire al giudice di "scavalcare" la volontà del titolare del diritto potestativo giudiziale e di attribuire in prima persona rilevanza giuridica a fatti che non producono effetti sul piano sostanziale (peraltro, solo nelle limitate ipotesi in cui il contraente danneggiato sia convenuto in giudizio dalla controparte). Di gran lunga preferibile è istituire un parallelismo tra potere di rescissione e relativa eccezione di rescindibilità, lasciando entrambi nella disponibilità del soggetto offeso, in assenza di interferenze officiose da parte dell'autorità giurisdizionale ⁽³³¹⁾.

A differenza delle eccezioni di nullità e di annullabilità, l'eccezione di rescindibilità è soggetta al termine di prescrizione annuale cui è soggetta anche la relativa azione. Ciò comporta che, una volta che il contraente leso abbia perso la possibilità di ottenere l'estinzione dell'efficacia contrattuale in via d'azione, non potrà più difendersi in via d'eccezione da eventuali richieste di adempimento della controparte, e sarà tenuto ad eseguire la propria prestazione.

Le ragioni della differenza di disciplina rispetto all'eccezione di annullabilità devono ravvisarsi nelle diversità strutturali tra annullabilità e rescindibilità. Quando sussistono delle

⁽³³¹⁾ La qualificazione dell'eccezione di rescindibilità come eccezione in senso stretto raccoglie il granitico e incontestato consenso degli interpreti: v. B. CARPINO, *La rescissione* cit., p. 90, il quale peraltro sottolinea che, se l'eccezione in esame "fosse proposta al di fuori del giudizio, non avrebbe alcuna incidenza sull'efficacia del contratto"; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, pp. 159-160, per cui, "quando il fatto che integra l'eccezione corrisponde all'esercizio di un potere di azione costitutiva che la parte potrebbe anche azionare in giudizio", tale eccezione rientra "nel novero delle eccezioni in senso stretto"; M. DE POLI, *La rescissione del contratto*, in *Trattato* cit., p. 238, per cui l'eccezione in esame è "un'eccezione in senso stretto, che non è rilevabile d'ufficio perché essa corrisponde ad un «contro-diritto» sostanziale del convenuto [...] e il giudice non può provvedere d'ufficio alla tutela dei diritti soggettivi sostanziali"; M. DE POLI, *Rescissione del contratto*, in *Il codice civile* cit., p. 282; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., p. 354, nt. 19, che ricomprende l'eccezione di rescindibilità tra quelle che, "secondo il nostro diritto positivo, [sono] rilevabili sicuramente solo ad istanza di parte"; E. MINERVINI, *La rescissione* cit., pp. 786-787, per cui "la rescissione del contratto è un rimedio riservato all'iniziativa della parte lesa: la rescindibilità del contratto non può essere rilevata di ufficio dal giudice"; L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., p. 45; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., pp. 267, 272, 311, per cui, quando "l'ordinamento attribuisce al soggetto privato la facoltà di scelta se creare il nuovo rapporto, previsto a tutela del suo interesse dalla norma di modificazione, ovvero se conservare lo *status* esistente, [...] l'atto di volontà della parte, come occorre nel proporre l'azione, così occorre nell'eccezione. Ciò si verifica, ad esempio, nelle azioni costitutive"; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 213; A. RICCIO, sub *art. 1448*, in R. LANZILLO – A. RICCIO, *Della rescissione del contratto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2005, p. 81. In giurisprudenza, affermano che l'eccezione di rescindibilità è rilevabile solo dalla parte Trib. Treviso, 23 marzo 2017, n. 675, in *DeJure*; Cass., 26 marzo 2012, n. 4852 (in *obiter*); Trib. Tivoli, 31 maggio 2011, in *DeJure*; Cass., 29 aprile 2009, n. 10038 (in *obiter*); Cass., 15 maggio 2007, n. 11108 (in *obiter*); Cass., sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661 (in *obiter*); Cass., sez. un., 3 febbraio 1998, n. 1099, per cui, "nei casi di eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva, identificandosi [...] la manifestazione di volontà dell'interessato come elemento integrativo della fattispecie difensiva, è da escludere che, avvenuta l'allegazione dei fatti rilevanti, possa il giudice desumere l'effetto, senza l'apposito istanza di parte".

cause di annullamento del contratto, si tratta di tutelare l'astratta libertà del volere ed è, dunque, particolarmente frequente che le obbligazioni contrattuali restino ineseguite; se così accade, manca l'interesse a impugnare il negozio ed è quanto mai opportuna la previsione dell'imprescrittibilità dell'eccezione. Quando, invece, sussistono delle cause di rescissione del contratto, si tratta di eliminare una situazione di svantaggio. In tali occasioni, è quasi scolastica l'ipotesi che l'accordo sia rimasto inattuato e, se così fosse, difficilmente la parte favorita proporrebbe azione per l'esecuzione; ecco perché il legislatore ha preferito predisporre un termine di prescrizione, che meglio si coordina con la validità del contratto rescindibile ⁽³³²⁾.

14. L'eccezione di risolubilità e l'eccezione di risoluzione

Resta ora da analizzare l'ultima eccezione di impugnativa contrattuale, ossia l'eccezione che corrisponde all'azione di risoluzione del contratto. Essa presenta maggiori criticità rispetto alle eccezioni che si sono esaminate nei precedenti paragrafi, per due ordini di motivi: *in primis*, si pone qui per la prima volta un tema di ammissibilità *tout court* dell'eccezione, per le ragioni che subito vedremo; *in secundis*, la pluralità delle forme di risoluzione e la diversità delle tecniche con cui l'effetto caducatorio si produce sul piano sostanziale impongono di operare alcuni *distinguo* anche con riferimento alle relative eccezioni.

Tali differenze sono, a mio avviso, talmente rilevanti da suggerire di enucleare due differenti *species* dell'unico *genus* dell'eccezione in esame: da un lato, l'eccezione di risolubilità del contratto, che fa da *pendant* alle azioni di risoluzione aventi carattere costitutivo; dall'altra, l'eccezione di (intervenuta) risoluzione del contratto, che costituisce il corrispettivo delle azioni di risoluzione aventi natura dichiarativa. I motivi per cui ho scelto di assegnare tali denominazioni alle due forme di eccezioni si chiariranno meglio nei prossimi paragrafi. Per il momento, mi limito a rilevare che, a mio parere, la diversa nomenclatura non è soltanto opportuna a fini di chiarezza espositiva, ma è espressione della distanza dei fenomeni sul piano dogmatico.

14.1. Le ipotesi di risoluzione giudiziale. L'eccezione di risolubilità

Cominciamo dalle forme di risoluzione giudiziale, ossia la risoluzione per inadempimento *ex art.* 1453 c.c. e la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

A differenza di quanto accade per l'annullabilità (art. 1442, c. 4, c.c.) e per la rescindibilità (art. 1449, c. 2, c.c.), il codice civile non prevede espressamente che la risolubilità di un contratto possa essere fatta valere in via di eccezione; o meglio, non lo prevede con una norma di parte generale, suscettibile di applicarsi a tutte le tipologie di contratti.

Figure specifiche di eccezione di risolubilità per inadempimento sono, per vero, previste nell'ambito della disciplina del contratto di compravendita e del contratto di appalto. Quanto

⁽³³²⁾ Per l'acuta osservazione, v. B. CARPINO, *La rescissione cit.*, pp. 89-90.

al primo, il legislatore ha disposto che, ove la cosa venduta presenti dei “vizi che la rendano inidonea all’uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore”, il compratore può domandare a sua scelta la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, a meno che, per determinati vizi, gli usi escludano la risoluzione (v. combinato disposto degli artt. 1490 e 1492 c.c.). L’azione si prescrive, in ogni caso, in un anno dalla consegna del bene; tuttavia, il compratore, convenuto per l’esecuzione del contratto, può sempre far valere la garanzia (purché il vizio sia stato denunciato entro otto giorni dalla scoperta e prima del decorso di un anno dalla consegna: cfr. art. 1495, c. 3, c.c.). Analoga regolamentazione è data al contratto di appalto, rispetto al quale è previsto che il committente, convenuto in giudizio dall’appaltatore per il pagamento del corrispettivo, può sempre opporre le difformità e i vizi dell’opera, purché dette difformità e detti vizi siano stati denunciati entro sessanta giorni dalla scoperta e prima che siano decorsi due anni dalla consegna (art. 1667, c. 3, c.c.).

Al di fuori di tali due peculiari ipotesi, manca una norma che consenta di opporre la risolubilità del contratto dovuta all’inadempimento della controparte in via di eccezione⁽³³³⁾.

Il medesimo *deficit* si riscontra rispetto all’eccezione di risolubilità del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta: quest’ultima non è espressamente contemplata né dagli artt. 1467 ss. c.c., né dalle norme che codificano specifiche ipotesi di sopravvenienze gravose (v., per esempio, gli artt. 1623 e 1664 c.c.).

Si pone, dunque, un problema di ammissibilità dell’eccezione in esame.

A mio avviso, al silenzio del legislatore deve essere attribuita portata dirimente, in applicazione del principio per cui *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. La principale ragione a supporto di tale conclusione risiede, mi sembra, nella peculiare tecnica con cui si formano gli effetti sostanziali allorquando sia necessario a tal fine l’intervento di una sentenza. Come si è visto⁽³³⁴⁾, in siffatte occasioni l’effetto giuridico si crea in forza dell’obbligato susseguirsi di determinati fatti, dell’esercizio di un diritto potestativo a natura giudiziale e di una pronuncia c.d. costitutiva (secondo lo schema norma – fatto – potere sull’*an* – accertamento giudiziale – effetto); il che significa che, fin quando non interviene il provvedimento giurisdizionale, quel determinato effetto non si produce. Quando, allora, l’ordinamento prevede che certi avvenimenti acquisiscano rilevanza giuridica solo ove fatti valere con lo strumento della domanda giudiziale, l’interprete deve aderire alla *voluntas legis* e non può costruire eccezioni alla regola. A meno che non sia il medesimo legislatore a consentirlo.

Occorre qui effettuare un breve inciso. Come già notato⁽³³⁵⁾, nelle ipotesi in esame, tra il momento in cui si verificano i presupposti fattuali della modificazione sostanziale e il momento in cui viene pronunciata la sentenza che opera detta modificazione, il rapporto

⁽³³³⁾ Benché la rubrica dell’art. 1453 c.c. reciti “Risolubilità del contratto per inadempimento”, la norma disciplina l’azione giudiziale di risoluzione per inadempimento e non lascia aperture espresse rispetto alla possibilità di far valere l’inadempimento della controparte in via di eccezione a fini risolutori.

Giova precisare che il discorso che qui si conduce attiene alla sola ipotesi di risoluzione per inadempimento *ex* art. 1453 c.c. La possibilità di opporre la risoluzione di diritto sarà, invece, oggetto di esame nel successivo paragrafo 14.2.

⁽³³⁴⁾ Cfr. *supra*, par. 2.

⁽³³⁵⁾ Cfr. *supra*, parr. 12 e 13.

contrattuale si trova in uno stato in cui è suscettibile di modificazione, ma non ancora modificato. Per tale ragione, si parla, in questa fase, di contratto annullabile, rescindibile e risolubile, in contrapposizione al contratto annullato, rescisso e risolto per il tramite della sentenza costitutiva. È proprio in questa fase che vengono a inserirsi le eccezioni di impugnativa contrattuale, con le quali si fa valere la citata suscettibilità di modificazione. Il che rende più corretto discorrere di eccezione di risolubilità, piuttosto che di eccezione di risoluzione, al fine di evidenziare che l'effetto caducatorio non si è ancora prodotto.

Ora, tornando all'ammissibilità dell'eccezione, negli altri casi di azioni di impugnativa contrattuale a carattere costitutivo (annullamento e rescissione), i *conditores* hanno ritenuto di attribuire rilevanza giuridica ai presupposti fattuali dell'effetto di annullamento e dell'effetto di rescissione anche in situazioni in cui non viene instaurata la relativa azione: così, hanno previsto la possibilità di far valere l'annullabilità o la rescindibilità del contratto – e, dunque, la sola suscettibilità di annullamento e di rescissione – attraverso una mera eccezione ⁽³³⁶⁾. La circostanza che, invece, tale possibilità non sia stata esplicitata con riferimento all'azione di risoluzione induce a pensare che lo stato di risolubilità del negozio non possa essere fatto valere che per il tramite di una domanda ⁽³³⁷⁾.

Quanto all'eccezione di risolubilità per inadempimento, la tesi qui proposta trova conforto in un'ulteriore considerazione di sistema, che coinvolge l'eccezione di inadempimento *ex* art. 1460 c.c.

Ai sensi della disposizione da ultimo citata, “1. Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto. 2. Tuttavia non può rifiutarsi la esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede”.

Come da più parti osservato, l'eccezione di inadempimento ha una funzione nettamente diversa da quella dell'effetto di risoluzione per inadempimento. La prima favorisce la regolare attuazione del sinallagma contrattuale. Infatti, l'eccipiente, rifiutandosi di adempiere sino a quando la controparte esegua ovvero offra di eseguire la controprestazione da lei dovuta, stimola l'adempimento dell'altro contraente. In questi casi, il rapporto negoziale rimane in vita, sebbene entri in uno stato che potremmo definire di “quiescenza”, che perdura fino all'adempimento o all'offerta di adempimento della controparte. Viceversa, il rimedio risolutorio determina lo scioglimento del contratto e il venir meno del rapporto obbligatorio. Proprio in ragione di tale differenza, l'*exceptio inadimplenti contractus* merita

⁽³³⁶⁾ Sulle caratteristiche di tale attribuzione di rilevanza ci si soffermerà *funditus* nel successivo paragrafo 15.

⁽³³⁷⁾ In proposito, v. anche E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, cit., p. 233, nt. 70, per la quale “è infatti l'opponibilità in via di eccezione delle fattispecie dell'annullabilità, rescindibilità ecc. a doversi riguardare come eccezionale, e come strettamente collegata alla conseguibilità dell'effetto principale per il *solo tramite di una pronuncia costitutiva*”.

l'attributo di rimedio dilatorio, mentre la risoluzione per inadempimento presenta i connotati di un rimedio caducatorio ⁽³³⁸⁾.

La divergente finalità dei due meccanismi si ripercuote anche sui presupposti di accesso all'uno e all'altro. L'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c. implica che abbia ancora senso parlare di un rapporto contrattuale; perciò, non dovrebbe poter essere utilizzata ove l'inadempimento sia definitivo e irreversibile. L'effetto di risoluzione, invece, sorge anche in conseguenza di un inadempimento di tal sorta ⁽³³⁹⁾.

⁽³³⁸⁾ In tali termini si esprime la dottrina maggioritaria: v. A. M. BENEDETTI, *La deriva dell'eccezione d'inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio criptorisolutorio?*, in *Danno e resp.* 2003, p. 754, spec. 756, 758, che parla di "rimedio dilatorio non distruttivo"; A. DALMARTELLO, voce *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, Torino, 1960, p. 354, spec. 355, per cui "l'eccezione di inadempimento infatti rappresenta un rimedio temporaneo, transitorio o dilatorio che dir si voglia, in quanto si esaurisce nella facoltà di *sospendere* la propria prestazione fino a quando l'altro contraente non adempia o non offra di adempiere la controprestazione da lui dovuta [...]. L'eccezione di inadempimento è quindi un rimedio che lascia integro il contratto ed anzi tende a sollecitarne la piena esecuzione *hinc inde*"; M. DELLACASA, *Offerta tardiva* cit., p. 513; M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento* cit., pp. 52-53; V. ROPPO, *Il contratto* cit., pp. 919-920, 924, per il quale l'eccezione di inadempimento è "un'eccezione sospensiva", concessa "alla parte per stimolare controparte ad adempiere": "la risoluzione scioglie il contratto e distrugge le relative obbligazioni, mentre l'eccezione si limita a sospendere temporaneamente l'obbligazione dell'eccezione; anzi, l'eccezione è proprio il fattore che impedisce lo scioglimento del contratto, in quanto paralizza la domanda di risoluzione proposta contro l'eccezione"; R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici* cit., p. 644, secondo il quale "la risoluzione tende a distruggere il rapporto contrattuale, le eccezioni dilatorie mirano a rafforzarlo garantendo l'obbligazione mal sicura". In giurisprudenza, v. Cass., 28 aprile 1986, n. 2923, per cui l'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c. "potrà anche accompagnarsi a una riconvenzionale di risoluzione del contratto, ma la sua funzione elettiva rimane sempre quella di presidio a colui che del contratto voglia la conservazione: funzione quindi di stimolo per la controparte inadempiente a eliminare il proprio inadempimento sì che il fine – quanto meno originariamente – comune ai contraenti sia raggiunto".

Mentre è pacifico che l'*exceptio inadimplenti contractus* sia un'eccezione riservata alla parte (v., per tutti, A. M. BENEDETTI, *La deriva dell'eccezione d'inadempimento* cit., p. 756; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 924), si discute sulla natura giudiziale o sostanziale della stessa. La maggior parte degli studiosi ritiene che l'eccezione di inadempimento possa essere esercitata solo in sede processuale, e non in via stragiudiziale: v. R. BOLAFFI, *Le eccezioni di diritto sostanziale*, Milano, 1936, p. 185; V. PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, Milano, 1955, p. 60; F. REALMONTE, voce *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 222, spec. 236. Una voce dottrinale opina, invece, che l'art. 1460 c.c. faccia nascere in capo alla parte il diritto potestativo sostanziale di provocare unilateralmente l'inesigibilità della prestazione da essa dovuta: v. I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 333. Altri, infine, credono che l'eccezione di inadempimento possa essere indifferentemente esercitata in entrambi gli scenari: v. A. M. BENEDETTI, *La deriva dell'eccezione d'inadempimento* cit., p. 756; C. M. BIANCA, *Diritto civile, V* cit., p. 372; A. DALMARTELLO, voce *Eccezione di inadempimento* cit., p. 356; V. ROPPO, *Il contratto* cit., pp. 921-922.

Per ragioni di completezza, è qui utile precisare che il nostro ordinamento conosce anche un'altra eccezione dilatoria, ossia l'eccezione di sospensione di cui all'art. 1461 c.c. La norma accorda a ciascun contraente la possibilità di sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione. Si ritiene che detta eccezione abbia "valore anche prima e fuori del giudizio": così R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici* cit., p. 647; negli stessi termini, L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. II, Milano, 1974, p. 80 ss., spec. 108, la quale parla di "comunicazione al contraente [...] della decisione dell'altro di sospendere l'esecuzione della prestazione". Il rimedio in parola ha funzione cautelare: non reagisce contro una lesione del sinallagma già consumata, bensì contro il pericolo di una lesione futura; tanto è vero che può essere utilizzato anche dalla parte che ha un credito ancora inesigibile (cfr. V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 924). Proprio tale caratteristica fa sì che non si possa trarre dall'esistenza dell'eccezione di sospensione *ex art.* 1461 c.c. l'ammissibilità dell'eccezione di risolvibilità del contratto, che avrebbe presupposti completamente differenti.

⁽³³⁹⁾ Cfr. A. M. BENEDETTI, *La deriva dell'eccezione d'inadempimento* cit., p. 758; M. DELLACASA, *Offerta tardiva* cit., pp. 526-527.

Ebbene, come si vede, il legislatore ha espressamente previsto che l'inadempimento possa essere allegato in via di eccezione al fine di rafforzare il sinallagma e non ha, invece, disposto che lo stesso possa accadere al fine di scioglierlo. Essendo lo scopo dell'eccezione diametralmente opposto nei due casi, mi sembra che non solo non si possa trarre dall'art. 1460 c.c. un argomento a favore dell'ammissibilità dell'eccezione di risolubilità del contratto, ma che addirittura la norma sia un indice a favore della soluzione inversa.

Non si può, però, sottacere che la giurisprudenza, alterando la fisionomia dell'*exceptio inadimplenti contractus*, in diverse occasioni ha consentito al contraente deluso di sollevarla anche a fronte di un inadempimento irreparabile e di rifiutare in modo definitivo l'esecuzione della controprestazione⁽³⁴⁰⁾. Eppure, l'esistenza di tale orientamento non riesce a scalfire la conclusione qui raggiunta, benché ne modifichi il supporto motivazionale. Se l'eccezione di inadempimento avesse i connotati che la giurisprudenza le attribuisce, essa non sarebbe in alcun modo distinguibile dall'eccezione di risolubilità per inadempimento di cui si sta indagando l'esistenza. Si avrebbero così due istituti uguali, uno dei quali risulterebbe ridondante. E, tra un'eccezione espressamente prevista dal legislatore e un'altra creata in via interpretativa dai pratici, non sembra dubbio che avrebbe la meglio la prima.

Ne segue che, comunque si vogliano ricostruire i connotati dell'eccezione di inadempimento *ex* art. 1460 c.c., la sua presenza costituisce un eloquente dato a sfavore dell'ammissibilità dell'eccezione di risolubilità per inadempimento.

Spostando l'attenzione sull'eccezione di risolubilità per eccessiva onerosità sopravvenuta, l'inammissibilità della stessa pare discendere anche dalla considerazione che la risoluzione del contratto *ex* artt. 1467 ss. c.c. rappresenta un'incisiva deroga al fondamentale principio per cui *pacta sunt servanda*, incastonato nell'art. 1372 c.c., a mente del quale "il contratto ha forza di legge tra le parti". Il legislatore ha scelto di creare un'eccezione alla regola, attribuendo giuridica rilevanza solo a determinate sopravvenienze e solo quando le stesse vengono fatte valere con particolari modalità (ossia con una domanda giudiziale). Ebbene, poiché tale disciplina è eccezionale, all'interprete non è consentito estenderne la portata a casi diversi da quelli espressamente indicati⁽³⁴¹⁾. Pertanto, non vi è spazio per plasmare un'eccezione di risolubilità per eccessiva onerosità sopravvenuta a partire dalle disposizioni normative che contemplano la corrispettiva azione.

⁽³⁴⁰⁾ Si vedano, ad esempio, Trib. Trento, 9 giugno 2011, in *Pluris*; Cass., 4 marzo 2005, n. 4777; Cass., 1 luglio 2002, n. 9517; Cass., 13 luglio 1998, n. 6812. Tale orientamento è criticato dalla dottrina in quanto, in sostanza, consente alla parte convenuta in giudizio di sostituire l'eccezione di inadempimento alla domanda riconvenzionale di risoluzione per inadempimento e crea un rilevante problema: siccome il giudice non pronuncia la risoluzione del contratto, viene a mancare un titolo sulla base del quale le parti sono legittimate a ottenere la restituzione delle prestazioni già eseguite (v. M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento* cit., p. 54).

⁽³⁴¹⁾ In tal senso depone l'art. 14 prel., in forza del quale "le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati".

Alla luce della disamina svolta, mi sembra, dunque, opportuno concludere che le eccezioni di risolubilità del contratto per inadempimento e per eccessiva onerosità sopravvenuta non trovino cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico ⁽³⁴²⁾.

14.2. Le ipotesi di risoluzione stragiudiziale. L'eccezione di risoluzione

La questione dell'ammissibilità dell'eccezione si è posta anche rispetto a quei fatti che danno origine alle ipotesi di risoluzione di diritto, ossia nei casi di risoluzione per inadempimento *ex* artt. 1454, 1456 e 1457 c.c., nonché nei casi di risoluzione per impossibilità sopravvenuta. Difatti, nemmeno per questi sussistono previsioni legislative che espressamente contemplino la possibilità di ecceperli.

⁽³⁴²⁾ La soluzione è condivisa da gran parte della dottrina e della giurisprudenza: v. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 281, nt. 147; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 155; P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità* cit., pp. 242-243, anche nt. 71; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, cit., p. 241, nt. 79, la quale ritiene che "l'opponibilità in via di eccezione dei fatti costitutivi dei diritti potestativi possa essere affermata solo in presenza di un'esplicita disposizione di legge"; A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 314, nt. 240, per il quale "la modificazione giuridica dovrà ritenersi conseguibile in via di eccezione nei soli casi previsti dalla legge [...]"; invero, attesa la diversità (strutturale, funzionale e di effetti) tra potere di azione costitutiva e quello di eccezione costitutiva, nei casi in cui è prevista una figura di azione costitutiva, ma non una corrispondente figura di eccezione, è da ritenere che la legge esiga che la modificazione giuridica sia attuata in via di domanda e non possa conseguire in via di eccezione". Con specifico riferimento all'eccezione di risolubilità del contratto per inadempimento, v. G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento* cit., p. 412, per il quale "la natura costitutiva dell'azione importa anche un superamento della questione [...] sulla possibilità di far valere il potere di risoluzione in via d'eccezione. [...] non si può ammettere da noi [...] poiché la sentenza costitutiva non può essere provocata che per via di azione"; in giurisprudenza, v. Cass., 26 ottobre 2004, n. 20744; Cass., 28 aprile 1986, n. 2923. Con riguardo, invece, all'eccezione di eccessiva onerosità sopravvenuta, v. M. AMBROSOLI, *Le sopravvenienze* cit., p. 363; A. BOSELLI, *La risoluzione* cit., p. 262, per il quale "la legge non [...] non attribuisce affatto al debitore onerato il potere di rifiutarsi, o di astenersi o di sospendere comunque la prestazione, ma unicamente quello di domandare la risoluzione del contratto. Ove adunque il debitore [...] intenda valersi della circostanza sopravvenuta di cui è caso ai fini della sua difesa, è mestieri si faccia a domandare, contemporaneamente, la risoluzione del contratto"; G. CASELLA, *La risoluzione* cit., pp. 164-165, per cui "la soluzione negativa dev'essere prospettata anche in riferimento alla questione [...] del riconoscimento in capo al debitore, convenuto per l'adempimento, della possibilità di eccepire, *sic et simpliciter*, l'eccessiva onerosità sopravvenuta della propria prestazione [...]: invero, il potere che la legge attribuisce al contraente onerato non è quello di rifiutare l'esecuzione della prestazione dovuta [...], bensì quello di provocare, mediante l'esercizio della relativa azione, lo scioglimento (con effetto costitutivo) del vincolo contrattuale"; G. MIRABELLI, *Dei contratti* cit., pp. 590-591; in giurisprudenza, Cass., 7 novembre 2017, n. 26363; Cass., 26 ottobre 2004, n. 20744; Cass., 10 febbraio 1990, n. 955, secondo cui la validità del principio per cui l'eccessiva onerosità sopravvenuta non può essere opposta in via di eccezione "si fonda sul rilievo che l'art. 1467 espressamente prevede l'onere della parte che deve la prestazione divenuta eccessivamente onerosa di 'domandare' la risoluzione del contratto, nonché sul rilievo che l'eccessiva onerosità non è prevista come causa di estinzione dell'obbligazione, al pari dell'impossibilità della prestazione (art. 1256 c.c.), o come causa di rifiuto dell'inadempimento, al pari dell'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.)"; Cass., 28 novembre 1988, n. 5724; Cass., 6 aprile 1987, n. 3321; Cass., 28 aprile 1986, n. 2926.

Non mancano, ad ogni modo, voci di contrario avviso. Propendono per l'ammissibilità dell'eccezione di risolubilità per inadempimento, v. A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 117; M. DELLACASA, *L'azione di risoluzione* cit., p. 207, che precisa altresì che l'eccezione è imprescrittibile; I. PAGNI, *Le azioni* cit., pp. 335 ss., 644; F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione* cit., p. 141. L'eccezione di risolubilità per eccessiva onerosità sopravvenuta è, invece, ammessa da F. CARRESI, *Il contratto* cit., pp. 838-839, nt. 331; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 279; A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950, p. 107 ss.; F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione* cit., p. 141; P. TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva* cit., p. 170; in giurisprudenza, da Cass., 26 marzo 2012, n. 4852.

Le fattispecie in esame differiscono notevolmente da quelle oggetto di attenzione nel precedente paragrafo. Qui, l'effetto di risoluzione si produce direttamente sul piano sostanziale, senza la necessità dell'intermediazione dell'autorità giurisdizionale, con la modalità norma – fatto – effetto ovvero con la modalità norma – fatto – potere sull'*an* – effetto, a seconda dei casi ⁽³⁴³⁾. Qui, non è concepibile un lasso temporale in cui il rapporto giuridico è suscettibile di caducazione, ma non è ancora stato caducato. Delle due l'una: o la fattispecie costitutiva dell'effetto risolutivo non è ancora completa, e allora il rapporto non è ancora suscettibile di modificazione; oppure la fattispecie è integrata in tutti i suoi elementi, e allora l'effetto risolutivo è già istantaneamente sorto in concomitanza con l'insorgere dell'ultimo elemento della fattispecie che è venuto in essere.

Risulta, allora, evidente che, in questo caso, ciò che può costituire oggetto di eccezione non è l'astratta modificabilità del rapporto negoziale, bensì la concreta modificazione ormai intervenuta sul piano sostanziale. Per tale ragione, mi sembra più corretto discorrere non di eccezione di risolubilità del contratto, che evoca un effetto in potenza, bensì di eccezione di risoluzione, che definisce un effetto attuale.

Alla luce di tali premesse, credo che la risposta al dubbio relativo all'ammissibilità dell'eccezione di risoluzione debba essere ricercata nell'art. 2697 c.c., che presuppone che il convenuto possa sempre eccepire l'estinzione del diritto attoreo e che impone che il convenuto dia prova dei fatti – evidentemente già verificatisi nel momento in cui solleva l'eccezione – sui quali la propria allegazione si fonda. Pertanto, al convenuto è sempre consentito introdurre nel processo i fatti costitutivi dell'effetto risolutorio con la veste dell'eccezione ⁽³⁴⁴⁾. Chiaro è, poi, che, nelle ipotesi in cui tra i presupposti dell'effetto vi sia anche un diritto potestativo stragiudiziale, l'eccezione di risoluzione risulterà fondata solo ove tale diritto sia stato esercitato dal convenuto.

Né osta alla soluzione proposta la circostanza che il legislatore non abbia espressamente previsto l'eccezione di risoluzione. Nelle situazioni analizzate nel precedente paragrafo, che

⁽³⁴³⁾ Cfr. *supra*, parr. 9.1 ss.

⁽³⁴⁴⁾ È questo, indubbiamente, l'orientamento maggioritario. Sull'eccezione di risoluzione per diffida ad adempiere, v. M. DELLACASA, *Le risoluzioni di diritto: la diffida ad adempiere*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi – 2*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. V, Milano, 2006, p. 293; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 275. Sull'eccezione di risoluzione per l'operare di una clausola risolutiva espressa, v. R. E. CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie* cit., p. 132; M. DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi – 2*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. V, Milano, 2006, p. 324; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 275. Sull'eccezione di risoluzione per decorso di un termine essenziale, v. M. DELLACASA, *Il termine essenziale*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi – 2*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. V, Milano, 2006, p. 344, per cui “la risoluzione conseguente alla scadenza del termine essenziale può essere fatta valere tanto in via di azione quanto in via di eccezione, per contrastare una domanda di adempimento”; G. IORIO, *Ritardo* cit., p. 249, nt. 115; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 275. Sull'eccezione di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, v. A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 117; F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione* cit., p. 141; M. TAMPONI, *La risoluzione* cit., p. 1799. In giurisprudenza, tra tante, considerano ammissibile l'eccezione di risoluzione Cass., 26 luglio 2017, n. 18370; Cass., 5 gennaio 2005, n. 167 (clausola risolutiva espressa); Cass., 30 ottobre 2003, n. 16356; Cass., 23 maggio 1984, n. 3149 (termine essenziale); Cass., 8 aprile 1983, n. 2497 (diffida ad adempiere). Si segnala, in senso contrario, C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 281, nt. 147, per cui “il caso dell'eccezione di risolubilità, specie per eccessiva onerosità sopravvenuta, solleva taluni problemi e sembra da escludere per tutte e tre le forme di risoluzione”; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 155.

danno origine alle azioni di risoluzione costitutive, la regola generale è che i presupposti fattuali dell'effetto estintivo non hanno rilevanza giuridica, finché la parte interessata non la attribuisca loro tramite l'instaurazione di un processo; sicché l'intervento del legislatore è indispensabile per creare delle deroghe all'ordinario meccanismo di attribuzione di giuridica rilevanza ai fatti storici. Viceversa, nelle ipotesi in esame, la regola generale è che i presupposti fattuali dell'effetto estintivo acquisiscono sempre rilevanza giuridica al di fuori delle aule giudiziarie; sicché l'art. 2697 c.c. è già sufficiente a legittimarne la rilevanza sotto forma di eccezione, senza che occorra ulteriormente precisarlo ⁽³⁴⁵⁾.

Superato così lo scoglio della generale ammissibilità dell'eccezione di risoluzione, subito si affaccia il problema del suo inquadramento tra le eccezioni in senso stretto o tra le eccezioni in senso lato.

Qualche interprete esclude che il giudice possa rilevare d'ufficio l'intervenuta risoluzione del contratto, in quanto essa è subordinata alla dichiarazione della parte interessata ⁽³⁴⁶⁾. Siffatto ragionamento, a mio modo di vedere, non regge. Come già evidenziato, l'eccezione di risoluzione è quella eccezione che diviene spendibile ogniqualvolta la fattispecie costitutiva dell'effetto risolutivo si è integralmente perfezionata e tale effetto è venuto alla luce. Orbene, laddove l'effetto si produca secondo lo schema norma – fatto – potere sull'*an* – effetto (risoluzione per inadempimento *ex* artt. 1454, 1456, 1457 c.c. e risoluzione per impossibilità sopravvenuta parziale), il diritto potestativo sostanziale fa parte della fattispecie costitutiva ed è necessario che sia già stato esercitato affinché si apra la via dell'eccezione di

⁽³⁴⁵⁾ Perciò, quando nel prosieguo della trattazione si parlerà, in generale, di eccezioni corrispondenti all'azione di risoluzione, si farà sempre riferimento alle eccezioni corrispondenti alle azioni di risoluzione stragiudiziale, mai a quelle corrispondenti alle azioni di risoluzione giudiziale.

⁽³⁴⁶⁾ In tali termini si esprimono R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 275, per il quale il giudice “non potrà rilevare di ufficio la risoluzione del contratto in presenza di una clausola risolutiva espressa, posto che, a norma dell'art. 1456, 2° co., c.c., la risoluzione si verifica di diritto solo quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della detta clausola”; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato* cit., pp. 49, 55. Cfr. anche M. DELLACASA, *La diffida ad adempiere* cit., p. 293, il quale considera la risoluzione del contratto mediante diffida non rilevabile dal giudice: tale forma di risoluzione “dovrà essere eccepita dalla parte interessata al rigetto della domanda di adempimento”. In giurisprudenza, si è esclusa la rilevanza officiosa della risoluzione conseguente alla dichiarazione con cui il creditore si avvale della clausola risolutiva espressa (v., per esempio, Cass., 5 gennaio 2005, n. 167; Cass., 11 luglio 2003, n. 10935) e, più in generale, la rilevanza officiosa dell'intervenuta risoluzione di diritto (Cass., 26 luglio 2017, n. 18370; Cass., 30 ottobre 2003, n. 16356).

Giova precisare che aspetto ben diverso dalla rilevanza d'ufficio dell'eccezione di risoluzione è la pronuncia officiosa della risoluzione stessa, chiaramente esclusa dal principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c. (sulla distinzione tra rilevanza officiosa e pronuncia officiosa, v. *infra*, parr. 26 e 46). Cfr., in proposito, M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento* cit., p. 60, che scrive: “se non ritenendo sussistenti i presupposti della risoluzione il diffidato agisce in giudizio chiedendo l'adempimento o la risoluzione del contratto per fatto imputabile all'intimante, quest'ultimo deve domandare riconvenzionalmente la *risoluzione*, che *non può essere pronunciata d'ufficio*” (corsivo mio). In giurisprudenza, v. Cass., 18 maggio 1987, n. 4535, in *Giur. it.* 1988, I, I, p. 448, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla disponibilità* cit., la quale sottolinea come “l'espressione «risolto di diritto» dell'art. 1454 cit. significa soltanto che la pronuncia giudiziale relativa ha carattere dichiarativo della risoluzione stessa, non già che ad essa il giudice possa provvedere d'ufficio”.

Di tanto in tanto, si ha la sensazione che alcuni studiosi confondano la rilevanza officiosa dell'eccezione con la pronuncia officiosa su domanda non proposta: v., per esempio, M. DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa* cit., p. 324, per cui “la risoluzione conseguente alla dichiarazione prevista dall'art. 1456, c. 2, non può essere pronunciata d'ufficio, ma solo su istanza di parte”; M. DELLACASA, *Il termine essenziale* cit., pp. 344-345; M. ROSSETTI, *La risoluzione* cit., pp. 375, 426.

risoluzione. Pertanto, non ha senso escludere la rilevabilità officiosa dell'eccezione in parola perché essa è subordinata alla dichiarazione della parte interessata; difatti, al momento del rilievo officioso, tale dichiarazione è già stata effettuata ⁽³⁴⁷⁾.

È, invece, più corretto ritenere che l'eccezione di risoluzione sia rilevabile d'ufficio, e ciò non solo in ragione di quanto si è appena osservato. Se l'effetto si è già prodotto al di fuori del processo, il giudice deve tenerne conto – ovviamente se risulta dagli atti di causa – indipendentemente dal fatto che sia stato allegato dalla parte che ha contribuito a produrlo; così comportandosi, il giudice non fa altro che prendere atto e conoscere di una realtà già compiutamente svoltasi ⁽³⁴⁸⁾. Inoltre, gioca a favore della rilevabilità officiosa dell'eccezione anche la circostanza che i casi di rilevazione *ex officio* rappresentano la normalità, mentre i casi di rilevazione demandata alla parte rappresentano un'eccezione ⁽³⁴⁹⁾; e non si riscontrano previsioni legislative che depongano nel senso della seconda qualificazione.

Mi sembra, infine, che le eccezioni di risoluzione non siano sottoponibili ad alcun termine di prescrizione. Una volta che il contratto si è sciolto stragiudizialmente, la sua caducazione costituisce un fatto estintivo dei diritti dal medesimo derivanti e può essere *sine die* eccepita dalla parte (o rilevata d'ufficio) nell'ambito di eventuali azioni di adempimento contrattuale. Il che, in termini pratici, significa che, fintanto che tali azioni non si prescrivano, l'eccezione di risoluzione è sempre proponibile.

15. Il modo di operare delle eccezioni di impugnativa. Le eccezioni-deduzioni e le eccezioni-impugnazioni. La natura della sentenza che rigetta la domanda attorea in accoglimento dell'eccezione di impugnativa

Occorre ora occuparsi in modo più dettagliato di una tematica che si è già parzialmente trattata nei paragrafi precedenti, ossia delle modalità con cui le eccezioni di impugnativa

⁽³⁴⁷⁾ In questa ipotesi, la possibilità che la risoluzione del contratto venga rilevata d'ufficio dal giudice non contrasta con la volontà del legislatore di attribuire alla parte fedele la scelta sul mantenimento o sulla caducazione del contratto. Qui, il giudice non si sostituisce alla parte con l'esercizio dei propri poteri officiosi, in quanto la parte ha già esercitato la propria scelta.

⁽³⁴⁸⁾ Di tale avviso sono M. COSTANZA, sub *art. 1457* cit., p. 101 ss., con riguardo alla risoluzione per decorso di termine essenziale; A. MOTTO, *Domanda di risoluzione* cit., p. 620, nt. 6, per cui, “quando la dichiarazione potestativa esplica efficacia estintiva del diritto azionato in giudizio, all'interno del processo è oggetto di un'eccezione rilevabile anche d'ufficio: se il fatto è legittimamente acquisito al materiale di causa [...], il giudice può porlo a fondamento della decisione, anche in difetto di rilievo ad opera della parte interessata”; R. ORIANI, *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio* cit., p. 1023; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., pp. 272, in termini generali, e 275, con riferimento alla risoluzione per diffida ad adempiere e scadenza di termine essenziale; F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione* cit., p. 142, secondo cui, quando “l'effetto negoziale si è già verificato prima del giudizio, [...] sarà compito del giudice accertare il semplice fatto storico dell'intervenuto scioglimento”; M. TAMPONI, *La risoluzione* cit., p. 1799, parlando di risoluzione per impossibilità sopravvenuta totale. In giurisprudenza, cfr. Cass., 12 gennaio 2007, n. 494; Cass., 11 luglio 2003, n. 10935 (impossibilità sopravvenuta); Cass., 7 giugno 1988, n. 3880. V. anche R. CAPONI, *Azione di nullità* cit., p. 101, secondo cui “l'applicazione dello schema generale di produzione degli effetti giuridici sul piano sostanziale norma – fatto – effetto [...] rende ragione del principio della rilevabilità d'ufficio delle eccezioni” (l'Autore lo afferma con riguardo all'eccezione di nullità, ma lo stesso principio è applicabile anche all'ipotesi di risoluzione per impossibilità sopravvenuta totale).

⁽³⁴⁹⁾ In proposito, v. *supra*, par. 10.

contrattuale interagiscono con il processo di formazione degli effetti giuridici sostanziali. Lo scopo della disamina è individuare la natura della sentenza che rigetta la domanda attorea in accoglimento di un'eccezione di impugnativa, sempre con il fine ultimo di gettare le corrette basi per lo studio del fenomeno dell'estensione oggettiva che la *res iudicata* assume in queste occasioni.

Le riflessioni che si stanno per svolgere sollecitano una suddivisione delle eccezioni di impugnativa in due categorie. Da un lato, vi sono le c.d. eccezioni-deduzioni, che intervengono laddove operino schemi di produzione “stragiudiziale” degli effetti giuridici (e, quindi, norma – fatto – effetto e norma – fatto – potere sull'*an* – effetto). Dall'altro, vi sono le c.d. eccezioni-impugnazioni, che trovano spazio in corrispondenza dello schema di produzione “giudiziale” degli effetti giuridici (e, quindi, norma – fatto – potere sull'*an* – accertamento giudiziale – effetto) ⁽³⁵⁰⁾.

Nel primo gruppo devono ricomprendersi le eccezioni di nullità e le eccezioni di risoluzione, nell'accezione indicata nel precedente paragrafo. Il meccanismo di funzionamento delle stesse non solleva particolari criticità. Dette eccezioni non trovano alcuno spazio nelle fattispecie costitutive degli effetti sostanziali di nullità e di risoluzione del contratto e non rivestono alcun ruolo rispetto al concreto verificarsi di tali effetti: come più volte ribadito ⁽³⁵¹⁾, questi ultimi nascono sul piano sostanziale, in via del tutto autonoma rispetto a qualsivoglia attività difensiva processuale della parte interessata.

Nello scenario appena descritto, il potere di eccezione ha il limitato effetto di attribuire rilevanza giuridica all'interno del processo a fatti che, sul piano sostanziale, sono già produttivi di effetti giuridici: l'eccezione si risolve “in un'istanza diretta a condizionare il potere decisorio nel merito del giudice all'accertamento e qualificazione di fatti giuridici produttivi di effetti impeditivi, estintivi, modificativi rispetto al diritto oggetto del giudizio” ⁽³⁵²⁾.

Da quanto esposto discende che, indipendentemente dalla soluzione che si intenda dare al problema dell'estensione del giudicato alle eccezioni ⁽³⁵³⁾, la pronuncia che dovesse rigettare la domanda attorea in ragione dell'accoglimento di un'eccezione di nullità o di risoluzione del contratto sarebbe giocoforza una pronuncia meramente dichiarativa di effetti già esistenti nel mondo dei fenomeni giuridici.

Il discorso, così lineare per le eccezioni-deduzioni, si fa intricatissimo non appena si volga l'attenzione alle eccezioni-impugnazioni ⁽³⁵⁴⁾, tra le quali sono inquadrabili le eccezioni

⁽³⁵⁰⁾ La terminologia è presa in prestito da F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione* cit., p. 126 ss., anche se viene utilizzata con accezione diversa da quella proposta dall'Autore.

⁽³⁵¹⁾ Cfr. *supra*, parr. 5, 9.1.1, 9.1.2, 9.1.3, 9.2 e 14.2.

⁽³⁵²⁾ Così A. MOTTO, *Poteri* cit., pp. 299-300.

⁽³⁵³⁾ Problema che verrà affrontato nel secondo capitolo della trattazione: v. *infra*, parr. 26 e 39.

⁽³⁵⁴⁾ In dottrina si è sostenuto che le eccezioni-impugnazioni si distinguono dalle eccezioni-deduzioni perché la mera acquisizione di un fatto al processo (i.e. la sua allegazione dalle parti o il suo risultare comunque dagli atti di causa) non è ancora sufficiente per ottenere il rigetto della domanda. Occorre, invece, “che la parte esprima anche una volontà chiara di avvalersi di uno strumento previsto dall'ordinamento che, muovendo dall'accertamento di tale fatto, gli consenta di ottenere il rigetto della domanda”: cfr. F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione* cit., p. 138.

di annullabilità e di rescindibilità del contratto (non, invece, quella di risolubilità del negozio, che non risulta ammessa nel nostro ordinamento).

Le teorie che si sono susseguite in merito al *modus operandi* di siffatte eccezioni sono molteplici: alcune appaiono molto distanti tra loro, altre presentano qualche punto di contatto. Nelle prossime pagine, se ne compirà una rassegna, evidenziandone eventuali punti di forza e profili critici, alla ricerca della ricostruzione che meglio concilia esigenze sostanziali e processuali, e che meglio tutela l'armonia del sistema.

Innanzitutto, vi è chi opina che l'eccezione sia equivalente all'azione e che la modalità di produzione dell'effetto sostanziale estintivo sia identico nei due casi. Così, come logico, chi crede che le azioni di annullamento e di rescissione siano costitutive inferisce che anche l'accoglimento delle corrispondenti eccezioni dia luogo a una pronuncia costitutiva⁽³⁵⁵⁾; per converso, chi reputa che le citate azioni siano di mero accertamento desume che anche l'accoglimento delle relative eccezioni conduca a una sentenza dichiarativa⁽³⁵⁶⁾.

Tale tesi desta qualche perplessità ove si acceda alla prima ramificazione descritta. Se così fosse, non troverebbe alcuna giustificazione l'art. 1442, c. 4, c.c., che ammette l'esercizio dell'eccezione di annullabilità anche una volta scaduto il termine di prescrizione dell'azione: si rivela, infatti, "intimamente contraddittoria l'idea di un potere sostanziale che «sopravvive» alla sua estinzione per prescrizione per essere esercitato e provocare così la caducazione del rapporto"⁽³⁵⁷⁾.

La seconda ricostruzione che viene in rilievo è quella per cui l'eccezione-impugnazione produce sempre gli effetti di una vera e propria domanda riconvenzionale⁽³⁵⁸⁾. In tale scenario, la pronuncia con la quale viene accolta l'eccezione/domanda riconvenzionale

⁽³⁵⁵⁾ Cfr. B. CARPINO, *La rescissione* cit., pp. 90-91, il quale, parlando dell'eccezione di annullabilità, precisa che, "se fosse proposta al di fuori del giudizio, non avrebbe alcuna incidenza sull'efficacia del contratto. Per contro, proposta in giudizio, determinerà la pronuncia di una sentenza costitutiva di più agevole attuazione rispetto a quella pronunciata a seguito di proposizione di azione"; E. REDENTI, *Sull'«assorbimento» di eccezioni riconvenzionali*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, Milano, 1962, p. 619, spec. 621, per cui "quando sia eccepita la invalidità di un negozio invocato dall'attore a fondamento della *causa petendi* e il giudice accolga l'eccezione, ne risulta o può risultarne un annullamento del negozio, che può avere portata e conseguenze ben più vaste del semplice rigetto di quella tale domanda di adempimento, che era stata proposta dall'attore"; F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione* cit., p. 168, che scrive: "con la definizione di *eccezioni-impugnazioni* abbiamo designato quelle fattispecie che attribuiscono all'*excipiens* il diritto di incidere direttamente sul diritto *ex adverso* invocato, invalidando, rescindendo, risolvendo o comunque sciogliendo il relativo rapporto con pronuncia costitutiva [...]. Queste eccezioni costituiscono, a ben vedere, *azioni rovesciate*: esse sono del tutto speculari alle corrispondenti azioni costitutive di annullamento, risoluzione, rescissione, etc."

⁽³⁵⁶⁾ Così I. PAGNI, *Le azioni* cit., pp. 280 ss., 347 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva* cit., p. 93, per cui "l'accoglimento dell'eccezione (imprescrittibile) di annullamento equivale in tutto e per tutto all'accoglimento della azione di annullamento: cioè alla dichiarazione di inesistenza o estinzione delle situazioni soggettive sorte dal contratto". Peraltro, l'Autore precisa che "l'unica differenza tra annullamento fatto valere in via di azione e quello fatto valere in via di eccezione è che il primo paralizza, impedisce l'intero rapporto contrattuale (cioè tutte le situazioni soggettive sorte dal contratto), mentre il secondo paralizza, impedisce le sole situazioni soggettive fatte valere in giudizio dall'attore" (cfr. ID., *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva* cit., p. 93, nt. 50).

⁽³⁵⁷⁾ L'affermazione è di E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, cit., p. 247.

⁽³⁵⁸⁾ Lo sostiene E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico* cit., p. 106. A simile conclusione sembra giungere anche E. REDENTI, *Diritto processuale civile* cit., vol. I, p. 33, per cui "si può ottenere dal giudice in via di eccezione un provvedimento di valore e di effetti analoghi a quello che si sarebbe potuto ottenere in via di azione".

presenta gli stessi connotati della sentenza che annulla o rescinde il contratto in accoglimento della domanda attorea, in quanto, nella prospettiva dell'inquadramento del provvedimento giurisdizionale che la accoglie, non corre differenza tra la domanda riconvenzionale e la domanda proposta in via principale. Seguendo l'impostazione in esame, la sentenza che chiude il processo è in parte costitutiva, con riferimento al capo in cui viene accolta l'eccezione-impugnazione, e in parte dichiarativa, con riferimento al capo di rigetto della domanda attorea. Senonché l'idea di creare una ferma equivalenza tra eccezione e domanda riconvenzionale non convince: da una parte, si arriverebbe a snaturare un istituto che pure è contemplato dal legislatore agli artt. 1442, c. 4, c.c. e 1449, c. 2, c.c.; dall'altra, si giungerebbe a individuare due tipologie di azioni, quella di annullamento e quella di annullabilità, soggette a diversi termini prescrizionali, ma volte al conseguimento dello stesso effetto giuridico⁽³⁵⁹⁾.

Una terza proposta ermeneutica è rinvenibile negli scritti di Attardi⁽³⁶⁰⁾. Secondo l'autorevole studioso, la modalità di produzione degli effetti sostanziali di annullamento e di rescissione varia a seconda che il contratto sia impugnato in via di azione o che l'impugnabilità sia opposta in via di eccezione. Nel primo caso, è la sentenza che accoglie la domanda a dar vita al mutamento estintivo richiesto dall'attore. Viceversa, quando l'impugnabilità del contratto è eccepita dalla parte convenuta per la sua esecuzione, la modificazione giuridica in gioco sorge automaticamente con la mera dichiarazione di volontà del soggetto cui è riconosciuto il potere di provocarla, e quindi con la mera proposizione dell'eccezione. Per decidere sulla domanda attorea, allora, il giudice dovrà tenere conto dell'intercorsa modificazione al pari di qualsiasi altro fatto che incida sull'esistenza del diritto di cui è chiesta tutela⁽³⁶¹⁾. In sostanza, la tesi in discorso arriva a ipotizzare che vi sia un mutamento della fattispecie costitutiva dell'effetto estintivo, il quale non si produce sempre secondo la medesima tecnica.

Alla teoria attardiana sono state rivolte diverse, condivisibili, critiche. Innanzitutto, essa rende la disciplina legale contraddittoria e priva di fondamento razionale: posto che il potere esercitato in via di azione e il potere esercitato in via di eccezione sono fondati sul medesimo fatto e ad essi consegue la produzione di un identico effetto giuridico, si perviene al risultato per cui una stessa figura di potere, nell'un caso, non permette al titolare di ottenere direttamente il mutamento giuridico (essendo all'uopo necessario il provvedimento giurisdizionale), mentre, nell'altro, gli consente di realizzarlo direttamente, con un proprio

⁽³⁵⁹⁾ Proprio al fine di risolvere le criticità appena menzionate, qualcuno ha opinato che l'eccezione "concerna esclusivamente l'effetto già dedotto in giudizio con la domanda" (salvo che la parte eccipiente non chieda diversamente). In tal modo, si riuscirebbe a conservare la differenza fra domanda riconvenzionale ed eccezione: v. M. FURNACIARI, *Situazioni potestative* cit., pp. 49-50, il quale suggerisce tale soluzione per chi non condivide la sua convinzione che le azioni di impugnativa siano dichiarative.

⁽³⁶⁰⁾ Cfr. A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 116 ss.; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., pp. 536-537.

⁽³⁶¹⁾ Per vero, l'Autore ammette che anche l'effetto risolutivo che ordinariamente viene raggiunto per il tramite di una sentenza costitutiva possa essere conseguito in automatico attraverso la mera proposizione di un'eccezione. Al contrario, a mio avviso, nessuna eccezione di tale natura può trovare spazio nel nostro ordinamento (v. *supra*, par. 14.1), sicché l'analisi della modalità con cui essa opererebbe, ove ammessa, appartiene alle speculazioni teoriche, ma è priva di portata pratica.

atto unilaterale ⁽³⁶²⁾. In secondo luogo, dalle previsioni legislative sulle eccezioni di impugnativa non è possibile desumere alcun elemento che faccia propendere per l'attribuzione all'interessato di un potere sostanziale; al contrario, sia l'art. 1442, c. 4, c.c. sia l'art. 1449, c. 2, c.c. fanno riferimento alla facoltà di "opporre" l'annullabilità e la rescindibilità, non di produrre l'effetto di annullamento e di rescissione ⁽³⁶³⁾. Altro aspetto problematico riguarda, poi, l'ipotesi di eccezione di annullabilità, che, come ricordato, è imprescrittibile ⁽³⁶⁴⁾: se il potere sostanziale attuabile nella forma dell'eccezione può essere esercitato *sine die*, restano vanificate le esigenze che il legislatore ha inteso soddisfare assoggettando la corrispondente azione di impugnativa a un ristretto termine di prescrizione ⁽³⁶⁵⁾.

La tesi in parola presenta, peraltro, alcune conseguenze applicative rispetto alle quali pare lecito nutrire perplessità. Se con l'eccezione l'effetto si produce in forza della sola manifestazione di volontà, l'effetto demolitorio dovrebbe essere destinato a permanere anche qualora il giudizio nel corso del quale l'eccezione è sollevata si estingua. Sicché, per un verso, ove la domanda venisse riproposta e l'eccezione venisse reiterata, quest'ultima avrebbe natura esclusivamente processuale e non rappresenterebbe un elemento costitutivo dell'effetto estintivo; per altro verso, ove l'allora eccipiente proponesse domanda di impugnativa contrattuale, il giudizio dovrebbe essere inquadrato tra quelli di mero accertamento (non sarebbe, infatti, volto alla eliminazione dell'efficacia del negozio, ma alla declaratoria dell'attuale carenza di effetti dello stesso, già in precedenza rimossi tramite l'eccezione di impugnativa). È evidente che nulla di tutto ciò accade nelle ipotesi in cui venga proposta domanda di annullamento o di rescissione e il processo si estingua: un eventuale nuovo giudizio avrebbe comunque natura costitutiva, in quanto la manifestazione di volontà in forma di domanda non avrebbe prodotto alcun effetto caducatorio. Ne segue, ancora una volta, un'ingiustificata discrasia ⁽³⁶⁶⁾.

Ma il punto più debole della ricostruzione di Attardi, a mio avviso, è che, se si assume l'esistenza di una figura di potere sostanziale, grazie al quale l'effetto giuridico cui si aspira può essere ottenuto attraverso un atto unilaterale, le previsioni di legge che onerano il titolare del diritto potestativo di proporre una domanda giudiziale perdono ogni ragion d'essere: invero, "perché mai l'interessato dovrebbe intraprendere la via giurisdizionale, quando può

⁽³⁶²⁾ Così M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 47, che scrive: "può ben darsi, infatti, che per l'efficacia della manifestazione di volontà siano richieste determinate forme [...]. Che tale volontà sia costitutiva solo se fatta valere in via di eccezione, e non lo sia invece quando sia manifestata in via di azione, è però, mi sembra, un'ipotesi assai più anomala, per la quale non riesco, francamente, a rinvenire una *ratio* plausibile: quale sarebbe la differenza che renderebbe giustificata, nei due casi, una siffatta diversità di regime?"; A. MOTTO, *Poteri* cit., pp. 252, 254-255.

⁽³⁶³⁾ L'osservazione è di A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 253, anche nt. 114.

⁽³⁶⁴⁾ Cfr. *supra*, par. 12.

⁽³⁶⁵⁾ Di tale avviso è A. MOTTO, *Poteri* cit., pp. 255-256.

⁽³⁶⁶⁾ La sagace notazione è di M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., pp. 48-49.

ottenere lo stesso risultato, assai più semplicemente, esercitando il potere sostanziale di cui è titolare?”⁽³⁶⁷⁾.

Pare, dunque, opportuno concludere che, in difetto di una previsione legislativa in tal senso, non sia possibile creare una asimmetria strutturale tra azione ed eccezione di impugnativa quale quella descritta da Attardi⁽³⁶⁸⁾.

Proprio l'esigenza di conservare l'armonia del sistema ispira una quarta ipotesi ricostruttiva del funzionamento delle eccezioni-impugnazioni, elaborata da Consolo.

Nel pensiero dell'autorevole studioso, l'eccezione di impugnativa ha natura e struttura omologhe rispetto alla corrispondente azione, dalla quale differisce, però, con riguardo all'oggetto e, di riflesso, agli effetti. L'eccezione di impugnativa ha la stessa valenza del diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale da cui deriva l'azione costitutiva; in entrambi i casi, infatti, viene data rilevanza a fatti impeditivi, modificativi o estintivi del diritto (o dei diritti) che scaturiscono dal contratto in capo alla controparte. Tale omogeneità comporta che la sentenza che decide sull'eccezione ha natura costitutiva, al pari della sentenza che decide sulla domanda giudiziale di impugnativa; o meglio, per essere più precisi, ha natura in parte costitutiva, quanto al capo di accoglimento dell'eccezione-impugnazione, e in parte dichiarativa, quanto al capo di rigetto della domanda attorea. La peculiarità sta nel fatto che è la domanda attorea a fissare la latitudine dell'effetto costitutivo della pronuncia che la respinga a seguito dell'accoglimento dell'eccezione-impugnazione: così, l'effetto caducatorio si appunta sul singolo diritto azionato dall'attore e lascia, invece, intatto il rapporto negoziale. Precisamente per tale ragione, secondo l'Autore, l'art. 1442, c. 4, c.c. rende l'eccezione di annullabilità più duratura della relativa azione: perché “non apre l'adito a restituzioni”. Peraltro, ad avviso di Consolo, l'estinzione del singolo diritto attoreo non viene esplicitata nel dispositivo, il quale, nel rispetto del principio della domanda, deve limitarsi a indicare che detto diritto è attualmente inesistente. L'eccezione di impugnativa assume, qui, i connotati di un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale attuato “di rimessa”, nei “confini obbligati” fissati dall'attore, in modo non autonomo (a differenza di quanto accade con le azioni di impugnativa proposte in via riconvenzionale, le quali sono autonome e solo occasionate dalla domanda con le stesse incompatibile)⁽³⁶⁹⁾.

⁽³⁶⁷⁾ Le parole riportate nel testo sono di A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 256. Nello stesso senso, v. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, cit., pp. 245-246, nt. 87, per la quale, “se si dovesse invece ammettere che il potere esercitato in via di eccezione sia idoneo a produrre direttamente la modificazione giuridica, diverrebbe priva di senso la stessa alternativa disegnata dalla legge dell'esercizio in via di azione «costitutiva»”. Si tratta del medesimo ragionamento che ha portato ad escludere l'inquadramento del diritto potestativo di risoluzione di cui all'art. 1453 c.c. tra i diritti potestativi sostanziali (v. *supra*, par. 9.1.4).

⁽³⁶⁸⁾ Cfr. C. CONSOLO, *«Imprescrittibilità»* cit., p. 102, secondo cui la teoria di Attardi “incrina la simmetria strutturale che, in difetto di una chiara norma, dovrebbe persistere fra l'esercizio in via di azione e quello in funzione difensiva dei poteri formativi attribuiti ai privati”.

⁽³⁶⁹⁾ L'Autore elabora per la prima volta la descritta teorica in C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 282, nt. 147. La tesi viene ripresa anche in scritti successivi, quali C. CONSOLO, *«Imprescrittibilità»* cit., p. 97, nt. 10, e C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, pp. 154-155: l'eccezione di impugnativa è “una eccezione particolare, volta ad ottenere una decisione costitutiva nei limiti della domanda attrice”. La ricostruzione proposta da Consolo è condivisa anche da G. MASSETANI, *Considerazioni schematiche sulle impugnative contrattuali*, in *Riv. dir. proc.* 1992, p. 320, spec. 338, secondo cui “spetta all'interessato far valere tali fatti [i motivi di impugnativa] come eccezione

La ricostruzione di Consolo torna sotto i riflettori e viene arricchita di maggiori dettagli nell'ambito di un'imponente monografia di Motto, nella quale alle eccezioni di impugnativa contrattuale viene dedicato ampio spazio ⁽³⁷⁰⁾. Il ragionamento di Motto prende le mosse da due rilievi: da un lato, il rigetto della domanda attorea fondato sull'accoglimento di un'eccezione di impugnativa presuppone sempre l'avvenuta estinzione del diritto di cui si è chiesto l'adempimento ⁽³⁷¹⁾; dall'altro, il convenuto non è titolare di un diritto potestativo sostanziale che lo abiliti a produrre la modificazione giuridica sul piano stragiudiziale ⁽³⁷²⁾. Ebbene, se l'estinzione del diritto attoreo deve gioco forza intercorrere, ma non può discendere dalla mera attuazione del diritto potestativo in via di eccezione, allora non resta che concludere che il mutamento estintivo venga operato direttamente dalla sentenza. Per la precisione, ciò accade in forza dei seguenti passaggi: a seguito della proposizione dell'eccezione-impugnazione, il giudice accerta la sussistenza dei fatti che costituiscono le ragioni dell'impugnativa, produce la modificazione giuridica a contenuto estintivo del diritto fatto valere dall'attore e, ponendo alla base della sua decisione l'effetto giuridico appena prodotto, dichiara l'infondatezza della domanda giudiziale.

Come per Consolo, anche per Motto l'effetto innovativo della realtà giuridica incide esclusivamente sulla singola obbligazione oggetto del *petitum* della domanda e non determina l'estinzione dell'intero rapporto giuridico che trova titolo nel contratto (diversamente da quanto avviene a seguito dell'esercizio dell'azione costitutiva); ne segue che tutti gli altri effetti giuridici semplici che sorgono dal negozio rimangono in vita. Parimenti, come per Consolo, anche per Motto la sentenza è costitutiva nel capo di accoglimento dell'eccezione-impugnazione e dichiarativa nel capo di rigetto della domanda attorea ⁽³⁷³⁾.

o come azione [...], accettando, nel primo caso, i limiti della contesa stabiliti dall'azione dell'avversario". Sul punto, cfr. altresì R. BOLAFFI, *Le eccezioni* cit., p. 198, per cui "non è esatto ritenere che coll'eccezione si faccia valere un potere giuridico materiale più ristretto che non coll'azione (o colla riconvenzione): il potere giuridico materiale è lo stesso nell'una e nell'altra ipotesi. Quello che varia non è la situazione di diritto materiale, ma l'atteggiamento della parte nel processo [...]. Nel caso dell'eccezione, si verifica soltanto l'assoluzione del convenuto, mentre non poteva aver luogo anche la condanna dell'attore, non perché si fa valere un potere giuridico materiale più ristretto, ma perché il convenuto si è limitato a chiedere la reiezione della domanda dell'attore".

Si noti che la tesi qui in esame si distingue da quella che è stata analizzata come prima alternativa, per la quale l'eccezione-impugnazione è perfettamente equivalente all'azione costitutiva e produce gli stessi effetti di quest'ultima. Infatti, nell'ambito di quella prima teorica, l'accoglimento dell'eccezione porta sempre e indiscriminatamente alla caducazione dell'intero rapporto contrattuale (cfr. *supra*, nota 355); viceversa, nel pensiero di Consolo e di Massetani gli effetti estintivi intaccano il solo diritto fatto valere dall'attore.

⁽³⁷⁰⁾ Si tratta di A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 242 ss.

⁽³⁷¹⁾ Si anticipa sin d'ora che tale assunto è smentito da alcune voci dottrinali su cui ci si soffermerà *infra* nel prosieguo del paragrafo.

⁽³⁷²⁾ Rilievo qui pienamente condiviso: cfr. *supra*, parr. 7 e 8, con riferimento ai diritti potestativi di annullamento e di rescissione.

⁽³⁷³⁾ L'Autore non nasconde, però, che la limitazione dell'effetto estintivo al singolo diritto attoreo possa cagionare problemi sul piano applicativo, soprattutto sotto il profilo dell'equilibrio delle prestazioni sinallagmatiche. Ad avviso di Motto, si dovrebbero in questo caso applicare i principi enucleati dagli artt. 1463 ss. c.c. in materia di impossibilità sopravvenuta. Se l'eccezione non ha ancora eseguito la propria obbligazione, l'altra parte non può conseguire la prestazione cui ha diritto, proprio in forza della sentenza che accoglie l'eccezione; ne segue che l'eccezione non può chiedere la controprestazione e deve restituire quella che abbia già ottenuto. Se, invece, l'eccezione ha già eseguito una parte della propria obbligazione ed è, quindi, stato

Nella prospettiva dell'Autore, le eccezioni-impugnazioni si distinguono dalle eccezioni-deduzioni in quanto l'istanza del convenuto non si risolve nel mero potere di attribuire rilevanza processuale a fatti già produttivi di effetti sul piano sostanziale, bensì rappresenta una richiesta al giudice di operare una modificazione giuridica a carattere estintivo, al fine di rigettare la domanda. Per tale ragione, le eccezioni in parola vengono definite "eccezioni costitutive" ⁽³⁷⁴⁾.

L'opzione ricostruttiva in esame ha senz'altro il pregio di garantire un elevato grado di coerenza con la configurazione del fenomeno dal lato attivo. Quando si verifica un fatto costituente motivo di impugnativa, alla parte interessata non è concesso di produrre direttamente l'effetto estintivo, ma è imposto di proporre apposita domanda giudiziale; allo stesso modo, dal lato passivo, ove tale parte venga convenuta per l'esecuzione del contratto, essa non può provocare unilateralmente l'effetto estintivo, ma soltanto sollevare l'eccezione di impugnativa ⁽³⁷⁵⁾.

D'altro canto, tuttavia, non sembra che la tesi in discorso possa andare esente da critiche.

Innanzitutto, essa non pare tener conto del fatto che, nel settore dei contratti sinallagmatici, il codice civile non contempla la possibilità che l'effetto di annullamento o di rescissione ricada su singole obbligazioni contrattuali. Per un verso, i vizi che costituiscono motivi di annullamento o di rescissione esorbitano dall'ambito della singola obbligazione e incidono, invece, su una pluralità di (e in alcuni casi, su tutte le) posizioni soggettive intercorrenti tra le parti: si pensi alle ipotesi di contratti stipulati sotto minaccia o conclusi in stato di pericolo. Per altro verso, tutte le disposizioni normative che disciplinano gli effetti di annullamento e di rescissione fanno sempre riferimento al "contratto", mai a porzioni dello stesso ⁽³⁷⁶⁾. Da ultimo, con particolare riguardo all'annullamento, che nell'impianto codicistico tale effetto si espliciti ordinariamente sull'intero contratto si desume, *a contrario*, dall'art. 1446 c.c., per il quale nei contratti plurilaterali "l'annullabilità che riguarda il vincolo di una sola delle parti non importa annullamento del contratto, salvo che la partecipazione di questa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale". La circostanza che il legislatore abbia ritenuto opportuno effettuare tale precisazione è eloquente indice del fatto che, ove fosse rimasto silente, si sarebbe dovuto annullare l'intero negozio giuridico.

convenuto in giudizio per l'adempimento della porzione rimanente, la controparte può scegliere se mantenere in vita il rapporto, accontentandosi della prestazione ridotta, oppure se recedere dal contratto: v. A. MOTTO, *Poteri cit.*, p. 319 ss.

⁽³⁷⁴⁾ Cfr. A. MOTTO, *Poteri cit.*, pp. 269 ss., 300, nt. 217, 309.

⁽³⁷⁵⁾ "La dichiarazione di voler impugnare non è ancora sufficiente per determinare l'estinzione degli effetti del negozio. Essa, fatta valere in via di eccezione, non può avere effetti maggiori di quando è fatta valere con l'azione. Tanto poco qui l'eliminazione consegue già per via dell'esercizio dell'azione, tanto poco la deduzione dell'eccezione è in grado di attuare direttamente l'eliminazione": v. A. MOTTO, *Poteri cit.*, pp. 271-272, che riprende le parole di A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar, 1878, p. 274.

⁽³⁷⁶⁾ Cfr. artt. 1427, 1428, 1430, 1432, 1434, 1436, 1437, 1438, 1439, 1440, 1441, 1443 ("se il contratto è annullato"), 1447 ("Il contratto [...] può essere rescisso"), 1448, 1449, 1452 c.c. In proposito, v. anche E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, cit., pp. 243-244.

In secondo luogo, la ricostruzione qui indagata presenta criticità allorché la domanda attorea sia relativa all'intero contratto: così, ad esempio, per la domanda con cui una parte chieda l'accertamento (positivo) di tutti i propri diritti scaturenti dal contratto e l'accertamento negativo dei diritti spettanti alla controparte. In queste ipotesi, l'effetto estintivo prodotto dalla sentenza in accoglimento dell'eccezione di impugnativa si riverserebbe sull'intero negozio giuridico, in modo del tutto analogo a quanto accade ove venga accolta una domanda di annullamento o di rescissione. Non pare, però, che siffatto esito possa ammettersi, considerato che il legislatore ha voluto condizionare la produzione degli effetti di annullamento e di rescissione alla proposizione e all'accoglimento della sola domanda giudiziale ⁽³⁷⁷⁾. In aggiunta, la piena equivalenza tra accoglimento dell'azione e accoglimento dell'eccezione renderebbe del tutto inutile la previsione del termine quinquennale di prescrizione cui è sottoposta l'azione di annullamento ⁽³⁷⁸⁾.

In terzo luogo, secondo una voce dottrinale, l'idea che l'eccezione conduca a una pronuncia costitutiva è “particolarmente distante dalla *fisionomia normativa* delle eccezioni di caducabilità. E ciò soprattutto perché la *ratio* dell'istituto sembra principalmente risiedere [...] nell'esigenza di consentire al titolare dell'azione costitutiva di *non* attivarsi giudizialmente per ottenere la caducazione del rapporto, per l'ipotesi in cui esso sia di fatto rimasto inattuato. Se, invece, il risultato connesso all'eccezione fosse conseguibile solo per il tramite di una pronuncia *costitutiva* del giudice, l'interessato dovrebbe sempre e comunque attivarsi giudizialmente anche solo al limitato fine di ottenere la «caducazione» della singola posizione debitoria” ⁽³⁷⁹⁾.

A mio avviso, le problematiche appena evidenziate sono più che sufficienti per sconsigliare la riconduzione degli effetti delle eccezioni-impugnazioni ad una sentenza che costituisca un “ridotto” effetto di annullamento o di rescissione. Ad ogni modo, per completezza, si segnala un'ulteriore critica a carattere processuale sollevata da alcuni studiosi. La possibilità che il provvedimento giudiziale provochi un effetto caducatorio in conseguenza dell'eccezione si dovrebbe escludere in radice a causa della natura stessa dell'eccezione: quest'ultima introduce in giudizio materia di mera cognizione, ma non può provocare una vera e propria pronuncia giudiziale ⁽³⁸⁰⁾; perciò, poiché per ottenere un effetto demolitorio è necessaria una sentenza del giudice, l'unico modo per ottenerla è attraverso la proposizione di una domanda ⁽³⁸¹⁾.

Un'ulteriore spiegazione del *modus operandi* delle eccezioni-impugnazioni si distingue da quella appena analizzata con riguardo al profilo dell'efficacia del mutamento costitutivo operato dalla sentenza. Secondo una parte della dottrina, ove siano fatte valere in via di

⁽³⁷⁷⁾ Come dimostrato *supra*, parr. 7 e 8.

⁽³⁷⁸⁾ Sarebbe, peraltro, in questo caso inapplicabile l'osservazione di Consolo, per cui l'accoglimento dell'eccezione-impugnazione non dà adito a restituzioni (v. *supra* nel testo del presente paragrafo).

⁽³⁷⁹⁾ Così E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, cit., p. 243, nt. 83.

⁽³⁸⁰⁾ Sul problema dei rapporti tra eccezione e oggetto del giudizio, v. *infra*, par. 26.

⁽³⁸¹⁾ Di tale avviso è M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., pp. 45-46, il quale trae ispirazione dalle parole di G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., p. 366, secondo cui solo l'azione – e non l'eccezione – “è il potere di ottenere una pronuncia di merito”.

eccezione l'annullabilità o la rescindibilità di un contratto, il giudice deve limitarsi a riscontrare se sussistono i presupposti di un'eventuale domanda di annullamento o di rescissione, non per accoglierla (e, quindi, per produrre il relativo effetto estintivo), ma al solo fine di rigettare la domanda di adempimento del contratto. Viene così teorizzata la figura dell'accertamento costitutivo *incidenter tantum*, detta anche della cognizione incidentale costitutiva. Anche in questa prospettiva, come in quella di Consolo e Motto, la pronuncia giudiziale attua l'effetto caducatorio con riferimento al singolo diritto attoreo, lasciando integro il rapporto giuridico fondamentale; tuttavia, l'effetto demolitorio si produce, qui, unicamente nell'ambito del giudizio in corso ⁽³⁸²⁾.

Tale tesi ha attirato il biasimo di chi ritiene che la mera cognizione incidentale non possa mai essere fonte di effetti costitutivi ⁽³⁸³⁾. In proposito si è detto che, "se si crea una situazione giuridica nuova, non è pensabile che in un giudizio se ne debba tener conto e in altri la si debba dimenticare"; pertanto, non si può che concludere che non si tratti di effetti costitutivi veri e propri, ma di qualcosa d'altro ⁽³⁸⁴⁾.

Tutte le problematiche che affliggono l'idea di ricollegare alla proposizione dell'eccezione-impugnazione gli effetti di annullamento e di rescissione vengono scongiurate dalle ultime due teorie che sono state elaborate in punto di funzionamento delle eccezioni di impugnativa e che conducono verso la conclusione del discorso.

Secondo la ricostruzione di Grasso, quando la parte convenuta solleva un'eccezione di annullabilità o rescindibilità del contratto, ai sensi degli artt. 1442, c. 4, e 1449, c. 2, c.c., essa

⁽³⁸²⁾ Aderiscono a tale ipotesi ricostruttiva M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1972 (rist.), p. 44 ss., il quale parla di una "vera e propria *costituzione* di effetti giuridici, operanti [...] nel solo processo, e rispetto all'oggetto del solo processo, nel quale essi sono creati"; C. CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003, p. 55 (se ben se ne intende il pensiero), per il quale, "nelle situazioni di esercizio in via di *eccezione* dei poteri costitutivi di invalidazione negoziale, la stessa verifica dell'effetto estintivo si traduce senz'altro (ed esclusivamente) nel mero rigetto della domanda attorea di adempimento, ma senza alcuna produzione dello stesso effetto di annullamento *sul piano sostanziale*"; V. COLESANTI, *Domanda di risoluzione ed eccezione revocatoria nel fallimento*, in *Riv. dir. proc.* 1979, p. 188, spec. 193, 196; C. FERRI, *Profili cit.*, p. 149 ss., il quale, però, estende la portata dell'accertamento dell'annullabilità e della rescindibilità del negozio: "l'accertamento svolto *incidenter tantum* sull'oggetto dell'eccezione è vincolante, per il giudice, fin dal momento in cui è emanata la pronuncia che lo contiene, mentre i limiti oggettivi dell'efficacia «esterna» sono più ristretti di quelli propri dell'accertamento «pieno» e valgono solo nel caso che venga riproposto tra le stesse parti il medesimo *petitum*, oggetto del precedente giudizio"; E. T. LIEBMAN, *L'eccezione revocatoria e il suo significato processuale*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, p. 76, spec. 85 ss., secondo cui non si può fare a meno della figura dell'accertamento costitutivo *incidenter tantum* "se si vuole ammettere le eccezioni corrispondenti alle azioni che tendono ad una sentenza costitutiva"; E. T. LIEBMAN, *Manuale cit.*, p. 180.

⁽³⁸³⁾ Così E. F. RICCI, voce *Accertamento cit.*, p. 24.

⁽³⁸⁴⁾ Cfr. E. F. RICCI, voce *Accertamento cit.*, p. 24. Alla teoria dell'accertamento costitutivo *incidenter tantum* sono state, inoltre, rivolte le medesime censure a carattere processuale che si sono appuntate sulla ricostruzione di Consolo e di Motto, per cui l'effetto demolitorio non può discendere dalla proposizione di una semplice eccezione (v. M. FORNACIARI, *Situazioni potestative cit.*, p. 45, nt. 12.11, per il quale "delle due l'una, infatti: o quella in questione è una *pronuncia*, e allora deve scaturire da una *domanda* e non può essere incidentale; oppure, se consegue ad una mera eccezione ed è incidentale, non è una *pronuncia*, ed allora non è in grado di dar vita all'effetto"). Da ultimo, v. anche C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato cit.*, p. 281, nt. 147, per il quale la figura dell'accertamento costitutivo incidentale non è accettabile, e V. DENTI, voce *Questioni pregiudiziali (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1976, p. 675, spec. 676, per il quale essa non è ammissibile.

propone una mera istanza di rigetto della domanda attorea, fondata sull'esistenza delle fattispecie che potrebbero condurre all'annullamento e alla rescissione del contratto, senza però manifestare la volontà di far annullare o rescindere l'intero rapporto giuridico. Non a caso, il codice civile prevede che il convenuto opponga alla pretesa della controparte l'annullabilità o la rescindibilità del contratto, non che chieda l'annullamento o la rescissione dello stesso: dunque, è lo stesso linguaggio legislativo ad escludere che, proponendo l'eccezione, il convenuto eserciti il proprio diritto potestativo di annullamento o di rescissione del negozio. In quest'ottica, dire – come alcuni Autori citati nel corso del paragrafo – che la parte esercita il potere di annullare e rescindere il contratto, ma non per ottenere il risultato dell'annullamento e della rescissione, è proposizione intrinsecamente contraddittoria. Pertanto, l'eccezione-impugnazione deve essere correttamente qualificata come l'iniziativa processuale volta alla dichiarazione di inefficacia dei fatti esposti *ex adverso*, in ordine ai soli effetti dedotti in giudizio ⁽³⁸⁵⁾. Ove, poi, la parte convenuta per l'esecuzione intenda effettivamente rimuovere tutti gli effetti prodotti dal contratto, allora non potrà limitarsi a sollevare un'eccezione di annullabilità o rescindibilità, ma dovrà proporre una vera e propria domanda riconvenzionale di annullamento o rescissione ⁽³⁸⁶⁾.

Sulle medesime fondamenta poggia la proposta ricostruttiva di Merlin ⁽³⁸⁷⁾, che si snoda attraverso le seguenti considerazioni. La previsione legislativa della possibilità di opporre il vizio del rapporto fondamentale anche in via di eccezione rafforza la tutela predisposta a favore dell'interessato e si traduce nella facoltà di sottoporre la fattispecie estintiva ad accertamento giudiziale anche se essa non abbia ancora esplicito – o persino non possa più esplicitare – la propria efficacia demolitoria. Come accennato ⁽³⁸⁸⁾, l'Autrice riconduce la *ratio* del fenomeno a ciò: si è visto che l'annullamento e la rescissione dei contratti si realizzano tramite l'apporto costitutivo della pronuncia giudiziale ⁽³⁸⁹⁾; l'opponibilità del vizio in via di eccezione risponde all'esigenza di risparmiare al titolare del diritto potestativo l'onere di attivare un giudizio diretto alla caducazione del rapporto, ove questo sia rimasto inattuato; esigenza che viene, appunto, soddisfatta dalla possibilità che il giudice tenga conto della

⁽³⁸⁵⁾ Cfr. E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio* cit., pp. 305, 308. Di analogo avviso R. TOMMASINI, sub *art. 1441* cit., p. 101, per cui "l'eccezione può assumere rilievo esclusivamente sul piano giudiziale e come tale può soltanto paralizzare gli effetti della domanda, ma non arrivare ad ottenere una pronuncia di annullamento". In giurisprudenza, nel senso che "l'annullabilità di un contratto [...] può essere dedotta [...] in via di eccezione, quando il convenuto tenda con le sue difese all'esclusivo fine della reiezione, totale o parziale, della domanda dell'attore, opponendo al diritto da questi fatto valere una situazione giuridica idonea a paralizzarlo", cfr. Cass., 10 giugno 2015, n. 12083, la quale precisa che "la *ratio* dell'[art. 1442, c. 4, c.c.] appare dunque quella di apprestare un rimedio affinché l'atto viziato, ancorché esistente, stante l'assenza di una istanza di annullamento, non raggiunga pienamente il suo scopo"; Cass., 29 luglio 2013, n. 18223; Cass., 26 giugno 2012, n. 10638; Cass., 29 luglio 2002, n. 11182 e Cass., 30 marzo 1989, n. 1556.

⁽³⁸⁶⁾ Dando così origine ad una sentenza parzialmente costitutiva, nel capo in cui viene accolta la domanda riconvenzionale di impugnativa contrattuale, e parzialmente dichiarativa, nel capo in cui viene rigettata la domanda attorea. In proposito, v. M. DE POLI, *La rescissione del contratto*, in *Trattato* cit., pp. 238-239, in punto di rescissione del contratto; R. TOMMASINI, sub *art. 1441* cit., p. 101, in punto di annullamento del contratto.

⁽³⁸⁷⁾ Cfr. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, cit., p. 236 ss.

⁽³⁸⁸⁾ V. *retro*, nel presente paragrafo.

⁽³⁸⁹⁾ Cfr. *supra*, parr. 7 e 8.

fattispecie estintiva anche a prescindere dal previo intervento di una propria pronuncia costitutiva.

Condividendo la premessa grossiana relativa all'estraneità dell'eccezione alla genesi dell'effetto demolitorio sul piano sostanziale, Merlin conclude che "la prospettiva più aderente alla realtà e alla fisionomia normativa del fenomeno sembra essere quella di ammettere che l'opponibilità in via di eccezione corrisponda ad una *eccezionale* rilevanza attribuita dall'ordinamento agli elementi di fatto di talune fattispecie estintive-impeditivo-modificative del rapporto fondamentale. A tali elementi di fatto è, in sostanza, tributata l'idoneità ad assumere, a certe condizioni, la rilevanza di cause i.m.e. della singola obbligazione, rilevanza destinata ad operare pur ove quegli elementi di fatto non siano, o persino non siano più, in grado di porsi come costitutivi dell'effetto cui sarebbe destinata la fattispecie legale (rappresentato, appunto, per il tramite della pronuncia costitutiva, dall'annullamento, rescissione ecc. del contratto)" ⁽³⁹⁰⁾. In questa prospettiva, l'eccezione diviene, dunque, il "potere volto a determinare la semplice rilevanza di determinate fattispecie sostanziali e.i.m. in sede di accertamento giudiziale di una posizione di obbligo dell'eccepente, su cui esse hanno esplicato, oppure potrebbero (o, ancora, avrebbero potuto) indirettamente esplicare, un'efficacia, appunto, estintiva-impeditiva-modificativa" ⁽³⁹¹⁾.

Come si nota, la tesi di Merlin prende le distanze dalle teoriche sull'accertamento costitutivo *incidenter tantum*, in quanto queste ultime presuppongono sempre che la fattispecie costitutiva degli effetti di annullamento e di rescissione sia pienamente compiuta, mentre la posizione qui in esame consente di prendere in considerazione i fatti estintivi dell'efficacia del contratto a prescindere dalla pronuncia che ha ruolo costitutivo.

L'idea che un giudice possa affermare l'inesistenza di uno dei diritti derivanti da un contratto, benché questo non sia stato caducato tramite una sentenza costitutiva, ha suscitato reazioni negative da parte di alcuni studiosi. Si è osservato, infatti, che, finché un effetto non viene rimosso, esso appartiene a pieno titolo al mondo giuridico, e che la circostanza che detto effetto sia eliminabile non lo diminuisce in alcun modo: quando verrà eliminato, non esisterà più; ma fino ad allora sarà presente ⁽³⁹²⁾. E tale regola trova conforto e declinazione nel fatto che il contratto annullabile e il contratto rescindibile sono pacificamente contratti efficaci, fintanto che non intervenga, rispettivamente, una sentenza di annullamento o di rescissione. L'atteggiamento che reputa i contratti meramente annullabili o rescindibili *tamquam non essent* non risulta, secondo questi autori, appagante ⁽³⁹³⁾.

⁽³⁹⁰⁾ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, cit., pp. 240-242.

⁽³⁹¹⁾ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, cit., p. 249. La tesi viene ripresa in E. MERLIN, *Elementi* cit., pp. 87-88.

⁽³⁹²⁾ Così M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 42 ss.

⁽³⁹³⁾ Infervorata è la critica di R. SACCO, voce *Nullità* cit., pp. 304-305: "nella pratica, si nota da qualche tempo qualcosa di più inaspettato. Un contraente, convenuto per l'adempimento, ottiene l'assolutoria invocando incidentalmente l'annullabilità, senza bisogno di chiedere l'annullamento: il giudice osserva, infatti, che, secondo l'ultimo comma dell'art. 1442, ciò che il convenuto oppone all'attore non è una domanda di annullamento, ma una fattispecie di pura «annullabilità» [...]. Il nostro sistema giuridico è dunque davanti ad un bivio. O la pratica diventa conforme alla teoria, e il contratto annullabile può soltanto essere annullato o

Inoltre, da un punto di vista processuale, si è rilevato che in giudizio non può essere attribuita rilevanza a fatti che non hanno ancora esplicato effetti sul piano sostanziale ⁽³⁹⁴⁾.

Al fine di individuare la ricostruzione che meglio si attaglia al fenomeno dell'eccezione-impugnazione, mi sembra che il criterio da utilizzare come bussola sia il divario che necessariamente deve intercorrere tra il modo di operare delle domande di impugnativa costitutive e il modo di operare delle corrispondenti eccezioni. Se, infatti, le due attività processuali potessero condurre ai medesimi risultati, non si spiegherebbe per quale ragione il legislatore ha ritenuto opportuno menzionare le eccezioni di impugnativa e, in alcune ipotesi, addirittura attribuire alle stesse una disciplina diversa da quella delle relative azioni (v. art. 1442, c. 4, c.c.).

Ciò porta subito a rifiutare quella teoria che equipara *tout court* gli effetti dell'azione e gli effetti dell'eccezione, ossia la prima teoria cui si è dedicata attenzione. In secondo luogo, conduce a scartare le ipotesi ricostruttive che lasciano aperta la possibilità di un'equivalenza tra azione ed eccezione, allorquando la domanda attorea abbia ad oggetto l'intero rapporto fondamentale, ossia quelle di Consolo e di Motto. Benché qui l'omogeneità di effetti dipenda da un fattore del tutto contingente, non si può ignorare che, in un notevole numero di casi, non vi sia alcuna differenza tra l'accoglimento della domanda di impugnativa e l'accoglimento della correlativa eccezione. E ancora, il medesimo tentativo di parificare gli effetti delle azioni e delle eccezioni si rinviene nel pensiero di chi reputa che l'eccezione-impugnazione configuri sempre una vera e propria domanda riconvenzionale; altra opinione che, dunque, non merita accoglimento.

Contribuiscono, poi, ad escludere la condivisibilità delle tesi appena menzionate anche i rilievi critici già svolti nel corso del paragrafo per ciascuna di esse.

Coglie, invece, la necessità di distinguere il *modus operandi* delle eccezioni dal *modus operandi* delle azioni Attardi, il cui pensiero è, sotto questo profilo, encomiabile. Ciononostante, l'Autore cade, a mio avviso, in un errore di prospettiva, laddove afferma che anche l'eccezione-impugnazione rappresenta un valido strumento per ottenere gli effetti di annullamento e di rescissione del contratto. Se ciò fosse vero, le previsioni legislative delle azioni di annullamento e rescissione degli accordi contrattuali perderebbero ogni utilità, ben potendo le parti raggiungere i medesimi obiettivi operando sul piano sostanziale, senza dover sopportare i tempi e i costi che sempre accompagnano il ricorso all'autorità giurisdizionale.

applicato (ma non si può disapplicare senza annullarlo). O la teoria dovrà insegnarsi avvertendo il discente che essa è sviante per chi voglia capire la pratica. La prassi ora descritta crea la figura di un contratto annullabile, cui il giudice nega efficacia, senza però annullarlo. Questa figura fa a pugni con tutta la dogmatica (di origine pandettistica) cui ha prestato clamorosa e convinta adesione la dottrina sistematica, e cui la giurisprudenza declama frequentemente di volersi attenere. Secondo la regola pandettistica, il contratto annullabile è efficace se non annullato, e cessa di esistere se eliminato dall'annullamento – che è dotato di una natura costitutiva –. Il contratto annullabile non annullato non può venir trattato come se non ci fosse [...]. La nozione di contratto annullabile ha un senso se si distingue in modo nitido fra la situazione in cui un contratto *non è annullato* (e perciò la sua efficacia sussiste o, tutt'al più, è incerta) e la situazione in cui un contratto è *annullato* (e perciò produce tanto effetto quanto ne produce un contratto nullo)". Cfr. anche M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 48, nt. 12.17.

⁽³⁹⁴⁾ La censura è di A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 268, anche nt. 149.

Se, dunque, le eccezioni-impugnazioni non possono presentare modalità operative analoghe a quelle delle azioni di impugnativa costitutive e non possono occupare alcuno spazio nella sequenza che porta alla produzione degli effetti di annullamento e di rescissione dei contratti, allora esse devono condurre a un risultato diverso. E tale risultato consiste proprio nella paralisi della domanda attorea, pur nella vigenza ed efficacia del contratto sul piano sostanziale.

Per quanto ciò possa apparire inconsueto, è lo stesso codice civile ad attribuire al contraente vittima di errore, violenza, dolo, pericolo o lesione il “privilegio”, se così si vuole definire, di sottrarsi ai propri obblighi derivanti dal contratto viziato, anche senza passare dalla caducazione dell’intero rapporto giuridico. Si deve, dunque, pienamente condividere la proposta ricostruttiva di Grasso e Merlin e concludere che l’eccezione-impugnazione: (i) ha il mero scopo di ottenere il rigetto della domanda attorea e non attua un diritto potestativo di ottenere l’estinzione del contratto viziato; (ii) attribuisce eccezionale rilevanza in giudizio agli elementi fattuali che compongono lo schema di produzione degli effetti sostanziali di annullamento e rescissione, i quali divengono così idonei a fondare la reiezione della domanda di adempimento, benché sul piano sostanziale non abbiano prodotto l’effetto demolitorio dell’intero negozio giuridico (e, in taluni casi, benché non lo possano più nemmeno astrattamente produrre, in ragione dell’intervenuta prescrizione della correlativa azione).

Alla luce dell’opzione ermeneutica qui abbracciata, si è costretti ad ammettere che la regola per cui i contratti annullabili e rescindibili producono effetti fintanto che non vengano, per l’appunto, annullati e rescissi – rievocata da Sacco e Fornaciari per contrastare la tesi di Grasso e Merlin ⁽³⁹⁵⁾ – subisca una deroga nelle ipotesi in cui il legislatore ha espressamente attribuito al contraente interessato la facoltà di paralizzare eventuali domande di esecuzione del contratto benché quest’ultimo non sia stato ancora caducato.

Quanto, infine, all’obiezione di carattere processuale, per cui in giudizio non può essere attribuita rilevanza a fatti che non abbiano ancora esplicato effetti sul piano sostanziale, mi sembra che la soluzione che qui si propone non comporti un’eccezione a tale principio. Certo, se l’effetto cui ci si riferisce è l’effetto di annullamento e di rescissione dell’intero contratto, non si può che convenire sul fatto che esso non si sia ancora prodotto sul piano sostanziale e non possa, pertanto, costituire oggetto dell’eccezione-impugnazione. Tuttavia, come già sottolineato ⁽³⁹⁶⁾, oggetto dell’eccezione di annullabilità o di rescindibilità del contratto non è l’effetto demolitorio, bensì l’elemento di fatto che rende il contratto annullabile o rescindibile, e quindi modificabile; e tale fatto storico – errore, violenza, dolo, e così via – si è già verificato e ha già cagionato l’effetto di rendere il rapporto giuridico suscettibile di modificazione. Credo, dunque, che anche in quest’ipotesi l’eccezione dia rilevanza nel processo ad un fatto che ha già acquisito rilevanza sul piano sostanziale.

In definitiva, al fine di rispondere alle domande che ci si era posti all’inizio del presente capitolo, ossia se la proposizione di un’eccezione di impugnativa sia una valida tecnica di

⁽³⁹⁵⁾ Cfr. *supra*, anche note 392 e 393.

⁽³⁹⁶⁾ Cfr. *supra*, parr. 12 e 13.

produzione degli effetti di annullamento e rescissione dei contratti e se la sentenza che rigetta la domanda attorea in accoglimento dell'eccezione di impugnativa sia sentenza dichiarativa, costitutiva o a "doppia natura", si può conclusivamente affermare che, da un lato, l'eccezione-impugnazione non è mai idonea a produrre gli effetti demolitori del contratto e, dall'altro, la pronuncia che accoglie l'eccezione di impugnativa e, di conseguenza, respinge la domanda proposta dalla controparte contrattuale è sempre e integralmente una pronuncia dichiarativa.

CAPITOLO SECONDO

I LIMITI OGGETTIVI DEL GIUDICATO NELLE IMPUGNATIVE

CONTRATTUALI

SOMMARIO: 16. Premessa – SEZIONE PRIMA: AZIONE DI NULLITÀ, RELATIVA ECCEZIONE E LIMITI OGGETTIVI DEL GIUDICATO – 17. I rapporti tra oggetto del giudicato, oggetto del processo e oggetto della domanda – 18. Ciò che in astratto può costituire l'oggetto della domanda (e, quindi, del processo e del giudicato) – 19. Ciò che in concreto costituisce oggetto della domanda (e, quindi, del processo e del giudicato). Gli elementi di identificazione della domanda – 19.1. Il *petitum* – 19.2. La *causa petendi* – 19.2.1. La definizione di *causa petendi* – 19.2.2. La funzione individuatrice della *causa petendi*. I diritti autodeterminati e i diritti eterodeterminati – 20. Gli elementi di identificazione della domanda di nullità – 21. Il rilievo officioso di ulteriori cause di nullità e della diversa estensione oggettiva della medesima – 22. Alcuni strumenti di lavoro per modellare l'estensione oggettiva del giudicato. La fattispecie. La pregiudizialità. Il principio della ragione più liquida – 23. L'estensione del giudicato in presenza di rapporti di pregiudizialità tecnica per dipendenza o per incompatibilità – 24. L'estensione del giudicato in presenza di rapporti di pregiudizialità logica – 24.1. Le sentenze di accoglimento – 24.2. Le sentenze di rigetto – 25. Il giudicato su questioni – 26. Il giudicato sulle eccezioni – 27. Il giudicato su questioni di fatto o di diritto comuni a più cause – 28. Il giudicato implicito – 29. L'estensione del giudicato ai motivi della pronuncia – 30. La preclusione del dedotto e del deducibile – 31. Una valutazione d'insieme in merito alla conformazione oggettiva della *res iudicata* in relazione alle azioni e alle eccezioni di nullità del contratto. L'approccio restrittivo quale soluzione preferibile – 32. L'efficacia preclusiva del giudicato – 33. L'efficacia conformativa del giudicato – SEZIONE SECONDA: AZIONI DI ANNULLAMENTO, RESCISSIONE E RISOLUZIONE, RELATIVE ECCEZIONI E LIMITI OGGETTIVI DEL GIUDICATO – 34. Il piano d'indagine – 35. Gli effetti delle sentenze costitutive – 36. L'oggetto dell'accertamento nelle azioni di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale – 36.1. Il diritto alla modificazione giuridica in senso sostanziale – 36.2. Il diritto alla modificazione giuridica in senso processuale – 36.3. La modificazione giuridica – 36.4. Il rapporto contrattuale sul quale dovrebbe incidere la modificazione giuridica – 36.5. Due ulteriori proposte ricostruttive – 36.6. Il vaglio delle diverse opzioni nella prospettiva della tutela dei diritti di azione e di difesa delle parti. L'individuazione dell'oggetto dell'accertamento nei diritti potestativi di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale quale soluzione preferibile – 37. L'estensione del giudicato all'effetto costitutivo – 38. L'oggetto dell'accertamento nelle azioni di risoluzione stragiudiziale – 39. L'estensione del giudicato alle eccezioni di annullabilità, rescindibilità e risoluzione del contratto – 40. La portata della preclusione del dedotto e del deducibile nel settore delle azioni di annullamento, rescissione, risoluzione e delle corrispondenti eccezioni – 41. Considerazioni conclusive in merito all'oggetto del giudicato in relazione alle azioni di annullamento, rescissione, risoluzione del contratto e alle corrispondenti eccezioni – 42. L'efficacia preclusiva del giudicato – 42.1. Le sentenze di accoglimento – 42.2. Le sentenze di rigetto – 43. L'efficacia conformativa del giudicato – 43.1. L'efficacia conformativa delle sentenze che definiscono azioni di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto rispetto a processi su situazioni giuridiche dipendenti – 43.2. L'efficacia conformativa delle sentenze che definiscono azioni aventi ad oggetto diritti contrattuali. I rapporti con successive azioni di impugnativa contrattuale – 43.3. L'efficacia conformativa delle sentenze che definiscono azioni di accertamento negativo dei singoli diritti

potestativi di impugnativa o del singolo effetto di risoluzione stragiudiziale. I rapporti con le corrispondenti azioni di impugnativa contrattuale – 43.4. La reiterazione dei contratti annullati, rescissi o risolti – SEZIONE TERZA: I RAPPORTI TRA AZIONI DI ANNULLAMENTO, RESCISSIONE, RISOLUZIONE E NULLITÀ DEL CONTRATTO – 44. Il “sistema” delle impugnative contrattuali – 45. La rilevanza officiosa della nullità del contratto nell’ambito delle azioni di annullamento, rescissione e risoluzione – 46. Il giudicato sulla nullità o sulla validità del contratto

16. Premessa

Alla luce dell’analisi svolta nel corso del Capitolo Primo, si è giunti alla conclusione che:

- a) sono sentenze dichiarative quelle che accolgono o rigettano domande di nullità, risoluzione per inadempimento *ex* artt. 1454, 1456, 1457 c.c. e risoluzione per impossibilità sopravvenuta totale o parziale *ex* artt. 1463 ss. c.c.;
- b) sono sentenze costitutive quelle che accolgono domande di annullamento, rescissione, risoluzione per inadempimento *ex* art. 1453 c.c. e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta *ex* art. 1467 c.c., mentre sono sentenze dichiarative quelle che rigettano tali domande;
- c) sono sentenze dichiarative quelle che rigettano la domanda attorea per l’accoglimento di eccezioni di annullabilità, rescindibilità e (intervenuta) risoluzione del contratto ⁽³⁹⁷⁾.

Si sono, così, gettate le fondamenta per inoltrarsi nel cuore della presente trattazione e procedere allo studio dell’estensione oggettiva della *res iudicata* nel settore delle impugnative contrattuali.

Alcuni esempi possono essere utili per cogliere subito la portata del problema.

Si immagini che due soggetti stipulino un contratto di compravendita immobiliare con una stretta di mano e che il compratore agisca in giudizio contro il venditore per ottenere il rilascio dell’immobile. Se il giudice accoglie la domanda attorea, decide con efficacia di giudicato anche sulla validità del contratto? E quali effetti produce la sentenza in successivi giudizi relativi al medesimo negozio?

Si immagini che un soggetto instauri un’azione di risoluzione di un contratto per l’inadempimento della controparte. Se la domanda viene accolta, il contraente può successivamente chiedere l’annullamento di quel medesimo contratto? E può farlo se la prima domanda di risoluzione viene rigettata?

Ancora. Si immagini che un soggetto agisca in giudizio chiedendo l’annullamento, la rescissione o la risoluzione di un determinato accordo, che è affetto da un vizio di nullità. Come si è visto ⁽³⁹⁸⁾, in linea generale, la nullità del contratto è rilevabile d’ufficio dal giudice (art. 1421 c.c.). Ci sono dei limiti a tale rilievo nelle ipotesi in cui venga proposta una domanda già volta alla caducazione del contratto? E, nell’ipotesi in cui il giudice rilevi la

⁽³⁹⁷⁾ Secondo l’accezione indicata *supra*, par. 14 ss. Viceversa, nelle ipotesi in cui tali eccezioni vengano rigettate, la natura della sentenza dipende dal tipo di domanda che è stata proposta nel singolo caso di specie (di accertamento, di condanna o costitutiva).

⁽³⁹⁸⁾ Cfr. *supra*, par. 11.

nullità del contratto, i confini oggettivi del giudicato racchiudono anche la risoluzione della questione di nullità/validità?

Quelli indicati sono solo alcuni degli interrogativi ai quali ci si propone di fornire risposta, ma già consentono di percepire la complessità e la sempiterna attualità delle tematiche oggetto del presente elaborato.

Lo studio della dimensione oggettiva della cosa giudicata si snoda in due diverse operazioni. Innanzitutto, occorre determinare l'oggetto della pronuncia e, conseguentemente, del giudicato, ossia individuare cosa viene statuito in modo vincolante dal provvedimento giudiziale. In secondo luogo, ci si deve chiedere quali effetti la *res indicata* possa produrre in successivi giudizi.

Tale *consecutio* è dettata da ragioni di ordine logico. Infatti, l'operatività in un secondo processo dell'efficacia di una prima sentenza dipende dalla relazione che sussiste tra ciò che è già stato giudicato e ciò che è sottoposto a decisione con la nuova domanda ⁽³⁹⁹⁾. Sicché diviene indispensabile comprendere preliminarmente in che cosa si risolvano i due elementi da porre a confronto.

Nel corso del presente capitolo, si indagheranno entrambi i profili descritti – quello dell'oggetto e quello degli effetti della regiudicata – con riferimento a quei processi in cui entrino in scena domande o eccezioni di impugnativa contrattuale.

Il capitolo è suddiviso in tre sezioni.

Nella prima, ci si concentrerà sui contorni che la *res indicata* assume a fronte di azioni di nullità del contratto, oppure a fronte di azioni volte a far valere uno o più effetti derivanti da un contratto (si pensi alle azioni di condanna all'adempimento di una determinata obbligazione contrattuale), ove la nullità sia eccepita dalla parte convenuta o rilevata d'ufficio dal giudice ⁽⁴⁰⁰⁾. Una volta delineato il *quid* idoneo ad acquisire forza di giudicato, nella parte finale della sezione si analizzeranno gli effetti che detto giudicato produce in diversi e successivi giudizi.

Nella seconda sezione, si volgerà l'attenzione allo spinoso tema dell'oggetto del processo, prima, e del giudicato, poi, nell'ambito delle azioni costitutive di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale del contratto, nonché nell'ambito delle azioni di accertamento dell'intervenuta risoluzione stragiudiziale del medesimo. Inoltre, analogamente a quanto effettuato nella prima sezione, l'analisi sulla dimensione oggettiva della cosa giudicata sarà estesa anche alle azioni volte a far valere uno o più effetti derivanti da un contratto, ove la controparte eccepisca l'annullabilità, la rescindibilità o la risoluzione dell'accordo negoziale ⁽⁴⁰¹⁾. La parte conclusiva della sezione sarà, ancora una volta, dedicata all'efficacia del giudicato in altri processi.

La terza e ultima sezione del capitolo sarà deputata allo studio dei rapporti tra le azioni di annullamento, rescissione, risoluzione, da un lato, e la nullità del contratto, dall'altro,

⁽³⁹⁹⁾ Così S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 4.

⁽⁴⁰⁰⁾ Non si esamineranno, in questa fase, le ipotesi in cui l'azione in cui venga sollevata l'eccezione di nullità sia un'azione di impugnativa del contratto; lo studio di tali ipotesi è, invece, demandato alla terza sezione.

⁽⁴⁰¹⁾ Anche qui vale quanto rilevato nella precedente nota 400.

sempre nella prospettiva dell'indagine sull'oggetto della regudicata e dei suoi effetti in ulteriori giudizi.

Prima di entrare nel vivo della discussione, occorre svolgere tre notazioni di metodo, che forniscono la chiave di lettura di quanto si andrà dicendo nel prosieguo dell'opera.

Come si è avuto modo di constatare nel corso del Capitolo Primo, in punto di modalità di produzione degli effetti sostanziali di nullità, annullamento, rescissione e risoluzione del contratto, e conseguentemente in punto di individuazione della natura della sentenza che decide su domande ed eccezioni di impugnativa contrattuale, il legislatore ha fornito all'interprete chiare indicazioni in merito alla scelta effettuata. Viceversa, uno scenario del tutto antitetico si apre nel settore del giudicato civile, posto che non si rinviene alcuna norma specificamente dedicata alla sua conformazione oggettiva ⁽⁴⁰²⁾.

Si è già visto che, dal momento che il diritto positivo non offre una netta ed esplicita soluzione al problema in esame, a colui che intenda delineare il perimetro oggettivo della cosa giudicata non resta che iniziare dalla determinazione della funzione che si voglia attribuire allo strumento del giudicato, per poi erigerne i confini nel rispetto della scelta di sistema operata ⁽⁴⁰³⁾.

I diritti di azione e difesa di cui all'art. 24 Cost. costituiranno, dunque, la bussola che permetterà di orientarsi nel *mare magnum* delle teorie che sono state formulate in tema di estensione oggettiva della *res iudicata* e che permetterà di risolvere gli interrogativi che si pongono nel modo più conforme allo spirito della nostra Carta costituzionale.

In secondo luogo, giova osservare che la tematica dei limiti oggettivi del giudicato è affrontata da molteplici prospettive differenti, tutte volte a un unitario scopo ultimo: stabilire qual è il perimetro dell'incontrovertibilità della sentenza. La circostanza che gli interpreti abbiano sviscerato il problema in esame approcciandolo da diversi punti di partenza comporta che i sentieri battuti a tratti coincidano, a tratti si intersechino, a tratti viaggino paralleli. La questione sarà in questa sede trattata utilizzando le varie visuali adottate dalla dottrina e dalla giurisprudenza e ponendo in evidenza i punti di contatto tra le stesse, con l'intenzione di compiere, *in primis*, un'opera di sistematizzazione e, *in secundis*, di isolare la soluzione che, tra tutte quelle adombrate, più si riveli costituzionalmente orientata.

Proprio perché le plurime problematiche nelle quali si declina il tema dell'oggetto della *res iudicata* sono tra loro interconnesse – ed è questa l'ultima nota di metodo – dapprima si procederà a descrivere lo stato dell'arte con riferimento ai singoli profili che vengono in rilievo, intervallando l'esposizione, se del caso, con qualche osservazione critica. Una volta completata la panoramica delle questioni che si pongono e delle risposte alle stesse fornite, ci si dedicherà ad alcune valutazioni d'insieme, con lo scopo di individuare, per ogni tematica analizzata, la conclusione preferibile, nel rispetto della scelta di sistema effettuata.

⁽⁴⁰²⁾ Lo notano anche C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 178.

⁽⁴⁰³⁾ Cfr. *supra*, Introduzione. Nello stesso senso si sono espresse anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione: v. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 4.1, per cui “le complesse e delicate problematiche che [l'individuazione dell'oggetto del giudicato] pone, ben lungi dal trovare risposte certe nel diritto positivo, risultano tutte e allo stesso modo condizionate dalla necessità di operare una scelta tra valori talora contrastanti”.

SEZIONE PRIMA

AZIONE DI NULLITÀ, RELATIVA ECCEZIONE E LIMITI OGGETTIVI DEL GIUDICATO

17. I rapporti tra oggetto del giudicato, oggetto del processo e oggetto della domanda

Per lo studioso che si affacci all'esame dell'estensione oggettiva del giudicato, la norma da cui prendere le mosse è l'art. 2909 c.c., il quale, sotto la rubrica "Cosa giudicata", dispone che "l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa".

Le poche parole di cui è composta la previsione legislativa consentono di identificare alcuni primi elementi utili.

In termini generali, a "passare in giudicato" è la sentenza, sicché l'oggetto del giudicato non può che coincidere con l'oggetto della sentenza.

Aumentando il grado di dettaglio, ciò che diviene incontrovertibile è l'"accertamento contenuto nella sentenza", dal che consegue che l'oggetto del giudicato si modella sull'oggetto dell'accertamento incluso nel provvedimento giudiziale.

Giunti a questo punto, però, la formulazione della norma si mostra singolarmente ermetica, non offrendo alcun indizio circa quello che dovrebbe essere tale oggetto. Il compito di riempire di significato il significante "accertamento" è, dunque, integralmente demandato all'interprete, il quale non può far altro che puntellare il proprio sforzo esegetico con altre disposizioni normative.

Uno valido spunto, che permette di compiere un ulteriore passo nel (lungo) cammino che porta alla delimitazione dell'oggetto della *res iudicata*, si rinviene nel già richiamato art. 112 c.p.c., a mente del quale "il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa [...]". Tale disposizione, che enuncia il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, chiarisce che l'oggetto della pronuncia giudiziale deve necessariamente combaciare con l'oggetto della domanda di parte ⁽⁴⁰⁴⁾.

Alla luce di quanto esposto, si può allora affermare che, per stabilire l'oggetto del giudicato, si deve procedere a ritroso: l'oggetto del giudicato equivale all'oggetto della sentenza, che a sua volta equivale all'oggetto del processo, che in ultima analisi equivale alla *res in iudicium deducta* con la domanda giudiziale ⁽⁴⁰⁵⁾.

⁽⁴⁰⁴⁾ Così L. P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, vol. I, Bologna, 1995, p. 759; B. SASSANI, *Lineamenti* cit., p. 484; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 349, per cui "il giudicato si forma [...] sull'oggetto della domanda". Ad avviso di A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e continuato da F. D. BUSNELLI, Milano, 2018, p. 37, è proprio "nell'esercizio di una funzione [giurisdizionale] condizionata alla proposizione della domanda, cui si riconnette il dovere decisorio del giudice, che si deve cogliere il punto di equilibrio (non facile) tra autonomia delle parti, quale lo stato moderno (pur vorace accentratore) deve riconoscere, e potere pubblico".

⁽⁴⁰⁵⁾ L'ordinaria equazione tra oggetto della domanda, del processo e del giudicato è unanimemente riconosciuta: cfr. V. ANDRIOLI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 996, per cui "l'oggetto della cosa giudicata si ricalca sull'oggetto della domanda"; G. ARIETA – F. DE SANTIS – L. MONTESANO, *Corso base di diritto processuale*

Eppure, la tendenziale equivalenza che sussiste tra oggetto della domanda, del processo e del giudicato non trova sempre concreta applicazione ⁽⁴⁰⁶⁾.

Anzitutto, si può avere una fisiologica divergenza tra oggetto della domanda e oggetto della decisione nelle ipotesi in cui le parti propongano una pluralità di domande tra loro alternative o condizionate ⁽⁴⁰⁷⁾. In questi casi, ove accolga una delle più domande alternativamente cumulate, accolga la domanda principale a fronte di un cumulo condizionato in senso proprio o rigetti la domanda principale a fronte di un cumulo condizionato in senso improprio, il giudice assorbe e omette di esaminare l'altra domanda; e ciò nel pieno rispetto delle norme processuali.

In tale scenario, l'oggetto della regiudicata non si può plasmare sull'oggetto della domanda, o meglio delle domande, in quanto su alcune di esse l'organo giudicante non si è espresso. Il giudicato ha, quindi, un ambito oggettivo inferiore a quello delle domande e risulta limitato al solo *decisum* ⁽⁴⁰⁸⁾.

Giova osservare che tale soluzione non presenta criticità nella prospettiva di tutelare il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. L'esercizio di tale diritto viene calibrato, nel corso del

civile, Padova, 2016, p. 688, secondo i quali “l'estensione dell'accertamento che «fa stato» ai sensi dell'art. 2909 c.c. è individuata oggettivamente dalla domanda, nei cui limiti (art. 112 c.p.c.) la sentenza passata in giudicato che lo contiene ha irrettabilmente deciso”; P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2016, p. 125; A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., pp. 126-127; M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 225, per il quale, “se la *res iudicata* non è altro che la *res litigiosa* dopo che è stata giudicata, evidentemente l'oggetto del giudicato coincide con quello che è stato, prima, l'oggetto della domanda, poi, l'oggetto del processo ed, infine, l'oggetto della decisione”; F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 216; R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Lineamenti* cit., p. 77; F. CARNELUTTI, *Sistema* cit., vol. I, p. 290; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale* cit., pp. 37 ss., 369, secondo il quale la domanda giudiziale ha la funzione di definire “i confini del giudizio, di determinare i limiti del dovere del giudice di decidere nel merito, di conformare a sé [...] la portata del giudicato”; è in base alla domanda giudiziale, “per il principio sancito dall'art. 112 c.p.c., che si dovrà infine valutare la portata dell'accertamento ai sensi dell'art. 2909 c.c.”; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, p. 129; F. LANCELLOTTI, *Variazioni dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia ed al giudicato*, in *Riv. dir. proc.* 1980, p. 465, spec. 466; E. T. LIEBMAN, *Manuale* cit., vol. I, pp. 278-279, secondo cui la *res iudicata* ha “gli stessi limiti dell'efficacia della sentenza. Vale perciò il principio che la cosa giudicata si estende all'oggetto del processo”; A. LUGO, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2012, p. 231; F. P. LUISO, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 157, per cui, “tendenzialmente, ciò che è oggetto della domanda diventa anche oggetto della sentenza, per cui noi possiamo parlare dell'oggetto della domanda, dell'oggetto del processo e dell'oggetto della decisione come di tre aspetti di un unico fenomeno. Le tre nozioni tendenzialmente coincidono: ciò che la domanda individua diviene oggetto del processo; ciò che è oggetto del processo diviene oggetto della decisione e quindi del giudicato”; F. P. LUISO, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Torino, 2018, p. 129; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 10-11; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 429; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., p. 68; R. POLI, *In tema di giudicato* cit., pp. 583-584; S. SATTA – C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, p. 140.

⁽⁴⁰⁶⁾ Per utilizzare le parole della Corte di Cassazione, “oggetto del processo, oggetto della domanda giudiziale e oggetto del giudicato risultano allora cerchi sicuramente concentrici, ma le cui aree non appaiono sempre perfettamente sovrapponibili”: cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 5.4.

⁽⁴⁰⁷⁾ Come noto, si è in presenza di un cumulo alternativo di domande in tutti i casi in cui la parte proponga più domande senza indicare un particolare ordine di decisione; in tali situazioni, il giudice ha la libertà di accogliere la domanda che per prima è matura per la decisione. Si è, invece, in presenza di un cumulo condizionato in senso proprio in tutti i casi in cui la parte proponga una domanda in via principale e, in via subordinata, per l'ipotesi in cui sia rigettata, ne proponga un'altra. Da ultimo, si è in presenza di un cumulo condizionato in senso improprio laddove la parte proponga una domanda in via principale e, per l'ipotesi in cui questa sia accolta, proponga una domanda ulteriore.

⁽⁴⁰⁸⁾ Così F. P. LUISO, *Istituzioni* cit., p. 129; B. SASSANI, *Lineamenti* cit., p. 485, nt. 7.

processo, sulla base delle domande proposte. Ciò significa che i litiganti hanno piena possibilità di contraddire su tutte le questioni inerenti a tutte le domande formulate; se, poi, all'esito del giudizio qualche domanda resta assorbita, le parti non perdono i propri diritti di azione e difesa rispetto alla stessa, ma sono libere di riattivare il contraddittorio sul punto in altri e successivi giudizi. Il giudicato, formandosi su un *quid minus* rispetto a quanto effettivamente discusso, non va a limitare i diritti delle parti.

Qualche maggiore problema è dato, invece, dalle ipotesi in cui la discrepanza tra oggetto della domanda e oggetto della decisione derivi dai patologici fenomeni di ultrapetizione, extrapetizione e infrapetizione ⁽⁴⁰⁹⁾.

Cominciando dai primi due, la dottrina nettamente maggioritaria ritiene che il giudicato si sagomi sul *quantum decisum*, indipendentemente da quanto fosse posto ad oggetto della domanda e indipendentemente da quanto sia stato effettivamente dibattuto in corso di causa ⁽⁴¹⁰⁾.

Per comprendere le implicazioni di tale ricostruzione, può essere utile un esempio. Si immagini che due soggetti abbiano stipulato due contratti di compravendita immobiliare, entrambi con una stretta di mano. Si immagini, poi, che il venditore agisca in giudizio per ottenere la declaratoria di nullità di uno dei due accordi, ma il giudice dichiari la nullità di entrambi, sulla scorta del fatto che anche l'invalidità del secondo contratto emerga dagli atti. Se si seguisse l'indirizzo predominante, si dovrebbe concludere che la *res indicata* copra l'accertamento della nullità di entrambi i negozi.

Tale esito entra, però, in conflitto con i diritti di azione e difesa delle parti, nonché con il principio del contraddittorio che governa il giusto processo civile. Infatti, se la domanda di nullità ha ad oggetto uno solo dei due contratti, ci si può ragionevolmente aspettare che le parti si concentrino su tale questione e convoglino i propri sforzi di allegazione e prova verso la medesima. Ben potrebbe accadere che nulla dicano in merito al diverso contratto, parimenti viziato per difetto di forma scritta. Ma se la regudicata si estendesse anche a tale diversa fattispecie, i contraenti avrebbero definitivamente perso ogni possibilità di esercitare i propri diritti di azione e difesa relativamente alla stessa. Il giudicato si risolverebbe, in sostanza, in uno sbarramento all'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti.

D'altro canto, i vizi di ultra o extrapetizione sono usualmente ricondotti a vizi di nullità della sentenza disciplinati dall'art. 161, c. 1, c.p.c. ⁽⁴¹¹⁾. È noto che, in forza di tale

⁽⁴⁰⁹⁾ Ricorre il vizio di ultrapetizione laddove il giudice attribuisca alla parte più di quanto richiesto (si pensi a una condanna al pagamento di una somma maggiore rispetto a quella domandata). Ricorre il vizio di extrapetizione laddove il giudice si pronunci su un diritto diverso da quello fatto valere (si pensi all'accertamento di un diritto di usufrutto a fronte di una domanda di accertamento del diritto di proprietà). Ricorre un vizio di infrapetizione, o di omessa pronuncia, laddove il giudice ometta di decidere su una delle domande proposte o su una parte dell'unica domanda formulata.

⁽⁴¹⁰⁾ Cfr. V. ANDRIOLI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 997; A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 127; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 241; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., p. 129; F. P. LUIO, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 158; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 13; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., p. 68; B. SASSANI, *Lineamenti* cit., p. 484. In giurisprudenza, v. Cass., 26 ottobre 2012, n. 18447.

⁽⁴¹¹⁾ Così, ad esempio, F. P. LUIO, *Istituzioni* cit., p. 129; B. SASSANI, *Lineamenti* cit., p. 484; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 349, per cui gli errori di *extra* e *ultra petita* "danno diritto ad impugnare la sentenza, ma, se

disposizione, “la nullità delle sentenze soggette ad appello o a ricorso per cassazione può essere fatta valere soltanto nei limiti e secondo le regole proprie di questi mezzi di impugnazione” (principio di conversione dei motivi di nullità in motivi di impugnazione). Ciò comporta che, se i vizi in esame non vengono convertiti in motivi di gravame, essi si sanano con il passaggio in giudicato formale del provvedimento giurisdizionale.

Ebbene, se ci si pone nell’ottica di fornire la massima tutela ai diritti di azione e di difesa delle parti, si è portati a concludere che, nelle ipotesi di *ultra* ed *extra petita*, il giudicato si formi solo su ciò che è stato oggetto sia di domanda sia di decisione e che, per converso, non si formi su ciò che è oggetto di decisione e non di domanda. Invece, se si offre maggior peso al dettato dell’art. 161, c. 1, c.p.c., si è indotti a pensare che la regiudicata copra l’intero *decisum*, nella misura in cui i vizi in discorso restino sanati dal sopravvenire del giudicato formale.

Al fine di conciliare le due posizioni, occorre, a mio avviso, considerare due fattori. Da un lato, l’art. 24 Cost. è una norma di rango superiore rispetto all’art. 161 c.p.c., il quale deve sottostare a una interpretazione costituzionalmente orientata. Dall’altro, se si accettasse di attribuire efficacia di giudicato a tutte le decisioni incluse nelle pronunce giudiziali, indipendentemente dal contenuto delle domande di parte e dallo svolgimento del giudizio, il discorso relativo ai limiti oggettivi del giudicato potrebbe chiudersi qui e trovare compiuta soluzione nella seguente affermazione: tutte le decisioni che il magistrato inserisce nella sentenza sono coperte dal giudicato; e ciò sia che riguardino questioni *lato sensu* connesse con quelle che le parti intendevano discutere sia che riguardino questioni che nulla hanno a che vedere con l’oggetto degli atti introduttivi. Stando così le cose, sorgerebbe spontaneo domandarsi per quale ragione dottrina e giurisprudenza abbiano utilizzato fiumi d’inchiostro per valutare l’estendibilità del giudicato alle questioni pregiudiziali, alle eccezioni, ai motivi delle pronunce, o abbiano teorizzato la figura del giudicato implicito.

A me sembra che la soluzione non possa ravvisarsi nella pura propagazione del giudicato sull’intero *decisum*. Credo, invece, che la conclusione sia più articolata. La circostanza che il giudice pronunci *extra* o *ultra petita* dà effettivamente origine a un vizio della sentenza. Se il vizio non viene (come si suol dire) convertito in un motivo di gravame o se il motivo di gravame viene rigettato, l’intera sentenza passa in giudicato formale, anche nei capi ultronei rispetto all’oggetto delle domande di parte. Ciò non significa, tuttavia, che il provvedimento giudiziale acquisisca efficacia di giudicato sostanziale nella sua integrità. Al contrario, la *res iudicata* sostanziale copre solo i capi non affetti da vizi di *ultra* o *extrapetizione*, ossia solo i capi che contengono pronunce sull’oggetto delle domande di parte. In tal guisa, i diritti di azione e difesa vengono salvaguardati, e viene salvaguardata anche la fisiologica equivalenza tra oggetto della domanda, oggetto del processo e oggetto del giudicato.

In altri termini, alle ipotesi di *ultra* e di *extrapetizione* andrebbe preferibilmente applicato il regime processuale delle sentenze inesistenti, di cui all’art. 161, c. 2, c.p.c.

la sentenza passa in giudicato, essi non possono più farsi valere, né sono motivi di inesistenza o nullità assoluta della sentenza che sopravvivano al giudicato”.

Il raccordo di compromesso qui proposto non rappresenta una assoluta novità nel panorama processualciviltistico. Infatti, un risultato molto simile è da alcuni raggiunto in materia di litisconsorzio necessario. Secondo una parte degli interpreti, il provvedimento che viene emesso in assenza di uno o più litisconsorti necessari, pur passando formalmente in giudicato, è *inutiliter dato*, ossia inefficace. Ne consegue che chiunque può riproporre la domanda originariamente formulata e far valere l'inefficacia della sentenza a fronte di un'eventuale eccezione di precedente giudicato ⁽⁴¹²⁾.

La differenza sta nel fatto che, nel caso in esame, la sentenza non è completamente inefficace, ma è almeno in parte idonea ad acquisire efficacia di giudicato sostanziale.

Non intendo nascondere che la prospettazione qui indicata non trovi precedenti e imponga un rilevante "stiracchiamento" dell'art. 161, c. 2, c.p.c.; tuttavia, mi sembra che essa si riveli necessaria, se si vuole mantenere un certo grado di coerenza con quanto si verrà a dire nel prosieguo della trattazione ⁽⁴¹³⁾.

Volgendo, ora, l'attenzione ai casi di omessa pronuncia, essi assomigliano alle situazioni di assorbimento di domande alternative o condizionate, con la differenza che qui l'omessa esame della domanda costituisce un errore del giudice, e non una corretta applicazione di norme processuali. Cionondimeno, la sentenza ha un oggetto più ridotto della domanda; pertanto, la regiudicata può formarsi sul solo *decisum*, in quanto non è "concepibile un giudicato sostanziale su una pronuncia inesistente" ⁽⁴¹⁴⁾, senza che ciò comporti un *vulnus* al contraddittorio tra le parti ⁽⁴¹⁵⁾.

⁽⁴¹²⁾ Cfr., per tutti, F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. IV, Padova, 1926, p. 71; G. CHIOVENDA, *Sul litisconsorzio necessario*, Prato, 1904, p. 31; C. CONSOLO, *Spiegazioni cit.*, vol. I, pp. 107-108.

⁽⁴¹³⁾ Uno spiraglio nella direzione qui prescelta è aperto da G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Bari, 2017, p. 304, nt. 10, secondo cui il principio incardinato nell'art. 34 c.p.c., in forza del quale la pronuncia con efficacia di giudicato presupponga un'espressa domanda di parte (su cui v. *infra*, par. 23), "dovrebbe coerentemente condurre ad escludere la formazione del giudicato ogniqualvolta il giudice fosse andato al di là delle domande delle parti, sconfinando nell'*ultrapetizione* o addirittura nell'*extrapetizione*".

⁽⁴¹⁴⁾ Le parole sono di E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. ALLORIO, vol. I, Torino, 1973, p. 1276.

⁽⁴¹⁵⁾ In tali termini cfr. V. ANDRIOLI, *Diritto processuale cit.*, vol. I, p. 997; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato cit.*, p. 241; F. P. LUISO, *Diritto processuale cit.*, vol. I, p. 158; B. SASSANI, *Lineamenti cit.*, p. 484. In giurisprudenza, è ricorrenza affermato che "quando la sentenza di primo grado manchi di statuire su una delle domande introdotte in causa (e non ricorrono gli estremi di una sua reiezione implicita, né risulta che la stessa sia rimasta assorbita dalla decisione di altra domanda da cui dipenda) deve riconoscersi alla parte istante la facoltà di far valere tale omissione in sede di gravame, ovvero, in alternativa, di riproporre [...] la domanda in separato giudizio, considerato che la rinuncia implicita alla domanda stessa di cui all'art. 346 c.p.c., per non avere denunciato quell'omissione in appello, ha valore processuale e non anche sostanziale. Con la conseguenza che, stante la menzionata facoltà di scelta, nel separato giudizio non è opponibile il giudicato derivante dalla mancata impugnazione della sentenza per omessa pronuncia": v. Cass., 10 luglio 2018, n. 18062; Cass., 16 giugno 2016, n. 12387; Cass., 12 novembre 2015, n. 23117; Cass., 6 maggio 2011, n. 10017; Cass., 16 maggio 2006, n. 11356; Cass., 30 maggio 2002, n. 7917; Cass., 9 ottobre 1998, n. 10029; Cass., 5 settembre 1997, n. 8605; Cass., 22 marzo 1995, n. 3260; Cass., 27 luglio 1993, n. 8381; Cass., 4 ottobre 1986, n. 5895; Cass., 6 febbraio 1985, n. 872, in *Giust. civ.* 1986, I, p. 1473; Cass., 28 maggio 1981, n. 3521, in *Giur. it. Mass.* 1981, p. 879.

Ad avviso di S. MENCHINI, *I limiti oggettivi cit.*, p. 13 ss., occorre operare alcune distinzioni. Nell'ipotesi di omessa pronuncia relativa a una delle più domande proposte in cumulo, non può nascere alcun impedimento dal giudicato, in quanto non è concepibile un giudicato sostanziale su una pronuncia che non esiste. Nell'ipotesi di omessa pronuncia che riguardi, all'interno dell'unica domanda proposta e dell'unica situazione soggettiva fatta valere, una tra più allegazioni costitutive o uno tra più elementi rilevanti per la determinazione del *quantum*

In conclusione, il primo punto fermo che può essere tratto dal discorso appena svolto è che, salvi i casi eccezionali di assorbimento di domande alternative o cumulate e di infrapetizione, vale l'equazione tra oggetto del giudicato, oggetto della pronuncia, oggetto del processo e oggetto della domanda. E basta collegare i poli estremi della catena per avvedersi che la determinazione della sfera oggettiva del giudicato trova origine nell'analisi del contenuto della domanda ⁽⁴¹⁶⁾. È, dunque, con tale esame che occorre proseguire il ragionamento.

18. Ciò che in astratto può costituire l'oggetto della domanda (e, quindi, del processo e del giudicato)

Si è già rilevato che l'art. 2909 c.c., unica norma integralmente dedicata alla cosa giudicata sostanziale, non fornisce indicazioni sull'oggetto dell'"accertamento" dalla stessa citato ⁽⁴¹⁷⁾. Occorre, dunque, espandere l'orizzonte di indagine e cercare altrove elementi che consentano di risolvere il problema che si sta analizzando.

Pare opportuno fornire preliminarmente una risposta che sia idonea ad applicarsi a tutti i giudizi civili che possano astrattamente incardinarsi innanzi all'autorità giudiziaria, per poi valutare ciò che costituisce l'oggetto della domanda nei singoli casi concreti.

Secondo la tesi più accreditata, oggetto della domanda, del processo e del giudicato possono essere, di regola, solo situazioni giuridiche soggettive, ossia diritti soggettivi ⁽⁴¹⁸⁾ e *status* ⁽⁴¹⁹⁾.

Sono, in effetti, diverse le norme che sorreggono tale costruzione ⁽⁴²⁰⁾. Cominciando dalle previsioni di rango costituzionale, di particolare rilievo è l'art. 24, c. 1, Cost., che coordina il diritto di azione alla tutela dei diritti (e degli interessi legittimi: "tutti possono

del diritto: (i) se il giudice prende espressamente posizione sul profilo non esaminato, ritenendolo irrilevante ai fini della propria decisione, il giudicato si modella sull'effettivo oggetto della sentenza; (ii) se il giudice omette *sic et simpliciter* l'esame e la decisione riguardo all'allegazione costitutiva o all'eccezione, senza operare frazionamenti, non si ha divergenza tra l'oggetto della domanda e quello della pronuncia. Abbraccia siffatta precisazione anche A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 127.

⁽⁴¹⁶⁾ In senso simile si esprime F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., pp. 216-217, secondo il quale l'enucleazione dell'oggetto della cosa giudicata addirittura "si risolve nell'analisi del contenuto della domanda".

⁽⁴¹⁷⁾ V. *supra*, par. 17.

⁽⁴¹⁸⁾ In tal senso, v. G. BALENA, *Istituzioni* cit., p. 303; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 376, per il quale diritti e situazioni giuridiche soggettive sono situazioni equivalenti; L. CIFFO BONACCORSO, *Questione pregiudiziale e cosa giudicata*, in *Foro it.* 1961, I, p. 925, spec. 929; L. P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni* cit., p. 759; F. P. LUISO, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 59; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 45 ss., 54; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., p. 69; R. POLI, *In tema di giudicato* cit., p. 583; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento* cit., p. 641, il quale equipara diritti e situazioni giuridiche soggettive; A. PROTO PISANI, nota di commento a Cass., sez. un., 23 ottobre 1986, n. 6221 e Cass., sez. un., 24 febbraio 1986, n. 1090, in *Foro it.* 1986, I, p. 3009, spec. 3010; E. F. RICCI, voce *Accertamento* cit., p. 20, per cui la regola dell'accertabilità dei soli diritti soggettivi, "già preesistente alla entrata in vigore della Costituzione, ha assunto con la Costituzione stessa il ruolo di garanzia fondamentale non derogabile neppure dalla legge".

⁽⁴¹⁹⁾ Cfr. G. BALENA, *Istituzioni* cit., p. 303; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, pp. 29, 102, per cui gli *status* sono equiparati ai diritti.

⁽⁴²⁰⁾ Fanno leva sulle disposizioni legislative subito elencate nel testo anche C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, pp. 29, 102; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 48 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., p. 387.

agire in giudizio per la tutela dei propri *diritti* e interessi legittimi”) ⁽⁴²¹⁾. Disposizioni di rango ordinario che puntano nella medesima direzione sono, poi, rinvenibili sia nel codice civile sia nel codice di procedura civile. Quanto al primo, assumono importanza:

- a) l’art. 2907 c.c., per il quale “1. Alla tutela giurisdizionale dei *diritti* provvede l’autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d’ufficio. 2. La tutela giurisdizionale dei *diritti*, nell’interesse delle categorie professionali, è attuata su domanda delle associazioni legalmente riconosciute, nei casi determinati dalla legge e con le forme da questa stabilite”;
- b) l’art. 2652 c.c., che disciplina la trascrizione delle domande che “si riferiscano ai *diritti* menzionati nell’art. 2643” c.c.;
- c) l’art. 2697 c.c., secondo cui “1. Chi vuol *far valere un diritto in giudizio* deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. 2. Chi eccepisce l’inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il *diritto* si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l’eccezione si fonda”;
- d) gli artt. 2943, c. 1, e 2945, c. 2, c.c., che riconducono alla notificazione degli atti introduttivi di giudizi di cognizione, conservativi o esecutivi effetti interruttivi e sospensivi della prescrizione. Essendo quest’ultima un fatto estintivo di diritti (art. 2943 c.c.), se la domanda non avesse ad oggetto una determinata situazione sostanziale, diverrebbe impossibile individuare il diritto la cui prescrizione risulta interrotta o sospesa ⁽⁴²²⁾.

Quanto al codice di procedura civile, meritano di essere ricordati:

- a) l’art. 75, c. 1 e 2, c.p.c., per cui “1. Sono capaci di stare in giudizio le persone che hanno il libero esercizio dei *diritti che vi si fanno valere*. 2. Le persone che non hanno il libero esercizio dei *diritti* non possono stare in giudizio se non rappresentate, assistite o autorizzate secondo le norme che regolano la loro capacità”;
- b) l’art. 81 c.p.c., che collega la legittimazione ad agire all’affermazione di un diritto proprio e, nei casi eccezionali individuati dal legislatore, di un diritto altrui (“fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può *far valere nel processo* in nome proprio un *diritto* altrui”);
- c) l’art. 99 c.p.c., in forza del quale “chi vuole *far valere un diritto in giudizio* deve proporre domanda al giudice competente”;
- d) l’art. 105, c. 1, c.p.c., a mente del quale “ciascuno può intervenire in un processo tra altre persone per far valere, in confronto di tutte le parti o di alcune di esse, un *diritto* relativo all’oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo” ⁽⁴²³⁾.

⁽⁴²¹⁾ Questi ultimi non possono costituire oggetto dei giudizi civili, in quanto sugli stessi ha giurisdizione il solo giudice amministrativo (art. 103, c. 1, Cost.). Al più, gli interessi legittimi possono essere conosciuti incidentalmente dal giudice ordinario, al fine di decidere sulla controversia sottoposta alla sua attenzione, se del caso disapplicando provvedimenti amministrativi illegittimi (artt. 4 e 5, l. n. 2248/1865, all. E).

⁽⁴²²⁾ La notazione si deve a S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 50.

⁽⁴²³⁾ Sembra, invece, individuare una distinzione tra diritti soggettivi e situazioni giuridiche soggettive E. GRASSO, *La pronuncia d’ufficio* cit., pp. 126-127, secondo cui le disposizioni elencate nel testo non utilizzano il termine “diritto” in senso tecnico, ma intendono riferirsi a tutte le situazioni giuridiche soggettive, definite

Utilizza, invece, termini più generici chi opina che il processo abbia ad oggetto degli effetti ⁽⁴²⁴⁾.

Se si affronta il tema da un'angolazione "negativa", si riscontra ampio consenso sul fatto che oggetto di domanda, processo e giudicato non possono essere né norme o astratte questioni di diritto, né qualificazioni giuridiche, né, infine, singoli fatti storici (ancorché giuridicamente rilevanti) ⁽⁴²⁵⁾.

come i "modi di essere di un soggetto rispetto ad una norma": "ogni situazione per il fatto stesso che ha vita nell'ordinamento non può non essere suscettibile di accertamento attraverso l'esercizio del potere giurisdizionale, che dell'ordinamento *in toto* costituisce l'attuazione. È vero che l'art. [2907] cod. civ. introduce una normativa intitolata alla tutela giurisdizionale dei «diritti». Ma al termine «diritto» usato in quel testo, come negli artt. 24 della Costituzione e 99 del codice di procedura civile, non può attribuirsi un significato tecnico particolare, che valga a distinguere una categoria di qualificazioni alle quali sia limitata la tutela".

⁽⁴²⁴⁾ Cfr. M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 54.

Giova, infine, ricordare che M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 225, nt. 38, si esprime in modo critico rispetto all'indirizzo maggioritario. Segnatamente, l'Autore contesta la limitazione dell'oggetto del giudizio alle sole situazioni giuridiche soggettive, additandola come frutto di una pura ideologia: "è interessante notare come qui ci si trovi veramente di fronte ad una ideologia, perché, a ben vedere, nel nostro sistema non vi è una norma nella quale si affermi che oggetto del processo è e deve essere il diritto soggettivo. Lo stesso art. 24, 1° comma, Cost., che impone allo Stato di approntare l'apparato della tutela giurisdizionale per consentire la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, in realtà non impone anche di ritenere che, di conseguenza, l'oggetto del processo non possa che essere una situazione giuridica soggettiva".

⁽⁴²⁵⁾ In dottrina, cfr. G. BALENA, *Istituzioni* cit., p. 303; A. BONSIGNORI, *I limiti oggettivi della cosa giudicata in un recente libro tedesco*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1961, p. 236, spec. 238, nt. 10; R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Lineamenti* cit., p. 77; C. CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio* cit., p. 48, sull'esclusione dei meri fatti dall'oggetto dell'accertamento giudiziale; C. CAVALLINI, *Il rilievo d'ufficio* cit., p. 143, che scrive: "ciò che invero non convince affatto è il preteso giudicato sulla *qualificazione*, che sappiamo non poter sussistere per definizione"; L. CIFFO BONACCORSO, *Questione pregiudiziale* cit., p. 929, secondo cui "non si chiede l'accertamento di un fatto puro e semplice o la risoluzione di una astratta questione di diritto", i quali non hanno una propria autonomia; L. P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni* cit., p. 759; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, pp. 29, 102, per cui oggetto dell'accertamento di cui all'art. 2909 c.c. non possono essere mere questioni di diritto o di fatto; E. FAZZALARI, *Istituzioni* cit., p. 467, per cui "meno che mai può, al passaggio in giudicato della sentenza, svolgere efficacia esterna la soluzione di una mera *quaestio facti*"; E. FAZZALARI, *Il cammino della sentenza e della «cosa giudicata»*, in *Riv. dir. proc.* 1988, p. 589, spec. 597; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., pp. 260-261, per cui "il giudicato non può mai cadere su fatti storici"; F. P. LUISO, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 59; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 181, nt. 32; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., p. 70, per il quale "è del tutto estraneo al nostro sistema positivo il giudicato sul punto di fatto"; F. MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Milano, 1963, p. 162 (*a contrario*); E. MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, in *Riv. dir. proc.* 1997, p. 1064, spec. 1081 ss.; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, Milano, 1994, p. 134, nt. 90, la quale sottolinea che il giudicato su un mero fatto storico è fenomeno conosciuto al diritto processuale penale, ma non a quello civile; E. MERLIN, *Mero accertamento di una questione preliminare?*, in *Riv. dir. proc.* 1985, p. 193, spec. 206 ss.; R. POLI, *In tema di giudicato* cit., p. 583; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento* cit., p. 641. Peculiare, in proposito è il pensiero di F. CARNELUTTI, *Sistema* cit., vol. I, pp. 149, 929, secondo cui, "poiché il modo di essere di un rapporto giuridico si risolve nella efficacia di un fatto giuridico, come oggetto dell'accertamento si può concepire anche il *fatto* anziché il *rapporto giuridico*, purché si intenda la qualità o efficacia giuridica del fatto, non il suo modo di essere materiale".

In giurisprudenza, con specifico riferimento ai fatti storici e alle questioni di diritto, cfr. Trib. Monza, 7 aprile 2016, n. 244; Cass., 16 luglio 2015, n. 14961, per la quale le azioni di mero accertamento "per essere ammissibili devono avere ad oggetto, al pari di ogni altra forma di tutela giurisdizionale contenziosa, soltanto i diritti e non anche solo fatti, sia pure giuridicamente rilevanti"; Cass., 10 luglio 2002, n. 10039, per cui "nel nostro diritto processuale non sono ammissibili questioni di interpretazione di norme od atti contrattuali se non in via incidentale e strumentale alla pronuncia sulla domanda principale di tutela del diritto e non sono proponibili azioni autonome di mero accertamento di fatti giuridicamente rilevanti"; Cass., 22 novembre 1999, n. 12937, per cui "La tutela giurisdizionale è tutela di diritti (artt. 24 Cost., 2907 c.c., 99, 278 c.p.c.). I fatti possono essere

La *ratio* di tali esclusioni deve essere ricercata proprio nella tutela effettiva e sostanziale – non meramente formale – del diritto di difesa. Affinché tale diritto sia concretamente esercitabile, è necessario che la parte sappia contro cosa difendersi, ossia che sappia quale sia il bene richiesto dalla controparte e quale sia il danno che ad essa potrebbe derivare dall'accoglimento della domanda. Qualora, invece, tali elementi siano indeterminati e imprevedibili, la parte non sarà in grado di individuare il parametro sulla cui base commisurare il proprio sforzo difensivo.

Ora, se fosse possibile porre ad oggetto dell'accertamento un semplice fatto, quantunque giuridicamente rilevante, anziché il diritto che in tale fatto trova la propria fattispecie costitutiva, il diritto di difesa della controparte non sarebbe tutelato: infatti, uno stesso fatto può essere rilevante ai fini di più effetti giuridici e la parte non sarebbe posta in condizione di sapere contro cosa difendersi. Lo stesso accadrebbe ove fosse possibile domandare l'accertamento di una norma giuridica. Per definizione, la norma è suscettibile di trovare applicazione in relazione a una serie indefinita di fattispecie concrete; ne segue che, anche in questa ipotesi, la parte non sarebbe in grado di valutare preventivamente l'entità degli effetti vantaggiosi o dannosi che potrebbero scaturire dall'accertamento richiesto e non riuscirebbe, dunque, a calibrare le proprie attività difensive ⁽⁴²⁶⁾.

La riflessione appena svolta ben spiega perché l'art. 24 Cost. abbia limitato la garanzia costituzionale del diritto di azione ai (soli) casi in cui l'azione sia volta alla tutela di diritti.

Ma se quanto si è detto è vero, come si spiega la possibilità di agire in giudizio per far valere la nullità di un contratto, che è un effetto giuridico, e non un diritto soggettivo?

Si sono finora enunciate le regole che gli interpreti hanno tratto dal sistema normativo per individuare ciò che può costituire l'oggetto dell'accertamento da un punto di vista

accertati dal giudice solo come fondamento del diritto fatto valere in giudizio (art. 2697 cod. civ.) e non di per sé, per gli effetti possibili e futuri"; Cass., 20 novembre 1993, n. 11452, per cui "non sono ammissibili, in via generale, azioni rivolte all'interpretazione di norme, o all'accertamento di fatti, o comunque alla risoluzione di questioni, se non in via incidentale e strumentale alla pronuncia sulla domanda diretta alla affermazione di un diritto o alla negazione di un obbligo"; Cass., 21 settembre 1991, n. 9885; Cass., sez. un., 29 novembre 1988, n. 6468 (domanda di accertamento della natura professionale della malattia dell'assicurato), per la quale "nel nostro diritto processuale non sono ammissibili questioni di interpretazione di norme od atti contrattuali se non in via incidentale e strumentale alla pronuncia sulla domanda principale di tutela del diritto e non sono proponibili azioni autonome di mero accertamento di fatti giuridicamente rilevanti, e cioè di elementi staccati della concreta fattispecie costitutiva del diritto, perché solo l'intera fattispecie, una volta perfezionata, può nella sua interezza costituire oggetto di accertamento. I fatti, quindi, possono essere accertati dal giudice solo come fondamento del diritto fatto valere in giudizio (art. 2697 c.c.), e non di per sé e per gli effetti possibili e futuri, che da tale accertamento si vorrebbero ricavare". Con riguardo, invece, all'interpretazione di norme, cfr. Trib. Padova, 6 ottobre 2005, in *DeJure*.

Si segnalano, infine, due voci dottrinali favorevoli all'estensione del giudicato ai punti di fatto: cfr. V. PETRELLA, *Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civile*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, vol. I, Torino, 2008, p. 423, spec. 428 ss., 435, secondo la quale "il fatto principale oggetto di autonoma statuizione del giudice in sentenza" è coperto da giudicato, "in quanto presupposto logico-giuridico dell'accertamento sul diritto"; S. SATTA, voce *Accertamento incidentale*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 243, spec. 244, per cui la contestazione del convenuto "sul fatto costitutivo del diritto che si fa valere estende al fatto stesso l'oggetto del processo, con la conseguente cognizione in via principale, e non incidentale".

⁽⁴²⁶⁾ È questo il pensiero di A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento* cit., pp. 641-642.

generale e astratto. Per rispondere alla domanda che si è posta, occorre volgere l'attenzione alle rilevanti eccezioni che a tali regole il nostro ordinamento contempla.

Innanzitutto, alcune specifiche disposizioni prevedono la possibilità di accertare in modo vincolante le c.d. situazioni giuridiche preliminari, ossia quelle situazioni che – pur non potendo essere qualificate come diritti soggettivi – sono rilevanti per l'esistenza e/o il modo di essere di diritti soggettivi. Appartengono a questa categoria le ipotesi di accertamento della nullità e della simulazione del contratto. In secondo luogo, tre norme isolate prevedono l'accertamento di meri fatti giuridici: si tratta dell'art. 216, c. 2, c.p.c., sulla verifica di scrittura privata, e dell'art. 221 c.p.c., sulla querela di falso, che ammettono l'accertamento dell'autenticità o della falsità di una scrittura, nonché dell'art. 696 c.p.c., che consente la verifica dello stato di luoghi, della qualità o della condizione di cose. A questi casi si aggiungono, infine, quelli in cui il processo civile ha ad oggetto una questione processuale, come avviene, ad esempio, nell'ambito dell'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 c.p.c. o del giudizio di riconoscibilità della sentenza straniera di cui all'art. 67 l. n. 218/1995.

La dottrina è comunque perentoria nell'affermare che tali elementi, diversi dai diritti soggettivi, possono costituire oggetto dell'accertamento di cui all'art. 2909 c.c. nei soli casi eccezionali espressamente previsti dalla legge ⁽⁴²⁷⁾: “il fatto è che, se non si parla di diritti soggettivi, l'ammissibilità dell'accertamento non dipende da una esigenza di tutela, ma da un più mutevole apprezzamento di opportunità e convenienza; e pensare che i casi consentiti siano solo quelli previsti risponde alla più prudente visione delle cose” ⁽⁴²⁸⁾.

Benché si tratti di casi limitati, non ci si può esimere dal domandarsi se le esaminate eccezioni siano compatibili con la tutela sostanziale del diritto di difesa, di cui si è parlato *retro*. La risposta, io credo, sta nel fatto che, poiché è proprio la lettera della legge a disporre che, in determinate situazioni, l'oggetto del giudizio sia qualcosa di diverso dai diritti soggettivi, l'effettività della difesa è comunque assicurata. Infatti, se è lo stesso legislatore a stabilire quale sia la tutela richiesta e, quindi, quale sia il danno che la controparte possa da essa subire, tali elementi non risultano più indeterminati ed imprevedibili, e le parti possono utilizzarli per parametrare il proprio sforzo di difesa.

In definitiva, in termini generali e astratti, in tutti i casi in cui il diritto positivo non dispone diversamente, oggetto della domanda, del giudizio e, conseguentemente, del giudicato possono essere solo diritti soggettivi o *status*.

⁽⁴²⁷⁾ Cfr. M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 225; E. T. LIEBMAN, *Manuale* cit., p. 171; G. A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1959, p. 44 ss.; E. F. RICCI, voce *Accertamento* cit., p. 20: “ci pare che la configurazione dell'accertamento come tutela generale possa essere accolta solo con riferimento ai diritti soggettivi, e che l'accertamento delle situazioni non configurabili come diritti debba essere limitato ai casi tipici previsti dal legislatore”; si noti che l'Autore ricomprende tra le situazioni giuridiche preliminari anche gli *status*; E. F. RICCI, *Sull'accertamento della nullità* cit., p. 654 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 22 novembre 1999, n. 12937, per cui “solo in casi eccezionali predeterminati per legge possono essere accertati dei fatti separatamente dal diritto che l'interessato pretende di fondare su di essi (lo stato dei luoghi, per urgenti esigenze probatorie: art. 696 c.p.c.; la verità di un documento: art. 220 c.p.c., verifica di scrittura privata, e art. 221 c.p.c., querela di falso)”.

⁽⁴²⁸⁾ Le parole sono di E. F. RICCI, voce *Accertamento* cit., p. 20.

19. Ciò che in concreto costituisce oggetto della domanda (e, quindi, del processo e del giudicato). Gli elementi di identificazione della domanda

Traslando, ora, l'analisi sui singoli casi concreti, l'equivalenza tra oggetto della domanda, del processo e del giudicato suggerisce di convogliare le iniziali indagini verso il primo membro dell'equazione. All'interprete spetta, dunque, il compito di mettere a fuoco gli elementi che identificano la domanda giudiziale e che consentono di distinguere una domanda dalle altre.

Il codice di rito non si occupa espressamente della questione. Tuttavia, offre utili spunti per la sua soluzione nell'art. 125, c. 1, c.p.c., in forza del quale gli atti introduttivi di giudizi devono sempre indicare “le parti, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni”, nonché nell'art. 163, c. 3, c.p.c., per cui l'atto di citazione deve contenere: (i) i dati di riconoscimento dell'attore e del convenuto; (ii) “la determinazione della cosa oggetto della domanda”; (iii) “l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda”, con (iv) “le relative conclusioni”⁽⁴²⁹⁾.

Al vuoto di esplicita disciplina suppliscono gli studiosi, che tradizionalmente ravvisano gli elementi di identificazione della domanda in *personae, petitum e causa petendi*⁽⁴³⁰⁾. Tali elementi identificatori, per utilizzare una felice metafora, “formerebbero per così dire le fondamenta di una casa, gli altri elementi l'edificio, che si alza su queste fondamenta. La casa resterebbe la stessa, anche se si costruisse un piano in più; soltanto un cambiamento delle fondamenta produrrebbe una nuova casa”⁽⁴³¹⁾.

⁽⁴²⁹⁾ Analoghe indicazioni si traggono altresì dagli artt. 342, c. 1, 414, c. 1, 638, c. 1, 660, c. 3, 702-*bis*, c. 1, c.p.c.
⁽⁴³⁰⁾ La dottrina è sul punto granitica: si vedano, *ex multis*, M. BOVE, *Lineamenti* cit., pp. 225-226; F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 217; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., p. 15; E. T. LIEBMAN, voce *Giudicato. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 1, spec. 12; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, p. 785, spec. 862; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 350; P. C. TACCHI-VENTURI, *I limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1960, p. 1198, spec. 1200. In giurisprudenza, in tal senso, *ex plurimis*, v. Trib. Roma, 19 marzo 2018, n. 5834, in *DeJure*; Cass., 8 febbraio 2018, n. 3152; Cass., 27 marzo 2017, n. 7776; Cass., 11 marzo 2016, n. 4838; App. Ancona, 20 novembre 2012, n. 1181, in *DeJure*; Trib. Firenze, 12 febbraio 2007, in *DeJure*; Cass., 27 gennaio 1999, n. 719; Trib. Trani, 14 febbraio 1996, in *DeJure*; Cass., 29 settembre 1954, n. 3165, in *Giur. it.* 1955, I, 1, p. 765, con nota di E. HEINITZ, *Considerazioni attuali sui limiti oggettivi del giudicato*.

L'operazione logico-giuridica di individuazione dell'oggetto di un singolo determinato processo viene comunemente denominata “identificazione dell'azione” (si vedano, per tutti, C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 168). Si esprime in senso critico sul punto A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 50, che scrive: “oggi, [...] con il porre, da un lato, la strumentalità dell'azione rispetto al diritto soggettivo e, dall'altro, con il concepire l'azione come un potere astratto ad ottenere una decisione sul merito, appare evidente che inquadrare ancora il problema dell'identificazione della domanda [...] nei termini di identificazione dell'azione appare alquanto sfuocato”. Tiene una linea più moderata E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., p. 131, secondo il quale il sintagma “identificazione dell'azione” si può utilizzare, purché nella consapevolezza che non si tratta di identificare il rapporto processuale come tale, o il rapporto sostanziale di per sé, bensì un'affermazione dell'attore intorno a un determinato diritto soggettivo. Anche alla luce delle osservazioni appena riportate, nel testo si è scelto di parlare di identificazione della domanda, anziché di identificazione dell'azione.

⁽⁴³¹⁾ Cfr. E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., p. 171, che riprende la metafora da F. LENT, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess*, vol. I, Aalen, 1970, p. 191.

Non è questo il luogo per occuparsi del primo degli elementi citati, le *personae*, che non ha rilevanza nello studio della dimensione oggettiva del giudicato. Perciò, si procederà spediti all'esame del *petitum* e della *causa petendi*, che rivestono, invece, un ruolo fondamentale ai fini della presente trattazione.

Giova precisare che, sebbene in sede di ricerca analitica questi due elementi abbiano autonoma dignità e vengano in considerazione come nozioni separate, nella pratica essi sono legati da un nesso strettissimo e giungono, addirittura, a completarsi a vicenda: “la *causa petendi* è tale soltanto per un determinato *petitum*, ed il *petitum*, di per sé senza colore, è messo in grado di indicare quel che l'attore vuole soltanto attraverso la *causa petendi*”⁽⁴³²⁾.

Tenendo a mente tale premessa, ci si può addentrare nell'analisi separata di ciascuno dei due elementi identificatori di tipo oggettivo.

19.1. Il *petitum*

La nozione di *petitum* non suscita né particolari problemi né accentuati dibattiti, sicché il discorso relativo alla stessa potrà essere condensato in poche e rapide battute.

In via di prima approssimazione, il *petitum* è, come dice la parola stessa, ciò che si chiede con la domanda.

Poiché, però, quest'ultima è rivolta a due soggetti diversi – il giudice e la controparte – ai quali si chiedono cose diverse, il *petitum* si declina, in concreto, in due aspetti diversi. In via immediata, la domanda è proposta all'autorità giudiziaria, alla quale si chiede l'emanazione di una pronuncia. Costituisce, dunque, *petitum* immediato il singolo provvedimento (di accertamento, di condanna, costitutivo, di sequestro, e così via) di cui si richiede l'emissione. In via mediata, invece, la domanda è indirizzata alla controparte, alla quale si chiede un bene della vita: una cosa, una prestazione, ecc. È questo l'elemento che configura il *petitum* mediato⁽⁴³³⁾.

⁽⁴³²⁾ Queste le parole di E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., p. 200. In un altro punto della monografia, l'Autore afferma altresì che le due nozioni “non hanno un'esistenza propria indipendente, ma costituiscono soltanto due lati di una stessa cosa” (v. ID., *I limiti oggettivi* cit., p. 135). In termini analoghi, cfr. anche F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 217, per cui *petitum* e *causa petendi* “costituiscono due lati – entrambi indispensabili – dello stesso fenomeno”; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, vol. I, Padova, 1943, pp. 139-140; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 315.

⁽⁴³³⁾ La distinzione risale all'insegnamento di Chiovenda (cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 315) ed è accolta da gran parte della dottrina: cfr. V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1973, p. 251; A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 129; A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 126; M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 226; F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 217; P. CALAMANDREI, *Istituzioni* cit., pp. 137-138; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., p. 16; C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975, pp. 87-88; P. FORTUNATO, *Mutamento* cit., p. 932; G. FRANCHI, *La litispendenza*, Padova, 1963, p. 88; G. GIANNOZZI, *La modificazione della domanda nel processo civile*, Milano, 1958, pp. 15, 94 ss.; E. T. LIEBMAN, voce *Giudicato* cit., p. 12; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale* cit., vol. I, pp. 178-179; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013, p. 283. Si segnalano, in proposito, le peculiari tesi di F. CARNELUTTI, *Sistema* cit., vol. I, p. 355, per cui “altro è l'oggetto della lite, cioè il bene conteso, altro l'oggetto della domanda, cioè l'effetto giuridico che si chiede al giudice di dichiarare o di costituire”, e di G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile* cit., p. 863, secondo il quale il *petitum* non è il provvedimento chiesto al giudice, bensì la pretesa, ossia l'affermazione in giudizio di una situazione favorevole, che il soggetto assume attribuita a sé dall'ordinamento e non rispettata o contestata dalla controparte.

Si anticipa sin d'ora che la circostanza che il *petitum* abbia due ramificazioni assume rilevanza in sede di esame degli effetti che la regiudicata produce in giudizi diversi da quello in cui si è formata. Infatti, al fine di valutare se sussista identità tra due azioni, occorre prendere in considerazione sia il *petitum* mediato sia il *petitum* immediato ⁽⁴³⁴⁾: se entrambe le figure coincidono, ci si troverà al cospetto di domande identiche; basta, invece, che uno solo dei due profili diverga per escludere che ci si trovi dinnanzi a una ipotesi di identità.

19.2. La *causa petendi*

La *causa petendi* è indubbiamente il più complesso e controverso dei tre elementi di identificazione della domanda ⁽⁴³⁵⁾. A differenza del *petitum*, la *causa petendi* si trova al centro di aspre dispute dottrinali, che in ultima analisi si polarizzano su due principali questioni: da un lato, la definizione di *causa petendi*; dall'altro, la sua funzione individuatrice.

Le soluzioni che si diano a tali interrogativi, lungi dall'aver una rilevanza puramente teorica, hanno una diretta incidenza sulla conformazione oggettiva della cosa giudicata e sugli effetti che la stessa provoca in altri giudizi.

19.2.1. La definizione di *causa petendi*

La discussione relativa alla nozione di *causa petendi* impegna gli studiosi di diritto processuale civile da diversi decenni e sembra ben lontana dal volgere al termine.

Data la complessità del tema, pare opportuno procedere inizialmente per esclusione, in modo tale da sgombrare subito il campo da un'alternativa senz'altro insoddisfacente. È assolutamente pacifico che la *causa petendi* non sia costituita dal *nomen iuris*, ossia dalla qualificazione giuridica attribuita alla ragione del domandare. Ne segue che, per un verso, a parità degli altri elementi di identificazione della domanda, la circostanza che in due diversi giudizi siano invocate norme giuridiche differenti non esclude l'identità delle azioni; per altro verso, il mutamento della disposizione legislativa richiamata da chi propone la domanda non determina una modificazione dell'oggetto del giudizio ⁽⁴³⁶⁾.

Applicando quanto esposto all'azione di impugnativa che ci occupa, è possibile affermare che, tra una domanda di nullità del contratto proposta per violazione di una norma

⁽⁴³⁴⁾ Cfr. C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 179.

⁽⁴³⁵⁾ Di tale avviso si mostra anche A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., p. 16, secondo cui la *causa petendi*, “in fondo, alimenta tutte le difficoltà della teoria dell'identificazione”.

⁽⁴³⁶⁾ Abbracciano tale ricostruzione F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 219, il quale precisa che il mutamento del *nomen iuris* “non vale a innovare la *causa petendi*”; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 316, che scrive: “occorre subito escludere che la *causa petendi* sia la *norma di legge* invocata dalla parte in giudizio [...]. Il semplice mutamento *del punto di vista giuridico* (cioè l'invocazione di una diversa norma nel caso che uno stesso fatto possa cadere sotto diverse norme di legge) non importa diversità d'azioni”; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., p. 160; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 181. In giurisprudenza, v. App. Milano, 27 aprile 2004, in *DeJure*; Corte Conti, sez. riun., 11 agosto 1990, n. 681 (s.m.), in *DeJure*, per cui “la precisazione del ‘*nomen iuris*’ di un istituto giuridico [...] non comporta alcuna trasformazione del ‘*petitum*’ sostanziale né innovazione della ‘*causa petendi*’”; Cass., 10 marzo 1960, n. 457, in *Giur. it. Mass.* 1960, p. 117. D'altro canto, tale soluzione si sposa perfettamente con l'operatività del principio per cui *iura novit curia*.

imperativa e una seconda domanda di nullità del medesimo contratto proposta per violazione di altra norma imperativa, la sola diversità tra le disposizioni invocate non è di per sé idonea a escludere l'identità di azioni.

Spostandoci ora verso un approccio costruttivo, è comunemente accolta l'idea che la *causa petendi* coincida con il fatto costitutivo posto a fondamento della domanda ⁽⁴³⁷⁾. Si riscontra, tuttavia, una difformità di vedute circa il significato da attribuire alla locuzione “fatto costitutivo”.

Secondo una prima teoria, definita dell'individuazione, tale espressione si riferisce al rapporto o allo stato giuridico che viene affermato sussistente (o insussistente, nelle azioni di accertamento negativo) da chi formula la domanda per giustificare il provvedimento richiesto ⁽⁴³⁸⁾.

Una diversa teoria, detta della sostanziazione, riconduce, invece, la nozione di fatto costitutivo al c.d. fatto giuridico allegato a fondamento della domanda ⁽⁴³⁹⁾. Il pensiero degli autori che condividono questa seconda prospettiva prende, però, due diverse direzioni quando si tratta di definire il “fatto giuridico”. Alcuni intendono il sintagma nel senso di singolo episodio della vita, individuato secondo parametri di carattere naturalistico ⁽⁴⁴⁰⁾. Altri lo interpretano nel senso di fattispecie legale, a indicare che il fatto storico viene modellato sullo schema della norma giuridica che lo contempla e, quindi, circoscritto ai suoi soli elementi dotati di potenziale rilevanza giuridica ⁽⁴⁴¹⁾.

⁽⁴³⁷⁾ Si vedano, per tutti, F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 218; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 184.

⁽⁴³⁸⁾ Aderiscono a questa visione E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., pp. 153, 187; E. HEINITZ, *Considerazioni attuali* cit., p. 765; E. ONDEI, *Un equivoco circa i limiti oggettivi del giudicato*, in *Foro pad.* 1976, II, p. 1, spec. 4, il quale precisa che la *causa petendi* è un concetto complesso, che ricomprende sia il rapporto giuridico sia la normativa che lo regola; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 351: “ritengo che sia preferibile seguire la teoria della individuazione come quella che meglio corrisponde alla concezione del nostro diritto, che [...] pone [...] ad oggetto del singolo processo una volontà concreta di legge, della cui esistenza o inesistenza si discute, non un fatto giuridico”; A. SEGNI – S. COSTA, voce *Procedimento civile*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 1026, spec. 1043. Cfr. anche A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 141, per il quale la teoria dell'individuazione è applicabile solo ai diritti relativi.

⁽⁴³⁹⁾ Prediligono tale soluzione A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 130; P. CALAMANDREI, *Istituzioni* cit., p. 139; E. CIAPPI, nota di commento a Cass., 8 giugno 1979, n. 3265, in *Foro it.* 1980, I, p. 152, spec. 153; N. COVIELLO, *Manuale* cit., p. 559; G. GIANNOZZI, *La modificazione della domanda* cit., p. 42; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale* cit., vol. I, pp. 181-182, anche nt. 35; G. F. RICCI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2017, p. 313. Cfr. anche A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 140, per il quale la teoria della sostanziazione è applicabile solo ai diritti assoluti.

⁽⁴⁴⁰⁾ Tale interpretazione è stata per la prima volta proposta da A. NIKISCH, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Tübingen, 1935, p. 133, secondo il quale “i fatti si coagulano da soli, in base alla valutazione naturale, in un determinato *Lebensvorgang*”. In tal senso, v. anche S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, Milano, 1960, p. 21; S. SATTA, voce *Domanda giudiziale (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 816, spec. 825.

⁽⁴⁴¹⁾ La chiara spiegazione è di G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., p. 342, nt. 8. Questa alternativa ermeneutica è seguita da V. ANDRIOLI, *Lezioni* cit., p. 254 ss.; E. CIAPPI, nota di commento a Cass., sez. III, 8 giugno 1979, n. 3265 cit., p. 153; C. FERRI, *Struttura del processo* cit., p. 87, per cui la *causa petendi* consiste “negli elementi di fatto e di diritto della fattispecie da cui deriva il diritto sostanziale”; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale* cit., p. 184; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione* cit., p. 1062.

Vi è, poi, un'ultima ricostruzione che si pone a metà strada tra le due appena descritte, che combina elementi della teoria dell'individuazione con elementi della teoria della sostanziazione. Si tratta della tesi di Chiovenda, secondo cui la *causa petendi* rappresenta la sommatoria di tre elementi: (i) l'affermazione dell'esistenza di un rapporto giuridico; (ii) l'affermazione dell'esistenza del singolo fatto che, nell'ambito di quel rapporto, fa sorgere il diritto fatto valere con la domanda; (iii) l'affermazione dell'esistenza del fatto da cui nasce l'interesse ad agire, ossia del fatto lesivo (o della contestazione, nei casi di azioni di accertamento; si parla, in proposito, di *causa petendi* passiva) ⁽⁴⁴²⁾.

Chiaro è che l'accoglimento dell'una o dell'altra tendenza ha valore meramente teorico nelle ipotesi in cui a un unico fatto giuridico corrisponde un unico rapporto o un unico stato; al contrario, comporta notevoli conseguenze pratiche allorché più fatti giuridici diano luogo a un solo rapporto ovvero allorché da un solo fatto scaturiscano distinti rapporti ⁽⁴⁴³⁾.

A favore della teoria dell'individuazione è stato sostenuto che la stessa abbia una relazione più stretta con il diritto sostanziale. In base alla teoria della sostanziazione, chi fa valere più diritti soggettivi solleva una sola pretesa processuale, ove siano identici il *petitum* e il fatto costitutivo (il pensiero corre alle domande di risarcimento dei danni per responsabilità contrattuale ed extracontrattuale). Invece, ciò non accade se si segue la teoria dell'individuazione. Inoltre, quest'ultima teorica meglio si attaglia alle azioni di accertamento negativo. Quando una sentenza accerta l'inesistenza di un determinato diritto, essa copre tutti i possibili fatti costitutivi dai quali lo stesso sarebbe potuto sorgere; sicché parlare di *causa petendi* nell'accezione di fatto costitutivo non ha granché senso. Si rivela, allora, preferibile intendere per *causa petendi* quel rapporto che viene affermato inesistente ⁽⁴⁴⁴⁾.

D'altro canto, in una opposta prospettiva, si è fatto notare che attribuire un eccessivo peso al rapporto giuridico e, più in generale, alla fattispecie legale può favorire la reiterazione di giudizi in ordine a un unico bene della vita. Ciò può accadere laddove un diritto soggettivo, unico sul piano sostanziale, sia scomposto in una serie di prospettazioni giuridiche che appaiono diverse sul (solo) piano processuale (ad esempio, all'*actio mandati* e alla *negotiorum gestio* corrisponde un unico bene, benché i rapporti giuridici e le fattispecie legali siano distinte) ⁽⁴⁴⁵⁾.

⁽⁴⁴²⁾ Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 317. Condivide l'idea L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., pp. 20-21, il quale elogia l'insegnamento di Chiovenda perché consente di non dimenticare che si agisce in giudizio per un concreto bisogno di tutela, generato da una effettiva lesione (o quantomeno crisi) del diritto dedotto.

Giova, in ogni caso, ricordare che alcuni studiosi hanno manifestato la percezione che le teorie dell'individuazione e della sostanziazione costituiscono, in fondo, due facce della stessa realtà (cfr. E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, p. 118, per cui propugnare "l'allegazione dei fatti costitutivi o quella del rapporto giuridico significa porsi, rispettivamente, dal punto di vista della fattispecie sostanziale e da quello degli effetti che ne promanano, cioè da due punti di vista perfettamente compatibili, anzi corrispondenti") o due angolazioni che non si escludono a vicenda (v. G. GIANNOZZI, *La modificazione della domanda* cit., p. 39).

⁽⁴⁴³⁾ Così anche F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 218.

⁽⁴⁴⁴⁾ Per tali osservazioni, v. E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., pp. 153-154, 187.

⁽⁴⁴⁵⁾ La criticità è evidenziata da S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 242 ss., il quale aggiunge che sia per le parti sia per il giudice gli spazi di manovra nel corso del processo risultano alquanto limitati.

Ora, il legislatore non fornisce alcuna netta indicazione che imponga di propendere per l'una o per l'altra linea di pensiero; pertanto, all'interprete è preclusa la possibilità di compiere una scelta che si fondi su dati normativi. Ne segue che criteri che guidino la valutazione debbano necessariamente essere ricercati altrove.

È di tutta evidenza che la definizione di *causa petendi* incide sulla portata oggettiva della regudicata e che lo studioso che si prefigga di creare un sistema che garantisca la massima tutela ai diritti *ex art. 24 Cost.* deve tenere tali diritti come chiave di lettura in ogni fase dei lavori. Per individuare la nozione di *causa petendi*, si procederà dunque ad analizzare i risvolti applicativi cui le varie concezioni sopra esposte conducono, per poi determinare quella che meglio salvaguarda l'effettivo contraddittorio tra le parti.

Utilizziamo come esempio il diritto all'annullamento del contratto, che sarà oggetto di studio nella seconda sezione del presente capitolo, ma che ben si presta a far emergere le concrete applicazioni delle teoriche in esame, assumendo, per il momento, che tale diritto costituisca l'oggetto dell'azione di annullamento ⁽⁴⁴⁶⁾. Si immagini che Tizio, nello stipulare un contratto di agenzia con Caio, cada in errore sia sull'oggetto del contratto sia sulle qualità personali dell'agente. Si immagini, poi, che si verifichino in successione i seguenti eventi: Tizio agisce in giudizio al fine di ottenere l'annullamento del contratto, facendo valere il solo errore sull'oggetto del medesimo; la domanda viene rigettata; Caio agisce in giudizio al fine di sentir condannare Tizio al pagamento di alcune provvigioni; Tizio si difende proponendo domanda riconvenzionale di annullamento, in questa occasione facendo valere l'errore sulla persona della propria controparte contrattuale.

Se si seguisse la teoria dell'individuazione, la *causa petendi* di entrambe le domande di annullamento – principale, la prima; riconvenzionale, la seconda – dovrebbe essere ricondotta all'esistenza stessa del diritto all'annullamento. Sicché, di fronte all'evidente uguaglianza di parti e di *petita*, il secondo giudice dovrebbe dichiarare l'identità delle azioni e riconoscersi vincolato dal precedente giudicato ⁽⁴⁴⁷⁾.

Per converso, se si abbracciasse la teoria della sostanziazione, la *causa petendi* della prima domanda di annullamento dovrebbe ravvisarsi nell'errore sull'oggetto del contratto di agenzia, che nella specie rappresenta il fatto costitutivo dell'effetto di annullamento; la *causa petendi* della seconda domanda (riconvenzionale) di annullamento sarebbe, invece, l'errore sulla persona dell'agente.

Come si vede, dunque, l'adozione della teoria della sostanziazione condurrebbe a considerare le due azioni di annullamento come azioni diverse e sottrarrebbe il secondo giudice agli effetti del primo giudicato.

Ad analogo risultato porterebbe altresì l'applicazione del pensiero chiovendiano, in quanto diversi sono i fatti che fanno sorgere il diritto azionato nell'uno e nell'altro caso.

Ebbene, per identificare la ricostruzione che più tutela i diritti di azione, difesa e contraddittorio tra le parti, occorre considerare, sempre rimanendo nell'esempio effettuato, che è ben possibile che, nel corso del primo giudizio, non emerga il tema dell'errore sulla

⁽⁴⁴⁶⁾ Le discussioni relative all'oggetto di tale azione saranno approfondite nella prossima sezione.

⁽⁴⁴⁷⁾ Sui connotati di tale vincolo, v. *infra*, par. 32.

persona dell'agente. In tale scenario, vincolare il secondo giudice al risultato del primo giudicato significherebbe impedirgli di valutare la questione dell'annullabilità del contratto per errore soggettivo, senza che le parti ne abbiano mai discusso e senza che detta questione sia già stata (quantomeno) conosciuta dall'autorità giudiziaria che ha pronunciato la prima sentenza. Appare, invece, più conforme a Costituzione lasciare tanto al committente la possibilità di difendersi dalle richieste di pagamento dell'agente, domandando in via riconvenzionale l'annullamento del contratto, quanto all'agente la possibilità di contraddire sul punto in prima persona.

Ciò porta a preferire l'approccio della teoria della sostanziazione e a ravvisare la *causa petendi* nel singolo fatto giuridico allegato a fondamento della domanda.

Quanto, poi, alla disputa tra chi ritiene che il fatto giuridico coincida con la fattispecie legale e chi ritiene che esso corrisponda all'episodio storico naturalisticamente valutato, mi sembra che la tesi preferibile sia la prima.

Come acutamente osservato, "il concetto di evento della vita non può, nel suo significato naturale, essere in alcun modo delimitato. Gli avvenimenti raffigurano una catena ininterrotta, dalla quale taluni di essi vengono estrapolati e fittiziamente ridotti ad unità, in forza di un certo criterio di valutazione; se muta il punto di vista, il prisma attraverso il quale è filtrata la realtà storica, varia anche l'associazione di essa. [...] Occorre, perciò, rinvenire un metro, che permetta di selezionare e di associare i singoli accadimenti storici, riconducendoli ad una entità giuridicamente unitaria" ⁽⁴⁴⁸⁾.

In tale ottica, il "prisma" che si deve utilizzare per isolare gli episodi della vita corrispondenti a un determinato concetto giuridico – quale è il fatto giuridico – non può avere carattere naturalistico, o sociologico, ma può essere solo giuridico ⁽⁴⁴⁹⁾. E il prisma giuridico che serve per delimitare i fatti storici è la fattispecie astratta ⁽⁴⁵⁰⁾.

⁽⁴⁴⁸⁾ Così S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 247.

⁽⁴⁴⁹⁾ Cfr. ancora S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 248. In termini simili, v. E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., p. 167.

⁽⁴⁵⁰⁾ È qui opportuna una breve precisazione. In dottrina si è rilevato che, poiché può accadere che un unico complesso di fatti sia preso in esame da più fattispecie, è necessario stabilire quando tale complesso generi una situazione soggettiva sostanziale unica e quando invece generi più situazioni soggettive sostanziali. Nel primo caso, vi sarà identità di azioni in tutte le ipotesi in cui sia fatto valere uno dei fatti, anche se diverso da quello dedotto in precedenza. Viceversa, nel secondo caso, le azioni saranno diverse e la deduzione come *causa petendi* di un fatto differente non sarà preclusa. A questi fini, alcuni studiosi hanno individuato i nessi tra fattispecie che permettono di valutare se il fatto costitutivo debba considerarsi unico (cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 250 ss.; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., pp. 128-129; A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., pp. 136-137; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., p. 176 ss.). In estrema sintesi, essi sono:

a) relazione di esclusione. Le due fattispecie hanno una parte in comune, ma ciascuna di esse contiene un elemento ulteriore, la cui sussistenza è incompatibile con l'elemento ulteriore dell'altra. Il fatto storico non può, per definizione, integrare entrambe le fattispecie, sicché la situazione giuridica sostanziale esistente in capo a un soggetto può essere solamente una. Al variare del fatto generatore, varia il diritto;

b) relazione di specialità. Ricorre quando una fattispecie ricomprenda integralmente l'altra, con l'aggiunta di un elemento ulteriore. Il singolo fatto storico è solo apparentemente sussumibile sotto entrambe. In realtà, l'esistenza del fattore "specializzante" esclude la sussistenza della fattispecie generale e impone l'applicazione esclusiva della fattispecie speciale. Anche in questa ipotesi, la fattispecie che si concretizza può essere una sola;

Nell'esempio riportato, sarà dunque la fattispecie descritta nell'art. 1429 c.c. a indicare quali fatti storici si inscrivono in un errore oggettivo e quali si inscrivono in un errore soggettivo.

In conclusione, la *causa petendi* può essere definita come il fatto giuridico allegato a fondamento della domanda, inteso quale fatto storico modellato sullo schema della norma giuridica che lo contempla.

19.2.2. La funzione individuatrice della *causa petendi*. I diritti autodeterminati e i diritti eterodeterminati

Una volta risolto il problema definitorio, si apre la questione relativa al ruolo che la *causa petendi* ricopre in relazione all'individuazione della domanda giudiziale.

Secondo la teoria tradizionale, condivisa dalla netta maggioranza della dottrina e della giurisprudenza, la funzione individuatoria della *causa petendi* varia al variare della natura – autodeterminata o eterodeterminata – del diritto fatto valere in giudizio.

La distinzione tra le due tipologie di diritti deriva dall'antichissima intuizione per cui *amplius quam semel res mea esse non potest, saepius autem deberi potest* ⁽⁴⁵¹⁾, a partire dalla quale è stata sviluppata la sistemazione che oggi conosciamo.

I diritti autoindividuati sono quei diritti che, in un dato momento storico, non possono sussistere più volte, con lo stesso contenuto, in capo allo stesso soggetto. Si prenda come esempio il diritto di proprietà. In un determinato istante, un determinato soggetto può essere titolare di un unico e unitario diritto di proprietà su un determinato bene, ossia di un unico diritto di godere e disporre di tale bene in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico (art. 832 c.c.). Al fine di individuare il diritto di proprietà di cui si sta discorrendo, è sufficiente indicare (i) il soggetto che ne è titolare, (ii) il bene sul quale il diritto si esplica e (iii) il contenuto del diritto, ossia la facoltà di godere e disporre del bene in modo pieno ed esclusivo. Raccolti tali dati, il diritto

c) relazione di sussidiarietà. Ricorre quando una fattispecie, detta sussidiaria, operi solo a condizione che l'altra non sia attuata. Ove anche un fatto possa essere astrattamente sussunto in entrambe le fattispecie, comunque si applica la sola fattispecie non sussidiaria;

d) relazione di assorbimento. Tale nesso sussiste ove una fattispecie ne presupponga un'altra già concretatasi, ma, nel momento in cui la prima intervenga, cessa la possibilità di applicare la seconda. Le due norme sono entrambe attuate, ma in istanti temporali diversi. Sicché un determinato fatto concreto non può essere sussunto contemporaneamente sotto entrambe le fattispecie astratte, ma può essere sussunto sotto una sola di esse, ossia sotto quella assorbente;

e) relazione di coincidenza cronologica. Più fattispecie sono contestualmente applicabili a un episodio della vita, ma, pur componendosi di fatti inizialmente reciprocamente diversi, si completano in forza di uno stesso fatto e producono tutte un unico effetto.

Alla luce di quanto sopra, il fatto costitutivo resta unico, pur se considerato da più fattispecie astratte, in tutti i casi in cui tra le diverse norme che sussumono la stessa vicenda della vita intercorrano nessi di esclusione, specialità, sussidiarietà, assorbimento o coincidenza cronologica. Al di fuori di tali ipotesi, a fronte di più fattispecie astrattamente applicabili, si avranno tanti fatti costitutivi quante sono le fattispecie.

⁽⁴⁵¹⁾ Lo sottolineano A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., p. 24, il quale evidenzia che la massima riportata rispecchia "la matrice empirica che è alla base del problema dell'identificazione delle azioni"; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., pp. 318-319; F. P. LUISO, *Diritto processuale* cit., vol. I, pp. 61-62.

di proprietà in parola è identificato in modo univoco e non può essere confuso con alcun altro diritto esistente nell'ordinamento in quella frazione di tempo. La precisazione che tale diritto sia stato acquistato per usucapione, successione o accessione non ha alcuna utilità nell'ottica di riconoscerlo; perciò si esclude che il fatto generatore del diritto, la sua *causa petendi*, sia un elemento di identificazione dello stesso ⁽⁴⁵²⁾.

Sono comunemente inquadrati in tale categoria il diritto di proprietà e i diritti reali di godimento ⁽⁴⁵³⁾, i diritti della personalità e, più in generale, i diritti assoluti, nonché i diritti relativi aventi ad oggetto beni determinati ⁽⁴⁵⁴⁾, quali i diritti personali di godimento ⁽⁴⁵⁵⁾.

I diritti eterodeterminati sono, invece, quei diritti che, nella stessa unità di tempo, possono sussistere più volte, con il medesimo contenuto, tra gli stessi soggetti. Si pensi, ad esempio, ai diritti di credito. In un determinato istante, Tizio può vantare nei confronti di Caio un credito di cento Euro a titolo di risarcimento per un danno subito, ma anche un credito di cento Euro a titolo di onorari per una prestazione professionale svolta a suo favore. Al fine di identificare il singolo diritto di credito, non è sufficiente indicare (i) i soggetti tra cui intercorre la relazione giuridica (Tizio e Caio), (ii) il bene oggetto del diritto (il denaro) e (iii) il contenuto del diritto (l'incasso di cento Euro). Infatti, tali elementi non sono da soli capaci di distinguere l'un credito dall'altro. A tale scopo, è altresì necessario prospettare il fatto generatore del diritto. Pertanto, in ipotesi siffatte, la *causa petendi*

⁽⁴⁵²⁾ Per le descritte caratteristiche dei diritti autodeterminati e per l'esclusione di qualsivoglia funzione individuatrice della *causa petendi*, cfr. E. BETTI, *Diritto processuale* cit., pp. 178-179; A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., pp. 131-132; M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 226; R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Lineamenti* cit., p. 76; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 318; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., pp. 193-194; F. P. LUISO, *Diritto processuale* cit., vol. I, pp. 60-61; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 207; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 442; N. PICARDI, *Manuale* cit., p. 283; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., p. 392; A. PROTO PISANI, *Note problematiche e no sui limiti oggettivi del giudicato civile*, in *Foro it.* 1987, I, p. 446, spec. 449; G. F. RICCI, *Diritto processuale* cit., p. 312; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 352; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, p. 192.

⁽⁴⁵³⁾ Rispetto ai diritti reali, sono state, per la verità, manifestate opinioni contrarie: v. A. ATTARDI, *La cosa giudicata* cit., p. 24, per il quale il diritto reale deve essere inteso come un "fascio di obbligazioni gravanti sulla generalità dei soggetti"; così, "come è ammissibile che vi sia un concorso di diritti di credito [...], sarebbe parimenti concepibile che l'obbligazione della generalità di astenersi dal turbare un soggetto determinato nel godimento di una cosa possa sussistere a titoli diversi [...], e sarebbe quindi immaginabile un concorso di diritti reali (di contenuto equivalente)"; M. T. ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello: art. 490-491 c.p.c.*, Milano, 1916, p. 335, il quale afferma: "ma la cosa non cambia trattandosi di diritti reali. Se chiedo la consegna del fondo rivendicandolo come proprietario, non solo, ma come proprietario per averlo comprato, e il convenuto mi oppone di averlo a sua volta acquistato da me, e io deduco di averlo ricomperato da lui, faccio valere bensì lo stesso diritto-proprietà – e in base allo stesso modo di acquisto-compravendita –, ma muto la ragione del chiedere, perché muto il fatto costitutivo del mio diritto (compravendita prima, compravendita seconda), e in sostanza il mio diritto stesso (la proprietà per il primo contratto, la proprietà per il secondo). *La natura e il contenuto del mio diritto sono sempre identici, il diritto non è più quello*" (corsivo mio).

⁽⁴⁵⁴⁾ *Contra*, G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 320.

⁽⁴⁵⁵⁾ Cfr. R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Lineamenti* cit., p. 76; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., pp. 71, 222; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 313, secondo cui il credito alla consegna di una cosa determinata è diritto autoindividuato; F. P. LUISO, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 60; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 223-224, il quale sottolinea che il fatto costitutivo non assume rilevanza per l'identificazione delle obbligazioni di specie; N. PICARDI, *Manuale* cit., p. 283.

rappresenta l'entità che rende un diritto peculiare rispetto a un altro e assume, quindi, la funzione di identificarlo ⁽⁴⁵⁶⁾.

Vengono ricompresi in questa seconda classe i diritti di credito a prestazioni generiche e i diritti reali di garanzia ⁽⁴⁵⁷⁾.

Riprendendo l'efficace spiegazione di Fornaciari, “la differenza fra un diritto autoindividuato ed uno eteroindividuato è, sotto il profilo della fattispecie, la seguente. Se il diritto è autoindividuato, la sua fattispecie [...] è: $a/b/c = x$ (dove il segno “/” sta per “oppure”); se è eteroindividuato, la sua fattispecie è: $a = x^1; b = x^2; c = x^3$ ” ⁽⁴⁵⁸⁾.

Quanto sin qui esposto in materia di identificazione dei *diritti* è pienamente condivisibile; le conseguenze che vengono tratte dalla delineata distinzione in punto di identificazione delle *domande* meritano, invece, qualche maggior riflessione.

L'orientamento dominante – e pressoché incontrastato – crea un'equazione tra irrilevanza della *causa petendi* ai fini dell'identificazione del diritto e irrilevanza della *causa petendi* ai fini dell'identificazione della domanda.

Così, nel settore dei diritti autodeterminati, si suol dire che al mutamento della *causa petendi* non consegue un mutamento del diritto e, quindi, della domanda ⁽⁴⁵⁹⁾. Ciò con due significativi risvolti pratici: da un lato, sono sempre consentite l'allegazione e la prova di nuove *causae petendi* nel corso del processo; dall'altro, ove in seguito alla conclusione di un primo giudizio venga proposta una nuova domanda avente ad oggetto il medesimo diritto autodeterminato, ma fondata su una diversa *causa petendi*, il giudice adito per secondo non potrà decidere la causa nel merito, in ossequio al principio del *ne bis in idem* ⁽⁴⁶⁰⁾.

⁽⁴⁵⁶⁾ Per le descritte caratteristiche dei diritti eterodeterminati e nel senso del ruolo individuatore della *causa petendi*, cfr. E. BETTI, *Diritto processuale* cit., pp. 178-179; M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 226; R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Lineamenti* cit., p. 76; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 319; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., p. 194; F. P. LUISO, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 62; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 442; N. PICARDI, *Manuale* cit., p. 284; A. PROTO PISANI, *Note problematiche* cit., p. 449; G. F. RICCI, *Diritto processuale* cit., p. 312; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 352; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo* cit., p. 191. In giurisprudenza, v. Cass., 19 aprile 2000, n. 5092, in *Foro it.* 2002, I, p. 2765, con nota di R. CAPONI, *Limiti oggettivi del giudicato nei rapporti complessi*.

⁽⁴⁵⁷⁾ Così R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Lineamenti* cit., p. 76; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., pp. 71-72, 222-223; N. PICARDI, *Manuale* cit., p. 284. *Contra*, v. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 215 ss., il quale inquadra i diritti reali di garanzia tra i diritti autoindividuati: “se è vero che più ipoteche possono esistere a favore di un certo soggetto su un determinato bene, l'elemento che le differenzia l'una rispetto all'altra è il credito, a garanzia del quale esse siano sorte; l'indicazione del rapporto obbligatorio, cui accede il diritto di garanzia, è condizione necessaria per la sua individuazione”. Sembra, tuttavia, che l'Autore non riesca a sostenere la tesi fino in fondo, in quanto attribuisce nuovamente importanza alla fattispecie costitutiva del diritto laddove si debba discutere del grado della singola ipoteca.

⁽⁴⁵⁸⁾ M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 313.

⁽⁴⁵⁹⁾ Giova, qui, precisare che il mutamento di un mero fatto secondario non determina il mutamento della *causa petendi*: cfr. F. P. LUISO, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 62.

⁽⁴⁶⁰⁾ Cfr. M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 226; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 319; L. P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni* cit., p. 759; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., p. 188; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 212-213; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., pp. 392-393; A. PROTO PISANI, *Note problematiche* cit., p. 449; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile* cit., pp. 863-864; G. F. RICCI, *Diritto processuale* cit., p. 312; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 352; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo* cit., p. 192.

Accade, invece, esattamente il contrario con riguardo ai diritti eterodeterminati: al variare della *causa petendi*, varia anche il diritto e, dunque, la domanda; non è ammessa l'introduzione di nuovi fatti costitutivi in corso di causa, in quanto si cadrebbe in una ipotesi di inammissibile modifica della domanda; l'autorità giudiziaria che dovesse essere chiamata a decidere su un diritto di credito di analogo contenuto, sussistente tra i medesimi soggetti, ma caratterizzato da un diverso fatto generatore, non subirebbe effetti preclusivi da un'eventuale precedente sentenza già resa tra le stesse parti ⁽⁴⁶¹⁾.

Occorre, a questo punto, vagliare la tenuta della tesi che desume la rilevanza o l'irrilevanza della *causa petendi* ai fini dell'identificazione della domanda dalla distinzione tra diritti eterodeterminati e diritti autodeterminati. Per farlo, è necessario fornire alcune anticipazioni (gioco forza superficiali) relative ai possibili effetti che il giudicato può produrre in successivi giudizi, effetti che saranno analizzati *funditus* nella parte finale della presente sezione ⁽⁴⁶²⁾.

Per un verso, la regiudicata può produrre un effetto negativo/preclusivo, che si esplica nei giudizi in cui viene proposta una domanda identica a quella già decisa con efficacia di giudicato. Tale effetto impedisce al secondo giudice di pronunciarsi nel merito e lo vincola a rigettare la domanda in rito. Per altro verso, la regiudicata può produrre un effetto positivo/conformativo, che si manifesta nei giudizi aventi ad oggetto diritti dipendenti da, o incompatibili con, quello accertato in modo incontrovertibile all'esito del primo processo. Detto effetto obbliga il secondo magistrato ad accertare l'esistenza e il modo di essere del diritto pregiudiziale in termini conformi a quanto statuito nella prima sentenza.

Analizziamo le conseguenze applicative dell'orientamento maggioritario nella prospettiva dell'uno e dell'altro effetto.

Cominciando dall'effetto preclusivo, i corollari sono quelli già indicati *retro*. Se con riferimento ai diritti autodeterminati la *causa petendi* non è elemento di identificazione della domanda, più domande aventi ad oggetto uno stesso diritto autodeterminato sono sempre identiche tra loro, anche se diverso è il titolo d'acquisto fatto valere. Ne consegue che, dopo che su un certo diritto autodeterminato è stata pronunciata una prima sentenza con efficacia di giudicato, quest'ultimo preclude ogni successiva decisione in merito allo stesso diritto. Per converso, se le domande relative a diritti eterodeterminati sono sempre identificate dalla *causa petendi*, la diversità di fatti costitutivi rende diverse le domande e consente ai giudici successivamente aditi di decidere nel merito in via autonoma.

Ebbene, a risultati pratici parzialmente divergenti si giungerebbe ove si ritenesse che tutte le domande siano identificate dalla *causa petendi*, indipendentemente dalla natura del diritto che hanno ad oggetto. Degli esempi possono aiutare a comprendere.

⁽⁴⁶¹⁾ Così M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 227; L. P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni* cit., p. 759; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., p. 393; A. PROTO PISANI, *Note problematiche* cit., p. 449; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile* cit., pp. 863-864; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo* cit., p. 192.

⁽⁴⁶²⁾ Cfr. *infra*, parr. 32 e 33.

Si immagini che, in un giudizio tra Tizio e Caio, un primo giudice abbia accertato che Tizio ha un diritto di proprietà su un certo bene mobile, in quanto l'ha acquistato a titolo derivativo. Si immagini che Tizio instauri, poi, una nuova azione contro Caio, chiedendo che il giudice accerti il proprio diritto di proprietà su quello stesso bene, acquisito per usucapione⁽⁴⁶³⁾. In una simile situazione, gli esiti finali non cambiano: anche ove si ritenesse che la seconda domanda sia domanda diversa dalla prima, in quanto differente è il titolo d'acquisto del diritto di proprietà, comunque il secondo giudice non potrebbe far altro che rigettarla. Tuttavia, il tipo di rigetto e il percorso argomentativo che ad esso condurrebbe sarebbero diversi: se le due domande di accertamento del diritto di proprietà fossero considerate differenti, non potrebbe operare l'effetto negativo del giudicato, che si esplica solo nei casi di identità di azioni e che determina il rigetto in rito di quella successivamente instaurata, ma la seconda domanda dovrebbe essere rigettata per difetto di interesse ad agire in capo all'attore, il quale ha già ottenuto un accertamento nei confronti di Caio dell'esistenza del proprio diritto di proprietà.

Viceversa, ove nel primo procedimento il giudice avesse accertato l'insussistenza del diritto di proprietà di Tizio, per non averlo egli acquistato a titolo derivativo, e ove quest'ultimo proponesse una nuova azione di mero accertamento facendo valere il titolo d'acquisto originario dell'usucapione, considerare le due domande diverse porterebbe a risvolti concreti differenti. Al secondo giudice non sarebbe impedita la valutazione della sussistenza del diritto di proprietà in capo a Tizio in forza del diverso titolo d'acquisto e ben potrebbe giungere a una conclusione diversa da quella del primo giudice. Il che risulta grandemente opportuno, se si considera che, nel corso del primo procedimento, dell'usucapione le parti potrebbero non aver minimamente trattato.

Passando all'effetto conformativo della *res iudicata*, la rilevanza e l'irrilevanza della *causa petendi* nell'individuazione della domanda portano sempre a conseguenze fattuali differenti. Immaginiamo la seguente situazione. Mentre pende il giudizio instaurato da Tizio contro Caio per vedere accertato il proprio diritto di proprietà sul bene mobile, acquistato *ex art.* 1153 c.c. a fronte di un contratto tra i due stipulato, Tizio aliena tale diritto a Sempronia (si ipotizzi, senza trasferirgliene il possesso). Successivamente, si apre la successione del padre dell'attore e si scopre che il bene controverso è stato legato a Tizio dal *de cuius*. La circostanza viene da Tizio allegata in giudizio quale ulteriore fatto costitutivo del proprio diritto. In siffatto scenario, per Sempronia è dirimente che Tizio sia divenuto proprietario del bene in forza dell'uno o dell'altro titolo di acquisto.

Poniamoci nella prospettiva di un secondo magistrato, innanzi al quale Sempronia abbia proposto contro Caio una domanda di accertamento del proprio diritto di proprietà sul bene mobile, e assumiamo per il momento che l'oggetto della domanda di accertamento della proprietà sia individuato anche dalla *causa petendi*. Se all'esito del primo giudizio il giudice ha accertato che Tizio era proprietario del bene avendolo acquistato a *non domino*, il secondo giudice dovrà, conformandosi a tale statuizione, dare per presupposto che Tizio fosse

⁽⁴⁶³⁾ Si deve immaginare che l'usucapione sia maturata prima della conclusione del primo giudizio.

proprietario del bene e valutare soltanto la validità dell'atto con cui il diritto di proprietà è stato trasferito a Sempronia. Se, al contrario, il primo giudice ha accertato che Tizio era proprietario del bene mobile, perché l'aveva acquistato (non già *a non domino*, bensì) per successione *mortis causa* a titolo particolare, il secondo giudice non potrà *de plano* concludere che Sempronia sia titolare di un diritto di proprietà sul bene mobile.

Qualora, invece, si ritenesse che la *causa petendi* non abbia rilevanza ai fini della determinazione dell'oggetto della domanda di accertamento del diritto di proprietà e la tesi fosse portata alle sue estreme conseguenze, si dovrebbe concludere che la prima sentenza si sia limitata ad accertare che, in un dato momento storico (coincidente con la data dell'udienza di precisazione delle conclusioni in primo grado, se la pronuncia non è stata impugnata, o in appello, se è stata assoggettata agli ordinari mezzi di impugnazione), Tizio fosse proprietario del bene mobile, senza specificarne la data di acquisto. Il giudicato coprirebbe tutti i fatti costitutivi del diritto, anche se non dedotti ⁽⁴⁶⁴⁾, e avrebbe una portata conformativa indeterminabile.

Ora, appare evidente che quest'ultimo esito non è accettabile e mi sembra che, per evitarlo, si presentino due alternative.

La prima opzione, che si deve al pensiero di Attardi, è quella di attribuire portata individuatrice alla *causa petendi* anche nel settore dei diritti autodeterminati. Anche l'Autore prende le mosse dalla constatazione che, siccome l'accertamento del diritto autodeterminato riguarda anche il passato, "non si può [...] ritenere senz'altro che la portata della declaratoria della sussistenza della proprietà in capo ad un soggetto sia identica quale che sia il fatto giuridico in relazione al quale la proprietà medesima venga riconosciuta" ⁽⁴⁶⁵⁾. Risulta, allora, preferibile distinguere il ruolo del fatto costitutivo nell'individuazione del diritto dal ruolo del fatto costitutivo nell'individuazione della domanda: poiché anche i diritti autodeterminati possono ricollegarsi a più fatti giuridici, anche per essi la *causa petendi* è elemento di identificazione della domanda, con la conseguenza che a più *causae petendi* corrispondono più azioni ⁽⁴⁶⁶⁾.

⁽⁴⁶⁴⁾ Cfr. G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile* cit., pp. 863-864, per cui "in materia reale [...] il giudicato [...] si estende a tutti i possibili fatti costitutivi". In termini analoghi si esprime altresì A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 131.

⁽⁴⁶⁵⁾ Cfr. A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 133.

⁽⁴⁶⁶⁾ In tal senso si esprime A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 130 ss. Nel precedente scritto A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 539, l'Autore aveva preso posizione sulla questione in termini più ambigui. In tale sede, Attardi scriveva: "se è vero che il contenuto dei diritti in questione [diritti assoluti, ndr.] è identico, non è indifferente che il diritto riconosciuto ad un soggetto si ricollegli a una piuttosto che ad altra fattispecie, quantomeno con riguardo al momento del passato nel quale il diritto stesso risulta posto in essere: il valore del bene della vita riconosciuto ad un soggetto dalla sentenza può, in relazione ad esso, variare. In altre parole, credo che – anche per i diritti in questione – il fatto giuridico sia un momento di identificazione". Come si vede, non è chiaro se l'Autore intendesse qualificare il fatto generatore come elemento di individuazione del diritto o della domanda proposta per tutelarla.

Merita di essere qui segnalata una tesi intermedia, che conferisce alla *causa petendi* il ruolo di elemento di identificazione delle domande su diritti autodeterminati nei soli casi in cui il fatto generatore sia un acquisto a titolo originario. L'orientamento prende spunto da una riflessione di Satta, secondo il quale i diritti reali non hanno, in ultima analisi, che un unico fatto costitutivo, ossia l'usucapione; "ogni altro fatto costitutivo (compravendita, successione, ecc.) è irrilevante processualmente perché è vano sostanzialmente" (cfr. S.

D'altro canto, un'apertura in tal senso è lasciata anche dai sostenitori della tesi tradizionale. Infatti, anche tra questi vi è chi riconosce che il fatto generatore dei diritti autodeterminati ha ripercussioni sulle situazioni dipendenti: “non soltanto la nascita dei diritti dipendenti è condizionata dall'effettiva realizzazione di quelli principali, ma anche la loro misura è determinata dal momento in cui siano venuti ad esistenza i secondi e dalla loro durata”⁽⁴⁶⁷⁾. Anche seguendo l'approccio maggioritario, sembra quindi che i fatti costitutivi dei diritti autodeterminati vengano considerati rilevanti per taluni effetti e irrilevanti per altri.

Alla luce di quanto sopra esposto, considerare la *causa petendi* come elemento di identificazione delle domande relative anche a diritti autodeterminati:

- a) porterebbe a risultati pratici parzialmente diversi con riferimento all'efficacia preclusiva del giudicato, la cui portata applicativa diverrebbe estremamente ridotta. Una volta accertato esistente un determinato diritto fatto valere in giudizio in forza di un dato fatto generatore, un secondo giudice non potrebbe rivalutare l'esistenza di quel diritto, nemmeno ove fosse allegata una diversa *causa petendi*, per carenza di interesse ad agire dell'attore. Nell'ipotesi opposta, invece, in cui un certo diritto fosse considerato inesistente per difetto di un determinato fatto costitutivo, la sussistenza di ulteriori e diversi fatti costitutivi potrebbe essere valutata da giudici successivi, senza che ciò costituisca una violazione del principio del *ne bis in idem*;
- b) avrebbe ripercussioni vantaggiose in punto di efficacia conformativa del giudicato, in quanto l'ambito della domanda, prima, e del giudicato, poi, sarebbe definito dal singolo fatto generatore del diritto.

Si noti che tale lettura produrrebbe delle conseguenze anche circa la possibilità di introdurre in corso di causa nuovi titoli d'acquisto del medesimo diritto, e dunque nuove *causae petendi*. Infatti, se a diversa *causa petendi* corrispondesse diversa domanda, l'allegazione di nuovi fatti costitutivi del diritto comporterebbe la proposizione di nuove domande, non ammissibile oltre i termini di cui all'art. 183 c.p.c.

La seconda opzione che si apre è quella di continuare a ritenere che le domande su diritti autodeterminati non siano individuate dalla *causa petendi*, ma al contempo rendere il c.d.

SATTA, voce *Domanda giudiziale* cit., p. 824). Sulla scia di tale visione, si è affermato che “gli unici fatti giuridicamente rilevanti dei diritti reali sono i c.d. titoli di acquisto a titolo originario, mentre i titoli di acquisto a titolo derivativo sono fatti semplici, il cui mutamento non costituisce mutamento della *causa petendi*”; ne segue che “il solo passaggio da un titolo d'acquisto originario ad un altro costituisce mutamento della *causa petendi*, mutamento che, quindi, è possibile anche con riferimento alle c.d. azioni reali”: così espressamente A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione* cit., pp. 1064-1065; in tal senso, v. anche C. FERRI, *Struttura del processo* cit., pp. 161-162; C. MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di «petitum» e «causa petendi»*, in *Riv. dir. proc.* 1984, p. 465, spec. 477. ⁽⁴⁶⁷⁾ S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 297; cfr. anche A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 133; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., p. 168. Tra l'altro, l'Autore include i diritti della personalità nella categoria dei diritti autodeterminati, in quanto, acquistandosi sempre con la nascita ed estinguendosi sempre con la morte, “unico e uguale per tutti è il fatto costitutivo: la nascita” (S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 211). Eppure, dire che il fatto costitutivo è sempre uguale non equivale a dire che esso sia irrilevante. Tutt'al più significa che esso è più semplice da individuare.

“motivo portante” della decisione rilevante per la determinazione dell’efficacia preclusiva e conformativa del giudicato ⁽⁴⁶⁸⁾.

Se si vogliono evitare conseguenze irragionevoli nell’esplicarsi degli effetti della cosa giudicata, e si vuole che questi abbiano un ambito determinato, *tertium non datur*.

20. Gli elementi di identificazione della domanda di nullità

Affrontati così i diversi profili critici che sono emersi negli anni in merito a *petitum* e *causa petendi*, ci si può adesso dedicare all’aspetto e all’assetto che gli stessi assumono quando venga proposta una domanda di nullità del contratto.

Il *petitum* immediato è costituito dal provvedimento, di natura dichiarativa, che accerti l’invalidità del contratto ⁽⁴⁶⁹⁾. Il *petitum* mediato, ossia il bene della vita che chi formula la domanda mira a ottenere, è la certezza relativa all’assenza di effetti giuridici derivanti dal negozio viziato ⁽⁴⁷⁰⁾.

Quanto alla *causa petendi*, essa deve essere ravvisata, come abbiám visto ⁽⁴⁷¹⁾, nel singolo fatto storico che vizia il contratto, isolato sulla base della descrizione contenuta nella norma che disciplina la corrispondente causa di nullità. *Causa petendi* della domanda di nullità sarà, ad esempio, la stipulazione in forma orale di un contratto di compravendita immobiliare (*ex* artt. 1418, c. 2, e 1350, n. 1, c.c.), il furto dell’autovettura intercorso prima della conclusione del contratto con la compagnia di assicurazioni (*ex* art. 1418, c. 3, e 1895 c.c.), la mancata sottoscrizione di un contratto bancario da parte del cliente (*ex* artt. 1418, c. 3, c.c., 117, c. 3, e 127, c. 2, t.u.b.) ⁽⁴⁷²⁾.

La questione che, però, a questo punto si pone è se la *causa petendi*, così definita, sia o non sia un elemento di identificazione della domanda di nullità. In altri termini, traslando sulla domanda gli aggettivi che ordinariamente vengono riferiti ai diritti, occorre comprendere se la domanda di nullità sia eterodeterminata o autodeterminata.

Il dibattito sul tema è piuttosto vivace, sia nelle aule universitarie sia in quelle giudiziarie.

Un primo orientamento, di gran lunga prevalente, afferma che l’azione di nullità è sempre unica, indipendentemente dai fatti costitutivi che rappresentano le ragioni della domanda. Più precisamente, si ritiene che, avendo la domanda di nullità ad oggetto

⁽⁴⁶⁸⁾ Su cui v. *infra*, parr. 24 ss. e 29.

⁽⁴⁶⁹⁾ In tal senso, v. R. CAPONI, *Azione di nullità* cit., p. 95, per cui l’azione di nullità “ha come *petitum* la dichiarazione di inesistenza degli effetti giuridici che la norma collega alla corrispondente fattispecie dell’atto valido”. Sulla natura dichiarativa della sentenza, cfr. *supra*, parr. 5 e 6.

⁽⁴⁷⁰⁾ In proposito, cfr. P. FORTUNATO, *Mutamento* cit., p. 933, il quale, parlando dell’azione di “nullità per simulazione”, come da lui definita nel titolo del contributo, scrive che l’oggetto mediato “consiste in quella situazione giuridica reale che si intende accertare”; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 179, per i quali alla controparte “si chiede di non contestare una determinata situazione giuridica che ha un certo oggetto”.

⁽⁴⁷¹⁾ Cfr. *supra*, par. 19.2.1.

⁽⁴⁷²⁾ *Contra*, v. F. CORSINI, *Rilevabilità* cit., p. 677, nt. 34, il quale opina che la *causa petendi* della domanda di nullità sia, a ben vedere, una sola e corrisponda sempre alla “inidoneità del contratto a produrre effetti a causa dell’invalidità”.

l'accertamento negativo dell'esistenza del rapporto giuridico fondamentale ⁽⁴⁷³⁾, tale domanda si identifichi in base al solo *petitum* e non muti al variare delle singole cause di nullità che si facciano valere in giudizio ⁽⁴⁷⁴⁾.

A tale ricostruzione si oppongono quanti sostengono che la domanda di nullità sia eterodeterminata e che a diversi motivi di nullità corrispondano diverse azioni ⁽⁴⁷⁵⁾.

⁽⁴⁷³⁾ Secondo I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 297, l'accertamento negativo delle situazioni soggettive che si pretendono sorte dal contratto.

⁽⁴⁷⁴⁾ Sono di tale avviso M. BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, in *Giur. it.* 2015, p. 1387, spec. 1390, che scrive: "non si vede quante volte potrebbe un contratto essere dichiarato nullo, ancorché, in ipotesi, si possano far valere più cause di nullità"; R. CAPONI, *Azione di nullità* cit., p. 96, secondo cui l'oggetto del giudizio di nullità "non muta in relazione alle singole cause di nullità che l'attore faccia valere in giudizio"; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 321, secondo il quale, nelle azioni di accertamento negativo, la causa dell'azione è sempre costituita dall'"inesistenza di una volontà di legge che garantisca un bene all'avversario"; e "l'inesistenza del diritto non può avere alla sua volta una causa piuttosto che un'altra; se si afferma l'inesistenza del diritto per mancanza di un fatto costitutivo, indi per mancanza di un altro o per la presenza di un fatto estintivo, l'azione è sempre unica"; C. CONSOLO, *Nullità del contratto* cit., p. 18; C. CONSOLO, *Postilla di completamento. Il giudicato ed il rilievo officioso della nullità del contratto: quanto e come devono essere ampi?*, in *Corr. giur.* 2013, p. 184, spec. 186-187, per il quale la natura autodeterminata della domanda di nullità si pone maggiormente "in linea con il carattere grandangolare di tale giudizio"; C. CONSOLO, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Eur. dir. priv.* 2010, p. 941, spec. 951 ss.; C. CONSOLO – F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.* 2015, p. 225, spec. 237-238, anche nt. 30; M. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, in *Riv. dir. proc.* 2017, p. 41, spec. 84; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 192, nt. 53, i quali scrivono: "ci sembra, in linea di massima, che tutti i possibili fatti che possono determinare la nullità del contratto concorrano a fondare l'unica azione dichiarativa della nullità"; V. MARICONDA, *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c. e si corregge: è vera svolta?*, in *Corr. giur.* 2005, p. 962, spec. 967; S. PAGLIANTINI, *A proposito dell'ordinanza interlocutoria 21083/2012 e dintorni: rilievo d'ufficio della nullità all'ultimo atto?*, in *Corr. giur.* 2013, p. 178, spec. 182. In giurisprudenza, *ex plurimis*, v. Cass., 21 maggio 2019, n. 13607; Cass., 29 marzo 2019, n. 8914; Cass., 12 marzo 2019, n. 7034; Cass., 5 marzo 2019, n. 6391; App. Reggio Calabria, 29 gennaio 2019, n. 72, in *DeJure*; Cass., 12 dicembre 2018, n. 32148; Cass., 22 agosto 2018, n. 20944; Cass., 6 giugno 2018, n. 14688; Cass., 13 dicembre 2017, n. 29985; Cass., 2 maggio 2017, n. 10629; Cass., 23 gennaio 2017, n. 1674; Cass., 11 novembre 2016, n. 23064, che parla di "inerenza" dell'azione di nullità a un "diritto autodeterminato"; Cass., 11 ottobre 2016, n. 20446; Cass., 26 gennaio 2016, n. 1368; Cass., 30 ottobre 2015, n. 22179; Cass., 27 ottobre 2015, n. 21775, per la quale "Il giudizio di nullità/non nullità del negozio (il *thema decidendum* e il correlato giudicato) sarà, così, definitivo e a tutto campo indipendentemente da quali e quanti titoli di nullità siano stati fatti valere dall'attore"; Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, par. 6.13.5.

⁽⁴⁷⁵⁾ In tal senso, cfr. A. BARLETTA, *Extra e ultra petitio: studio sui limiti del dovere decisorio del giudice civile*, Milano, 2012, p. 164 ss., per cui "il dovere decisorio del giudice in tema di accertamento della lesione, a fronte dell'azione di nullità, è circoscritto alla verifica in concreto del *tipo* di situazione antiggiuridica ipotizzato dall'attore, individuato qui in relazione all'interesse protetto dall'ordinamento, per il quale è stabilita la sanzione dell'invalidità del contratto; in altre parole, l'accertamento è normalmente limitato alla *specificazione* di nullità proposta dall'attore in relazione alla tutela di un peculiare interesse protetto". In giurisprudenza, v. App. Roma, 3 aprile 2019, n. 42, in *DeJure*; Cass., 26 gennaio 2010, n. 1526, secondo cui "i principi della domanda e del contraddittorio escludono invero che, qualora la parte abbia chiesto l'accertamento dell'invalidità di un atto a sé pregiudizievole, la pronuncia del giudice possa fondarsi su ragioni d'invalidità [...] tardivamente indicate"; Cass., 26 giugno 2009, n. 15093 (in materia di licenziamento); Cass., 28 novembre 2008, n. 28424; Cass., 10 luglio 2008, n. 19029, la quale afferma che "le domande di nullità della donazione in quanto stipulata tra coniugi contro il divieto (dichiarato incostituzionale) di cui all'art. 781 c.c. e di nullità della donazione obnuziale per effetto del successivo annullamento del matrimonio, ai sensi dell'art. 785 c.c., comma 2, sono diverse per il titolo"; Cass., 19 giugno 2008, n. 16621, la quale sottolinea che, quando viene proposta una domanda di nullità di un contratto o di una sua clausola, "una diversa ragione di nullità non può essere rilevata d'ufficio, né può esser dedotta per la prima volta in grado d'appello, trattandosi di domanda nuova e diversa da quella 'ab origine' proposta dalla parte"; Cass., 8 gennaio 2007, n. 89 (in *obiter*), per cui, quando "nel giudizio si discute dell'illegittimità dell'atto, costituisce domanda nuova la proposizione per la prima volta in appello (o nello

Chiaramente, il problema di scegliere se inquadrare la domanda di nullità nell'una o nell'altra categoria non si porrebbe ove si aderisse alla tesi attardiana per cui anche le domande su fattispecie autodeterminate sono identificate dalla singola *causa petendi* allegata in giudizio.

Ove, invece, si volesse seguire l'approccio predominante e attribuire alla *causa petendi* un diverso compito individuatore a seconda dei casi, si dovrebbe definire la natura della domanda di nullità, per poi trarne le opportune conseguenze.

Ora, dal punto di vista del diritto sostanziale, tra gli svariati vizi che astrattamente possono colpire un contratto e renderlo nullo, è statisticamente molto probabile – e, anzi, pressoché certo – che solo alcuni affliggano il negozio giuridico. Pertanto, se in un dato caso concreto si arrivasse a concludere che il contratto non è viziato da carenza di forma scritta, ma è viziato da impossibilità dell'oggetto – e, quindi, non è nullo per il primo motivo, ma è nullo per il secondo – si formulerebbero due affermazioni logicamente compatibili e giuridicamente legittime.

Partendo da questa premessa, proviamo a valutare le implicazioni che le due contrapposte tesi sopra riportate hanno dal punto di vista degli effetti del giudicato, tenendo sempre come criterio orientativo l'effettività dei diritti di azione e difesa.

Immaginiamo che un primo giudice abbia dichiarato un determinato contratto nullo per vizio di forma. La declaratoria di nullità rende irrilevante la circostanza che quel negozio fosse o meno affetto da altri vizi. Eventuali successive pronunce che accertassero che il contratto sia nullo anche per altre cause e non nullo per ulteriori altre risolverebbero, in sostanza, questioni di puro diritto e non avrebbero alcuna utilità pratica: infatti, è sufficiente che una sola sentenza renda incontrovertibile l'inidoneità di un contratto a produrre effetti perché divenga superfluo indagare quante e quali fossero le cause di nullità sussistenti nel caso di specie.

Le cose stanno diversamente nelle ipotesi di rigetto della domanda di nullità. Se l'attore ha chiesto la declaratoria di nullità del contratto per carenza di forma scritta e il giudice ha respinto la domanda (per esempio, perché è stato prodotto il testo contrattuale sottoscritto da tutti i contraenti), ciò non esclude che, secondo il diritto sostanziale, quello stesso

stesso giudizio di primo grado, qualora la domanda fosse formulata oltre il termine consentito) della richiesta di declaratoria di nullità per un titolo diverso da quello dedotto in primo grado”; Cass., 5 novembre 2001, n. 13628, per cui “una ragione di nullità diversa da quella posta a base della domanda introduttiva [...] non può esser dedotta per la prima volta in sede di gravame, trattandosi di domanda nuova e diversa rispetto a quella *ab origine* proposta dalla parte”; Cass., 18 febbraio 1999, n. 1378 (in materia di delibera condominiale); Cass., 14 marzo 1998, n. 2772, secondo cui “la sanzione della nullità colpisce svariate ipotesi di vizi dell'atto, sicché, in riferimento ad uno stesso negozio, sono ben ipotizzabili molteplici ipotesi di nullità, ciascuna indotta da profili specifici. L'azione di nullità è per questo caratterizzata da una *causa petendi*, che ne definisce la *species* agli effetti delle preclusioni processuali, in modo che la proposizione di una domanda intesa a ottenere la declaratoria di nullità del contratto impedisce alla parte di far valere in appello una diversa causa di nullità, ed al giudice di porre a base della decisione ragioni diverse di nullità”; Cass., 15 febbraio 1991, n. 1589; Cass., 11 marzo 1988, n. 2398; Cass., 29 novembre 1985, n. 5958 (s.m.); Cass., 25 giugno 1985, n. 3820 (s.m.); Cass., 8 ottobre 1981, n. 5294 (s.m.), la quale, a fronte di una domanda di nullità della donazione per difetto dei requisiti di forma, esclude che il giudice abbia il potere-dovere di verificare di ufficio se sussista o meno l'*animus donandi*; App. Firenze, 8 gennaio 1960, in *Giur. tosc.* 1960, p. 212.

contratto sia affetto da altre cause di invalidità. La cognizione del giudice è di necessità limitata a quanto emerge dagli atti di causa e ben potrebbe accadere che alcuni vizi siano rimasti a lui ignoti. Pertanto, il contratto oggetto di causa potrebbe, in verità, essere nullo dal punto di vista del diritto sostanziale, senza che le parti abbiano avuto occasione di contraddire in proposito e senza che il giudice se ne sia reso conto.

Ebbene, se si qualifica la domanda di nullità come domanda autodeterminata, essa viene individuata sulla base del solo *petitum* e solo a questo occorre fare riferimento per vagliare l'identità di azioni. Ne segue che, ove a valle della proposizione della domanda di nullità per difetto di forma venisse proposta una successiva domanda di nullità per diversa causa, il secondo giudice dovrebbe limitarsi a verificare l'uguaglianza dei due *petita* e dovrebbe rigettare la domanda in rito, in applicazione del principio del *ne bis in idem*. Ciò non rappresenterebbe un problema, come si è visto, nell'ipotesi in cui il primo giudice avesse accolto la domanda di nullità; viceversa, ove la prima sentenza avesse contenuto di rigetto, la natura autodeterminata della domanda in esame impedirebbe di valutare eventuali cause ulteriori di nullità del contratto e, in definitiva, di rendere incontrovertibile una situazione conforme all'effettiva realtà sostanziale.

Ma quel che più rileva è che inquadrare la domanda di nullità tra quelle autodeterminate significherebbe accettare che il giudicato copra anche la sussistenza o, peggio ancora, l'insussistenza di cause di nullità sulle quali le parti non hanno mai avuto modo di contraddire.

L'irrilevanza della *causa petendi* ai fini dell'identificazione della domanda giudiziale conduce, poi, a esiti irragionevoli anche nella prospettiva degli effetti conformativi del giudicato. Vi sono, infatti, delle ipotesi in cui non è indifferente che il contratto sia affetto dall'una o dall'altra causa di invalidità. Si pensi, ad esempio, alle previsioni dell'art. 2035 c.c., per cui "Chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato", o dell'art. 1972 c.c., per cui "1. È nulla la transazione relativa a un contratto illecito, ancorché le parti abbiano trattato della nullità di questo. 2. Negli altri casi in cui la transazione è stata fatta relativamente a un titolo nullo, l'annullamento di essa può chiedersi solo dalla parte che ignorava la causa di nullità del titolo".

In simili occasioni, la regiodicata produce effetti positivi diversi a seconda che il contratto sia stato dichiarato nullo, rispettivamente, per contrarietà al buon costume e per illiceità ovvero per una diversa causa di nullità. Se il primo giudice ha accertato la nullità del contratto per i motivi indicati, il giudice che debba decidere sulla ripetizione delle prestazioni effettuate in adempimento agli obblighi contrattuali o sulla nullità della transazione avente ad oggetto quel contratto sarà vincolato dal modo in cui è stata decisa la questione della nullità negoziale. Se, invece, il primo giudice ha accertato la nullità del contratto per motivi diversi dalla contrarietà al buon costume e dall'illiceità, egli non avrà accertato alcunché rispetto all'effettiva sussistenza di tali vizi e non si vede come il secondo giudice potrebbe essere vincolato dalla prima pronuncia, benché la stessa contenga la statuizione incontrovertibile della nullità del contratto.

Esempi analoghi si possono effettuare con riferimento alla pronuncia di rigetto. Se il primo giudice ha accertato che il contratto non è nullo per contrarietà al buon costume e per illiceità, il giudice che debba decidere sulla ripetizione delle prestazioni effettuate in adempimento agli obblighi contrattuali o sulla nullità della transazione avente ad oggetto quel contratto sarà vincolato dal provvedimento di rigetto. Se, invece, il primo giudice ha respinto la domanda di nullità del contratto fondata su motivi diversi, tale accertamento non può esplicare effetti positivi nel secondo giudizio.

Non sembra, quindi, che, nella prospettiva degli effetti conformativi del giudicato, si possa ignorare quale sia il motivo che chi ha formulato la domanda di nullità ha posto a fondamento della stessa. Sicché, come già accennato ⁽⁴⁷⁶⁾, o si considera la domanda eterodeterminata, oppure la si considera autodeterminata, ma si modellano gli effetti della *res iudicata* sulla singola causa di nullità che costituisce il motivo portante della decisione.

Se si dovesse decidere sulla sola base delle implicazioni in punto di efficacia positiva della regiudicata, le alternative sarebbero ugualmente accettabili (si potrebbe, forse, soltanto osservare che la seconda comporterebbe un doppio passaggio – iniziale estensione massima del giudicato e successiva restrizione del medesimo al motivo portante – che la prima alternativa non rende necessario). Tuttavia, se si considera anche quanto osservato in merito alla cognizione parziale del giudice e alla limitazione dei diritti di azione e difesa delle parti, ammettere che la pronuncia sulla nullità accerti in modo incontestabile che il contratto è valido *tout court*, o invalido *tout court*, non pare la scelta più opportuna.

Alla luce di quanto esposto, sembra che vi siano valide e plurime ragioni per prediligere la tesi che conferisce alla domanda di nullità natura eterodeterminata, con la conseguenza che a diversi vizi di nullità corrispondono diverse azioni giudiziali.

21. Il rilievo officioso di ulteriori cause di nullità e della diversa estensione oggettiva della medesima

Un'ulteriore questione che si pone quando si esamina l'azione di nullità del contratto è se, laddove una delle parti proponga una domanda di nullità (principale, se formulata dall'attore; riconvenzionale, se formulata dal convenuto) facendo valere un determinato vizio, il giudice possa rilevare d'ufficio motivi di nullità diversi da quelli allegati, sempre che, ovviamente, emergano dagli atti di causa ⁽⁴⁷⁷⁾.

⁽⁴⁷⁶⁾ Cfr. *supra*, par. 19.2.2.

⁽⁴⁷⁷⁾ Sull'imprescindibilità di emersione *ex actis* ai fini del rilievo officioso, in ossequio al principio dispositivo, per cui il giudice non può sostituirsi alle parti nella ricerca delle prove, v. A. CATAUDELLA, *Il giudice* cit., p. 681, per cui la rilevanza d'ufficio della nullità "è sempre subordinata alla circostanza che la nullità emerga da elementi acquisiti al processo"; C. CAVALLINI, *Il rilievo d'ufficio* cit., p. 136, il quale rileva che la nullità deve emergere dagli atti del processo, "*alligata atque probata*"; C. CONSOLO, *Nullità del contratto* cit., p. 18; N. COVIELLO, *Manuale* cit., p. 334; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., p. 356, il quale sottolinea che l'esistenza delle eccezioni in senso lato non comporta il "superamento del divieto di utilizzazione della scienza privata, perché il giudice deve pur sempre ricavare la notizia del fatto dagli atti di causa"; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., pp. 276-277, per cui "il potere di rilievo di ufficio è, ovviamente, subordinato alla presenza di vizi riscontrabili attraverso l'esame del fascicolo di ufficio e dei fascicoli di parte, non potendo certo il giudice utilizzare il suo

Come sappiamo, l'art. 1421 c.c. dispone che, in linea generale, il giudice possa sempre rilevare d'ufficio la nullità del contratto e che, anzi, secondo la lettura più accreditata, il giudice abbia un vero e proprio dovere di farlo ogniqualvolta l'invalidità risulti *ex actis* ⁽⁴⁷⁸⁾. Tuttavia, la disposizione civilistica nulla dice circa le modalità con cui tale potere-dovere si coordini con i principi che reggono il processo civile.

Il tema merita, dunque, qualche riflessione.

Una nutrita schiera di studiosi, fiancheggiata dalla più recente giurisprudenza, sostiene che l'autorità giudicante abbia sempre il potere-dovere di rilevare d'ufficio cause di nullità diverse da quelle poste a fondamento dell'azione di nullità. E la ragione è da rinvenirsi nel carattere autodeterminato della domanda. Se quest'ultima è unitaria, a prescindere dal motivo di nullità allegato da chi la propone, il giudice deve verificare l'esistenza di tutte le possibili cause di nullità e non esclusivamente di quella indicata. In tale contesto, il rilievo officioso ha ad oggetto (non un'eccezione, bensì) un ulteriore titolo della domanda giudiziale ⁽⁴⁷⁹⁾. L'unica accortezza che il giudice deve avere è quella di sottoporre la questione al contraddittorio delle parti ⁽⁴⁸⁰⁾.

Secondo una differente linea di pensiero, invece, il rilievo officioso di profili di nullità diversi da quello fatto valere da chi propone la domanda non può essere ammesso.

sapere privato"; F. PECCENINI, sub *art. 1421*, in AA.VV., *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998, p. 176: "in ossequio al principio di disponibilità delle prove, è opinione pacifica che il giudice possa esercitare la facoltà di rilevare d'ufficio la nullità esclusivamente sulla base degli atti di causa, non avendo egli né il potere né il dovere di svolgere di sua iniziativa indagini volte ad acquisire elementi di fatto dai quali possa discendere la nullità"; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 791; R. SACCO, voce *Nullità* cit., p. 309; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali* cit., p. 246, secondo cui la nullità è rilevabile d'ufficio "purché la stessa consti legalmente al giudice"; R. TOMMASINI, voce *Nullità* cit., p. 889, nt. 114. In giurisprudenza, v. in tal senso Cass., 22 agosto 2018, n. 20944 (in *obiter*); Cass., 4 maggio 2018, n. 10583; Cass., 12 aprile 2018, n. 9095; Cass., 30 maggio 2017, n. 13632; Cass., 16 marzo 2016, n. 5249; Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531; Cass., 18 gennaio 2002, n. 547.

⁽⁴⁷⁸⁾ V. *supra*, par. 11.

⁽⁴⁷⁹⁾ È questa l'opinione di M. BOVE, *Rilievo d'ufficio* cit., p. 1390, il quale scrive: "a me sembra condivisibile [...] l'affermazione per cui [...] il giudice può rilevare d'ufficio motivi di nullità non fatti valere dall'attore. [Il che] non ha niente a che fare con l'art. 1421 c.c., perché, se questa disposizione conferisce al giudice il potere di rilevare un'eccezione attinente ad un fatto impeditivo del diritto fatto valere dall'attore, evidentemente nel caso di domanda di nullità si tratta solo di riconoscere al giudice il potere di rilevare un fatto costitutivo del diritto fatto valere diverso ed ulteriore rispetto a quello allegato dall'attore, potere ammissibile, purché ovviamente esso si fondi su risultanze degli atti di causa, in quanto non si tratta di fatti individuatori del diritto fatto valere"; A. CATAUDELLA, *Il giudice* cit., p. 677; C. CONSOLO, *Nullità del contratto* cit., p. 18; F. CORSINI, *Rilevabilità* cit., p. 677, nt. 34; V. MARICONDA, *La Cassazione* cit., p. 967; F. PECCENINI, sub *art. 1421* cit., p. 177, il quale osserva che l'operatività del principio della rilevabilità d'ufficio non trova alcun limite nell'art. 1421 c.c. In giurisprudenza, in tal senso, *ex plurimis*, v. Cass., 29 marzo 2019, n. 8914; Cass., 12 marzo 2019, n. 7034; Cass., 12 dicembre 2018, n. 32148; Cass., 22 agosto 2018, n. 20944; Cass., 6 giugno 2018, n. 14688; Cass., 13 dicembre 2017, n. 29985; Cass., 2 maggio 2017, n. 10629; Cass., 23 gennaio 2017, n. 1674; Cass., 11 novembre 2016, n. 23064, per cui il giudice ha "il potere-dovere di rilevare d'ufficio ogni causa di nullità, anche diversa da quella fatta valere dall'attore"; Cass., 11 ottobre 2016, n. 20446; Cass., 26 gennaio 2016, n. 1368; Cass., 20 gennaio 2016, n. 896, in *Contratti* 2016, p. 771, con nota di E. BIVONA, *Rilevabilità d'ufficio della nullità tra regole sul contratto e regole sul processo*; Cass., 30 ottobre 2015, n. 22179; Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 6.13.3 ss.; Cass., 31 ottobre 2014, n. 23306; Cass., 18 novembre 2013, n. 25841.

⁽⁴⁸⁰⁾ Così V. MARICONDA, *La Cassazione* cit., p. 967.

In dottrina, si è osservato che la possibilità del rilievo d'ufficio pone a repentaglio il principio di terzietà del giudice: quest'ultimo rischierebbe di sostituirsi all'impostazione difensiva della parte che, per scelta strategica o anche solo per errore, abbia fatto valere una causa di nullità insussistente in luogo di altra, invece, esistente. Inoltre, il sottoporre la nuova questione alle parti ai sensi dell'art. 101, c. 2, c.p.c. – con conseguente assegnazione di un termine entro il quale proporre le domande e le eccezioni originate dal rilievo d'ufficio – comporterebbe il proliferare di domande di accertamento della nullità del contratto e sacrificerebbe il principio di ragionevole durata dei processi ⁽⁴⁸¹⁾.

In giurisprudenza, l'esclusione del potere-dovere di rilevare d'ufficio motivi di nullità diversi da quelli fatti valere dalle parti è stata argomentata con la necessità di coordinare il principio della rilevabilità d'ufficio della nullità con il principio dispositivo e con quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato: “allorché sia la parte a chiedere la dichiarazione di invalidità di un atto ad essa pregiudizievole, la pronuncia del giudice deve essere circoscritta alle ragioni enunciate dall'interessato e non può fondarsi su elementi rilevati d'ufficio [...], perché in questa ipotesi la nullità si configura come elemento costitutivo della domanda, il quale opera come limite alla pronuncia del giudice” ⁽⁴⁸²⁾.

A me sembra che gli argomenti a favore dell'inammissibilità del rilievo officioso non siano condivisibili.

Anzitutto, l'approccio giurisprudenziale sconta un evidente errore di prospettiva. Esso assimila il rilievo d'ufficio di un diverso profilo di nullità del contratto con la pronuncia d'ufficio della nullità contrattuale per il motivo rilevato, e così riscontra nella semplice rilevazione di ulteriori cause di nullità una violazione degli artt. 99 e 112 c.p.c. Tuttavia, rilievo della nullità e declaratoria della nullità sono fenomeni che vanno tenuti distinti, come sarà approfondito nel corso dei prossimi paragrafi ⁽⁴⁸³⁾. Il mero rilievo, consistendo sostanzialmente nella sottoposizione all'attenzione delle parti di una questione che esse non abbiano autonomamente indagato, non può provocare – di per sé solo – una discrasia tra l'oggetto della domanda e l'oggetto della pronuncia.

Quanto al rispetto del principio di terzietà del giudice, si potrebbe sostenere che il giudice non possa suggerire difese all'attore solo se, al contempo, si sostenesse che non può suggerirle nemmeno al convenuto. Invece, la dottrina comunemente asserisce che il giudice abbia il potere-dovere di rilevare d'ufficio cause di nullità del contratto diverse da quelle

⁽⁴⁸¹⁾ Così C. SCOGNAMIGLIO, *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2013, I, p. 28, spec. 36. Cfr. anche G. BIANCHI, *Nullità e annullabilità del contratto*, Padova, 2002, p. 552; C. CONSOLO, *Postilla cit.*, p. 187, il quale in tale sede opina che, configurandosi i plurimi titoli di nullità come “fondamenti alternativi” della domanda, essi non sono suscettibili di rilievo officioso; V. ROPPO, *Il contratto cit.*, p. 792.

⁽⁴⁸²⁾ Cfr., in tal senso, *ex multis*, Cass., 20 settembre 2013, n. 21600; Cass., 11 luglio 2012, n. 11651 (in *obiter*); Cass., 26 gennaio 2010, n. 1526; Cass., 26 giugno 2009, n. 15093 (in materia di licenziamento); Cass., 28 novembre 2008, n. 28424, in *Contratti* 2009, p. 449, con nota di P. LEONE, *Potere di rilievo officioso della nullità e principio della domanda*; Cass., 19 giugno 2008, n. 16621; Cass., 5 novembre 2001, n. 13628; Cass., 18 febbraio 1999, n. 1378; Cass., 15 febbraio 1991, n. 1589.

⁽⁴⁸³⁾ Cfr. *infra*, parr. 26 e 46.

eccepite dal convenuto ⁽⁴⁸⁴⁾. Né vale precisare che, in quest'ultimo caso, il potere-dovere del giudice sia giustificato dalla necessità di non attribuire effetti a un contratto nullo, dal momento che lo stesso problema si pone anche laddove una parte agisca per ottenere la declaratoria di nullità sulla base di un vizio insussistente, pur sussistendo altri vizi idonei a rendere il contratto invalido.

Infine, con riferimento al moltiplicarsi delle domande di nullità, credo che l'avvenimento rappresenti un vantaggio, anziché uno svantaggio, correlato alla facoltà di rilevare d'ufficio profili di nullità diversi da quelli allegati a supporto della domanda. Maggiore è il numero di domande di nullità proposte simultaneamente avverso il medesimo contratto, maggiore è la probabilità che esso non venga impugnato successivamente. In tal guisa, la durata del singolo processo può dilatarsi a beneficio della inferiore durata complessiva dei procedimenti giudiziari in una prospettiva d'insieme.

Passando dalla *pars destruens* alla *pars construens*, si può osservare che l'art. 1421 c.c. non contiene alcuna limitazione alla possibilità, per il giudice, di rilevare d'ufficio la nullità del contratto. Sicché sembra più corretto consentire all'autorità giudicante di rilevare ulteriori profili di nullità del contratto anche nell'ambito di un'azione di nullità.

Né il carattere eterodeterminato che si è qui inteso attribuire alla domanda di nullità può rappresentare un ostacolo a tale rilievo. E infatti, come notato, rilevando un ulteriore vizio del contratto, il giudice si limita a sottoporre la questione alle parti, assegnando loro un termine per contraddire sul punto. Sarà, poi, facoltà dell'attore proporre una nuova domanda di nullità, diversa dalla precedente, che si fondi sulla differente *causa petendi* posta in luce dal magistrato.

Altra tematica che affligge gli interpreti è inerente alla possibilità che, a fronte di una domanda di nullità totale del contratto, il giudice rilevi che l'invalidità attenga solo a una porzione dello stesso, e viceversa.

A chi considera la rilevazione della diversa estensione oggettiva della nullità sempre ammessa si oppone chi ritiene che ciò non sia possibile ⁽⁴⁸⁵⁾.

La questione può trovare, a mio avviso, soluzione sulla base delle medesime considerazioni già svolte in punto di rilievo officioso di motivi di nullità del contratto non fatti valere dalle parti. Da un lato, l'art. 1421 c.c. non innalza barriere al potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità contrattuale. Dall'altro, se il rilievo equivale a una mera estensione delle questioni controverse e dibattute tra le parti, non si vede per quale ragione il giudice non potrebbe far notare che un determinato vizio inficia una singola clausola del

⁽⁴⁸⁴⁾ Cfr. S. PAGLIANTINI, *La rilevanza officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "Eppur si muove"?*, in *Contratti* 2012, p. 869, spec. 884, anche nt. 55; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 792; C. SCOGNAMIGLIO, *Il giudice* cit., p. 37.

⁽⁴⁸⁵⁾ Nel primo senso, v., in dottrina, A. CATAUDELLA, *Il giudice* cit., p. 680; C. CONSOLO, *Nullità del contratto* cit., p. 49; e in giurisprudenza Cass., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 6.16.5 ss. Nel senso opposto, v. Cass., 13 giugno 2019, n. 15950 (confondendo, però, il rilievo d'ufficio con la declaratoria di nullità); Cass., 22 gennaio 1980, n. 500 (s.m.), per cui "la questione della estensione o meno a tutto il contratto, a norma del comma 1 dell'art. 1419 c.c., della nullità di una singola clausola non è esaminabile di ufficio".

contratto o l'intero regolamento negoziale, in presenza delle inverse allegazioni del soggetto che ha proposto la domanda.

In definitiva, pare corretto affermare che il giudice innanzi al quale è introdotta un'azione di nullità possa – anzi debba – sempre rilevare d'ufficio eventuali ulteriori profili di nullità diversi da quelli allegati in causa, nonché rilevare la diversa estensione oggettiva dell'invalidità del contratto. Si vedrà, poi, nel prosieguo quale impatto tale rilievo e le attività processuali compiute a valle dello stesso abbiano in punto di conformazione dell'oggetto del giudizio e del giudicato.

22. Alcuni strumenti di lavoro per modellare l'estensione oggettiva del giudicato. La fattispecie. La pregiudizialità. Il principio della ragione più liquida

La trattazione fino a questo punto effettuata ci ha consentito di giungere ad alcune prime conclusioni, che costituiranno le basi sulle quali erigere i confini oggettivi della *res iudicata*.

Il problema che ora si pone è il seguente. Al fine di decidere su quello che è l'oggetto della domanda, il giudice deve normalmente valutare e risolvere una serie indefinita di questioni ⁽⁴⁸⁶⁾. Quando ciò accade, fino a dove si spinge il giudicato? Su quanti dei plurimi aspetti che il magistrato si trova ad affrontare egli statuisce in modo incontrovertibile?

Per rispondere al quesito, pare utile esaminare preliminarmente alcune nozioni di carattere generale.

Si è detto che oggetto del processo possono essere solo i diritti soggettivi, gli *status* e, nelle ipotesi eccezionali espressamente indicate dalla legge, le situazioni giuridiche preliminari (quale è la nullità del contratto) ⁽⁴⁸⁷⁾.

Ciascuna di tali situazioni giuridiche configura l'effetto di una fattispecie; o meglio, di una c.d. fattispecie costitutiva in senso stretto ⁽⁴⁸⁸⁾. Gli elementi che compongono detta fattispecie possono alternativamente corrispondere a:

- a) meri fatti storici, vicende o situazioni concrete. Si pensi al decorso del tempo, a un incidente stradale, alla morte di un soggetto;
- b) esistenza, inesistenza o modo di essere di un altro effetto giuridico, ossia del risultato di altra – distinta e autonoma – fattispecie costitutiva in senso stretto. Per esemplificare, lo *status* di figlio nato nel matrimonio è elemento della fattispecie costitutiva in senso stretto dell'obbligo alimentare di cui all'art. 433 c.c., ma, al tempo

⁽⁴⁸⁶⁾ Cfr. B. SASSANI, *Lineamenti* cit., p. 483, per cui “la sentenza è un atto complesso, comprensivo di tante separate affermazioni e ricco di giudizi (ricognizioni di fatto, interpretazioni di diritto ecc.): si tratta di identificare cosa resterà in concreto assoggettato al giudicato, nel senso che non potrà più essere messo in contestazione”; S. SATTA, voce *Accertamento incidentale* cit., p. 243, secondo cui “la decisione finale della causa, cioè quella intorno al bene di cui si contende, presuppone la decisione di una serie indefinita di punti, che, in quanto controversi, danno luogo a questioni”.

⁽⁴⁸⁷⁾ Cfr. *supra*, par. 18.

⁽⁴⁸⁸⁾ Per il significato di tale locuzione, v. *supra*, par. 2.

stesso, è l'effetto della fattispecie costitutiva in senso stretto composta dalla nascita in costanza di matrimonio ⁽⁴⁸⁹⁾.

Gli elementi di fattispecie che rientrano in questo secondo gruppo possono essere definiti come “fatti-effetti” ⁽⁴⁹⁰⁾, mentre la relazione giuridica che intercorre tra due effetti giuridici, tale che l'uno integri un elemento della fattispecie dell'altro, è detta “pregiudizialità” ⁽⁴⁹¹⁾.

Come intuibile, capita piuttosto di frequente che l'oggetto del giudizio – diritto soggettivo, *status* o situazione giuridica preliminare che sia – abbia, all'interno della propria fattispecie costitutiva in senso stretto, un *quid* che si presenta come effetto giuridico di una distinta fattispecie. In queste ipotesi, “la soluzione della *quaestio facti* viene ad assumere una colorazione abbastanza particolare, perché in verità dire esistente sotto il profilo del fatto quello che è un effetto di una diversa fattispecie equivale a dire esistente ed operante quella fattispecie medesima” ⁽⁴⁹²⁾.

Analogo discorso si può ripetere per gli elementi che compongono le c.d. fattispecie in senso ampio, delle quali fanno parte, oltre ai fatti costitutivi di un effetto giuridico, i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi dello stesso ⁽⁴⁹³⁾; anche questi ultimi componenti di fattispecie possono coincidere con meri fatti storici oppure con effetti giuridici prodotti da diverse e autonome fattispecie. Esempio del primo tipo è la distruzione del bene oggetto di deposito, esempi del secondo tipo sono gli effetti di annullamento, rescissione e risoluzione dei contratti.

Sul piano processuale, l'effetto della fattispecie costitutiva in senso stretto forma oggetto di domanda; viceversa, il non-effetto della fattispecie in senso ampio forma oggetto di eccezione ⁽⁴⁹⁴⁾.

⁽⁴⁸⁹⁾ Per la distinzione descritta nel testo tra le due tipologie di elementi di fattispecie, cfr. M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 229, per il quale, se “il diritto soggettivo è l'effetto di una fattispecie, ossia la conseguenza, innanzitutto, della sussistenza di determinati fatti costitutivi, è possibile che questi ‘fatti’ siano appunto mere vicende o situazioni concrete, ma è anche possibile che essi consistano in altri effetti giuridici, quindi in situazioni giuridiche, che di per sé potrebbero pure essere oggetto di un autonomo processo”; R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Lineamenti* cit., p. 78, che spiegano: “i fatti (costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi) rilevanti ai fini del diritto dedotto in giudizio possono essere meri fatti o fatti-diritti. Per meri fatti si intendono quelli che rilevano unicamente come fatti costitutivi, modificativi, ecc. del diritto fatto valere in giudizio [...]. Per fatti-diritti si intendono invece quelli che, oltre ad avere rilievo di fatti costitutivi, impeditivi, ecc. ai fini del diritto dedotto in giudizio dall'attore, in sé e per sé sono diritti sorgenti da un'autonoma fattispecie, cosicché potrebbero costituire oggetto di una autonoma domanda”; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., pp. 346-347; F. P. LUISO, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 159.

⁽⁴⁹⁰⁾ Usualmente, in dottrina ci si riferisce a questi elementi con la locuzione “fatti-diritti”. Tuttavia, poiché gli stessi possono essere tanto diritti soggettivi quanto *status*, situazioni giuridiche preliminari o rapporti giuridici, mi sembra maggiormente corretto utilizzare la terminologia più generica di “fatti-effetti”.

⁽⁴⁹¹⁾ Cfr. E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1992 (rist.), p. 67 ss., per il quale la “definizione di rapporto giuridico pregiudiziale a un altro è [...] questa: *il rapporto giuridico che rientra nella fattispecie d'altro rapporto giuridico*”; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., p. 346, anche nt. 13; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 63, nt. 5.

⁽⁴⁹²⁾ Le nitide parole sono di G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., pp. 346-347.

⁽⁴⁹³⁾ Cfr. *supra*, par. 2.

⁽⁴⁹⁴⁾ In tal senso, v. E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio* cit., pp. 264-265, che scrive: “oggetto della rilevazione ad opera della parte che si ponga nella posizione di eccipiente, o del giudice che si sostituisca in ciò alla parte, è la fattispecie complessa sopra individuata: ossia la fattispecie costitutiva, integrata da un altro elemento insieme col quale forma un ente unitario diverso e, quanto agli effetti, antitetico”.

Si tratta, adesso, di comprendere come reagisce il processo all'allegazione di un fatto che corrisponde all'effetto di altra autonoma fattispecie. E ciò sia che il fatto sia dedotto a fondamento di una domanda, sia che sia dedotto a fondamento di un'eccezione. In proposito, si pongono tre possibilità.

In primo luogo, può accadere che tutte le parti in causa diano una versione unanime e concorde dell'esistenza e del modo di essere del fatto-effetto. Ciò succede tanto allorché l'attore deduca un fatto e il convenuto non lo contesti, quanto nell'ipotesi inversa. In tal caso, il giudice non deve far altro che porre quell'elemento di fattispecie a fondamento della propria decisione, così per come è stato allegato in giudizio. Ci troviamo qui nel settore dei punti pregiudiziali.

In secondo luogo, può capitare che l'effetto della diversa fattispecie venga contestato dalla parte contro la quale manifesta la sua efficacia sostanziale. In tale situazione, il giudice deve risolvere il profilo controverso, valutando l'effettiva sussistenza del fatto-effetto e qualificandola giuridicamente, per poi porre la soluzione ottenuta alla base della propria pronuncia. Il punto pregiudiziale, quando contestato, diviene una questione pregiudiziale.

In terzo luogo, può darsi che il fatto-effetto non venga semplicemente contestato, ma si elevi addirittura ad oggetto di vero e proprio accertamento, o perché disposto dalla legge o dietro proposizione di domanda di parte, secondo quanto previsto dall'art. 34 c.p.c. In questo modo, la questione pregiudiziale si trasforma in una causa pregiudiziale⁽⁴⁹⁵⁾.

Tra quelli indicati, il fattore su cui si è maggiormente concentrata l'elaborazione dottrinale è senz'altro la questione pregiudiziale, per la quale sono state formulate diverse definizioni⁽⁴⁹⁶⁾.

In termini generali, sono pregiudiziali quelle questioni che devono essere risolte dal giudice per pronunciarsi sulla domanda proposta, quelle questioni "la cui soluzione costituisce una premessa della decisione"⁽⁴⁹⁷⁾.

⁽⁴⁹⁵⁾ Per la tradizionale e ormai pacifica distinzione tra punti, questioni e cause pregiudiziali, cfr. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, vol. I, Napoli, 1957, p. 113; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 1004, il quale sottolinea che "sol l'esplicita domanda di parte o la speciale disposizione di legge trasformano la questione in causa pregiudiziale"; A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 482; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 482; F. CARNELUTTI, *Sistema* cit., vol. I, p. 353, per il quale, "in quanto una affermazione [...] possa generare un dubbio e così debba essere verificata, diventa una *questione*. Perciò la questione si può definire un *punto dubbio*, di fatto o di diritto"; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., pp. 339-340; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., p. 347 ss., il quale, in nota 16, sottolinea che il fenomeno della trasformazione di una questione in una causa pregiudiziale "può verificarsi non solo quando [...] il fatto costitutivo addotto dall'attore include tra i suoi elementi l'effetto di una precedente e diversa fattispecie, ma anche quando un fenomeno simile si verifica per il fatto impeditivo, modificativo o estintivo fatto valere dal convenuto per via di eccezione"; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., p. 202; F. MENESTRINA, *La pregiudiziale* cit., p. 137 ss., anche nt. 4, il quale scrive: "crediamo assolutamente necessaria la distinzione tra punto e questione pregiudiziale [...]. Per noi dunque è un controsenso parlare di una decisione del punto pregiudiziale"; N. PICARDI, *Manuale* cit., p. 95. In giurisprudenza, cfr. Cass., 9 novembre 2017, n. 26557.

⁽⁴⁹⁶⁾ *Ça va sans dire* che si sta qui discorrendo delle sole questioni pregiudiziali di merito.

⁽⁴⁹⁷⁾ Così F. CARNELUTTI, *Sistema* cit., vol. I, p. 930; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 63. In senso ancora più ampio si esprimono S. SATTA – C. PUNZI, *Diritto processuale* cit., p. 54, secondo i quali questione pregiudiziale è "qualunque questione possa presentarsi nel giudizio".

Più in dettaglio, al fine di delineare la nozione di questione pregiudiziale, la maggior parte della dottrina prende spunto dal disposto dell'art. 34 c.p.c., a mente del quale "Il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario *decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale* che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest'ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui" ⁽⁴⁹⁸⁾.

Dalla lettera della norma si evince che le questioni pregiudiziali devono essere necessariamente idonee a essere "decise" con efficacia di giudicato; il che significa che possono costituire questioni pregiudiziali solo quelle suscettibili di formare oggetto di autonomo accertamento ⁽⁴⁹⁹⁾.

Seguendo questo criterio, si giunge ad affermare che:

- a) configurano questioni pregiudiziali quelle relative a fatti-effetti (diritti soggettivi, *status* e situazioni giuridiche preliminari) che rientrano nell'ambito della fattispecie costitutiva in senso stretto del diritto fatto valere in giudizio, o nell'ambito della fattispecie in senso ampio che lo impedisce, modifica o estingue ⁽⁵⁰⁰⁾;
- b) di regola, non costituiscono questioni pregiudiziali quelle relative a meri fatti, i quali, come si è visto, non possono formare oggetto di autonomo giudizio ⁽⁵⁰¹⁾. Tali

⁽⁴⁹⁸⁾ Cfr. A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 489, secondo cui "è proprio l'art. 34 che indica quali tra le molteplici diverse questioni atinenti al merito siano da considerare pregiudiziali".

⁽⁴⁹⁹⁾ Cfr. A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 482; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 489; A. ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in AA. VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 185, spec. 204; M. BOVE, *Rilievo d'ufficio* cit., p. 1392, il quale acutamente osserva che proprio per questa ragione "si pone l'alternativa per il giudice tra il conoscere ed il decidere"; E. GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.* 1976, p. 257, spec. 266. Giunge alla medesima conclusione in un momento in cui l'art. 34 c.p.c. ancora non compare nel nostro codice di rito G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 341, per cui solo rispetto alle questioni che possono costituire l'oggetto di un giudizio autonomo "può avere importanza dire che, quando queste questioni si presentano come pregiudiziali in un giudizio avente altro oggetto, esse sono decise senza effetto di cosa giudicata".

⁽⁵⁰⁰⁾ E ciò è perfettamente in linea con quanto esposto *retro* nel testo del presente paragrafo. Di tale avviso sono A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., pp. 483, 490, per cui, "per sapere quali siano le questioni che possano costituire oggetto di autonomo giudizio, occorre far capo ai principi che disciplinano il processo, [...] dai quali si ricava che, di regola, chi agisce in giudizio vi deduce un diritto soggettivo o uno *status* o un rapporto giuridico"; A. ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali* cit., p. 190; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 342 ss.; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., p. 373, il quale sottolinea che, "dove il fatto impeditivo, modificativo o estintivo è di per sé l'effetto giuridico di una diversa e autonoma fattispecie, chi eccepisce solleva una questione pregiudiziale"; E. GARBAGNATI, *Questioni* cit., p. 266, il quale individua l'oggetto delle questioni pregiudiziali in un "rapporto o stato pregiudiziale [che], pur prospettandosi a tutti gli effetti come una situazione giuridica autonoma rispetto al rapporto giuridico dedotto in giudizio dall'attore (e potendo quindi essere oggetto di autonomo giudicato), costituisce in pari tempo un elemento della fattispecie costitutiva del diritto controverso"; L. MONTESANO, *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.* 1988, p. 299, spec. 305, secondo cui "si ha una questione pregiudiziale «trasformabile» in accertamento incidentale quando la fattispecie, che ne è oggetto, produce un effetto condizionante o concorrente a condizionare [...] quello dedotto con l'originaria domanda"; N. PICARDI, *Manuale* cit., p. 95.

⁽⁵⁰¹⁾ Cfr. *supra*, par. 18. Chiaramente, costituiscono un'eccezione i casi in cui la legge dispone che singoli fatti possano costituire oggetto di giudizi, come nelle ipotesi di verifica di scrittura privata e di querela di falso. Sull'esclusione delle questioni di fatto dall'alveo delle questioni pregiudiziali di merito, con l'eccezione testé menzionata, v. A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 483, secondo cui, "se si diano ipotesi eccezionali nelle quali una questione di fatto sia un possibile oggetto di un accertamento giudiziale, pure tale questione [...] sarà da considerarsi pregiudiziale a norma dell'art. 34"; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 341, per cui "non

questioni vengono, invece, denominate preliminari di merito: si distinguono dalle pregiudiziali di merito in quanto non possono essere trasformate in cause e sono strumentali all'accoglimento o al rigetto della sola domanda proposta ⁽⁵⁰²⁾.

Un'altra osservazione che si trae dall'art. 34 c.p.c. è che tra le questioni pregiudiziali e l'oggetto del giudizio intercorre un rapporto di esclusione: le prime finiscono dove l'oggetto dell'accertamento comincia ⁽⁵⁰³⁾.

Prendono, invece, le distanze da quanto sinora esposto gli studiosi che ravvisano il carattere di pregiudizialità della questione nella sua potenziale idoneità a definire il giudizio; e ciò a prescindere dal fatto che la questione possa costituire oggetto di autonomo accertamento ⁽⁵⁰⁴⁾. È evidente che tale approccio conduce a un'estensione del bacino delle questioni pregiudiziali, nel quale possono così confluire anche profili quali l'intervenuta prescrizione di un diritto o il pagamento di una somma di denaro, pacificamente incapaci di formare oggetto di autonomo processo.

Secondo l'insegnamento tradizionale, che trae origine dalle teorizzazioni di Satta ⁽⁵⁰⁵⁾ e che è pacificamente accettato dalla dottrina processualcivilistica, il nesso che collega le questioni pregiudiziali con la situazione giuridica oggetto del giudizio si declina in due

sarà di solito questione pregiudiziale [...] la questione relativa a un semplice fatto giuridico. Normalmente i fatti giuridici [...] da soli non possono essere oggetto principale di un accertamento. Ma questo può accadere eccezionalmente. Così quando la legge permette che possa chiedersi in via principale la ricognizione o verifica di una scrittura [...] e la dichiarazione di falsità d'un documento”.

⁽⁵⁰²⁾ Sul punto, v. C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 92, per il quale la soluzione delle questioni preliminari di merito “non configura un accertamento diverso e autonomo rispetto a quello relativo al diritto, ma solo un passaggio logico (giuridico-fattuale) necessario, finalizzato all'unico accertamento che potrà dar luogo al giudicato sostanziale, quello relativo all'esistenza o inesistenza del diritto”; E. GARBAGNATI, *Questioni* cit., p. 265; L. MONTESANO, *Questioni* cit., pp. 302-303, per cui “le questioni pregiudiziali di merito si differenziano dalle questioni preliminari di merito nell'essere le prime, e non le seconde, [...] «trasformabili in cause»”; “mentre le questioni preliminari di merito incidono su «ragioni» strumentali all'accoglimento o al rigetto della domanda già proposta, le questioni pregiudiziali di merito incidono su ragioni che possono servire anche a domanda diversa”; N. PICARDI, *Manuale* cit., p. 94.

⁽⁵⁰³⁾ Il che esprime in termini diversi la già ricordata distinzione tra questioni e cause pregiudiziali. In tal senso, cfr. V. COLESANTI, voce *Eccezione* cit., p. 202; V. DENTI, *L'eccezione* cit., p. 35; S. SATTA, voce *Accertamento incidentale* cit., p. 244, per cui “la pregiudizialità comincia là dove l'oggetto del processo finisce”.

Ad analoga conclusione giungono, per vero, anche alcuni studiosi che non reputano l'art. 34 c.p.c. una norma rilevante ai fini della configurazione della nozione di questione pregiudiziale: S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 96, afferma che “l'art. 34 è una norma in bianco; esso detta il regime processuale delle questioni pregiudiziali, ma la nozione di pregiudizialità va ricavata *aliunde*, [...] dalla determinazione degli esatti confini dell'oggetto della pronuncia”. Cfr. anche V. ANDRIOLI, *Commento* cit., vol. I, pp. 114-115, il quale scrive che “l'art. 34 non risolve, né forse poteva risolvere il problema centrale [...]: che cosa s'intenda per questione pregiudiziale”; “il problema [...] si sostanzia nell'assodare che cosa s'intenda per oggetto della domanda, perché, una volta delimitato questo settore, tutto quel che ne fuoriesce è questione pregiudiziale (sempreché il punto pregiudiziale sia contestato)”.

⁽⁵⁰⁴⁾ Così V. DENTI, voce *Questioni pregiudiziali* cit., p. 678; C. FERRI, *Profili* cit., pp. 128-129, per cui “la caratteristica della pregiudizialità non può essere individuata in base alla natura meramente logica della soluzione della questione, ma piuttosto alla sua idoneità a costituire oggetto di una delle pronunce contemplate nell'art. 279 n. 2 e 4”; M. TARUFFO, «Collateral estoppel» cit., pp. 284-285.

⁽⁵⁰⁵⁾ Cfr. S. SATTA, *Nuove riflessioni sugli accertamenti incidentali*, in *Foro it.* 1948, I, p. 64, *passim*; S. SATTA, voce *Accertamento incidentale* cit., p. 245.

differenti “modelli strutturali”⁽⁵⁰⁶⁾: il rapporto di pregiudizialità in senso tecnico e il rapporto di pregiudizialità in senso logico.

La prima relazione unisce situazioni giuridiche distinte e autonome, che attribuiscono al titolare una posizione di preminenza rispetto a un bene della vita⁽⁵⁰⁷⁾, e si manifesta in due forme: la pregiudizialità-dipendenza e la pregiudizialità per incompatibilità.

Si ha un rapporto di pregiudizialità-dipendenza in tutte le ipotesi in cui una determinata situazione giuridica o un determinato rapporto giuridico entrano nella fattispecie costitutiva in senso stretto di una diversa situazione giuridica o di un diverso rapporto giuridico, sicché l'esistenza, l'inesistenza e il modo di essere di questi ultimi *dipende* dall'esistenza, inesistenza e modo di essere dei primi⁽⁵⁰⁸⁾. Tra i vari esempi che vengono comunemente ricondotti nell'alveo di tale nesso si possono ricordare i seguenti: diritto di proprietà dell'autoveicolo e diritto al risarcimento dei danni subiti dal danneggiato *ex art. 2054, c. 3, c.c.*; *status* di erede e azione ereditaria; rapporto di parentela e diritto alla corresponsione degli alimenti; diritto di proprietà sul fondo dominante e *actio confessoria servitutis*; contratto di locazione e contratto di sublocazione.

Giova notare sin d'ora che, poiché la fattispecie della situazione giuridica dipendente è composta sia dalla situazione giuridica pregiudiziale sia da altri ulteriori elementi, la circostanza che esista la situazione giuridica pregiudiziale non implica – di per sé – che esista anche la situazione giuridica dipendente; per converso, l'inesistenza della situazione giuridica pregiudiziale comporta automaticamente l'inesistenza della situazione giuridica dipendente, la cui fattispecie non può dirsi (per forza di cose) perfezionata⁽⁵⁰⁹⁾. L'osservazione è d'interesse sia per le valutazioni relative all'estensione del giudicato agli antecedenti logici necessari, sia per le applicazioni del principio della ragione più liquida (che si analizzerà a breve), sia per l'esame degli effetti conformativi della *res iudicata*.

L'altra figura di pregiudizialità in senso tecnico è la pregiudizialità per incompatibilità, o pregiudizialità negativa, che si manifesta nei casi in cui l'esistenza della situazione giuridica fatta valere da una parte dipenda dall'inesistenza di un fatto-effetto (impeditivo, modificativo o estintivo) incompatibile, vantato dalla controparte. In particolare, si ha un rapporto di incompatibilità diretta quando l'esistenza della situazione giuridica di una parte dipenda dall'inesistenza di una situazione giuridica della controparte avente lo stesso contenuto e relativa al medesimo bene giuridico (si pensi al conflitto tra il diritto di proprietà di Tizio e

⁽⁵⁰⁶⁾ L'espressione è di M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 231.

⁽⁵⁰⁷⁾ Così G. BALENA, *Istituzioni* cit., p. 305, secondo cui la pregiudizialità in senso tecnico “presuppone rapporti giuridici *diversi*”; M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 231, che parla di “due situazioni giuridiche del tutto diverse, che attribuiscono ai singoli diversi beni della vita”; F. P. LUISO, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 165; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 87-88; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., p. 77; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 434; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo* cit., p. 214.

⁽⁵⁰⁸⁾ In questo senso, v. G. ARIETA – F. DE SANTIS – L. MONTESANO, *Corso* cit., p. 690; M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 229; R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Lineamenti* cit., p. 79; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 88; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., p. 77; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 434; N. PICARDI, *Manuale* cit., p. 95 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., p. 393; A. PROTO PISANI, *Note problematiche* cit., pp. 449-450; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo* cit., p. 214.

⁽⁵⁰⁹⁾ Cfr. R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Lineamenti* cit., p. 79.

il diritto di proprietà di Caio sulla stessa autovettura); si ha, invece, un rapporto di incompatibilità indiretta quando la situazione giuridica vantata da una parte è incompatibile con una situazione giuridica della controparte che è pregiudiziale rispetto a quella fatta valere (un esempio è rappresentato dal nesso tra il diritto al risarcimento per i danni subiti da un proprio bene e il diritto di proprietà su quel medesimo bene vantato dalla controparte) ⁽⁵¹⁰⁾.

Al rapporto – o, se si vuole, ai rapporti – di pregiudizialità in senso tecnico si contrappone il rapporto di pregiudizialità in senso logico, che intercorre non già tra situazioni giuridiche distinte e autonome, bensì tra un singolo effetto e il rapporto giuridico complesso dal quale esso trae origine.

Anche il rapporto giuridico fondamentale è un fatto-effetto, nel senso che esso è elemento della fattispecie costitutiva in senso stretto dei singoli effetti che dallo stesso discendono, e al contempo è l'effetto della fattispecie negoziale. Anche il nesso che intercorre tra il rapporto giuridico fondamentale e i suoi effetti è un nesso di dipendenza, in quanto il rapporto entra nella fattispecie costitutiva in senso stretto del singolo effetto. Tuttavia, il rapporto giuridico complesso si differenzia dai fatti-effetti pregiudiziali che figurano nei legami di pregiudizialità tecnica in quanto non attribuisce alcun bene, in via diretta, al titolare: il rapporto giuridico complesso, in sé considerato, è neutro, non conferendo né una posizione giuridica di prevalenza né una posizione giuridica di subordinazione.

La pregiudizialità logica si presenta, dunque, come una relazione tra una parte e il tutto, tra l'organismo e “le singole membra che da esso ricavano la propria forza vitale”. Ne è un esemplare paradigmatico il nesso tra il contratto e i singoli effetti che dal medesimo derivano ⁽⁵¹¹⁾.

Che i descritti rapporti di pregiudizialità in senso tecnico e di pregiudizialità in senso logico corrispondano a fenomeni – almeno in parte – divergenti è innegabile. Nei prossimi paragrafi si cercherà di stabilire se da tali disarmonie discendano delle differenze in punto di conformazione oggettiva del giudicato.

⁽⁵¹⁰⁾ Per la descrizione dei nessi di incompatibilità e per la riconduzione degli stessi nell'alveo della pregiudizialità in senso tecnico, cfr. R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Lineamenti* cit., p. 80; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 110; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., p. 77; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 434; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., p. 409, il quale fa notare che, “stante il carattere di esclusività proprio di ogni diritto, il principio logico di non contraddizione non consente la coesistenza di due diritti dello stesso contenuto relativi ad un identico bene di cui siano titolari attivi esclusivi due soggetti diversi”; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo* cit., p. 214.

⁽⁵¹¹⁾ Sulla c.d. pregiudizialità in senso logico, cfr. G. ARIETA – F. DE SANTIS – L. MONTESANO, *Corso* cit., p. 690; G. BALENA, *Istituzioni* cit., p. 305; M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 231, il quale evidenzia che “qui la situazione giuridica pregiudiziale non attribuisce propriamente un bene della vita, ma rappresenta una sorta di collante, di schema di sintesi, una situazione-madre di tutta una serie di effetti, che, soli, attribuiscono reali beni della vita”; R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Lineamenti* cit., p. 81; F. P. LUISO, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 165; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 89 ss., anche nt. 78, per cui “il singolo diritto è mera *irradiazione* del rapporto”; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., p. 81; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 436; N. PICARDI, *Manuale* cit., p. 97; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo* cit., p. 216.

Alcuni studiosi precisano che un nesso di pregiudizialità logica sussiste anche tra una frazione di un diritto e il diritto considerato nella sua globalità (come avviene in materia di obbligazioni a carattere periodico o continuativo): v. S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., p. 81; N. PICARDI, *Manuale* cit., p. 97.

Prima di passare a tale analisi, merita una rapida disamina il c.d. principio della ragione più liquida, che, anche alla luce dei più recenti arresti giurisprudenziali, ricopre un ruolo significativo nella determinazione della portata della *res indicata*.

In forza di tale principio, il giudice può definire il giudizio davanti a sé pendente dirimendo in via prioritaria una questione di pronta e agevole soluzione, anche se logicamente subordinata ad altre e diverse questioni ⁽⁵¹²⁾.

Il canone in discorso trova i propri fondamenti di diritto positivo: (i) nell'art. 111 Cost., che, nel garantire il giusto processo, chiama i giudici a una rapida e pratica chiusura delle liti; (ii) nell'art. 187, c. 2, c.p.c., che consente al giudice istruttore di rimettere le parti al collegio affinché quest'ultimo decida separatamente una questione di merito avente carattere preliminare, laddove la decisione della stessa sia idonea a definire il giudizio; (iii) nell'art. 276, c. 2, c.p.c., che permette al collegio di scegliere la questione di merito su cui pronunciarsi per prima; (iv) nell'art. 279, c. 2, n. 2, c.p.c., che attribuisce al collegio la facoltà di definire il giudizio decidendo questioni preliminari di merito ⁽⁵¹³⁾.

Dalle norme menzionate ben si evince che l'autorità giudiziaria non è vincolata dall'ordine logico in cui le questioni di merito si presentano, ordine dettato dal diritto sostanziale ⁽⁵¹⁴⁾.

Ciò è particolarmente evidente per le pronunce di rigetto: per addivenire a una statuizione di inesistenza della situazione giuridica fatta valere in giudizio, è sufficiente l'inesistenza di un solo fatto costitutivo, così come l'esistenza di un solo fatto impeditivo,

⁽⁵¹²⁾ Il principio in esame si contrappone a quello della maggiore preclusività della decisione e al canone dell'economia (extra)processuale, in forza dei quali il giudice dovrebbe preferire la soluzione idonea ad assicurare il risultato più stabile, evitando che il processo si trasformi in un meccanismo destinato ad attivarsi all'infinito: v. E. BIVONA, *Rilevabilità d'ufficio* cit., p. 781. Per una disamina dei vantaggi e degli svantaggi di tale canone, v. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., pp. 222-223, nt. 10.

⁽⁵¹³⁾ Per la riconduzione del canone della ragione più liquida alle citate previsioni normative, v. A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 489; E. BIVONA, *Rilevabilità d'ufficio* cit., p. 780; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., p. 406.

⁽⁵¹⁴⁾ Così espressamente A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 489; S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 2016, p. 975, spec. 976; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 305, secondo cui “spetta, poi, al collegio stabilire, tra le questioni di fatto e di diritto riguardanti il merito, l'ordine in cui devono essere prese in esame, secondo le convenienze del caso concreto [...]; avrà precedenza la questione «più limpida»”. In giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 5.2.5, secondo cui “le questioni preliminari di merito [...] non sempre soggiacciono a una rigorosa sequenza logica di trattazione e decisione. L'ordine con il quale il giudice ritiene di esaminare e decidere ciascuna di esse [...] deve essere stabilito caso per caso, alla ricerca di un equilibrio tra la discrezionalità di scegliere le questioni da trattare anche in ragione della necessità o meno di istruttoria (e quindi in funzione del principio di economia processuale che sostiene il c.d. canone della ragione più liquida) e il principio dispositivo che permea di sé il processo civile”.

La giurisprudenza ha, per vero, tentato di applicare il canone del primato della ragione più liquida anche ai rapporti tra rito e merito, suscitando le critiche di alcuni studiosi: si vedano, ad esempio, Cass., 11 maggio 2018, n. 11458; Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 5.2.5, la quale sottolinea che l'art. 187, c. 2, c.p.c. “consente la rimessione in decisione della causa in presenza di una questione preliminare di merito: né risulta che, a tal fine, il giudice debba avere previamente accertato l'esistenza dei requisiti processuali”; Cass., 8 maggio 2014, n. 9936. Come osservato da M. BOVE, *Rilievo d'ufficio* cit., p. 1391, il principio della ragione più liquida dovrebbe applicarsi solo ove non vi sia un ordine logico prestabilito delle questioni; nelle ipotesi opposte, invece, esso non dovrebbe poter operare così da sovvertire detto ordine. Ne segue che non dovrebbe essere possibile invertire l'ordine tra rito e merito.

modificativo o estintivo. Sicché, se il giudice riesce a risolvere in modo agevole la questione relativa alla sussistenza di uno dei fatti da ultimo citati, non è tenuto a esaminare l'effettiva sussistenza di tutti i fatti costitutivi della situazione giuridica oggetto di domanda ⁽⁵¹⁵⁾.

Ma una qualche forma di primato della ragione più liquida può manifestarsi anche nel campo delle sentenze di accoglimento. Si immagini il seguente caso: Tizio agisce contro Caio chiedendo la restituzione di un bene da quest'ultimo detenuto a titolo di comodato, per avvenuta scadenza del termine; Caio eccepisce che il contratto tra le parti stipulato è un contratto di locazione. Se il giudice accertasse che, ove anche il rapporto fosse locatizio, il termine per la restituzione del bene sarebbe comunque scaduto, potrebbe condannare Caio senza prendere posizione sulla qualificazione giuridica del negozio (che, nella specie, non è rilevante) ⁽⁵¹⁶⁾.

Si sono così acquisiti alcuni strumenti funzionali allo studio del problema della "profondità" del giudicato, ossia della sua idoneità a coprire i vari profili che il giudice valuta al fine di decidere sull'oggetto della domanda.

23. L'estensione del giudicato in presenza di rapporti di pregiudizialità tecnica per dipendenza o per incompatibilità

Pare opportuno cominciare l'analisi con la disamina delle ipotesi in cui in giudizio si pongano delle questioni pregiudiziali in senso tecnico; e ciò per due ragioni.

In primis, anche la nullità del contratto può costituire, in determinati casi, una questione pregiudiziale di natura tecnica. Si pensi, per esempio, alla transazione su contratto illecito, di cui all'art. 1972 c.c. ("È nulla la transazione relativa a un contratto illecito, ancorché le parti abbiano trattato della nullità di questo"). In tale situazione, l'illiceità del contratto rappresenta una questione pregiudiziale di carattere tecnico rispetto alla nullità della transazione. E infatti: (i) l'illiceità del contratto entra a far parte della fattispecie costitutiva in senso stretto dell'effetto di nullità della transazione; (ii) l'illiceità costituisce, a sua volta,

⁽⁵¹⁵⁾ In proposito, v. G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., p. 345, nt. 12, il quale evidenzia che, "secondo il sistema disegnato dagli artt. 187 e 279 c.p.c., [...] talvolta l'istruzione e la cognizione, talvolta la sola cognizione sul fatto costitutivo del diritto dedotto in giudizio dall'attore sono rese legittimamente superflue dall'inserimento nella *quaestio facti* di un fatto modificativo, impeditivo o estintivo"; L. MORETTI, *La rilevanza d'ufficio della nullità*, in *Giur. it.* 2014, p. 2047, spec. 2052; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., p. 406. Per alcune applicazioni giurisprudenziali, v. Cass., 11 maggio 2018, n. 11458; Cass., 19 agosto 2016, n. 17214; Cass., 12 novembre 2015, n. 23160; Cass., 20 marzo 2015, n. 5724; Cass., 28 maggio 2014, n. 12002; Cass., 8 maggio 2014, n. 9936; Cass., 3 luglio 2013, n. 16630; Cass., 16 maggio 2006, n. 11356.

⁽⁵¹⁶⁾ L'osservazione è tratta da F. P. LUISO, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 169.

È qui utile osservare che, coerentemente con l'operatività del primato della ragione più liquida, "il convenuto non ha mai diritto a che il giudice si pronunci sempre sulla eccezione di merito da lui sollevata: stante la funzione meramente difensiva dell'eccezione, essa dovrà essere esaminata necessariamente dal giudice solo ove questi non ritenga di dover rigettare la domanda per difetto ad es. di un fatto costitutivo o per fondatezza di altra eccezione; perché per il giudice sorga l'obbligo di pronunciarsi [...] su di un fatto-diritto avente rilievo di fatto costitutivo impeditivo modificativo o estintivo, è necessario che sia stata proposta domanda di accertamento incidentale con autorità di cosa giudicata o domanda riconvenzionale in tal senso": A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., p. 407. Per lo stesso rilievo, cfr. S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 437.

l'effetto di altra autonoma fattispecie costitutiva in senso stretto; (iii) i due negozi sono rapporti giuridici distinti, da cui scaturiscono diritti che attribuiscono alle parti diversi beni della vita. Analogo discorso può essere effettuato rispetto alla nullità derivata in presenza di contratti collegati ⁽⁵¹⁷⁾: in simili contesti, la nullità del contratto “pregiudicante” configura una questione pregiudiziale tecnica rispetto alla nullità del contratto dipendente, per gli stessi motivi, *mutatis mutandis*, appena visti.

In secundis, benché l'invalidità del contratto assuma le vesti di questione pregiudiziale in senso logico in tutti i (ben più frequenti) casi in cui oggetto del giudizio sia uno degli effetti derivanti dal contratto medesimo, non manca chi reputa che i nessi di pregiudizialità logica soggiacciono a meccanismi identici a quelli cui soggiacciono i nessi di pregiudizialità tecnica. Sicché è comunque proficuo indagare questi ultimi per primi.

Ciò che si tratta di stabilire è se, ove il giudice si trovi a vagliare questioni pregiudiziali in senso tecnico, egli statuisca in modo incontrovertibile anche sulle stesse.

La maggior parte della dottrina risolve tale problema avvalendosi del disposto dell'art. 34 c.p.c., che, lo si ripete ancora una volta, sotto la rubrica “Accertamenti incidentali” recita: “Il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest'ultimo...”.

Benché la norma sia collocata nella sezione del codice di rito dedicata alle modificazioni della competenza per ragioni di connessione, diversi studiosi ritengono che essa non si limiti a dettare regole in materia di competenza, ma che disciplini altresì i limiti oggettivi dell'efficacia della pronuncia ⁽⁵¹⁸⁾.

⁽⁵¹⁷⁾ Come noto, si ha un collegamento unilaterale tra negozi conclusi tra le stesse parti in tutti i casi in cui un negozio risulti voluto solo in quanto ne sia voluto un altro, e in cui il secondo risulti voluto anche laddove non sia voluto il primo. Si ha, invece, un collegamento negoziale bilaterale nei casi in cui i diversi negozi siano legati da un nesso di pregiudizialità reciproca. In proposito, cfr. A. GIUSSANI, *Collegamento negoziale ed effetti del giudicato*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, p. 291 ss.

⁽⁵¹⁸⁾ Così V. ANDRIOLI, *Diritto processuale* cit., vol. I, pp. 205, 1004, secondo cui “il significato della norma va oltre la materia della competenza”; C. CONSOLO, *La Cassazione prosegue nel suo dialogo con l'art. 1421 c.c. e trova la soluzione più proporzionata (la nullità del contratto va sempre rilevata, ma non si forma “ad ogni effetto” il giudicato)*, in *Corr. giur.* 2006, p. 1424, spec. 1425, il quale sostiene che “l'art. 34 c.p.c. non riguarda soltanto le modificazioni della competenza per ragioni di connessione ed eventuale rimessione di tutta la causa al giudice superiore competente per materia o per valore a conoscere la questione pregiudiziale, ma attiene anche all'efficacia della pronuncia che deve essere emessa dal giudice”; F. LOCATELLI, *L'accertamento incidentale ex lege: profili*, Milano, 2008, p. 195, che definisce, addirittura, l'art. 34 c.p.c. “una regola fondamentale che disciplina la materia dei limiti oggettivi del giudicato in rapporto alle questioni”, sebbene, poco dopo, ne critichi la formulazione, qualificandola come “farraginoso e infelice”; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 77, per cui “il legislatore italiano, con l'art. 34 c.p.c., nonostante la collocazione di tale norma tra quelle in tema di competenza, sembra voler disporre in ordine all'estensione del giudicato sostanziale. Più esattamente, l'art. 34 c.p.c. si occupa, al tempo stesso, della competenza del giudice e dei limiti oggettivi di efficacia della pronuncia, riguardo alle questioni ed alle cause pregiudiziali”; L. MONTESANO, *Questioni* cit., p. 313 ss., per cui “l'art. 34 c.p.c. ha un significato non solo «letterale» ma anche e soprattutto sistematico”; A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, p. 43, che ammonisce: “non inganni la sede della norma; l'art. 34 sembra avere sicuramente una portata generale”. In giurisprudenza, si mostra di analogo avviso Cass., 9 novembre 2017, n. 26557. Cfr. anche A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 496, che sottolinea “la portata centrale dell'art. 34 nella soluzione del problema dei limiti oggettivi della cosa giudicata”; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato*

La ragionevolezza di tale opinione diviene subito percepibile se si pone mente al fatto che l'art. 34 c.p.c. recepisce, nella propria formulazione, gli insegnamenti di Menestrina e di Chiovenda ⁽⁵¹⁹⁾. Del primo, assorbe la distinzione tra punti, questioni e cause pregiudiziali. Del secondo, incorpora le tesi sul perimetro della regiudicata, adottandone finanche il linguaggio: “le *questioni pregiudiziali* decise in una lite” – scrive Chiovenda – “possono sempre liberamente discutersi in una lite successiva; a meno che, *per disposizione speciale di legge o per volontà delle parti*, la contestazione sorta nel processo precedente sopra un punto pregiudiziale siasi elevata al grado di una azione d'accertamento (*accertamento incidentale*)” ⁽⁵²⁰⁾.

A mio avviso, quindi, sebbene l'art. 34 c.p.c. non abbia l'obiettivo precipuo di regolare la portata dell'incontestabilità della sentenza, implicitamente ne rivela le dimensioni.

Ebbene, secondo la tesi più accreditata, che si ispira al dato testuale della norma, le questioni pregiudiziali vengono decise con efficacia di giudicato solo se le parti hanno proposto esplicita domanda in tal senso, o se la legge lo impone. Se non si verifica nessuna di queste due alternative condizioni (che consente di convertire le questioni in cause), il giudice conosce di tali questioni *incidenter tantum*, ossia al solo fine di statuire sulla situazione soggettiva oggetto della domanda, con effetti limitati al singolo giudizio in cui le questioni emergono ⁽⁵²¹⁾.

civile cit., p. 394, per cui il problema dell'estensione del giudicato alle questioni pregiudiziali è risolto “senza ombra possibile di dubbio” dall'art. 34 c.p.c.; A. PROTO PISANI, *Note problematiche* cit., p. 450.

Contra, V. DENTI, voce *Questioni pregiudiziali* cit., pp. 677-678; C. FERRI, *Profili* cit., p. 134; M. TARUFFO, «Collateral estoppel» cit., p. 286, nt. 186, per cui “l'art. 34 regola quindi soltanto un caso di modificazione della competenza per ragioni di connessione”; A. GIUSSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.* 2015, p. 1564, spec. 1565.

⁽⁵¹⁹⁾ La circostanza non sfugge a V. ANDRIOLI, *Commento* cit., vol. I, p. 113; L. CIFFO BONACCORSO, *Questione pregiudiziale* cit., p. 929; M. DE CRISTOFARO, *Giudicato* cit., p. 44; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 68; A. ROMANO, *La pregiudizialità* cit., pp. 16-17, il quale sottolinea che la teoria del Menestrina fu “recepita *in toto* nel sistema chiovendiano, e soprattutto, forse pure per effetto di questa recezione, dominò la stessa redazione del vigente codice di procedura civile, il quale, in alcune norme, e specialmente nell'art. 34, ha chiaramente accolto le impostazioni e le soluzioni relative”; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 348.

⁽⁵²⁰⁾ È quanto si legge in G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 332. Ma lo stesso concetto è espresso anche in altri punti dell'opera: v. G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., pp. 347 ss., 361-362, dove l'illustre studioso propone l'indicata ricostruzione al fine di evitare continue sospensioni del processo.

⁽⁵²¹⁾ La dottrina che abbraccia tale ricostruzione è estesissima: G. ARIETA – F. DE SANTIS – L. MONTESANO, *Corso* cit., p. 689; A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 482 ss.; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., pp. 481 ss., 501-502; M. BOVE, *Lineamenti* cit., pp. 230-231; F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 220; CAPONI – A. PROTO PISANI, *Lineamenti* cit., p. 80; C. CAVALLINI, *Il rilievo d'ufficio* cit., p. 141 ss.; L. CIFFO BONACCORSO, *Questione pregiudiziale* cit., p. 929; V. COLESANTI, voce *Eccezione* cit., p. 203; L. P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni* cit., p. 762; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 93; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., pp. 347-348; E. FAZZALARI, *Istituzioni* cit., p. 466, anche nt. 27; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., pp. 330-331; E. GARBAGNATI, *Questioni* cit., pp. 267-268, 272-273; S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 52; E. T. LIEBMAN, *Manuale* cit., vol. I, pp. 281-282; F. P. LUISO, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 164; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 92-93, anche nt. 79; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., pp. 78-79; L. MONTESANO, *Questioni* cit., pp. 306-307; N. PICARDI, *Manuale* cit., p. 96; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., p. 394; A. PROTO PISANI, *Note problematiche* cit., p. 450; S. RECCHIONI, *Rapporto giuridico fondamentale, pregiudizialità di merito c.d. logica e giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc.* 2018, p. 1598, spec. 1600-1601; E. REDENTI – M. VELLANI, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Milano, 2005, pp. 48-49; E. F. RICCI, voce *Accertamento* cit., p. 18: “si parla di mera cognizione (o mera *cognitio incidenter tantum*) per alludere ai giudizi su problemi pregiudiziali, dai quali non scaturisce accertamento (e sui quali, pertanto, sarà consentito un libero riesame)”; G. F. RICCI, *Diritto processuale* cit., p. 295; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 348; G. VERDE, *Diritto processuale* cit., vol. II,

Esaminando più in dettaglio i presupposti della formazione della *res iudicata*, la domanda con cui la parte chiede al giudice di accertare con effetti incontrovertibili l'esistenza o il modo di essere del fatto-effetto pregiudiziale viene comunemente denominata domanda di accertamento incidentale, in quanto *incidit* in un processo pendente su altro oggetto⁽⁵²²⁾. Essa non deve essere proposta con forme particolari, ma deve essere esplicita; il che comporta che la mera contestazione del fatto-effetto pregiudiziale non è sufficiente e che occorre, invece, che la richiesta di accertamento sia inserita tra le conclusioni della parte⁽⁵²³⁾.

Quanto al giudicato *ex lege*, esso presuppone una esplicita previsione normativa. Si tratta di casi in cui il legislatore ritiene opportuno che, in occasione della causa principale, una

pp. 290-291; G. VERDE, *Considerazioni inattuali* cit., pp. 19, 27: “non a caso l'art. 34 c.p.c. non affida al giudice il compito di stabilire che cosa va deciso con efficacia di giudicato, ossia non affida al giudice il potere di determinare i confini del conflitto o i limiti della discussione, ma lo riserva alle parti e alla legge. Il giudice è tenuto a rispettare le indicazioni delle parti o le imposizioni di legge”. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 2.9; Cass., 4 aprile 2013, n. 8172; Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Contratti* 2012, p. 869, con nota di S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite* cit.; in *Giur. it.* 2013, p. 299, con nota di M. RIZZUTI, *Il problema dei limiti alla rilevabilità officiosa della nullità*; in *Giur. it.* 2013, p. 907, con nota di E. D'ALESSANDRO, *Le Sezioni unite compongono il contrasto giurisprudenziale riguardante la rilevabilità ex officio della nullità del contratto nell'ambito del processo intentato per ottenerne la risoluzione. Il punto di vista del processual-civilista*; Cass., 14 febbraio 1995, n. 1574.

Si veda, inoltre, L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 119, il quale precisa che le questioni pregiudiziali vengono conosciute *incidenter tantum* anche nelle ipotesi in cui la domanda di accertamento incidentale sia respinta per difetto di interesse o dichiarata inammissibile per tardività.

⁽⁵²²⁾ Cfr. F. CARNELUTTI, *In tema di accertamento incidentale*, in *Riv. dir. proc.* 1943, p. 17, *passim*, per cui “per parlare d'accertamento incidentale occorre che la questione, intorno alla quale l'accertamento deve essere pronunciato, interessi non solo il rapporto litigioso dedotto nel processo, ma altresì uno o più rapporti diversi”; F. CARNELUTTI, *Sistema* cit., vol. I, pp. 930-931; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., pp. 307-308, 348; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 93; E. GARBAGNATI, *Questioni* cit., p. 273; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 93; S. SATTA, voce *Accertamento incidentale* cit., p. 243.

Secondo alcuni studiosi, la mera contestazione di un punto pregiudiziale determina, sia per la parte che contesta sia per l'altra, l'interesse a proporre domanda di accertamento incidentale (v. G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 349). Altri sostengono, invece, che sussista interesse ad agire in accertamento incidentale solo ove la questione pregiudiziale sia comune ad altra lite tra le stesse parti (v. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 93, nt. 80, secondo cui ciò serve a impedire manovre dilatorie; L. MONTESANO, *In tema di accertamento incidentale e di limiti del giudicato*, in *Riv. dir. proc.* 1951, p. 329, spec. 336).

⁽⁵²³⁾ In proposito, cfr. V. ANDRIOLI, *Commento* cit., vol. I, p. 114; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 1004, per cui “la contestazione del titolo non vale a trasformare la questione in causa pregiudiziale: ammonisce l'art. 34 che occorre la *esplicita* domanda intesa a sollecitare sulla questione pregiudiziale la decisione con autorità di cosa giudicata sostanziale”; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 351, il quale osserva che, “in mancanza d'una norma che richieda una domanda *formale* d'accertamento incidentale, la volontà della parte si può desumere da qualunque elemento”; M. DE CRISTOFARO, *Giudicato* cit., p. 73; S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 52; L. MONTESANO, *In tema di accertamento incidentale* cit., pp. 335, 341, secondo cui è “da escludersi che l'art. 34 imponga una dichiarazione con formula letteralmente fissata di chiedere l'accertamento incidentale o la decisione con efficacia di giudicato sul punto controverso [...]. La «esplicita domanda» non può dunque significare se non che la richiesta debba formare oggetto di una conclusione specifica: [...] occorre che l'accertamento del rapporto controverso venga dedotto espressamente nelle conclusioni”; L. MONTESANO, *Questioni* cit., p. 312.

In giurisprudenza, interessante è la risalente Cass., 11 aprile 1961, n. 770, in *Foro it.* 1961, I, p. 924, con nota di L. CIFFO BONACCORSO, *Questione pregiudiziale* cit., secondo cui la domanda di accertamento incidentale “può ritenersi proposta esplicitamente anche per equipollenti, come nel caso in cui una parte eccepisca la incompetenza per materia o per valore del giudice adito, dato che manifesta così la precisa volontà di ottenere un provvedimento con carattere definitivo ed efficacia di giudicato”. Concorda con tale affermazione anche V. ANDRIOLI, *Commento* cit., vol. I, p. 114.

questione pregiudiziale sia accertata una volta per tutte, con effetti trascendenti la singola lite in corso ⁽⁵²⁴⁾. Ne sono esempi la verifica di scrittura privata richiesta in via incidentale, *ex artt.* 216 e 220 c.p.c., la querela di falso proposta in corso di causa, *ex artt.* 221 e 225 c.p.c., e l'art. 124 c.c., per cui un coniuge può sempre impugnare il matrimonio dell'altro, ma "se si oppone la nullità del primo matrimonio, tale questione deve preventivamente essere giudicata" ⁽⁵²⁵⁾.

La regola per cui il giudicato non copre le questioni pregiudiziali in senso tecnico, salva la domanda di parte e salvo il diverso disposto di legge, si applica sia nelle ipotesi di accoglimento sia nelle ipotesi di rigetto della domanda ⁽⁵²⁶⁾. Inoltre, al medesimo regime sono sottoposti anche ai punti pregiudiziali che, stante l'assenza di contestazioni, non si sono mai trasformati in questioni ⁽⁵²⁷⁾.

La conseguenza pratica dei delineati confini della *res iudicata* è che, se una volta definito il primo giudizio sorge una controversia su un fatto-effetto che in quello costituiva questione pregiudiziale in senso tecnico, l'esistenza e il modo di essere di tale fatto-effetto possono essere liberamente discussi e decisi in un secondo processo, senza che l'autorità successivamente adita sia in alcun modo vincolata dalla cognizione incidentale effettuata da chi l'ha preceduta. E lo stesso vale per gli elementi che compongono la fattispecie costitutiva in senso stretto della situazione giuridica pregiudiziale.

Ciò con un solo, fondamentale, limite: quello dell'intangibilità del giudicato sostanziale.

Invero, "l'essenza della cosa giudicata dal punto di vista oggettivo consiste in ciò, che non è ammesso che il giudice in un futuro processo possa comunque disconoscere o diminuire il bene riconosciuto dal precedente giudicato" ⁽⁵²⁸⁾. Da tanto consegue che le questioni pregiudiziali possano essere (nuovamente) dibattute e (per la prima volta) decise *solo* se non si rimetta in discussione il risultato della precedente pronuncia, *solo* se "ciò possa

⁽⁵²⁴⁾ Così G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., pp. 348-349, il quale precisa che, solitamente, tali disposizioni sono ispirate a un *favor* per l'economia dei giudizi. Nel senso che la previsione di legge deve essere espressa, cfr. anche L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., p. 48, per cui si tratta di un'ipotesi normativa "eccezionale rispetto alla regola d'impulso di parte alla tutela giurisdizionale dei diritti e perciò da escludere quando sia estranea ad esplicita previsione del legislatore"; G. VERDE, *Diritto processuale* cit., vol. II, p. 291.

⁽⁵²⁵⁾ Per una disamina dei casi di accertamento incidentale *ex lege*, cfr. F. LOCATELLI, *L'accertamento incidentale* cit., p. 212 ss.

⁽⁵²⁶⁾ Lo sottolineano A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 486; C. CAVALLINI, *Il rilievo d'ufficio* cit., p. 144.

⁽⁵²⁷⁾ Potrebbe, infatti, accadere che una parte formuli una domanda di accertamento relativa a un profilo che ha carattere pregiudiziale e che la controparte non svolga attività difensiva al riguardo. Per l'estensione della disciplina delineata nel testo ai punti pregiudiziali, v. A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 482; F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 220 (se ben se ne comprende il pensiero); L. P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni* cit., p. 762; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 348.

⁽⁵²⁸⁾ Le cristalline parole sono di G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 361, successivamente riprese da R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 306; A. PROTO PISANI, *Note problematiche* cit., p. 446. Nello stesso senso, v. anche M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 246, per cui "l'essenza del giudicato sta nella stabilità dell'attribuzione del bene della vita che con esso è stata sancita"; G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. II, Milano, 1993, p. 411, spec. 413, 416, per cui la "ragione della cosa giudicata [...] sta nel bisogno sociale della saldezza della tutela giuridica accordata"; "l'istituto della cosa giudicata è destinato a garantire fuori del processo i risultati del processo"; G. CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. II, Milano, 1993, p. 399, spec. 407-408; E. T. LIEBMAN, *Manuale* cit., vol. I, p. 280; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 300; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 414.

farsi senza attentare alla integrità della situazione delle parti fissata dal giudice rispetto al bene della vita controverso”⁽⁵²⁹⁾.

Concludere diversamente equivarrebbe a negare l'esistenza stessa della *res iudicata*⁽⁵³⁰⁾.

Applicando tale disciplina agli esempi delineati all'inizio del paragrafo, si deve immaginare che sia pendente un giudizio relativo alla nullità di un contratto di transazione *ex art.* 1972, c. 1, c.c. o relativo alla nullità di un negozio dipendente da un altro. Il giudice deciderà in modo irretrattabile, rispettivamente, dell'illiceità del contratto sottostante e della nullità del negozio pregiudicante solo se alcuna delle parti avrà proposto domanda di accertamento incidentale di dette nullità (questa si presenta come l'unica alternativa, in quanto il nostro ordinamento non contempla alcuna norma espressa che imponga di decidere della nullità contrattuale con efficacia di giudicato). In assenza di domanda di parte, il giudice si limiterà a conoscere delle questioni pregiudiziali di nullità *incidenter tantum*, con effetti circoscritti al processo in corso.

In quest'ultima ipotesi, dell'illiceità del contratto sottostante e della nullità del contratto condizionante si potrà liberamente dibattere in un secondo giudizio, ma non per rimettere in discussione gli esiti della pronuncia (di accoglimento o di rigetto) sulla nullità della transazione e sulla nullità del contratto derivato.

⁽⁵²⁹⁾ G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 332.

⁽⁵³⁰⁾ Per le conseguenze pratiche indicate negli ultimi capoversi, cfr. V. ANDRIOLI, *Commento* cit., vol. I, pp. 115-116, che scrive: “ciò, però, non significa che, ancorché non sia richiesto sul rapporto [...] l'accertamento incidentale, si possa in altro giudizio porlo di bel nuovo in contestazione al fine di attentare al bene della vita, già aggiudicato con la sentenza passata in giudicato: vi si oppone la *res iudicata*, la quale, però, non impedisce che di quel rapporto si discuta ad altri effetti”; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 997; A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, pp. 485 ss., 488, per cui si deve “ritenere che la fattispecie alla quale si ricollega il diritto fatto valere e che risulta dall'accertamento relativo a tale diritto *concorra a determinare la portata dell'accertamento medesimo*; e, di conseguenza, che essa non possa essere contestata in un successivo processo volto ad una pronuncia che priverebbe il vincitore di quel godimento di un bene che il precedente accertamento giudiziale gli assicurava, e che, di conseguenza, intaccherebbe la portata dell'accertamento medesimo”; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., pp. 485-486; G. CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata* cit., p. 408, che nitidamente scrive: “si può rimettere in discussione qualunque questione pregiudiziale alla questione decisa, purché il valore economico della tutela giuridica già conseguita non sia in alcun modo minacciato”; E. FAZZALARI, *Istituzioni* cit., p. 466, per cui “non è ammesso ulteriore processo per ridiscutere delle risposte a questioni, che sorreggono il comando, al fine di scardinare quest'ultimo”; E. FAZZALARI, *Il cammino della sentenza* cit., p. 595; E. T. LIEBMAN, voce *Giudicato* cit., p. 13: “se la decisione non può più essere discussa sollevando le questioni risolte di passaggio nel corso del processo, ciò non avviene perché su di esse si sia formato un giudicato, sicuramente inesistente, ma perché è la decisione che è passata in giudicato e non può più essere insidiata”; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., pp. 434-435, secondo cui “la questione non può essere riproposta ogni volta che essa rimetterebbe in discussione l'accertamento compiuto dal giudice, mentre può essere oggetto di un nuovo esame qualora il bene della vita controverso nel secondo processo sia «altro» rispetto a quello riconosciuto al vincitore dalla prima sentenza”; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 119; A. PROTO PISANI, *Note problematiche* cit., pp. 446-447; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 355. Quanto all'applicazione delle conclusioni raggiunte anche agli elementi che compongono la fattispecie costitutiva in senso stretto della situazione giuridica pregiudiziale, v. A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 501.

24. L'estensione del giudicato in presenza di rapporti di pregiudizialità logica

Come già accennato nel precedente paragrafo, nella netta maggioranza dei casi la questione della nullità contrattuale è legata all'oggetto della domanda da un nesso di pregiudizialità di tipo logico: ciò accade ogniqualvolta si faccia valere in giudizio un diritto che trova il proprio titolo in un contratto. In tale contesto, l'accordo costituisce un fatto-effetto che entra a far parte della fattispecie costitutiva in senso stretto del singolo diritto, per cui l'esistenza, la validità e l'efficacia dell'accordo stesso rappresentano questioni pregiudiziali rispetto alla sussistenza del diritto azionato.

Anche in queste occasioni, si pone il tema della propagazione dell'efficacia di giudicato alla soluzione che viene data dal giudice alle questioni pregiudiziali.

Le teorie che sono state formulate sul punto sono molteplici e variegate.

Di consueto, esse tengono distinte le ipotesi in cui la domanda giudiziale venga accolta da quelle in cui venga rigettata; o meglio, tra le ipotesi in cui il giudice riconosca che un determinato effetto giuridico si è prodotto e quelle in cui lo neghi ⁽⁵³¹⁾. Appare, quindi, opportuno analizzarle partitamente, utilizzando – per semplicità espositiva – le espressioni “sentenze di accoglimento” e “sentenze di rigetto”, da intendersi nel senso appena indicato.

24.1. Le sentenze di accoglimento

Vengono, anzitutto, in rilievo quelle che sono comunemente definite come “tesi estensive” dei limiti oggettivi del giudicato.

Secondo una prima ricostruzione, in tutti i casi in cui il contenuto della decisione sul singolo effetto presuppone necessariamente un dato modo di essere del rapporto giuridico fondamentale, la *res iudicata* copre sempre anche l'(in)esistenza, la (in)validità e l'(in)efficacia di quest'ultimo; e ciò indipendentemente dal fatto che detti profili abbiano costituito punti, questioni o cause pregiudiziali. Poiché in situazioni del genere l'accertamento sul rapporto giuridico fondamentale costituisce un “antecedente logico necessario” dell'accertamento sul singolo effetto, anche al primo deve essere attribuito il carattere dell'incontrovertibilità in successivi giudizi. In via esemplificativa, se il giudice accerta la sussistenza di un diritto al pagamento del corrispettivo per le prestazioni professionali svolte, egli deve aver gioco forza valutato esistente, valido ed efficace il contratto di prestazione d'opera professionale e, per quanto qui rileva, deve averne esclusa la nullità; sicché anche tali profili restano coperti dalla *regiudicata* ⁽⁵³²⁾.

⁽⁵³¹⁾ Cfr. R. CAPONI, *Limiti oggettivi* cit., p. 2766; R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Lineamenti* cit., p. 83; F. P. LUISSO, *Diritto processuale* cit., vol. I, pp. 168-169.

⁽⁵³²⁾ Aderiscono a tale visione M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 232; A. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, traduzione di D. VOLPINO, Milano, 2009, p. 250 ss., secondo cui sugli essenziali elementi fondativi della decisione “non ha luogo un giudizio effettuato *incidenter tantum*, né a *solis fini pregiudiziali*. Semplicemente, si tratta di elementi fondamentali, ossia indispensabili, per la decisione che, per buona logica, nessun sistema giuridico e giurisdizionale ragionevole lascia impregiudicati”; G. FABBRINI, *Eccezione*, in *Scritti giuridici*, vol. I, *Studi sull'oggetto del processo e sugli effetti del giudicato*, Milano, 1989, p. 501, spec. 508, secondo cui “passata in giudicato la sentenza che [...] condanni il convenuto al pagamento del prezzo della cosa

Una diversa teoria afferma, invece, che, ogniqualvolta venga azionato un diritto scaturente da un contratto, l'oggetto del giudizio è formato non già dal singolo diritto, bensì dall'intero rapporto contrattuale. I pilastri del ragionamento sono rappresentati dalla constatazione che, nei rapporti obbligatori complessi, i vari diritti spettanti alle parti sono tra loro interdipendenti; sicché l'esigenza di evitare una disarticolazione della realtà sostanziale, causata da pronunce contraddittorie, rende imprescindibile che la deduzione del singolo diritto coinvolga altresì l'accertamento dell'esistenza, della validità e dell'efficacia del rapporto giuridico fondamentale.

Questa peculiare conformazione (potremmo dire) "coatta" dell'oggetto del giudizio spiega perché l'estensione della cosa giudicata alle questioni pregiudiziali in senso logico non possa essere regolata dall'art. 34 c.p.c.: mentre le questioni pregiudiziali cui si riferisce tale norma stanno "al di fuori" dell'oggetto del giudizio, le questioni inerenti ai rapporti obbligatori complessi vi rientrano automaticamente.

Pertanto, per determinare il perimetro del giudicato occorre fare riferimento alla generale regola dell'equivalenza, apportandovi, però, una rilevante modifica. In presenza di rapporti giuridici fondamentali, l'oggetto del giudicato coincide con l'oggetto della sentenza, il quale a sua volta coincide con l'oggetto del processo; tuttavia, quest'ultimo non corrisponde all'oggetto della domanda: infatti, facendo valere in giudizio un diritto scaturente da un rapporto obbligatorio complesso, la parte introduce inevitabilmente nel processo le questioni inerenti al modo di essere di quest'ultimo, anche se non propone esplicita domanda in tal senso.

Il risultato cui si giunge è che il modo di essere del contratto passa sempre in giudicato, indipendentemente dalla circostanza che l'accertamento del medesimo fosse un passaggio logico necessario per decidere sulla sussistenza del singolo diritto fatto valere (per questo aspetto la tesi in esame si distingue dall'altra tesi estensiva) e indipendentemente dal fatto che tale profilo configurasse un punto, una questione o una causa pregiudiziale (aspetto che, invece, accomuna le due tesi estensive analizzate) ⁽⁵³³⁾.

compravenduta, resta coperta dal giudicato, ad ogni possibile ulteriore effetto, la validità del contratto"; F. P. LUISSO, *Diritto processuale* cit., vol. I, pp. 168-169, il quale fa notare che, in determinate ipotesi, anche l'accoglimento della domanda sul singolo diritto può prescindere dall'accertamento del modo di essere del rapporto giuridico fondamentale: si veda l'esempio richiamato nelle battute finali del par. 22. In giurisprudenza, cfr. Cass., 9 novembre 2017, n. 26557.

⁽⁵³³⁾ Abbracciano questa seconda teorica F. CARNELUTTI, *In tema di accertamento incidentale* cit., p. 18 ss.; V. COCCHI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di limiti oggettivi del giudicato e di impugnative negoziali*, in *Foro. it.* 1984, I, p. 2997, spec. 3002; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 107 ss., il quale sottolinea che è vero "che l'istanza di accertamento dell'esistenza e qualificazione giuridica del rapporto, stante la sua idoneità a condizionare una pluralità di effetti, può costituire da sé sola oggetto di giudizio, disgiuntamente cioè dalla richiesta di tutela di un singolo effetto; tuttavia, non sembra possibile il contrario"; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 437, per cui "la deduzione in giudizio di una singola coppia pretesa-obbligo coinvolge come oggetto del giudizio e del giudicato anche il rapporto obbligatorio". Altri autori condividono il ragionamento indicato nel testo, ma ne limitano l'applicabilità ai soli contratti a prestazioni corrispettive: v. A. BONSIGNORI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 245-246, per cui il rapporto giuridico fondamentale entra a far parte dell'oggetto del processo quale *causa petendi* attiva, "sicché la sua sussistenza non potrà più essere messa in forse"; R. CAPONI, *Limiti oggettivi* cit., p. 2765; R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Lineamenti* cit., pp. 82-83; I. PAGNI, *Le azioni* cit., pp. 345-346; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., pp. 396-397.

Un temperamento alla notevole estensione che la *res iudicata* acquista in forza della tesi in parola si scorge nel pensiero di Chiovenda, che propone di utilizzare il delineato approccio solo in ipotesi eccezionali.

Ad avviso dell'autorevole studioso, ove venga fatto valere in giudizio un diritto derivante da un rapporto giuridico complesso, le questioni attinenti a quest'ultimo non formano di norma oggetto di giudicato, in quanto non costituiscono in origine oggetto di domanda. Tale regola presenta (solo) due eccezioni. Da un lato, quando il rapporto giuridico si esaurisce in un unico diritto, le questioni inerenti al rapporto non sono propriamente definibili come pregiudiziali, ma divengono l'oggetto immediato della domanda. Dall'altro lato, quando vengano azionati diritti qualificabili come "principali", "fondamentali" o "centrali" nell'economia del contratto, "deve ritenersi che oggetto della domanda e del giudicato sia senz'altro e direttamente, insieme col diritto fatto valere, anche il rapporto giuridico stesso" ⁽⁵³⁴⁾. Chiovenda non offre ulteriori dettagli sulle caratteristiche di tali diritti, ma viene in soccorso dell'interprete Massetani, il quale precisa che "è da considerare [...] diritto principale o fondamentale o centrale di un rapporto giuridico complesso quello dalla cui esistenza dipende la configurabilità del rapporto stesso (nella sua funzione riconosciuta dall'ordinamento e dalla normalità dei consociati): così, la compravendita richiede l'esistenza di un prezzo, ma non anche una certa dimensione di esso [...] e neppure il pagamento effettivo" ⁽⁵³⁵⁾.

Pare qui opportuno sospendere brevemente la rassegna che si va conducendo per svolgere alcune prime considerazioni critiche.

Coinvolgere meccanicamente il rapporto fondamentale nell'oggetto dell'accertamento, anche ove sia dedotto un singolo effetto, porta a curiosi risvolti processuali. Si immagini che, a fronte di una domanda relativa a uno dei diritti derivanti dal contratto, il convenuto

È interessante segnalare che S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 97 ss., ravvisa un addentellato normativo per la tesi estensiva negli artt. 12 e 13 c.p.c. Secondo l'Autore, da tali norme si può evincere il principio di unità della controversia relativa al rapporto e di quella relativa al singolo effetto dallo stesso derivante, che vengono disciplinate come se fossero un'unica causa. Per la precisione, l'art. 12, c. 1, c.p.c. parla di "cause relative all'esistenza, alla validità o alla risoluzione di un rapporto giuridico obbligatorio" e, al contempo, di "parte del rapporto che è in contestazione": da tale formulazione si dovrebbe trarre che la disposizione riguarda cause aventi ad oggetto sia il rapporto giuridico fondamentale sia i singoli effetti dedotti. Analoga osservazione dovrebbe valere per l'art. 13 c.p.c., che discorre di "cause per prestazioni alimentari periodiche", "cause relative a rendite perpetue", "cause relative al diritto del concedente" e di "titoli controversi". Ciò comporterebbe che la regola da applicare ai nessi tra rapporto obbligatorio complesso e singoli diritti non può trarsi dall'art. 34 c.p.c., che chiaramente considera la controversia pregiudiziale e la controversia pregiudicata come cause distinte. A mio avviso, la ricostruzione proposta da Menchini non convince. Non si comprende, infatti, da quale elemento si dovrebbe dedurre che le controversie di cui all'art. 12 c.p.c. siano anche relative a singoli diritti nascenti dal rapporto obbligatorio, e che le controversie di cui all'art. 13 c.p.c. siano anche relative al titolo dell'obbligazione. Invero, la mera circostanza che un determinato profilo sia controverso non è idonea a trasformarlo nell'oggetto di un giudizio.

⁽⁵³⁴⁾ Così G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 342 ss. Fa propria tale costruzione anche G. MASSETANI, *Considerazioni schematiche* cit., p. 343.

⁽⁵³⁵⁾ G. MASSETANI, *Considerazioni schematiche* cit., p. 343. Cfr. altresì A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva* cit., p. 93, nt. 50, il quale sembra ritenere che tutti i diritti all'adempimento di una delle contrapposte obbligazioni derivanti da un contratto a prestazioni corrispettive siano diritti principali, fondamentali o centrali.

proponga domanda riconvenzionale o domanda di accertamento incidentale della nullità del negozio. Se le questioni in ordine all'esistenza, alla validità e all'efficacia del rapporto giuridico complesso fossero effettivamente già ricomprese nell'oggetto del processo, "a tali domande incidenti dovrebbe opporsi una sorta di eccezione di litispendenza interna, sì da renderle superflue onde fissare l'oggetto del giudizio in corso" ⁽⁵³⁶⁾.

Inoltre, se fosse vero che alle questioni inerenti al rapporto fondamentale non debba applicarsi il regime processuale indicato dall'art. 34 c.p.c. per le questioni pregiudiziali di natura tecnica, allora coerenza vorrebbe che si giungesse a negare la possibilità di un autonomo giudizio sul solo rapporto fondamentale ⁽⁵³⁷⁾.

Eppure, la dottrina che propugna le tesi estensive non arriva ad ammettere né l'una né l'altra conseguenza.

Quanto al temperamento proposto da Chiovenda, esso è, a mio avviso, di incerta applicazione. Per un verso, una volta ammessa la distinzione tra il rapporto complesso e i singoli diritti che ne derivano, non è coerente tornare ad affermare la loro identità (nelle ipotesi in cui il rapporto si esaurisca in un unico diritto) e impedire di dedurre il singolo diritto senza il coinvolgimento del rapporto, benché sia ammesso il contrario ⁽⁵³⁸⁾. Per altro verso, nonostante la spiegazione fornita da Massetani, i concetti di diritti principali, fondamentali e centrali presentano ancora degli angoli bui. Il diritto a ricevere i canoni di locazione appare *prima facie* un diritto che riveste un ruolo centrale nel regolamento contrattuale; se il diritto rimasto inadempito è relativo a una sola o a un paio di mensilità, nell'ambito di un contratto di locazione pluriennale nel corso del quale i pagamenti sono stati per il resto puntualmente corrisposti, esso ha ancora i connotati descritti da Chiovenda? O ancora. Se le parti ritengono l'adempimento a una determinata obbligazione a tal punto rilevante da renderla oggetto di una clausola risolutiva espressa *ex art.* 1456 c.c., il diritto a quell'adempimento specifico è fondamentale? Oppure i caratteri elencati devono essere valutati in una prospettiva oggettiva?

Le incertezze cui la distinzione tra diverse tipologie di diritti dà adito rendono, a mio parere, poco fruibile il regime proposto e addossano ai litiganti il problema di determinare *ex ante* se nell'oggetto del giudizio tra gli stessi pendente sia o non sia ricompreso il modo di essere del rapporto giuridico fondamentale, con conseguente comprensibile tendenza tuzioristica a considerarlo incluso e conseguente ampliamento forzato, ma indesiderato, della *res in iudicium deducta*.

Spostando, ora, l'attenzione verso la "tesi intermedia", alcuni autori credono che la regiudicata ricomprenda le questioni afferenti al rapporto complesso ogniqualvolta il medesimo sia oggetto (anche solo) di semplici contestazioni, senza che sia a tal fine necessaria la proposizione di una vera e propria domanda giudiziale ⁽⁵³⁹⁾.

⁽⁵³⁶⁾ La condivisibile notazione è di C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., pp. 235-236.

⁽⁵³⁷⁾ Lo spunto è, ancora una volta, di C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 236.

⁽⁵³⁸⁾ In tal senso, v. E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., p. 213.

⁽⁵³⁹⁾ L'orientamento trova il proprio progenitore in F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. VI, Torino, 1896, p. 387 ss., e vede quali suoi seguaci E. REDENTI, *Effetti della connessione e della continenza di cause*

Una voce dottrinale opina, addirittura, che indicazioni in tal senso debbano essere tratte dagli artt. 12, c. 1, e 13 c.p.c., che rappresentano una delle ipotesi di accertamento incidentale *ex lege* di cui parla l'art. 34 c.p.c. In particolare, la prima disposizione richiamata, prevedendo che il valore della causa ai fini della competenza sia determinato dal valore di quella parte di rapporto che è soggetta a contestazione, implica che la negazione dell'esistenza del rapporto obbligatorio, operata dal convenuto, aumenti il valore della lite fino al valore del rapporto stesso⁽⁵⁴⁰⁾. Dal che par di comprendere che, con le proprie contestazioni, il convenuto ampli l'oggetto del giudicato e, di conseguenza, il valore della controversia ai fini dell'individuazione del giudice competente.

L'argomento, tuttavia, non regge. È sufficiente por mente alla circostanza che l'art. 12, c. 1, c.p.c. parli di “*cause* relative all'esistenza, alla validità o alla risoluzione di un rapporto giuridico obbligatorio” per rendersi conto che la norma riguarda i casi in cui il procedimento sia già pendente in ordine a tali aspetti, e che quindi non si possa ipotizzare un'estensione dell'oggetto del giudizio a seguito delle contestazioni del convenuto.

D'altro canto, nemmeno l'art. 13 c.p.c. può prevedere una dilatazione della *res in iudicium deducta* in forza della contestazione del titolo dell'obbligazione. Infatti la norma, al pari di tutte le altre sulla competenza, si prefigge di indicare a colui che deve instaurare la lite i criteri per individuare il giudice competente. Di conseguenza, la controversia sul titolo di cui si tratta deve già risultare dall'atto introduttivo del giudizio e non può essere originata dall'attività difensiva del convenuto⁽⁵⁴¹⁾.

sulla competenza, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, Milano, 1962, p. 403, spec. 414 ss.; E. VULLO, *La domanda riconvenzionale nel processo ordinario di cognizione*, Milano, 1995, p. 180, per il quale la sola allegazione da parte del convenuto di un fatto che si traduca nella contestazione della validità del contratto deve essere valutata, di regola, come una vera e propria domanda di accertamento incidentale che investe l'intero rapporto, salva la possibilità per il convenuto medesimo di precisare che intende sollevare una mera eccezione. In senso simile si esprimono S. SATTA – C. PUNZI, *Diritto processuale* cit., pp. 143-144, per cui l'oggetto del giudizio si estende al rapporto giuridico nella sua interezza laddove sia sollevata eccezione dal convenuto, o il giudice rilevi d'ufficio l'inesistenza della singola obbligazione dedotta dall'attore. Riecheggia qui, peraltro, l'insegnamento di Mortara, il quale individua l'oggetto del giudizio e, quindi, del giudicato non con riferimento esclusivo alla domanda introduttiva, ma con riguardo alla “massa litigiosa”, ossia all'intero tema controverso sviluppatosi nel corso del processo: v. L. MORTARA, *Commentario* cit., vol. II, Milano, 1923, p. 119.

Mi sembra si avvicini alla teoria in esame quella di M. DE CRISTOFARO, *Giudicato* cit., p. 76 ss., per cui si forma giudicato sulle questioni pregiudiziali ogniqualvolta esse siano divenute oggetto di dibattito e dell'attenzione delle parti.

Tale interpretazione è criticata da E. GARBAGNATI, *Questioni* cit., p. 268, nt. 30, secondo cui appare “arbitrario”, alla luce del nostro diritto positivo, “il tentativo di subordinare l'efficacia di cosa giudicata della decisione di una questione pregiudiziale di merito ad un adeguato contraddittorio fra le parti in merito all'esistenza del rapporto pregiudiziale”.

⁽⁵⁴⁰⁾ Cfr. E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol. II, Milano, 1957, p. 116 ss.

⁽⁵⁴¹⁾ Così S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 102. In proposito, v. anche A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 494, il quale, con riguardo all'art. 12, c. 1, c.p.c., scrive: “non credo che possa accogliersi un'interpretazione aderente alla lettera e ritenere che abbia rilievo la contestazione che il convenuto svolga nei confronti della domanda dell'attore: se così fosse non si saprebbe, in un processo di condanna, determinare la competenza se il convenuto non sollevi contestazione alcuna. Non si saprebbe, d'altro canto, come giustificare una tale interpretazione di fronte alla regola per la quale la competenza si determina dalla domanda”.

Pertanto, non si può far discendere dagli artt. 12, c. 1, e 13 c.p.c. un precetto generale, in forza del quale i rapporti complessi contestati vengano sempre accertati in modo incontrovertibile ⁽⁵⁴²⁾.

Rispetto alla corrente dottrinale che considera le pure contestazioni idonee a estendere l'oggetto del giudizio, si può sin d'ora osservare che la stessa non entra in conflitto con il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. Invero, anche una semplice contestazione stimola il contraddittorio tra le parti e consente di portare una determinata questione all'attenzione del giudice. Sull'appropriatezza di tale strumento processuale per dilatare la *res iudicata*, si rinvia, invece, a quanto si dirà *infra*, al paragrafo 31.

Manca all'appello l'ultima tesi che è stata formulata con riguardo ai limiti oggettivi entro cui la cosa giudicata è ristretta allorché sorgano delle questioni pregiudiziali in senso logico e il giudice accerti la sussistenza dell'effetto dedotto: quella comunemente definita come "tesi restrittiva".

Ad avviso di un nutrito numero di studiosi, anche alle questioni pregiudiziali di natura logica si applica il regime delineato dall'art. 34 c.p.c. ⁽⁵⁴³⁾. E infatti, quantomeno dal punto di vista dello *ius positum*, questa è l'unica norma che nel nostro ordinamento processuale si

⁽⁵⁴²⁾ Cfr. A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 170; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 85, nt. 60; L. MONTESANO, *In tema di accertamento incidentale* cit., pp. 337-338, per cui "l'oggetto della domanda e i limiti oggettivi del giudicato sul merito non possono dedursi dalle norme che disciplinano la competenza"; L. MONTESANO, *Questioni* cit., p. 307, per il quale "dagli artt. 12 e 13 c.p.c. non si possono dedurre accertamenti incidentali, per legge, sui rapporti complessi contestati quando siano dedotti singoli diritti nascenti dagli stessi rapporti, poiché manca qui un'esplicita previsione di scioglimento della questione pregiudiziale con forza di giudicato o un esplicito richiamo dell'art. 34 c.p.c.". In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 4.5, secondo cui "gli artt. 12 e 13 c.p.c. appaiono dettati con riferimento a problematiche endoprocessuali sicuramente eterogenee rispetto al tema in questione". Per ulteriori critiche alla teoria di Redenti, v. anche L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 118.

⁽⁵⁴³⁾ In tali termini si esprimono A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 482 ss.; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 489 ss.; A. ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali* cit., p. 190; F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 220; C. CAVALLINI, *Il rilievo d'ufficio* cit., pp. 142-143; L. P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni* cit., p. 762; C. CONSOLO, *La Cassazione* cit., p. 1426 ss.; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 233; E. HEINITZ, *Considerazioni attuali* cit., p. 762; S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 52 ss.; F. LOCATELLI, *L'accertamento incidentale* cit., p. 200; G. MASSETANI, *Considerazioni schematiche* cit., p. 339 ss., con riferimento alle sole ipotesi in cui l'oggetto del giudizio non sia un diritto principale, fondamentale o centrale nell'economia del contratto; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale* cit., pp. 114-115; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 285 (pare); S. RECCHIONI, *Rapporto giuridico fondamentale* cit., p. 1599 ss., spec. 1606; G. F. RICCI, *Diritto processuale* cit., p. 295; G. VERDE, *Diritto processuale* cit., vol. II, p. 294; G. VERDE, *Considerazioni inattuali* cit., p. 27. Devono, poi, ritenersi di analogo avviso tutti coloro che non effettuano distinzioni tra le diverse tipologie di pregiudizialità e che si limitano a delimitare i confini del giudicato richiamando l'art. 34 c.p.c.: cfr. V. ANDRIOLI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 1004; E. GARBAGNATI, *Questioni* cit., pp. 267-268, 272-273; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 348.

Si sono, così, individuate le due opposte tendenze che sono sorte, nel corso dei secoli, in tema di giudicato: da un lato, l'idea romana, che, non vedendo nel processo se non la formulazione d'una volontà di Stato diretta a riconoscere o disconoscere un bene della vita, restringe l'autorità della *res iudicata* entro i limiti rigorosi della domanda; dall'altro, la tendenza a estendere la cosa giudicata a tutte le questioni che il giudice risolve durante la causa, sotto l'influenza della concezione meramente logica del processo, sviluppatasi nella fase del processo germanico in Italia (cfr. G. CHIOVENDA, *L'idea romana nel processo civile moderno*, in *Riv. dir. proc.* 1932, p. 317, *passim*, spec. 331).

occupa espressamente di questioni pregiudiziali, senza – beninteso – operare alcuna distinzione tra le une e le altre ⁽⁵⁴⁴⁾.

Ora, che sussista una differenza concettuale tra le due tipologie di questioni pregiudiziali è innegabile ⁽⁵⁴⁵⁾; tuttavia, non pare che essa sia tale da sottrarre le questioni pregiudiziali in senso logico alla disciplina dell'art. 34 c.p.c. Si è già notato che la formulazione della previsione codicistica consente di inferire che le questioni di cui si tratta siano quelle suscettibili di costituire oggetto di autonomo accertamento ⁽⁵⁴⁶⁾. Ebbene: sia le questioni pregiudiziali di natura tecnica sia le questioni pregiudiziali di natura logica presentano tale caratteristica; sicché le ragioni che hanno ispirato l'art. 34 c.p.c. funzionano benissimo con entrambe ⁽⁵⁴⁷⁾.

Chi aderisce alla tesi restrittiva reputa, dunque, che le questioni relative all'esistenza, alla validità e all'efficacia del rapporto complesso siano decise con efficacia di giudicato solo se sulle stesse le parti abbiano proposto domanda di accertamento incidentale o se la legge lo imponga. Questo, quantomeno, in astratto. Poiché, però, in concreto, non esiste nel nostro ordinamento una norma che prescriva l'accertamento incidentale incontrovertibile di tali profili (non lo sono nemmeno, come si è visto, gli artt. 12, c. 1, e 13 c.p.c.) ⁽⁵⁴⁸⁾, l'unica ipotesi in cui la *res iudicata* può coprire gli accertamenti su esistenza, validità ed efficacia dei contratti si verifica quando tali questioni siano state convertite in cause tramite la proposizione di domande giudiziali (sempre con il limite dell'intangibilità del giudicato) ⁽⁵⁴⁹⁾.

⁽⁵⁴⁴⁾ Cfr. C. CAVALLINI, *Il rilievo d'ufficio* cit., p. 143, per cui, “allo stato della legge vigente, l'art. 34 rimane l'unico riferimento sistematico idoneo a definire l'oggetto del giudicato”; C. CONSOLO, *La Cassazione* cit., p. 1427, il quale fa notare che “l'art. 34 c.p.c. – piaccia o no – almeno *de lege lata* è la sola norma del nostro ordinamento processuale che contiene una disciplina espressa delle questioni pregiudiziali e di tutte esse (poiché non distingue)”.

⁽⁵⁴⁵⁾ Ma, in senso contrario, v. S. RECCHIONI, *Rapporto giuridico fondamentale* cit., p. 1602, per il quale la diversità ontologica tra tali situazioni è opinabile.

⁽⁵⁴⁶⁾ Cfr. *supra*, par. 22.

⁽⁵⁴⁷⁾ In senso analogo, v. A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., pp. 490-491, che scrive: “si distingue pure tra una pregiudizialità logica e una pregiudizialità tecnica [...]; ma, seguendo il criterio che l'art. 34 detta, l'una e l'altra rientrerebbero nella «pregiudizialità» alla quale lo stesso art. 34 fa riferimento”; C. CONSOLO, *La Cassazione* cit., p. 1427, per cui “la distinzione ontologica tra le due categorie di pregiudiziali, poiché entrambe possono formare anche il contenuto di un autonomo processo e di una domanda (ad esempio quella di nullità del contratto), nulla toglie all'applicabilità anche alla dipendenza fra rapporto negoziale fondamentale [...] e singoli suoi effetti della disciplina unitaria dell'art. 34 le cui ragioni funzionano benissimo allo stesso modo per i due tipi di pregiudizialità”; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 233; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 95, il quale sottolinea che “la figura stessa [...] del rapporto giuridico (o contrattuale) c.d. fondamentale è stata enucleata – e forse più dai processualisti che dai civilisti – proprio al fine di dare conto del fatto che su tale entità può svolgersi un autonomo giudizio”.

⁽⁵⁴⁸⁾ Agli studiosi menzionati in nota 542 si aggiunge G. VERDE, *Diritto processuale* cit., vol. II, p. 294.

⁽⁵⁴⁹⁾ Oltre agli autori già citati in nota 543, aderiscono a questa ricostruzione anche G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 342 ss., rispetto alle ipotesi in cui sia dedotto in giudizio un diritto diverso da un diritto principale, fondamentale o centrale; E. FAZZALARI, *Istituzioni* cit., p. 464 ss.; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., pp. 330-331; A. GIUSSANI, *Collegamento negoziale* cit., p. 294 ss.; F. MENESTRINA, *La pregiudiziale* cit., p. 33 ss.; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., p. 132, nt. 83, per la quale “il giudicato formatosi su uno dei [...] diritti non estende la propria efficacia dichiarativa al rapporto negoziale-fatto costitutivo sottostante, poiché questo, pur svolgendo una funzione di identificazione del diritto azionato e deciso, rimane estraneo all'oggetto del giudizio. Esso rappresenta, in altre parole, solo la *causa petendi* della domanda decisa”; E. F. RICCI, voce *Accertamento* cit., p. 18. Si vedano, altresì, A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 486, e ID., *In tema di limiti*

24.2. Le sentenze di rigetto

Anche rispetto alle ipotesi in cui venga accertata l'inesistenza della situazione giuridica fatta valere in giudizio, le correnti di pensiero in punto di estensione della reg giudicata alle questioni pregiudiziali di natura logica si presentano plurime e dissonanti.

Prima di affrontarle, giova riportare l'attenzione sulle peculiarità che caratterizzano il percorso che conduce alla sentenza di rigetto, ripartendo dalla nozione di fattispecie⁽⁵⁵⁰⁾. Un determinato effetto entra a far parte del mondo dei fenomeni giuridici solo se si sono concretizzati tutti gli elementi che compongono la sua fattispecie costitutiva in senso stretto. Per converso, ove manchi anche solo uno di detti elementi, l'effetto giuridico non sorge. D'altra parte, sull'esistenza dell'effetto possono influire fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, che vanno a integrare la c.d. fattispecie in senso ampio. La presenza anche di uno solo di tali fatti incide sull'effettiva sussistenza e sul modo di essere dell'effetto giuridico.

Le modalità con cui gli effetti giuridici sorgono, si modificano o cessano di esistere sul piano sostanziale hanno dirette conseguenze sul contenuto delle sentenze di rigetto: infatti, perché si possa negare l'esistenza di una situazione giuridica dedotta in giudizio, è sufficiente constatare la mancanza di un (solo) fatto costitutivo, oppure la presenza di un (solo) fatto impeditivo, modificativo o estintivo.

Ciò ribadito, vediamo quali proposte ricostruttive sono state avanzate dagli interpreti.

Secondo un primo approccio, l'irretrattabilità ammantata anche le valutazioni relative al rapporto complesso ove esse, seppur implicite, siano logicamente indispensabili per giungere alla decisione sul diritto controverso. Ciò accade tutte le volte in cui la domanda venga respinta in ragione della sopravvenuta estinzione della pretesa fatta valere. Infatti, l'operare di un fatto estintivo logicamente implica che l'effetto caducando fosse – prima dell'intervento di detto fatto – esistente. Ne segue che, ogniquale volta il giudice neghi l'attuale esistenza del diritto azionato perché estinto, “si ha accertamento *implicito* della nascita non solo del diritto, ma anche del rapporto, posto che l'estinzione [...] presuppone l'anteriore esistenza del credito e del rapporto dal quale questo ha tratto origine”⁽⁵⁵¹⁾.

oggettivi cit., p. 488, il quale trae una conferma a tale regola dal disposto dell'art. 35 c.p.c.; C. CAVALLINI, *Il rilievo d'ufficio* cit., p. 143, secondo cui “è la stessa funzionalità del processo alla tutela dei diritti che favorisce la soluzione interpretativa più «rigorosa», che ancora il giudicato al principio della domanda”. Peculiare è l'opinione di Montesano, secondo cui la contestazione del convenuto rispetto al rapporto giuridico complesso equivale a una domanda di accertamento incidentale, in tutti i casi in cui sia tempestivamente sollevata e il rapporto giuridico produca almeno un effetto ulteriore rispetto a quello dedotto in giudizio: cfr. L. MONTESANO, *In tema di accertamento incidentale* cit., p. 341; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 117; L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., pp. 36-37; L. MONTESANO, *Questioni* cit., p. 308.

⁽⁵⁵⁰⁾ Per un'analisi più dettagliata, v. *supra*, par. 2.

⁽⁵⁵¹⁾ S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 114-115. È d'uopo rilevare che l'Autore ha poi abbandonato tale punto di vista negli scritti successivi, per arrivare a concludere che si formi giudicato sul rapporto fondamentale solo ove su di esso sia insorta contestazione e il giudice abbia sullo stesso esplicitamente deciso: v. S. MENCHINI, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di limiti oggettivi del giudicato in ordine a giudizi concernenti ratei di obbligazione periodica*, in *Giur. it.* 1991, I, 1, p. 235, spec. 238, nt. 18 (v. anche *infra*, nota 554). In giurisprudenza, v. Cass., 14 gennaio 2002, n. 349, in *Foro it.* 2002, I, p. 2763, con nota di R. CAPONI, *Limiti oggettivi* cit.

Una prospettazione siffatta potrebbe considerarsi fondata solo ove si dimenticasse che nel nostro ordinamento vige il principio della ragione più liquida; ma, poiché tale dato non può essere né ignorato né superato, essa si rivela *prima facie* inaccettabile.

Meritano di essere qui rievocate le nitide parole che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno speso in proposito: “il nostro ordinamento positivo non riconosc[e] cittadinanza all’idea di un giudicato implicito che postuli il rigoroso e ineludibile rispetto dell’ordine logico-giuridico delle questioni”, sicché “l’argomento logico per il quale se il giudice si è pronunciato su un determinato punto ha evidentemente risolto in senso non ostativo tutti quelli il cui esame doveva ritenersi preliminare a quello esplicitamente deciso, pur apparendo persuasivo, va opportunamente temperato”.

Nel caso in cui l’attore deduce un singolo diritto, di cui il negozio sottostante rappresenta la *causa petendi*, “non può escludersi che, proprio in forza dei [...] principi di speditezza, economia e celerità delle decisioni, [un] processo abbia termine, senza che la nullità sia dichiarata nel provvedimento decisorio finale, con una pronuncia fondata sulla ragione più liquida di rigetto della domanda (prescrizione, adempimento, mancata scadenza dell’obbligazione), nella consapevolezza di non dover affrontare, nell’esplicitare le ragioni della decisione, il più vasto tema della validità del negozio, che avrebbe eventualmente imposto una troppo lunga e incerta attività istruttoria”. Pertanto, “se, in linea generale, è indubbio che le questioni pregiudiziali (o impedienti o assorbenti) debbano essere esaminate prima di quelle da esse dipendenti, i parametri operativi ben possono essere molteplici, e quell’ordine è suscettibile di essere sovvertito” ⁽⁵⁵²⁾.

Il principio del primato della ragione più liquida permette, dunque, di definire la lite in forza del riconoscimento di un fatto estintivo del diritto dedotto, senza dover passare dalla valutazione dell’esistenza dei fatti costitutivi dello stesso (tra i quali si colloca anche il rapporto obbligatorio fondamentale). Pertanto, non solo la sentenza di rigetto non può rendere incontrovertibili l’esistenza, la validità e l’efficacia del contratto da cui il diritto discende, o all’opposto l’inesistenza, l’invalidità o l’inefficacia dello stesso, ma non può nemmeno statuire in modo incontestabile che il fatto estintivo si sia effettivamente avverato; e ciò in quanto il giudizio condotto sull’intervenuta cessazione dell’effetto azionato è meramente ipotetico ⁽⁵⁵³⁾.

Le osservazioni svolte portano, allora, a escludere che sia corretto estendere il giudicato anche al rapporto fondamentale ove la valutazione del medesimo sia “logicamente necessaria” per il rigetto della domanda; si giungerebbe, infatti, a rendere irretrattabili questioni che non solo il giudice non ha deciso, ma che non ha nemmeno conosciuto.

⁽⁵⁵²⁾ I parametri in discorso sono costituiti dalla natura della questione, dalla sua idoneità a definire il giudizio, dalla sua maggiore evidenza (c.d. liquidità), dalla sua maggiore preclusività, dalla volontà del convenuto. In particolare, maggiore liquidità significa che, nelle ipotesi di rigetto, si debba dare priorità alla ragione più evidente, più pronta, più piana. Cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, parr. 5.2.1 ss.

⁽⁵⁵³⁾ Nello stesso senso, v. A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., pp. 504-505; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 224, nt. 12; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, pp. 103-104; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., p. 135, nt. 90; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., p. 406.

Risulta, invece, rispettosa del canone della ragione più liquida la seconda teoria che è stata formulata circa il tema in esame. Chi sostiene che l'accertamento sul rapporto negoziale acquisti efficacia di giudicato soltanto allorché la pronuncia di accoglimento presupponga un certo modo di essere di tale rapporto propone la medesima soluzione anche rispetto alle sentenze di rigetto. Così, l'inesistenza, l'invalidità o l'inefficacia del rapporto fondamentale divengono incontrovertibili solo nell'ipotesi in cui costituiscano il motivo portante del provvedimento di rigetto. Laddove, invece, le questioni relative al contratto restino assorbite dal rigetto per una ragione più liquida, le stesse non vanno a comporre la *res iudicata* ⁽⁵⁵⁴⁾.

La problematica dell'estensione dell'incontestabilità ai motivi della decisione sarà oggetto di specifica trattazione nel prosieguo del discorso ⁽⁵⁵⁵⁾. Per il momento, è sufficiente evidenziare che la teorica in parola non urta i diritti di azione e difesa delle parti, purché le stesse abbiano avuto modo di contraddire sulla questione posta a fondamento del rigetto. Se, al contrario, il contraddittorio non si è tenuto (si pensi all'ipotesi in cui il giudice rilevi d'ufficio la nullità del contratto, ma poi, in violazione dell'art. 101, c. 2, c.p.c., non permetta alle parti di prendere posizione sul punto), la prospettata conformazione della *res iudicata* comporta la definitiva preclusione all'esercizio di tali diritti, rivestendosi di una patina di incostituzionalità.

L'ultima tesi che viene in rilievo, quella restrittiva, proclama che anche nel campo delle pronunce di rigetto il problema dei limiti oggettivi del giudicato vada risolto attraverso l'applicazione della disciplina che si evince dall'art. 34 c.p.c. ⁽⁵⁵⁶⁾.

25. Il giudicato su questioni

Meritano una disamina separata due teoriche, per vero molto simili tra loro, che si misurano con il tema della profondità della cosa giudicata senza operare distinzioni tra questioni pregiudiziali in senso tecnico e questioni pregiudiziali in senso logico.

La prima, elaborata da Taruffo, enuncia che il giudice decide sempre con efficacia di giudicato sulle questioni pregiudiziali che rientrano nella sua competenza.

Per comprendere appieno il significato della concezione in parola, occorre ricordare che, nel pensiero di Taruffo, sono questioni pregiudiziali tutte quelle potenzialmente idonee a definire il giudizio ⁽⁵⁵⁷⁾. Da tale caratteristica, l'Autore inferisce che la soluzione di dette questioni non si risolva mai in una cognizione meramente logica, ma che abbia sempre natura di vero e proprio giudizio; e ciò, sia che la soluzione trovi posto in una sentenza

⁽⁵⁵⁴⁾ Si mostrano di tale avviso M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 233; R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Lineamenti* cit., pp. 83-84; M. IOZZO, *Giudicato di rigetto, diritti concorrenti e tutela giurisdizionale del diritto di proprietà*, in *Foro it.* 2001, I, p. 496, spec. 498; F. P. LUISO, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 168; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., pp. 167-168; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 437. In giurisprudenza, v. Cass., 16 maggio 2006, n. 11356; Cass., 12 giugno 1980, n. 3742, in *Foro it.* 1980, I, p. 2129, secondo cui la pronuncia di rigetto della domanda di adempimento del contratto, per non essersi ancora verificata la condizione sospensiva, non comporta l'estensione del giudicato alla questione relativa alla validità del rapporto.

⁽⁵⁵⁵⁾ Cfr. *infra*, par. 29.

⁽⁵⁵⁶⁾ Per gli autori che aderiscono alla tesi restrittiva, si rinvia alle note 543 e 549.

⁽⁵⁵⁷⁾ Cfr. *supra*, par. 22.

definitiva sia che costituisca il contenuto di una sentenza non definitiva, sia che la questione possa formare oggetto di autonoma controversia sia che non ne abbia la capacità. Donde l'idoneità della decisione su questione pregiudiziale a penetrare nella sfera oggettiva della regiudicata.

In questa prospettiva, l'art. 34 c.p.c. è relegato a disciplinare soltanto il caso in cui, al fine di dirimere la controversia, il giudice debba vagliare una questione pregiudiziale che esula dalla sua competenza: se manca la domanda di parte e la legge non impone di decidere la questione con efficacia di giudicato, il magistrato ne conosce *incidenter tantum* (non potendo, chiaramente, conoscere *principaliter* di una questione sulla quale non è competente); viceversa, se una parte trasforma la questione in controversia, proponendo domanda, o se ricorre un'ipotesi di accertamento incidentale *ex lege*, l'intera causa deve essere rimessa al giudice superiore ⁽⁵⁵⁸⁾.

Una diversa teorizzazione, riconducibile a Pugliese, ammette il giudicato su questioni, aggiungendo alcune condizioni ulteriori rispetto a quelle poste da Taruffo.

Non solo il giudice deve essere competente; le parti devono altresì essere "legittimate entrambe a trattare la questione in un processo autonomo". E nemmeno ciò è ancora sufficiente per rendere incontestabili le valutazioni che il giudice compie sulle questioni pregiudiziali: "bisognerà distinguere, considerando gli elementi e le caratteristiche dei singoli casi, se egli ha deciso la questione pregiudiziale *incidenter tantum* (e quindi sommariamente) o se ne ha avuto piena conoscenza". "Per escludere una decisione *incidenter tantum*, non è necessaria una disposizione di legge in questo senso, né una domanda esplicita con cui una delle parti chieda che la questione sia decisa con efficacia di giudicato mediante un accertamento incidentale, ma basta che dal contegno processuale delle parti, dal modo in cui esse hanno prospettato e analizzato la questione, dallo sviluppo dato alla sua trattazione, dall'eventuale assunzione di prove, nonché dal tenore della sentenza risulti che la questione è stata dibattuta e risolta *con la serietà e il ragionevole approfondimento delle normali decisioni giurisdizionali*, e non in modo *sommario e marginale*" (corsivo mio). Con la precisazione che, fermo quanto sopra, possono acquistare forza di regiudicata solo le questioni "la cui soluzione sia logicamente necessaria per la decisione finale della lite" ⁽⁵⁵⁹⁾.

Ora, le teorie in esame, che promuovono un'area particolarmente ampia di incontrovertibilità, sono state sottoposte ad alcune convincenti critiche.

⁽⁵⁵⁸⁾ L'elaborazione della tesi illustrata nel testo è contenuta in M. TARUFFO, «Collateral estoppel» cit., p. 284 ss., anche nt. 186. Aderisce a tale ricostruzione D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell'accertamento delle "fattispecie preliminari"*, Torino, 2008, pp. 137-138.

⁽⁵⁵⁹⁾ G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile* cit., pp. 868-869. Anche Pugliese prende posizione sul ruolo che deve essere attribuito all'art. 34 c.p.c., in termini molto simili a quelli di Taruffo: "se si pone un problema di competenza, come quello a cui precisamente si riferisce l'art. 34, la domanda che la questione sia decisa con efficacia di giudicato può avere un senso, poiché obbliga il giudice della causa principale, che sia incompetente per la questione pregiudiziale, a rimettere tutta la causa al giudice superiore, competente per quest'ultima questione. Ma, quando un problema di competenza non si profila, la domanda non può avere nessuna particolare rilevanza".

In primo luogo, esse capovolgono il rapporto ordinariamente intercorrente tra competenza del giudice e domanda di parte. Di regola, la competenza è determinata e vagliata rispetto alla causa da decidere: “la ricerca se esista la competenza è cioè un *posterius* rispetto alla constatazione che sussista una lite da comporre, e non viceversa” (emblematico, in proposito, è l’art. 10, c. 1, c.p.c.)⁽⁵⁶⁰⁾. Sicché l’idea che la valutazione sulla competenza del giudice venga effettuata per stabilire se vi sia o meno una causa da decidere non risulta conforme allo *ius positum*⁽⁵⁶¹⁾.

In secondo luogo, le ricostruzioni in parola non riescono a eliminare del tutto il ruolo che la domanda giudiziale riveste in funzione dell’accertamento di una questione con efficacia di giudicato. Invero, nelle ipotesi in cui il giudice non sia competente, è ancora una volta la domanda giudiziale il fattore che scrimina tra una cognizione *incidenter tantum* e una statuizione incontrovertibile⁽⁵⁶²⁾.

Da ultimo, con specifico riguardo all’opinione di Pugliese, i parametri per determinare l’ampiezza del giudicato si presentano alquanto relativi: cosa si intende per “serietà e approfondimento” delle “normali” decisioni giudiziali? E come può il secondo giudice, chiamato a saggiare la fondatezza di una *exceptio rei iudicatae*, sapere nel dettaglio come si è svolto il primo processo, a tal punto da conoscere il contegno delle parti e lo sviluppo della trattazione? A me sembra che le determinazioni tanto del primo quanto del secondo giudice siano per le parti del tutto imprevedibili, con il concreto rischio che alle stesse sia precluso il contraddittorio su questioni sulle quali non hanno mai avuto la possibilità di difendersi adeguatamente⁽⁵⁶³⁾.

Alla luce di quanto osservato, credo, dunque, che né la tesi di Taruffo né la tesi di Pugliese meritino adesione.

26. Il giudicato sulle eccezioni

La tematica della profondità della *res iudicata* è stata sinora affrontata domandandosi se la sua efficacia si estenda alle questioni pregiudiziali che il giudice deve risolvere al fine di decidere sulle domande delle parti. Ma gli interpreti si sono approcciati al medesimo tema anche partendo da una diversa prospettiva, ossia indagando la possibilità di attribuire carattere incontrovertibile alle valutazioni che il magistrato compie rispetto alle eccezioni, siano esse sollevate dalle parti o siano esse rilevate d’ufficio.

⁽⁵⁶⁰⁾ Le parole riportate nel testo sono di A. ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali* cit., p. 210.

⁽⁵⁶¹⁾ In tal senso, cfr. A. ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali* cit., pp. 210-211; A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 171; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 80-81, il quale aggiunge che le interpretazioni esaminate si pongono in contrasto con la dottrina tradizionale, cui l’art. 34 c.p.c. si ispira.

⁽⁵⁶²⁾ Il rilievo è di A. ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali* cit., p. 210, sulle cui orme si pone S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 81.

⁽⁵⁶³⁾ Del resto, soggiunge A. ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali* cit., p. 211, di tale disciplina “non vi è traccia nel diritto positivo”.

La sovrapponibilità dei due punti di vista (giudicato sulle questioni pregiudiziali e giudicato sulle eccezioni), che potrebbe *prima facie* sembrare scontata, è a ben vedere soltanto parziale.

Sotto un primo profilo, l'ambito di operatività delle eccezioni si mostra più ampio di quello di operatività delle questioni pregiudiziali. Invero, come si è visto, le questioni pregiudiziali corrispondono ai soli fatti-effetti, ossia a quei fatti che costituiscono il risultato di una autonoma fattispecie ⁽⁵⁶⁴⁾; viceversa, oggetto di eccezione possono essere tanto i fatti-effetti, quanto i meri fatti ⁽⁵⁶⁵⁾. Sotto altro profilo, invece, l'ambito di operatività delle questioni pregiudiziali si mostra più esteso rispetto a quello di operatività delle eccezioni. Infatti, le prime possono coincidere sia con un fatto-effetto costitutivo della situazione giuridica fatta valere in giudizio sia con un fatto-effetto impeditivo, modificativo o estintivo della stessa; viceversa, le eccezioni possono coincidere soltanto con i fatti (fatti-effetti o meri fatti) del secondo tipo ⁽⁵⁶⁶⁾.

Stanti allora tali divergenze, analizzare la conformazione oggettiva del giudicato rispetto alle eccezioni significa cercare una risposta anche per quelle ipotesi in cui non si applicano i ragionamenti finora condotti in ordine alle questioni pregiudiziali.

Come immaginabile, le soluzioni proposte sono comunque molto simili a – o perlomeno coerenti con – quelle che vengono offerte in materia di questioni pregiudiziali.

Vi è, anzitutto, chi reputa che le eccezioni estendano sempre l'oggetto del giudizio e, quindi, del giudicato ⁽⁵⁶⁷⁾. La ragione è rinvenibile negli artt. 12 e 13 c.p.c., secondo cui la contestazione del fatto costitutivo del diritto azionato di regola estende a tale fatto l'oggetto del processo, con conseguente decisione in via principale (e non cognizione in via incidentale) sul fatto medesimo ⁽⁵⁶⁸⁾.

La tesi presta il fianco ad alcune osservazioni critiche.

In primis, gli artt. 12 e 13 c.p.c. sono norme eccezionali, che prevedono una deroga al principio enunciato dall'art. 10, c. 1, c.p.c., per cui la competenza si determina dalla domanda; pertanto, da tali articoli non può essere desunta alcuna regola idonea ad applicarsi a tutte le eccezioni in senso stretto o in senso lato che vengano potenzialmente sollevate

⁽⁵⁶⁴⁾ Ciò quantomeno secondo l'interpretazione più accreditata: cfr. *supra*, par. 22.

⁽⁵⁶⁵⁾ Così G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., pp. 370, 372-373, per il quale ben può accadere "che l'eccezione sia articolata su un mero fatto e non sull'effetto di un altro rapporto".

⁽⁵⁶⁶⁾ In proposito, v. R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 305.

⁽⁵⁶⁷⁾ Di tale avviso si mostrano A. BONSIGNORI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 241-242, per cui "la cosa giudicata incide non sul solo *petitum* e sulla *causa petendi*, ma in genere su tutto il *quid legitime disputatum inter partes*, ivi comprese le eccezioni del convenuto"; S. SATTA, voce *Accertamento incidentale* cit., p. 244. Se ben si comprende, condivide tale visione L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., pp. 46-47, 51, il quale sembra, però, restringerne l'applicazione alle sole ipotesi in cui l'eccezione abbia ad oggetto una questione pregiudiziale in senso logico: "lo scioglimento di questioni di merito sollevate in via di eccezione vincola *ex art. 2909 c.c.* quando concorre a configurare in fatto e in diritto la base sostanziale [...] della tutela concessa o negata dal giudice". Limitano tale ipotesi ricostruttiva alle sole eccezioni riconvenzionali L. MORTARA, *Commentario* cit., vol. II, p. 99 ss.; E. REDENTI, *Sull'«assorbimento» di eccezioni* cit., p. 621. Sulla nozione di eccezione riconvenzionale e sulle critiche dalla stessa suscitate, v. *supra*, nota 306. In giurisprudenza, v. Cass., 12 maggio 2000, n. 6148; Cass., 19 maggio 1983, n. 3482 (s.m.).

⁽⁵⁶⁸⁾ È questa l'opinione di S. SATTA, voce *Accertamento incidentale* cit., p. 244.

(⁵⁶⁹). *In secundis*, anche ove si volesse scorgere una vera e propria regola, essa sarebbe limitata alle contestazioni vertenti sui soli fatti costitutivi del diritto fatto valere, e non potrebbe, per converso, afferire alle eccezioni che si appuntano su profili diversi (si pensi alle eccezioni di prescrizione, di pagamento, di compensazione, che nulla hanno a che vedere con la contestazione dei fatti costitutivi del diritto azionato). Ancora, estendere la regiudicata indiscriminatamente all'oggetto di tutte le eccezioni porta a riconoscere l'incontrovertibilità anche di meri fatti, ogniquale volta questi siano oggetto delle eccezioni stesse; e ciò in contrasto con il principio per cui, salvi i casi espressamente previsti dalla legge, la *res iudicata* non può mai coprire meri fatti (⁵⁷⁰).

Ma la censura, a mio avviso, di maggior peso riguarda il fatto che la teorica in esame arriva a scardinare la distinzione tra eccezioni e domande riconvenzionali, che è, invece, ben salda nella nostra tradizione processualciviltistica. L'eccezione viene proposta al solo fine di ottenere il rigetto della domanda della controparte (⁵⁷¹): chi solleva l'eccezione non mira a far sì che il giudice accerti in modo vincolante l'esistenza del fatto-effetto oggetto dell'eccezione, ma vuole semplicemente che il giudice incontestabilmente dichiari l'inesistenza, l'invalidità o l'inefficacia della situazione giuridica della controparte. Viceversa, chi intenda ottenere autonoma tutela per le proprie situazioni giuridiche soggettive deve proporre domanda riconvenzionale, introducendo così una nuova causa in giudizio (⁵⁷²).

Proprio prendendo le mosse da tale suddivisione, la dottrina di gran lunga prevalente è giunta alla condivisibile conclusione che le eccezioni non ampliano l'oggetto del giudizio e, quindi, del giudicato: esse dilatano la materia logica della cognizione del giudice, ma non influiscono sull'oggetto della pronuncia, che rimane fissato dall'oggetto della domanda (⁵⁷³).

(⁵⁶⁹) Concorde A. ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali* cit., p. 206.

(⁵⁷⁰) Su tale principio, v. *supra*, par. 18.

(⁵⁷¹) Lo si è già accennato *supra*, par. 15.

(⁵⁷²) Per la consolidata distinzione tra eccezioni e domande riconvenzionali, cfr., *ex plurimis*, A. BOSELLI, *La risoluzione* cit., p. 259; C. CAVALLINI, *Perpetua ad excipiendum* cit., p. 629; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., pp. 299, 306-307, per cui, "anche quando la eccezione ha la sua radice in un diritto del convenuto [...] essa non tende a far valere questo diritto, ma esclusivamente ad annullare l'azione, essa rimane cioè nei confini della difesa"; "colla riconvenzione invece il convenuto *tende ad ottenere l'attuazione a proprio favore di una volontà di legge, nella stessa lite promossa dall'attore, ma indipendentemente dal rigetto della domanda dell'attore*"; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio* cit., p. 268; E. MERLIN, *Elementi* cit., p. 88.

(⁵⁷³) In tal senso si esprimono V. ANDRIOLI, *Commento* cit., vol. I, pp. 113, 115, per cui "l'eccezione è un mezzo di difesa, il quale, appunto perché tale, come non può di per sé stesso ampliare l'oggetto della domanda, così non può estendere l'efficacia della cosa giudicata"; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II, Padova, 1986, pp. 315-316, per cui, "mediante l'eccezione, [...] il convenuto sostiene la inesistenza del diritto preteso dall'attore, ma non reclama un diritto per sé; difende la sua libertà, non il suo diritto; insomma, respinge l'aggressione, non aggredisce a sua volta"; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., pp. 307, 363, il quale sottolinea che, "per quanto la eccezione sia desunta dal rapporto giuridico già dedotto in giudizio dall'attore, oppure da un altro rapporto giuridico, essa, *fantanto che rimane eccezione*, [...] per quanto venga ad ampliare la materia logica della cognizione del giudice, [...] non può avere altro soggetto ed altro effetto che il rigetto della domanda"; "la cosa giudicata non si estende alle eccezioni giudicate dalla sentenza, e che siano state fatte valere, s'intende, come semplici eccezioni e non come riconvenzioni o domande d'accertamento incidentali"; G. CHIOVENDA, *Sulla «eccezione»* cit., pp. 151-152; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale* cit., pp. 42-43, secondo cui "la proposizione dell'eccezione non attiene alla deduzione in giudizio di un diritto, ma esclusivamente [...] all'esercizio di un potere di deduzione relativo ad un fatto impeditivo, estintivo o modificativo: non quindi alla determinazione dello *Streitgegenstand*, al contenuto specifico del dovere decisorio del giudice e dei suoi limiti,

Il che è, peraltro, confermato anche dal disposto dell'art. 112 c.p.c., che individua nella domanda la sola misura e il solo fondamento della potestà decisoria del giudice ⁽⁵⁷⁴⁾.

Gli unici casi in cui la proposizione di una mera eccezione comporta un'espansione dell'oggetto del giudizio e del giudicato si verificano nelle ipotesi in cui sull'oggetto dell'eccezione sia previsto un accertamento incidentale *ex lege* ⁽⁵⁷⁵⁾.

A me sembra che quest'ultima proposta ricostruttiva sia preferibile, oltre che per le ragioni poc'anzi indicate, anche perché offre al convenuto un maggiore margine di manovra rispetto alle attività difensive da porre in essere, consentendogli di scegliere se ottenere un accertamento incontrovertibile di una propria situazione giuridica soggettiva o se accontentarsi dell'accertamento dell'inesistenza, invalidità o inefficacia di quella della controparte.

Per completezza, giova, infine, ricordare che, secondo una parte minoritaria della dottrina, le questioni pregiudiziali sono tutte quelle idonee a definire il giudizio, le quali ben possono essere costituite da meri fatti (ne è un eclatante esempio la prescrizione). Ebbene, chi offre questa esegesi non ravvisa alcuna differenza tra questioni pregiudiziali ed eccezioni e applica anche alle seconde la medesima disciplina che ritiene operante per le prime ⁽⁵⁷⁶⁾. Si rinvia, dunque, al precedente par. 25 per l'esame di tale disciplina e per le censure alle quali la stessa è stata sottoposta.

Quanto sinora discusso ha trovato un fertile terreno di applicazione nelle cause relative a singoli diritti derivanti da contratti, in cui la nullità del negozio venga eccepita da una parte o rilevata d'ufficio dal giudice.

quanto al più limitato profilo della *cognizione*"; V. COLESANTI, voce *Eccezione* cit., pp. 202-203; E. D'ALESSANDRO, *Le Sezioni unite* cit., p. 907; M. DE CRISTOFARO, *Giudicato* cit., pp. 73-74; V. DENTI, *L'eccezione* cit., pp. 33, 35, che definisce l'eccezione come atto processuale diretto a "elidere gli effetti" della domanda e che precisa che l'eccezione, "appunto perché diretta a proporre una questione pregiudiziale, si pone per sua natura fuori dal quadro degli accertamenti incidentali"; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., pp. 144-145, 158; M. IOZZO, *Giudicato di rigetto* cit., pp. 503-504; F. LOCATELLI, *L'accertamento incidentale* cit., p. 197; F. MENESTRINA, *La pregiudiziale* cit., p. 162 (*a contrario*); A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 308, per cui "l'eccezione amplia i limiti della *cognizione* del giudice, estendendola al fatto che viene eccepito, senza però incidere sull'oggetto della *decisione*, il quale è, e resta, la situazione giuridica dedotta in giudizio dall'attore con la domanda. Anche nei casi in cui il fatto dedotto *ope exceptionis* sia suscettibile di costituire autonomo oggetto di accertamento giurisdizionale (fatti-diritti), esso, per effetto dell'eccezione, non è sottoposto a decisione; invero, ciò avviene, allorché il convenuto, anziché limitarsi ad *ostacolare l'accoglimento* della domanda, voglia *conseguire la tutela giuridica* della situazione incompatibile; ma la richiesta di tutela giuridica è formulata non con l'eccezione, bensì con la domanda, di guisa che, in tali casi, non è il potere di eccezione ad essere esercitato, ma il potere di azione"; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 308; I. PAGNI, *Le azioni* cit., pp. 228-229; F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione* cit., p. 142. Peculiare è l'opinione di G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., p. 366 ss. Anche secondo questo studioso, "l'eccezione opera sui confini della *questio facti*, non su quelli dell'oggetto della pronuncia"; "l'eccezione come tale non opera sui limiti oggettivi della decisione, ma influisce indirettamente sul suo contenuto, operando direttamente sui limiti della cognizione". Tuttavia, l'Autore argomenta tale conclusione in modo diverso dagli altri, scrivendo: "l'esercizio dell'eccezione non incide mai, di per sé, sui limiti oggettivi del giudicato, perché l'intera disciplina della situazione giuridica soggettiva sostanziale fatta valere dall'attore, inclusa l'eventuale incidenza di fatti impeditivi, modificativi o estintivi, è già virtualmente compresa nell'oggetto della decisione di merito per solo effetto della domanda giudiziale dell'attore".

⁽⁵⁷⁴⁾ Cfr. A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale* cit., pp. 378-379.

⁽⁵⁷⁵⁾ La corretta precisazione si deve ad A. ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali* cit., p. 207.

⁽⁵⁷⁶⁾ Cfr. V. DENTI, voce *Questioni pregiudiziali* cit., p. 678; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile* cit., pp. 868-869; M. TARUFFO, «Collateral estoppel» cit., p. 284 ss., anche nt. 183.

Secondo la teoria cui si è qui prestata adesione, quando la nullità del contratto entra sulla scena processuale con la veste di eccezione, l'oggetto del giudizio non si amplia fino a ricomprendere tale questione, ma resta delimitato dall'oggetto della domanda; il che significa che della nullità il giudice può solo conoscere *incidenter tantum*. Quando, invece, l'invalidità del contratto viene posta ad oggetto di una domanda riconvenzionale o di una domanda di accertamento incidentale, anche tale questione viene decisa con forza di giudicato. E ciò, si noti, vale altresì allorché il giudice eserciti il suo potere-dovere di rilevare d'ufficio la nullità del contratto: in assenza di domanda di accertamento della nullità, il giudice si limita, se considera l'eccezione fondata, al rigetto della domanda avente ad oggetto il singolo effetto; viceversa, ove al rilievo segua la proposizione di una domanda di accertamento della nullità del contratto, il giudice può statuire (anche) sulla medesima in modo incontrovertibile⁽⁵⁷⁷⁾.

Non si può, però, sottacere che una parte della dottrina e della giurisprudenza arriva a una diversa conclusione con riferimento all'ipotesi in cui l'invalidità negoziale venga rilevata in via officiosa. Una volta che sia intervenuto il rilievo d'ufficio, si dice, il giudice non può più esimersi dal prendere posizione sulla nullità del contratto e deve obbligatoriamente decidere della questione con efficacia di giudicato⁽⁵⁷⁸⁾. In sostanza, chi segue questo approccio non conosce "la rilevazione d'ufficio della nullità come fatto diverso dalla declaratoria di nullità"; non conosce, in altre parole, "la rilevazione incidentale di nullità"⁽⁵⁷⁹⁾.

Si torna, però, ad attribuire un ruolo dirimente alla domanda giudiziale nelle situazioni in cui occorra passare da una nullità totale a una nullità parziale, e viceversa. Si immagini che venga inizialmente proposta una domanda di accertamento della nullità di una singola

⁽⁵⁷⁷⁾ Così C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 96; F. CORSINI, *Rilevabilità* cit., p. 681 ss., per cui "altro è rilevare la nullità, altro è pronunciarla con effetti di giudicato. Il legislatore ha operato un giudizio di valore, configurando la nullità come oggetto di un'eccezione in senso lato, senza reputarla meritevole di un'autonoma iniziativa officiosa, volta ad un suo accertamento pieno, nel silenzio dei contendenti"; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., pp. 225-226; S. MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.* 1990, I, p. 669, spec. 697 ss.; G. F. RICCI, *Diritto processuale* cit., p. 295; R. SACCO, voce *Nullità* cit., p. 306. In giurisprudenza, cfr. Cass., 16 maggio 2006, n. 11356; Cass., 2 aprile 1997, n. 2858, in *Giust. civ.* 1997, I, p. 2459, con nota di G. VIDIRI, *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, e in *Nuova giur. civ. comm.* 1998, I, p. 117, con nota di G. DE FAZIO, *Cause d'impugnativa contrattuale e rilievo d'ufficio della nullità*.

⁽⁵⁷⁸⁾ L'interpretazione è condivisa da E. BIVONA, *Rilevabilità d'ufficio* cit., pp. 782-783, per cui "il giudice persuaso della nullità *deve*, e non *può*, dichiararla, a prescindere dalla strategia processuale che le parti intendano porre in atto"; V. DENTI, voce *Questioni pregiudiziali* cit., p. 678; N. IRTI, *Risoluzione* cit., p. 746, secondo il quale "l'art. 1421 cod. civ. non si iscrive nella cornice dell'art. 112 cod. proc. civ., ma piuttosto in quella dell'art. 2907, 1° comma, cod. civ., che assegna al giudice l'obbligo di pronuncia – nei casi tassativamente previsti dalla legge – senza l'impulso di parte e al di là dei limiti della domanda"; L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., pp. 50-51, il quale manifesta, però, l'esigenza che il giudice stimoli il contraddittorio tra le parti prima di decidere sulla nullità. Pare della medesima opinione anche G. STOLFI, *Sopra un caso di modificazione* cit., p. 152, il quale scrive che, "quando è in discussione un negozio nullo, [...] giusta l'art. 1421, il giudice deve pronunciare d'ufficio sulla nullità, anche se le parti non glielo domandino". In giurisprudenza, v. Cass., 19 giugno 2016, n. 26097, per cui l'accertamento della nullità di un negozio non può mai avvenire incidentalmente, senza efficacia di giudicato; Cass., 8 gennaio 2013, n. 258, per cui "il principio della rilevazione di ufficio della nullità [...] significa appunto questo, che il giudice può dichiarare di propria iniziativa la nullità del contratto a prescindere dall'attività assertiva delle parti"; Cass., 17 marzo 2006, n. 6003; Cass., 22 marzo 2005, n. 6170; Cass., sez. un., 4 novembre 2004, n. 21095.

⁽⁵⁷⁹⁾ La notazione è di R. SACCO, voce *Nullità* cit., p. 306.

clausola contrattuale. In tale situazione, come si è visto, il giudice ha il potere-dovere di rilevare d'ufficio l'eventuale nullità dell'intero regolamento negoziale ⁽⁵⁸⁰⁾. Tuttavia, salva l'ipotesi in cui una delle parti proponga una domanda di accertamento incidentale della nullità totale del contratto, il giudice non potrà statuire in modo incontrovertibile che il negozio è integralmente invalido: infatti, la domanda originaria di nullità è evidentemente volta alla conservazione del rapporto contrattuale, non alla declaratoria di inefficacia/inesistenza dei suoi effetti; pertanto, ove il giudice dichiarasse la nullità totale del contratto, emetterebbe un provvedimento viziato da ultrapetizione. Pertanto, il magistrato non potrà fare altro che rigettare la domanda di nullità parziale, non potendo attribuire efficacia – nemmeno parziale – a una parte di negozio radicalmente nullo.

Lo stesso vale per il caso contrario. Si immagini che una parte abbia domandato l'accertamento della nullità dell'intero contratto e che il giudice abbia rilevato d'ufficio che l'invalidità riguardi soltanto una porzione dello stesso. Se non viene proposta domanda di accertamento della nullità parziale, il giudice non potrà dichiararla d'ufficio: tale declaratoria si porrebbe, infatti, in insanabile contrasto con il *petitum* originario, mirante all'accertamento dell'invalidità integrale del negozio, anziché al suo parziale mantenimento. Onde evitare, quindi, di sovrapporre inammissibilmente il proprio *decisum* alle determinazioni dell'autonomia privata, il magistrato non potrà che rigettare la domanda a lui proposta ⁽⁵⁸¹⁾.

Un'altra ipotesi in cui la domanda giudiziale assume una posizione determinante ai fini dell'estensione oggettiva della regiudicata è quella delle nullità di protezione. Secondo l'orientamento oggi dominante, affermatosi a valle delle sentenze gemelle del 2014 ⁽⁵⁸²⁾, una volta che il giudice abbia indicato d'ufficio alle parti che il negozio per cui si controverte potrebbe essere geneticamente viziato, si pongono due alternative: se la parte "salvaguardata" dalla nullità speciale formula domanda di accertamento della stessa, il magistrato inserisce una declaratoria sul punto nel dispositivo, con una statuizione destinata

⁽⁵⁸⁰⁾ Cfr. *supra*, par. 21.

⁽⁵⁸¹⁾ Per la necessità di una domanda di accertamento proposta in via incidentale o in via riconvenzionale per dichiarare la nullità totale, nel caso di giudizio instaurato per la declaratoria di nullità parziale, cfr. C. CONSOLO, *Nullità del contratto* cit., pp. 48-49. In giurisprudenza, v. Cass., 13 giugno 2019, n. 15950; Cass., 15 febbraio 2016, n. 2910; Cass., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 6.16 ss.; Cass., 13 giugno 2008, n. 16017; Cass., 11 agosto 1980, n. 4921. *Contra*, A. CATAUDELLA, *Il giudice* cit., p. 682, anche nt. 38.

Per la necessità di una domanda di accertamento proposta in via incidentale o in via riconvenzionale per dichiarare la nullità parziale, nel caso di giudizio instaurato per una declaratoria di nullità totale, cfr. Cass., 13 giugno 2019, n. 15950; Cass., 15 febbraio 2016, n. 2910; Cass., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 6.17 ss., per cui, "confermate in sede di precisazione delle conclusioni le domande di nullità totale, non sarà in alcun modo consentito al giudice, attraverso l'emaneazione di una non richiesta sentenza 'ortopedica', una inammissibile sovrapposizione del proprio *decisum* alla valutazione e alle determinazioni dell'autonomia privata espresse in seno al processo". *Contra*, A. CATAUDELLA, *Il giudice* cit., p. 682; C. CONSOLO, *Nullità del contratto* cit., p. 50; e, in giurisprudenza, Cass., 13 giugno 2008, n. 16017 (in materia di deliberazioni assembleari), per cui, nell'ipotesi in esame, il giudice "pronuncia pur sempre nei limiti della domanda della parte, accogliendola soltanto parzialmente".

⁽⁵⁸²⁾ Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243.

all'incontrovertibilità; se, invece, il contraente protetto non propone alcuna domanda, il giudice deve decidere come se la nullità non sussistesse ⁽⁵⁸³⁾.

La *ratio* sottostante a siffatto regime è quella di conciliare la legittimazione relativa a far valere la nullità del contratto con il fatto che le nullità di protezione sono poste a tutela di interessi generali di determinate classi di contraenti ⁽⁵⁸⁴⁾. Anche in questi casi, dunque, è opportuno che il giudice faccia notare alle parti che un certo contratto potrebbe essere affetto da nullità, così da consentire al contraente debole di avvalersi dell'invalidità del negozio. Peraltro, la circostanza che il rilievo officioso di una nullità di protezione non porti automaticamente al suo accertamento con efficacia di giudicato consente di escludere che il contraente forte possa strumentalizzare il rilievo *ope iudicis* per trarne vantaggio. Perciò, per chiudere il discorso che si era lasciato aperto al paragrafo 11, non si deve aver timore che la parte avvantaggiata possa eludere la propria carenza di legittimazione attiva attraverso lo strumento del rilievo officioso, e si può, invece, serenamente, conferire a quest'ultimo la massima portata applicativa.

La ricostruzione che viene adottata per la traslazione da nullità parziale a totale (e viceversa) e per le nullità di protezione merita piena adesione: non solo si pone in linea con quanto affermato in punto di idoneità delle mere eccezioni ad estendere l'oggetto del giudizio e, quindi, del giudicato; si mostra altresì rispettosa dei diritti di azione e difesa di cui all'art. 24 Cost., consentendo alle parti di scegliere liberamente cosa vogliono ottenere dal giudice.

Un'ultima notazione prima di chiudere con l'eccezione di nullità. Sostenere che tale eccezione non estenda l'oggetto del giudicato, e comunque che il giudice non possa dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto a fronte di una domanda di adempimento del medesimo, risulterebbe del tutto inutile se, poi, si arrivasse ad estendere il giudicato al motivo portante della decisione. Per rendersene conto, basta riprendere quanto esposto poche

⁽⁵⁸³⁾ Cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 3.15, punto a, per cui la rilevazione officiosa potrà “non trasformarsi necessariamente in una dichiarazione di nullità. Costituiscono dimostrazione di tale assunto proprio le fattispecie delle nullità di protezione: se il giudice rileva la nullità di una singola clausola (si pensi ad una illegittima deroga al principio del foro del consumatore), e la indica come possibile fonte di nullità alla parte interessata, quest'ultima conserva pur sempre la facoltà di non avvalersene, chiedendo che la causa sia decisa nel merito (perché, ad esempio, ha valutato la clausola stessa in termini di maggior convenienza, nonostante la sua invalidità). In questo caso il giudice, dopo averla (obbligatoriamente) rilevata, non potrà dichiarare in sentenza, nemmeno in via incidentale, la relativa nullità”. Il ragionamento è accolto anche da Cass., 23 giugno 2016, n. 12996; Trib. Mantova, 28 aprile 2016, n. 513, in *DeJure*; Cass., 24 marzo 2016, n. 5920. Nel pensiero di F. RUSSO, *La rilevanza d'ufficio delle nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (note in margine a Cass. sez. un. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)*, in *Dir. civ. cont.*, 15 marzo 2015, “forzando un po', potremmo sostenere che nelle nullità di protezione il legislatore avrebbe sottoposto la sanzione dell'invalidità ad una sorta di condizione risolutiva meramente potestativa, il cui esercizio sarebbe rimesso all'esclusiva discrezionalità del contraente debole; di modo che: – egli solo sarebbe arbitro di decidere sulla validità o invalidità della clausola; – correlativamente, salvo i casi previsti dalla legge, sarebbe inibito all'altra parte e al giudice, in mancanza di tale volontà conservativa del soggetto debole, ogni sindacato sulla maggiore o minore convenienza, per quest'ultimo, dell'atto”. Pare, invece, travisare l'insegnamento delle Sezioni Unite e concludere che la nullità di protezione possa essere dichiarata d'ufficio, anche in assenza di domanda del contraente protetto, App. Venezia, 3 maggio 2017, n. 848, in *DeJure*.

⁽⁵⁸⁴⁾ Cfr. *supra*, par. 6.

battute fa. Se viene proposta una domanda di adempimento, viene rilevata d'ufficio la nullità del negozio, ma nessuna delle parti propone domanda di accertamento della medesima, il giudice deve rigettare la domanda di adempimento in ragione della nullità del contratto (chiaramente, laddove consideri l'eccezione da lui stesso rilevata fondata). In tale contesto, estendere il giudicato al motivo portante del rigetto porta al medesimo risultato cui condurrebbe la declaratoria officiosa della nullità del contratto: l'incontrovertibilità di una statuizione sull'invalidità del negozio ⁽⁵⁸⁵⁾. Sarà, dunque, necessario tenere a mente questa circostanza quando si analizzerà il problema della formazione della *res iudicata* sulla motivazione della sentenza ⁽⁵⁸⁶⁾.

27. Il giudicato su questioni di fatto o di diritto comuni a più cause

Se si scorrono i repertori giurisprudenziali, ci si imbatte in un consistente numero di sentenze che enunciano un principio del seguente tenore: “l'accertamento di un punto di fatto o di diritto costituente premessa indeclinabile della decisione divenuta definitiva, quando sia comune a due cause, preclude il riesame della questione pure se il giudizio successivo abbia finalità diverse da quelle costituenti lo scopo e il *petitum* del primo” ⁽⁵⁸⁷⁾.

In alcuni casi, le sentenze che riportano massime di tal sorta si limitano, attraverso la “protezione” dei presupposti di fatto e di diritto della prima decisione, a evitare che si possa in altre sedi ridiscutere della situazione giuridica dalla stessa riconosciuta. Quando opera in tal modo, la giurisprudenza non attribuisce un effetto di reg giudicata ai punti di fatto e di diritto che costituiscono premessa della decisione, ma preclude la rivalutazione degli stessi al fine di impedire che sfoci in una rivalutazione del *decisum*: dà, quindi, applicazione al principio per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, imprescindibile strumento di tutela dell'essenza della *res iudicata* su cui ci si soffermerà nel prosieguo del discorso ⁽⁵⁸⁸⁾.

In altri casi, invece, i magistrati si spingono oltre tale principio e considerano gli accertamenti di fatto e di diritto compiuti in un processo incontestabili in processi successivi in cui vengano fatti valere diversi *petita*. Così facendo, si giunge a conferire un'efficacia di giudicato alla soluzione di singole questioni di fatto e di diritto che siano comuni a più cause.

Un'esemplificazione può aiutare a comprendere gli esiti applicativi di tale approccio.

⁽⁵⁸⁵⁾ Lo stesso vale per la declaratoria officiosa della nullità totale di un contratto a fronte di una domanda di nullità parziale, e viceversa. Se viene proposta una domanda di nullità parziale, viene rilevata d'ufficio la nullità totale, ma le parti non modificano le proprie iniziali conclusioni, il giudice deve rigettare la domanda di nullità parziale, in ragione del fatto che il contratto è integralmente nullo. E analogo atteggiamento deve adottare nell'ipotesi inversa. Anche in questo scenario, la declaratoria d'ufficio della nullità con ampiezza diversa da quella domandata condurrebbe ad esiti analoghi a quelli cui porterebbe l'estensione del giudicato al motivo portante della decisione: in entrambi i casi, l'incontrovertibilità di una statuizione sulla nullità di un contratto con conformazione divergente da quella fatta valere in giudizio.

⁽⁵⁸⁶⁾ Cfr. *infra*, parr. 29 e 31.

⁽⁵⁸⁷⁾ Cfr., *ex plurimis*, Cass., 6 dicembre 2011, n. 26199; Cass., 12 aprile 2010, n. 8650; Cass., 25 novembre 2009, n. 24784; Cass., 19 agosto 2009, n. 18381; Cass., 16 maggio 2006, n. 11365; Cass., 24 marzo 2006, n. 6628; Cass., 3 ottobre 2005, n. 19317 (s.m.); Cass., 3 marzo 2004, n. 4352; Cass., 12 dicembre 2003, n. 19046; Cass., 18 luglio 2002, n. 10420; Cass., 16 maggio 2002, n. 7140; Cass., 11 maggio 2000, n. 6041; Cass., 20 luglio 1995, n. 7891.

⁽⁵⁸⁸⁾ Cfr. *infra*, par. 30.

Quanto alle questioni di fatto comuni a più cause, un esempio potrebbe essere il seguente. In un primo giudizio, il conduttore domanda l'accertamento della nullità di un contratto di locazione di un macchinario, per impossibilità dell'oggetto. Il giudice rigetta la domanda, accertando che il macchinario esiste ed è identificabile. Alla scadenza del contratto di locazione, il locatore chiede che il conduttore sia condannato a restituirgli il bene e quest'ultimo si difende sostenendo che il bene non esista. Secondo l'orientamento giurisprudenziale in esame, il giudice successivamente adito dovrebbe accogliere la domanda del locatore, dando per "giudicata" l'esistenza del bene.

Quanto, invece, alle questioni di diritto comuni a più cause, si immagini la seguente situazione. Due soggetti stipulano un contratto preliminare di compravendita di un bene immobile. Il promittente venditore impugna il negozio, chiedendo al giudice di rescinderlo per lesione. Con sentenza non definitiva, l'autorità giudiziaria adita qualifica il contratto come preliminare (la causa viene rimessa in istruttoria, ma mai proseguita). La sentenza passa in giudicato. Il promittente venditore aliena l'immobile a una società. Il promissario acquirente agisce contro la società, facendo valere il proprio diritto di proprietà sull'immobile e domandandone il rilascio. Ad avviso della Corte di Cassazione, il giudice successivamente adito sarebbe vincolato dalla qualificazione del primo contratto di compravendita quale contratto preliminare e sarebbe, dunque, obbligato a concludere che il promissario acquirente non abbia acquistato un diritto di proprietà sull'immobile ⁽⁵⁸⁹⁾.

Ora, a me sembra che, al di fuori dei casi in cui esso venga applicato per le stesse finalità tutelate dalla preclusione del dedotto e del deducibile, il principio riportato in apertura del paragrafo non sia condivisibile.

Quando i giudici affermano che il riesame di determinati punti di fatto o di diritto non può avere luogo perché ciò andrebbe a scardinare il risultato di una sentenza passata in giudicato, essi non stanno attribuendo efficacia di *res iudicata* alla soluzione data a tali punti di fatto o di diritto, e cioè non stanno dicendo che tale soluzione è incontrovertibile "a ogni effetto", in tutti gli altri successivi processi tra le parti. In siffatte ipotesi, i giudici stanno solo ponendo una preclusione alla riapertura della discussione sui profili accertati, all'esclusivo scopo di non diminuire il bene della vita riconosciuto dalla precedente sentenza.

Al contrario, quando i giudici asseriscono che le questioni di fatto e di diritto non possono essere rivalutate in un successivo giudizio in cui si discuta di un diverso *petitum*, essi implicitamente attestano che la regiudicata possa formarsi – e anzi si formi – sui meri fatti storici, sull'interpretazione di norme e sulle qualificazioni giuridiche. Eppure si è già visto che ciò non è ammissibile: come riconosciuto dalla dottrina nettamente maggioritaria e da diverse pronunce giurisprudenziali, la *res iudicata* può avere ad oggetto soltanto diritti

⁽⁵⁸⁹⁾ L'esempio è tratto da un risalente, ma eloquente, caso giurisprudenziale: cfr. Cass., 15 gennaio 1965, n. 84, in *Giust. civ.* 1965, I, p. 1464, con nota di G. E. LONGO, *De nudo iure, ovvero dell'opzione di contratto preliminare*.

soggettivi o *status* e, nei soli casi espressamente previsti dalla legge, situazioni giuridiche preliminari o fatti ⁽⁵⁹⁰⁾.

Pertanto, credo sia più corretto concludere che sulle questioni di fatto e di diritto non si possa mai formare una vera e propria regiodicata, capace di renderle a ogni effetto incontrovertibili; e ciò nemmeno se le stesse siano “comuni a più cause” ⁽⁵⁹¹⁾. Cionondimeno, può accadere che ad un secondo giudice sia impedito di rivalutarle, laddove sia necessario per preservare la portata di un giudicato in precedenza prodottosi: si entra qui nel campo di operatività del principio del dedotto e del deducibile, che sarà a breve esaminato *funditus* ⁽⁵⁹²⁾.

28. Il giudicato implicito

Uno dei fenomeni più controversi che trova spazio nel dibattito relativo all'estensione oggettiva della *res iudicata* è il c.d. giudicato implicito: ne è incerto l'ambito di applicazione, ne è incerta l'estensione, ne è incerta la portata; ma quel che più conta è che ne è incerta l'ammissibilità.

Procediamo con ordine.

Quanto all'ambito di applicazione, una parte minoritaria della dottrina reputa che il giudicato implicito possa esplicarsi solo rispetto alle questioni di rito: in questo campo, esso viene alla luce ogniqualvolta il giudice abbia implicitamente considerato esistente un presupposto processuale e la sentenza non sia stata impugnata sul punto ⁽⁵⁹³⁾. A tale tesi si oppone altra parte della dottrina, accompagnata dalla prevalente giurisprudenza, la quale ammette, invece, che il giudicato implicito possa riguardare anche le questioni di merito ⁽⁵⁹⁴⁾.

Per chi aderisce a quest'ultima opzione, sorge il problema di definire l'estensione del c.d. giudicato implicito su questioni di merito.

⁽⁵⁹⁰⁾ Per un'analisi approfondita delle ragioni che sorreggono tale affermazione, v. *supra*, par. 18. Per una rassegna della dottrina e della giurisprudenza che abbracciano la conclusione indicata nel testo, v. *supra*, nota 425.

⁽⁵⁹¹⁾ In aggiunta agli interpreti indicati *supra*, nota 425, si veda anche F. P. LUISO, *Istituzioni* cit., p. 132, per cui “la comunanza di fatto storico rilevante non costituisce un presupposto idoneo a rendere rilevante una decisione in un altro processo. Infatti, compito della tutela dichiarativa non è accertare fatti passati, ma stabilire regole di condotta per il futuro: l'accertamento dei fatti storici è solo strumentale allo svolgimento della funzione propria della tutela dichiarativa”.

⁽⁵⁹²⁾ Cfr. *infra*, par. 30.

⁽⁵⁹³⁾ Così E. T. LIEBMAN, *Manuale* cit., vol. I, p. 282; G. F. RICCI, *Diritto processuale* cit., p. 295. Sul punto, v. anche M. DE CRISTOFARO, *Giudicato* cit., p. 56, per cui il tentativo di “espiantare” il giudicato implicito dal campo delle questioni di rito e di innestarlo “sulla tutt'affatto diversa tematica dei limiti oggettivi del giudicato cd. «esterno» di merito” costituisce “una sorta di operazione transgenica che [...] non può non comportare reazioni di rigetto”.

⁽⁵⁹⁴⁾ Ad esclusione delle questioni relative a diritti indisponibili o di ordine pubblico: cfr. G. ARIETA – F. DE SANTIS – L. MONTESANO, *Corso* cit., p. 689, per i quali “il giudicato «implicito», proprio in quanto inerisce a quella disponibilità dell'agire e del resistere in giudizio collegata alla disponibilità dei diritti che vi si fanno valere, non può ritenersi operante in materia di diritti indisponibili o di ordine pubblico e, a maggior ragione, di azioni proponibili dal pubblico ministero”; C. NATOLI, *Considerazioni sul criterio discrezionale tra giudicato implicito e giudicato sul deducibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1979, p. 274, spec. 276.

Secondo un primo orientamento, tutti gli antecedenti logici che hanno condotto a una determinata decisione e che non sono stati “esternati” nel testo della pronuncia sono coperti dal c.d. giudicato implicito. Chi abbraccia tale prospettiva ritiene che, poiché la statuizione finale è il risultato di una serie di passaggi logici che il giudice deve necessariamente aver compiuto, tutte le valutazioni che rappresentino i presupposti logici della sentenza divengono incontestabili in ogni eventuale successivo giudizio, anche laddove non siano contenute nel provvedimento giurisdizionale e finanche laddove le sottostanti questioni non siano state discusse nel corso del processo ⁽⁵⁹⁵⁾.

Riecheggiano qui le idee di chi reputa che tutte le questioni pregiudiziali in senso logico vengano sempre decise dal giudice con efficacia di giudicato. Anche tale visione si fonda, infatti, sull’assunto che le premesse logiche della decisione debbano divenire incontestabili al pari della statuizione finale. La differenza sta nel fatto che chi ammette il giudicato implicito sugli antecedenti logici non distingue tra questioni pregiudiziali in senso tecnico e questioni pregiudiziali in senso logico ⁽⁵⁹⁶⁾.

In forza di una diversa concezione, proposta da Carmelo Natoli, il giudicato implicito può formarsi solo sulle questioni pregiudiziali potenzialmente idonee a convertirsi, su iniziativa del convenuto, in cause pregiudiziali, purché rientranti nella competenza del giudice che ha emesso la pronuncia sulla situazione giuridica dipendente. L’Autore ravvisa una sola eccezione alla regola: non sono suscettibili di acquisire forza di giudicato implicito quelle questioni che sono soggette ad accertamenti incidentali *ex lege*; in tali ipotesi, infatti, l’unico giudicato che può validamente crearsi è il giudicato “esplicito”, derivante dalle espresse statuizioni del giudice ⁽⁵⁹⁷⁾.

⁽⁵⁹⁵⁾ Seguono questa linea N. COVIELLO, *Manuale* cit., pp. 556-557, per cui, allorché il giudice “ometta di pronunciare su questione che, pur non essendo stata oggetto speciale di domanda, costituisca un elemento necessario alla decisione del rapporto giuridico controverso”, “il giudicato implicito può ammettersi solo quando tra la questione espressamente risolta, e quella che vuol considerarsi come tacitamente decisa, vi sia [...] un nesso di dipendenza assoluta [tale] da non potersi risolvere la questione espressamente decisa senza risolvere la questione su cui è taciuto nel senso appunto in cui si vuole ravvisare essersi implicitamente giudicato”; A. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo* cit., pp. 242-243; F. MAZZARELLA – G. TESORIERE, *Corso di diritto processuale civile*, Padova, 2009, p. 195. Dà conto del filone interpretativo in parola G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile* cit., pp. 865-866, senza, tuttavia, prendere esplicita posizione in proposito. In giurisprudenza, v. Cass., 21 maggio 2007, n. 11672; Cass., 16 maggio 2002, n. 7140, per la quale “il giudicato si forma su tutto ciò che ha costituito l’oggetto della decisione, anche ove ne sia solo il necessario presupposto logico”; Cass., 24 maggio 1978, n. 2605, in *Giur. it. Mass.* 1978, p. 590, per cui “sussiste giudicato implicito se fra la questione espressamente decisa e quella che si assume essere stata implicitamente risolta intercorre non soltanto un rapporto di causa ad effetto, ma anche un nesso di dipendenza così indissolubile da non potersi decidere l’una senza prima avere deciso l’altra”; App. Bologna, 8 gennaio 1946, in *Tem* 1948, p. 50, che considera implicito, nell’accertamento dell’obbligo di rilasciare un immobile in base a un contratto, il giudicato sulla validità del contratto stesso: “nella motivazione della [prima] sentenza è espressamente detto che la domanda attrice era provata dal rogito prodotto [...]. Superfluo è d’altra parte rilevare, dato che per aversi la regiodicata implicita non sono necessari motivi espliciti, che ove anche nella citata sentenza mancasse un espresso richiamo al rogito su citato, non per questo potrebbe dubitarsi della esistenza del giudicato implicito sulla sua validità”.

⁽⁵⁹⁶⁾ Salve rare eccezioni: cfr. Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, per cui il giudicato implicito presuppone nessi di pregiudizialità logica.

⁽⁵⁹⁷⁾ Cfr. C. NATOLI, *Considerazioni* cit., p. 276.

La terza e ultima impostazione, che sembra raccogliere i maggiori consensi, è quella per cui la cosa giudicata implicita altro non è che la copertura del dedotto e del deducibile⁽⁵⁹⁸⁾. In virtù di tale forma di regiducata, le questioni non dedotte ma deducibili nel giudizio che ha condotto all’emanazione della sentenza divenuta incontrovertibile non possono più essere ridiscusse per svellerne la portata; tuttavia, possono essere ridiscusse a ogni altro fine⁽⁵⁹⁹⁾.

Rispetto, poi, all’efficacia del giudicato implicito, mentre voci di minoranza asseriscono che lo stesso produca un limitato effetto preclusivo all’interno del solo processo in cui si è formato⁽⁶⁰⁰⁾, la corrente maggioritaria attribuisce a tale giudicato la medesima efficacia che caratterizza il giudicato “esplicito”, operante anche in processi diversi.

Come si è lasciato intendere all’inizio del presente paragrafo, la figura del giudicato implicito ha attirato molteplici censure, soprattutto ove inteso nella prima accezione descritta.

Si è, anzitutto, sottolineato che la locuzione “giudicato implicito” costituisce una contraddizione in termini, in quanto ciò che viene “giudicato” non può che esserlo esplicitamente⁽⁶⁰¹⁾.

⁽⁵⁹⁸⁾ Sulla quale v. *infra*, par. 30.

⁽⁵⁹⁹⁾ Credono che vi sia una sovrapposizione concettuale tra giudicato implicito e preclusione del dedotto e del deducibile E. ALLORIO, *Critica della teoria del giudicato implicito*, in *Problemi di diritto*, vol. II, *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato e altri studi*, Milano, 1957, p. 215, spec. 215, secondo cui “cosa giudicata implicita indica preclusione delle questioni non dedotte, sebbene si potessero dedurre, nel giudizio che approdò alla sentenza definitiva”; G. ARIETA – F. DE SANTIS – L. MONTESANO, *Corso cit.*, p. 688; E. FAZZALARI, *Il cammino della sentenza cit.*, p. 597; E. FAZZALARI, *Istituzioni cit.*, p. 467, per cui “il c.d. giudicato implicito si riduce, a volerne ancora parlare a proposito sia di questioni di merito sia di questioni di rito, alla «copertura (irretrattabilità da passaggio in giudicato) del dedotto e del deducibile»; S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale cit.*, p. 54, per il quale “il giudicato implicito si radica nel principio del « dedotto e deducibile», e cioè nell’onere di completezza della contestazione e si forma pertanto anche su e in pregiudizio di contestazioni possibili ma non proposte”; E. T. LIEBMAN, *Manuale cit.*, vol. I, pp. 282-283. In giurisprudenza, in tal senso v. Cass., 14 gennaio 2002, n. 349, in *Foro it.* 2002, I, p. 2763, con nota di R. CAPONI, *Limiti oggettivi cit.* È, invece, contrario all’assimilazione tra i principi del giudicato implicito e del dedotto e deducibile C. NATOLI, *Considerazioni cit.*, p. 274 ss. L’Autore sostiene che entrambi siano collegati alla inosservanza dell’onere della domanda e che si distinguano per la parte sulla quale incombe tale onere. Quando l’attore deve proporre domanda per dedurre nello stesso processo una lite accessoria o pregiudiziale rispetto a quella dedotta, e non lo fa, la domanda è in futuro preclusa in applicazione del principio del dedotto e deducibile. Quando, invece, il convenuto tralascia di proporre domanda di accertamento incidentale per far decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale, quest’ultima diviene incontrovertibile per effetto del giudicato implicito. Parimenti contraria all’assimilazione, in giurisprudenza, Cass., 9 novembre 2017, n. 26557.

Peculiare è, infine, l’opinione di F. LANCELOTTI, *Variazioni dell’implicito cit.*, p. 477 ss. Secondo l’Autore, il giudicato implicito è un “fenomeno obiettivo di estensione del giudicato” che si adatta, da una parte, a coprire il dedotto e il deducibile e, dall’altra, a includere la risoluzione di tutte le questioni che rappresentano un antecedente logico necessario e imprescindibile di quelle decise. Come si vede, Lancellotti si pone a metà strada tra la prima e la terza teorica descritte nel testo.

⁽⁶⁰⁰⁾ Cfr. S. SATTA – C. PUNZI, *Diritto processuale cit.*, p. 214; S. ZIINO, *Disorientamenti della Cassazione in materia di giudicato «implicito» e di rilevanza del giudicato esterno*, in *Riv. dir. proc.* 2005, p. 1389, spec. 1396, per cui il giudicato implicito “comporta la preclusione di determinate questioni, in seno allo stesso processo, dopo che è stata emessa una sentenza non definitiva”.

⁽⁶⁰¹⁾ Così G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. III, Milano, 1993, p. 231, spec. 271. In senso simile, si è affermato che il criterio del giudicato implicito sia “logicamente

In secondo luogo, l'ammissibilità del giudicato implicito trova un significativo ostacolo di diritto positivo nel disposto dell'art. 34 c.p.c.: "se infatti l'art. 34 non consente la formazione del giudicato neppure sulle questioni pregiudiziali risolte dal giudice in modo espresso qualora non glielo imponga la legge o non glielo richiedano le parti, *a fortiori* il giudicato non si potrà mai formare su una questione risolta solo implicitamente" ⁽⁶⁰²⁾.

In terzo luogo, il giudicato implicito è incompatibile con un sistema informato al primato della ragione più liquida. Come si è visto ⁽⁶⁰³⁾, in virtù di tale canone, le decisioni giudiziali non devono seguire un ordine logico, compiendo una puntuale ricognizione di tutte le questioni *lato sensu* pregiudiziali, sulla base di una sequenza obbligata desumibile dalla disciplina sostanziale. Al contrario, i provvedimenti vengono resi in via del tutto ipotetica, potendo far leva su un motivo che, sul piano logico-giuridico, si pone a valle di altri. In tale scenario, il fenomeno del giudicato implicito non può essere ammesso, in quanto postula un meccanismo decisionale in cui le varie questioni sono conosciute e risolte nell'ordine che deriva dal diritto sostanziale ⁽⁶⁰⁴⁾.

Ancora, la circostanza che il giudicato si formi automaticamente anche su questioni delle quali le parti non hanno discusso si pone agli antipodi della tutela dei diritti di azione e difesa di cui all'art. 24 Cost. Se così fosse, alle parti sarebbe preclusa la possibilità di far valere i propri diritti in successivi processi, benché sui medesimi non abbiano contraddetto nemmeno una volta ⁽⁶⁰⁵⁾.

Infine, meritano di essere qui richiamate le parole di La China, per la loro chiarezza ed efficacia: la *res iudicata* è "l'effetto di un procedimento, non di un ragionamento; perciò il

errato" (A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 161), si presti "ad equivoci" (E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., p. 202) e abbia "carattere finzionistico" (E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., p. 113).

⁽⁶⁰²⁾ G. F. RICCI, *Diritto processuale* cit., p. 295. In termini analoghi, cfr. F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 220; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 348. Si veda, altresì, S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 52, il quale parlando della dizione "esplicita domanda" contenuta nell'art. 34 c.p.c., scrive: "e non si richiamerà mai abbastanza l'attenzione sul deliberato uso da parte del legislatore di un aggettivo – «esplicito» – che frontalmente impedisce l'eventuale troppo corrivo cedere ad ipotesi di formazione *implicita* del giudicato".

⁽⁶⁰³⁾ Cfr. *supra*, par. 22.

⁽⁶⁰⁴⁾ Il rilievo è condiviso da E. ALLORIO, *Critica* cit., pp. 218-219; P. BIAVATI, *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, p. 1301, spec. 1304, 1307 ss.; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 320, nt. 59.4: "quella del giudicato implicito è infatti una categoria che [...] non può essere accolta: per un verso, la *possibilità*, per il giudice, di rilevare un certo fatto, non implica l'*obbligo* di farlo [...]; in secondo luogo, se anche così fosse, la conseguenza del mancato rilievo non potrebbe mai essere la decisione implicita, bensì l'erroneità della sentenza"; S. MENCHINI, *L'ordine di decisione* cit., p. 977; S. RECCHIONI, *Rapporto giuridico fondamentale* cit., p. 1608. Pare di tale avviso anche E. ONDEI, *Un equivoco* cit., p. 1. In giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 5.

⁽⁶⁰⁵⁾ In tal senso v. G. ARIETA – F. DE SANTIS – L. MONTESANO, *Corso* cit., pp. 688-689; M. DE CRISTOFARO, *Giudicato* cit., p. 56 ss.; E. FAZZALARI, *Istituzioni* cit., pp. 466-467, anche nt. 29, secondo il quale "è abnorme pretendere il passaggio in giudicato in ordine a questione non sollevata, né discussa dalle parti"; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., p. 113, per la quale il giudicato implicito conduce a conseguenze "esorbitanti"; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale* cit., pp. 222-223, per cui il giudicato implicito potrebbe "mascherare un'arbitraria estensione dell'efficacia di accertamento a questioni pregiudiziali o, ancor peggio, ad ogni premessa giuridica e di fatto che, pur estranea ai rapporti decisi, appaia «logicamente necessaria» a tale decisione (ciò significherebbe, per di più, violare il diritto di azione e di difesa – art. 24 Cost. – precludendo alle parti possibili strumenti essenziali di discussione in futuri processi su rapporti diversi da quello deciso)".

criterio della implicazione valido sul piano della logica, delle regole dell'argomentazione, non lo è altrettanto sul piano positivo, perché la decisione resa per implicito si differenzia dalla decisione assunta in modo esplicito per l'ovvio e concretissimo motivo che la seconda e non la prima è preceduta da quegli insostituibili strumenti di determinazione dell'oggetto e maturazione di verità che sono il dibattito, il contraddittorio, l'istruttoria, e perché quindi molto maggior probabilità v'è che sia giusto il secondo tipo di decisione – su questioni palesemente dibattute e istruite – piuttosto che il primo – formato per riflesso logico su temi nemmeno posti in questione, e perciò non posti nel fuoco dell'attenzione critica delle parti – e v'è dunque molto minor rischio nel cristallizzare in eterno la verità enunziata nella decisione consapevole che in quella inconsapevole”⁽⁶⁰⁶⁾.

Le molteplici criticità cui dà origine il giudicato implicito nella sua prima accezione hanno condotto alcuni studiosi a ritenerlo ammissibile solo nella misura in cui venga assimilato, negli effetti, alla preclusione del dedotto e del deducibile⁽⁶⁰⁷⁾.

Effettivamente, se il giudicato implicito assumesse lo stesso ruolo di garante dell'essenza della *res iudicata* che è proprio del principio del dedotto e del deducibile, nessuna delle perplessità *retro* manifestate potrebbe validamente essergli opposta. Tuttavia, esso diverrebbe un mero “doppione” della preclusione da dedotto e deducibile e risulterebbe, in definitiva, superfluo⁽⁶⁰⁸⁾.

Pertanto, alla luce delle riflessioni svolte, credo sia preferibile non dare cittadinanza nel nostro ordinamento al controverso fenomeno del giudicato implicito, in quanto, se inteso in senso ampio, porterebbe a una estensione imprevedibile ed eccessiva della regiudicata e, se inteso in senso stretto, produrrebbe gli stessi effetti della preclusione del dedotto e del deducibile e risulterebbe inevitabilmente pleonastico.

29. L'estensione del giudicato ai motivi della pronuncia

Una volta escluso che la cosa giudicata possa plasmarsi sulle valutazioni che non sono riportate nel testo della sentenza, ma che sono implicitamente in essa contenute, occorre domandarsi se, per converso, ciò che viene esplicitato dal giudice nel provvedimento giurisdizionale sia integralmente destinato all'incontrovertibilità a ogni effetto, o se il giudicato abbia un perimetro più ristretto.

Come noto, nelle sentenze si rinvergono due sezioni fondamentali: il dispositivo, che racchiude la statuizione finale sulla situazione giuridica fatta valere in giudizio, e la

⁽⁶⁰⁶⁾ S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 49.

⁽⁶⁰⁷⁾ Cfr. E. FAZZALARI, *Il cammino della sentenza* cit., p. 597; E. FAZZALARI, *Istituzioni* cit., p. 467; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale* cit., pp. 222-223. In effetti, si rinvergono dei casi in cui la giurisprudenza si serve dello strumento del giudicato implicito non per estendere l'oggetto dell'accertamento agli antecedenti logici della decisione, bensì per proteggere la concreta utilità che a una delle parti sia derivata da un anteriore giudicato, evitando che questo possa essere vanificato: v. Cass., 30 giugno 2009, n. 15343; Cass., 11 aprile 2008, n. 9544; Cass., 21 luglio 1971, n. 2384 e Cass., sez. un., 20 marzo 1971, n. 808, in *Foro it.* 1972, I, p. 88, con nota di A. PROTO PISANI, *Osservazioni in tema di limiti oggettivi del giudicato*.

⁽⁶⁰⁸⁾ Così E. ALLORIO, *Critica* cit., p. 215; S. ZIINO, *Disorientamenti* cit., p. 1397.

motivazione, che ripercorre i ragionamenti che il giudice ha compiuto per giungere alla decisione ⁽⁶⁰⁹⁾. A fronte di tale consueta struttura, gli interpreti hanno cercato di capire se, allo scopo di determinare l'oggetto della *res iudicata*, sia rilevante che una determinata affermazione dell'organo giudicante sia collocata nell'una o nell'altra parte del provvedimento.

Ovviamente il tema che stiamo per affrontare non è sganciato dalle problematiche sinora studiate; difatti, le ragioni delle decisioni altro non sono se non le soluzioni che vengono date alle questioni pregiudiziali, alle eccezioni e, più in generale, alle difese ⁽⁶¹⁰⁾. Perciò, quando sarà il momento di trarre le definitive conclusioni in ordine all'ampiezza da dare alla *res iudicata* ⁽⁶¹¹⁾, si dovrà prestare attenzione a fornire risposte coerenti e armoniche rispetto a tutti i distinti profili che si sono analizzati negli ultimi paragrafi.

Rispetto al quesito qui in esame, l'unico elemento sul quale dottrina e giurisprudenza concordano è che mai acquistano efficacia di giudicato le considerazioni che, sebbene incluse nella motivazione, rappresentano dei meri *obiter dicta* ⁽⁶¹²⁾.

All'infuori di questo punto fermo, l'interrogativo inerente all'espansione della regiudicata sulla motivazione ha suscitato reazioni variegata. Su un fronte si schierano coloro che sono inclini a estendere la *res iudicata* anche ai motivi del *decisum*; sul fronte opposto si allineano, invece, coloro che preferiscono limitare l'incontestabilità della pronuncia al solo dispositivo.

⁽⁶⁰⁹⁾ “La sentenza è un atto avente un duplice contenuto: come provvedimento pronunciato dall'autorità giudiziaria, essa contiene una disposizione, una statuizione, l'«atto di tutela giuridica»; ma quest'atto è il risultato di un giudizio, di un'attività logica compiuta dal giudice per pervenire alla decisione ed egli deve esporre nella sentenza il cammino da lui percorso, cioè i «motivi in fatto e in diritto della decisione»” (l'obbligo discende dagli artt. 111, c. 6, Cost. e 132, c. 2, n. 4, c.p.c.): E. T. LIEBMAN, voce *Giudicato* cit., p. 13. Nello stesso senso si esprimono A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, p. 138 ss., secondo il quale la sentenza è una sintesi tra due elementi: un elemento volitivo, ossia il dispositivo, il comando; un elemento logico, ossia la motivazione, il giudizio; G. CHIOVENDA, *L'idea romana* cit., p. 328, il quale fa notare che “ogni processo, in ogni tempo e in ogni paese, contiene necessariamente due elementi, un elemento logico di natura preparatoria, che consiste in una serie di osservazioni, di ragionamenti e di accertamenti, e un atto di volontà, di natura finale, che è la volontà stessa della legge nel caso concreto, formulata dal giudice nel dispositivo della sua sentenza”; G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione* cit., p. 256; S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 48. Da un punto di vista storico, il rapporto tra i due elementi è variato da tempo a tempo, da luogo a luogo. Il processo romano è stato caratterizzato dalla prevalenza dell'atto di volontà. Nel processo intermedio si è assistito, invece, a una lenta inversione e a una “supervalutazione” dell'elemento logico. Questa preponderanza è rimasta, poi, schiacciante fino alla prima metà del XIX secolo. Per approfondimenti, v. G. CHIOVENDA, *L'idea romana* cit., p. 328 ss.; G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione* cit., p. 256 ss.; G. CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata* cit., p. 401 ss.

⁽⁶¹⁰⁾ Lo nota anche F. CARNELUTTI, *Sistema* cit., vol. I, p. 353.

⁽⁶¹¹⁾ Il che avverrà nel successivo paragrafo 31.

⁽⁶¹²⁾ Secondo la definizione comunemente accettata, sono *obiter dicta* quelle affermazioni di carattere giuridico su questioni collegate alla controversia, che non costituiscono un momento essenziale del ragionamento del giudice, tanto che la decisione finale sarebbe identica anche se dette questioni non fossero state esaminate. Cfr., *ex multis*, C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale* cit., vol. I, pp. 195-196, secondo i quali sono sempre escluse dall'incontrovertibilità “le affermazioni estranee alla logica della motivazione”; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile* cit., p. 864, per cui sono escluse dal giudicato tutte le “affermazioni ed enunciazioni prive di connessione logico-giuridica con l'essenza del dispositivo”; G. F. RICCI, *Diritto processuale* cit., pp. 294-295, per cui sono “esclusi dalla portata del giudicato i c.d. *obiter dicta*”; la pronuncia, “lungi dall'esserne influenzata, è soltanto un'occasione per dissertare” sui medesimi; S. SATTI – C. PUNZI, *Diritto processuale* cit., p. 213, anche nt. 33. In giurisprudenza, v. Cass., 31 agosto 2005, n. 17568, per la quale gli *obiter dicta* sono le “affermazioni o osservazioni non funzionali alla decisione”; Cass., 19 marzo 1999, n. 2526.

Eppure, nessuno dei due fronti si presenta compatto: entrambi inglobano al proprio interno diverse vedute.

Quanto al primo fronte, orientato verso una dilatazione della cosa giudicata, chi reputa che il giudicato copra gli accertamenti inseriti nella parte motiva che formino premesse logiche e necessarie della decisione si oppone a chi ritiene che siano idonee ad assumere natura incontestabile solo le questioni che siano state oggetto di discussione tra le parti ⁽⁶¹³⁾.

Quanto al secondo fronte, favorevole a un maggior contenimento della *res iudicata*, un primo filone rifiuta perentoriamente di attribuire efficacia di giudicato alle argomentazioni che compaiono in motivazione, senza nulla aggiungere ⁽⁶¹⁴⁾. Si fa notare, in proposito, che la conclusione è necessitata dall'operare del principio della ragione più liquida. Si pensi al caso in cui la domanda sia rigettata perché viene accertata la sussistenza di un fatto estintivo del diritto azionato, circostanza di pronta e rapida soluzione. In tale situazione, non ricorre alcun accertamento sull'effettivo avveramento del fatto estintivo: infatti, il giudice non ha mai esaminato la questione relativa all'esistenza del fatto costitutivo del diritto, sicché l'intervento di un fatto estintivo viene accertato come mero accadimento ipotetico. Non sarebbe, allora, né corretto né opportuno riconoscere a tale accertamento efficacia vincolante in successivi processi ⁽⁶¹⁵⁾.

⁽⁶¹³⁾ Nel primo senso, cfr. F. LANCELLOTTI, *Variazioni dell'implicito* cit., p. 476, il quale evidenzia che “una volontà decisoria della pronuncia potrà riscontrarsi non solo in sede di dispositivo, ma anche nella motivazione”; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile* cit., p. 864, anche nt. 320, il cui ragionamento è così articolato: (i) la cosa giudicata, oltre che sulla decisione complessiva della lite, può formarsi anche sulla decisione di singole questioni; (ii) ove la decisione di tali questioni appaia non già nel dispositivo, bensì nella motivazione, “questa viene legittimamente a far parte del giudicato” (l'idea dell'Autore è ripresa da D. DALFINO, *Questioni di diritto* cit., p. 136); S. SATTA – C. PUNZI, *Diritto processuale* cit., p. 213, per cui “il giudicato si forma non solo sulle statuizioni espresse nel *dispositivo* della sentenza, ma anche su tutti gli accertamenti contenuti nella *motivazione*, purché compiuti ai fini della decisione e riguardanti fatti o rapporti che abbiano formato oggetto della materia sottoposta alla decisione del giudice”. In giurisprudenza, v. Cass., 14 gennaio 2002, n. 349, in *Foro it.* 2002, I, p. 2763, con nota di R. CAPONI, *Limiti oggettivi* cit.; Cass., 13 novembre 1997, n. 11228; Cass., 27 ottobre 1994, n. 8865; Cass., 18 marzo 1977, n. 1074, in *Giur. it. Rep.* 1977, p. 3454; Cass., 29 settembre 1954, n. 3165, in *Giur. it.* 1955, I, 1, p. 756, con nota di E. HEINITZ, *Considerazioni attuali* cit.

Nel secondo senso, v. N. COVIELLO, *Manuale* cit., p. 556: “la decisione di un punto controverso in qualunque parte materialmente si trovi, è sempre una decisione, e quindi ha efficacia di cosa giudicata; [...] i presupposti di fatto e le questioni pregiudiziali [hanno] forza di cosa giudicata, quando formarono oggetto di discussione tra le parti, non in altri casi, perché solo allora essi formano oggetto della decisione del giudice, e quindi come ogni decisione giudiziale possono avere efficacia di cosa giudicata”.

⁽⁶¹⁴⁾ Così A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 489; E. FAZZALARI, *Il cammino della sentenza* cit., p. 594, secondo cui “il dispositivo – il comando di merito – produce la propria efficacia esterna, o sostanziale; la motivazione, il giudizio ch'essa contiene, esaurisce l'efficacia nel processo, rendendo doveroso un determinato dispositivo”; E. HEINITZ, *Considerazioni attuali* cit., pp. 763-764; F. MENESTRINA, *La pregiudiziale* cit., p. 162 (*a contrario*): “l'autorità logica della sentenza non è costretta entro i limiti oggettivi [...] che determinano il campo della regudicata. Essa s'estende anche ai motivi della decisione”; N. PICARDI, *Manuale* cit., p. 395, per cui “la sentenza che passa in giudicato è la conclusione, e non l'insieme delle ragioni ed argomentazioni incidentalmente esposte nella decisione”; E. REDENTI – M. VELLANI, *Lineamenti* cit., p. 47, secondo i quali l'accertamento, per acquistare autorità di giudicato, “deve costituire già in sé e per sé [...] la deliberata espressione della volontà (funzione-potestà) normativa del giudice per il caso concreto. Tale non è per esempio una qualunque affermazione di carattere narrativo o un'argomentazione che il giudice [...] inserisca incidentalmente [...] nella sua motivazione”.

⁽⁶¹⁵⁾ L'osservazione, pienamente condivisibile, è di A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, pp. 489-490.

Una diversa corrente, per converso, pur escludendo che i motivi divengano incontrovertibili, specifica che essi possono risultare utili per determinare la portata precettiva del dispositivo, soprattutto grazie all'individuazione del *petitum* e della *causa petendi*. Invero, capita spesso che il dispositivo sia redatto in termini astratti, sintetici o incompleti, e che, quindi, si debbano ricavare dalla motivazione le indicazioni per identificare l'oggetto del *decisum*. Per tener conto di tale aspetto, si arriva così a dire che motivazione e dispositivo devono essere intesi in senso sostanziale, e non in senso formale ⁽⁶¹⁶⁾.

Si badi, chi abbraccia quest'ultima linea di pensiero non giunge a includere la motivazione nella sfera della *res iudicata*: il giudicato si forma sempre e soltanto sull'accertamento relativo alla situazione giuridica oggetto della domanda. Tuttavia, tali interpreti mettono in evidenza che i motivi della pronuncia sono strumentali alla determinazione degli effetti (preclusivi e conformativi) che la regudicata possa esplicare in successivi giudizi ⁽⁶¹⁷⁾.

Analogo spirito di fondo caratterizza l'ultima teoria che viene in rilievo in materia di rapporti tra giudicato e motivazione: la c.d. teoria del vincolo al motivo portante della

⁽⁶¹⁶⁾ Di tale avviso sono V. ANDRIOLI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 1003; E. BETTI, *Diritto processuale* cit., p. 602, anche nt. 33; F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 221, il quale afferma che la motivazione "costituisce il principale strumento di chiarificazione, di interpretazione e, a volte, di integrazione del dispositivo della sentenza che passa in giudicato", benché, nell'ipotesi di discrasia tra i due, prevalga il dispositivo; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., pp. 333, 362, per cui "ai motivi della sentenza si deve risalire se ed in quanto ciò sia necessario per stabilire quale sia il bene della vita riconosciuto o negato dal giudice"; in termini eguali anche G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione* cit., p. 269; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 92; M. DE CRISTOFARO, *Giudicato* cit., p. 43 ss.; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., pp. 330-331; E. T. LIEBMAN, *Manuale* cit., vol. I, pp. 280-281; E. T. LIEBMAN, voce *Giudicato* cit., p. 13, per il quale la motivazione "ha lo scopo di spiegare e giustificare la decisione, ma non è essa stessa una decisione o una serie di decisioni; i due atti, quello dispositivo e quello logico, che nella mente del giudice furono strettamente collegati, dal momento della pubblicazione della sentenza perdono il loro collegamento per assumere le loro diverse funzioni: la motivazione conserva il suo compito illustrativo e giustificativo; la statuizione invece acquista efficacia imperativa e, con la preclusione delle impugnazioni, assurge a giudicato"; G. F. RICCI, *Diritto processuale* cit., p. 294, che scrive: "se il dispositivo è incompleto, non v'è alcun ostacolo alla sua integrazione con la motivazione [...], purché si abbiano chiari i precisi limiti dell'operazione, che non può e non deve consistere nell'allargamento dei confini del dispositivo per inserirvi incisi, magari occasionali apparsi nella motivazione"; F. C. SAVIGNY, *Sistema* cit., p. 382 ss.; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 346, il quale, tra l'altro, puntualizza che, nell'ipotesi di contraddizione tra dispositivo e motivazione, deve prevalere il primo; P. C. TACCHIVENTURI, *I limiti oggettivi* cit., p. 1215. In giurisprudenza, v. Cass., 20 giugno 2012, n. 10174; Cass., 2 aprile 2012, n. 5232; Cass., 31 marzo 2011, n. 7471, per cui "il giudice di merito, nell'indagine volta ad accertare l'oggetto ed i limiti del giudicato esterno, non può limitarsi a tener conto della formula conclusiva in cui si riassume il contenuto precettivo della sentenza previamente pronunciata e divenuta immodificabile, ma deve individuarne l'essenza e l'effettiva portata, da ricavarsi non solo dal dispositivo, ma anche dai motivi che la sorreggono"; Cass., 7 febbraio 2007, n. 2721; Cass., 18 gennaio 2007, n. 1093; Cass., 11 maggio 1977, n. 1855, in *Giur. it. Mass.* 1977, p. 433, per cui, "in tema di interpretazione del giudicato, il dispositivo della sentenza va integrato con la motivazione"; Cass., 30 luglio 1952, n. 2432, in *Giur. it. Mass.* 1952, p. 646, la quale, in un caso in cui una domanda riconvenzionale viene respinta in motivazione, afferma che "il giudicato può formarsi anche nella parte motiva della sentenza".

⁽⁶¹⁷⁾ Come correttamente osservato da E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., p. 93, nt. 6, non bisogna confondere la rilevanza del motivo ai fini della determinazione della portata precettiva della pronuncia con il diverso fenomeno dell'estensione del giudicato "a tutti gli effetti" alla motivazione della sentenza. Cfr. anche M. DE CRISTOFARO, *Giudicato* cit., p. 43 ss.

decisione. Essa si deve alle riflessioni di uno studioso tedesco, Albrecht Zeuner, che hanno avuto grande risonanza nel nostro ordinamento ⁽⁶¹⁸⁾.

Secondo l'Autore, il vincolo del giudicato opera in tutti i casi in cui l'oggetto di un primo processo e l'oggetto di un secondo processo sono legati da un'intensa interdipendenza di diritto sostanziale. Più precisamente, tale vincolo si esplica ogniqualvolta l'effetto giuridico richiesto con una seconda domanda rientri in quello garantito dalla "regolamentazione giuridica" di una prima pronuncia, ossia si ponga come continuazione o integrazione della prima sentenza. In tale contesto, sono proprio i motivi che chiariscono quale sia la "regolamentazione finale" perseguita con la domanda e realizzata con la sentenza, e che consentono, quindi, di identificare le rilevanti relazioni tra processi.

In considerazione di ciò, la cosa giudicata riguarda anche quella parte della motivazione che risulta decisiva per comprendere la regolamentazione finale fissata nel dispositivo. Ci si trova, qui, di fronte a un'efficacia della regiodicata limitata ai motivi portanti della sentenza, ossia a quelli che indicano il nesso teleologico (*Sinnzusammenhang*) tra domande (efficacia che, per tale ragione, viene definita relativo-selettiva) ⁽⁶¹⁹⁾.

Attraverso un'analisi casistica, Zeuner enuclea quattro tipologie di nessi teleologici a fronte dei quali opera il vincolo ai motivi portanti delle decisioni: (i) l'effetto perseguito con la seconda domanda è una sanzione per l'inadempimento al primo giudicato (domanda inibitoria e domanda avente ad oggetto il risarcimento del danno nascente dalla lesione dello stesso diritto); (ii) l'effetto cui si mira completa la regolamentazione raggiunta con il primo processo (domanda di rivendica e domanda di indebito arricchimento, volta a ottenere un compenso per l'occupazione abusiva del bene rivendicato); (iii) sussiste un elemento di uguaglianza o di scambio tra gli oggetti dei due procedimenti (controversie su contratti a prestazioni corrispettive); (iv) la seconda domanda incide sulla medesima regolamentazione finale cui tendeva il primo giudizio (azioni di annullamento di atti reiterabili).

Il nesso che più rileva in questa sede è chiaramente il terzo, relativo ai rapporti negoziali sinallagmatici. Secondo l'Autore, in queste ipotesi si manifesta un'insopprimibile esigenza che la pronuncia riguardante una prestazione non sia in contrasto con la pronuncia relativa alla controprestazione. Così, se la prima domanda viene accolta, le argomentazioni relative al contratto, che rappresenta la *causa petendi* attiva, non potranno più essere messe in discussione in un successivo processo in cui si faccia valere il diritto alla controprestazione. D'altro canto, però, ben potranno essere rivalutate in giudizi relativi a effetti paralleli a quello

⁽⁶¹⁸⁾ La tesi viene delineata in A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge: Zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozess*, Tübingen, 1959. Per puntuali illustrazioni di tale teorica da parte della nostra dottrina, si vedano A. BONSIGNORI, *I limiti oggettivi* cit., p. 236 ss.; A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 165 ss.; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni* cit., p. 140 ss.; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 226 ss.; S. DALLA BONTÀ, *Una «benefica inquietudine»* cit., p. 891 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 132-133; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., p. 131 ss.

⁽⁶¹⁹⁾ Sotto questo profilo, la tesi zeuneriana si discosta dalla concezione in base alla quale il giudicato copre tutti i passaggi motivazionali della sentenza.

su cui si è giudicato (si pensi a distinti processi su una pluralità di ratei) o afferenti allo stesso rapporto giuridico fondamentale ⁽⁶²⁰⁾.

Dall'ultima osservazione ben si evince che l'efficacia di giudicato di cui parla Zeuner non è l'efficacia di accertamento di cui al nostro art. 2909 c.c.; essa è, piuttosto, una forma di preclusione che si esplica non già in qualunque processo successivo, bensì solo in alcuni di essi. Ciò si desume dalle stesse parole dell'Autore: “con riguardo all'effetto del giudicato sulle questioni che sono risolte nella motivazione della pronuncia, *non si tratta mai di un accertamento sui fondamenti della decisione vincolante per qualsivoglia futuro processo*; gli effetti del giudicato di questo tipo vengono sempre e solo in considerazione qualora in un successivo processo sia litigioso un effetto giuridico che si pone in una determinata relazione di implicazione materiale con l'esistenza (o rispettivamente l'inesistenza) di quello già accertato con efficacia di cosa giudicata” ⁽⁶²¹⁾.

Pur consapevole di tale peculiarità, la nostra giurisprudenza, prendendo le mosse dalle riflessioni zeuneriane, è giunta ad applicare la teoria del vincolo al motivo portante in forma dichiaratamente estensiva: la Corte di Cassazione afferma che sui motivi portanti delle sentenze cala un vero e proprio giudicato *ex art. 2909 c.c.*, che rende le relative questioni non più confutabili e che è idoneo a produrre effetti in tutti i successivi giudizi in cui si discuta di diritti scaturenti dal medesimo contratto. “Si evita così” – a detta della Suprema Corte – “il (non agevole) riferimento ai ‘diritti ed effetti strettamente collegati al giudicato di rigetto da nessi funzionali di senso giuridico’, che renderebbe assai arduo il compito del giudice di merito” ⁽⁶²²⁾.

⁽⁶²⁰⁾ Cfr. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., pp. 227-228, per cui “la preclusione a discostarsi dalla precedente valutazione del rapporto fondamentale opererà [...] allorché si deduca un effetto giuridico contrattuale legato da un nesso sinallagmatico rispetto a quello già accertato, non però allorché si deducano effetti paralleli ad esso [...]. E forse neppure quando si azioni autonomamente, dopo la domanda volta all'adempimento di una prestazione, il solo rapporto fondamentale”.

⁽⁶²¹⁾ La traduzione riportata nel testo è di E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., p. 136, e corrisponde ad A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen* cit., p. 87. Considerano il vincolo al motivo portante una mera preclusione – e non un giudicato vero e proprio – C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., pp. 226-227, secondo cui “potrà darsi una preclusione nel nuovo processo a ridiscutere la esistenza e validità del rapporto fondamentale, in virtù di una sorta di *estoppel* collaterale selettivo, ovvero della fissazione processuale del punto ad un certo effetto; non già in virtù di un autonomo giudicato formatosi, ad ogni effetto dunque, sul rapporto fondamentale e sul suo positivo accertamento esplicito od implicito”; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., p. 136.

La teorica di Zeuner è andata incontro ai rilievi critici di alcuni nostri studiosi. In primo luogo, il vincolo del giudicato da connessione teleologica presenta l'alto rischio che i confini dell'incontrovertibilità vengano, in ultima analisi, lasciati alla discrezionalità del giudice (v. S. DALLA BONTÀ, *Una «benefica inquietudine»* cit., pp. 925-926). In secondo luogo, si è osservato che il vincolo al motivo portante si mostra insufficiente per evitare decisioni contraddittorie in tutte le ipotesi in cui l'accertamento su esistenza, validità ed efficacia del contratto non abbia costituito elemento di motivazione: v. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., p. 140, anche nt. 99, per la quale il criterio proposto da Zeuner “si rivela facilmente come incapace di assicurare indefettibilmente il perseguito coordinamento delle situazioni sostanziali, e ciò in particolare qualora la ragione sostanziale del loro collegamento (*scil.* il rapporto negoziale sinallagmatico) non sia tra «i motivi portanti» della decisione, e pure valga egualmente a segnarne la portata pratica”. In terzo luogo, è stato sottolineato che l'assorbimento di questioni antecedenti dal punto di vista logico-giuridico, in ossequio al criterio del primato della ragione più liquida, rappresenta un limite al concreto ed effettivo operare del vincolo selettivo al motivo portante delle decisioni (cfr. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 224, nt. 12).

⁽⁶²²⁾ Così Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 7.3.

Si sono, così, enumerate le diverse proposte ricostruttive che sono state formulate in punto di propagazione del giudicato sui motivi delle sentenze. Un esempio potrà, ora, aiutare a coglierne i risultati applicativi. Si immagini che venga instaurata un'azione per la condanna all'adempimento di una prestazione derivante da un negozio sinallagmatico e che la domanda venga rigettata perché il contratto è nullo. In base alle teorie che estendono la regiudicata alla motivazione (le prime due analizzate, nonché l'ultima di matrice giurisprudenziale), l'accertamento della nullità del contratto assume efficacia vincolante "a ogni effetto" in ogni successivo giudizio. In base alla teoria zeuneriana, la nullità del contratto non può essere rimessa in discussione nel solo giudizio in cui si domanda l'adempimento della controprestazione. In base alle teorie che confinano la *res iudicata* al dispositivo, la questione della nullità del contratto è sempre liberamente riesaminabile in processi successivi.

Rimandando le valutazioni più analitiche al successivo paragrafo 31, preme sin d'ora esplicitare una considerazione, se si vuole, abbastanza banale. La risposta relativa alla capacità della cosa giudicata di coprire anche la motivazione non può essere dettata da ragioni puramente formali: non si può escludere una determinata affermazione dall'ambito dell'incontrovertibilità della sentenza, per il solo fatto che è contenuta nella parte motiva del provvedimento, così come, per converso, non si può includere una determinata affermazione nell'ambito dell'incontrovertibilità per il solo fatto che è inserita nel dispositivo, al di sotto dell'acronimo "p.q.m.". In astratto, nulla impedisce che una considerazione personale del magistrato sia esplicitata nel dispositivo, e che, invece, una vera e propria decisione di una delle domande proposte resti malauguratamente relegata alla parte motiva, senza essere ritrascritta dopo il "p.q.m.". Pertanto, si condivide l'idea che la valutazione circa l'ingresso dei motivi nell'area della *res iudicata* debba essere condotta sulla base di criteri sostanziali, non formali.

Vedremo nel prosieguo del discorso quale delle concezioni descritte si mostri preferibile.

30. La preclusione del dedotto e del deducibile

Dopo aver approfondito le diverse sfaccettature di cui si compone il tema dell'oggetto della regiudicata, si è così giunti all'ultimo aspetto che occorre esaminare prima di tirare le fila dell'intero discorso.

È affermazione ricorrente quella per cui la cosa giudicata "copre il dedotto e il deducibile". Come si ricorderà, a detto principio sono già stati fatti plurimi cenni nel corso della trattazione, ma non ci si è ancora soffermati dettagliatamente sullo stesso. Si tratta a questo punto di comprenderne meglio il significato e di definire quale impatto esso abbia sull'estensione oggettiva della *res iudicata*.

Le risposte a tali interrogativi devono essere cercate ripartendo da quello che è il tratto essenziale della cosa giudicata, e cioè che nessun giudice può disconoscere o diminuire un bene della vita conseguito in virtù di un precedente giudicato ⁽⁶²³⁾.

⁽⁶²³⁾ Cfr. *supra*, par. 23, nonché gli autori citati in nota 528.

Ebbene, il principio del dedotto e del deducibile è stato forgiato dagli interpreti proprio allo scopo di proteggere l'intangibilità della regiudicata, di tutelare il risultato pratico della decisione, di salvaguardare l'immutabilità del *decisum* a fronte dei tentativi di sovvertirlo⁽⁶²⁴⁾. Esso si sostanzia in una preclusione che impedisce di scardinare l'attribuzione di un bene della vita posta in essere da una sentenza passata in giudicato. Per raggiungere tale obiettivo, la preclusione opera sia su quanto è stato dedotto nel processo che ha condotto alla pronuncia sia su quanto sarebbe stato in quella sede deducibile. Più precisamente:

- a) rispetto al “dedotto”, il principio comporta che i fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi che sono stati (appunto) dedotti in un primo processo non possono essere nuovamente allegati in un secondo processo al fine di rimettere in discussione la prima pronuncia; detto altrimenti, la preclusione evita che, una volta che un provvedimento abbia assunto efficacia di giudicato, le parti possano far valere eventuali errori commessi dall'autorità giudicante nell'affrontare le varie questioni rilevanti per decidere sulla fondatezza della domanda;
- b) quanto al “deducibile”, il principio fa sì che, in un secondo processo, le parti non possano sollevare nuove contestazioni rispetto a fatti costitutivi o allegare nuovi fatti impeditivi, modificativi ed estintivi al fine di inficiare il primo *decisum*, laddove tali contestazioni e tali allegazioni avrebbero potuto farsi valere nel corso del processo conclusosi con la sentenza passata in giudicato; da questo punto di vista, la preclusione argina mascherate domande di riesame della controversia, fondate su elementi nuovi, ma non sopravvenuti. Per converso, a ogni altro effetto – diverso dall'infirmare il contenuto della *res iudicata* – tutti i fatti non dedotti, ma deducibili, restano liberamente conoscibili⁽⁶²⁵⁾.

⁽⁶²⁴⁾ Così A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 498; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., pp. 511-512; P. BIAVATI, *Argomenti* cit., p. 126, che perentoriamente proclama: “la certezza suppone che i giochi giudiziari, ad un certo momento, si chiudano; se circostanze importanti o perfino decisive sono rimaste fuori dalla cognizione del giudice, ciò non impedisce che si raggiunga la stabilità degli effetti”; A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., pp. 149-150; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., pp. 329, 331, per cui “la preclusione di questioni è l'espedito di cui il diritto si serve per garantire al vincitore il godimento del risultato del processo”; E. CIAPPI, nota di commento a Cass., sez. III, 8 giugno 1979, n. 3265 cit., p. 153; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., pp. 278-279; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., p. 371, nt. 32; E. T. LIEBMAN, *Manuale* cit., vol. I, p. 282; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 301, per cui “la intangibilità del bene della vita attribuito è attuata [...] tramite la preclusione del dedotto e del deducibile”; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., p. 147; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 415; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., pp. 390-391; A. PROTO PISANI, *Note problematiche* cit., p. 447; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile* cit., p. 865: “in verità, nessuna concreta relazione giuridica tra le parti sarebbe realmente stabilita, se fosse consentito a quella soccombente di intentare un nuovo processo sulla base di una ragione, argomentazione, prova prima non addotta e idonea, in ipotesi, a fare determinare diversamente la relazione tra le parti”; E. REDENTI, *Sull'«assorbimento» di eccezioni* cit., p. 620; B. SASSANI, *Lineamenti* cit., p. 485; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., pp. 356-357. In giurisprudenza, v. Cass., 11 aprile 2008, n. 9544.

⁽⁶²⁵⁾ Sulla definizione indicata nel testo la dottrina si mostra granitica: cfr. A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 499; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., pp. 511-512, 517; G. BALENA, *Istituzioni* cit., p. 300; A. BONFILIO – V. MARICONDA, *L'azione di nullità* cit., p. 499; A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 148 ss.; R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Lineamenti* cit., p. 87, che includono nell'ambito di operatività della preclusione anche “l'applicazione di norme”; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 98; C. FERRI, *Profili* cit., pp. 108-109, secondo cui il principio preclude “il riesame giudiziale dell'identica controversia sulla base di nuove ragioni che

Ora, mentre la nozione di dedotto non presenta particolari criticità, la categoria del deducibile è più difficilmente inquadrabile e merita qualche ulteriore delucidazione.

Il limite temporale rispetto al quale si deve valutare la deducibilità di un fatto è l'udienza di precisazione delle conclusioni dell'ultimo grado di merito che si è svolto ⁽⁶²⁶⁾.

Sul piano dogmatico, il concetto di deducibile può essere inteso in senso oggettivo ovvero in senso soggettivo.

L'orientamento maggioritario ritiene che sia qualificabile come deducibile qualunque fatto venuto ad esistenza prima dell'ultimo momento utile in cui poteva essere dedotto in giudizio (ossia, come si è visto, prima dell'ultima udienza di precisazione delle conclusioni). In tale ottica, è sufficiente che un fatto fosse *astrattamente* deducibile perché ne sia preclusa la successiva allegazione volta a riaprire il dibattito sul risultato del primo processo: per questo si discorre di deducibilità "in senso oggettivo" ⁽⁶²⁷⁾.

Un'opinione minoritaria fa, invece, rientrare nell'alveo dei fatti deducibili solo quelli che, al momento della precisazione delle conclusioni, fossero conosciuti, o almeno conoscibili

potevano dedursi, ma non furono dedotte nell'antecedente procedimento conclusosi col giudicato"; S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 53, per cui "il giudicato di affermazione del diritto copre ogni contestazione diretta del fatto costitutivo ed ogni allegazione di fatti modificativi impeditivi o estintivi"; E. T. LIEBMAN, *Manuale* cit., vol. I, p. 282; F. MAZZARELLA – G. TESORIERE, *Corso* cit., p. 195; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 301; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., p. 147; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 415; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 306; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., pp. 390-391; A. PROTO PISANI, *Note problematiche* cit., p. 447; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile* cit., p. 865; E. REDENTI – M. VELLANI, *Lineamenti* cit., p. 48; B. SASSANI, *Lineamenti* cit., pp. 485-486; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 355. Sottolineano che la preclusione del deducibile copre anche i diritti direttamente incompatibili con quello oggetto del primo giudicato S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., p. 148; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 307, per cui "va accertato, onde stabilire la proponibilità di una nuova domanda nella quale si riproduca come *causa petendi* quella che sarebbe stata allora *causa excipiendi*, se vi sia inconciliabilità pratica tra il giudicato precedente e tale azione successiva fondata sulla *causa excipiendi* non proposta"; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., pp. 409-410; S. RECCHIONI, *Rapporto giuridico fondamentale* cit., p. 1610. In proposito, v. anche E. ONDEI, *Un equivoco* cit., pp. 3-4, secondo cui, poiché gli effetti del giudicato "si risolvono sostanzialmente in un ostacolo al libero esercizio del diritto di invocare la tutela giuridica, essi dovrebbero interpretarsi in senso rigorosamente restrittivo, limitati cioè ad escludere, dopo un giudicato, questo diritto solo nel caso in cui si prospetti una intrinseca e insanabile contraddizione tra l'accertamento del fatto e del diritto che è oggetto di una prima sentenza e l'accertamento che si pretende venga eseguito in un successivo giudizio".

Prende, invece, le distanze dalla definizione tradizionale C. NATOLI, *Considerazioni* cit., pp. 274-275, secondo il quale la preclusione del dedotto e del deducibile "riguarda le questioni relative a rapporti che, sul piano del diritto sostanziale, siano dipendenti o pregiudiziali rispetto al rapporto configurato come titolo della domanda, cioè le questioni di merito attinenti, sul piano del diritto processuale, a liti accessorie o a liti pregiudiziali non dedotte".

⁽⁶²⁶⁾ Così, se una sentenza resa in primo grado è passata in giudicato, il limite temporale sarà l'udienza di precisazione delle conclusioni del processo di primo grado. Se, invece, la sentenza è stata impugnata ed è, quindi, passata in giudicato all'esito dei giudizi di impugnazione, l'udienza di precisazione delle conclusioni cui fare riferimento sarà quella che si è svolta in appello. In proposito, cfr. G. BALENA, *Istituzioni* cit., p. 301; M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 245; F. P. LUISO, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 184.

⁽⁶²⁷⁾ Questa linea di pensiero è condivisa da A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 150; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 279, che scrive: "non importa allora – per bisogni di certezza insiti nell'istituto del giudicato, cui fa da bilanciante esterno solo la previsione di impugnazioni straordinarie del medesimo – se quei fatti non valorizzati fossero allora conosciuti o meno dalla parte, e nel secondo caso per sua negligenza oppure no"; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 415, per cui "priva di significato è la circostanza che la parte sia venuta a conoscenza del fatto rilevante soltanto in un momento successivo alla formazione del giudicato". In giurisprudenza, v. Cass., 19 agosto 1993, n. 8784.

con l'ordinaria diligenza, dalla parte interessata a farli valere. Chi segue questo approccio intende la nozione di deducibilità in senso soggettivo e la riconduce alla *concreta* opportunità di allegare il fatto in giudizio ⁽⁶²⁸⁾.

Ovviamente, in tutte le ipotesi in cui un certo fatto sia sorto prima del rilevante limite temporale, ma la parte interessata lo abbia conosciuto dopo tale momento, l'adozione dell'una o dell'altra proposta ermeneutica conduce a esiti applicativi diametralmente opposti.

La scelta si rivela, a mio modo di vedere, quanto mai ardua. Se ci si focalizza sull'obiettivo della preclusione del dedotto e del deducibile, ossia la stabilità delle attribuzioni dei beni della vita, non si può che propendere per la prima alternativa: i bisogni di certezza derivanti dall'istituto del giudicato dovrebbero prevalere su qualunque valutazione relativa all'effettiva conoscenza o conoscibilità dei fatti rilevanti per la controversia. D'altro canto, però, l'idea che una parte, dopo aver scoperto un fatto che avrebbe potuto cambiare le sorti di un giudizio ormai concluso, debba rimanere inerte e subire gli effetti di una pronuncia di cui si è palesata – *ex post* – l'ingiustizia sul piano sostanziale non lascia del tutto soddisfatti.

A me sembra che alcuni fattori sistematici possano orientare verso la visione soggettivistica. In primo luogo, esiste un principio generale per cui le parti che siano incorse in decadenze per cause a loro non imputabili possono essere rimesse in termini per compiere le attività dalle quali sono decadute (art. 153, c. 2, c.p.c.). Sembra, dunque, che il nostro ordinamento intenda tutelare coloro che svolgono attività processuali “in ritardo” perché è stato loro impossibile porle in essere prima. In secondo luogo, la disciplina della revocazione straordinaria (art. 395 c.p.c.) dimostra che il legislatore non è insensibile a eventuali scoperte che le parti fanno dopo il passaggio in giudicato formale della sentenza; scoperte che, in determinati casi, consentono di riaprire il dibattito sulla stessa *res in iudicium deducta*. In terzo luogo, è noto che la cosa giudicata non resiste ai fatti che sopraggiungono rispetto all'udienza di precisazione delle conclusioni, ma si apre a nuove valutazioni della lite. E il fatto di cui la parte venga a conoscenza dopo detto limite temporale altro non è che un fatto “soggettivamente” sopravvenuto, che, almeno nel campo delle umane facoltà, non avrebbe potuto essere allegato nel giudizio in corso. *Last but not least*, un meccanismo il cui risultato è quello di non permettere mai alle parti di far pienamente valere i propri diritti – in un primo momento in quanto ignare di tale possibilità, in un secondo momento in quanto a loro impedito – sembra scontrarsi con l'effettività della tutela giurisdizionale che si espliciti nel contesto di quadri informativi incompleti.

Bilanciando gli interessi in gioco, mi sembra che sia preferibile, nelle rare occasioni in cui un soggetto riesca a dimostrare di essere rimasto all'oscuro di una circostanza per causa a lui non imputabile, che l'immovibilità del giudicato ceda il passo alla possibilità di ottenere una decisione della lite che sia (almeno in potenza) più aderente alla realtà sostanziale: è, quindi, più opportuno assoggettare alla preclusione in esame solo i fatti che fossero conosciuti o conoscibili al momento della precisazione delle conclusioni.

⁽⁶²⁸⁾ Di tale avviso sono F. P. LUISO, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 185; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 318-319, con riferimento ai soli fatti-diritti potestativi.

Altra importante notazione è che i fatti deducibili, che possono cadere sotto la scure della preclusione in esame, sono soltanto quelli rilevanti ai fini dell'oggetto della prima pronuncia: si tratterà dei fatti che compongono la fattispecie costitutiva in senso stretto della situazione giuridica fatta valere in giudizio, nonché dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi che formano la corrispondente fattispecie in senso ampio ⁽⁶²⁹⁾. Altri e diversi fatti non potranno, invece, subire il medesimo trattamento ⁽⁶³⁰⁾.

Alla luce di quanto sinora esposto, risulta evidente che il principio del dedotto e del deducibile non incide sull'ampiezza oggettiva della regiudicata. Prima occorre determinare l'oggetto della domanda, del giudizio e del giudicato, sulla base di criteri scelti tra quelli visti nei paragrafi precedenti; una volta compiuta questa operazione, si può applicare il principio del dedotto e del deducibile all'oggetto individuato, con lo scopo di salvaguardarne l'incontrovertibilità. Proprio dall'individuazione della *res in iudicium deducta* dipende, infatti, l'identificazione dei fatti deducibili, la cui valutazione è preclusa se volta a ridiscutere il risultato del primo accertamento ⁽⁶³¹⁾.

Pertanto, la preclusione del dedotto e del deducibile non ha né la funzione, né lo scopo, né, in definitiva, la capacità di estendere il giudicato ai motivi o ai giudizi impliciti contenuti nella decisione: essa agisce come baluardo per l'intangibilità del giudicato, ma non può essere utilizzata per restringerne, espanderne e, più in generale, delinearne i confini oggettivi ⁽⁶³²⁾.

⁽⁶²⁹⁾ Per le definizioni delle due tipologie di fattispecie, v. *supra*, par. 2.

⁽⁶³⁰⁾ Per la precisazione che i fatti intaccati dalla preclusione del deducibile sono solo quelli rilevanti per la decisione sull'oggetto del primo giudizio, v. M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 244: “una volta che è stato giudicato su un dato diritto soggettivo, tutti i fatti che possono riguardarlo sono, per così dire, ‘bruciati’, anche se essi non sono stati spesi nel processo su di esso, pur potendo essere spesi [...]. Questo significa che il giudicato copre il dedotto e il deducibile. Il giudicato riguarda il diritto fatto valere e, una volta raggiunto, non hanno più rilievo i fatti relativi a quel diritto, siano essi stati dedotti o meno”; R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Lineamenti* cit., p. 87; V. COCCHI, *Orientamenti* cit., p. 3000, per la quale con “deducibile” si intende “una nozione composita comprendente ulteriori argomentazioni, fatti o questioni rilevanti all'interno del rapporto dedotto”; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 302, il quale evidenzia che “i confini della preclusione sono fissati dall'oggetto del processo; è deducibile, e perciò eventualmente precluso, ogni fatto che integri un elemento della fattispecie del diritto controverso, avente efficacia vuoi costitutiva, vuoi impeditiva, modificativa od estintiva rispetto a questo”; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., p. 148; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 415; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., pp. 390-391.

⁽⁶³¹⁾ Cfr. F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 220, per cui “la portata del «deducibile», né più né meno di quella del «dedotto», deve essere rigorosamente contenuta entro il «limite insuperabile della identificazione dell'azione oggetto della decisione»; S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 52, per cui, rimanendo “al livello e nell'ambito della questione controversa, l'ambito del giudicato su di essa si determina integrando il riferimento al «dedotto» con la considerazione necessaria del «deducibile»; A. LUGO, *Manuale* cit., p. 231; F. P. LUISO, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 183; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile* cit., p. 864, il quale parla di estensione “apparente” del giudicato; E. REDENTI – M. VELLANI, *Lineamenti* cit., p. 48; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 356, per cui il principio “si applica nei limiti della *res in iudicio deducta*”; P. C. TACCHIVENTURI, *I limiti oggettivi* cit., p. 1207, secondo cui, “per l'applicazione del principio che il giudicato copre il dedotto e il deducibile, non può prescindere dai limiti oggettivi del giudicato, né dai criteri fondamentali per la identificazione delle azioni”.

⁽⁶³²⁾ Di tale avviso sono V. ANDRIOLI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 997, secondo il quale l'affermazione per cui “il giudicato copre il dedotto e il deducibile” costituisce una formula “imprecisa e tale da estendere, in non pochi casi, i limiti del giudicato oltre il tollerabile; meglio è far ricorso al [...] concetto di preclusione per inferirne il principio generale che la cosa giudicata sostanziale preclude il rilievo di questioni che, sulla base del concreto corso del processo, sono incompatibili con il precetto finale, nel quale si sostanzia il giudicato medesimo”; A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 498, per cui si deve escludere che, tramite il principio

Proprio per questo si è scelto di riservarne l'esame alla parte finale del discorso sull'oggetto del giudicato: perché il principio del dedotto e del deducibile si presenta come un *posterius* rispetto all'individuazione della conformazione oggettiva della regiudicata.

Declinando il principio in parola nel settore delle azioni di nullità del contratto e delle corrispondenti eccezioni, si possono svolgere i seguenti rilievi.

Si è detto che la preclusione del deducibile riguarda solo i fatti attinenti all'oggetto del processo. In quest'ottica assume rilevanza l'inquadramento della domanda di nullità tra le domande autodeterminate o tra quelle eterodeterminate. Se si propende per la prima opzione, tutte le cause di nullità astrattamente prospettabili sono "attinenti all'oggetto del giudizio": la domanda, infatti, ricomprende tutte le possibili *causae petendi*. Ciò significa che, dopo la conclusione di una prima azione di nullità, tutti i potenziali motivi di invalidità che – pur essendo (concretamente) deducibili – non siano stati dedotti non possono essere fatti valere nell'ambito di una nuova azione di nullità avente ad oggetto il medesimo contratto, in quanto soggetti a preclusione. Se, invece, si qualifica la domanda di nullità come eterodeterminata, essa viene individuata dalla singola *causa petendi* addotta; tutte le altre possibili *causae petendi* non sono rilevanti ai fini della decisione, in quanto ineriscono a domande diverse da quella proposta. Ne segue che i diversi motivi di nullità non possono rientrare nella nozione di "fatti deducibili" e restano sempre liberamente valutabili in successivi giudizi aventi ad oggetto l'invalidità del medesimo accordo.

Si sono già indicate le ragioni per cui si ritiene preferibile includere la domanda di nullità del contratto nell'alveo di quelle eterodeterminate ⁽⁶³³⁾, e i ragionamenti effettuati a suo tempo trovano qui ulteriore supporto. Se tutti i vizi invalidanti fossero fatti "deducibili", una volta definita la prima azione di nullità instaurata contro un determinato contratto, non potrebbero più essere fatte valere ulteriori cause di nullità, pur esistenti, non dedotte nel

del dedotto e del deducibile, "si voglia estendere l'incontrovertibilità dell'accertamento"; "si deve ritenere, in particolare, che tale regola non riguardi il problema se il giudicato copra i giudizi di fatto o di diritto che siano contenuti nella decisione; come pure che non implichi che quei giudizi, non formulati espressamente ma impliciti, si debbano ritenere vincolanti"; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., pp. 511-512; A. BONFILIO – V. MARICONDA, *L'azione di nullità* cit., p. 499; F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 220; R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Lineamenti* cit., p. 87, per i quali "il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile è estraneo alla definizione dei limiti oggettivi del giudicato"; A. CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994, p. 69; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 279 ss., secondo cui la preclusione del deducibile "non attiene ai limiti oggettivi del giudicato in senso stretto, ma alla sua tenuta. E non può allora valere ad estendere proprio il perimetro del *decisum* coinvolgendo in esso posizioni giuridiche soggettive [...] non ricomprese nell'oggetto delle domande e delle conseguenti decisioni"; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito* cit., p. 371, nt. 32, il quale sottolinea che il principio per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile "è esatissimo, purché lo si intenda nei suoi giusti limiti, ossia quale strumento di garanzia della effettiva stabilità (indiscutibilità) del *dictum* giurisdizionale passato in giudicato in relazione al suo oggetto, e non quale ponte per dare ingresso alla inaccettabile figura del c.d. giudicato implicito su situazioni giuridiche soggettive sostanziali diverse da quelle che costituiscono oggetto della domanda"; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., p. 391, per cui il principio in discorso, "se inteso in modo corretto [...], non influisce in modo alcuno nel senso di restringere o ampliare i limiti oggettivi del giudicato"; A. PROTO PISANI, *Note problematiche* cit., p. 447; S. RECCHIONI, *Rapporto giuridico fondamentale* cit., p. 1609.

Paiono, invece, ritenere che l'applicazione del principio del dedotto e del deducibile conduca a un'espansione dell'oggetto del giudizio. E. CIAPPI, nota di commento a Cass., sez. III, 8 giugno 1979, n. 3265 cit., p. 153; V. COCCHI, *Orientamenti* cit., p. 3000.

⁽⁶³³⁾ Cfr. *supra*, par. 20.

corso di quel giudizio. La circostanza non si presenta problematica laddove la prima domanda di nullità sia stata accolta; invero, accertato che il negozio è invalido, non rileva che lo sia per una, due o più ragioni; ne basta una sola perché esso sia del tutto privo di effetti. Viceversa, quando la prima domanda di nullità sia stata rigettata, la preclusione all'allegazione di diversi vizi impedisce alle parti di veder incontrovertibilmente statuito che il contratto da esse stipulato non produce effetti, anche se il primo giudice non ha conosciuto di tutti i vizi astrattamente immaginabili e certamente non ha escluso la sussistenza di ciascuno di essi.

Sembra, allora, più opportuno consentire alle parti di sottoporre all'attenzione di un diverso magistrato la questione relativa a motivi di nullità diversi da quelli fatti valere in precedenza e, quindi, diversi da quello accertato inesistente.

E ciò non provoca il disconoscimento di un bene della vita attribuito dalla prima pronuncia. Infatti, la certezza che un contratto non sia invalidato da un determinato vizio non è inficiata dalla valutazione in ordine alla sussistenza di un altro vizio. Né si potrebbe affermare che la certezza conferita dalla prima pronuncia riguardi la validità *tout court*, sotto ogni profilo, del contratto. Invero, salvo che il giudice abbia conosciuto e deciso di tutti i potenziali vizi astrattamente immaginabili, la sua pronuncia non è idonea a creare una certezza di tal sorta, semplicemente perché non è stato condotto un accertamento di tale latitudine.

Volgendo, ora, l'attenzione all'ipotesi in cui in giudizio sia fatto valere uno dei diritti scaturenti da un contratto e la nullità si presenti nella veste di eccezione, se le cause di nullità del negozio, pur sussistenti e conosciute dalla parte interessata, non vengano dedotte, queste ultime non possono essere allegate in un successivo processo al fine di capovolgere il primo *decisum*. Nel caso descritto, infatti, non precludere la deduzione dei vizi invalidanti significherebbe consentire che il bene della vita attribuito dalla prima sentenza (in ipotesi, il diritto all'adempimento di una certa obbligazione contrattuale) venga disconosciuto dal magistrato adito per secondo ⁽⁶³⁴⁾. Se, invece, i motivi di nullità fossero dedotti a fini diversi (ad esempio, quali *causae petendi* di un'azione di nullità), essi non sarebbero soggetti alla barriera del dedotto e del deducibile.

31. Una valutazione d'insieme in merito alla conformazione oggettiva della *res iudicata* in relazione alle azioni e alle eccezioni di nullità del contratto. L'approccio restrittivo quale soluzione preferibile

L'esame della preclusione del dedotto e del deducibile ci ha condotto al termine dell'analisi delle diverse teorie con cui si è cercato di rispondere alla domanda: qual è

⁽⁶³⁴⁾ In proposito, v. A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 322, che scrive: "l'effetto di accertamento della sentenza dichiarativa dell'esistenza della situazione giuridica rende privi di rilievo giuridico i fatti, che siano produttivi, nel momento costituente il referente temporale della pronuncia, di effetti incompatibili con l'esistenza della situazione giuridica dichiarata. Pertanto, i fatti giuridici, aventi *ipso iure* efficacia impeditiva, estintiva, modificativa, del diritto accertato, già realizzatisi nel tempo del primo processo – in quanto tali deducibili al suo interno – sono preclusi dal giudicato sostanziale".

l'oggetto del giudicato? Come si è visto, il panorama delle prospettazioni dottrinali e giurisprudenziali è ricco e vario, il che è indice dello straordinario interesse che la tematica suscita negli interpreti, ma anche della sua estrema complessità.

Delineato il quadro delle molteplici prospettive dalle quali si può affrontare il problema, nonché delle ricostruzioni che sono state proposte, è giunto il momento di individuare le soluzioni che meglio bilanciano i diversi interessi in gioco e meglio si adattano ai valori espressi dalla nostra Carta costituzionale.

Nel corso della trattazione dei multiformi profili dell'estensione oggettiva della regudicata, si è via via svolta qualche considerazione critica, che ha già consentito di respingere definitivamente talune delle tesi formulate. Così, si è negato che:

- a) meritino accoglimento le opzioni ermeneutiche di Taruffo e Pugliese, secondo cui il giudicato copre sempre le questioni pregiudiziali idonee a definire il giudizio, purché valutate “con serietà” da un giudice per esse competente, nell’ambito di un processo tra parti legittimate ⁽⁶³⁵⁾;
- b) le mere eccezioni siano idonee a estendere l’oggetto del giudizio e, quindi, del giudicato ⁽⁶³⁶⁾;
- c) siano incontrovertibili “a ogni effetto” in un secondo giudizio le questioni di fatto o di diritto che detto giudizio abbia in comune con un diverso processo, nell’ambito del quale tali questioni sono già state risolte da un’autorità giudiziaria ⁽⁶³⁷⁾;
- d) siano coperte dal giudicato le valutazioni implicitamente effettuate dal giudice, relative a fatti o questioni che si collocano nel percorso logico che il magistrato deve compiere per decidere sull’oggetto della domanda; valutazioni che, quindi, non trovano spazio nel testo del provvedimento giudiziale, ma che possono dal medesimo essere logicamente inferite ⁽⁶³⁸⁾.

In positivo, invece, il primo punto che mi sembra acquisito è che la risoluzione delle questioni pregiudiziali in senso tecnico acquista efficacia di giudicato solo se tali questioni sono divenute oggetto di domanda di accertamento incidentale o se la legge lo impone (arg. ex art. 34 c.p.c.). In tutti gli altri casi, le questioni di tale specie vengono conosciute *incidenter tantum* e sono liberamente valutabili in giudizi successivi, purché non siano dedotte al fine di scardinare l’attribuzione di un bene della vita concesso da una precedente sentenza passata in giudicato (in tal caso incorrerebbero, infatti, nella preclusione del dedotto e del deducibile) ⁽⁶³⁹⁾.

Gli aspetti che restano ancora privi di soluzione si riducono, allora, all’individuazione della disciplina da applicare alle ipotesi di pregiudizialità logica e ai rapporti tra giudicato e motivazione. Procediamo, quindi, a sottoporre le differenti ipotesi ricostruttive a vaglio

⁽⁶³⁵⁾ Cfr. *supra*, par. 25

⁽⁶³⁶⁾ Cfr. *supra*, par. 26

⁽⁶³⁷⁾ Cfr. *supra*, par. 27.

⁽⁶³⁸⁾ Cfr. *supra*, par. 28.

⁽⁶³⁹⁾ Cfr. *supra*, par. 23.

critico, con riflessioni che vanno ad aggiungersi a quelle già svolte nei paragrafi in cui di tali argomenti si è *funditus* discusso ⁽⁶⁴⁰⁾.

Prendiamo le mosse dalla tesi restrittiva, secondo la quale, anche nel campo della pregiudizialità logica, la *res iudicata* copre le questioni pregiudiziali solo se le parti abbiano proposto esplicita domanda in tal senso o se sussista un'ipotesi di accertamento incidentale *ex lege*.

Tratteggiare il perimetro del giudicato seguendo questi criteri consente di fornire concreta attuazione ai diritti di azione e di difesa enunciati dall'art. 24 della Costituzione.

Per un verso, tale approccio rende effettivo il diritto di azione previsto dal primo comma della norma, che recita: “tutti *possono* agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”. La disposizione conferisce ai privati una facoltà – non un obbligo – di far valere le proprie situazioni giuridiche soggettive davanti all'autorità giurisdizionale: salvi i casi eccezionali in cui il legislatore sottrae ai privati la disponibilità della tutela dei propri diritti e prevede che l'azione possa essere instaurata anche dal pubblico ministero (v. artt. 2907 c.c. e 69 c.p.c.), alle parti è costituzionalmente garantita la scelta tra il reagire o meno a eventuali lesioni che provochino un bisogno di tutela. Il che significa che colui che ha il diritto di agire ha altresì il *diritto di non agire* ⁽⁶⁴¹⁾.

Alla stregua della tesi restrittiva, la parte può liberamente scegliere se far valere o non far valere una propria situazione giuridica soggettiva in giudizio. Nel primo caso, la parte proporrà una domanda giudiziale e otterrà un accertamento vincolante a ogni effetto in qualsivoglia successivo processo. Nel secondo caso, la parte non proporrà domanda e non otterrà alcun accertamento, nella consapevolezza, però, di *non aver perso* il proprio diritto di agire per la tutela di quella situazione giuridica per il solo fatto che in giudizio si è discusso di una diversa situazione giuridica dalla stessa dipendente.

Per altro verso, il regime delineato rende effettivo il diritto di difesa previsto dal secondo comma dell'art. 24 Cost., a mente del quale “la difesa è *diritto inviolabile* in ogni stato e grado del procedimento”. La consapevolezza che la *regiudicata* si forma solo su domanda o per volontà di legge permette ai contendenti di prevedere con certezza quali situazioni giuridiche non saranno più controvertibili all'esito del giudizio, e quali invece lo saranno ancora. Così, semplicemente sapendo se è stata proposta una domanda o se ricorre un'ipotesi di accertamento incidentale *ex lege*, le parti sono in grado di stimare con precisione, *ex ante*, l'oggetto del giudicato e possono convogliare i propri sforzi difensivi sulle questioni che saranno discusse in quel processo e mai più.

In proposito, si è osservato che dal combinato disposto del primo e del secondo comma dell'art. 24 Cost. si evince il principio per cui “i diritti da far valere in giudizio non debbono essere, già prima di questo, privati (in base al risultato di un giudizio in cui non sono stati fatti valere) di strumenti di difesa che loro competono secondo le garanzie del «dovuto

⁽⁶⁴⁰⁾ Cfr. *supra*, parr. 24 ss., 29.

⁽⁶⁴¹⁾ Sul punto cfr. L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., p. 33.

processo legale»⁽⁶⁴²⁾. Ebbene, la tesi restrittiva ha il merito di rispettare tale principio, in quanto mantiene impregiudicate le situazioni giuridiche non espressamente fatte valere con apposita domanda, per le quali rimane integra la tutela in via principale garantita dalla Costituzione⁽⁶⁴³⁾.

Oltre a ciò, la tesi restrittiva si pone in armonia con il primato della ragione più liquida. Se una situazione giuridica viene resa oggetto di domanda, su di essa il giudice deve necessariamente decidere, pena l'emissione di un provvedimento viziato da infrapetizione (art. 112 c.p.c.). E, poiché l'autorità giudicante deve gioco-forza analizzarla con l'accuratezza che si dedica a ogni domanda giudiziale, il fatto che la statuizione finale sul punto divenga incontrovertibile non crea problemi all'interprete. Se, invece, la situazione giuridica non viene fatta oggetto di domanda, essa può al più costituire una questione pregiudiziale (quando configuri un fatto-effetto costitutivo, impeditivo, modificativo o estintivo della diversa situazione giuridica azionata) e il giudice non è tenuto nemmeno a conoscerla, ove riesca a risolvere la controversia sulla base di un motivo di più pronta soluzione; e ciò anche se la questione assorbita si ponga come logico presupposto di tale motivo. La tesi restrittiva evita il rischio che la questione assorbita, in quanto logicamente pregiudiziale, risulti definita in modo incontestabile benché il giudice non l'abbia mai presa in considerazione⁽⁶⁴⁴⁾.

D'altro canto, però, la tesi restrittiva ha lo svantaggio di non consentire una immediata definizione delle controversie che involgono un rapporto complesso se ciò non è voluto dalle parti. Se del modo di essere del contratto non si decide con efficacia di giudicato (salvo che venga proposta domanda di accertamento sullo stesso), dell'esistenza, della validità e dell'efficacia del contratto si potrà ridiscutere in un numero indefinito di successivi processi, purché non si intenda svellere l'accertamento relativo al singolo diritto di volta in volta azionato.

Strettamente connesso con tale problematica è il secondo inconveniente che viene comunemente imputato alla tesi restrittiva, ossia il rischio che insorgano conflitti di giudicati.

Per saggiare la tenuta della censura occorre soffermarsi brevemente su tale fenomeno.

Secondo l'insegnamento tradizionale, si ha un conflitto di giudicati ogniqualvolta due sentenze passate in giudicato contengano disposizioni tra loro contrastanti. Si distinguono due diverse forme di contrasto: il contrasto logico, detto anche teorico, e il contrasto pratico. Il primo può originarsi quando due pronunce abbiano ad oggetto due situazioni giuridiche diverse, che sono tra loro legate da un nesso di pregiudizialità-dipendenza, o che dipendono dallo stesso rapporto giuridico. Si verifica un contrasto teorico laddove nell'un processo una questione venga decisa con efficacia di giudicato in modo difforme da come era stata conosciuta *incidenter tantum* nell'altro. Questo tipo di conflitto viene definito meramente logico perché, siccome i due provvedimenti hanno oggetti differenti, essi possono

⁽⁶⁴²⁾ Così L. MONTESANO, *Questioni cit.*, p. 306. L'osservazione è condivisa da C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato cit.*, p. 236.

⁽⁶⁴³⁾ Cfr. E. T. LIEBMAN, *Manuale cit.*, vol. I, p. 282; L. MONTESANO, *Questioni cit.*, p. 306.

⁽⁶⁴⁴⁾ Per la compatibilità tra tesi restrittiva e primato della ragione più liquida, cfr. A. ATTARDI, *Diritto processuale cit.*, vol. I, pp. 489-490.

materialmente coesistere, sebbene tra loro contrastanti. Il conflitto pratico si può, invece, sviluppare quando due pronunce abbiano ad oggetto la medesima situazione giuridica o situazioni giuridiche direttamente incompatibili ⁽⁶⁴⁵⁾. Sorge concretamente il contrasto laddove le due sentenze contengano decisioni opposte e, dunque, secondo una nota immagine, la loro esecuzione “ad opera della forza pubblica produce una zuffa fra gli agenti incaricati dell’attuazione” ⁽⁶⁴⁶⁾.

Ora, mentre il contrasto pratico di giudicati non è ammesso dal nostro ordinamento, il contrasto logico è pienamente tollerato. L’inconfutabile dimostrazione di questa affermazione è racchiusa nel disposto dell’art. 34 c.p.c. La norma, infatti, inequivocabilmente contempla la possibilità che determinate questioni pregiudiziali siano valutate dal giudice ai soli fini del giudizio in corso, senza che gli accertamenti così compiuti acquisiscano efficacia di cosa giudicata in altri processi. Il che comporta che, ove un secondo giudice fosse chiamato a decidere sulle medesime questioni, costui non sarebbe in alcun modo vincolato dalle considerazioni del suo predecessore e sarebbe astrattamente possibile che giunga a risultati divergenti. D’altra parte, mentre l’esecuzione di due pronunce praticamente confliggenti è materialmente impossibile, l’esecuzione di due pronunce solo logicamente confliggenti resta attuabile; il che significa che queste ultime possono convivere nel mondo della realtà giuridica e materiale ⁽⁶⁴⁷⁾.

⁽⁶⁴⁵⁾ Per l’individuazione del nesso di incompatibilità diretta, v. *supra*, par. 22.

⁽⁶⁴⁶⁾ F. P. LUISO, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 197. Sulla distinzione riportata nel testo tra conflitto logico/teorico e conflitto pratico di giudicati, cfr. A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, pp. 527-528, e ID, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 497, il quale, però, include i nessi di pregiudizialità-dipendenza tra quelli che possono dare origine a contrasti pratici, e non logici; G. BALENA, *Istituzioni* cit., p. 320; E. BETTI, *Diritto processuale* cit., p. 600 ss.; A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 168; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 364; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., p. 223; F. LOCATELLI, *L’accertamento incidentale* cit., p. 197 ss.; F. P. LUISO, *Diritto processuale* cit., vol. I, pp. 196-197; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., p. 410. Peculiare è la tesi di S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 111-112, secondo cui rappresenta un contrasto pratico anche quello tra due pronunce che decidano in modo opposto rispetto a due diritti nascenti dallo stesso contratto. Preme osservare che tale circostanza si verifica in meno casi di quanti ci si potrebbe aspettare. Infatti, è ben possibile che, in un determinato momento storico, solo alcuni dei diritti scaturenti dal contratto esistano, anche se tra loro corrispettivi: un diritto potrebbe essersi già prescritto o potrebbe riguardare una prestazione che non è ancora divenuta esigibile, benché lo stesso non possa dirsi del diritto alla controprestazione.

Si registrano dissensi in dottrina in ordine a quale dei due giudicati contrastanti debba prevalere: taluno ritiene il giudicato posteriore, con soluzione analoga a quella che vale per la successione di leggi nel tempo (v. G. BALENA, *Istituzioni* cit., p. 320; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., p. 418); talaltro reputa il giudicato anteriore, in applicazione rigorosa del principio di intangibilità della cosa giudicata (v. A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, pp. 534-535; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., pp. 497-498).

Si noti che non sussiste, invece, alcun conflitto di giudicati, bensì una mera disarmonia tra pronunce, nelle ipotesi in cui queste divergano per la soluzione attribuita a una o più questioni pregiudiziali, di cui entrambi i giudici hanno conosciuto *incidenter tantum*: cfr. G. BALENA, *Istituzioni* cit., p. 320.

⁽⁶⁴⁷⁾ Nel senso che, a differenza del conflitto pratico, il conflitto teorico di giudicati è tollerato, cfr. A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., pp. 484, 487, 496, per cui il contrasto logico è “un fenomeno che il sistema processuale cerca di evitare in vario modo” – si pensi alle deroghe generali in tema di competenza per agevolare la trattazione congiunta di cause connesse – “ma, a differenza di quello pratico, non esclude”; “dall’art. 34, infatti, risulta che l’ordinamento consente, anzitutto, che coesistano sentenze su cause distinte che abbiano risolto in modo opposto una identica questione pregiudiziale e il suo contenuto, di conseguenza, sia, sul piano logico-giuridico, contrastante”; M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 250, per cui il contrasto logico può essere accettato, perché i due giudicati in questione non riguardano lo stesso diritto, ma diritti diversi, ancorché connessi, essi non attribuiscono contraddittoriamente lo stesso bene della vita a due soggetti diversi, bensì attribuiscono beni

Nelle situazioni in esame, il contrasto che si potrebbe venire a creare, per cui si rimprovera la tesi restrittiva, sarebbe un contrasto meramente logico. Quel che potrebbe accadere è, infatti, che le valutazioni compiute in merito al modo di essere di un contratto, in un giudizio in cui esso rappresenti una questione pregiudiziale in senso logico rispetto al singolo diritto contrattuale azionato, differiscano dalle valutazioni compiute sul modo di essere di quello stesso contratto in un diverso giudizio, in cui si discuta di un altro diritto nascente dal contratto oppure proprio della nullità del contratto: ad esempio, la prima domanda viene accolta e un contraente viene condannato all'adempimento di una delle obbligazioni contrattuali sullo stesso gravanti, ma nel successivo processo il giudice accerta con efficacia di giudicato che il contratto è nullo. Certamente le due pronunce sono confliggenti sul piano teorico, perché, se un negozio è privo di effetti, non può sussistere un'obbligazione dallo stesso scaturente; eppure, sul piano materiale, i due provvedimenti possono coesistere.

Ebbene, l'ordinamento non si preoccupa dei conflitti logici di giudicati e non prevede alcun rimedio per gli stessi; perciò, il rischio della loro insorgenza “non può impedire l'applicazione rigorosa dei principi sulla cosa giudicata” ⁽⁶⁴⁸⁾ o, quantomeno, non può essere considerato un fattore dirimente che imponga di rifiutare l'approccio restrittivo.

Traslando, ora, l'attenzione sulle tesi estensive, che coinvolgono il rapporto giuridico fondamentale nell'area dell'accertamento immutabile anche laddove venga fatto valere in giudizio un singolo diritto derivante dal contratto ⁽⁶⁴⁹⁾, non si può negare che abbiano la convenienza di promuovere accertamenti con una maggiore estensione oggettiva; il che dovrebbe consentire di arginare – almeno in potenza – i problemi sollevati dalla tesi restrittiva, contenendo il ricorso alla giustizia e aumentando l'uniformità delle decisioni ⁽⁶⁵⁰⁾.

Senonché, oltre al fatto che tali esternalità positive non sono affatto scontate (come a breve si vedrà), le tesi estensive presentano molteplici profili critici.

Una prima censura riguarda nello specifico quelle teoriche per cui, quando viene fatto valere in giudizio uno dei diritti scaturenti da un contratto, l'esistenza, la validità e l'efficacia di quest'ultimo divengono automaticamente oggetto della domanda, del processo e del giudicato. Tale ricostruzione, che viene utilizzata per spiegare perché la pronuncia di

della vita diversi”; C. CAVALLINI, *Il rilievo d'ufficio* cit., p. 141, secondo cui la possibile contraddittorietà logica tra giudicati è compatibile con l'art. 34 c.p.c.; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 364; F. LOCATELLI, *L'accertamento incidentale* cit., p. 198; R. POLI, *In tema di giudicato* cit., pp. 597, 601.

⁽⁶⁴⁸⁾ G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 364. Cfr. anche A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 533, il quale sottolinea che non vi sono “rimedi successivi quando si verificano conflitti logici di giudicati”; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., pp. 211, 223, secondo cui il mero conflitto teorico “è inevitabile e del resto nemmeno contrario alla dignità della funzione giurisdizionale, colla quale è molto meno compatibile legare il giudice oltre gli stretti limiti della cosa giudicata [...] ad una convinzione che non gli è propria”.

⁽⁶⁴⁹⁾ Come si ricorderà, secondo alcuni il coinvolgimento è automatico, in quanto il negozio entra sempre a far parte dell'oggetto del giudizio tutte le volte in cui venga azionato un diritto derivante dal contratto; secondo altri, il giudicato si estende al rapporto complesso ove la decisione sul singolo diritto presupponga logicamente un dato modo di essere del contratto (v. *supra*, par. 24 ss.).

⁽⁶⁵⁰⁾ Ammettono che le tesi estensive hanno il pregio di ridurre il ricorso alla giustizia e il rischio di giudicati contraddittori G. BALENA, *Istituzioni* cit., p. 306; L. P. COMOGGIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni* cit., p. 761; L. MONTESANO, *Questioni* cit., p. 307.

accoglimento della domanda relativa al singolo diritto faccia stato anche su esistenza, validità ed efficacia del rapporto giuridico fondamentale, si pone in insanabile contrasto con l'idea che, nell'opposta ipotesi di rigetto, il giudicato si formi sul modo di essere del contratto solo se lo stesso è il motivo portante della decisione e se, dunque, il giudice non ha respinto la domanda per una ragione più liquida. Se si ammette che il rapporto giuridico fondamentale è sempre oggetto del giudizio, allora deve esserlo anche laddove il processo si concluda con l'accertamento dell'inesistenza del singolo diritto contrattuale. Lo impone il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c.: se esistenza, validità ed efficacia del contratto sono oggetto di domanda, il giudice non può esimersi dal deciderla sol perché riesce a rigettare la (diversa) domanda sul singolo diritto senza doverle valutare (ad esempio, perché il diritto è prescritto, perché è già stato soddisfatto, perché la prestazione non è ancora divenuta esigibile, e così via). E allora delle due l'una: o il modo di essere del contratto è oggetto del giudizio, e quindi la domanda relativa al singolo diritto contrattuale non può essere respinta per una ragione di pronta soluzione, senza contestualmente valutare il modo di essere del contratto; oppure tale modo di essere è escluso dall'oggetto dell'accertamento, e quindi la domanda sul singolo diritto può essere decisa anche senza entrare nel merito dell'esistenza, della validità e dell'efficacia del contratto. Non sembra, invece, che l'ampiezza dell'oggetto del giudizio possa convenientemente essere stabilita *ex post*, in dipendenza da quello che risulta esserne l'esito ⁽⁶⁵¹⁾.

Un'altra difficoltà è data dalla circostanza che le tesi estensive introducono il rapporto complesso nella sfera dell'incontrovertibilità – in quanto antecedente logico necessario della decisione o in quanto automatico oggetto del giudizio – a prescindere dal fatto che il suo modo di essere sia controverso tra le parti. Ora, può capitare che i contendenti concentrino le proprie argomentazioni difensive su profili diversi dall'esistenza, dalla validità e dall'efficacia del contratto, dando tali caratteristiche per scontate; e parimenti può capitare che il negozio non presenti profili di manifesta invalidità o inefficacia, o che comunque il giudice non rinvenga negli atti elementi che lo portino a rilevare d'ufficio la nullità del contratto. In tale scenario, il processo si svolge senza che delle questioni relative al modo di essere del negozio giuridico si sia mai curato alcuno. Che dall'accoglimento della domanda di adempimento di un'obbligazione contrattuale possa discendere l'accertamento – non più contestabile – che il contratto è valido ed efficace appare francamente eccessivo. Allo scopo di tutelare l'interdipendenza tra i vari diritti nascenti dal contratto e di difendere esigenze di economia processuale, si arriva, in sostanza, a conferire efficacia di giudicato a profili su cui nessuno ha mai, per l'appunto, giudicato ⁽⁶⁵²⁾!

⁽⁶⁵¹⁾ In proposito, cfr. anche S. RECCHIONI, *Rapporto giuridico fondamentale* cit., p. 1608, il quale sottolinea che “una questione pregiudiziale di merito non cambia natura (e consistenza) [...] passando [...] da mera *questione* a vera *causa* cumulata *ex post* – a seconda che il giudice si avvalga o meno della tecnica decisoria della ragione più pronta”.

⁽⁶⁵²⁾ Di simile tenore è l'osservazione di D. VOLPINO, *Ripensare il giudicato in funzione del processo*, introduzione ad A. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo* cit., p. XXXI, il quale fa notare che, “almeno nella quotidiana esperienza applicativa del giurista italiano, dove non sussiste contestazione su un certo elemento della causa, non solo non vi è alcuna questione da decidere (o da risolvere), ma – soprattutto – nella maggior parte dei casi

Non solo. È affermazione ricorrente quella per cui le tesi estensive promuovono l'economia processuale: più questioni sono coperte dal giudicato, meno ci si avvale della macchina della giustizia, già particolarmente lenta. A ben vedere, però, la circostanza ha più le sembianze di un assioma che del risultato di una dimostrazione empirica.

Il fatto che, in un primo processo, siano state accertate in modo vincolante la validità di un contratto e l'esistenza di un (solo) diritto dallo stesso derivante non impedisce che vengano instaurate una o più ulteriori azioni dirette a far valere i restanti diritti contrattuali; a meno che non si ritenga che l'accertamento della validità del contratto comporti automaticamente l'accertamento con efficacia di giudicato dell'esistenza di tutti i diritti dallo stesso scaturenti. Tuttavia, ciò significherebbe annullare l'autonomia della figura del rapporto giuridico complesso rispetto ai singoli effetti dallo stesso prodotti e, in definitiva, negare che vi possano essere azioni giudiziarie aventi ad oggetto il solo contratto. Non mi sembra, in ogni caso, che ci sia qualcuno che si spinge a tanto. Sicché, dopo l'accertamento della validità del contratto, saranno ancora potenzialmente esperibili (almeno) tante azioni quanti sono i diritti contrattuali, senza contare eventuali azioni di impugnativa del contratto (della cui successiva proponibilità ci si occuperà nella prossima sezione). Certo, tali giudizi saranno di più rapida soluzione, sussistendo già un giudicato sulla validità del contratto, ma non si può avere la certezza che non vengano *tout court* celebrati (né, per inciso, che vengano definiti in modo conforme al primo).

Pertanto, nella prospettiva dell'economia extraprocessuale, non pare che le tesi estensive possano condurre a sicuri benefici.

Se si guarda, invece, all'economia endoprocessuale, le tesi estensive si rivelano senz'altro controproducenti. È lecito supporre, infatti, che "le scelte strategiche delle parti nella gestione del processo siano influenzate dalle loro aspettative intorno alla portata degli effetti preclusivi che ne scaturiranno, in guisa tale da innescare un circolo vizioso: se il giudicato coprirà certi effetti anche se non discussi, diventa opportuno discuterli comunque tutti, anche nei casi in cui non sia sorto alcun conflitto" ⁽⁶⁵³⁾. Così, "la complessiva potenziale riduzione del numero di fascicoli, permessa dall'ampliamento della portata oggettiva degli effetti del giudicato, viene compensata dall'inflazione attuale delle deduzioni all'interno di ciascun singolo procedimento, con un risultato netto complessivo almeno tendenzialmente negativo, perché la regola processuale rende attuale un interesse a dedurre che sarebbe altrimenti solo potenziale" ⁽⁶⁵⁴⁾.

non sembra neppure profilarsi alcun tipo di cognizione da parte del giudice. Ed è evidente che, se le cose stanno in questi termini, non pare così scontato che, in grazia della sentenza che pronuncia sul diritto, l'intero rapporto ad essa sotteso (e su cui il giudice non ha avuto la necessità di pronunciarsi o, comunque, di prendere posizione) rimanga investito di una efficacia di giudicato sostanziale valevole ad operare «ad ogni effetto».

⁽⁶⁵³⁾ A. GIUSSANI, *Collegamento negoziale* cit., p. 294. L'Autore ha, recentemente, ribadito tali considerazioni in A. GIUSSANI, *Appunti* cit. p. 1564: "se le parti sanno di rischiare di essere pregiudicate da decisioni rese implicitamente su questioni non discusse, perché rilevanti ai fini di altre possibili future controversie, il cui contenuto concreto è scarsamente prevedibile, le loro deduzioni in giudizio devono ricomprendere anche tali questioni, anche quando le considerazioni strategiche del processo in corso suggerirebbero di farne a meno, ad esempio perché appaiono meno fondate di altre: il rischio che la difesa sul punto sia in seguito preclusa costringe a svilupparla comunque".

⁽⁶⁵⁴⁾ A. GIUSSANI, *Appunti* cit. pp. 1564-1565.

Peraltro, ampliando l'orizzonte delle riflessioni e includendovi i giudizi di impugnazione, le tesi estensive non tengono conto del concreto interesse che ciascuna delle parti potrebbe avere a contestare i presupposti logici della decisione. Si immagini la seguente situazione. Il locatore agisce in giudizio, allegando che il termine della locazione è scaduto e chiedendo il rilascio dell'immobile. Il conduttore si difende deducendo l'intervenuta tacita riconduzione del contratto. Il giudice accoglie la domanda attorea. Ora, se l'ulteriore termine derivante dalla rinnovazione del contratto fosse prossimo alla scadenza, il soccombente potrebbe non aver interesse a impugnare la decisione e la lascerebbe passare in giudicato, interrompendo il coinvolgimento del sistema giustizia nella lite. Tuttavia, se sapesse che il passaggio in giudicato provoca l'incontrovertibilità della validità del contratto, potrebbe risolversi a impugnare quel capo della pronuncia, per scongiurare il rischio che tale sentenza possa in futuro arrecargli pregiudizio, in relazione ad altri diritti derivanti dal contratto ⁽⁶⁵⁵⁾. Tradotto in termini generali, maggiore è l'oggetto del giudizio maggiori sono le probabilità che le impugnazioni aumentino, con conseguente aggravio del carico delle Corti d'Appello e della Corte di Cassazione ⁽⁶⁵⁶⁾.

Sembra, dunque, che l'adozione delle tesi estensive non renda al sistema giustizia un servizio nettamente migliore di quello reso dall'adozione della tesi restrittiva; anzi, si potrebbe dire che, bilanciando i pro e i contro delle due tendenze in punto di economia extra ed endoprocedurale, esse arrivino quasi a equivalersi.

Appare, inoltre, con tutta evidenza che le tesi estensive presentino notevoli criticità in ordine all'effettiva tutela dei diritti di azione e di difesa delle parti. Come si è detto, il diritto di agire di cui all'art. 24 Cost. comprende anche il diritto di non agire; e l'inclusione del rapporto giuridico fondamentale nell'oggetto del giudizio – non voluta dalle parti, ma meccanicamente imposta – annichisce il secondo profilo di tale diritto, con buona pace del principio dispositivo.

Quando, poi, il modo di essere del rapporto complesso abbia costituito un mero punto pregiudiziale, non trasformato in questione, la violazione del contraddittorio, garantito dall'art. 111 Cost., diviene inconfutabile: il giudicato va a coprire profili dei quali le parti non hanno mai discusso, eliminando per sempre la possibilità che le stesse provino il contrario di quanto statuito dal giudice. Ci si trova, quindi, in quello scenario in cui alcune situazioni giuridiche vengono private degli strumenti di difesa che loro competono prima ancora che siano fatte valere ⁽⁶⁵⁷⁾.

⁽⁶⁵⁵⁾ Cfr. G. BALENA, *Istituzioni* cit., pp. 306-307.

⁽⁶⁵⁶⁾ Lo rileva anche M. DE CRISTOFARO, *Giudicato* cit., p. 68 ss.

⁽⁶⁵⁷⁾ Cfr. *supra*, nota 642. In proposito, v. anche P. BIAVATI, *Argomenti* cit., p. 127, per cui "l'estensione implicita del giudicato si deve coordinare con tutto ciò che rappresenta la volontà delle parti di litigare su una data questione e non su altre: volontà espressa dai principi del monopolio della tutela giurisdizionale, del contraddittorio"; F. LOCATELLI, *L'accertamento incidentale* cit., pp. 200-201, per la quale "l'estensione automatica del giudicato alla questione, infatti, si porrebbe in netto contrasto con il principio, di rilievo costituzionale, del contraddittorio – che si verificherebbe se le parti si trovassero vincolate dal giudicato anche rispetto a questioni non fatte oggetto delle loro domande, eccettuati i casi di accertamento incidentale *ex lege* – oltre ad integrare una sorta di ultrapetizione rispetto a quanto originariamente domandato dalle parti".

A ciò si aggiunga che, mentre la tesi restrittiva offre ai contendenti dei criteri inequivocabili per prevedere i confini della controversia (un'esplicita domanda giudiziale o un'espressa norma di legge), alla stregua delle tesi estensive "le parti, nel proporre un'azione o nel difendersi, non avrebbero più alcuna certezza intorno ai confini e alla portata della lite; e sarebbero costrette ad apparecchiare uno sforzo d'attacco e di difesa affatto sproporzionato al loro intento" ⁽⁶⁵⁸⁾.

Due ulteriori osservazioni possono, poi, essere effettuate con specifico riguardo alle tesi che estendono il giudicato alle questioni pregiudiziali ogniqualvolta esse rappresentino un antecedente logico necessario o il motivo portante della decisione.

La prima notazione è rinvenibile in uno scritto di Menestrina risalente a diversi anni or sono, eppure ancora, io credo, estremamente attuale (il che dimostra la profonda comprensione dell'animo umano da parte dell'autorevole studioso): "da un punto di vista prettamente teorico si è tratti a supporre che il giudice esamini oggi con la stessa accuratezza una questione che gli è pregiudiziale, come la esaminerà domani quando essa formerà l'immediato oggetto del processo; e il giudice che la legge suppone, il giudice ideale, fa certamente così. Ma la scienza non può trascurare un fatto psicologico comunissimo, per il quale a questioni di maggior importanza si accede, nella vita, con più oculatezza e con più preparazione che a questioni di lieve momento, per quanto queste presentino forse difficoltà maggiori" ⁽⁶⁵⁹⁾.

La seconda notazione è che, una volta annunciato che la *res iudicata* si modella anche sugli antecedenti logici necessari e sui motivi portanti delle decisioni, non si comprende per quale ragione ciò non dovrebbe accadere ove tali antecedenti e tali motivi corrispondano a questioni pregiudiziali in senso tecnico. Se l'argomento è "quando ha rappresentato un passaggio logico nel ragionamento del giudice, deve divenire vincolante", coerenza vorrebbe che tale regime fosse applicato a tutti i passaggi logici, anche quelli riguardanti situazioni giuridiche differenti e autonome rispetto a quella fatta valere in giudizio. Eppure, i sostenitori delle teorie estensive ben si guardano dall'affermarlo, riservando alle questioni pregiudiziali di natura tecnica la disciplina di cui all'art. 34 c.p.c. ⁽⁶⁶⁰⁾.

⁽⁶⁵⁸⁾ G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 347, ripreso da L. MONTESANO, *Questioni* cit., p. 307.

⁽⁶⁵⁹⁾ F. MENESTRINA, *La pregiudiziale* cit., pp. 163-164.

⁽⁶⁶⁰⁾ In proposito, si vedano anche D. VOLPINO, *Ripensare il giudicato* cit., pp. XXVIII-XXIX, secondo cui "non è invero molto chiaro come si possa postulare che un «punto» logicamente pregiudiziale della causa (nel nostro caso, l'esistenza e/o la validità del rapporto giuridico che sostiene la pretesa) debba considerarsi accertato con pieni effetti di giudicato in conseguenza del mero passaggio in giudicato della pronuncia che ha riconosciuto la sussistenza del singolo diritto soggettivo fatto valere in causa, ed al contempo affermare che, al di là di questa specifica ipotesi, in tutti gli altri casi di questioni «tecnicamente» pregiudiziali [...], la loro risoluzione non potrebbe dirsi assistita dal vincolo del giudicato se non nell'eventualità che una delle parti abbia formalmente proposto un'apposita domanda di accertamento incidentale"; S. RECCHIONI, *Rapporto giuridico fondamentale* cit., p. 1602, il quale fa notare che esigenze di "evitare la contraddizione sul modo sostanziale [...]" è comune anche alle ipotesi di pregiudizialità «tecnica».

Per completezza, si possono, infine, ricordare le critiche mosse alle tesi estensive per la loro incompatibilità con l'art. 34 c.p.c.: cfr. A. ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali* cit., pp. 210-211; A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 169, secondo il quale "il punto di vista qui criticato implica la trasformazione automatica di tutte le questioni pregiudiziali, inerenti al rapporto fondamentale obbligatorio, in cause pregiudiziali, in

Scandagliata così la tenuta delle tesi estensive, si può ora volgere brevemente l'attenzione alla tesi intermedia, per cui le pregiudiziali logiche sono idonee ad acquisire efficacia di giudicato solo nelle ipotesi in cui siano state oggetto di contestazione, e si siano, quindi, convertite da punti a questioni. Come si è già notato, da siffatta ipotesi ricostruttiva non discende alcun *vulnus* al diritto di difesa delle parti e al principio del contraddittorio, in quanto l'accesso all'incontrovertibilità è sbarrato se non vi è stato un effettivo dibattito ⁽⁶⁶¹⁾. Tuttavia, la teorica sembra difficilmente conciliabile con il nostro sistema processuale. Si è detto che chi intenda ottenere autonoma tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive non può utilizzare un qualunque strumento processuale, ma deve necessariamente proporre una domanda. Ora, se addirittura le eccezioni non sono idonee ad ampliare l'oggetto del giudizio e, di conseguenza, del giudicato, *a fortiori* tale effetto non potrà essere conseguito per il tramite di una mera contestazione. La tesi intermedia, dunque, per quanto rispettosa dei diritti costituzionalmente garantiti, non può essere accolta.

Alla luce dell'articolata disamina svolta, mi sembra di poter concludere che tutte le teoriche che sono state formulate presentino degli svantaggi, ma che le tesi estensive espongano a inconvenienti di gran lunga maggiori rispetto alla tesi restrittiva. Quanto ai vantaggi, l'unico beneficio che scaturisce dalle tesi estensive è la tendenziale superiore armonia delle sentenze relative al medesimo rapporto giuridico fondamentale; non pare, invece, che esse possano assicurare un'economia processuale nettamente più elevata rispetto alla tesi restrittiva.

Tutto sommato, quindi, non credo che i diritti di azione e di difesa delle parti possano essere sacrificati sull'altare di una indimostrata superiore economia processuale e dell'uniformità delle decisioni; e ciò in quanto l'effettività della tutela giurisdizionale non può essere appiattita sull'efficienza della macchina giudiziaria e sulla rapidità dei processi, ma si sostanzia primariamente in una garanzia di giustizia delle sentenze.

Inoltre, non si deve dimenticare che la cosa giudicata è l'effetto di un procedimento, non di un ragionamento, e che "il giudice non è un logico qualsiasi, ma un magistrato che provvede sulle domande delle parti attuando la volontà di legge relativa a un bene della vita" ⁽⁶⁶²⁾.

In definitiva, dunque, penso sia preferibile costruire la profondità della *res indicata* alla stregua di un approccio sempre restrittivo e applicare a tutti i punti e a tutte le questioni pregiudiziali che si possano porre nel corso del processo – siano essi di natura tecnica o di natura logica – la disciplina che si evince dall'art. 34 c.p.c.: la soluzione che viene data ai punti e alle questioni pregiudiziali può acquisire efficacia di giudicato solo a fronte di una

violazione della lettera dell'art. 34 cod. proc. civ.>"; E. HEINITZ, *Considerazioni attuali* cit., p. 763; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 118, nt. 12, che condanna la tesi estensiva perché "tenta di distruggere il sistema positivo"; G. F. RICCI, *Diritto processuale* cit., p. 295.

⁽⁶⁶¹⁾ Cfr. *supra*, par. 24.1.

⁽⁶⁶²⁾ G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., pp. 347, 362, il quale afferma che "oggetto del giudicato è la conclusione *ultima* del ragionamento del giudice, e non le sue premesse: l'ultimo ed immediato risultato della decisione e non la serie di fatti, di rapporti o di stati giuridici che nella mente del giudice costituiscono i presupposti di quei risultati". Per la prima affermazione si veda, invece, S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 49.

esplicita domanda o di una espressa norma di legge; negli altri casi, tali punti e tali questioni sono (solo) conosciuti *incidenter tantum* e di essi si può sempre discutere in successivi giudizi, con il solo limite dell'intangibilità del giudicato ⁽⁶⁶³⁾.

Raggiunto questo risultato, si deve coerentemente sbrogliare il tema dei rapporti tra regudicata e motivazione. La cosa giudicata non può mai estendersi ai motivi di accoglimento o di rigetto di una domanda, salvo che questi ultimi costituiscano a loro volta le decisioni di altre e diverse domande cumulate o di accertamenti incidentali *ex lege*. Nondimeno, la motivazione delle sentenze può essere utile per determinare la portata degli effetti conformativi del giudicato, come si vedrà meglio nel prosieguo del discorso ⁽⁶⁶⁴⁾.

Giova precisare che quanto qui affermato è pienamente compatibile con le conclusioni raggiunte in punto di estensione del giudicato alle questioni genericamente idonee a definire il giudizio, alle eccezioni, alle valutazioni su questioni di fatto e di diritto comuni a più cause, nonché in punto di giudicato implicito.

Ovviamente, non si intende sottovalutare il problema delle decisioni contraddittorie: il conflitto logico di giudicati, per quanto tollerato, deve essere comunque preferibilmente evitato. A tal fine, poiché è affidata alle parti l'opportunità di provocare decisioni con efficacia vincolante, si deve cercare di (i) garantire che i poteri-doveri di rilievo officioso che

⁽⁶⁶³⁾ In proposito, cfr. anche R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Lineamenti* cit., p. 77, per i quali “ciò che «fa stato a ogni effetto» ai sensi dell’art. 2909 c.c. è l’accertamento del diritto fatto valere in giudizio tramite la domanda dell’attore, e non anche l’accertamento dei fatti che rilevano nella fattispecie legale ai fini della esistenza o inesistenza del diritto”; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 223, per cui, se non è proposta domanda di accertamento relativa alla validità del rapporto complesso, “il giudice non sarà di regola tenuto a compiere quel più impegnativo e retrospettivo *iter* decisorio onde rigettare la domanda attrice deducendo l’attuale esistenza del diritto. E questo perché, dopotutto [...], il suo compito non deve divenire quello dello storico-biografo intento a seguire passo passo, anziché fissarne solo l’attuale stato, le vicende cronologiche del diritto fatto valere e l’andamento dei fatti nei suoi riguardi giuridicamente rilevanti”; A. GIUSSANI, *Collegamento negoziale* cit., p. 297, per cui, “in luogo di un sistema che, per prevenire ogni contraddizione fra giudicati sui rapporti giuridici connessi, ne rallenti la formazione anche a prescindere dalla volontà delle parti, può risultare preferibile un sistema che prevenga officiosamente la dispersione di risorse giurisdizionali attraverso l’effetto preclusivo del giudicato esterno nei soli casi di piena e diretta contraddizione con l’esplicita statuizione del giudice intorno al rapporto giuridico”; S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 52, che scrive, con la sua usuale prosa cristallina: “parlando per immagini – il che è antiscientifico forse, ma certamente aiuta – v’è una dimensione orizzontale e una dimensione verticale del problema dei limiti oggettivi del giudicato; sul piano orizzontale, rimanendo cioè al livello e nell’ambito della questione controversa, l’ambito del giudicato su di essa si determina integrando il riferimento al «dedotto» con la considerazione necessaria del «deducibile»; nella linea verticale invece, e risalendo cioè dalla questione decisa a quelle logicamente antecedenti, nessuna integrazione secondo logica dell’area del deciso è consentita, e cognizione e accertamento avverranno solo *incidenter tantum*, con efficacia limitata al solo giudizio ove avvennero, a meno che l’elemento positivo e volitivo non si manifesti espressamente per la volontà della legge o della parte (palesata da «esplicita domanda») che la questione *diversa* da quella dedotta come oggetto principale del giudizio, pregiudiziale e logicamente antecedente, sia decisa con efficacia di giudicato”.

⁽⁶⁶⁴⁾ Su detti effetti v. *infra*, par. 33. Concorda con la ricostruzione qui proposta E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., p. 210, che scrive: “l’estensione del giudicato ai motivi significherebbe in ultima analisi un andare *ultra petita*, in quanto che il giudice deciderebbe anche di questioni, sulle quali non preme all’attore avere una decisione che passi in giudicato [...]. Le parti sarebbero quindi costrette ad impiegare nel processo mezzi maggiori di quelli che avrebbero impiegati [...]. E non solo si avrebbe al principio del processo incertezza dalle due parti sulla portata del processo (la quale dipende dalle questioni preliminari, la cui risoluzione il giudice riterrà necessaria), ma anzitutto la parte dispositiva potrebbe corrispondere alla domanda dell’attore, e questi nondimeno essere malcontento della sentenza, la quale nella motivazione non abbia seguito la via proposta da lui, ma un’altra”.

il legislatore attribuisce ai giudici possano esplicarsi con la massima ampiezza praticabile e di (ii) agevolare la proposizione di domande di accertamento incidentale *ex art. 34 c.p.c.*, così da permettere espansioni della *res iudicata* nel pieno rispetto dei diritti di azione e difesa ⁽⁶⁶⁵⁾.

Così, laddove al giudice sia consentito il rilievo officioso di una questione pregiudiziale di merito autonomamente azionabile in separato giudizio, egli dovrà stimolare il contraddittorio sulla stessa e consentire alla parte interessata di proporre domanda di accertamento incidentale, in qualunque fase processuale il rilievo abbia luogo (vuoi *in limine litis*, vuoi nel corso della trattazione, vuoi in fase decisoria), se del caso rimettendo le parti in termini e/o disponendo la riapertura dell'istruttoria. Tale possibilità, anzi, opportunità, trova il proprio fondamento di diritto positivo nel combinato disposto degli artt. 101, c. 2, e 153, c. 2, c.p.c., da cui si inferisce che, ove l'interesse a proporre domanda di accertamento incidentale sorga dal tardivo rilievo officioso di una questione da parte del giudice, dovrebbe essere ammessa la formulazione della domanda anche oltre i limiti cronologici dell'art. 183 c.p.c. ⁽⁶⁶⁶⁾.

Possiamo, dunque, chiudere queste “valutazioni d'insieme” declinando i risultati raggiunti nel corso della presente sezione nelle azioni di nullità del contratto, e nelle azioni nelle quali detta nullità sia fatta valere dalla parte o sia rilevata d'ufficio quale eccezione.

⁽⁶⁶⁵⁾ In tal senso anche F. CARNELUTTI, *Sistema* cit., vol. I, p. 932, per cui “l'accertamento incidentale [...] deve essere favorito”; C. CONSOLO, *Nullità del contratto* cit., pp. 34, 43, secondo cui la proposizione della domanda di accertamento incidentale deve essere ampiamente consentita anche perché potrà essere trascritta e, così, sfociare in una declaratoria di nullità opponibile ai terzi che trascrivano i propri acquisti successivamente.

⁽⁶⁶⁶⁾ Condividono tale visione A. BONFILIO – V. MARICONDA, *L'azione di nullità* cit., p. 503; C. CAVALLINI, *Il rilievo d'ufficio* cit., p. 144, il quale sottolinea che, se l'oggetto di una questione rilevabile d'ufficio “è dato da una situazione giuridica – come la nullità del contratto – che (già) la legge considera automaticamente azionabile in separato giudizio, e dunque questione pregiudiziale di merito *tout court* ai sensi dell'art. 34 c.p.c., in qualunque momento venga «rilevata» dal giudice, si deve consentire la proposizione della domanda di accertamento incidentale, della parte che vi ha interesse, e delle difese (eccezioni) della controparte”; C. CONSOLO, *Nullità del contratto* cit., pp. 29, 37-38; F. CORSINI, *Rilevabilità* cit., p. 689, per il quale “pare consentito ritenere che l'attore possa proporre domanda di accertamento incidentale sulla validità del contratto anche dopo che sono scattate le preclusioni, quando tale domanda è l'effetto del tardivo sviluppo della dialettica processuale”; M. DE CRISTOFARO, *Giudicato* cit., p. 74; S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999, p. 354 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il giudice* cit., pp. 33-34. Cfr. anche G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 352, secondo cui “il giudice, per evitare future incertezze sulla estensione del giudicato, farà bene a provocare dichiarazioni espresse delle parti, se la natura del procedimento glielo consente”.

Qualche dubbio sorge, invece, in merito alla possibilità che la domanda di accertamento incidentale della nullità sia proposta per la prima volta in appello. Le sentenze gemelle la escludono: basandosi sul coordinamento tra l'art. 1421 c.c., che impone il rilievo d'ufficio senza limitazioni, e l'art. 345 c.p.c., che vieta le domande nuove dinanzi al giudice dell'impugnazione, la Suprema Corte conclude che la domanda di nullità – poiché nuova – è inammissibile, ma può convertirsi in una eccezione rilevabile d'ufficio, come tale sottratta allo sbarramento preclusivo (Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243). La dottrina, invece, pare ammetterla. Sul punto, cfr. M. BOVE, *Rilievo d'ufficio* cit., p. 1390: “a me sembra francamente incomprensibile la ragione per cui l'interessato non potrebbe proporre una simile domanda, se il rilievo della questione di nullità è stata fatta dal giudice o dalla sua controparte solo in grado di appello. Certamente si tratta di una domanda nuova [...], ma altrettanto certamente si tratta di una domanda provocata da un'attività altrui”; C. CONSOLO – F. GODIO, *Patologia del contratto* cit., p. 240, per i quali “una tale attività di parte non può essere esclusa perché tardiva, poiché essa discende da una tardiva attivazione dell'organo giudiziario”; I. PAGNI, *Il “sistema”* cit., p. 75: “mi sembra di poter dire che la proposizione della domanda di accertamento incidentale, se ammessa senza preclusioni in primo grado, non dovrebbe trovare ostacoli neppure nell'art. 345 c.p.c., trattandosi di un'attività della parte derivante dalla sollecitazione, anch'essa tardiva, del giudice”.

Cominciando dall'ipotesi in cui sia proposta domanda di nullità del contratto, essendo essa eterodeterminata ⁽⁶⁶⁷⁾, il giudicato sulla nullità o sulla non-nullità del negozio rimane circoscritto dalla singola causa di nullità che è stata fatta valere, sia nel caso di accoglimento sia nel caso di rigetto della domanda ⁽⁶⁶⁸⁾. Si vedrà nei prossimi paragrafi quale efficacia tali accertamenti esplicino in successivi giudizi in cui si proponga domanda di nullità del medesimo contratto, ma in forza di vizi diversi.

In tale scenario, il giudice ha sempre il potere-dovere di rilevare d'ufficio altri vizi di nullità (di diritto comune o di protezione) del contratto, non adottati dall'attore; così come ha il potere-dovere di rilevare d'ufficio la nullità parziale a fronte di una domanda di nullità totale, e viceversa ⁽⁶⁶⁹⁾. Se a valle del rilievo officioso l'attore proporrà un'ulteriore domanda di accertamento della nullità del contratto sulla base dei nuovi vizi indicatigli dal giudice o modificherà la propria domanda di nullità da totale a parziale, e viceversa (il tutto, se del caso, previa rimessione in termini *ex artt.* 101, c. 2, e 153, c. 2, c.p.c.), il giudice statuirà in modo incontrovertibile anche sulle nuove domande proposte; altrimenti, si dovrà limitare a conoscere dei differenti profili di nullità da lui rilevati, al solo fine di decidere sull'unica domanda proposta dall'attore.

Se, invece, l'azione proposta ha ad oggetto uno dei diritti nascenti dal contratto e l'invalidità di quest'ultimo si pone quale questione pregiudiziale, occorre operare alcune distinzioni:

- a) se il convenuto solleva una mera eccezione di nullità del contratto, il giudice si limiterà a conoscere della questione *incidenter tantum*, ai soli fini dell'accoglimento o del rigetto della domanda attorea; le valutazioni compiute sulla nullità o non-nullità del contratto non saranno vincolanti in successivi processi; e ciò anche se tali aspetti costituiscano l'antecedente logico necessario o il motivo portante della pronuncia;
- b) se il convenuto propone domanda riconvenzionale di accertamento della nullità del contratto, il giudice dovrà decidere della questione con efficacia di giudicato; la nullità o la non-nullità del contratto, sempre circoscritte al motivo di nullità allegato, diverranno incontestabili a ogni effetto;
- c) il giudice ha sempre il potere-dovere di rilevare d'ufficio la nullità del contratto e di invitare le parti a prendere posizione sulla questione e, se interessate, a proporre domanda di accertamento incidentale *ex art.* 34 c.p.c. dell'invalidità negoziale (artt. 101, c. 2, e 153, c. 2, c.p.c.). Se la domanda verrà proposta, il giudice dovrà statuire sulla nullità/non-nullità del contratto in modo vincolante, sempre con riferimento alla causa di nullità individuata; se, invece, nessuna domanda verrà proposta, sulla questione della nullità/non-nullità del contratto il giudice effettuerà le sue valutazioni con effetti limitati al giudizio in corso; e ciò, ancora una volta, anche se la stessa rappresenti presupposto logico imprescindibile o motivo portante della decisione.

⁽⁶⁶⁷⁾ Per le ragioni di tale qualificazione, v. *supra*, par. 20.

⁽⁶⁶⁸⁾ Nello stesso senso, cfr. L. MONTESANO, *Limiti oggettivi cit.*, p. 44.

⁽⁶⁶⁹⁾ Cfr. *supra*, par. 21.

32. L'efficacia preclusiva del giudicato

Una volta individuato l'oggetto dell'accertamento incontrovertibile a fronte di azioni e di eccezioni di nullità del contratto, occorre comprendere cosa si intenda quando si dice che esso "fa stato a ogni effetto", secondo la formulazione dell'art. 2909 c.c. Occorre, in altri termini, capire quali effetti la regiudicata espliciti in successivi giudizi, laddove sussista una qualche relazione giuridica tra l'oggetto di tali ulteriori giudizi e l'oggetto dell'accertamento divenuto incontestabile.

Come già accennato, il giudicato sostanziale produce due diversi effetti: l'effetto negativo/preclusivo, definito anche diretto, e l'effetto positivo/conformativo, definito anche mediato o riflesso ⁽⁶⁷⁰⁾. Nell'esaminare tali effetti, occorre sempre immaginarsi che sia stato celebrato un primo processo, definito con sentenza passata in giudicato, e che sia in corso un secondo processo, in cui l'autorità giudicante deve determinare se il precedente provvedimento la vincoli in qualche modo.

Cominciamo dall'efficacia preclusiva. La cosa giudicata impedisce la proposizione di domande giudiziali aventi ad oggetto la medesima situazione giuridica sulla quale si è già statuito in modo incontrovertibile. Ove sia formulata una domanda di tal sorta, al giudice è precluso decidere nuovamente sulla stessa situazione giuridica su cui si è formato un giudicato; pertanto, egli è tenuto a rigettare la domanda in rito, per carenza di un presupposto processuale negativo (*i.e.* l'insussistenza di un precedente giudicato), senza valutarne la fondatezza nel merito ⁽⁶⁷¹⁾.

⁽⁶⁷⁰⁾ Cfr. *supra*, par. 19.2.2.

⁽⁶⁷¹⁾ Che l'efficacia preclusiva della regiudicata imponga al secondo giudice di emettere una pronuncia di rigetto in rito è la ricostruzione nettamente prevalente: v. M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 247, per cui il giudicato "esplica un'efficacia processuale impeditiva, ossia impedisce una nuova pronuncia su ciò che è stato già giudicato (*ne bis in idem*)"; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., pp. 337-338, per cui con l'eccezione di giudicato "si tende ad escludere non solo una decisione contraria alla precedente, ma semplicemente una nuova decisione su ciò che fu già giudicato"; L. P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni* cit., p. 752; E. T. LIEBMAN, *Manuale* cit., vol. I, pp. 273-274, per il quale "l'autorità negativa della cosa giudicata [...] non tanto obbliga a pronunciare in modo conforme, quanto piuttosto a non pronunciare sull'oggetto del precedente giudicato"; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 2, 198, per cui l'autorità di giudicato "impedisce la decisione di merito sul suo oggetto, imponendo la definizione in rito del processo, con declaratoria dell'impedimento processuale rappresentato dall'esistenza del precedente giudicato (c.d. *ne bis in idem*)"; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., p. 99; B. SASSANI, *Lineamenti* cit., p. 480.

Una corrente minoritaria ritiene che l'effetto preclusivo imponga al secondo giudice di decidere la domanda nel merito. La ragione di tale regime sarebbe data dal fatto che il giudicato è causa costitutiva ed estintiva dei diritti sul piano sostanziale. Se un provvedimento accerta che un diritto esiste, è il provvedimento stesso che lo introduce nel mondo dei fenomeni giuridici; sicché il secondo giudice dovrà ritenere tale diritto esistente. Al contrario, se un provvedimento accerta che un diritto non esiste, è il provvedimento stesso ad estinguere il diritto; pertanto, il secondo giudice dovrà ritenere il diritto inesistente. Seguono questo approccio A. ATTARDI, *La cosa giudicata* cit., pp. 10 ss., 17; A. PROTO PISANI, *Il giudicato civile, A) Il giudicato e i suoi limiti oggettivi*, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti: studi*, Napoli, 2003, p. 293, spec. 296. In proposito, è interessante quanto osservato da M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 247, per cui "il giudicato è un *presupposto processuale negativo*, una condizione che non deve esistere perché il giudice possa e debba decidere nel merito della causa. Peraltro, anche se non si dovesse condividere questo inquadramento del giudicato, non si potrebbe in ogni caso ritenere che esso espliciti un'efficacia sul piano del merito. Invero, pur partendo dall'idea che il giudicato impedisca, non tanto il giudizio in sé, quanto un giudizio diverso da quello compiuto nella sentenza passata in giudicato, dovremmo comunque ravvisare nella questione inerente al precedente giudicato una questione di rito, perché in un

È questo il regime dettato dal principio del *ne bis in idem*, per cui il potere giurisdizionale non può essere esercitato una seconda volta sullo stesso oggetto e tra le stesse parti. Si tratta, all'evidenza, di un prevedibile corollario dell'essenza della *res iudicata*. Se si vogliono cristallizzare determinate situazioni giuridiche, è necessario che, una volta intervenuta la prima sentenza, si consumi l'azione (nella prospettiva delle parti) e si consumi il potere di decidere ad opera di ogni giudice dell'ordinamento (nella prospettiva dell'autorità giurisdizionale) ⁽⁶⁷²⁾.

Si è detto che l'efficacia preclusiva si esplica in tutti i giudizi che abbiano ad oggetto la medesima situazione giuridica già oggetto di un precedente processo. Perché essa possa operare, dunque, è necessaria l'identità di tutti gli elementi di identificazione dell'azione ⁽⁶⁷³⁾. Se si segue la teoria tradizionale, ciò significa che: rispetto ai diritti autodeterminati, è necessaria la sola identità di *personae* e *petitum*, in quanto la *causa petendi* non ha portata identificatoria; rispetto ai diritti eterodeterminati, occorre l'identità di *personae*, *petitum* e *causa petendi* ⁽⁶⁷⁴⁾. Se, invece, si segue l'opinione attardiana, per cui la *causa petendi* non è elemento di identificazione dei diritti autodeterminati, ma è sempre elemento di identificazione delle domande che li riguardano, affinché sussista identità di azioni occorre sempre l'identità di tutti e tre gli elementi.

processo, in cui il giudice non può che decidere negli stessi termini nei quali è già stato deciso in altro precedente processo, si avrebbe carenza di interesse ad agire, quindi pur sempre un motivo per chiudere questo secondo processo con la pronuncia di una sentenza, non di merito, bensì di rito [...]. L'eccezione con la quale si fa valere il precedente giudicato è, quindi, prettamente di carattere processuale, attinendo, si ripete ad un presupposto processuale”.

⁽⁶⁷²⁾ In proposito, cfr. E. T. LIEBMAN, voce *Giudicato* cit., p. 4; N. PICARDI, *Manuale* cit., pp. 393-394; B. SASSANI, *Lineamenti* cit., p. 480, per cui “rendere incontrovertibili le situazioni sostanziali delle parti significa consumare l'azione, cioè precludere la riproposizione della domanda giudiziale relativamente al diritto sul quale è caduto il giudicato”; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, vol. I, Bologna, 2017, pp. 244, 246. Prende, invece, le distanze dalla tesi riportata nel testo M. VELLANI, *Appunti* cit., p. 130, il quale opina che l'effetto preclusivo del giudicato non corrisponda al principio del *ne bis in idem*: “non direi, poi, che questo modo di operare del giudicato nei giudizi futuri possa essere considerato come un'applicazione di un principio generale (del *ne bis in idem*) [...]. Infatti quest'ultimo «impedisce che del mondo giuridico entri a far parte un atto, che abbia la stessa direzione pratica di quello già posto in essere», mentre l'improponibilità, nei limiti accennati, di ogni nuova azione è [...] preordinata al diverso fine di tutelare il regolamento del rapporto sostanziale fissato nel giudicato, e ciò per garantire la certezza del diritto”.

⁽⁶⁷³⁾ Cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema* cit., vol. I, p. 355; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 171, per i quali “la logica vuole che, perché due azioni possano essere dette identiche (ossia, in realtà, una sola), occorre che siano identici tutti i loro elementi. Se anche uno solo di essi, in uno solo dei suoi aspetti, dovesse risultare diverso, non si potrebbe più parlare di identità delle azioni”; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile* cit., p. 872; G. F. RICCI, *Diritto processuale* cit., p. 311; M. T. ZANZUCCHI – C. VOCINO, *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1964, p. 209. In giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 28 giugno 1966, n. 1675, in *Foro it.* 1967, I, p. 299.

⁽⁶⁷⁴⁾ Cfr. M. BOVE, *Lineamenti* cit., pp. 226-227; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 207 ss., anche nt. 35, il quale, rispetto ai diritti autodeterminati, compie la seguente precisazione: “pur restando invariato il diritto posto a fondamento del *petitum*, le domande [devono] considerarsi diverse e l'efficacia del giudicato non ostativa all'esercizio di una nuova azione, quando con questa l'attore faccia valere, quale fatto lesivo del proprio diritto, un comportamento o un complesso di comportamenti, unitariamente considerati, diverso rispetto a quello dedotto nel precedente giudizio; il mutamento del fatto, che integri la violazione di uno degli obblighi di astensione, costituenti il contenuto del diritto assoluto, fa nascere, in capo al titolare, un nuovo bisogno di tutela giurisdizionale e rende ammissibile la riproposizione di una nuova domanda”.

Una parte della dottrina ritiene, poi, che la cosa giudicata produca effetti preclusivi anche rispetto a diritti direttamente incompatibili con quello accertato. La ragione viene ravvisata nella circostanza che l'effetto negativo è funzionale ad assicurare in modo stabile e incontrovertibile al vincitore del primo processo il bene della vita che la sentenza gli riconosce e che anche una domanda relativa a un diritto direttamente incompatibile può portare al disconoscimento di tale bene. Occorre, allora, impedire l'emanazione di decisioni che si porrebbero in una relazione di incompatibilità con la portata pratico-precettiva del primo giudicato ⁽⁶⁷⁵⁾.

Gli studiosi che abbracciano questa ricostruzione hanno, però, visioni divergenti in ordine all'impatto che i diritti incompatibili hanno sull'oggetto del giudizio.

Secondo un primo filone, la deduzione in giudizio di un diritto da parte dell'attore è attività sufficiente per considerare oggetto del giudizio anche il diritto del convenuto che sia direttamente incompatibile con quello attoreo; e ciò "anche ai fini della litispendenza, continenza, successione nel diritto controverso ecc.". Difatti, poiché ogni diritto ha carattere esclusivo, l'affermazione di un diritto da parte dell'attore vale anche come negazione del diritto del convenuto con quello direttamente incompatibile. Sembra, dunque, che l'(in)esistenza del diritto direttamente incompatibile appartenga alla *res in iudicium deducta* e costituisca oggetto di accertamento "a ogni effetto" ⁽⁶⁷⁶⁾.

Viceversa, altri autori reputano che il diritto direttamente incompatibile non vada a comporre l'oggetto del primo giudizio, salvo che su di esso sia stata proposta esplicita domanda; sicché esso non è oggetto di un vero e proprio accertamento *ex art. 2909 c.c.*, ma di una mera preclusione, volta a garantire l'intangibilità della pronuncia sul (solo) diritto attoreo ⁽⁶⁷⁷⁾.

⁽⁶⁷⁵⁾ Di tale avviso sono A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 500 (se ben se ne comprende il pensiero); A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 144 ss.; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., p. 147 ss.; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 445; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., pp. 114 ss., 129 ss.; A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 486 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., pp. 409-410. Secondo diversi autori, questa altro non è che una normale conseguenza dell'operare della preclusione del dedotto e del deducibile: S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 300 ss.; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., p. 147 ss.; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., pp. 444-445; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., p. 409.

⁽⁶⁷⁶⁾ È questa la linea di pensiero di A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 146 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., p. 410. Si può, forse, intravedere un'apertura in tale direzione nelle parole di E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio* cit., p. 129, secondo cui "l'accertamento delle situazioni attive [diritti, facoltà, poteri] comporta in ogni caso il simultaneo accertamento delle situazioni passive [doveri, oneri, soggezioni], ove queste siano configurabili".

⁽⁶⁷⁷⁾ Così S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., p. 149; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 445; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., p. 125; A. MOTTO, *Poteri* cit., pp. 489-490. Tali studiosi fanno, peraltro, notare che il diritto incompatibile "è colpito da preclusione per quel tanto che è necessario per assicurare la portata precettiva della sentenza, di guisa che il vincolo preclusivo potrà, in concreto, essere di carattere frazionato, non pregiudicando l'utilizzo del diritto in ogni sua possibile implicazione, ma solo in quella sua estrinsecazione che vale a pregiudicare l'attribuzione compiuta dalla prima pronuncia". Le parole sono di A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 497; nello stesso senso v. anche S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., p. 149, per cui "il diritto incompatibile, salvi i casi di accertamento incidentale *ex art. 34 c.p.c.*, non è mai deciso con efficacia di giudicato nel processo concernente l'altro rapporto materiale; esso, cioè, può essere fatto valere successivamente con una domanda autonoma, ma con un importante limite: l'eventuale suo riconoscimento non deve implicare l'automatico disconoscimento del bene della vita attribuito dalla precedente sentenza

A me sembra che solo se si aderisca alla prima interpretazione si possa validamente discorrere di effetto preclusivo del giudicato rispetto al diritto direttamente incompatibile. Invero, solo se si considera tale diritto oggetto del primo giudizio si può applicare il principio del *ne bis in idem* e ritenere che al giudice sia impedito decidere nel merito una seconda volta sulla stessa situazione giuridica sostanziale. Al contrario, se si opina che il primo giudice non abbia statuito sul diritto direttamente incompatibile, allora si dovrebbe consentire al secondo giudice di decidere sullo stesso, per la prima e unica volta, ovviamente conformandosi a quanto indicato nella pronuncia passata in giudicato. In tale ottica, sarebbe, dunque, più corretto affermare che la *res iudicata* espliciti nel giudizio sul diritto direttamente incompatibile un effetto positivo/conformativo, anziché negativo/preclusivo ⁽⁶⁷⁸⁾.

Ebbene, coerentemente con le conclusioni che si sono raggiunte nel paragrafo precedente in punto di conformazione oggettiva della regiudicata, il diritto direttamente incompatibile con quello azionato non può rientrare nell'oggetto del processo automaticamente, per una sorta di "deduzione implicita", ma può comporre la *res in iudicium deducta* solo per esplicita domanda di parte o per volontà di legge. Pertanto, ove non si verifichi tale situazione, nel successivo giudizio in cui viene fatto valere il diritto incompatibile, la cosa giudicata non preclude una decisione nel merito, ma ne impone una conforme ad essa ⁽⁶⁷⁹⁾.

Venendo all'analisi di come concretamente opera l'efficacia preclusiva del giudicato nel settore che qui ci occupa, giova iniziare dalle ipotesi in cui sia stata instaurata una prima azione di nullità di un contratto e, in seguito al passaggio in giudicato della pronuncia che l'ha definita, venga instaurata una seconda azione di nullità avente ad oggetto il medesimo contratto, tra le medesime parti.

Il primo scenario che si può immaginare è che nella seconda azione vengano fatte valere le stesse cause di nullità che erano state allegare nel corso del primo processo. In tal caso, le due azioni sono manifestamente identiche, in quanto condividono *personae, petita* e *causae petendi*. Scatta, allora, il divieto di *ne bis in idem*: sia che la prima sentenza fosse di accoglimento sia che fosse di rigetto, l'autorità giudiziaria adita per seconda deve rigettare la domanda in

all'altra parte, in quanto, in tale ultimo caso, opera senz'altro l'effetto preclusivo della decisione anteriore"; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cit., pp. 121-122, nt. 62.

⁽⁶⁷⁸⁾ Di tale opinione è anche S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale* cit., p. 259 ss., spec. 265-266.

⁽⁶⁷⁹⁾ Per completezza, giova qui ricordare un'ulteriore sfaccettatura dell'efficacia preclusiva del giudicato, che è stata isolata da coloro che propongono di estendere la regiudicata a tutte le questioni idonee a definire il giudizio (v. *supra*, par. 25). *In primis*, può porsi il caso che nel secondo giudizio venga fatta valere la stessa pretesa che ha costituito l'oggetto del primo. In queste occasioni, il riesame della questione che ha definito il primo giudizio è precluso dal formarsi della *res iudicata*. *In secundis*, può porsi il caso che nel secondo processo venga fatta valere una pretesa diversa da quella che ha costituito l'oggetto del primo. Se la medesima questione che era pregiudiziale rispetto alla prima pretesa è pregiudiziale anche rispetto alla seconda, essa non può essere rivalutata: è il fenomeno del c.d. *collateral estoppel*. Affinché tale effetto si produca, però, è necessario che la questione pregiudiziale sia stata effettivamente discussa nel primo processo; altrimenti, il giudicato sulla questione (si forma comunque, visto che è stata decisa, ma) non può spiegare effetti in processi aventi oggetti diversi da quello da cui è scaturito. Per maggiori dettagli, cfr. G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile* cit., p. 873; M. TARUFFO, «Collateral estoppel» cit., p. 287 ss.

rito, per sussistenza di un precedente giudicato sulla medesima situazione giuridica preliminare.

L'altro scenario astrattamente ipotizzabile è che nel secondo processo vengano dedotti vizi differenti rispetto a quelli valutati dal giudice nel precedente procedimento. In ossequio alla qualificazione – qui adottata – della domanda di nullità quale domanda eterodeterminata, si deve ritenere che in questo caso non ricorra un'identità di azioni: difetta, infatti, l'uguaglianza tra *causae petendi*, che svolgono una funzione identificatrice delle domande giudiziali. Ne consegue che la seconda domanda di nullità non è preclusa dal giudicato ⁽⁶⁸⁰⁾.

Il che, tuttavia, ancora non significa che la seconda domanda possa essere decisa nel merito. Qualora nel primo processo la domanda di nullità sia stata accolta e sia stato accertato che il contratto è affetto dagli specifici vizi fatti valere in quella sede, una nuova domanda volta a far accertare che il contratto è nullo altresì per motivi ulteriori parrebbe, nella maggioranza dei casi, affetta da carenza di interesse ad agire. Nella misura in cui si sia accertato che il contratto non ha prodotto effetti *ab origine*, che ciò sia dovuto all'uno o all'altro vizio invalidante non modifica la situazione giuridica della parte interessata a far valere la nullità del contratto.

Nella maggioranza dei casi, si è detto. A ben vedere, infatti, non possono del tutto escludersi situazioni in cui vi sia un interesse a ottenere una declaratoria di nullità di un contratto per uno specifico vizio. Si pensi al caso in cui nel primo processo sia stata dichiarata la nullità solo parziale del contratto e le diverse cause di nullità allegate nel secondo consentano di ottenere una pronuncia che ne accerti la nullità totale. O si pensi all'ipotesi in cui un contrante abbia interesse a veder accertato che il contratto è nullo perché illecito, perché abbia lo scopo ultimo di veder dichiarata la nullità della transazione che lo ha avuto ad oggetto (art. 1972 c.c.). In tali ipotesi, non solo la seconda domanda di nullità non subirà effetti preclusivi dal precedente giudicato, ma potrà anche essere decisa nel merito.

Ove, invece, la prima domanda di nullità sia stata rigettata per insussistenza della causa di nullità allegata quale *causa petendi*, il contraente interessato a far valere la nullità del contratto per vizi diversi potrà sempre instaurare un nuovo giudizio a tal fine, senza incorrere nella barriera del *ne bis in idem* ⁽⁶⁸¹⁾.

Ciò posto, la riproposizione di una domanda di nullità avverso il medesimo contratto a valle di un rigetto già passato in giudicato potrebbe rivelarsi, in alcune occasioni, di scarsa

⁽⁶⁸⁰⁾ In tal senso, v. L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., p. 44 e, in giurisprudenza, App. Firenze, 8 gennaio 1960, in *Giur. tosc.* 1960, p. 212. Giunge, ovviamente, all'opposta conclusione chi reputa che la domanda di nullità sia autodeterminata: cfr. M. BOVE, *Rilievo d'ufficio* cit., p. 1390; R. CAPONI, *Azione di nullità* cit., p. 96; C. CONSOLO, *Postilla* cit., p. 187.

⁽⁶⁸¹⁾ Giungono a risultati opposti M. BOVE, *Rilievo d'ufficio* cit., p. 1390, il quale afferma che “la sentenza di rigetto brucia ogni altra azione di nullità”; R. CAPONI, *Azione di nullità* cit., p. 96, per il quale “la sentenza di rigetto [...] accerta l'esistenza [del rapporto] e priva di rilevanza giuridica le cause di nullità che potevano oggettivamente essere dedotte in giudizio: il giudicato copre il dedotto e il deducibile, senza che possa aver rilievo l'ignoranza incolpevole”; C. CONSOLO, *Nullità del contratto* cit., p. 18, per cui le domande di nullità contrattuale “si identificano in base al loro *petitum* e non mutano in relazione alle singole cause di nullità che l'attore possa dedurre. Il giudicato di rigetto di tali domande, allora, accerta la (non in-)esistenza del rapporto contrattuale fondamentale e preclude rinnovate azioni di nullità di quel rapporto sotto ogni profilo”. In giurisprudenza, v. Cass., 2 luglio 1980, n. 4181 (s.m.).

utilità. Si immagini che, nel corso del primo giudizio, il convenuto abbia proposto domanda riconvenzionale di condanna dell'attore all'adempimento di una o più obbligazioni derivanti dal contratto e che tali domande siano state accolte. Un eventuale successivo accertamento incontrovertibile della nullità del contratto non potrebbe scardinare la stabilità dell'attribuzione al convenuto di quei beni della vita, in applicazione del principio del dedotto e del deducibile. Pertanto, le prestazioni eseguite in esecuzione della prima pronuncia non sarebbero soggette alle restituzioni conseguenti alla declaratoria della nullità del contratto. Così, maggiore è il numero di obbligazioni contrattuali di cui si è già accertata la debenza con efficacia di giudicato, minore è l'interesse a ottenere una susseguente declaratoria di nullità del contratto.

Cionondimeno, anche laddove, per ipotesi, tutti i diritti derivanti dal contratto fossero già stati accertati esistenti con forza vincolante, comunque potrebbe residuare un interesse ad agire per la declaratoria della nullità dell'accordo ove detto accordo si ponesse come negozio pregiudicante nell'ambito di una rete di contratti collegati.

Ovviamente non sfugge che la ricostruzione qui proposta consenta la reiterazione di giudizi aventi ad oggetto la nullità del medesimo contratto e che il convenuto che assista al rigetto della domanda di nullità contro di lui proposta rischi di godere di una mera vittoria di Pirro. Tuttavia, come ripetuto nel corso della trattazione, mi sembra che il bilanciamento degli interessi in gioco debba preferibilmente risolversi a favore della soluzione che meglio garantisce i diritti di azione e di difesa delle parti.

Quando un giudice si trova a dover valutare la sussistenza di vizi che invalidino un contratto, egli concentra la propria attenzione su quelli di cui le parti discutono e, benché abbia ampi poteri di rilievo officioso di ulteriori cause di nullità, in concreto potrebbe non avere agli atti gli elementi necessari per operare tale rilievo⁽⁶⁸²⁾. Ciò posto, i motivi di nullità che possono affliggere un contratto sono molteplici e non sempre palesi: ritenere che, all'atto di rigettare la domanda di nullità del contratto per insussistenza dei (soli) vizi dedotti, il giudice accerti che il negozio è valido, pare un'induzione fallace. L'oggetto dell'accertamento compiuto dal giudice è che non sussistono i vizi che gli sono stati prospettati negli atti di causa, non che il contratto sia immune da qualunque vizio: questo il giudice non l'ha valutato, né avrebbe potuto valutarlo. Pertanto, inquadrare la domanda di nullità tra quelle autodeterminate e sostenere che, dopo la prima pronuncia di accoglimento o di rigetto di tale domanda, sia preclusa ogni ulteriore azione di nullità avverso il medesimo contratto equivale ad attribuire alla sentenza un significato che la stessa non ha, e che non potrebbe avere. E ciò senza che le parti abbiano mai contraddetto su cause di nullità diverse da quelle indicate dall'attore o rilevate d'ufficio.

⁽⁶⁸²⁾ In proposito, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite ed il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2015, II, p. 197, spec. 208, il quale sottolinea che "l'astratta possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio, a fronte della domanda di nullità proposta da una parte, anche cause di nullità diverse rispetto a quella che dalla parte era stata dedotta, non è certo sufficiente ad assicurare che il giudice sia in grado in effetti di cogliere ogni possibile profilo di nullità del concreto atto di autonomia privata che sia sottoposto al suo esame".

Mi sembra, peraltro, che una conferma della correttezza di quanto appena affermato si tragga dal regime cui l'orientamento giurisprudenziale più recente sottopone la declaratoria della nullità totale del contratto a fronte di una domanda di nullità parziale, e viceversa. Come si ricorderà, il giudice può sempre rilevare che l'invalidità del contratto ha un'estensione diversa da quella allegata dalle parti (che sia totale, anziché parziale; o che sia parziale, anziché totale); tuttavia, se le parti non modificano la loro domanda e mantengono quella iniziale volta alla declaratoria di una nullità con estensione "errata", il giudice non può fare altro che rigettarla, poiché la richiesta non è fondata. Segnatamente: se la parte domanda l'accertamento della nullità totale, il giudice la respinge perché il negozio è almeno parzialmente valido; se la parte domanda l'accertamento della nullità parziale, il giudice la rigetta perché il contratto è integralmente invalido ⁽⁶⁸³⁾.

Ora, se si seguisse la tesi per cui dalla reiezione della domanda di nullità si deve inferire che il contratto è integralmente valido, si arriverebbe a esiti *difformi* rispetto a quelli dell'accertamento effettivamente compiuto dal giudice, in entrambe le ipotesi: nel primo caso, il contratto è valutato parzialmente – e non integralmente – valido; nel secondo caso, il contratto è valutato integralmente invalido, il che si pone agli antipodi rispetto all'integralmente valido. Mi sembra, dunque, che tali considerazioni rappresentino un'ulteriore ragione per limitare l'oggetto dell'accertamento del giudice a ciò che il giudice ha effettivamente accertato, e non a ciò che si possa in astratto desumere dalla sua pronuncia.

È vero che, seguendo la tesi qui proposta, il convenuto potrebbe dover subire un consistente numero di processi, tutti volti a ottenere la declaratoria di nullità di un solo contratto; però è anche vero che è possibile che egli abbia stipulato un contratto al quale l'ordinamento giuridico commina la sanzione più grave: la carenza di effetti giuridici. Pare, dunque, più meritevole di tutela l'interesse dell'attore a far accertare la contrarietà di un contratto ai principi che reggono l'ordinamento piuttosto che l'interesse del convenuto a non trovarsi coinvolto in più procedimenti.

Inoltre, il convenuto ha uno strumento che gli consente di ridurre la probabilità dell'insorgere di nuove controversie relative al medesimo contratto. Ciò che può fare, quando viene chiamato in giudizio per discutere della nullità di un contratto, è proporre domande riconvenzionali con le quali chiede al giudice di accertare la sussistenza dei diritti a lui derivanti dal contratto. Così, ove il giudice rigettasse la domanda attorea e accogliesse le domande riconvenzionali del convenuto, sarebbe drasticamente ridotto l'interesse dell'attore a proporre nuove domande di nullità dello stesso contratto, non potendo egli più ottenere alcun concreto bene della vita da un accertamento di tal sorta.

Mi sembra che un apparato così strutturato abbia il pregio di lasciare alle parti la scelta sull'estensione oggettiva della pronuncia vincolante cui mirano e di cristallizzare in eterno solo quanto le parti abbiano effettivamente discusso e il giudice effettivamente accertato.

Quanto all'efficacia preclusiva che il giudicato produce nell'ipotesi in cui sia proposta una domanda di adempimento e la nullità sia fatta valere in via di eccezione, l'unica azione

⁽⁶⁸³⁾ Per maggiori dettagli, v. *supra*, par. 26.

impedita dal principio del *ne bis in idem* è una nuova azione di adempimento, avente ad oggetto il medesimo diritto già azionato nel precedente processo. Viceversa, essendo la questione di nullità rimasta estranea all'oggetto del primo giudizio, nessun effetto preclusivo si esplica in eventuali successive azioni di nullità del contratto. Piuttosto, in esse il giudicato sul singolo diritto contrattuale azionato nel primo procedimento produrrà un effetto positivo/conformativo.

33. L'efficacia conformativa del giudicato

Concluso l'esame dell'effetto diretto della regiudicata, si può ora procedere con l'analisi di quello mediato, e terminare così la trattazione della presente sezione.

L'effetto positivo/conformativo del giudicato si esplica in quei giudizi in cui vengano formulate domande diverse da quella su cui si è statuito con forza vincolante, ma legate a quest'ultima da nessi di pregiudizialità-dipendenza o di pregiudizialità per incompatibilità diretta⁽⁶⁸⁴⁾. In tali ipotesi, la *res indicata* impone ai giudici successivamente aditi di decidere sulle domande a loro proposte in modo conforme a quanto disposto dal primo giudice⁽⁶⁸⁵⁾.

⁽⁶⁸⁴⁾ Per la descrizione di tali nessi, v. *supra*, par. 22.

⁽⁶⁸⁵⁾ In tal senso, cfr. A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 81; M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 249, per il quale “il giudicato sul rapporto pregiudiziale non può certo impedire la decisione sul rapporto dipendente, per cui nel processo instaurato su quest'ultimo quel giudicato avrà solo l'effetto di imporre al giudice un certo modo di fissare la questione pregiudiziale”; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 338, secondo cui “la cosa giudicata può avere una funzione *positiva*, in quanto cioè costringe il giudice a riconoscere la esistenza del giudicato in tutte le sue pronunce sopra domande che presuppongono il giudicato”; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, pp. 110-111; A. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo* cit., p. 307, il quale scrive che “il giudice del secondo processo potrà considerarsi giuridicamente vincolato dal contenuto di una precedente sentenza passata in giudicato formale solamente nell'ipotesi in cui ciò che è stato deciso nella prima causa sia identico ad una *parte* di quanto dovrebbe essere deciso nella nuova lite [...]. Tra la *res indicata* di questo processo e la *res indicanda* deve sussistere un rapporto di identità parziale. Più precisamente: l'oggetto della *res indicata* deve rappresentare una parte della *res indicanda* dedotta nella causa successiva”; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 2, 194; S. MENCHINI, voce *Regiudicata* cit., pp. 442, 450, secondo il quale “l'autorità del giudicato si irradia anche nei confronti delle situazioni sostanziali dipendenti; essa, peraltro, agisce non in via *diretta*, ossia quale accertamento autoritativo del diritto pregiudicato, oggetto del successivo processo, ma in via *riflessa*, ossia rende incontestabile, all'interno di questo, il modo di essere del rapporto pregiudiziale, il quale è rilevante per la definizione della controversia pendente. La cosa giudicata non ha, dunque, relativamente alle posizioni giuridiche dipendenti, efficacia negativa, ossia ostativa di una decisione di merito sulla causa instaurata, bensì *positiva*, in quanto vincola il giudice adito, nella formulazione del giudizio sul diritto controverso, a tenere fermo il contenuto della precedente sentenza relativa al rapporto pregiudiziale”; F. MENESTRINA, *La pregiudiziale* cit., p. 156, il quale scrive: “la cosiddetta funzione positiva della regiudicata richiede piuttosto che il giudice accolga come capisaldi dell'ulteriore ragionamento le decisioni d'un precedente processo, cosicché il giudice posteriore continui con l'introduzione di elementi nuovi dove l'anteriore finisce. Come nella scienza non si prevede mai la serie di applicazioni cui una scoperta saprà dare origine, così non sarebbe ragionevole la legge che trascurasse d'attribuire al lavoro mentale del giudice un compito puntellatore e preparatore di altri lavori mentali, nascenti da altri processi. Una simile dimenticanza farebbe violenza a un fenomeno comunissimo nel mondo intellettuale, e il legislatore mostrerebbe d'ignorare che la civiltà sarebbe ancora bambina senza l'aiuto derivante al pensiero nostro dal pensiero di chi ci precedette”; B. SASSANI, *Lineamenti* cit., p. 480, per il quale “rendere incontrovertibili le situazioni sostanziali delle parti (accertate in una sentenza passata in giudicato) ha poi il significato di precludere a qualsiasi giudice successivo di decidere su domande diverse, ma legate da un rapporto di pregiudizialità-dipendenza (a quella sulla quale si è formato il giudicato), in maniera difforme da come ha deciso il primo giudice”. In giurisprudenza, v. Cass., 29 settembre 1954, n. 3165, in *Giur. it.* 1955, I, 1, p. 756, con nota di E. HEINITZ, *Considerazioni attuali* cit.

Si può, *in primis*, immaginare che si sia formato il giudicato su una situazione giuridica che compone la fattispecie costitutiva in senso stretto di quella *sub iudice*. Nel secondo processo, l'autorità giurisdizionale adita può decidere nel merito e può valutare liberamente tutte le questioni che sono utili a tal fine, ad eccezione di quella su cui è già intervenuto l'accertamento incontrovertibile, che deve risolvere in modo analogo a chi l'ha preceduto ⁽⁶⁸⁶⁾.

L'efficacia positiva del giudicato rispetto alle situazioni giuridiche dipendenti trova la propria causa nella necessità di coordinamento delle norme sostanziali: l'incontestabilità della decisione sulla situazione pregiudiziale rappresenta, infatti, lo strumento "per salvaguardare la relazione strutturale, imposta dal diritto sostanziale, tra questa e l'effetto giuridico oggetto del processo successivo" ⁽⁶⁸⁷⁾. A ciò si aggiunga che la vincolatività della prima sentenza risulterebbe attenuata se si potesse tornare a discutere del diritto deciso in giudizi in cui lo stesso si presenti come questione rilevante per la definizione della controversia ⁽⁶⁸⁸⁾.

Si può, in secondo luogo, ipotizzare che si sia già formato il giudicato su un diritto direttamente incompatibile con quello oggetto del processo in corso. Ora, non solo l'attribuzione del bene della vita compiuta dalla prima pronuncia non può essere posta in discussione in via diretta, ossia domandando una decisione uguale a quella negata dalla prima sentenza; detta attribuzione non può essere scardinata nemmeno in via indiretta, ossia avanzando un *petitum* che rappresenti il contrario di quanto dichiarato dal precedente provvedimento ⁽⁶⁸⁹⁾. Per concretizzare: la pronuncia che ha accertato il diritto di proprietà di Tizio su un determinato bene non può essere demolita da una declaratoria del diritto di proprietà di Caio sul medesimo bene. Sicché, ove Caio proponga una domanda di accertamento del proprio diritto di proprietà, il giudice è tenuto a deciderla conformandosi al precedente giudicato e, dunque, a rigettarla nel merito ⁽⁶⁹⁰⁾.

⁽⁶⁸⁶⁾ Cfr. M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 249; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 113, per il quale il precedente giudicato "vincola il giudice a ritenere esistente o inesistente (a seconda del suo contenuto) un elemento della fattispecie costitutiva del diritto oggetto della domanda"; E. T. LIEBMAN, *Manuale* cit., vol. I, p. 273, per cui "sul rapporto o stato pregiudiziale il giudice non dovrà far altro che assumerlo come certo e non più discutibile conformandosi alla sentenza già emessa"; E. T. LIEBMAN, voce *Giudicato* cit., p. 4; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 194.

⁽⁶⁸⁷⁾ S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 294-295, riprendendo l'espressione di A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen* cit., p. 44.

⁽⁶⁸⁸⁾ Così S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 294-295, nt. 4.

⁽⁶⁸⁹⁾ Cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 300.

⁽⁶⁹⁰⁾ È d'uopo, qui, effettuare una precisazione con riferimento alle ipotesi in cui sussistano dei nessi di pregiudizialità per incompatibilità indiretta. Come abbiamo visto *supra*, par. 22, tale relazione sussiste laddove la situazione giuridica vantata da una parte sia incompatibile con una situazione giuridica della controparte che è pregiudiziale rispetto a quella da quest'ultima fatta valere. Nelle ipotesi in cui, nel primo giudizio, la situazione giuridica pregiudiziale della controparte sia rimasta oggetto di una mera questione pregiudiziale e non sia stata trasformata in una causa pregiudiziale, non si è avuto sulla stessa alcun accertamento con efficacia di giudicato; pertanto, non vi è una statuizione irretrattabile cui il secondo giudice deve uniformarsi. Ove, invece, nel primo processo, la situazione giuridica pregiudiziale della controparte sia stata accertata con efficacia di giudicato, al pari della situazione giuridica che la controparte ha fatto valere in via principale, il secondo giudice è vincolato alla statuizione del suo predecessore. Tuttavia, a ben vedere, il vincolo riguarda un nesso di incompatibilità

Prima di passare alle applicazioni pratiche dell'effetto in esame nel settore della nullità contrattuale, è opportuna un'ultima precisazione ⁽⁶⁹¹⁾. Per la determinazione del regime giuridico delle situazioni dipendenti, occorre aver riguardo al concreto contenuto del provvedimento relativo alla situazione pregiudiziale: non solo la nascita delle situazioni dipendenti è condizionata dall'effettiva realizzazione di quelle pregiudiziali, ma anche la loro misura è determinata dal momento in cui siano sorte le seconde e dalla loro durata. Poiché, dunque, il riconoscimento di una situazione giuridica può fondarsi su fatti cronologicamente distinti e la sua negazione può basarsi sulla constatazione che essa non è mai sorta o che si è estinta, la pronuncia può attribuire alle parti utilità pratiche differenti e assumere un diverso peso nei giudizi aventi ad oggetto le situazioni dipendenti ⁽⁶⁹²⁾.

Si manifesta, così, nella sua pienezza il significato dell'affermazione per cui i motivi della sentenza non sono idonei ad acquisire forza vincolante, ma servono a definire la portata precettiva del dispositivo ⁽⁶⁹³⁾: l'efficacia conformativa della *res iudicata* può presentare dimensioni variabili a seconda del motivo portante della decisione, soprattutto a fronte di provvedimenti di rigetto.

Calando la disamina effettuata in astratto nella realtà pratica, vengono anzitutto in rilievo le sentenze che accolgono una domanda di nullità del contratto. Esse esplicano effetti conformativi in tutti i giudizi in cui la nullità del negozio sia questione pregiudiziale rispetto all'oggetto del processo: si pensi agli obblighi restitutori conseguenti alla declaratoria di invalidità del negozio, alla nullità di un contratto derivato, alla nullità della transazione avente ad oggetto il contratto di cui si è accertata la nullità. In queste ipotesi, il giudice del secondo processo non può rivalutare la nullità dell'accordo; egli è vincolato dall'accertamento già compiuto e deve decidere dando la nullità per scontata ⁽⁶⁹⁴⁾.

Tra l'altro, le sentenze di accoglimento delle domande di nullità ben si prestano a evidenziare il ruolo che il motivo portante della decisione svolge nel plasmare gli effetti mediati del giudicato. Si immagini che, in seguito all'accertamento con efficacia di giudicato che un determinato negozio è nullo, una delle due parti proponga una domanda di ripetizione delle prestazioni svolte in adempimento del contratto. Se il primo giudice ha

diretta, che sussiste tra la situazione oggetto del secondo giudizio e la situazione che nel primo giudizio era pregiudiziale rispetto a quella vantata dalla controparte, ma che è nondimeno stata decisa in modo incontrovertibile. In definitiva, quindi, l'effetto positivo della cosa giudicata si manifesta solo rispetto a nessi di incompatibilità diretta, e non a nessi di incompatibilità indiretta.

⁽⁶⁹¹⁾ Già in parte anticipata *supra*, par. 19.2.2.

⁽⁶⁹²⁾ Si vedano, in questo senso, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, vol. I, Padova, 1985, pp. 512-513, per il quale l'accoglimento e il rigetto delle domande possono presentare "uno spettro di gradazioni di interesse crescente in considerazione della prospettiva che, oltre ad assicurare immediatamente l'attribuzione dello specifico bene della vita conteso, la decisione valga, in misura maggiore o minore, ad influenzare, attraverso il vincolo [...] promanante dal motivo portante, l'esito di future eventuali liti su pretese diverse"; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 296 ss.; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., p. 168 ss.; S. MENCHINI, voce *Regiudicata* cit., p. 451, secondo cui "la decisione relativa al rapporto pregiudiziale, in considerazione del motivo sul quale è basata, può avere ripercussioni anche sensibilmente differenti sul contenuto e sulla disciplina delle posizioni giuridiche che da esso sono prodotte".

⁽⁶⁹³⁾ Cfr. *supra*, parr. 29 e 31.

⁽⁶⁹⁴⁾ Nello stesso senso, con specifico riferimento all'ipotesi di contratti collegati, cfr. A. GIUSSANI, *Collegamento negoziale* cit., p. 292 ss.

statuito che il contratto è nullo in quanto contrario al buon costume, il secondo giudice è tenuto a rigettare la domanda di ripetizione d'indebito in ossequio al disposto dell'art. 2035 c.c. Viceversa, se il primo giudice ha accertato la nullità del contratto per un vizio diverso, il secondo giudice deve valutare *ex novo* la contrarietà al buon costume dell'accordo contrattuale e decidere sulla domanda a lui proposta di conseguenza. Come si nota, il motivo di accoglimento della domanda di nullità è essenziale nella determinazione della portata del *decisum*.

Ciò, ovviamente, non comporta l'automatico accoglimento anche della domanda relativa alla situazione giuridica dipendente. Il giudice deve, infatti, comunque valutare la sussistenza di tutti gli elementi della fattispecie costitutiva della situazione dipendente, nonché l'insussistenza di eventuali fatti impeditivi, modificativi o estintivi. Ad esempio, è ben possibile che, benché il contratto fosse (e resti) nullo, i diritti restitutori si siano prescritti.

Lo stesso ragionamento si applica nelle ipotesi in cui vengano azionati diritti scaturenti dall'accordo. Se, a valle di una declaratoria di nullità del contratto divenuta irretrattabile, un contraente agisce contro l'altro per sentirlo condannare all'adempimento di una obbligazione dallo stesso derivante, il giudice è tenuto a rigettare la domanda nel merito, uniformandosi alla statuizione – non più contestabile – per cui quel contratto non produce effetti.

Questo è l'unico esito possibile allorché sia stata dichiarata la nullità totale del contratto. Viceversa, laddove il primo giudice abbia accertato che il contratto è solo parzialmente nullo, il secondo deve valutare se il diritto azionato sorge dalla porzione di negozio che si è salvata o dalla porzione che non produce effetti, e solo in quest'ultima ipotesi è vincolato dal giudicato.

Quanto ai provvedimenti che rigettano le azioni di nullità, essi non producono, in concreto, alcuna efficacia conformativa.

Nella ricostruzione qui proposta, tali provvedimenti accertano soltanto che il contratto non è affetto da nullità derivante dai singoli vizi fatti valere o rilevati d'ufficio, ma non sono idonei ad accertare alcunché in ordine alla sussistenza di eventuali ulteriori vizi. Pertanto, il giudicato di rigetto non può generare alcun effetto positivo in successivi giudizi in cui si discuta di differenti cause di nullità del medesimo contratto, in quanto la non-nullità accertata nel primo processo non si pone come situazione pregiudiziale o incompatibile rispetto alla nullità derivante da altri motivi. Il negozio, non affetto da vizio di forma, potrebbe avere un oggetto impossibile o essere contrario a norma imperativa: l'inesistenza del primo vizio non è incompatibile con l'esistenza degli altri.

Inoltre, nel successivo giudizio in cui venga chiesto l'adempimento di una delle obbligazioni contrattuali, il giudice potrà rilevare d'ufficio e le parti potranno far valere cause di nullità diverse da quelle escluse dal primo giudice. La validità del contratto potrà essere sottoposta a nuovo scrutinio, con un solo limite: il giudice non potrà ritenere sussistenti proprio quei vizi invalidanti di cui si è già incontestabilmente accertata l'inesistenza; e ciò per l'operare del principio del *ne bis in idem*.

Quando, invece, il primo giudizio definito con sentenza incontrovertibile è relativo a un singolo diritto derivante dal contratto e la nullità di quest'ultimo ha rappresentato una mera questione pregiudiziale, conosciuta *incidenter tantum*, l'autorità giudiziaria innanzi alla quale sia instaurata un'azione di nullità relativa al medesimo contratto può liberamente valutare la questione dell'invalidità del negozio, ma non può scardinare l'attribuzione del bene della vita compiuta dalla prima sentenza. Sicché, laddove sia proposta anche una domanda di condanna alla restituzione delle prestazioni effettuate in adempimento alle previsioni contrattuali, il giudice può condannare le parti alle reciproche restituzioni, con l'eccezione della prestazione oggetto della precedente pronuncia passata in giudicato ⁽⁶⁹⁵⁾.

⁽⁶⁹⁵⁾ In proposito, in dottrina si è correttamente evidenziato che tra la pronuncia che rigetta una domanda di condanna all'adempimento di una determinata prestazione contrattuale, in ragione dell'accoglimento di un'eccezione di nullità, e la successiva pronuncia che accoglie una domanda di condanna all'adempimento di una differente prestazione contrattuale, in forza del rigetto dell'eccezione di nullità, non intercorre un contrasto pratico di giudicati: cfr. C. CONSOLO, *Nullità del contratto* cit., p. 32.

Giunge, ovviamente, a una conclusione diversa da quella qui abbracciata chi ritiene che la deduzione di un singolo diritto scaturente da un contratto comporti sempre l'estensione del giudicato all'intero rapporto giuridico fondamentale. In conformità a tale struttura, la *res iudicata* esplica un effetto riflesso in tutti i successivi giudizi in cui si discuta di qualsivoglia situazione giuridica dipendente dal rapporto complesso: cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 296.

SEZIONE SECONDA

AZIONI DI ANNULLAMENTO, RESCISSIONE E RISOLUZIONE, RELATIVE ECCEZIONI E LIMITI OGGETTIVI DEL GIUDICATO

34. Il piano d'indagine

Come si è chiarito nel corso del Capitolo Primo ⁽⁶⁹⁶⁾, le pronunce che definiscono le azioni di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto non hanno natura omogenea, ma si differenziano a seconda della tipologia di azione instaurata e a seconda dell'esito del giudizio. In particolare:

- a) sono sentenze costitutive quelle che accolgono le domande di annullamento, rescissione, risoluzione per inadempimento *ex art.* 1453 c.c. e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta *ex art.* 1467 c.c.;
- b) sono sentenze dichiarative quelle che accolgono le domande di risoluzione per inadempimento *ex artt.* 1454, 1456, 1457 c.c. e di risoluzione per impossibilità sopravvenuta totale o parziale *ex artt.* 1463 ss. c.c.;
- c) sono sempre sentenze dichiarative quelle che rigettano le domande sopra menzionate.

Si è, inoltre, visto che tutte le azioni di impugnativa contrattuale, tranne quelle di risoluzione di cui al precedente punto a), sono accompagnate dalle corrispondenti eccezioni, definite di annullabilità, di rescindibilità e di (intervenuta) risoluzione del contratto ⁽⁶⁹⁷⁾.

Le sentenze che rigettano la domanda attorea in accoglimento delle citate eccezioni hanno natura dichiarativa. Viceversa, le sentenze che accolgono la domanda attorea, quale conseguenza del rigetto delle eccezioni, mutuano la propria natura dalla natura della domanda proposta nel singolo caso di specie, che può essere indistintamente di accertamento, di condanna o costitutiva.

La presente sezione è dedicata allo studio della conformazione oggettiva che la *res iudicata* assume a fronte dei provvedimenti cui si è fatto riferimento in queste prime battute.

Si prenderanno le mosse dalle azioni costitutive, nell'ambito delle quali l'estensione del giudicato presenta profili problematici ancora più ampi di quelli che si sono scandagliati, nel corso della precedente sezione, riguardo ad azioni ed eccezioni di nullità. Si dovrà, innanzitutto, comprendere quali effetti produca una sentenza costitutiva e quale sia l'oggetto di tali effetti. In secondo luogo, si dovrà valutare quali, tra gli effetti e gli oggetti così individuati, siano suscettibili di acquistare l'incontrovertibilità di cui all'art. 2909 c.c. Si passerà, poi, a indagare l'oggetto del processo e del giudicato rispetto alle azioni di impugnativa contrattuale aventi natura di mero accertamento, ossia quelle di risoluzione stragiudiziale, per proseguire con l'esame dell'ampiezza della regiudicata nei giudizi in cui vengano sollevate eccezioni di annullabilità, rescindibilità e risoluzione del contratto.

⁽⁶⁹⁶⁾ Cfr. *supra*, parr. 7 ss.

⁽⁶⁹⁷⁾ Cfr. *supra*, parr. 12 ss. Per il significato da attribuire all'espressione "eccezione di risoluzione", v. *supra*, parr. 14 ss.

Una volta definito l'oggetto della *res iudicata*, nella parte finale della sezione si analizzeranno gli effetti – preclusivi e conformativi – che la stessa è idonea a produrre in successivi giudizi.

Valgono anche per la presente sezione le notazioni metodologiche che si sono effettuate nel precedente paragrafo 16, alle quali si fa integrale rinvio.

35. Gli effetti delle sentenze costitutive

Per chi si prefigga lo scopo di delineare i confini dell'incontestabilità delle pronunce che definiscono le azioni di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale, il primo nodo da sciogliere riguarda gli effetti che simili pronunce sono in grado di produrre. Infatti, solo se si individuano tali effetti è possibile determinare quali di questi siano votati all'irretrattabilità e quali, invece, restino estranei alla cosa giudicata.

Cerchiamo di identificarli, tenendo come perno l'unica norma che si occupi espressamente di provvedimenti costitutivi, ossia l'art. 2908 c.c., a mente del quale, “nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici...”.

È generalmente riconosciuto che il primo effetto cui danno vita le sentenze costitutive è un effetto di accertamento: esso non si deve ritenere appannaggio delle sole pronunce dichiarative, ma costituisce un componente necessario anche di quelle costitutive. Gli argomenti che vengono adottati a supporto di tale affermazione sono essenzialmente i seguenti. Per un verso, estromettere l'accertamento dalle sentenze in esame significherebbe privare di contenuto e di efficacia le pronunce che rigettano nel merito le azioni costitutive, per carenza dei presupposti previsti dalle norme di modificazione di volta in volta invocate. Per altro verso, l'accertamento svolge la funzione di garantire la giuridicità della modifica prodotta: se non fosse accertata in modo vincolante la legittimità del mutamento attuato, il soccombente potrebbe sempre farne valere l'ingiustizia e domandare un risarcimento per i danni subiti ⁽⁶⁹⁸⁾.

⁽⁶⁹⁸⁾ Abbracciano l'idea che anche le sentenze costitutive abbiano un contenuto di accertamento, *ex plurimis*, A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., pp. 480-481, 518, 531, per cui la sentenza costitutiva “contiene un accertamento con la corrispondente efficacia dichiarativa”, che svolge “la sua tipica funzione di garanzia della giuridicità dell'azione di uno o più soggetti”; F. CAMMEO, *L'azione* cit., p. 44; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 35, il quale scrive: “è difficile negare che, pur nelle sentenze autenticamente costitutive, vi sia un accertamento giurisdizionale, a pena fra l'altro di privare di contenuto ed efficacia le sentenze che rigettano, siccome non fondate, le azioni costitutive per carenza dei presupposti previsti dalle norme di modificazione volta a volta invocate”; C. FERRI, voce *Costitutiva* cit., p. 1, per cui “nella sentenza costitutiva vi è un accertamento relativo alla sussistenza delle condizioni previste dalla legge perché possa prodursi un mutamento giuridico”; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 262, secondo cui “è necessario riconoscere anche a tale sentenza [costitutiva] un contenuto di accertamento, così che possa, oltre a produrre (o negare) la detta modifica, dar vita anche ad un effetto di preclusione, senza il quale essa rimarrebbe totalmente vanificata”; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., pp. 106-107; E. MERLIN, *Elementi* cit., p. 48; A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 319, per il quale “in tutte le sentenze costitutive è contenuto un accertamento al quale è dalla legge ricollegato l'effetto costitutivo”; G. VERDE, *Considerazioni inattuali* cit., p. 32. Agli autori appena citati si aggiungono, poi, quelli indicati *infra*, in nota 704, nonché tutti coloro che verranno menzionati nei prossimi paragrafi, nei quali

Paradossalmente, mentre la sussistenza di un effetto di accertamento riscuote l'unanime approvazione degli interpreti, che le sentenze costitutive producano altresì un effetto costitutivo non è per nulla pacifico.

Secondo una prima corrente, cui si è già fatto riferimento nel corso del Capitolo Primo, gli effetti modificativi devono essere imputati alla domanda giudiziale, che assume la connotazione di una “dichiarazione costitutiva”. Il giudice si limita ad accertare che il mutamento si è già realizzato in virtù dell'atto processuale di parte e non lo attua in prima persona, per il tramite della sentenza. Tuttavia, la produzione di effetti costitutivi da parte della domanda giudiziale è condizionata al suo accoglimento e viene meno se il processo si estingue⁽⁶⁹⁹⁾.

Quest'ultima precisazione dimostra che la concezione appena descritta non riesce ad affrancare la vicenda modificativa dalla sentenza. Invero, la domanda giudiziale opera non già un mutamento immediatamente e definitivamente rilevante, bensì un mutamento la cui efficacia dipende dalla prosecuzione e dall'epilogo del processo che essa promuove⁽⁷⁰⁰⁾. E allora non sembra si possa sostenere che l'attività compiuta dal giudice sia una “ordinaria” attività di accertamento; pare, al contrario, che vi si debba ravvisare un *quid pluris*.

Ove, invece, tralasciando il nesso di condizionamento che sussiste tra la modificazione e il buon esito del processo, si volessero ricondurre gli effetti costitutivi al solo atto processuale di parte, si arriverebbe in sostanza a negare la figura delle pronunce costitutive⁽⁷⁰¹⁾. Eppure, l'art. 2908 c.c. parla di “effetti costitutivi *delle sentenze*”, rendendo così evidente

si esamineranno le diverse teorie che sono state avanzate in punto di oggetto dell'accertamento contenuto nelle sentenze costitutive.

⁽⁶⁹⁹⁾ Cfr. *supra*, parr. 7, 8 e 9.1.4. Di tale avviso sono, come si è visto, E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico* cit., pp. 110-111, secondo cui “la parte, cui interessa stornare le conseguenze giuridiche del negozio, non importa se in veste d'attore o di convenuto [...], esercita un potere (concreto) d'eccezione sostanziale, col quale, e senza ministero di giudice, produce direttamente l'effetto dell'annullamento, rescissione o risoluzione [...]; l'effetto giuridico dell'atto in questione (proposizione d'eccezione) si manifesta, però, solo nel quadro del processo, in cui esso è compiuto; e se il processo si estingue, l'efficacia dell'atto vien meno, e torna in vigore la situazione preesistente (validità, efficacia, provvisoria ed eliminabile, del negozio); il giudice, dunque, non annulla, non rescinde, non risolve, ma constata semplicemente che la parte interessata ha provveduto, mediante l'esercizio d'un suo potere a ciò diretto, ad annullare, rescindere, risolvere; la sentenza è insomma dichiarativa, non costitutiva; non si ha processo costitutivo, bensì processo, nel corso del quale è intervenuto un atto processuale di parte, dotato anche d'efficacia costitutiva sul piano del diritto sostanziale”; con riguardo alla risoluzione per inadempimento, A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento* cit., *passim*. In senso simile sembra esprimersi R. BOLAFFI, *Le eccezioni* cit., p. 171.

⁽⁷⁰⁰⁾ Cfr. A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., p. 151, il quale sottolinea che, anche per la tesi in discorso, “l'efficacia modificativa non preesiste alla sentenza e, dopo questa, non prescinde dal contenuto della sentenza. Proprio siffatta rilevanza contraddice, nel modo più esauriente, l'idea che il provvedimento abbia contenuto e soprattutto effetti meramente dichiarativi”. In senso simile, in tema di risoluzione per inadempimento, C. CONSOLO, *Il concorso di azioni* cit., p. 791, fa notare che “ammettere l'immediata efficacia risolutoria negoziale della domanda giudiziale – e così la natura solo accertativa del giudizio conseguente (ancorché necessario) – si potrebbe solo a patto di riconoscere macchinosamente che quell'effetto si espliciti solo in presenza di una domanda *fondata, anzi per tale ritenuta dalla successiva sentenza*”.

⁽⁷⁰¹⁾ Cfr. A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., p. 150, per il quale tale negazione “non può non lasciare perplessi”; V. DENTI, *Studi sul processo possessorio*, Pavia, 1949, p. 191, secondo il quale, riducendo a mera funzione dichiarativa l'attività giurisdizionale descritta dall'art. 2908 c.c., “si vanifica completamente, *a parte iudicis*, il fenomeno dell'attività costitutiva”; C. FERRI, *Profili* cit., pp. 14-15; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 160, nt. 43; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, p. 64 ss.

che tali effetti devono essere attribuiti al provvedimento giurisdizionale che definisce il giudizio, e non a meri atti endoprocedimentali ⁽⁷⁰²⁾.

Una tesi intermedia, che si deve alle teorizzazioni dell'autore tedesco Emil Seckel, vuole che il mutamento discenda da una fattispecie complessa, composta sia dalla domanda giudiziale sia dalla sentenza. Nel settore dei diritti potestativi a necessario esercizio giudiziale, in cui la dichiarazione di volontà del titolare del diritto non è sufficiente per provocare l'effetto giuridico, la dichiarazione stessa deve essere a tal fine integrata dalla sentenza passata in giudicato. Sicché solo in presenza di entrambi gli elementi della fattispecie – atto introduttivo di parte e atto giurisdizionale del giudice – si verifica il mutamento cui la parte tende ⁽⁷⁰³⁾.

La concezione in parola, pur mostrandosi maggiormente compatibile con l'art. 2908 c.c., non collima pienamente con il testo codicistico. Nello spettro della norma, è l'autorità giudiziaria che costituisce, modifica o estingue rapporti giuridici e, lo si ripete, gli effetti costitutivi sono ricondotti (solo) alle sentenze.

Il che ci porta alla terza e ultima teorica formulata, condivisa dalla dottrina nettamente maggioritaria. Il mutamento giuridico cui si riferisce l'art. 2908 c.c. viene operato in via immediata dalla sentenza. L'esercizio dei diritti potestativi a natura giudiziale, attraverso la proposizione della domanda, non provoca direttamente gli effetti di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto, ma costituisce solo il presupposto per pervenire alla produzione di tali effetti in sede giurisdizionale; il provvedimento del giudice si pone, invece, quale esclusiva causa efficiente della modificazione. Ne segue che, ove il processo si estingua, il negozio giuridico impugnato mantiene i propri effetti giuridici.

Chi abbraccia quest'ultima ricostruzione reputa, dunque, che le pronunce costitutive generino due tipi di effetti: all'effetto di accertamento, che crea certezza su un certo modo di essere della realtà sostanziale, si affianca un pieno effetto costitutivo, che ne modifica le fattezze ⁽⁷⁰⁴⁾.

⁽⁷⁰²⁾ In termini simili si esprimono anche A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., p. 150, nt. 169, per cui la tesi in esame finisce “per trascurare quanto risulta chiaramente dalla legge: l'esigenza del processo per rendere rilevante nel mondo giuridico una determinata situazione”; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 160, nt. 43.

⁽⁷⁰³⁾ Cfr. E. SECKEL, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, Tübingen, 1954, pp. 236, 239. A tale visione sembra aderire, in Italia, G. PAVANINI, voce *Divisione giudiziale*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 439, spec. 445-446, che definisce la sentenza come “condizione legale” degli effetti modificativi prodotti dalla domanda. In proposito, si veda anche C. FERRI, *Profili* cit., pp. 24-25. Critico rispetto all'interpretazione in discorso è A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., p. 152, che scrive: “proprio l'Autore, il quale una siffatta tesi ha proposto, riconosce espressamente la sola rilevanza della pronuncia modificativa quando la domanda sarebbe inefficace per difetto di diritto «potestativo»; vale a dire, riconosce che l'efficacia deriva dalla sentenza ed esclusivamente da questa”.

⁽⁷⁰⁴⁾ Seguono questo orientamento A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 116; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., pp. 518, 531; E. BETTI, *Diritto processuale* cit., p. 548; A. BOSELLI, *La risoluzione* cit., p. 253, con riguardo alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta; F. CAMMEO, *L'azione* cit., p. 44; F. CARNELUTTI, *Sistema* cit., vol. I, p. 145 ss., per il quale “la sentenza non ha soltanto efficacia dichiarativa, ma altresì efficacia costitutiva dell'effetto”; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., pp. 158-159, 169, per il quale “ciò che vi è di caratteristico nei giudizi costitutivi è proprio la decisione, la quale opera una modificazione giuridica”; “la fattispecie rilevante per l'effetto costitutivo è proprio la sentenza [...] perché al provvedimento rinviano le

Credo che la corrente di pensiero da ultimo esaminata meriti adesione, purché non venga travisato il ruolo che la domanda giudiziale ricopre nella fattispecie costitutiva in senso stretto degli effetti sostanziali di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale del contratto. Resta, infatti, vero che l'esercizio del diritto potestativo di impugnativa rappresenta un elemento della fattispecie costitutiva in senso stretto di tali effetti; e in questo è corretta l'intuizione di Seckel. Tuttavia, il mutamento viene dalla legge ricollegato alla sentenza, che rappresenta l'ultimo atto con il quale si chiude la citata fattispecie costitutiva⁽⁷⁰⁵⁾.

varie norme sostanziali le quali un tale tipo di fenomeno prevedono”; “è la sentenza, e solo la sentenza che accoglie l'impugnativa negoziale, la fonte dell'effetto eliminativo”; G. CHIOVENDA, *Principii* cit., p. 194, per il quale l'effetto costitutivo “non si raggiunge se non colla sentenza del giudice. Prima dunque che si abbia la sentenza, le cose restano nello stato di prima: abbandonato il processo per rinuncia agli atti o perento, il negozio giuridico impugnato conserva i suoi effetti giuridici, finché non sia ripreso il processo e condotto a termine”; C. CONSOLO, *Il concorso di azioni* cit., pp. 791-792, con riferimento alla risoluzione per inadempimento; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 249, per cui “il legislatore ha prescritto [...] la modificazione solo con lo strumento giudiziale, per quanto pur sempre mosso dall'impulso dispositivo ed a tutela di interessi privati. Il legislatore ha assegnato allora alla domanda un ruolo propulsivo, anziché perfezionatore od anche solo parzialmente attuativo, della modificazione programmata dalla norma”; nella pronuncia si incentra “la esclusiva forza eziologica attuativa del mutamento, assegnandosi alla domanda della parte, e alla sottostante manifestazione di volontà, il ruolo di presupposto a rilevanza solo endoprocedimentale, in aderenza alla sequenza fatto/atto/sentenza/effetto”; C. FERRI, *Profili* cit., pp. 64, 67, secondo cui “il nostro legislatore attribuisce, infatti, al soggetto un potere di impugnazione il cui esercizio, mediante atti stragiudiziali, non produce immediatamente gli effetti di rescissione, di annullamento o risoluzione del rapporto, ma è solo il presupposto per pervenire alla produzione di tali effetti in sede giudiziale [...]. Nei casi [...] in cui il potere sostanziale di invalidazione non si può efficacemente esercitare al di fuori del processo, non si può ritenere che il suo esercizio nel processo produca direttamente effetti costitutivi”; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 160 ss., per il quale “è difficile negare la causalità della pronuncia giurisdizionale rispetto al nuovo stato sostanziale, ove si consideri, da un lato, la *ratio* della previsione positiva di poteri di modificazione esercitabili soltanto in via di domanda, e, dall'altro lato, il momento in cui la legge considera costituito od estinto il rapporto giuridico, in caso di accoglimento dell'azione *de qua*”; S. MENCHINI, voce *Regiudicata* cit., p. 439, chiaro nel dire che “la sentenza del giudice produce direttamente effetti giuridici sostanziali nuovi, si pone, cioè, come causa o titolo immediato dei rapporti materiali”; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 356, nt. 83, con riguardo alla risoluzione per inadempimento; E. F. RICCI, voce *Accertamento* cit., p. 23; A. SEGNI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 304, per cui la modificazione ha la sua “causa efficiente” nella sentenza; G. VERDE, *Considerazioni inattuali* cit., p. 32; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni* cit., p. 64 ss.

Precisano che il mutamento discende dall'accertamento di una volontà di legge, e non da un atto di volontà del giudice, G. CHIOVENDA, *Principii* cit., pp. 182-183, il quale qualifica l'attività giudiziale come “fatto concreto che pone in moto norme di legge”; A. SEGNI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 305.

⁽⁷⁰⁵⁾ Così G. CHIOVENDA, *Principii* cit., p. 183, che scrive: “la domanda giudiziale è essa pure fra le cause del mutamento giuridico: ma non preme far sottili questioni di preminenza fra queste cause concorrenti; bastando vedere che *dopo la sentenza o esiste uno stato giuridico che prima non era, o viceversa*, perché la sentenza ci paia quella che *immediatamente opera, o produce, o costituisce* quell'effetto”; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 165-166, per cui “gli elementi della fattispecie non sono posti dal legislatore sullo stesso piano, ma sono articolati in modo tale che soltanto uno di essi (la sentenza), quale atto conclusivo della vicenda costitutiva, assume rilevanza esterna. L'ordinamento configura cioè una vicenda procedimentale, caratterizzata da ciò che è l'atto finale ad incidere direttamente sulla realtà sostanziale, mentre le altre circostanze si collegano solo mediamente all'effetto prodotto”; A. SEGNI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 304. Cfr. anche C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., pp. 249-250, per il quale “la domanda degrada dunque, una volta che il procedimento sia concluso, ad atto preparatorio endoprocedimentale, la cui rilevanza è assorbita per intero dall'atto finale”.

Alla luce di quanto esposto, si può, dunque, affermare che le sentenze costitutive hanno un duplice contenuto e producono due tipologie di effetti: di accertamento/dichiarativi, da un lato; costitutivi, dall'altro ⁽⁷⁰⁶⁾.

36. L'oggetto dell'accertamento nelle azioni di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale

Chiarito che anche le pronunce che definiscono le azioni costitutive hanno un contenuto di accertamento, risulta evidente che anche in questo settore trova uno spazio applicativo l'art. 2909 c.c., per cui "l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa".

Da ciò si può già trarre una preliminare conclusione: dei due contenuti che caratterizzano i processi costitutivi, di accertamento e costitutivo, quantomeno il primo è idoneo ad acquisire forza vincolante ("l'accertamento ... fa stato"). Si vedrà, poi, nel prosieguo se la regiudicata si appunti anche sul secondo o meno ⁽⁷⁰⁷⁾.

Ebbene, se l'accertamento compiuto dal giudice acquista efficacia di giudicato, allora per determinare l'oggetto del giudicato occorre determinare l'oggetto dell'accertamento. Lo impone la logica prima ancora che il diritto.

La questione ha impegnato gli interpreti in un estenuante dibattito, che non ha ancora portato a risoluzioni definitive. Le opinioni che si sono susseguite in proposito non sono soltanto molteplici e variegate, ma addirittura divergono significativamente le une dalle altre. Nei prossimi paragrafi, si procederà, dapprima, all'esame delle diverse ipotesi ricostruttive prospettate, per poi cercare di isolare quella che meglio bilancia il rispetto dei diritti di azione e difesa con la necessità che le liti giungano, a un certo punto, al capolinea.

Un'ultima notazione prima di addentrarci nel vivo della tematica: anche nell'ambito delle azioni costitutive vige il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, enunciato dall'art. 112 c.p.c., in forza del quale "il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa [...]". Dal combinato disposto di questa previsione e del sopra menzionato art. 2909 c.c. consegue che, anche per le azioni di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale del contratto, vale un'equazione già nota: l'oggetto del giudicato coincide con l'oggetto della sentenza, il quale coincide a sua volta con l'oggetto del processo, che in ultima analisi coincide con l'oggetto della domanda ⁽⁷⁰⁸⁾.

36.1. Il diritto alla modificazione giuridica in senso sostanziale

Secondo l'opinione tradizionale, nelle azioni di impugnativa contrattuale a carattere costitutivo, l'oggetto dell'accertamento è rappresentato dal diritto al mutamento giuridico

⁽⁷⁰⁶⁾ Proprio per dare conto della duplicità contenutistica della sentenza che definisce le azioni costitutive, in dottrina vi è chi ha definito il processo costitutivo come un "processo di accertamento costitutivo": cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema* cit., vol. I, p. 147.

⁽⁷⁰⁷⁾ Cfr. *infra*, par. 37.

⁽⁷⁰⁸⁾ Per maggiori dettagli sul ragionamento che conduce a tale conclusione, v. *supra*, par. 17.

inteso in accezione sostanziale, e, quindi, dal diritto potestativo di annullamento, rescissione o risoluzione giudiziale.

Come si è visto nel corso del Capitolo Primo, gli effetti di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale dei contratti si producono soltanto in presenza (*inter alia*) dell'esercizio, necessariamente in via giudiziale, di un diritto potestativo e del corrispondente provvedimento giurisdizionale avente natura costitutiva ⁽⁷⁰⁹⁾. Dal momento che l'attuazione del diritto alla modificazione è un elemento irrinunciabile della fattispecie costitutiva in senso stretto dei citati effetti, all'autorità giudiziaria adita non è consentito caducare contratti – “estinguere rapporti giuridici”, nel linguaggio dell'art. 2908 c.c. – se il diritto potestativo non esiste o non è stato validamente esercitato. Sicché, per poter accedere alla pronuncia di annullamento, rescissione o risoluzione giudiziale del contratto, il giudice deve previamente effettuare tali accertamenti.

In quest'ottica, la domanda giudiziale si configura come l'atto di esercizio del diritto potestativo e, al contempo, come l'atto processuale con cui il titolare del diritto ne chiede l'accertamento. All'esito del procedimento, il giudice può emettere una sentenza di accoglimento, nella quale accerta l'esistenza del diritto potestativo dedotto in giudizio dall'attore e, di conseguenza, annulla, rescinde o risolve il rapporto contrattuale; oppure può emettere una sentenza di rigetto, nella quale accerta l'inesistenza del diritto potestativo fatto valere dall'attore e, coerentemente, non attua alcuna modificazione giuridica ⁽⁷¹⁰⁾.

⁽⁷⁰⁹⁾ Cfr. *supra*, parr. 7, 8, 9.1.4 e 9.3.

⁽⁷¹⁰⁾ Di tale avviso sono E. BETTI, *Diritto processuale* cit., p. 548; A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., pp. 30 ss., 35; M. BOVE, *Lineamenti* cit., pp. 227-228; P. CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, p. 65, spec. 78 ss.; F. CAMMEO, *L'azione* cit., p. 44, per il quale, “circa l'esistenza della facoltà di pretendere la creazione della nuova situazione giuridica e dei requisiti di fatto richiesti perché tale facoltà sorga, la sentenza deve di necessità contenere un previo accertamento”; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico* cit., p. 354, il quale, con specifico riferimento all'azione di annullamento, scrive che “oggetto della sentenza di annullamento è l'esistenza del diritto potestativo (o potere giuridico) all'annullamento”; G. CHIOVENDA, *Principii* cit., p. 195, il quale afferma che “oggetto della sentenza costitutiva è il diritto al mutamento giuridico. Ciò che passa in giudicato è dunque l'esistenza o inesistenza della volontà di legge che il mutamento si produca, per la *causa petendi* fatta valere”; C. FERRI, voce *Costitutiva* cit., p. 4, per il quale “è da ritenere preferibile l'adesione al criterio tradizionale che individua l'oggetto dell'accertamento costitutivo nel potere di modificazione sostanziale, o diritto potestativo, fatto valere nel processo”; K. HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, vol. I, Leipzig, 1912, p. 795; C. MANDRIOLI, *Sui caratteri dell'attività giurisdizionale desunti dalle norme positive*, in *Jus* 1962, p. 159, spec. 173-174; E. MERLIN, *Elementi* cit., pp. 48-49; G. MESSINA, voce *Diritti potestativi* cit., p. 743, nt. 11, per il quale ogni sentenza costitutiva deve sempre “in primo luogo accertare l'esistenza del diritto potestativo alla costituzione, modificazione od estinzione del rapporto giuridico”; F. MESSINEO, voce *Annulabilità* cit. p. 479, il quale, scorrendo dell'azione di annullamento, afferma che l'attore fa valere in giudizio il proprio diritto di annullamento; G. PAVANINI, *Natura dei giudizi divisorii: note di uno studio introduttivo*, Padova, 1942, p. 61 ss.; A. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali: artt. 111 c.p.c. e 2652-2653 c.c.*, Napoli, 1968, pp. 129-130, il quale, come si vedrà meglio *infra* (par. 36.4), cambierà idea negli scritti successivi; A. SEGNI, *Della tutela giurisdizionale* cit., pp. 304, 352-353. Segni di apertura si rinviengono in I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 296, secondo la quale la tesi in esame “non è necessariamente da respingere”, ma non si presenta come quella preferibile. Cfr., inoltre, M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., pp. 275-276, anche nt. 55.18. Secondo l'Autore, onde evitare che il convenuto soccombente possa far valere l'illegittimità della modificazione operata dalla sentenza costitutiva e ottenere un risarcimento dei danni, occorre che l'accertamento si riferisca a ciò che logicamente precede la modifica, e non a ciò che logicamente la segue. L'Autore riconosce che, in quest'ottica, anche la tesi secondo cui l'accertamento ha ad oggetto il

Tra gli studiosi che abbracciano la teorica in esame è fervente la disputa inerente agli elementi oggettivi di identificazione delle domande di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale ⁽⁷¹¹⁾.

Ancora una volta, il *petitum* presenta criticità inferiori rispetto alla *causa petendi*, benché la sua conformazione si complichino in ragione della duplicità degli effetti prodotti dalle pronunce costitutive. Il *petitum* immediato si declina in due diversi provvedimenti: nel provvedimento che accerta il diritto potestativo fatto valere dall'attore, nella prospettiva dell'effetto dichiarativo; nel provvedimento che annulla, rescinde o risolve il contratto, nella prospettiva dell'effetto costitutivo. A sua volta, il *petitum* mediato si concretizza nella certezza relativa all'esistenza del diritto potestativo, da un lato, e nell'effetto estintivo del rapporto contrattuale che l'istante mira a ottenere, dall'altro ⁽⁷¹²⁾.

Giova qui svolgere un breve rilievo. Se si aderisce alla tesi per cui l'oggetto dell'accertamento è il singolo diritto alla modificazione in senso sostanziale, le azioni di impugnativa costitutive si differenziano le une dalle altre già in base al solo *petitum*. Invero, i diritti di annullamento, rescissione, risoluzione per inadempimento *ex art. 1453 c.c.* e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta sono diritti potestativi distinti e autonomi. Non solo. Anche gli effetti caducatori cui le varie azioni tendono sono diversi, come si è dimostrato nel corso del Capitolo Primo ⁽⁷¹³⁾. Si può ricordare, in via esemplificativa, che:

- a) rispetto ai contraenti, gli effetti di annullamento e di rescissione si distinguono da quello di risoluzione, in quanto i primi operano in via *tout court* retroattiva, mentre il secondo, nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, non incide sulle prestazioni già effettuate. Inoltre, l'effetto di annullamento determinato dall'incapacità legale di uno dei contraenti diverge dagli altri effetti caducatori, poiché, mentre l'estinzione del rapporto contrattuale fa ordinariamente sorgere un obbligo di restituire l'indebitato, il contraente incapace non è tenuto a restituire all'altro la prestazione ricevuta se non nei limiti in cui è stata rivolta a suo vantaggio;
- b) rispetto ai terzi, gli effetti di rescissione e di risoluzione si differenziano da quello di annullamento, in quanto i primi non pregiudicano mai (salvi gli effetti della trascrizione delle relative domande giudiziali) i diritti dei terzi, mentre il primo travolge sempre i diritti acquistati dai terzi a titolo gratuito e in mala fede e, ove dipenda da incapacità legale, anche i diritti acquistati dai terzi a titolo oneroso e in buona fede. Vi sono, poi, alcune diversità con riguardo al regime della trascrizione. Per esempio, i terzi che trascrivono i propri acquisti prima che siano trascritte le domande di rescissione e di risoluzione giudiziale non subiscono alcun pregiudizio

diritto potestativo di annullamento, rescissione o risoluzione del contratto ha il pregio di soddisfare tale necessità, sebbene non sia quella preferibile. Sulla proposta ricostruttiva di Fornaciari, v. *infra*, par. 36.5.

⁽⁷¹¹⁾ Non ci si occuperà, nemmeno in questa occasione, delle *personae*, in quanto elemento non rilevante ai fini della costruzione dei confini oggettivi della *res iudicata*.

⁽⁷¹²⁾ In proposito, cfr. C. FERRI, voce *Costitutiva* cit., p. 4, per il quale l'azione costitutiva viene identificata, tra l'altro, "attraverso il criterio dell'effetto che consiste nell'estinzione, modificazione o costituzione del rapporto giuridico"; P. FORTUNATO, *Mutamento* cit., p. 932, secondo cui il *petitum* mediato delle domande costitutive consiste nella produzione dell'effetto giuridico cui le azioni tendono.

⁽⁷¹³⁾ Cfr. *supra*, parr. 7, 8, 9.1.6 e 9.3.

dall'eventuale accoglimento delle stesse; viceversa, i diritti dei terzi che abbiano trascritto un acquisto a titolo gratuito sono travolti dall'annullamento del contratto, purché la relativa domanda sia stata trascritta entro cinque anni dalla trascrizione del contratto.

Come si vede, dunque, è sufficiente l'analisi del *petitum* per comprendere se si ci trova o meno di fronte a ipotesi di identità di azioni.

Volgendo, ora, l'attenzione alla *causa petendi*, anche in questo settore essa è foriera di difficoltà.

Innanzitutto, non vi è consenso sul ruolo che ricopre ai fini dell'identificazione delle domande in esame. Un primo filone dottrinale opina che le domande di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale debbano essere ricondotte nell'alveo delle domande autodeterminate: esse sono identificabili per il tramite del solo effetto estintivo che l'attore mira a raggiungere, senza che assumano rilevanza i motivi per cui tale effetto viene preteso. La ragione che viene addotta a fondamento di tale interpretazione è che una determinata modificazione giuridica può essere ottenuta una singola volta in una data unità di tempo, indipendentemente da quanti vizi ne impongano l'attuazione ⁽⁷¹⁴⁾. Altra corrente di pensiero preferisce, invece, inquadrare le domande di impugnativa costitutive tra le domande eterodeterminate, per la cui identificazione la *causa petendi* ha portata dirimente ⁽⁷¹⁵⁾.

All'interno di questa seconda tendenza, poi, si registrano contrasti rispetto alla definizione da assegnare alla *causa petendi*. È comunemente accolta l'idea che la *causa petendi* corrisponda al fatto costitutivo del diritto potestativo fatto valere in giudizio; tuttavia, alla nozione di "fatto costitutivo" vengono riservate divergenti esegesi.

L'esemplificazione può aiutare a cogliere le diverse letture. Si immagini che, nello stipulare un contratto di locazione, il conduttore sia vittima di una serie di errori essenziali,

⁽⁷¹⁴⁾ Cfr. M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 228. Si veda, inoltre, M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., pp. 316-317, anche nt. 58.23, secondo cui le situazioni soggettive poste alla base delle azioni di impugnativa contrattuale sono autoindividuate. "Conseguentemente, per quanti fatti costitutivi, ciascuno di per sé sufficiente per far sorgere le situazioni in discorso, possano verificarsi, non potranno mai sorgere più di un potere di produrre quell'effetto, più di una azione, volta al medesimo scopo"; "in realtà non solo tutti i fatti costitutivi delle situazioni medesime si riferiscono all'unico diritto, potere o azione di volta in volta in questione, ma, più precisamente, l'unico fatto costitutivo è il primo: quelli successivi non operano, per lo stesso motivo per il quale non è possibile usucapire un bene che è già proprio". Si noti, però, che l'Autore non ritiene che l'oggetto dell'accertamento sia sempre un diritto alla modificazione di tipo sostanziale, per tutte le azioni di impugnativa. La teoria di Fornaciari verrà *funditus* analizzata *infra*, par. 36.5.

⁽⁷¹⁵⁾ Tra gli altri, cfr. C. FERRI, *Profili* cit., p. 104, per il quale "l'allegazione dei fatti costitutivi dell'effetto giuridico tutelabile in via giudiziaria determina, nei processi retti dal principio dispositivo, i confini oggettivi entro i quali devono esercitarsi i poteri decisorii del giudice"; C. FERRI, voce *Costitutiva* cit., p. 4, per cui l'azione costitutiva viene identificata "anche attraverso l'analisi dei fatti costitutivi della posizione soggettiva sostanziale dedotta in causa"; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., pp. 195-196, che scrive: "non è possibile, a nostro parere, prescindere dal fatto costitutivo nell'identificazione delle azioni costitutive. La stessa legge distingue chiaramente le varie ragioni [...]. Nei processi costitutivi occorre quindi risalire ai fatti costitutivi; la sostituzione di un fatto costitutivo a un altro significa cambiamento della domanda"; A. NIKISCH, *Der Streitgegenstand* cit., p. 22 ss., per il quale l'indicazione del fatto costitutivo è necessaria per l'individuazione dei diritti alla modificazione giuridica; A. SEGNI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 353; P. C. TACCHI-VENTURI, *I limiti oggettivi* cit., p. 1209.

riconoscibili dal locatore: un errore sull'oggetto del contratto, un errore sulla qualità di tale oggetto e un errore sulla qualità della persona dell'altro contraente. Oppure si ipotizzi che, in sede di esecuzione di un contratto di compravendita, il venditore consegni la merce con un grave ritardo e, per giunta, consegni merce pesantemente difettosa.

Ebbene, vi è chi ritiene che per fatto costitutivo del diritto potestativo debba intendersi il singolo vizio da cui il contratto è affetto, nell'accezione di singolo fatto storico isolato alla luce della fattispecie astratta descritta dalla legge. Negli esempi appena riportati, i diversi errori in cui cade il conduttore rappresentano tre diverse *causae petendi* di annullamento, così come le due diverse inadempienze configurano due differenti *causae petendi* di risoluzione *ex art. 1453 c.c.* In tale ottica, si hanno tanti diritti potestativi di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale – e tante corrispondenti azioni di impugnativa – quanti sono i fatti storici che viciano i contratti ⁽⁷¹⁶⁾.

A siffatta impostazione si oppone chi reputa, invece, che la *causa petendi* debba identificarsi con il singolo motivo giuridico di impugnativa; quindi, con l'errore, la violenza, il dolo, l'inadempimento, l'eccessiva onerosità sopravvenuta, e così via, intesi quali categorie legali che racchiudono potenzialmente una serie di vizi concreti. Tornando agli esempi, il conduttore è titolare di un solo diritto potestativo di annullamento, in quanto il motivo di annullamento che può far valere è unico, ossia l'errore, sebbene plurime siano le false rappresentazioni della realtà che l'hanno disorientato; allo stesso modo, il compratore ha un solo diritto potestativo di risoluzione *ex art. 1453 c.c.*, essendo l'inadempimento sempre uguale a se stesso, a prescindere da quante materiali violazioni degli obblighi contrattuali perpetri il venditore. Chi segue questa linea ermeneutica sostiene che a ogni motivo giuridico astratto di impugnativa corrisponda un solo diritto potestativo e, dunque, una sola azione giudiziale ⁽⁷¹⁷⁾.

⁽⁷¹⁶⁾ In questo senso, si vedano G. ARIETA – F. DE SANTIS – L. MONTESANO, *Corso* cit., p. 692, per cui le domande dirette “a modificazioni sostanziali si identificano in base ai singoli fatti illegittimi, che si chiede al giudice di sanzionare con [...] modificazioni sostanziali”; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., pp. 320-321, il quale sottolinea che, “se si hanno più fatti che danno diritto a una azione d'annullamento, in realtà si hanno altrettante azioni quanti sono i fatti che le originano. Diremo quindi che la causa dell'azione è il fatto costitutivo del diritto al mutamento giuridico. La volontà d'impugnare che si riferisce a una causa non si riferisce a un'altra [...]”; respinta un'azione d'impugnazione può proporsi la stessa impugnazione per un'altra causa, anche di genere prossimo (ad esempio, per un vizio del consenso altro da quello fatto valere nella prima azione); C. FERRI, *Profili* cit., p. 103 ss.; A. NIKISCH, *Der Streitgegenstand* cit., p. 22 ss., per cui il fatto costitutivo è il singolo episodio della vita; R. SACCO, *Le invalidità* cit., p. 609; R. SACCO, voce *Nullità* cit., p. 309, per cui “il vizio posto alla base della domanda costituisce la *causa petendi*. Il giudizio è perciò limitato a quel vizio. Il giudicato si forma su quel solo vizio”. Analoga interpretazione si rinviene in alcune risalenti pronunce: v. Cass., 25 maggio 1962, n. 1230, in *Giur. it. Mass.* 1962, p. 451; Trib. Caltanissetta, 15 marzo 1951, in *Giur. it. Rep.* 1951, p. 2236, per cui “nelle azioni costitutive la *causa petendi* è il fatto costitutivo del diritto al mutamento giuridico, e se concorrono più fatti che danno ciascuno diritto ad un'azione di annullamento sorgono altrettante azioni, con la conseguenza che la pronuncia sull'una, passata in giudicato, non preclude l'esame delle altre”; Cass., 19 agosto 1950, n. 2488, in *Giur. it. Mass.* 1950, p. 598, per la quale, “poiché, nelle azioni costitutive, la *causa petendi* si concreta nel fatto da cui deriva il diritto al mutamento giuridico, qualora più fatti diano diritto, ciascuno a sé, ad un'azione di annullamento contrattuale, si verificano altrettante diverse *causae petendi* e quindi altrettante azioni, con la conseguenza che la pronuncia sull'una, passata in giudicato, non preclude l'esame delle altre”.

⁽⁷¹⁷⁾ Per tale ricostruzione, cfr. V. ANDRIOLI, *Lezioni* cit., p. 256; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale* cit., p. 327; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale* cit., vol. I, pp. 190-191, anche nt. 50-51, i quali sostengono che,

Chiaro è che le questioni relative alla portata identificatrice della *causa petendi* e alla sua definizione non si risolvono in mere speculazioni teoriche, ma hanno immediate ripercussioni sui limiti oggettivi dell'incontrovertibilità della sentenza ⁽⁷¹⁸⁾. Ove, all'esito della disamina relativa alle varie teorie in punto di oggetto dell'accertamento, si giunga alla conclusione che la tesi che lo identifica con il diritto alla modificazione in accezione sostanziale è quella preferibile, si dovrà anche fornire soluzione alle delineate problematiche afferenti alla *causa petendi*.

Per il momento, basti osservare che le esigenze in gioco sono diverse e, anzi, contrastanti: da un lato, impedire, per quanto possibile, la proposizione di più domande di impugnativa avverso il medesimo contratto; dall'altro, evitare che le pronunce di rigetto abbiano una portata preclusiva eccessiva, ossia sproporzionata rispetto a quanto effettivamente discusso tra le parti e conosciuto dal giudice. È evidente che, per evitare il moltiplicarsi dei procedimenti, occorre costruire un oggetto molto ampio; d'altro canto, però, il giudicato che deriva da un processo con un oggetto ampio produce un'ampia preclusione e rischia di condurre a una decisione non conforme al diritto sostanziale, in quanto anche i fatti non dedotti restano preclusi e non possono essere esaminati da altri giudici ⁽⁷¹⁹⁾.

L'impostazione secondo cui l'oggetto dell'accertamento è il diritto potestativo di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale è stata sottoposta ad alcune censure.

Una voce dottrinale ha rilevato che il diritto potestativo può costituire oggetto del processo solo prima della sua attuazione, mai dopo. Una volta esercitato tramite la proposizione della domanda giudiziale, il diritto potestativo “si estingue per consumazione, per raggiungimento della sua funzione”, e “non sembra possedere l'autonomia necessaria a costituire il diritto fatto valere in giudizio” ⁽⁷²⁰⁾.

riguardo ai diritti di modificazione giuridica (o diritti potestativi) che fondano le azioni costitutive, “la *causa petendi* può investire una serie di fatti genetici in quanto considerati dalla legge come costitutivi del medesimo diritto”; G. A. MICHELI, *Corso cit.*, vol. I, p. 34. In giurisprudenza, v. Cass., 24 ottobre 2007, n. 22329, che ha considerato diverse le azioni di annullamento per violenza morale e per conflitto di interessi; Cass., 9 gennaio 1993, n. 141, in *Giur. it.* 1994, I, p. 492, che ha ritenuto diverse le azioni di annullamento per dolo o per incapacità; Cass., 3 dicembre 1984, n. 6301, che ha considerato diverse le azioni di annullamento per dolo e per violenza; App. Palermo, 31 ottobre 1957, in *Giur. it.* 1958, I, 2, p. 84, per cui, impostato il giudizio sul vizio del consenso per errore di diritto, si rende necessario un altro accertamento se si deduce, in un secondo tempo, la violenza; Cass., 12 ottobre 1954, n. 3616, in *Giur. it.* 1955, I, 1, p. 700, per cui “nelle azioni costitutive, dirette ad ottenere l'annullamento di un rapporto giuridico, la *causa petendi* e il *petitum* restano autonomi rispetto a ciascuno dei motivi di annullamento”; Cass., 12 febbraio 1945, n. 87, in *Giur. it.* 1945, I, 1, p. 105, secondo la quale nelle azioni dirette ad ottenere l'annullamento di un negozio giuridico, “la *causa petendi* e il *petitum* restano autonomi rispetto a ciascuno dei motivi dedotti”.

⁽⁷¹⁸⁾ Cfr. C. FERRI, *Profili cit.*, p. 35, per il quale “la ricostruzione della fattispecie costitutiva del potere di modificazione non è priva di conseguenze concrete, poiché i suoi risultati assumono rilevanza ai fini dell'individuazione dell'oggetto dell'accertamento giudiziale e, quindi, dei limiti oggettivi del giudicato”.

⁽⁷¹⁹⁾ Così F. P. LUISO, *Diritto processuale cit.*, vol. I, pp. 65-66.

⁽⁷²⁰⁾ A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva cit.*, pp. 79-80, 83 ss., il quale aggiunge: “a seguito dell'esercizio del diritto potestativo ciò di cui le parti contendono nel processo non è l'esistenza o non del diritto potestativo bensì solo l'esistenza o no dei fatti modificativi impeditivi estintivi cui l'esercizio del diritto potestativo ha preteso dare rilevanza: solo, cioè, le situazioni soggettive di pretesa, facoltà, obbligo, soggezione modificate impedito o estinte a seguito della fattispecie complessa costituita dai fatti modificativi impeditivi o estintivi + atto di esercizio del diritto potestativo”; “in altri termini, come è pacifico che oggetto del processo,

A tale osservazione è stato condivisibilmente replicato che occorre tenere distinti i diritti potestativi sostanziali da quelli a necessario esercizio giudiziale: per i primi, l'atto di esercizio del diritto in via stragiudiziale ne comporta l'immediata attuazione; invece, per i secondi, non si può parlare di realizzazione del diritto contestuale alla proposizione della domanda, in quanto il diritto viene attuato solo con la sentenza ad opera dell'autorità giurisdizionale. Sicché, se il diritto si realizza per il tramite della pronuncia giudiziale, l'accertamento riguarda il diritto – preesistente – nel momento antecedente alla sua attuazione. “L'autorità del giudicato assiste quindi la dichiarazione giudiziale di esistenza del diritto in capo al soggetto che lo fa valere, come realtà anteriore alla sua realizzazione, ciò che rende incontestabile l'accertamento di tale situazione soggettiva, anche se ne venisse affermata la successiva «estinzione»” (721).

Una seconda obiezione, ponendosi sulla scia di quanto appena detto, si concentra sul fatto che il diritto potestativo “ha natura tipicamente strumentale rispetto all'effetto finale, nasce per la realizzazione di questo e muore allorché esso si sia prodotto; si consuma, cioè, all'interno del processo, al quale il suo esercizio ha dato origine, e perde ogni valore al di fuori di questo, una volta che lo scopo [...] sia raggiunto” (722). Appare, allora, quantomeno dubbia la razionalità di un sistema che attribuisca alla regiudicata la funzione di garantire l'immutabilità dell'accertamento di un diritto che cessa di esistere nel momento in cui la sentenza che lo accerta diviene incontrovertibile (723).

A me sembra che, a ben vedere, una razionalità ci sia, anche se il diritto potestativo non può più essere fatto valere in successivi processi: invero, l'accertamento incontestabile dell'esistenza di tale diritto si rivela utile per impedire che il soccombente possa, senza contestare la sussistenza della nuova situazione sostanziale prodotta dalla sentenza costitutiva, instaurare un'azione di risarcimento dei danni e dedurre che il mutamento è stato attuato ingiustamente (724).

Da ultimo, si è sostenuto che la cosa giudicata sul diritto potestativo non sia capace di garantire al vincitore una tutela definitiva, ossia di imporre l'incontrovertibilità della statuizione finale contenuta nella pronuncia; il soccombente potrebbe – senza contestare l'accertamento – porre in discussione il provvedimento costitutivo, allegando che il

diritto fatto valere in giudizio è l'effetto giuridico, la situazione giuridica, *mai* i fatti o la norma, *così* mi sembra che dovrebbe essere egualmente pacifico che il diritto potestativo [...], avendo solo la funzione di attribuire, tramite il suo esercizio, rilevanza a fatti modificativi impediti o estintivi, si pone allo stesso livello cui si pongono i fatti e le norme”.

(721) C. FERRI, voce *Costitutiva* cit., p. 7; v. altresì C. FERRI, *Profili* cit., pp. 218-219, per cui “l'esercizio del potere nelle forme degli atti processuali ne importa la «consumazione», ma non l'estinzione, che si verificherebbe soltanto in caso di perdita del potere in dipendenza di un fatto esterno, o come conseguenza sanzionatoria di un comportamento del titolare (ad esempio, in caso di decadenza)”. Sul fatto che vi sia una scissione tra il momento di esercizio e il momento di attuazione del diritto, v. anche S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 170.

(722) S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 179-180.

(723) La perplessità è evidenziata da S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 180; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. II, Milano, 1962, pp. 153-154, nt. 139.

(724) Si mostrano d'accordo anche M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., pp. 275-276, anche nt. 55.18; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., pp. 106-107.

magistrato avrebbe dovuto applicare una tutela diversa, anziché operare la modificazione giuridica ⁽⁷²⁵⁾. Siffatta critica potrebbe risultare fondata solo se si escludesse l'effetto caducatorio dall'area oggettiva della *res iudicata*; essa sarà, dunque, ripresa quando si discuterà dell'estensione del giudicato agli effetti costitutivi scaturenti dalle sentenze che accolgono le domande di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale del contratto ⁽⁷²⁶⁾.

36.2. Il diritto alla modificazione giuridica in senso processuale

Un folto gruppo di studiosi ravvisa l'oggetto dell'accertamento, ancora una volta, in un diritto *lato sensu* alla modificazione giuridica, ma lo intende in un'accezione diversa da quella sinora studiata. Chi si iscrive in questo secondo filone reputa, infatti, che l'attività di accertamento giurisdizionale converga su una situazione giuridica (non già di carattere sostanziale, bensì) di carattere processuale. Tale profilo, che accomuna il pensiero degli autori in parola, assume, poi, molteplici sfaccettature nelle singole teoriche formulate.

Una prima voce rimarca che, quando la legge dispone che un soggetto possa chiedere al giudice di costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, essa attribuisce al privato il potere di far sorgere in capo al giudice il dovere di attuare il mutamento giuridico richiesto. In simili occasioni, l'oggetto dell'accertamento è rappresentato proprio dal dovere del giudice, che viene individuato in base al fatto giuridico dedotto a fondamento della domanda (errore, inadempimento, e così via). Quando la domanda viene accolta, il magistrato accerta l'esistenza del proprio dovere di operare la modificazione richiesta; quando la domanda viene rigettata, egli accerta il proprio obbligo, nonché l'obbligo di qualunque altro giudice, di ritenere che quel dovere non sussiste ⁽⁷²⁷⁾.

Tale ricostruzione presta il fianco a varie obiezioni. Innanzitutto, la concezione in esame postula "una sorta di autoaccertamento", che risulta di difficile giustificazione se si considera che il giudizio, per essere imparziale e compatibile con il dettato costituzionale, non può che riguardare una condotta diversa da quella di chi giudica ⁽⁷²⁸⁾. In secondo luogo, non pare che il giudice abbia obblighi nei diretti confronti delle parti: i suoi doveri riguardano soltanto il

⁽⁷²⁵⁾ S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 183-184. L'Autore sottolinea altresì che la vincolatività dell'accertamento del diritto potestativo non è idonea a salvaguardare l'attore vittorioso dalla reiterazione, ad opera dell'altra parte, dell'atto caducato dalla sentenza, quando la legge attribuisca a quella parte il potere di incidere unilateralmente nella sfera giuridica altrui. Questo risvolto non coinvolge, comunque, le azioni di impugnativa contrattuale in esame, dal momento che gli accordi negoziali non possono essere "reiterati" per mezzo di semplici atti unilaterali di parte.

Oltre alle considerazioni critiche ricordate nel testo, si vedano anche quelle di F. CARNELUTTI, *Sistema* cit., vol. I, p. 148, e di F. CORDOPATRI, *Contributo* cit., *passim*, spec. 134 ss., per i quali la figura del diritto potestativo non si presta a costituire l'oggetto della tutela costitutiva.

⁽⁷²⁶⁾ Cfr. *infra*, par. 37.

⁽⁷²⁷⁾ È questa la tesi di A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 532 ss.

⁽⁷²⁸⁾ Di tale avviso è A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., pp. 34-35, il quale prosegue: "è vero che molte norme di carattere processuale, ad esempio sulla competenza, impongono oneri e doveri al giudice, ma si tratta pur sempre di statuizioni generali ed astratte, dirette, come ogni norma di legge, a tutti i consociati, e quindi anche al giudice stesso, ma appunto per questa ragione non concernono soltanto il comportamento di quest'ultimo, né soprattutto attengono al suo giudizio di merito".

distinto rapporto che lo lega allo Stato, mentre rispetto ai privati egli non assume “rilevanza autonoma, presentandosi come mera articolazione dello Stato” stesso ⁽⁷²⁹⁾. Da ultimo, e in ogni caso, se si volesse ammettere l'esistenza di un obbligo del giudice nei confronti dei privati, allora il comportamento del magistrato dovrebbe essere sempre – e non nei soli processi costitutivi – accertato come doveroso. E allora delle due l'una: o questo aspetto esaurisce l'accertamento compiuto dal giudice, lasciandone fuori il fenomeno sostanziale (il che, però, non pare ammissibile, soprattutto nei giudizi di mero accertamento); oppure, se si lascia spazio per il fenomeno sostanziale, ciò deve valere anche per le sentenze costitutive, con la conseguenza che il problema del contenuto sostanziale di accertamento di queste ultime si ripropone immutato ⁽⁷³⁰⁾.

Una seconda corrente dottrinale sostiene che l'accertamento riguarda il c.d. diritto di azione concreta, ossia il potere del privato di ottenere un provvedimento favorevole ⁽⁷³¹⁾. Il che, declinato rispetto alle sentenze costitutive oggetto di trattazione, si traduce nel potere di chi agisce di ottenere l'annullamento, la rescissione o la risoluzione giudiziale del contratto ⁽⁷³²⁾. La domanda giudiziale con la quale viene esercitato detto potere viene considerata autodeterminata e viene, dunque, identificata sulla base del solo *petitum* ⁽⁷³³⁾.

Tale teorica muove dalla constatazione che, quando il mutamento giuridico si realizza con l'intermediazione del potere giurisdizionale, non sussiste un nesso diretto tra volontà del soggetto e mutamento, ma la volontà si dirige in via immediata verso l'emanazione di una pronuncia costitutiva, e solo in via mediata alla suddetta modificazione. L'interesse protetto, in sostanza, è quello alla pronuncia di un comando giuridico da parte dell'autorità giudiziaria; un interesse, quindi, di carattere processuale ⁽⁷³⁴⁾. In questa prospettiva, l'attore

⁽⁷²⁹⁾ Così M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 261.

⁽⁷³⁰⁾ Cfr. M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 261, nt. 53.15.

⁽⁷³¹⁾ Come noto, la dottrina ha enucleato tre distinte nozioni di diritto di azione: il diritto di azione assolutamente astratta, che corrisponde al potere di ottenere un provvedimento qualsiasi; il diritto di azione astratta, che corrisponde al potere di ottenere un provvedimento di merito; il diritto di azione concreta, che corrisponde al potere di ottenere un provvedimento favorevole. In proposito, cfr., per tutti, A. CHIZZINI, *La revoca* cit., p. 215, nt. 205.

⁽⁷³²⁾ Per la precisione, taluni parlano di diritto di porre in essere il dovere del giudice di operare il mutamento con la sua sentenza (cfr. E. ALLORIO, *Cessazione della proroga per necessità del locatore e problemi di estensione soggettiva della efficacia esecutiva della sentenza e dell'autorità della cosa giudicata*, in *Giur. it.* 1970, I, 2, p. 367, spec. 368; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico* cit., p. 104 ss.; L. P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni* cit., p. 760; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., p. 104), altri di vero e proprio diritto di azione concreta (C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 251 ss.; C. VOCINO, *Considerazioni* cit., p. 1574). Tuttavia mi sembra che, al di là della differenza terminologica, sul piano concettuale si faccia riferimento al medesimo fenomeno (se ben si comprende, sono di questa idea anche E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico* cit., p. 104; A. MOTTO, *Poteri* cit., pp. 274-275). Si noti che, ad avviso di C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 255, il diritto di azione concreta non si qualifica come un potere *tout court* processuale: “è vero che non si tratta più di un potere civilistico, ma neppure esso è, come la (coesistente e preliminare) azione astratta, un potere solo e precipuamente processuale: nella sua fattispecie rientrano – senza che i due insieme giungano a fondersi, ma senza ad un tempo che ciascuno di essi si limiti a produrre un distinto effetto, ovvero il diritto potestativo e il potere processuale di provocare la decisione di merito – addendi retti da entrambe le branche del diritto oggettivo, sostanziale e processuale”.

⁽⁷³³⁾ Così C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 44, spec. 83 ss.

⁽⁷³⁴⁾ La corretta notazione è di S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, p. 272.

ha una pretesa nei confronti dello Stato-ordinamento giudiziario, non nei confronti della controparte; e, per converso, il convenuto non è soggetto all'esercizio del diritto potestativo, bensì agli effetti costitutivi tipici realizzati dalla giurisdizione ⁽⁷³⁵⁾.

Contro l'impostazione appena descritta è stato giustamente osservato che il fatto che, nel caso di diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale, "per ragioni di politica del diritto, l'interesse del titolare non è soddisfatto tramite il mero esercizio della situazione strumentale protetta, ma occorre un atto [...] dell'autorità giudiziaria, non esclude che l'interesse tutelato dalla norma di qualificazione sia rappresentato dal mutamento giuridico, e non dalla pronuncia giudiziale, e che quindi si sia in presenza di un *potere (sostanziale)*, il cui oggetto di riferimento è il rapporto da creare, e non la mera attività processuale di concessione della tutela. Non diversamente da quanto accade per i diritti di credito, l'attività necessaria per l'attuazione del *Gestaltungsklagerecht* non costituisce l'interesse che dà contenuto alla situazione di vantaggio, ma soltanto il mezzo per la realizzazione dell'interesse sostanziale protetto, rappresentato

⁽⁷³⁵⁾ Aderiscono a tale approccio ermeneutico G. G. AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, Milano, 1939, p. 565 ss., il quale parla di "situazione comune di una soggezione del soggetto passivo al potere giurisdizionale dello Stato e dell'azione del privato per ottenere l'esercizio di tale potere da parte dello Stato"; L. P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni* cit., p. 760; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 251 ss., per cui "la posizione soggettiva attiva concessa dalla norma alla parte [...] avrà direttamente ad oggetto la pronuncia della sentenza costitutiva"; "la posizione oggetto del giudizio non riveste più, in questa ricostruzione, carattere sostanziale-civile"; "la soggezione speculare alla titolarità del potere dell'attore [...] sarà allora in ultima e nuda analisi quella al potere costitutivo giurisdizionale"; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 32 ss., per cui al privato è data "la pretesa, non direttamente verso la controparte, bensì verso lo Stato-ordinamento giudiziario, di vedere pronunciata la sentenza ad efficacia costitutiva, di cui appunto all'art. 2908 c.c."; "l'accertamento cala solo sulla pretesa giudiziaria dell'attore e sul simmetrico dovere di provvedere dello Stato-giudice"; il convenuto "versa in quella situazione che si suole definire di soggezione all'esercizio del c.d. diritto potestativo, ma che – a meglio guardare – è piuttosto di soggezione agli effetti costitutivi tipici della specifica pubblica giurisdizione che la domanda attrice si limita ad invocare ed avviare, sì che essa è proposta piuttosto nei confronti del convenuto che per fare valere una pretesa contro di lui"; E. FAZZALARI, *Istituzioni* cit., p. 375, nt. 12; A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 273 ss., per cui "ricorre un potere processuale alla modificazione giuridica, che al legittimato spetta nei confronti dello Stato-giudice, di ottenere il provvedimento giurisdizionale che disponga il mutamento giuridico, al quale il convenuto deve soggiacere, in quanto è soggetto alla giurisdizione"; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., p. 104, che parla di "diritto giudiziario-sostanziale"; N. PICARDI, *La successione processuale*, vol. I, Milano, 1964, p. 136 ss., il quale critica la teoria che pone ad oggetto dell'accertamento il diritto alla modificazione inteso in senso sostanziale, sottolineando che "il c.d. diritto potestativo alla produzione dell'effetto giuridico si risolve in un inammissibile doppiamento dell'azione"; C. VOCINO, *Considerazioni* cit., p. 1574, per il quale, se "la produzione dell'effetto deve ascriversi alla sentenza [...], verrà meno la possibilità di premetterle un potere sostanziale, residuando un posto soltanto per l'azione". In proposito, si vedano altresì E. ALLORIO, *Cessazione* cit., p. 368, secondo cui "l'oggetto del processo (di accertamento) costitutivo è precisamente questo: di determinare se esista, oppure no, il potere (di chi agisce) di far nascere nel giudice il dovere di dar corso a quella certa trasformazione giuridica"; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico* cit., pp. 104-105, secondo il quale l'oggetto dell'accertamento è il "diritto di porre in essere il dovere del giudice di operare il mutamento con la sua sentenza"; "se il giudice ritiene che non ricorrano gli estremi per il suo dovere di produrre la modificazione giuridica richiestagli, il contenuto della sua sentenza di rigetto si risolve nella esclusione dell'esistenza del potere mentre, nel caso opposto della sentenza d'accoglimento (e quindi costitutiva) il potere di trasformazione giuridica è, colla pronuncia, contemporaneamente per lo più, accertato e attuato". Si noti, però, che l'Autore non estende tale lettura alle azioni di impugnativa contrattuale, rispetto alle quali preferisce ritenere che l'oggetto dell'accertamento sia il rapporto soggetto alla modificazione, "a motivo della sua maggior rispondenza ai bisogni pratici" (v. ID., *L'ordinamento giuridico* cit., p. 111).

dallo *stato giuridico finale*, che scaturisce dalla sentenza”. È, quindi, evidente che quest’ultima “non è il *fine* cui tende questo diritto, *ma il mezzo per la sua attuazione*” ⁽⁷³⁶⁾.

A ciò si aggiunga che il soggetto passivo del rapporto potestativo non è il giudice, ma colui che è colpito dall’effetto modificativo. Né sembra corretto cogliere la fonte della sua soggezione nel potere giurisdizionale, anziché nel potere del privato: infatti, la soggezione alla pronuncia giudiziale presuppone pur sempre che il soggetto passivo si trovi in una situazione di soggezione già prevista dalle norme sostanziali ⁽⁷³⁷⁾.

Ad ogni modo, vi è chi ha fatto notare che il diritto di azione concreta, attorno a cui ruota la teorica in discorso, si risolve, in sostanza, in una “variante meramente terminologica del diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale”; sicché a favore o contro la sua idoneità a costituire l’oggetto dell’accertamento militano gli stessi argomenti che possono essere adottati a favore o contro l’idoneità del diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale a costituire il diritto fatto valere in giudizio, oggetto della domanda, del processo e del giudicato ⁽⁷³⁸⁾.

Secondo un terzo approccio, derivante dalle riflessioni di Montesano, nelle domande di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale è rinvenibile l’esercizio di un diritto di azione concreta da parte di soggetti che invocano sanzioni – costitutive – a situazioni anti-giuridiche. In particolare, si dice che, ove l’invalidazione di un negozio possa essere realizzata solo *ope iudicis*, “non v’è né diritto potestativo né, ovviamente, suo giurisdizionale accertamento concorrente a produrre la modificazione sostanziale, ma l’applicazione giurisdizionale di una sanzione che si concreta nella detta modificazione, *id est* nella invalidazione e, prima d’essa, il potere, o, se si vuole, il diritto, del soggetto attivo a sollecitare e ad ottenere la detta applicazione. [...] se vi è sanzione, vi è, prima e necessariamente, un dovere inadempito o comunque un comportamento valutato negativamente dalla legge, al quale la sanzione reagisce. Tale inadempimento o comportamento qui si identifica, evidentemente, col vizio formale, genetico o funzionale del negozio, che lo rende invalido o invalidabile; e ad esso corrisponde, dal lato attivo, un violato diritto soggettivo, se è vero [...] che v’è diritto soggettivo (forse non solo, ma certo anche) ovunque ad un comando del

⁽⁷³⁶⁾ Le citazioni sono tratte da S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 169 ss.

⁽⁷³⁷⁾ Cfr. ancora S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 171-172.

⁽⁷³⁸⁾ L’osservazione è di A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva* cit., p. 85, nt. 39.

Per ulteriori critiche alla teoria che pone ad oggetto dell’accertamento il diritto alla modificazione inteso in senso processuale, v. anche A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 31, il quale definisce la teoria volutamente generica; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile* cit., p. 441, nt. 172, secondo cui, seguendo la tesi in esame, “si incrina il raccordo tra processo (e relativo giudicato sostanziale) e diritto materiale; infatti, la sentenza costitutiva contiene l’accertamento dell’azione concreta (che è diritto alla tutela giudiziaria): la decisione cala sul rapporto giuridico attore-giudice, per quanto alla sua definizione concorrano anche le norme sostanziali ed il giudicato cade sulla pretesa alla prestazione giudiziaria [...]; ne consegue, però, che, in tale modo, i processi costitutivi vengono inevitabilmente ad essere assimilati ai c.d. «giudizi a contenuto oggettivo», ossia direttamente vertenti sulla sussistenza del potere giurisdizionale (nel caso di specie, di realizzare la modificazione sostanziale), per cui la frattura all’interno della tutela cognitiva, tra procedimenti di mero accertamento e di condanna, da un lato, e procedimenti costitutivi, dall’altro, è profonda, quasi insanabile”.

diritto oggettivo, alla cui obbedienza ha interesse un soggetto, corrisponde il potere di questo di mettere in moto la sanzione della mancata obbedienza” (739).

Nel pensiero di Montesano, dunque, l’oggetto dell’accertamento è il “potere o diritto alla sanzione giurisdizionale invalidante” e, tra gli elementi della *causa petendi*, figurano non già diritti potestativi, bensì diritti “a pretendere i comportamenti, la cui omissione è sanzionata con le invalidazioni di cui si tratta” (740).

In proposito, è stato evidenziato che le sentenze costitutive non provvedono in via immediata sui diritti soggettivi che fronteggiano gli obblighi rimasti inadempiti, ma tutelano quei diritti in via mediata. Si pensi alle azioni di risoluzione per inadempimento *ex art.* 1453 c.c. In tali ipotesi, l’obbligo inadempito è rappresentato dalla singola prestazione contrattuale che non è stata eseguita e il corrispondente diritto soggettivo è rappresentato dal diritto a ottenere detta prestazione. Le azioni che hanno ad oggetto tale diritto sono le azioni di condanna all’adempimento; viceversa, l’azione costitutiva di risoluzione del contratto si appunta su un diritto diverso – ossia sul diritto di conseguire la sanzione per il comportamento antigiuridico – e tende all’emissione di una pronuncia che cada il negozio; “cosa tutta differente dalla prestazione di un obbligato” e che, anzi, nella specie, ne rappresenta l’antitesi (741).

La teorica di Montesano è stata criticata in quanto non per tutte le azioni di impugnativa contrattuale di natura costitutiva è concepibile la trasgressione di un obbligo e la lesione del correlativo diritto soggettivo. Per esempio, non sussiste un obbligo giuridico di impedire la violenza o il dolo posti in essere da soggetti terzi in danno della propria controparte contrattuale. Parimenti, non è ravvisabile alcun dovere violato nei casi in cui la prestazione di uno dei contraenti divenga eccessivamente onerosa a causa di eventi straordinari e imprevedibili (742).

(739) L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., pp. 19-20. Cfr. anche L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 221, nt. 32, ove si sostiene che, nelle sentenze costitutive, il giudicato copre solo l’accertamento della fonte della modificazione giuridica o, in altri termini, del suo presupposto sanzionatorio.

(740) L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., p. 19, nt. 10.

(741) Cfr. C. VOCINO, *Considerazioni* cit., pp. 1573-1574. Anche E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1956, p. 1304, spec. 1312, ammette che dalla sentenza costitutiva partano comandi “di contenuto vario e non uguale [...] al comando sostanziale trasgredito”. Altra condivisibile osservazione è quella di C. FERRI, *Profili* cit., pp. 54-55, per cui “non è possibile parlare di violazione del diritto potestativo, in quanto il soggetto passivo si trova nella impossibilità di impedire il prodursi degli effetti nella sua sfera giuridica e la sua volontà non può assumere alcun rilievo, nemmeno nel senso che egli sia tenuto ad una prestazione per la produzione della modificazione. Sembra chiaro, quindi, che richiedere il presupposto della lesione anche ai fini della pronuncia costitutiva significa necessariamente affermare che la violazione dedotta si riferisce ad un diritto diverso dal diritto potestativo fatto valere in giudizio”.

(742) In termini simili si esprimono C. FERRI, *Profili* cit., p. 55; C. VOCINO, *Considerazioni* cit., p. 1575. Sono, invece, di contrario avviso E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto* cit., pp. 129-130, nt. 66, per il quale la lesione può consistere nell’inadempimento all’obbligo di prestare il consenso alla caducazione del contratto; M. FURNACIARI, *Situazioni potestative* cit., pp. 143-144, che scrive: “per lo più, i vizi che affettano un negozio, se anche non sono direttamente riconducibili ad un comportamento fraudolento o violento di una parte (così nel caso di dolo e della violenza nell’annullamento), sono comunque da questa conosciuti o conoscibili (così nel caso dello stato di necessità o di bisogno nella rescissione e dell’errore nell’annullamento). In questi casi, non credo possano sussistere dubbi sul fatto che in capo al soggetto sia configurabile un vero e proprio obbligo di non concorrere a produrre, a mezzo dello strumento negoziale, quel certo effetto”. Ma le cose non stanno

Pertanto, poiché non sempre esiste un diritto a ottenere una sanzione invalidante per contrastare un comportamento antiggiuridico, la concezione in esame non è idonea a individuare una regola generale valida per tutte le azioni di impugnativa costitutive e non può, dunque, essere utilmente adottata per la determinazione dell'oggetto dell'accertamento.

36.3. La modificazione giuridica

Dagli indirizzi ermeneutici sinora analizzati, che propongono di incentrare l'accertamento sul diritto alla modificazione giuridica (sostanziale o processuale), prende le distanze chi reputa che l'accertamento abbia ad oggetto l'effetto giuridico prodotto dalla pronuncia del giudice, ossia, nelle situazioni che qui interessano, l'effetto di annullamento, di rescissione e di risoluzione giudiziale.

Gli autori che accolgono questa idea credono che, al fine di individuare il contenuto dell'accertamento, si debba ripartire da ciò che vi è di caratteristico nella tutela costitutiva, ossia il mutamento giuridico, per plasmare un accertamento “al quale si ricollegli *istituzionalmente e direttamente* l'effetto modificativo”. Anche nei processi costitutivi il giudice sussume la fattispecie concreta che viene sottoposta alla sua attenzione in una fattispecie astratta descritta da una norma; l'unica peculiarità dell'operazione risiede nel fatto che la norma in questione è una norma di modificazione giuridica. Si assiste, così, al seguente fenomeno: “l'accertamento si combina con l'effetto costitutivo, poiché la norma che è oggetto del primo è anche la fonte del secondo”. Si dice, allora, che “la sentenza applica nel caso concreto – e rende così certa – una norma di mutamento giuridico ed in conformità a tale contenuto produce il mutamento stesso”.

In tale prospettiva, l'accertamento (*rectius*, la cognizione) dei presupposti modificativi rappresenta “una tappa esclusivamente preparatoria dell'*iter* decisorio” ed è relegato alla motivazione della pronuncia; invece, l'accertamento idoneo ad acquisire efficacia di giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c. ha quale unico oggetto l'effetto prodotto dalla sentenza⁽⁷⁴³⁾.

diversamente nemmeno se il vizio non era conosciuto né conoscibile; ad esempio, “data una norma che «sanziona» con l'annullabilità il contratto stipulato da un incapace, ritengo che non possa negarsi la presenza di un obbligo di non contrattare con persone incapaci e, corrispondentemente, di un diritto alla non produzione, tramite il contratto, di quel certo effetto”.

⁽⁷⁴³⁾ Le citazioni riportate nel testo sono tratte da A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., p. 158 ss. Di analogo avviso sono S. COSTA, voce *Domanda giudiziale*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, Torino, 1960, p. 161, spec. 167; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio* cit., p. 304, nt. 62, che scrive: “l'oggetto della pronuncia giudiziale deve ritenersi rappresentato principalmente dagli effetti negativi, mentre la situazione soggettiva (potere-tramite) assume una posizione di secondo piano, data la sua funzione essenzialmente ausiliaria”. Cfr. anche M. CLARICH, *Giudicato* cit., p. 135 ss., il quale, dapprima, accoglie la tesi per cui “il diritto potestativo è sempre unico, anche se il fatto costitutivo è rappresentato non da uno, ma da una pluralità di eventi”; e poi prosegue facendo notare che, “una volta che si sia disposti ad accogliere questa tesi [...], il passo è assai breve verso un'altra tesi che, abbandonata nuovamente la nozione di diritto potestativo, identifica l'azione costitutiva direttamente nell'effetto costitutivo [...]. Infatti, a ben considerare, secondo la tesi dell'unicità del diritto potestativo, l'elemento che identifica la situazione giuridica sostanziale finisce per non essere rappresentato più dal fatto costitutivo, o dalla fattispecie legale, bensì dal mutamento giuridico che si vuole produrre”.

Chiaramente, le implicazioni che tale tesi porta con sé, in punto di identificazione delle domande di impugnativa costitutive, non sono di lieve momento. Poiché un determinato effetto giuridico non si può ripetere più volte tra le medesime parti, per identificare la domanda è sufficiente fare ricorso all'effetto giuridico che si mira ad ottenere, senza che le ragioni della richiesta assumano alcuna rilevanza. Ne segue che le domande di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale del contratto si inscrivono tra quelle autodeterminate, individuate dal solo *petitum*, senza l'ausilio della *causa petendi* ⁽⁷⁴⁴⁾.

All'impostazione in esame è stato, anzitutto, obiettato che né la norma di modificazione giuridica né la modifica realizzata dal provvedimento costitutivo possono essere l'oggetto dell'accertamento in esso contenuto: infatti, come si è visto, detto oggetto può essere costituito soltanto da situazioni soggettive, non da norme, e non da porzioni di fattispecie ⁽⁷⁴⁵⁾. Inoltre, si è osservato che rinvenire "l'oggetto della pronuncia costitutiva nel provvedimento domandato equivale a pretendere di conferire giuridica rilevanza a un determinato rapporto nel momento, e soltanto nel momento, in cui esso è toccato dall'accertamento giurisdizionale" ⁽⁷⁴⁶⁾. In più, è impreciso asserire che la norma di modificazione si pone quale fonte diretta degli effetti costitutivi; al contrario, come si è visto ⁽⁷⁴⁷⁾, essi discendono dalla sentenza che accoglie la domanda di impugnativa ⁽⁷⁴⁸⁾. E ancora, vale anche in questo contesto quanto rilevato a proposito del *modus operandi* delle eccezioni di annullabilità e di rescindibilità, per cui la mera cognizione *incidenter tantum* non può mai essere la fonte di veri e propri effetti costitutivi ⁽⁷⁴⁹⁾. Infine, mi sembra motivo di grave perplessità la circostanza che la ricostruzione in parola non riesca a spiegare quale sia l'oggetto dell'accertamento laddove la domanda di impugnativa costitutiva sia rigettata. Ciò che è certo è che tale oggetto non possa essere l'effetto caducatorio, dal momento che nessun effetto caducatorio si realizza se la domanda è ritenuta infondata. E questo non fa che aumentare la problematicità della tesi *de qua*. Non è pensabile che l'oggetto dell'accertamento muti a seconda che la domanda sia fondata o meno: da un lato, il giudice deve sapere fin dall'inizio su quali elementi espletare le proprie attività di cognizione e di decisione; dall'altro, le parti coinvolte nel procedimento devono avere contezza dei profili sui quali contraddire e difendersi. Variare l'oggetto dell'accertamento in dipendenza

⁽⁷⁴⁴⁾ Cfr. A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., p. 166. *Contra*, S. COSTA, voce *Domanda* cit., p. 167, secondo cui l'oggetto del giudizio è sì l'effetto giuridico cui si tende, ma necessariamente ricollegato al fatto di cui è rimedio o sanzione.

⁽⁷⁴⁵⁾ Salve le rare eccezioni espressamente previste dalla legge: cfr. *supra*, par. 18. Per l'obiezione indicata nel testo, v. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 253, nt. 81, per cui "la norma in sé infatti non può divenire direttamente oggetto di accertamento giurisdizionale, ma solo di interpretazione ed attuazione, e così in base alla sua interpretazione potranno accertarsi poteri"; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 260.

⁽⁷⁴⁶⁾ F. CORDOPATRI, *Contributo* cit., p. 136.

⁽⁷⁴⁷⁾ Cfr. *supra*, par. 35.

⁽⁷⁴⁸⁾ Così C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 253, nt. 81. Un ulteriore argomento a sfavore della teorica in parola viene esplicitato da M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 260, nt. 53.9, e si evince da un parallelismo con la tutela di condanna: "la modifica giuridica, che si vuole che il giudice produca, corrisponde [...] alla modifica materiale, conseguente all'esecuzione forzata. Porre ad oggetto della tutela costitutiva la modifica da produrre equivale dunque a porre ad oggetto della tutela di condanna il risultato dell'esecuzione forzata, ciò che è ovviamente escluso".

⁽⁷⁴⁹⁾ Cfr. *supra*, par. 15.

dall'esito del giudizio equivarrebbe, in sostanza, a determinare *ex post* l'oggetto del processo, con buona pace dei principi di imparzialità e terzietà dei magistrati, del contraddittorio, e dei diritti di azione e difesa delle parti.

36.4. Il rapporto contrattuale sul quale dovrebbe incidere la modificazione giuridica

Secondo un ulteriore e diverso orientamento, nelle azioni di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale, l'oggetto dell'accertamento è l'intero rapporto negoziale che l'istante vuole vedere annullato, rescisso o risolto.

Più precisamente, quando il giudice accoglie la domanda di impugnativa costitutiva, egli provoca, tramite la propria pronuncia, l'effetto giuridico di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto e, contestualmente, statuisce in modo incontrovertibile che quel determinato rapporto complesso ha l'assetto giuridico corrispondente all'intervenuta caducazione: ossia che il contratto è attualmente privo di effetti e il rapporto negoziale non sussiste più. Viceversa, quando il giudice rigetta la domanda di impugnativa costitutiva, egli dichiara in modo vincolante che la disciplina del rapporto, sul quale il proprio provvedimento avrebbe dovuto incidere, resta immutata: ossia che il contratto è attualmente efficace e il rapporto negoziale in vita. La sentenza che definisce un'azione di annullamento, rescissione o risoluzione giudiziale accerta, dunque, solo la situazione finale e dà certezza delle (sole) relazioni giuridiche sussistenti dopo il suo intervento.

In tale contesto, il giudice conosce in via meramente incidentale dell'esistenza dei presupposti dello scioglimento del contratto, cioè dei diritti potestativi di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale. Detta esistenza costituisce una questione pregiudiziale rispetto all'oggetto della domanda e la sua soluzione va a comporre la motivazione della sentenza, senza acquistare efficacia di giudicato *ex art. 2909 c.c.* ⁽⁷⁵⁰⁾.

Come intuibile, la ricostruzione in parola conduce a un notevole ampliamento dell'accertamento e, quindi, del giudicato. Per giungere a detto risultato, mi sembra che vengano usati due differenti percorsi argomentativi. Un primo approccio parrebbe individuare il *petitum* immediato delle domande di impugnativa costitutive nella declaratoria dell'inefficacia del contratto e considerare tali domande quali domande autodeterminate, con conseguente "fungibilità dei motivi dai quali vien fatta dipendere l'eliminazione degli effetti giuridici del negozio mediante annullamento, rescissione, risoluzione" ⁽⁷⁵¹⁾. Un secondo indirizzo tiene, invece, distinti i *petita* immediati delle domande di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale, che corrispondono al singolo tipo di effetto estintivo di volta in volta richiesto, mentre reputa unitario il *petitum* mediato, in quanto il bene controverso è

⁽⁷⁵⁰⁾ Cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 189-190, per cui "la valutazione circa la sussistenza in capo all'attore del diritto di provocare il mutamento rappresenta *non ciò su cui si deve decidere*, ma soltanto *ciò che si deve conoscere*, per accordare o meno a questo il bene della vita perseguito: la realizzazione del nuovo stato giuridico sostanziale; essa quindi rientra *non nell'oggetto*, ma soltanto *nei motivi della pronuncia*, quale questione pregiudiziale". Ci sia consentito di notare che è curioso il fatto che tali affermazioni provengano proprio da chi sostiene che, nel settore delle sentenze dichiarative, il giudicato copra anche i presupposti logici necessari del provvedimento.

⁽⁷⁵¹⁾ Così E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico* cit., p. 111.

sempre la sussistenza o meno del rapporto giuridico di cui si chiede la rimozione. Ne segue che, una volta proposta la prima azione di impugnativa costitutiva, le altre restino precluse, perché andrebbero a rimettere in discussione il bene della vita attribuito dalla prima pronuncia passata in giudicato ⁽⁷⁵²⁾.

Ad avviso di un autorevole studioso, tale regola dovrebbe, però, arrestarsi di fronte a diritti potestativi di cui la parte ignorava l'esistenza in pendenza della prima azione. Per la precisione, dovrebbero essere sempre proponibili successive azioni di impugnativa avverso il medesimo contratto ogniqualvolta i relativi diritti potestativi non avrebbero potuto essere fatti valere in precedenza, in quanto non conosciuti né conoscibili con l'ordinaria diligenza: "è la peculiare struttura delle situazioni soggettive in esame ad imporre un'attenuazione alla regola, per la quale la preclusione investe tutti i fatti anteriori al giudicato [...]. Rimettendo la legge al privato, in presenza di certi presupposti, la scelta se realizzare o meno il mutamento della realtà giuridica esistente, condizione minima per il compimento della valutazione, e, quindi, per l'attuazione del potere, è la conoscenza della sua esistenza; ove questa manchi, il diritto di modificazione non è in realtà esercitabile e, perciò, non può neppure essere considerato precluso dal giudicato, per omissione di esercizio" ⁽⁷⁵³⁾.

La teorica in esame, già condivisa da numerosi studiosi di diritto processuale civile ⁽⁷⁵⁴⁾, è divenuta quella più seguita in giurisprudenza, dopo essere stata abbracciata dalle Sezioni

⁽⁷⁵²⁾ La seconda linea di pensiero è riscontrabile in S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 320 ss.

⁽⁷⁵³⁾ S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., pp. 318-319.

⁽⁷⁵⁴⁾ Sono di tale avviso E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico* cit., p. 111, per il quale, nelle azioni di impugnativa contrattuale, "oggetto del processo è la situazione che si può ben definire effetto giuridico negoziale: aggregato di diritti e soggezioni su cui il potere di modificazione s'esercita; è insomma il rapporto soggetto a modificazione, non già il potere di modificazione" (si noti, però, che l'Autore considera le azioni di impugnativa contrattuale quali azioni di mero accertamento, in quanto l'effetto giuridico di annullamento, rescissione o risoluzione discende direttamente dalla domanda giudiziale); I. ANDOLINA, *Per un profilo degli atti processuali con effetti di diritto sostanziale*, in *Jus* 1959, p. 103, *passim*; R. CAPONI, *Azione di nullità* cit., p. 97; G. MASSETANI, *Note in tema di impugnazione del licenziamento*, in *Foro it.* 1989, I, p. 841, spec. 845; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 185 ss.; S. MENCHINI, voce *Regiudicata* cit., p. 439, secondo cui "l'azione costitutiva è indirizzata a realizzare non diritti potestativi, ma rapporti giuridici materiali; i processi cognitivi [...] rispondono sempre ad un unico scopo: accertare il modo di essere delle situazioni soggettive sostanziali, dando certezza alle relazioni giuridiche delle parti private mediante la (definitiva) attribuzione del bene della vita conteso al vincitore"; A. MOTTO, *Domanda di risoluzione* cit., pp. 619-620, per cui l'oggetto dei processi costitutivi di impugnazione contrattuale "è il rapporto giuridico avente titolo nel negozio; la sentenza «stabilisce in modo vincolante le relazioni dei soggetti intorno alla situazione sostanziale sottoposta a modificazione», essa «fissa autoritativamente le condotte delle parti rispetto ad un determinato bene della vita, più esattamente stabilisce il regolamento del rapporto giuridico che l'attore pretende di modificare»"; A. PIRAS, *Interesse legittimo* cit., vol. II, pp. 167-168, 197, nt. 188; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., pp. 401-402; G. F. RICCI, *Diritto processuale* cit., p. 313, che si dimostra, però, dubbioso sul punto; B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto: contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989, p. 229 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, Milano, 1966, p. 68, per cui, con l'impugnazione del contratto, "si postula un giudizio negativo sul rapporto, che è necessariamente integrale".

Si segnala per peculiarità la tesi di A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva* cit., p. 83 ss., per cui oggetto dell'accertamento sono sempre "le situazioni soggettive di pretesa, facoltà, obbligo, soggezione costituente modificande impediende o estinguende a seguito della rilevanza attribuita ai relativi fatti costitutivi, modificativi, impeditivi o estintivi dall'esercizio del diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale". La ragione starebbe nel fatto che quest'ultimo diritto "a seguito del suo esercizio (sia pure in modo sospensivamente condizionato allo sfociare del processo in una pronuncia di merito) si estingue per consumazione per ragguaglio della sua funzione di attribuire rilevanza al fatto costitutivo modificativo

Unite della Corte di Cassazione con le sentenze gemelle del 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243 ⁽⁷⁵⁵⁾.

Ma nemmeno tale ricostruzione è andata esente da critiche.

Innanzitutto, non si comprende come la sentenza di accoglimento possa accertare una situazione giuridica che ancora non esiste, dal momento che è solo con il passaggio in giudicato della stessa che si producono gli effetti innovativi di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto ⁽⁷⁵⁶⁾. In secondo luogo, è contestabile l'espulsione dall'ambito dell'accertamento dei presupposti che impongono il mutamento giuridico. Per un verso, si oblitera l'esigenza sistematica d'individuare il fondamento giuridico della modificazione. Per altro verso, limitare l'accertamento all'esistenza/inesistenza del rapporto complesso non impedisce che il soccombente agisca in giudizio, domandando il risarcimento dei danni a lui causati dall'intervenuta o dalla non intervenuta caducazione del contratto; invero, egli può farlo senza dover porre in discussione la modifica prodotta o non prodotta, o il modo di essere del rapporto in conseguenza della pronuncia del giudice. Ciò che, invece, serve alla parte vittoriosa è un accertamento relativo a ciò che logicamente precede la modifica o la non modifica, e non relativo a ciò che logicamente le segue ⁽⁷⁵⁷⁾. Inoltre, si applica anche qui quanto già osservato in sede di analisi delle modalità operative delle eccezioni di annullabilità e di rescindibilità, per cui la mera cognizione *incidenter tantum* non può mai essere la fonte di veri e propri effetti costitutivi ⁽⁷⁵⁸⁾.

impeditivo o estintivo” e oggetto dell'accertamento non può essere una situazione soggettiva ormai estinta. Ebbene, a me sembra che la conclusione cui arriva Proto Pisani non sia conforme alle premesse dal medesimo poste: se è vero che l'estinzione per consumazione del diritto potestativo è condizionata alla pronuncia di una sentenza di merito (e io direi, anzi, a una pronuncia di accoglimento, poiché la sentenza di rigetto presupporrebbe l'inesistenza *tout court* del diritto potestativo e una sua estinzione sarebbe giuridicamente impossibile), allora il diritto potestativo esiste fintanto che il processo è pendente e, in quanto esistente, può costituire oggetto di accertamento.

Una teoria diversa, ma che giunge a risultati analoghi, è quella di Satta, il quale configura come oggetto del giudizio di impugnativa contrattuale l'accertamento della legittimità o dell'illegittimità dell'effetto contrattuale. L'Autore ritiene che “le varie possibili impugnazioni di un atto o di un contratto non costituiscono in generale domande autonome, perché la situazione che si denuncia come illegittima è quella derivante dall'atto o dal contratto, essendo la singola previsione di legge il motivo di illegittimità”: v. S. SATTA, voce *Domanda giudiziale* cit., p. 825; ID., *Spunti per una teoria della domanda*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, p. 327, spec. 345.

⁽⁷⁵⁵⁾ Cfr. Cass., 15 febbraio 2018, n. 3702; App. Napoli, 7 dicembre 2017, n. 5073, in *DeJure*; Cass., 18 gennaio 2016, n. 698; Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, par. 4.8, per la quale “nelle azioni di impugnativa negoziale l'oggetto del giudizio è dunque costituito dal negozio, nella duplice accezione di fatto storico e di fattispecie programmatica, e (con esso) dal rapporto giuridico sostanziale che ne scaturisce”; Cass., 22 marzo 2005, n. 6170.

⁽⁷⁵⁶⁾ Così S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere* cit., p. 276. Si è già dimostrato, infatti, che il mutamento costitutivo discende dalla sentenza e non dalla domanda: cfr. *supra*, par. 7, 8, 9.1.4, 9.3 e 35, nonché nota 55.

⁽⁷⁵⁷⁾ Per tali rilievi, cfr. F. CORDOPATRI, *Contributo* cit., p. 136; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 275; S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere* cit., pp. 277-278.

⁽⁷⁵⁸⁾ Cfr. *supra*, par. 15. L'obiezione è sollevata da E. F. RICCI, voce *Accertamento* cit., p. 24. *Contra*, A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 285 ss., secondo cui “la produzione della modificazione giuridica in via giurisdizionale – l'efficacia costitutiva della pronuncia – è del tutto indipendente dalla circostanza che l'atto in rilievo dichiarati incontrovertibilmente l'esistenza della situazione giuridica a ciò legittimante – il potere di modificazione giuridica – e, quindi, dall'effetto di accertamento della decisione”; “non è affatto necessario che alla valutazione di [tale] esistenza [...] sia ricollegato dalla legge un qualificato effetto giuridico – il giudicato sostanziale, ossia

Infine, l'idea per cui la singola impugnativa contrattuale non possa di per sé assurgere al rango di diritto soggettivo da accertare nel processo è smentita dal diritto positivo. Invero, dalle norme sulla trascrizione delle domande giudiziali emerge chiaramente che la domanda di risoluzione è cosa diversa dalla domanda di annullamento o dalla domanda di rescissione, che a loro volta sono tra loro distinte. “Resta allora che quella astrazione nella quale consiste il c.d. rapporto fondamentale non può essere messa in campo per far evaporare solide figure di diritti soggettivi e conseguenti, chiari e diversificati oggetti di processi”⁽⁷⁵⁹⁾.

36.5. Due ulteriori proposte ricostruttive

Per chiudere la rassegna delle varie teorie formulate in ordine all'oggetto dell'accertamento nelle azioni di impugnativa costitutive, occorre volgere l'attenzione a due ultime linee interpretative, che risentono di alcune suggestioni derivanti dalle opinioni già analizzate e, al contempo, presentano profili inediti.

La prima tesi che viene in rilievo è quella di Cordopatri, che si avvicina, in una certa misura, all'opinione di Montesano descritta nel precedente paragrafo 36.2.

Ad avviso dell'Autore, quando il legislatore concede a un contraente la possibilità di rivolgersi al giudice per ottenere la caducazione del contratto, al potere di chiedere l'annullamento, la rescissione o la risoluzione giudiziale del negozio si correla l'obbligo della controparte di addivenire allo scioglimento del medesimo. In tale scenario, il processo costitutivo non ha ad oggetto il mero diritto di impugnare il contratto, lo si voglia intendere in senso sostanziale o in senso processuale; il processo ha, invece, ad oggetto sia la violazione del dovere di un contraente di sciogliere il contratto sia la lesione della corrispondente situazione di potere dell'altro contraente. Nelle ipotesi in cui accoglie la domanda, il giudice integra il potere leso e dispone il nuovo assetto della realtà, estinguendo il rapporto contrattuale.

In questa prospettiva, la *res in iudicium deducta* è il rapporto intercorrente tra la situazione di potere di una parte e il correlativo obbligo dell'altra. Il *petitum* della domanda di impugnativa è rinvenibile nell'integrazione e nel completamento del potere insoddisfatto ad opera del giudice; la *causa petendi* è, invece, rappresentata dalla disciplina giuridica del diritto

l'effetto di accertamento – che renda vincolante in futuri processi la soluzione data dalla sentenza alle questioni *de quibus*?”.

⁽⁷⁵⁹⁾ M. BOVE, *Rilievo d'ufficio* cit., p. 1394. Cfr. anche M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 228, nt. 41. In senso simile, v. anche M. DE CRISTOFARO, *Giudicato* cit., p. 85.

Ad avviso di Consolo, ai profili problematici rammentati nel testo si aggiunge anche il seguente: degradare l'esistenza del diritto potestativo di annullamento, rescissione o risoluzione giudiziale a questione pregiudiziale fa sorgere il problema di determinare la natura di tale questione. Se fosse una questione pregiudiziale in senso tecnico, si dovrebbe ammettere la proposizione di una domanda di accertamento incidentale sul diritto potestativo; possibilità che, però, chi aderisce alla tesi in esame non sembra contemplare. Se fosse una questione pregiudiziale in senso logico, invece, si giungerebbe a trattare il diritto potestativo come il “rapporto fondamentale” del rapporto contrattuale da caducare; il che, come ognuno vede, non ha senso: cfr. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 263, nt. 104.

soggettivo del quale il potere lesivo è elemento o, per utilizzare le parole di Cordopatri, il *nomen iuris* invocato per la tutela del potere fatto valere ⁽⁷⁶⁰⁾.

Il punto debole della teorica in esame è dato, a mio avviso, dall'aver ipotizzato che sussista un obbligo di prestare il consenso allo scioglimento del contratto in capo al contraente che si trova nella posizione di soggezione rispetto al diritto potestativo (o "potere", nel linguaggio di Cordopatri) ⁽⁷⁶¹⁾. Non solo l'esistenza di un simile obbligo non trova alcun riscontro normativo, ma sembra anzi incompatibile con il sistema delle impugnative contrattuali costitutive: se effettivamente il contraente in posizione di soggezione avesse l'obbligo di acconsentire alla caducazione del contratto, la disciplina che richiede l'intervento dell'autorità giurisdizionale per la produzione degli effetti di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale non avrebbe alcun senso; la sentenza costitutiva non dovrebbe rappresentare l'ordinario veicolo di produzione di tali effetti, ma dovrebbe essere un meccanismo "di recupero" per le sole ipotesi in cui l'obbligo ablativo sia stato violato. Nulla di tutto ciò traspare dagli artt. 1425 ss.

Se si elimina l'obbligo di prestare il consenso dai fattori dell'operazione, l'oggetto dell'accertamento torna a essere la situazione di potere di colui che è legittimato a domandare l'annullamento, la rescissione o la risoluzione in via giudiziale del contratto, e la tesi di Cordopatri diviene molto simile a quella di chi reputa che l'oggetto dell'accertamento sia il diritto alla modificazione giuridica inteso in senso sostanziale.

La seconda ricostruzione su cui occorre soffermarsi è quella di Fornaciari, per il quale le azioni di impugnativa contrattuale sottendono situazioni soggettive differenti.

Nelle ipotesi in cui il negozio è affetto da vizi genetici, ossia nelle ipotesi di annullamento e di rescissione, su uno dei contraenti grava un vero e proprio obbligo di non concorrere a dar vita al rapporto contrattuale attraverso la stipulazione dell'accordo: è la posizione di chi contrae con dolo o violenza, di chi negozia con un incapace, di chi conosce o approfitta di uno stato di pericolo o di bisogno in cui si trova la controparte. Specularmente, l'altro contraente è titolare di un c.d. diritto al non-effetto, ossia un diritto a che non sorga il rapporto contrattuale: è questa la posizione di chi cade in errore, di chi presta il proprio consenso perché raggirato o minacciato, di chi, a fronte di una situazione di pericolo o di bisogno, assume obbligazioni a condizioni inique. Ebbene, nei processi di annullamento e di rescissione, l'oggetto dell'accertamento è costituito dal diritto al non-effetto, di cui è titolare il soggetto legittimato a proporre la domanda di impugnativa, unitamente al diritto di azione in concreto ⁽⁷⁶²⁾.

Nelle ipotesi di vizi funzionali, e quindi di risoluzione del contratto, non è ravvisabile alcun diritto al non-effetto, in quanto il rapporto negoziale è sorto in modo legittimo. Accade, però, che si verifichi un fatto che rende necessaria la sua eliminazione. Nei casi di

⁽⁷⁶⁰⁾ Cfr. F. CORDOPATRI, *Contributo* cit., p. 130 ss. Si noti che Cordopatri è l'unico autore che ammette che la *causa petendi* possa essere costituita dal *nomen iuris*, in controtendenza rispetto al granitico orientamento contrario della dottrina e della giurisprudenza (v. *supra*, par. 19.2.1, anche nota 436).

⁽⁷⁶¹⁾ Così anche C. FERRI, *Profili* cit., p. 55.

⁽⁷⁶²⁾ Cfr. M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., pp. 142 ss., 275, 293 ss., anche nt. 57.1, 317.

risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (ma anche nei casi di risoluzione per impossibilità sopravvenuta), il sopraggiungere di quel determinato fatto conferisce a ciascuno dei contraenti un diritto allo scioglimento convenzionale del contratto e, al contempo, un obbligo di collaborare con la controparte per pervenire a tale esito. L'oggetto dell'accertamento è rappresentato, in tale situazione, dal diritto alla collaborazione nella produzione dell'effetto estintivo del contratto ⁽⁷⁶³⁾. Invece, nei casi di risoluzione per inadempimento, poiché il fatto sopraggiunto è già un obbligo rimasto inadempito, Fornaciari reputa che non occorra interporre una nuova situazione giuridica sostanziale tra l'inadempimento e la sanzione della risoluzione; sicché, in tali occasioni, l'oggetto dell'accertamento è il solo diritto di azione concreta ⁽⁷⁶⁴⁾.

Ad avviso dell'Autore, ciascuna delle situazioni giuridiche menzionate – diritto al non-effetto, diritto alla collaborazione nella produzione dell'effetto estintivo del contratto, diritto di azione concreta – è distinta e autonoma rispetto alle altre, ed è sempre autodeterminata: i singoli fatti costitutivi del diritto azionato non sono rilevanti per l'individuazione della domanda di impugnativa ⁽⁷⁶⁵⁾.

Come si nota, la ricostruzione di Fornaciari sorge dall'assemblaggio di alcune delle idee che sono state descritte nel corso dei paragrafi precedenti e assegna a ciascuna azione di impugnativa uno specifico oggetto di accertamento. Rispetto ai risultati cui lo studioso giunge, si possono dunque richiamare le diverse obiezioni che, di volta in volta, sono state rivolte alle teorie sopra ricordate e che Fornaciari riprende. In particolare, risultano pertinenti: (i) quanto alle azioni di annullamento e rescissione, le contestazioni alla teoria di Montesano, relative al fatto che non sempre il sostrato fattuale delle azioni di impugnativa costitutive contempla la trasgressione di un obbligo e la lesione del correlativo diritto soggettivo; (ii) quanto alle azioni di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e per impossibilità sopravvenuta, le critiche indirizzate alla tesi di Cordopatri, inerenti all'insussistenza di un obbligo di sciogliere il contratto; (iii) quanto all'azione di risoluzione per inadempimento, le considerazioni effettuate sulla riconduzione dell'oggetto dell'accertamento al diritto di azione concreta.

36.6. Il vaglio delle diverse opzioni nella prospettiva della tutela dei diritti di azione e di difesa delle parti. L'individuazione dell'oggetto dell'accertamento nei diritti potestativi di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale quale soluzione preferibile

Si sono così delineate le plurime e policrome teoriche che sono state formulate in merito all'oggetto dell'accertamento nei processi di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale del contratto.

⁽⁷⁶³⁾ Cfr. M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., pp. 146 ss., 295 ss., 317.

⁽⁷⁶⁴⁾ Così M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., pp. 149, 296, 317.

⁽⁷⁶⁵⁾ Cfr. M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., pp. 305 ss., spec. 316-317.

Nel corso della disamina, si sono via via esposte le critiche che ciascuna ha attirato e credo si possa serenamente affermare che ognuna di esse contiene dei profili problematici. Per giungere, dunque, a individuare la ricostruzione che presenta il minor numero di controindicazioni, occorre riesaminare le differenti opzioni partendo da una nuova prospettiva, che sinora è stata volutamente lasciata in disparte. Pur senza dimenticare le censure già evidenziate, è necessario, ora, vagliare le implicazioni che le diverse tesi portano con sé rispetto alla tutela dei diritti di azione e difesa di cui all'art. 24 Cost., nonché del principio del contraddittorio di cui all'art. 111 Cost.

Mi sembra che da tale rivalutazione possano essere estromesse le proposte interpretative di Attardi, secondo cui oggetto dell'accertamento è il dovere del giudice di attuare il mutamento giuridico richiesto, e di Montesano, che porta l'attività di accertamento sul diritto alla sanzione giurisdizionale invalidante. Infatti, mi pare che le obiezioni dalle stesse suscitate non siano in alcun modo superabili, nemmeno se si dimostrasse che tali proposte risultino compatibili con il dettato costituzionale ⁽⁷⁶⁶⁾.

Tratteggiamo, anzitutto, un esempio che possa fungere da supporto all'analisi che ci accingiamo a compiere. Si immagini che Tizio, in qualità di preponente, stipuli un contratto di agenzia con Caio, in qualità di agente, assegnandogli l'incarico di promuovere la vendita di un determinato prodotto in una certa regione. Trascorsi alcuni mesi dalla sottoscrizione dell'accordo, Tizio si avvede che Caio non può svolgere le proprie attività nella regione indicata nel contratto, a causa di precedenti incarichi assunti nella medesima zona in favore di imprese concorrenti con quella di Tizio, e che li svolge, invece, nella regione limitrofa. Inoltre, gli viene riferito che Caio è un noto truffatore, già in passato sottoposto a indagini penali per le modalità con cui conduce gli affari. Come se ciò non bastasse, Caio risulta gravemente inadempiente. Si ipotizzi che, in tale scenario, Tizio agisca in giudizio per ottenere l'annullamento del contratto per errore sull'oggetto della prestazione a carico di Caio e che la sua domanda venga rigettata; ciò senza che nel corso del giudizio siano mai emersi né l'errore sulle qualità personali di Caio né la sua grave inadempienza alle obbligazioni derivanti dall'accordo.

Proviamo, ora, ad applicare le teoriche prospettate al fine di valutare l'impatto che le stesse hanno sui diritti delle parti.

È utile cominciare dalla tesi che più estende il perimetro dell'accertamento e che, quindi, intuitivamente, dà adito a maggiori rischi sotto il profilo del contraddittorio. Per chi ritiene che l'oggetto dell'accertamento sia l'efficacia o l'inefficacia del rapporto contrattuale, rigettando la domanda di annullamento per errore sull'oggetto della prestazione, il giudice ha accertato che il contratto di agenzia è efficace, sicché ogni altra azione di impugnativa rivolta verso il medesimo contratto è preclusa, perché porterebbe potenzialmente a disconoscere il bene della vita attribuito dalla prima sentenza passata in giudicato: la certezza sull'efficacia del contratto e sulla conseguente sussistenza del rapporto negoziale ⁽⁷⁶⁷⁾.

⁽⁷⁶⁶⁾ Cfr. *supra*, par. 36.2.

⁽⁷⁶⁷⁾ Cfr., per tutti, S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 194. Per l'esame della tesi che riconduce nell'oggetto dell'accertamento il modo di essere del rapporto negoziale si rinvia al par. 36.4.

Chiaramente, tale approccio ha il vantaggio di evitare la reiterazione di giudizi aventi ad oggetto il medesimo contratto, dal momento che, proposta la prima azione di impugnativa, sono precluse tutte le successive. O meglio: la concezione in parola non può impedire che vengano in concreto depositate nuove domande di impugnativa, ma fa sì che, ove ciò accada, il giudice adito per secondo decida più rapidamente, essendo vincolato dal primo giudicato⁽⁷⁶⁸⁾. Tra l'altro, si è detto, per questa via si responsabilizzano le parti processuali, onerandole di dedurre in un sol colpo tutti i fatti estintivi dell'efficacia di un contratto di cui siano a conoscenza (e anzi, al netto del temperamento proposto da Menchini, anche quelli di cui non siano a conoscenza!), anche se diano origine a diritti potestativi diversi da quello fatto valere⁽⁷⁶⁹⁾.

D'altro canto, però, è difficile ignorare che un accertamento giurisdizionale così costruito copra molto di più di quanto il giudice abbia effettivamente stabilito. Se l'errore sulla persona dell'agente e se i suoi inadempimenti alle obbligazioni contrattuali non sono mai stati allegati dall'attore, il convenuto ha concentrato la propria linea difensiva sulla dimostrazione che non sussiste la (sola) falsa rappresentazione della realtà che il proponente ha dedotto. Peraltro, ove anche tali fatti fossero emersi dagli atti di causa (il che risulta francamente poco probabile, se si considera che l'agente non ha alcun interesse a far trapelare la sua attitudine a delinquere o le proprie violazioni degli obblighi contrattuali), il giudice non avrebbe comunque potuto rilevare d'ufficio l'annullabilità del contratto per un diverso motivo o la risolubilità per inadempimento dello stesso: come si è visto, infatti, la prima eccezione non è rilevabile d'ufficio e la seconda non trova cittadinanza nel nostro ordinamento⁽⁷⁷⁰⁾. Ne consegue che, nel corso del primo giudizio, le parti non hanno esercitato i propri diritti in relazione all'eventuale annullabilità del contratto per errore sulla persona dell'agente o all'eventuale risolubilità del medesimo *ex art.* 1453 c.c.: il proponente non ha argomentato e provato la sussistenza di tali ulteriori fatti estintivi dell'efficacia del contratto; l'agente non ha avuto modo di difendersi e di provare il contrario; il giudice non ha valutato, nemmeno implicitamente, alcuna delle due questioni, delle quali è rimasto completamente all'oscuro.

In questo quadro, il fatto che, rigettando la domanda di annullamento del contratto, il giudice ne abbia valutato e accertato in modo incontrovertibile l'efficacia semplicemente non corrisponde a realtà⁽⁷⁷¹⁾. Il giudice non può essersi fatto alcuna idea sulla integrale efficacia del contratto di agenzia, non avendo elementi sufficienti a tal fine. Precludere la proposizione di ulteriori domande di impugnativa diverse dalla prima significa, allora, impedire per sempre alle parti di far valere i propri diritti di azione e difesa rispetto a fatti

⁽⁷⁶⁸⁾ Per l'opinione secondo cui alla tesi estensiva in parola sottostà una "scelta di valore [...] nel senso che la lunghezza del processo deve almeno pagare in termini di ampiezza del giudicato", cfr. L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., p. 29; G. VERDE, *Sulla «minima unità strutturale» azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in *Riv. dir. proc.* 1989, p. 573, spec. 575.

⁽⁷⁶⁹⁾ In proposito, cfr. R. CAPONI, *Azione di nullità* cit., p. 97; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato* cit., pp. 401-402.

⁽⁷⁷⁰⁾ Cfr. *supra*, parr. 12 e 14.1.

⁽⁷⁷¹⁾ Sul punto, v. G. CHIOVENDA, *Principii* cit., pp. 195-196, per cui "non può essere" che la sentenza di rigetto equivalga "alla dichiarazione d'esistenza del rapporto o stato giuridico impugnato"; M. DE CRISTOFARO, *Giudicato* cit., p. 86.

mai valutati da alcuna autorità giudiziaria; significa disattivare la tutela giurisdizionale prima ancora che la stessa abbia potuto operare.

In proposito, in dottrina si è rilevato che lo scopo di prevenire liti future non può essere perseguito a costo di imporre alle parti lo sforzo di ricercare e dedurre in giudizio tutti gli strumenti difensivi coordinati a un contenuto della decisione prefissato dai pratici del diritto e non specificamente limitato agli effetti rispetto ai quali si contende in giudizio. In sostanza, come si è visto, l'attore deducente un solo motivo di inefficacia si vedrebbe costretto – indipendentemente dal comportamento del convenuto, che ben potrebbe limitarsi a contestare (soltanto) il detto motivo – ad evitare la preclusione di ogni altro motivo di impugnazione dello stesso negozio, per mezzo di uno “sforzo d’attacco e di difesa affatto sproporzionato” non solo all’intento che egli ha manifestato con la domanda, ma anche a quello dello stesso convenuto ⁽⁷⁷²⁾.

Peraltro, nell’attuale ordinamento, il processo ispirato al principio dispositivo esclude che “il carattere pubblico dello strumento processuale imponga un contenuto della decisione che possa prescindere dalle richieste delle parti” ⁽⁷⁷³⁾. Da questo punto di vista, l’orientamento in esame evidenzia “inflexioni dichiaratamente estranee al principio della domanda”: la parte chiede l’annullamento, la rescissione o la risoluzione giudiziale del contratto e il giudice le risponde operando un pervadente “regolamento” del rapporto giuridico che intercorre tra i contraenti ⁽⁷⁷⁴⁾.

Ora, poiché, come ricordato ⁽⁷⁷⁵⁾, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono recentemente intervenute sul tema dell’oggetto dell’accertamento nelle azioni di impugnativa costitutive e hanno aderito alla tesi secondo cui tale oggetto è rappresentato dal rapporto

⁽⁷⁷²⁾ Così G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit. p. 347, al quale appartiene la citazione nel testo; L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., p. 33 ss.; S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere* cit., p. 277, per cui “eccessivamente pervasiva appare la supposta fissazione delle relazioni dei soggetti in ordine alla situazione sostanziale ed in particolare esuberante rispetto a quello che le parti chiedono al giudice con la proposizione della domanda giudiziale, ovvero la modificazione della realtà giuridica, senza in alcun modo voler coinvolgere tutti i poteri, i cui fatti costitutivi sussistano già al momento del giudicato, in grado di incidere sulla suddetta situazione sostanziale”. In proposito, si è fatto notare che nemmeno il temperamento proposto da Menchini, per cui sfuggono alla preclusione i diritti potestativi di cui la parte non era a conoscenza all’epoca del primo processo, non elimina l’incostituzionalità della compressione del diritto di difesa cui la tesi estensiva conduce, giacché questa consiste nell’imporre alle parti “la ricerca spesso molto difficile di tutti i possibili strumenti difensivi a preventivo contrasto di azioni e ragioni ancora non esplicitate e nemmeno accennate dalla controparte e delle quali non sono dunque prevedibili l’entità e la forza argomentativa”: così L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., p. 34. Inoltre, siffatto temperamento compromette lo scopo di dare la massima stabilità al concreto bene della vita garantito dal giudicato, in quanto apre la porta a complicate controversie, a valle del giudicato, sulla conoscenza o meno dei fatti che il soggetto allega per vincerne la forza preclusiva: v. ancora L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., pp. 34-35.

⁽⁷⁷³⁾ G. VERDE, *Sulla «minima unità strutturale»* cit., p. 576, richiamato da L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., p. 32.

⁽⁷⁷⁴⁾ Cfr. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 267 ss., per cui, in tal modo, si dilata l’ambito di operatività del giudicato implicito “secondo una scalarità finora inedita”. Anche A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 31, rileva che “l’accertamento della situazione in via di realizzazione non è richiesto, né necessario”. V. altresì M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 228, nt. 41, per cui la tesi in esame rischia “di porre nel nulla il fondamentale principio della domanda”.

⁽⁷⁷⁵⁾ Cfr. *supra*, par. 36.4.

negoziale, pare doveroso dedicare ancora qualche riflessione alla teorica in esame e valutare le argomentazioni utilizzate dalla Corte per pervenire a tale risultato ⁽⁷⁷⁶⁾.

Ad avviso dei giudici di legittimità, l'estensione dell'oggetto dell'accertamento all'intero contratto impugnato consente di rispettare i seguenti "valori funzionali del processo": (a) principio di corrispettività sostanziale, che lo strumento processuale non può cancellare o disarticolare, ma soltanto rispecchiare e attuare; (b) principio di stabilità delle decisioni giudiziarie, in forza del quale il potere di azione dei privati non può essere quello di attivare un meccanismo potenzialmente destinato a ripercorrere all'infinito le medesime tappe, bensì quello di pretendere una risposta, per quanto possibile, definitiva alla domanda di giustizia; (c) principio di armonizzazione delle decisioni; (d) principio di concentrazione delle pronunce; (e) principio di effettività della tutela; (f) principio di giustizia delle decisioni; (g) principio di economia (extra) processuale, inteso come esigenza di evitare la moltiplicazione dei processi e di offrire alle parti una soluzione "complessiva" già entro il primo procedimento; (h) principio del rispetto della non illimitata risorsa giustizia; (i) principio di lealtà e probità processuale; (l) principio di uguaglianza formale delle parti, "rendendo così deducibile *tout court* anche per l'attore ciò che è sempre opponibile dal convenuto" ⁽⁷⁷⁷⁾.

L'argomentare della Suprema Corte può essere sottoposto alle seguenti osservazioni critiche.

È curioso che, tra i vari principi elencati dalla Corte, non compaia, nemmeno per cenni, il seguente: "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento" (art. 24, c. 1 e 2, Cost.). Sembra che le Sezioni Unite, nel tentativo di costruire un "buon processo", abbiano trascurato di considerare quella che è la sua unica ragion d'essere, il suo unico scopo, ossia la tutela dei diritti dei singoli. Invece, a mio avviso, dovrebbe ritenersi prioritario individuare un oggetto dell'accertamento che sia compatibile con l'*essenza* del processo civile, prima ancora – e, se necessario, piuttosto – che con le sue *auspicabili qualità*.

Chiaro è che gli obiettivi richiamati dai giudici di legittimità rivestono una certa importanza nel nostro sistema processualcivilistico. Tuttavia, non sembra che gli stessi possano essere raggiunti a scapito del rispetto dei diritti garantiti dall'art. 24 della nostra Carta fondamentale. E laddove i canoni menzionati non fossero tra loro conciliabili, preminenza dovrebbe essere concessa a quest'ultimo ⁽⁷⁷⁸⁾.

⁽⁷⁷⁶⁾ Secondo S. MENCHINI, *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Nuovi Quaderni del Foro italiano* 2015, 2, p. 1, spec. 5, la disquisizione delle Sezioni Unite inerente all'oggetto dell'accertamento rappresenta il "fulcro del ragionamento svolto", nonché "il loro maggiore merito".

⁽⁷⁷⁷⁾ Così Cass., sez. un, 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 4.3, secondo la quale "l'indagine volta alla corretta individuazione dell'oggetto del processo [...] postula, in questa sede, la necessità di una Inversion-Method, che muova dall'analisi (prioritaria) dei valori funzionali del processo".

⁽⁷⁷⁸⁾ In proposito, cfr. M. BOVE, *Rilievo d'ufficio* cit., p. 1394, secondo cui i valori indicati dalla Suprema Corte sono "enfaticizzati, a scapito del principio dispositivo"; invero, "sembra che qui emerga un eccesso della prospettiva giuspubblicistica che, in nome dell'esigenza di evitare il più possibile la celebrazione di diversi processi in relazione ad un medesimo contratto, finisce per decurtare di molto il liberale principio della domanda". Ad avviso dell'Autore, invece, "l'interprete, per quanto voglia allargare l'oggetto del processo in nome di una perenne emergenza giustizia, non può andare contro i principi fondanti del sistema".

Riprendiamo l'esempio descritto in apertura del paragrafo e sezioniamolo alla luce dei valori ricordati dalle Sezioni Unite. Si è detto che, nella prospettiva cui anche la Cassazione aderisce, per effetto del rigetto della domanda di annullamento del contratto di agenzia, ogni altra azione di impugnativa dello stesso negozio è preclusa. Ebbene, la Corte reputa che questa sia la migliore soluzione per garantire la *giustizia* della decisione e l'effettività della *tutela*. Io credo, invece, che l'ampliamento dell'oggetto dell'accertamento non sia in grado di valorizzare né l'uno né l'altro principio: da un lato, si fatica a comprendere come possa essere giusta una pronuncia che ignora – nel senso, etimologico, di non conosce – la realtà (dal momento che il giudice non è onnisciente, e non può immaginare ciascun errore o ciascuna inadempienza di cui Tizio è vittima, a meno che Tizio stesso non li deduca in giudizio); dall'altro, è difficile sostenere che il preponente, in seguito al giudicato formatosi, abbia ricevuto piena tutela dei propri diritti.

Né mi sembra che considerare l'intero contratto efficace sia rispettoso del diritto sostanziale (principio dalla Cassazione enunciato sotto il profilo della corrispettività sostanziale): infatti, sulla base dell'applicazione delle norme civilistiche, un contratto può essere, nello stesso tempo, non annullabile per errore sull'oggetto della prestazione, ma annullabile per errore sulle qualità personali di un contraente; non rescindibile per assenza di uno stato di pericolo, ma rescindibile per sussistenza di un bisogno; non risolvibile per inadempimento, ma risolvibile per eccessiva onerosità sopravvenuta. È proprio il diritto sostanziale a consentire che un accordo sia – contemporaneamente – efficace (da un certo punto di vista) e inefficace (da un altro), e il processo non fa altro che divenire strumento di tale assetto ⁽⁷⁷⁹⁾.

Da ciò si può trarre spunto anche per confutare l'utilità del richiamo ai principi di armonizzazione e stabilità delle decisioni. La pronuncia che rigetta una domanda di annullamento per errore sull'oggetto dell'incarico dell'agente si armonizza perfettamente con quella che eventualmente annulli il contratto per falsa rappresentazione relativa ai trascorsi penali del medesimo, così come si armonizza perfettamente con una pronuncia che risolva il negozio per aver l'agente violato i propri obblighi contrattuali. Non pare, dunque, che il rispetto di questi valori funzionali del giudizio renda necessaria l'inclusione dell'intero contratto nell'oggetto dell'accertamento.

Se, poi, si tiene a mente che l'attore in annullamento potrebbe non sapere di esser titolare di ulteriori diritti potestativi di impugnativa, come si può precludergli, in futuro, la proposizione di nuove azioni rivolte contro lo stesso contratto, al fine di incentivare la lealtà e la probità processuale? Forse che, nel primo processo, non è stato leale a sufficienza?

Quanto ai restanti valori – ossia i principi di concentrazione delle decisioni, di economia extra-processuale, di rispetto della limitata risorsa giustizia, di uguaglianza formale delle parti – non si può negare che individuare nel rapporto fondamentale l'oggetto dell'accertamento condurrebbe a una migliore salvaguardia degli stessi. Tuttavia, si ritiene che, tra le varie soluzioni prospettabili, debba essere condivisa quella che permette di rispettare al meglio i

⁽⁷⁷⁹⁾ Si tratta della stessa osservazione, *mutatis mutandis*, che è stata effettuata a proposito delle diverse cause di nullità di un contratto: v. *supra*, par. 20.

diritti di azione e difesa delle parti. Sicuramente è vero che, se si riconducesse nell'area dell'incontrovertibilità l'efficacia *tout court* del contratto, si eviterebbero numerosi successivi processi (*rectius*, questi ultimi sarebbero risolti in tempi più brevi). In compenso, però, si impedirebbe alle parti di far valere i loro diritti in giudizio. E non perché su tali diritti si sia già deciso, cosa del tutto legittima e scopo dello strumento della *res iudicata*, ma perché si vuole evitare che i tribunali siano sovraccaricati da controversie legate – da nessi più o meno stretti – ad altre sulle quali si è già statuito. Ebbene, a mio avviso, è preferibile ridurre l'area dell'oggetto del processo, *nonostante* la possibilità che ciò crei diseconomie processuali, piuttosto che estenderla, *nonostante* la possibile menomazione della difesa in giudizio dei diritti dei privati.

Non sembra, dunque, che le affermazioni della Suprema Corte possano condurre a privilegiare un ampliamento dell'oggetto dell'accertamento in rotta di collisione con il principio del contraddittorio.

Analoghi problemi, anche se di minore entità, affliggono la tesi per cui l'oggetto dell'accertamento è rappresentato dall'effetto giuridico cui mira l'attore ⁽⁷⁸⁰⁾. Da questa angolazione, le azioni di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale sono tre azioni differenti, in quanto differenti sono gli effetti richiesti; tuttavia, ciascuno degli effetti domandati è sempre uguale a se stesso, indipendentemente dalla fattispecie concreta dedotta in giudizio: l'annullamento è effetto unitario, a prescindere da quante cause di annullamento sussistano; la rescissione è effetto unitario, a prescindere dalla circostanza che la fattispecie concreta sia sussumibile nell'art. 1447 o nell'art. 1448 c.c.; la risoluzione è effetto unitario, a prescindere dal fatto che si siano verificati uno o più inadempimenti, o che la prestazione di uno dei contraenti sia divenuta eccessivamente onerosa ⁽⁷⁸¹⁾. Pertanto, la sentenza che definisce la singola azione di impugnativa costitutiva, sia essa di accoglimento o di rigetto, accerta l'esistenza o l'inesistenza dell'effetto in relazione a tutti i vizi astrattamente deducibili. L'effetto, si dice, non si può ripetere più volte tra le stesse parti.

Posto che, evidentemente, quest'ultima asserzione può trovare applicazione nelle sole ipotesi in cui le domande di impugnativa contrattuale vengano accolte, proviamo ad applicare tale opzione ricostruttiva all'esempio immaginato. A valle del rigetto della domanda di annullamento per errore sull'oggetto della prestazione, Tizio potrà instaurare un'azione di risoluzione per l'inadempimento di Caio, ma gli sarà preclusa l'introduzione di un giudizio di annullamento per errore sulle qualità personali della controparte, in virtù del principio del *ne bis in idem* ⁽⁷⁸²⁾. Eppure, la sussistenza di tale diverso errore non è mai stata oggetto di dibattito tra le parti, né il giudice vi ha mai portato la propria attenzione.

Modifichiamo l'esempio, ipotizzando che la prima azione instaurata da Tizio sia un'azione di risoluzione per l'inadempimento di Caio e che la domanda venga rigettata.

⁽⁷⁸⁰⁾ Cfr. *supra*, par. 36.3.

⁽⁷⁸¹⁾ Così A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., pp. 170-171, il quale retoricamente domanda: "quale diverso effetto produce l'annullamento per errore rispetto a quello per violenza o dolo?"

⁽⁷⁸²⁾ Per l'analisi degli effetti preclusivi del giudicato nel settore delle azioni di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto, cfr. *infra*, parr. 42 ss.

Seguendo l'opinione in esame, a Caio è precluso instaurare un'azione di risoluzione del contratto per un inadempimento di Tizio (antecedente al primo giudicato), in quanto l'effetto risolutivo è sempre uguale a se stesso, indipendentemente dai singoli fatti che ne compongono la fattispecie. Il che, però, equivale a privare Caio dei propri diritti di azione che gli spetterebbero ai sensi dell'art. 24 Cost.

Anche in questa situazione, dunque, plasmare l'accertamento sull'effetto richiesto significa estendere l'oggetto del processo, e del conseguente giudicato, a ciò che oggetto non è stato. E, nell'ottica di un'effettiva garanzia dei diritti delle parti, non sembra che tale soluzione possa dirsi costituzionalmente orientata: invero, essa sottrae alle parti il diritto di annullare, rescindere o risolvere il contratto per motivi sui quali non vi sono mai stati deduzione, prova, contraddittorio, cognizione o decisione; e, ancora peggio, potrebbe impedire alle parti di azionare diritti potestativi dei quali le stesse non avessero contezza, benché già sussistenti all'epoca del primo giudizio.

Gli stessi rilievi valgono anche per l'interpretazione che pone a oggetto dell'accertamento il diritto di azione concreta, che viene individuato sulla base del solo *petitum* e, quindi, del solo effetto estintivo preteso ⁽⁷⁸³⁾, nonché per la tesi di Fornaciari, secondo cui tutte le situazioni giuridiche soggettive poste a fondamento delle azioni di impugnativa contrattuale – diritto al non-effetto, diritto alla collaborazione nella produzione dell'effetto estintivo del contratto, diritto di azione concreta – sono autodeterminate ⁽⁷⁸⁴⁾.

Resta da esaminare la teorica che circoscrive l'oggetto dell'accertamento al singolo diritto potestativo di annullamento, rescissione o risoluzione giudiziale fatto valere in giudizio, alla quale si può ricondurre anche quella di Cordopatri, per le ragioni viste nel paragrafo precedente.

Ebbene, la compatibilità di tale ricostruzione con il concreto esercizio dei diritti di azione e difesa garantiti dalla Carta costituzionale dipende dalla tendenza che si segue in ordine agli elementi di identificazione della domanda. Se si ritiene che l'azione sia individuata dal solo effetto perseguito (*petitum*) e che non assumano rilevanza i fatti da cui traggono origine i diritti potestativi (*causae petendi*), anche questa tesi risulta affetta dalle medesime problematiche che sono state poc'anzi rilevate rispetto all'indirizzare l'accertamento verso l'effetto modificativo da produrre o verso il diritto di azione concreta.

⁽⁷⁸³⁾ Cfr. *supra*, par. 36.2.

⁽⁷⁸⁴⁾ Cfr. *supra*, par. 36.5. Seguendo la tripartizione di Fornaciari: (i) una volta decisa, con sentenza passata in giudicato, una domanda di annullamento per un determinato motivo, è preclusa ogni altra domanda di annullamento fondata su vizi diversi, nonché ogni domanda di rescissione, in quanto le stesse hanno il medesimo oggetto (un diritto al non-effetto); (ii) una volta decisa, con sentenza passata in giudicato, una domanda di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, è preclusa ogni altra domanda di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e per impossibilità sopravvenuta, per identità di “diritto alla collaborazione nella produzione dell'effetto estintivo del contratto”; (iii) una volta decisa, con sentenza passata in giudicato, una domanda di risoluzione per inadempimento, è preclusa ogni ulteriore domanda di risoluzione per inadempimento, essendo identici i diritti di azione concreta azionati. In ciascuna di queste ipotesi, rimangono, invece, liberamente proponibili domande diverse da quelle per ogni categoria indicate.

Invece, la qualificazione della domanda di impugnativa costitutiva come domanda eterodeterminata consente di superare le obiezioni sinora poste in luce, ancorando la portata del giudicato al singolo vizio allegato e discusso. Come si ricorderà, però, tra coloro che attribuiscono una funzione individuatoria alla *causa petendi*, chi reputa che il “fatto costitutivo” del diritto potestativo si identifichi con il singolo vizio da cui è colpito il contratto si scontra con chi opina che lo stesso sia rappresentato dal singolo motivo giuridico di impugnativa ⁽⁷⁸⁵⁾.

Torniamo, ancora una volta, all'esempio del contratto di agenzia, per cogliere le conseguenze applicative dell'una e dell'altra corrente. Se si segue la prima strada, una volta rigettata la domanda di annullamento per errore sull'oggetto della prestazione, sono ancora liberamente proponibili sia l'azione di annullamento per errore sulle qualità personali dell'agente, sia l'azione di risoluzione per il grave inadempimento di quest'ultimo. La seconda azione di annullamento ha un *petitum* parzialmente diverso (si domanda l'accertamento di un diverso diritto potestativo di annullamento e la produzione del medesimo effetto di annullamento del contratto) e una diversa *causa petendi* (errore sulle qualità personali, anziché sull'oggetto della prestazione dell'agente). L'azione di risoluzione per inadempimento presenta sia un *petitum* sia una *causa petendi* differenti (accertamento del diritto potestativo di risoluzione *ex art. 1453 c.c.* e produzione dell'effetto risolutivo; grave inadempimento agli obblighi contrattuali, anziché errore sull'oggetto della prestazione dell'agente).

Se si segue la seconda strada, invece, una volta rigettata la domanda di annullamento per errore sull'oggetto della prestazione, la seconda domanda di annullamento è preclusa, mentre è liberamente proponibile l'azione di risoluzione. Difatti, il motivo giuridico che fonda le due azioni di annullamento è sempre il medesimo: l'errore. Ciò comporta che il diritto potestativo di annullamento fatto valere nei due casi è sempre lo stesso e che le due azioni sono identiche, in quanto condividono sia *petitum* sia *causa petendi*.

Eppure, come più volte sottolineato, il giudice del primo processo nulla sapeva dell'abitudine a delinquere dell'agente, né della circostanza che il preponente ne fosse altrettanto ignaro. Sicché non può ritenersi che, rigettando la domanda di annullamento a lui proposta, il giudice abbia accertato l'insussistenza di qualsivoglia ulteriore errore di cui il preponente o l'agente avrebbero potuto potenzialmente essere vittime (*rectius*, di qualsivoglia ulteriore diritto potestativo di annullamento scaturente da tale errore). E lo stesso discorso vale, ad esempio, per due azioni di risoluzione per inadempimento aventi ad oggetto due inadempimenti materialmente diverse, ma parimenti gravi; oppure per due azioni di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, nelle quali si deducano diversi eventi straordinari e imprevedibili, che, anche singolarmente presi, sono idonei a determinare un aggravio eccessivo nella prestazione di una delle parti; e così via.

Ravvisare la *causa petendi* nell'astratto motivo giuridico di impugnazione, dunque, comprime – seppur meno delle altre opinioni sinora scandagliate – i diritti delle parti di agire

⁽⁷⁸⁵⁾ Cfr. *supra*, par. 36.1.

in giudizio per veder caducati contratti annullabili, rescindibili o risolubili, inclusi i diritti di cui esse non fossero eventualmente a conoscenza in un primo momento.

Alla luce delle riflessioni svolte, pare, allora, che l'esegesi che meglio tutela i diritti di azione e difesa di cui all'art. 24 Cost., nonché l'effettivo esplicarsi del contraddittorio tra le parti, sia quella che pone ad oggetto dell'accertamento i singoli diritti potestativi di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale, individuati sulla base del singolo vizio concreto – singolo errore, singolo raggio, singola minaccia, singola lesione, singolo inadempimento, ecc. – da cui il contratto è affetto ⁽⁷⁸⁶⁾.

Credo, quindi, che sia questa la tesi da preferire, benché presti un servizio di minor pregio alle esigenze di economia (extra)processuale e di concentrazione delle decisioni. Ovviamente, la soluzione ideale sarebbe quella che permettesse di conciliare tutti i diversi principi che si incontrano e si scontrano sul terreno del processo civile, e che sono stati ricordati nel corso del paragrafo, ma poiché una tale soluzione non è ottenibile, è necessario porre i differenti canoni in una scala di valori e conferire maggiore tutela a quelli che si pongono all'apice. Fintanto che il legislatore non interverrà per modificare la scala delineata nel 1948, preminenza andrà garantita ai diritti definiti, espressamente, inviolabili, a discapito degli altri valori, pur presenti nel nostro ordinamento, di minore importanza.

Alle critiche mosse contro la teorica qui abbracciata è già stata fornita una replica nel paragrafo 36.1. L'unica questione rimasta irrisolta riguarda l'obiezione per cui la cosa giudicata sul diritto potestativo non sarebbe capace di garantire al vincitore una tutela definitiva, ossia di imporre l'incontrovertibilità della statuizione finale contenuta nella pronuncia. Proseguiamo nel discorso per valutare se esiste una strada per arginare tale rischio.

37. L'estensione del giudicato all'effetto costitutivo

Ci si è finora concentrati sull'accertamento contenuto nelle pronunce che definiscono le azioni di impugnativa costitutive e si è evidenziato che il medesimo, per espressa disposizione dell'art. 2909 c.c., è idoneo ad acquistare efficacia di giudicato ⁽⁷⁸⁷⁾.

Occorre, ora, por mente alla circostanza che, quando il giudice accoglie una domanda di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale di un contratto, per il tramite della sentenza egli produce il corrispondente effetto estintivo del rapporto negoziale, ponendo in essere la modificazione della realtà sostanziale cui l'attore mirava. Nelle ipotesi di

⁽⁷⁸⁶⁾ Rimane vero, comunque, che il prisma attraverso il quale bisogna valutare il singolo vizio continua a essere il diritto oggettivo (come visto *supra*, par. 19.2.1). Infatti, è pur sempre il diritto a prevedere quali fatti possano essere qualificati come errore essenziale, o possano corrispondere a un inadempimento o a una lesione. Chiaro, in tal senso, è C. FERRI, *Profili* cit., p. 87: "il problema di individuare concretamente i fatti dedotti in causa si pone, al giudice e all'interprete, dal punto di vista del loro riferimento all'astratta fattispecie legale: il «fatto» appare, quindi, come quel complesso di requisiti minimi che concorrono a profilare sul piano storiografico un certo avvenimento, nel quale si assume ricorrono gli estremi previsti da un'ipotesi normativa".

⁽⁷⁸⁷⁾ Cfr. *supra*, par. 36.

accoglimento delle domande di impugnativa costitutive, quindi, al consueto effetto di accertamento si somma un effetto costitutivo ⁽⁷⁸⁸⁾.

⁽⁷⁸⁸⁾ A tal proposito, ci si può, qui, domandare se sia oggi ammissibile una pronuncia meramente dichiarativa dell'esistenza di un potere di modificazione, disgiunta dalla pronuncia modificativa. Come ricordato da C. FERRI, *Profili* cit., pp. 226-227, una norma che contemplava detta possibilità era contenuta nel codice civile del 1865: il vecchio testo dell'art. 1165 c.c. disponeva che il giudice, dopo aver accertato l'esistenza dei presupposti per la risoluzione di un contratto, potesse astenersi dal caducare il negozio e concedere, "secondo le circostanze", una dilazione alla parte inadempiente. Al di là del fatto che il citato articolo incorporava una norma eccezionale, e non una regola generale, resta fermo che l'attuale codice civile non contiene più alcuna previsione di tal sorta. Il che ha portato la dottrina a fornire all'interrogativo in esame risposte non univoche. Il problema ruota intorno alla possibilità, per il titolare di un diritto potestativo, di chiedere al giudice di accertare l'attuale esistenza degli elementi integrativi del potere, senza che a ciò sia collegata la volontà di dar loro rilevanza o, in altre parole, senza che il diritto potestativo sia stato previamente esercitato.

Secondo un primo orientamento, il mero accertamento di un diritto potestativo, disgiunto dalla modificazione, non può essere ammesso nel nostro ordinamento, in ragione di una superiore esigenza di stabilità. Poiché, "al livello di poteri non esercitati, i diritti potestativi esprimono una situazione instabile tra un assetto attuale ma caducabile e un assetto futuro di incerta realizzazione", sorge l'esigenza di imporre al titolare "una scelta precisa: o il pieno esercizio del diritto, o il diniego anche dell'accertamento" (così E. F. RICCI, voce *Accertamento* cit., p. 25; in senso analogo, v. anche O. G. CARBONARI, *Provvedimenti d'urgenza e accertamento mero della legittimità del licenziamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1979, p. 1598, spec. 1612, secondo il quale non vale "opporre l'interesse del titolare del potere a verificare l'effettiva esistenza dei presupposti cui la legge ricollega la legittimità della modificazione giuridica, onde acquisire la certezza del futuro verificarsi dell'effetto modificativo stesso"; A. M. SOCCI, *Introduzione del giudizio di primo grado*, in P. SANDULLI – A. M. SOCCI, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, Milano, 2010, pp. 175-176, nota 33). Ad avviso di tali studiosi, la domanda di mero accertamento positivo dell'esistenza di un diritto potestativo non esercitato si traduce in una richiesta di corretta qualificazione di un fatto – i.e. l'esercizio di un potere – non ancora avvenuto, allo scopo di ottenere una sorta di parere giudiziale; tuttavia, una tale forma di giurisdizione consultiva non è consentita dal nostro ordinamento.

Un secondo gruppo di autori opina che l'accertamento di un diritto potestativo di impugnativa sganciato dal mutamento sostanziale è in astratto ammissibile, ma in concreto limitato dalla carenza di interesse ad agire. Più precisamente, si afferma che sia privo di interesse ad agire colui che domandi solo una pronuncia di mero accertamento, anziché provvedere direttamente a esercitare il diritto potestativo per ottenere l'effetto giuridico richiesto (in questo senso, si vedano E. MERLIN, nota di commento a Pret. Napoli, 14 gennaio 1991, in *Giur. it.* 1991, I, 2, p. 669, spec. 669-670; O. G. CARBONARI, *Provvedimenti d'urgenza* cit., p. 1613).

Di contrario avviso si mostrano, invece, coloro che, sul presupposto che la domanda di accertamento verta su una situazione soggettiva già esistente, sebbene non ancora esercitata, concludono per l'ammissibilità della stessa e la sussistenza dell'interesse ad agire. Se è vero che non si è ancora manifestata una lite, si dice, è altrettanto vero che non è esclusa la possibilità che la stessa si manifesti in futuro. La domanda di accertamento si configura, quindi, come un male minore rispetto alle conseguenze pregiudizievoli che, per entrambe le parti, si produrrebbero con l'esercizio di un diritto potestativo in seguito dimostratosi illegittimo. In tal senso, cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema* cit., vol. I, p. 151, secondo cui "il limite del processo di accertamento consiste se non nella attualità, *nel pericolo della lite*; pertanto l'interesse all'accertamento esiste quando, pur non essendo attualmente contestata una pretesa e perciò non essendosi manifestata una lite, non ne sia esclusa la possibilità nel futuro"; G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, vol. I, Roma, 1930, p. 3, spec. 97 ss., nota 118, secondo cui "la tutela giuridica mediante sentenza di accertamento, la quale non tende a modificare lo stato di fatto, in stretto senso, né ad imporre al convenuto una data condotta, ma solo ad accertare l'esistenza di un diritto, può avere ad oggetto qualunque diritto e quindi anche un diritto potestativo"; I. PAGNI, *Licenziamento, poteri privati e interesse ad agire in mero accertamento*, in *Foro it.* 1994, I, p. 510, spec. 514-515 (con riferimento, però, a diritti potestativi sostanziali); A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento* cit., p. 655, secondo cui, quando, alla presenza di un diritto potestativo, il titolare della soggezione affermi che non sussistano i presupposti, di diritto e di fatto, per il legittimo esercizio del diritto stesso – contesti, cioè, l'esistenza del diritto potestativo – "la tutela di mero accertamento è, per definizione, da ritenersi ammissibile, e, a seconda che l'iniziativa del processo sia assunta dal titolare del diritto o della soggezione, la domanda si atteggerà come domanda di accertamento positivo o negativo dell'esistenza del diritto potestativo"; A. PROTO PISANI, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.* 2002, V, p. 165, spec. 166, il quale sostiene che vi è interesse ad agire, "quando il titolare della situazione di soggezione contesti l'esistenza

Nello studio della conformazione oggettiva della *res iudicata* relativa ai provvedimenti costitutivi si pone, allora, una questione ulteriore rispetto a quelle che si sono affrontate nel settore dei provvedimenti dichiarativi: la cosa giudicata copre anche gli effetti costitutivi generati dalle sentenze di accoglimento?

La dottrina è, sul punto, divisa.

Alcuni autori ritengono che la risposta debba essere negativa. Secondo il nitido disposto dell'art. 2909 c.c., la *res iudicata* si modella sul solo "accertamento contenuto nella sentenza" e non copre l'effetto *lato sensu* modificativo. E ciò senza che da tale limitazione possano derivare conseguenze negative in ordine alla definitività della sentenza. Per un verso, l'effetto costitutivo è un "elemento consequenziale dell'accertamento" e, come tale, non può essere rimesso in discussione se l'accertamento è assistito dall'autorità di giudicato: per disconoscerlo, bisognerebbe prima "scalzare l'accertamento", che è la base su cui poggia; ma se questo è giudizialmente immutabile, non si possono modificare nemmeno i corollari che il giudice ne ha tratto⁽⁷⁸⁹⁾. Per altro verso, la stabilità dell'effetto costitutivo è assicurata dal passaggio in giudicato formale della sentenza di accoglimento, senza che sia a tal fine necessario scomodare l'efficacia di giudicato sostanziale⁽⁷⁹⁰⁾.

di un diritto potestativo sostanziale"; B. SASSANI, *L'azione di accertamento della gravità dell'inadempimento del prestatore di lavoro*, in *Giust. civ.* 1993, I, p. 2666, spec. 2666-2667. In giurisprudenza, è di questo parere Cass., 26 maggio 1993, n. 5889, in *Giust. civ.* 1993, I, p. 2661, per la quale l'azione di mero accertamento configura un fenomeno di "self-restraint da parte dei titolari di poteri privati", che "preferiscono accertare giudizialmente il fondamento dei propri poteri, anziché esercitarli senz'altro lasciando a chi a tali poteri è soggetto l'onere di impugnare l'esercizio subendone nelle more del giudizio le conseguenze".

A me sembra che, per aderire all'una o all'altra visione, considerazione risolutiva sia quella che, affinché il titolare di un diritto potestativo possa godere pienamente del suo diritto, ossia produrre la modificazione giuridica della realtà sostanziale, non è necessario alcun atto di collaborazione tra le parti; e ciò sia che il diritto abbia natura sostanziale sia che si configuri quale diritto a necessario esercizio giudiziale: G. MESSINA, *Diritti potestativi, diritti facoltativi, simulazione assoluta, usura e negozio usurario, interpretazione dei contratti*, in *Scritti giuridici*, vol. V, Milano, 1948, p. 44 ss. Pertanto, l'altrui contestazione non impedisce al titolare di produrre il mutamento o di chiedere al giudice di produrlo. In definitiva, quindi, è difficilmente ravvisabile un interesse ad agire in mero accertamento da parte del titolare di un diritto potestativo non esercitato e, per rispondere all'interrogativo che ci si è posti in apertura della presente nota, il nostro ordinamento non ammette una pronuncia di mero accertamento di un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale sganciata dalla corrispondente pronuncia costitutiva. Per analoghe considerazioni, v. C. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013, p. 146 ss., spec. 156.

⁽⁷⁸⁹⁾ Seguono questa linea di pensiero A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 32, per cui va escluso "che si possa ricomprendere l'effetto costitutivo nella cosa giudicata, dovendosi, invece, considerare come conseguenza dell'accertamento del rapporto"; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., p. 106, secondo cui "l'effetto costitutivo come tale non è suscettibile di passare in giudicato, né ve n'è alcun bisogno"; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 221, nt. 32, secondo cui la cosa giudicata non copre "la modificazione sostanziale prodotta dalla sentenza descritta nell'art. 2908 c.c., ma consiste, qui, solo nell'accertamento della fonte di quella modificazione o, in diverse parole, del suo presupposto sanzionatorio o del diritto potestativo dedotto in giudizio"; L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., pp. 18-19, secondo cui l'effetto modificativo è "estraneo" "alla cosa giudicata se questa si identifica – come a mio avviso si deve, in obbedienza all'art. 2909 c.c. – con l'«accertamento contenuto nella sentenza» che «fa stato»"; M. VELLANI, *Appunti* cit., pp. 50-51.

⁽⁷⁹⁰⁾ In tal senso, cfr. E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., p. 106, per il quale "l'efficacia costitutiva della sentenza riveste lo stesso carattere di ogni altro atto costitutivo dello Stato, ed anche dei negozi giuridici privati; come ogni mutamento prodotto nel mondo del diritto, esso vale per e contro tutti. [...] se la sentenza è valida, allora l'effetto prodottosi deve riconoscersi da tutti ed anche dalle parti"; A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 288, secondo cui "la vincolatività dell'effetto costitutivo sul piano delle relazioni sostanziali ed in futuri processi non dipende

Prima facie, le osservazioni appena riportate appaiono fondate. Tuttavia, più approfondite riflessioni portano a ritenere che limitare la reg giudicata all'effetto dichiarativo dell'esistenza del diritto potestativo di annullamento, rescissione o risoluzione giudiziale non sia sufficiente per garantire l'immutabilità dei corrispondenti effetti estintivi.

Se portata alle sue estreme (ma coerenti) conseguenze, la tesi che accentra la cosa giudicata sul solo accertamento ammette che il soccombente possa liberamente, a valle del giudicato, instaurare nuove azioni nelle quali – pur senza contestare il precedente accertamento – chieda la dichiarazione dell'inesistenza dell'effetto estintivo, per non avere il primo giudice operato il mutamento giuridico corrispondente al diritto accertato, o un qualunque altro provvedimento giurisdizionale che presupponga che l'effetto estintivo non si è mai verificato. In via esemplificativa, si può immaginare che, dopo che è stata emessa una sentenza di annullamento di un contratto a prestazioni periodiche, il soccombente agisca in giudizio allegando che il primo giudice aveva in realtà accertato l'esistenza di un diritto potestativo di risoluzione *ex art.* 1453 c.c. e domandando la risoluzione per inadempimento del negozio, con conseguente salvataggio di tutte le prestazioni già effettuate. Oppure si può ipotizzare che, in seguito alla pronuncia di rescissione di un contratto, passata in giudicato, il soccombente chieda al giudice di accertare la sussistenza di una valida offerta di modificazione del negozio, idonea a ricondurlo ad equità, e di pronunciare una sentenza costitutiva di esecuzione coattiva dell'accordo di riduzione. Se la *res indicata* coprisse solo il diritto potestativo di rescissione e non l'effetto costitutivo di rescissione, nulla impedirebbe al secondo giudice di emettere un provvedimento che riduca il contratto ad equità. Con il che si perverrebbe al contraddittorio risultato di una prima sentenza che ha rescisso il contratto e di una seconda sentenza che lo ha ricondotto ad equità ⁽⁷⁹¹⁾.

Come si nota, dunque, confinare l'incontrovertibilità della sentenza al solo contenuto di accertamento lascia aperta la possibilità di demolire l'effetto costitutivo dalla stessa prodotto; il che equivale a privare di irretrattabilità proprio l'effetto da cui le pronunce in discorso sono contraddistinte.

Inoltre, il tentativo di estendere in via indiretta l'incontestabilità anche agli effetti costitutivi, facendo leva sulla loro natura “conseguenziale” rispetto all'accertamento, ha

dal giudicato materiale [...]. La modificazione giuridica si produce, in quanto, e fin tanto che, alla stregua dell'ordinamento giuridico, esplica efficacia il titolo che ne costituisce fonte: la stabilità dell'effetto giuridico realizzato discende dalla stabilità formale dell'atto da cui consegue ed è, quindi, da porre in relazione con il giudicato formale della sentenza”; M. VELLANI, *Appunti* cit., p. 52, per il quale è senz'altro necessario che, a un certo punto, gli effetti costitutivi divengano immutabili, “ma ciò è assicurato, nell'ambito di quel processo, dal passaggio in giudicato formale che preclude appunto che la sentenza venga rimessa in discussione in tutto o in parte [...] mediante la proposizione di un gravame (ordinario), e rispetto a ogni nuovo processo è invece assicurato per riflesso [...] dal fatto che sull'accertamento, sul quale poggiano questi [...] elementi, scenda l'autorità di cosa giudicata”.

⁽⁷⁹¹⁾ Questi i rilievi pienamente condivisibili di C. FERRI, *Profili* cit., p. 222 ss., il quale sottolinea altresì che non “varrebbe obiettare che il giudicato [...] «copre il dedotto e il deducibile», e preclude in un nuovo giudizio ogni contestazione circa l'effetto costitutivo. Come si è dimostrato, l'applicazione di tale regola non può prescindere dai limiti oggettivi del giudicato, né dai criteri fondamentali relativi all'identificazione delle azioni”. Sull'applicazione del principio del dedotto e del deducibile anche nel settore delle azioni di annullamento, rescissione o risoluzione, cfr. *infra*, par. 40.

attirato le aspre critiche di chi lo ha bollato come una “barocca ricostruzione”, che promuove “una cosa giudicata parziale, come una veste troppo corta, che ripara dalle intemperie solo una parte della pronuncia giudiziale, lasciando che l’altra parte debba cercare rifugio sotto l’ombrello di quella più fortunata, perché priva di adeguata protezione in proprio” ⁽⁷⁹²⁾.

Alla luce di quanto rilevato, sembra, dunque, preferibile ritenere che la *res iudicata* assista tutti gli effetti prodotti dalla sentenza e, quindi, anche gli effetti costitutivi. Solo grazie all’attribuzione dell’efficacia di giudicato sostanziale ad (intervvenuti) annullamento, rescissione o risoluzione del contratto si impedisce che tali effetti vengano successivamente rimossi o comunque posti a repentaglio.

È questa la lettura condivisa dalla dottrina nettamente maggioritaria ⁽⁷⁹³⁾, secondo la quale la formulazione letterale dell’art. 2909 c.c. non ha valore dirimente: alcuni reputano che il riferimento al solo accertamento sia dovuto al fatto che esso è l’elemento comune a tutti i tipi di sentenza; altri, invece, credono più semplicemente che il legislatore *minus dixit quam voluit* ⁽⁷⁹⁴⁾.

A favore dell’inclusione dell’effetto costitutivo nell’alveo della cosa giudicata vengono, poi, addotti i seguenti ulteriori argomenti. Da un lato, si sottolinea che l’effetto di annullamento, rescissione o risoluzione giudiziale rappresenta il *petitum* della corrispondente domanda di impugnativa costitutiva, sicché esso rientra giocoforza nell’oggetto del processo e, conseguentemente, del giudicato ⁽⁷⁹⁵⁾. Dall’altro lato, si nota che l’effetto dichiarativo del diritto potestativo di impugnativa non è idoneo a operare come effetto autonomo e indipendente dall’effetto costitutivo. Invero, tale diritto si caratterizza per essere un “potere «strumentale» di attuare il mutamento giuridico *per il tramite della sentenza*”. Ne segue che l’autorità giurisdizionale non può accertare l’esistenza di tale potere senza attuare contemporaneamente la modificazione giuridica richiesta dalla parte; se così facesse, disconoscerebbe, nella sua stessa pronuncia, la sussistenza del potere di attuare la modificazione *tramite la sentenza*. Così, il nesso serrato che intercorre tra l’accertamento del diritto potestativo e l’attuazione della modificazione fa sì che la *res iudicata* colpisca entrambi gli addendi dell’operazione ⁽⁷⁹⁶⁾.

⁽⁷⁹²⁾ E. T. LIEBMAN, *Manuale* cit., vol. I, p. 279.

⁽⁷⁹³⁾ Cfr. E. FAZZALARI, *Cosa giudicata* cit., pp. 1309-1310; C. FERRI, *Profili* cit., pp. 215 ss., 233; C. FERRI, voce *Costitutiva* cit., p. 7; E. T. LIEBMAN, *Manuale* cit., vol. I, pp. 279-280; G. A. MICHELI, *Efficacia, validità e revocabilità dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.* 1947, vol. I, p. 190, spec. 195 ss., per il quale “resta chiarito che l’efficacia del giudicato non si limita ad investire gli effetti dell’accertamento giurisdizionale, come pur s’esprime l’art. 2909 c.c., ma altresì gli effetti costitutivi della sentenza”.

⁽⁷⁹⁴⁾ Nel primo senso si esprime A. LUGO, *Manuale* cit., p. 231; nel secondo si esprime E. T. LIEBMAN, *Manuale* cit., vol. I, pp. 279-280, per cui “il testo claudicante dell’art. 2909 va inteso come un’errata, ma innocua definizione teorica della cosa giudicata, priva di vigore dispositivo nel delimitarne i confini”.

⁽⁷⁹⁵⁾ Così C. FERRI, voce *Costitutiva* cit., p. 7; E. T. LIEBMAN, *Manuale* cit., vol. I, p. 280.

⁽⁷⁹⁶⁾ Cfr. C. FERRI, *Profili* cit., p. 233 ss.; C. FERRI, voce *Costitutiva* cit., p. 7. L’Autore si premura, peraltro, di fornire due argomentazioni alternative al fine di conciliare tale conclusione con il dato letterale dell’art. 2909 c.c. Nel pensiero di Ferri, l’accertamento di cui parla la norma deve essere inteso nell’ampia accezione di “accertamento costitutivo”. Tale locuzione viene utilizzata per indicare l’accertamento che ha ad oggetto un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale: dal momento che tale diritto consiste nella possibilità di

In definitiva, si può, dunque, concludere che l'efficacia di giudicato delle sentenze di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale afferisca sia all'effetto di accertamento sia all'effetto costitutivo.

Raggiunto questo risultato, occorre tornare all'obiezione secondo cui la teoria che limita l'oggetto dell'accertamento al singolo diritto potestativo di impugnativa fatto valere dall'attore non riesce a garantire una tutela permanente alla parte vittoriosa.

Quanto alle sentenze di accoglimento, mi sembra che il problema venga superato grazie all'estensione dell'irretrattabilità agli effetti di annullamento, rescissione o risoluzione prodotti dalle sentenze medesime, i quali divengono incontrovertibili al pari dell'esistenza dei sottostanti diritti potestativi. Ciò significa che, in successivi giudizi, non si potrà contestare che l'effetto estintivo si sia effettivamente verificato, né si potrà contestare che il contratto non sia più efficace. La propagazione della regiudicata all'effetto caducatorio, dunque, assicura al titolare del diritto potestativo di impugnativa che il rapporto negoziale venga per sempre considerato come non più sussistente.

Le sentenze di rigetto, invece, non danno origine ad alcun effetto estintivo, ma si limitano ad accertare l'insussistenza del diritto potestativo di impugnativa fatto valere in giudizio; sicché la cosa giudicata si sagoma sul solo effetto di accertamento, ossia sull'unico effetto prodotto. In simili ipotesi, effettivamente, restringere la portata dell'accertamento al singolo diritto potestativo azionato consente la proposizione di nuove azioni di impugnativa avverso lo stesso contratto, che si fondino su diritti potestativi diversi. Il che comporta che il contraente contro il quale sono stati domandati l'annullamento, la rescissione o la risoluzione giudiziale del negozio, e che è risultato vittorioso, non potrà considerarsi definitivamente salvo da ogni ulteriore attacco al contratto. In quest'ottica, corrisponde al vero che limitare l'accertamento al diritto potestativo non attribuisca al vincitore un successo onnicomprensivo e sempiterno.

Eppure, vi sono plurime ragioni – di carattere sostanziale e di carattere processuale – per ritenere che tale controindicazione sia un ineluttabile componente del sistema della patologia del contratto.

Innanzitutto, come già rilevato nel paragrafo precedente, dal punto di vista del diritto sostanziale, un determinato contratto può ben essere affetto da un vizio che condurrebbe alla sua risoluzione e non essere affetto da un vizio che condurrebbe al suo annullamento o

produrre determinati effetti mediante un provvedimento giurisdizionale, la sentenza che accerta l'esistenza del diritto è di per sé costitutiva degli effetti che discendono dall'esercizio dello stesso; poiché, dunque, l'accertamento del diritto si risolve sempre nell'accertamento degli effetti derivanti dal suo esercizio, è lecito discorrere di accertamento costitutivo. Se anche l'accertamento costitutivo rientra nel campo di applicazione dell'art. 2909 c.c., allora si spiega perché anche la modificazione operata dalla pronuncia di accoglimento sia coperta dal giudicato. Per chi, invece, volesse negare che la *res iudicata* determini l'immutabilità di tutti gli effetti della sentenza, sarebbe possibile ricollegare l'accertamento cui si riferisce l'art. 2909 c.c. non solo al diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale, ma anche al conseguente dovere del giudice di produrre l'effetto costitutivo (e si ha qui un'eco della teoria di Attardi esaminata *supra*, par. 36.2). Se si segue questa linea, ciò che passa in giudicato è "l'accertamento che il mutamento giuridico *doveva* essere prodotto con la sentenza costitutiva e, quindi, la dichiarazione dell'effetto costitutivo che scaturisce dalla pronuncia". Per tali riflessioni, v. C. FERRI, *Profili cit.*, pp. 56-57, 234; C. FERRI, voce *Costitutiva cit.*, p. 7.

alla sua rescissione; parimenti, il medesimo contratto potrebbe essere viziato da una sola causa di annullamento o da più cause di annullamento, potrebbe essere potenzialmente risolto sia per inadempimento sia per eccessiva onerosità sopravvenuta (che colpiscono due diversi contraenti) o per una sola di esse. Pertanto, sono le stesse norme sostanziali a consentire che un singolo negozio possa essere attaccato da più fronti contemporaneamente e che attribuisce plurimi diritti potestativi di impugnativa avverso un unico rapporto contrattuale ⁽⁷⁹⁷⁾. In tale quadro, che la sentenza pronunciata in un processo in cui si è dedotto un numero determinato di vizi non possa garantire che lo stesso contratto non venga ulteriormente aggredito è naturale conseguenza della previsione normativa di una pluralità di effetti estintivi e di una pluralità di ragioni a supporto di ciascuno di essi.

In secondo luogo, dal punto di vista processuale, la tesi che riduce l'oggetto dell'accertamento al diritto potestativo azionato è l'unica che pone ad oggetto dell'accertamento ciò che è stato effettivamente... accertato. Le altre teoriche includono, invece, in tale ambito anche ciò che accertato non è. Quando il giudice decide su una domanda di annullamento del contratto per un determinato errore, egli conosce solo di quel vizio, e di nessun'altro. Se tale giudice esclude la sussistenza di quel vizio, non si può inferire che egli abbia escluso la sussistenza di ogni altro vizio che dia origine al medesimo effetto estintivo, o di ogni altro vizio che possa astrattamente affliggere il contratto *tout court*. Considerare incontestabile anche l'insussistenza di tutti gli altri vizi equivale, in buona sostanza, a tirare una moneta: c'è un 50% di possibilità che effettivamente tali ulteriori vizi non sussistano, ma c'è anche un 50% di possibilità che sussistano tutti. E così, all'attore in impugnativa non resta che sperare di aver azionato per primo un diritto potestativo di cui viene ritenuto titolare, perché altrimenti si sarà bruciato per sempre ogni ulteriore possibilità di impugnare il contratto, senza che di altri eventuali diritti potestativi che fanno a lui capo alcuna autorità giurisdizionale abbia mai deciso.

Se, per evitare tale esito casuale, si confina l'oggetto dell'accertamento a ciò su cui il giudice ha concretamente statuito, non mi sembra che il vincitore possa lamentare di dover subire un nuovo processo in cui si valutano vizi che non sono mai stati sottoposti all'attenzione di alcun organo giudicante; perché è questo che fa (o meglio, che dovrebbe fare) l'apparato giurisdizionale: tutelare diritti ai quali non sia stata ancora fornita tutela.

Inoltre, a mio avviso, quando si discorre di garantire tutela definitiva al vincitore, non bisogna dare eccessiva enfasi ai ruoli processuali dei contraenti, dimenticando i ruoli che gli stessi hanno ricoperto sul piano sostanziale. Nella maggior parte delle ipotesi in cui un soggetto sia titolare di un diritto potestativo di impugnativa contrattuale, la sua controparte ha tenuto un comportamento che l'ordinamento biasima: ha taciuto di fronte a palesi errori, ha raggirato, ha ingannato, ha minacciato, ha approfittato di uno stato di bisogno, è rimasto gravemente inadempiente ai propri obblighi, e via dicendo. Pertanto, non mi sembra che costui meriti di essere salvaguardato dalla proposizione di plurime azioni di impugnativa a

⁽⁷⁹⁷⁾ Si tratta di un rilievo analogo a quello svolto *supra*, par. 20, in materia di nullità del contratto.

scapito dell'effettività del diritto di azione di colui che ha interesse alla caducazione del contratto.

Ma la conclusione non cambia nemmeno nelle situazioni in cui alla controparte non possano essere addebitati atteggiamenti deplorabili: si pensi al caso in cui le minacce o i raggiri siano opera di soggetti terzi, o al caso in cui una prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di eventi straordinari e imprevedibili. Anche davanti a siffatte situazioni, non si vede perché la definitiva tutela del contraente vittorioso dovrebbe essere privilegiata rispetto alla possibilità di caducare un contratto viziato ⁽⁷⁹⁸⁾.

In ogni caso, fermo quanto sopra osservato, non ci si può esimere dal sottolineare che chi viene convenuto in un giudizio di impugnativa contrattuale ha un mezzo per evitare di essere coinvolto in successivi processi relativi allo stesso contratto; e questo mezzo è la domanda riconvenzionale. Proponendo domande riconvenzionali di accertamento dei propri diritti nascenti dall'accordo negoziale e di condanna della controparte all'adempimento degli obblighi contrattuali sulla stessa gravanti, il convenuto può neutralizzare il pericolo di ulteriori azioni di impugnativa rivolte contro il medesimo contratto. Infatti, una volta accertati con efficacia di giudicato tutti i diritti scaturenti dal contratto, colui che ha impugnato il contratto la prima volta, e la cui domanda è stata rigettata, non avrà più interesse ad agire nuovamente in impugnativa, non potendo più ripetere alcuna delle prestazioni effettuate ⁽⁷⁹⁹⁾.

⁽⁷⁹⁸⁾ Dello stesso avviso è C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 286, per il quale la circostanza che, a valle del rigetto di una domanda di impugnativa, il convenuto resti esposto a ulteriori azioni fondate su diritti potestativi diversi “non tradisce un sintomo di fallacia della costruzione processuale proposta; piuttosto denota la posizione peculiare che la legge sostanziale riserva alle parti del negozio instabile: scomoda soprattutto per quelle interessate alla permanenza del vincolo, che devono attendere da fenomeni sostanziali di stabilizzazione, e non già dal processo e dal giudicato [...], di veder conseguita la certezza della conseguibilità di *tutti* i vantaggi contrattuali ripromessi”.

⁽⁷⁹⁹⁾ Come osservato da C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., pp. 287-288, la circostanza che l'utilità dello strumento della domanda riconvenzionale passi normalmente sotto silenzio è sintomo del fatto che “al fondo della tendenza «preclusiva» risied[e] l'ansia per la realizzazione di una economia di attività giurisdizionale, assai più che la sollecitudine per la parità delle armi fra le parti e per la sorte dell'attore vincitore, a ben vedere non compromessa e *perfettamente conforme alla latitudine della sua domanda di tutela*” (enfasi aggiunta).

Mentre la possibilità di proporre domande riconvenzionali relative a uno o più diritti scaturenti dal contratto non sembra potersi revocare in dubbio, non pare egualmente proponibile una domanda generale volta a veder dichiarata la validità/l'efficacia di un contratto, da parte di colui che sia interessato alla conservazione del rapporto, a fronte del timore che vengano esercitate azioni di impugnativa dalla controparte. La dottrina nettamente maggioritaria esclude fermamente tale alternativa, per plurime ragioni.

Innanzitutto, la circostanza per cui la legge prevede azioni di impugnazione contrattuale solo per vizi tipici impedisce che all'altra parte sia data, invece, la possibilità di esercitare un'azione atipica concernente la generale validità o la generale efficacia dell'atto. In tal senso, v. A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., p. 19, nt. 57, il quale fa notare che “la circostanza che un giudizio [...] sia costitutivo e l'altro di accertamento non cancella questo dato: che ad una parte sia consentito instaurare un giudizio generale sulla validità dell'atto e all'altra sia invece impedito”; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 235, anche nt. 38, secondo cui sono ammesse le azioni volte all'accertamento della nullità di un negozio, ma non quelle miranti alla dichiarazione della generale validità dello stesso; “ammissibile” è, poi, “l'azionabilità in via riconvenzionale, a fronte dell'impugnativa negoziale attrice, di tutti i diritti nascenti dal contratto aggredito, onde ottenerne l'accertamento positivo”; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., pp. 304-305, nt. 57.16, il quale esclude l'ammissibilità della domanda *de qua*, fondandosi, però, sull'idea che l'atto non possa mai essere oggetto del processo (e, di conseguenza, che la sua validità/invalidità non possa essere posta alla base delle domande delle

Così, la combinazione tra l'accertamento limitato al singolo diritto potestativo fatto valere e le domande riconvenzionali proposte dal convenuto conduce a un buon punto di equilibrio tra l'effettivo esercizio dei diritti di azione da parte del titolare dei poteri di impugnativa e l'effettivo esercizio dei diritti di difesa da parte dell'altro contraente: il giudicato copre solo ciò di cui le parti hanno effettivamente discusso e su cui il giudice ha effettivamente statuito, e la sua estensione è lasciata alle strategie processuali dei litiganti, che, quanto alla possibile instaurazione di nuove azioni, subiranno gli effetti di loro scelte volontarie e ragionate, non di un vincolo di giudicato valevole per tutte le occasioni e predeterminato *ex ante* dai pratici del diritto ⁽⁸⁰⁰⁾.

Si può, allora, conclusivamente confermare che, nelle azioni di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale, il giudicato si forma:

- a) sia per le sentenze di accoglimento sia per le sentenze di rigetto, sull'effetto di accertamento, avente ad oggetto i singoli diritti potestativi fatti valere, individuati sulla base del singolo vizio dedotto;
- b) per le sole pronunce di accoglimento, anche sull'effetto estintivo di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale del contratto.

parti); A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 517, nt. 416. In secondo luogo, la domanda in oggetto “non avrebbe altro significato che quello di ‘mettere in mora’ la controparte in ordine alla proposizione delle azioni costitutive eventualmente ad essa spettanti, in chiaro spregio alle norme che ne disciplinano i termini di esercizio”: così A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 517, nt. 416. In terzo luogo, non sussiste, in capo alla parte che abbia il timore di veder esercitata l'azione costitutiva, alcun interesse meritevole di tutela. Nemmeno quello inerente alla rimozione di una situazione di incertezza in ordine alla caducabilità del contratto lo è: infatti, *in primis*, è la legge stessa che rimette al soggetto legittimato la decisione relativa al valorizzare o meno la ragione di impugnativa, “di guisa che, con ciò, l'ordinamento compie la scelta di dare prevalenza all'interesse di quest[o] su quello dell'altra” parte; *in secundis*, “alle figure di azione di impugnativa è sotteso un fatto in relazione al quale sono pressoché sempre riscontrabili profili di anti-giuridicità del comportamento assunto dal soggetto nei cui confronti essa è esercitabile [...] di guisa che non si vede la ragione per cui tutelare il suo interesse”: v. ancora A. MOTTO, *Poteri* cit., pp. 517-518, nt. 416.

Si segnala che, in senso opposto, una parte minoritaria della dottrina ammette l'azione di accertamento della validità/efficacia in generale del contratto, ma solo laddove esercitata in via riconvenzionale nel processo di impugnazione del negozio: cfr. G. CHIOVENDA, *Principii* cit., p. 285; C. FERRI, *Profili* cit., p. 97. Da ultimo, una voce dottrinale postula una sorta di cumulo necessario tra tale domanda e una domanda di accertamento dei diritti nascenti dal medesimo titolo: cfr. L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., pp. 40-41, che ritiene proponibile, in via di accertamento incidentale, la domanda in esame, la quale deve coordinarsi “ad un interesse ad agire consistente in ciò che l'attore, dichiarando di perseguire, con l'invalidazione del negozio, il venir meno di tutti i diritti di cui esso è fonte, solleva, in riguardo a questi diritti, una contestazione tale che il convenuto [...] «ha motivo di temerne pregiudizio». Con la domanda ora in discorso il convenuto chiederà, dunque, non che si dichiari la sola «validità dell'atto in generale», ma che siano accertati tutti i diritti nascenti dall'atto, che con l'impugnazione di questo vengono contestati”.

⁽⁸⁰⁰⁾ Cfr. anche C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 289, per il quale “la possibilità, che appare ineliminabile in ogni costruzione che non ricollegli l'effetto modificativo direttamente al fatto normativamente rilevante, per ancorarlo direttamente o no all'impulso della parte, di una ripetizione di vicende giurisdizionali sullo (*recte*: orientate verso) lo stesso rapporto giuridico sostanziale, lungi dal risultare sempre e comunque nociva, può dare luogo ad una maggiore duttilità e padroneggiabilità dei rimedi di repressione delle patologie negoziali”.

38. L'oggetto dell'accertamento nelle azioni di risoluzione stragiudiziale

Risolto il problema relativo all'oggetto dell'accertamento e, più in generale, del processo nell'ambito delle azioni di impugnativa costitutive, occorre ora volgere lo sguardo alle azioni di impugnativa che hanno natura di mero accertamento: le azioni di risoluzione per inadempimento *ex* artt. 1454, 1456 e 1457 c.c. (rispettivamente, diffida ad adempiere, clausola risolutiva espressa e termine essenziale), nonché le azioni di risoluzione per impossibilità sopravvenuta.

Nel panorama dottrinale e giurisprudenziale, le riflessioni specificamente dedicate al tema del contenuto oggettivo di tali giudizi risultano, in verità, alquanto sporadiche.

Le azioni in parola si differenziano da quelle precedentemente esaminate in quanto l'effetto estintivo del rapporto negoziale non viene prodotto dalla sentenza che accoglie la domanda di impugnativa, ma sorge sul piano stragiudiziale in seguito all'esercizio di un diritto potestativo sostanziale, idoneo a operare senza l'intermediazione dell'autorità giurisdizionale. In queste ipotesi, la necessità di ricorrere al giudice discende da uno stato di incertezza in ordine all'effettiva esistenza di un diritto potestativo sostanziale di risoluzione e all'effettiva intervenuta risoluzione del contratto (incertezza usualmente derivante da contestazioni inerenti all'esistenza del potere e alla legittimità del suo esercizio) ⁽⁸⁰¹⁾.

La considerazione appena effettuata consente di trarre una prima conclusione: essendo le azioni di risoluzione stragiudiziale azioni di mero accertamento, l'incognita relativa alla conformazione oggettiva della *res indicata* torna a riguardare il solo effetto di accertamento, senza che ci si debba preoccupare di un'eventuale espansione della stessa su potenziali effetti costitutivi. Riaffiora, allora, la piena equivalenza tra oggetto del giudicato e oggetto dell'accertamento, descritta nell'art. 2909 c.c.

Concentriamoci, dunque, su quest'ultimo aspetto.

Le soluzioni astrattamente ipotizzabili sono, *mutatis mutandis*, le medesime che si sono prospettate nel settore delle azioni di impugnativa costitutive, con l'esclusione, per ovvie ragioni, delle tesi che riconducono l'oggetto dell'accertamento al dovere del giudice di produrre il mutamento giuridico o al diritto del privato a provocare una "sanzione giurisdizionale invalidante" ⁽⁸⁰²⁾: poiché i diritti potestativi sostanziali sono idonei a originare l'effetto caducatorio in autonomia, il giudice non è chiamato a modificare la realtà sostanziale, ma solo ad accertare che una modificazione sia già intercorsa; e la sanzione invalidante (ove di sanzione si voglia parlare) non viene comminata dall'organo giurisdizionale, bensì direttamente dalla legge.

Quanto alle altre linee interpretative, per individuare quella preferibile, occorre utilizzare come principale metro di giudizio, ancora una volta, l'impatto che ciascuna di esse ha sui diritti di azione e di difesa dei contraenti, nonché sull'effettività del contraddittorio.

⁽⁸⁰¹⁾ Per un'analisi approfondita delle modalità con cui si produce l'effetto di risoluzione nei casi contemplati dagli artt. 1454, 1456, 1457 e 1463 ss., v. *supra*, par. 9.1.1 ss.

⁽⁸⁰²⁾ Cfr. *supra*, par. 36.2.

La prima teorica che viene in rilievo è quella per cui l'oggetto dell'accertamento è l'intero rapporto negoziale. In quest'ottica, l'azione di risoluzione stragiudiziale configura un'azione di accertamento negativo del complesso degli effetti nascenti dal contratto viziato, mentre la sussistenza del diritto potestativo di risoluzione e la validità del suo esercizio rappresentano mere questioni pregiudiziali ⁽⁸⁰³⁾.

In proposito, si può, anzitutto, richiamare un'obiezione già sollevata quando ci si è occupati della tesi nel corso dello studio delle azioni di impugnativa costitutive: l'idea che i diritti potestativi sostanziali non possano costituire oggetto di autonomo accertamento si scontra con le norme sulla trascrizione delle domande giudiziali ⁽⁸⁰⁴⁾.

In secondo luogo, le conseguenze applicative della concezione si rivelano preoccupanti. Per coglierne più facilmente il calibro, utilizziamo il seguente esempio. Tizio invia a Caio, la propria controparte contrattuale, una diffida ad adempiere, intimandogli di effettuare una determinata prestazione entro quindici giorni dalla data di ricezione della diffida. A fronte della persistente inerzia di Caio, Tizio agisce in giudizio chiedendo al giudice di accertare che il contratto si è risolto *ex art. 1454 c.c.* e la sua domanda viene rigettata, in ragione del fatto che il termine per l'adempimento non era ancora scaduto, né al tempo dell'invio della diffida, né una volta trascorsi quindici giorni. Nel corso del primo giudizio, la prestazione di Caio diviene impossibile, ma la circostanza non viene allegata e, di conseguenza, l'avvenuta risoluzione del negozio non viene nemmeno rilevata d'ufficio ⁽⁸⁰⁵⁾. Caio instaura, dunque, una seconda azione di risoluzione avverso il medesimo contratto, in ragione dell'impossibilità della prestazione su di lui gravante, sopravvenuta in pendenza del primo procedimento.

Ebbene, se si aderisce all'opinione per cui l'oggetto dell'accertamento è l'(in)efficacia del contratto, si deve ritenere che il primo giudice abbia statuito che il contratto è integralmente efficace, essendo inesistente il diritto potestativo sostanziale di risoluzione per inadempimento *ex art. 1454 c.c.* Ciò significa che ogni altra azione di risoluzione stragiudiziale è preclusa dal giudicato, salvo che si fondi su fatti sopravvenuti. Non solo. Sono altresì precluse anche ulteriori azioni di impugnativa costitutive (annullamento, rescissione o risoluzione giudiziale) rivolte contro il medesimo accordo. Eppure, ancora una volta, l'organo giudicante nulla sa – e nulla ha potuto accertare – circa la sussistenza di vizi del contratto diversi dall'asserito inadempimento di Caio. Perciò, la dilatazione dell'oggetto

⁽⁸⁰³⁾ Esprimono tale opinione con specifico riguardo alle azioni di impugnativa contrattuale a carattere dichiarativo E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico* cit., p. 111, e I. PAGNI, *Le azioni* cit., pp. 290 ss., 296 ss., i quali costruiscono tutte le azioni di impugnativa come azioni di mero accertamento (cfr. *supra*, parr. 7, 8 e 9 ss.).

⁽⁸⁰⁴⁾ Cfr. M. BOVE, *Rilievo d'ufficio* cit., p. 1394. Cfr. anche M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 228, nt. 41. Mi sembra, poi, che se si condividesse l'osservazione di Consolo riportata *supra*, nota 759, non si potrebbe che ripeterla anche nel settore delle azioni di impugnativa di mero accertamento. Infatti, anche in questo campo resta vero che, se si relega l'esistenza del diritto alla risoluzione stragiudiziale a questione pregiudiziale, ci si trova, poi, in un'*impasse* all'atto di inquadrarla tra quelle in senso tecnico o tra quelle in senso logico. Nel primo caso, si dovrebbe ammettere la proposizione di una domanda di accertamento incidentale sul diritto potestativo, di cui, però, gli studiosi non fanno mai menzione; nel secondo, invece, si arriverebbe a trattare il diritto potestativo come il "rapporto fondamentale" del contratto da risolvere, il che non è sostenibile. Per maggiori dettagli, cfr. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 263, nt. 104.

⁽⁸⁰⁵⁾ Sulla rilevanza officiosa dell'eccezione di risoluzione, v. *supra*, par. 14.2.

dell'accertamento fino a ricomprensivi l'intero rapporto negoziale sopprime il contraddittorio tra le parti e annichilisce i diritti di azione e difesa di *entrambi* i contraenti rispetto a tutti gli altri profili patologici potenzialmente esistenti.

Peraltro, se si ammettesse una simile ampiezza dell'accertamento e, quindi, del giudicato nel settore delle risoluzioni stragiudiziali, si finirebbe per rendere quasi del tutto vana la limitazione dell'accertamento al singolo diritto potestativo nel campo delle azioni di impugnativa costitutive, che rappresenta il risultato raggiunto dopo lunghe e articolate riflessioni nel precedente paragrafo 36.6. Invero, ove la prima azione di impugnativa instaurata fosse un'azione a carattere costitutivo, l'accertamento avrebbe ad oggetto solo il diritto potestativo fatto valere e la tutela di diversi diritti potestativi di impugnazione del medesimo contratto – compresi quelli sostanziali di risoluzione stragiudiziale – sarebbe ancora ottenibile. Viceversa, ove la prima azione instaurata fosse un'azione di risoluzione stragiudiziale, tutte le ulteriori azioni di impugnativa relative allo stesso negozio sarebbero “bruciate”, a causa dell'onnicomprendiva conformazione dell'accertamento. Il che, palesemente, non ha alcuna razionalità.

Non sembra, dunque, che la tesi che rende oggetto dell'accertamento la completa inefficacia del contratto meriti adesione.

La seconda ricostruzione che si potrebbe proporre incentra l'attività di accertamento sul singolo effetto estintivo che l'esercizio stragiudiziale del diritto potestativo ha provocato sul contratto. Formulando una domanda di risoluzione per inadempimento *ex artt.* 1454, 1456, 1457 c.c. o una domanda di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, totale o parziale, la parte chiede al giudice di accertare (soltanto) che si è verificato l'effetto risolutorio: la certezza sull'avvenuta produzione dell'effetto estintivo costituisce il *petitum* mediato, mentre il singolo diritto potestativo sostanziale di impugnativa diviene la *causa petendi*.

Gli autori che abbracciano questa teorica nel campo delle azioni di impugnativa costitutive fanno notare che, poiché un certo effetto estintivo non si può realizzare più volte tra le stesse parti, le domande di impugnativa devono essere necessariamente inserite tra quelle autodeterminate⁽⁸⁰⁶⁾. Diretta conseguenza di siffatta qualificazione è che le azioni di risoluzione stragiudiziale non sono, a ben vedere, azioni diverse, ma costituiscono un'unica azione di impugnativa. Invero, esse mirano tutte all'accertamento di un effetto di risoluzione del contratto e quest'ultimo, come rilevato nel Capitolo Primo, è sempre identico a se stesso, a prescindere da quale sia la fattispecie costitutiva in senso stretto che vi dà origine: esso presenta, in ogni occasione, le caratteristiche delineate dagli artt. 1458, 2652, c. 1, n. 1, e 2690, c. 1, n. 1, c.c.⁽⁸⁰⁷⁾. Se ciò è vero, allora una volta introdotta e definita la prima azione di risoluzione stragiudiziale, sono precluse nuove domande volte all'accertamento dell'intervenuta risoluzione del contratto, in ossequio al divieto di *ne bis in idem*. Tornando all'esempio descritto, se la domanda di risoluzione *ex art.* 1454 c.c. proposta da Tizio viene rigettata, il giudice accerta che nessun effetto risolutivo si è sprigionato, quanto meno fino alla barriera temporale dell'ultima udienza di precisazione delle conclusioni che si è tenuta.

⁽⁸⁰⁶⁾ Cfr. *supra*, par. 36.3.

⁽⁸⁰⁷⁾ Cfr. *supra*, parr. 9.1.6, 9.2 e 9.3.

La successiva domanda di Caio, volta all'accertamento che il contratto si è risolto per impossibilità sopravvenuta, deve essere considerata identica alla prima e, quindi, rigettata in rito per esistenza di un precedente giudicato. E ciò benché mai si sia allegato o provato alcunché rispetto all'impossibilità materiale o giuridica della prestazione a carico di Caio.

Nella prospettiva in esame, anche a valle della formazione di un giudicato sull'esistenza o inesistenza di un effetto risolutorio, restano comunque liberamente proponibili domande di impugnativa costitutive volte a ottenere l'annullamento o la rescissione dello stesso contratto.

Qualche dubbio sorge, invece, con riferimento a eventuali successive azioni di risoluzione per inadempimento *ex art. 1453 c.c.* o di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, che mirano al medesimo effetto oggetto delle domande di risoluzione stragiudiziale, ma che hanno natura costitutiva. Se si dovesse avere riguardo solo alla tipologia dell'effetto caducatorio, bisognerebbe ritenere che anche le azioni di risoluzione giudiziale siano precluse dal giudicato sulla risoluzione stragiudiziale, essendo, come detto, l'effetto risolutivo unitario. D'altro canto, però, non mi sembra si possa trascurare la circostanza che, nell'un caso, il *petitum* è rappresentato da un provvedimento di accertamento (*petitum* immediato) e dalla certezza che l'effetto estintivo si è verificato (*petitum* mediato), e, nell'altro caso, il *petitum* è rappresentato da un provvedimento con un capo di accertamento e con un capo costitutivo (*petitum* immediato), dalla certezza circa l'esistenza del diritto potestativo di risoluzione giudiziale e dall'effetto risolutivo (*petitum* mediato). Appare evidente che, da questa angolazione, le azioni di risoluzione giudiziale non sono identiche all'azione di risoluzione stragiudiziale ⁽⁸⁰⁸⁾. Sicché mi sembrerebbe più corretto ritenere che le stesse siano liberamente proponibili anche dopo che si è formato giudicato sull'effetto risolutivo. Non si riesce, tuttavia, a comprendere quale (ragionevole) motivo possa sorreggere una simile disparità di trattamento tra ulteriori azioni di risoluzione stragiudiziale (precluse) e ulteriori azioni di risoluzione giudiziale (non precluse).

Le stesse considerazioni varrebbero anche laddove si volesse sostenere che oggetto dell'accertamento sia il diritto di azione concreta, ossia il diritto di ottenere l'accertamento che il contratto si è effettivamente risolto in via stragiudiziale ⁽⁸⁰⁹⁾. Invero, anche siffatto diritto è autodeterminato e conduce ai medesimi problemi poc'anzi evidenziati.

Ebbene, se si vogliono evitare le sconvenienti conseguenze cui conducono le teoriche che imperniano l'accertamento su un oggetto autodeterminato e se in tal modo vengono qualificati tanto l'effetto risolutivo quanto il diritto di azione concreta, occorre scartare l'idea che l'oggetto dell'accertamento sia a questi ultimi limitato e occorre cercare una soluzione alternativa.

⁽⁸⁰⁸⁾ In tale direzione si pone l'affermazione di V. ANDRIOLI, *Lezioni* cit., p. 252, per cui "il giudice non può emettere sentenza costitutiva a favore di chi chieda sentenza di mero accertamento".

⁽⁸⁰⁹⁾ Per l'opinione che ricollega sempre l'accertamento al diritto di azione concreta in tutte le azioni di impugnativa di natura costitutiva, cfr. *supra*, par. 36.2. Per l'opinione di Fornaciari, che adotta tale soluzione solo rispetto alle azioni di risoluzione per inadempimento giudiziale, cfr. *supra*, par. 36.5.

L'ultima ricostruzione che potrebbe prestarsi a risolvere il problema che si sta analizzando è quella secondo cui l'accertamento ha ad oggetto il singolo diritto potestativo di risoluzione stragiudiziale (salvo che per l'azione di risoluzione per impossibilità sopravvenuta totale, che non contempla alcun diritto di tal sorta) ⁽⁸¹⁰⁾. Chiaramente, l'inquadramento di un simile diritto tra quelli autodeterminati porterebbe a una completa equiparazione – sul piano degli effetti – alle concezioni menzionate negli ultimi capoversi e renderebbe opportuno il rifiuto anche della teoria *de qua*. Viceversa, l'attribuzione di rilevanza alla *causa petendi* e, quindi, l'inserimento dei diritti potestativi sostanziali nell'alveo di quelli eterodeterminati consentono di tutelare al meglio i diritti di azione e difesa dei contraenti, nonché di preservare l'effettività del contraddittorio ⁽⁸¹¹⁾.

Anche in questo settore, tra l'altro, appare rilevante la divergenza tra il reputare che la *causa petendi* sia il singolo motivo giuridico di impugnativa e il reputare che sia il singolo vizio da cui il contratto è affetto, nell'accezione di singolo fatto storico isolato alla luce della fattispecie astratta descritta dalla legge ⁽⁸¹²⁾. Le azioni di risoluzione stragiudiziale possono astrattamente fondarsi su quattro diversi motivi giuridici di impugnativa: l'azione *ex art.* 1454 c.c. sul mero inadempimento; l'azione *ex art.* 1456 c.c. sull'inadempimento di un'obbligazione oggetto di una clausola risolutiva espressa; l'azione *ex art.* 1457 c.c. sull'inadempimento prolungatosi oltre la scadenza di un termine essenziale ⁽⁸¹³⁾; l'azione *ex art.* 1464 c.c. sull'impossibilità parziale della prestazione di una delle parti. Il che comporta che esistono solo quattro diverse azioni di risoluzione stragiudiziale esperibili contro un determinato contratto. Adottando, invece, la prospettiva del singolo fatto storico, il numero di azioni di risoluzione stragiudiziale incardinabili avverso lo stesso negozio sale esponenzialmente: un medesimo accordo può contenere clausole risolutive espresse inerenti a più obbligazioni determinate, così come può contemplare più di un termine essenziale; in egual modo, l'impossibilità potrebbe riguardare più prestazioni distinte.

Ebbene, in tale quadro, la scelta dell'una o dell'altra opzione ha tangibili risvolti pratici. Ravvisare la *causa petendi* nel motivo giuridico di impugnativa significa precludere, dopo il primo giudizio, ogni altro giudizio basato sullo stesso motivo giuridico, benché applicato a diversi fatti storici; e ciò anche se di tali differenti fatti storici nel primo processo non si sia in alcun modo discusso. Ad esempio, ove in un unico contratto fossero incluse più clausole risolutive espresse, il rigetto della prima domanda di risoluzione *ex art.* 1456 c.c. precluderebbe la proposizione di ogni altra domanda di risoluzione per clausola risolutiva

⁽⁸¹⁰⁾ Su quest'ultima, v. *infra*, nel prosieguo del presente paragrafo.

⁽⁸¹¹⁾ Afferma espressamente che anche i diritti potestativi sostanziali sono individuati dal fatto costitutivo A. SEGNI, *Della tutela giurisdizionale* cit., pp. 352-353.

⁽⁸¹²⁾ Cfr. *supra*, par. 36.1. Sembra aderire alla prima alternativa M. ROSSETTI, *La risoluzione* cit., p. 427, per cui “la domanda di accertamento del decorso del termine essenziale differisce radicalmente, nella *causa petendi*, sia dalla domanda di risoluzione ordinaria *ex art.* 1453 c.c., sia dalle altre domande di accertamento dell'avvenuta risoluzione *ope legis* (*ex art.* 1454 c.c. e 1456 c.c.)”. In giurisprudenza, cfr. Cass., 23 settembre 1983, n. 5640, in *Foro pad.* 1984, I, p. 371.

⁽⁸¹³⁾ Nelle ipotesi disciplinate dagli artt. 1454, 1456 e 1457 c.c., sussiste, comunque, un'identità parziale di *causa petendi*, in quanto l'inadempimento si inserisce in tutte le fattispecie costitutive in senso stretto dell'effetto risolutivo stragiudiziale.

espressa, anche ove si trattasse di una clausola separata e autonoma; in egual modo, una volta statuito che la prestazione di un contraente è stata adempiuta entro il termine essenziale per essa previsto, non si potrebbe discutere dell'inadempimento della controparte a una prestazione sulla medesima gravante, anch'esso procrastinato oltre il relativo termine essenziale.

Nessuno di tali pregiudizi si realizza, invece, se si rinviene la *causa petendi* nel singolo fatto storico che dà origine al diritto potestativo di impugnativa: la scadenza del singolo termine essenziale senza che l'obbligazione cui accede sia stata adempiuta, l'inadempimento alla singola obbligazione ricompresa in una clausola risolutiva espressa, la singola impossibilità parziale, e così via. Pertanto, sempre nell'ottica di massimizzare la garanzia dei diritti di cui all'art. 24 Cost., si deve privilegiare la tesi per cui la *causa petendi* è costituita dal fatto storico da cui sorge il potere di impugnare il negozio.

Nella prospettiva in esame, dunque, l'esperimento di un'azione di risoluzione stragiudiziale non preclude mai l'instaurazione di una successiva azione della medesima tipologia, ma fondata su una diversa *causa petendi* (nella definizione appena indicata). Dal che, a sua volta, discende che i diritti di azione e difesa rispetto a una determinata azione di risoluzione stragiudiziale non vengono mai compromessi dall'instaurazione di una diversa azione di risoluzione parimenti stragiudiziale, salve le ipotesi di cumulo di domande.

Applicando tale tesi all'esempio sopra descritto, si deve ritenere che, una volta rigettata la domanda di risoluzione per inadempimento *ex art. 1454 c.c.*, le parti possano impugnare il contratto con ogni azione di risoluzione stragiudiziale che si fondi su un differente motivo. Resta, invece, preclusa la sola riproposizione della medesima domanda di impugnativa contrattuale già rigettata.

Quest'ultima concezione presenta l'ulteriore pregio di porsi in armonia con la soluzione che è stata fornita in materia di perimetro oggettivo dell'accertamento nel settore delle azioni di impugnativa costitutive. Anzi, si può serenamente affermare che questo esito consente di non frustrare le restrizioni che si sono imposte all'oggetto dell'accertamento nei giudizi costitutivi: confinare tale oggetto al singolo diritto potestativo permette di lasciare intatte non solo le azioni di impugnativa di mero accertamento, ma anche le azioni di impugnativa di natura costitutiva, che, fondandosi su diritti potestativi diversi, rimangono liberamente esperibili.

La scelta di sagomare l'oggetto dell'accertamento sul solo diritto potestativo presenta, però, una criticità, che si manifesta nelle ipotesi in cui la domanda di impugnativa venga accolta (ipotesi sinora non esaminata). Si applicano anche qui considerazioni simili a quelle espresse in sede di valutazione dell'estensione dell'efficacia di *res indicata* anche all'effetto estintivo procurato dalla sentenza costitutiva⁽⁸¹⁴⁾. Escludere l'effetto caducatorio dalla sfera dell'incontrovertibilità può lasciare al soccombente la possibilità di instaurare, a valle del giudicato, nuove azioni nelle quali cerchi di incidere sull'effetto di risoluzione che si è prodotto stragiudizialmente, e di raggiungere tale obiettivo anche senza contestare il

⁽⁸¹⁴⁾ Cfr. *supra*, par. 37.

precedente accertamento sull'esistenza del diritto potestativo sostanziale di risoluzione. Si immagini, per esempio, che, dopo un primo processo in cui il giudice ha dichiarato risolto un contratto a prestazioni continuate o periodiche e ha individuato le prestazioni non coinvolte dall'effetto caducatorio, il soccombente incardini un'azione di mero accertamento per sentir dichiarare che le obbligazioni private di effetti siano più o meno numerose di quelle indicate nella sentenza passata in giudicato. In una simile situazione, la circostanza che il soccombente cerchi di discutere nuovamente della portata dell'effetto risolutorio non si pone in contrasto con il precedente giudicato, relativo alla sola sussistenza del diritto potestativo sostanziale di risoluzione, ma anzi lo presuppone ⁽⁸¹⁵⁾. Come si nota, quindi, indirizzare l'accertamento al solo diritto potestativo rappresenta l'interpretazione ottimale per il caso in cui il giudizio si concluda con il rigetto della domanda attorea, ma non per il caso in cui la domanda di risoluzione venga accolta, poiché non riesce a garantire al vincitore la stabilità dell'effetto estintivo ⁽⁸¹⁶⁾.

Pare, allora, che all'interrogativo che ci occupa debba essere data una risposta che consenta di conciliare l'esigenza di non assegnare alle sentenze di rigetto una portata eccessiva e l'esigenza di garantire al vincitore la irremovibilità dei beni della vita allo stesso attribuiti dalla sentenza di accoglimento.

Lo spunto proviene, a mio avviso, dalla constatazione che l'effetto di risoluzione non deve necessariamente costituire l'oggetto di domande autodeterminate, ma ben può rappresentare il *petitum* di domande che vengono identificate sulla base della singola *causa petendi* posta a loro fondamento. Infatti, dire che l'effetto di risoluzione sia sempre identico a se stesso con coincide con il dire che detto effetto sia unico: ogniqualvolta si perfezioni una fattispecie costitutiva in senso stretto di tale effetto, esso prende vita; avrà sempre le medesime caratteristiche, ma potrà in astratto prodursi in più occasioni. Certamente, una volta caducato il contratto grazie all'insorgere dell'effetto risolutorio, il perfezionamento di ulteriori fattispecie in senso stretto di risoluzione non avrà più alcun rapporto giuridico su cui incidere; ma nonostante ciò, esso resta astrattamente idoneo a generare l'effetto ⁽⁸¹⁷⁾.

Ora, se si concentra l'accertamento sull'effetto risolutorio, ma al contempo si qualifica la domanda giudiziale come eterodeterminata, il singolo diritto potestativo diventa rilevante

⁽⁸¹⁵⁾ Ciò ovviamente assumendo che, nel primo giudizio, non siano state proposte domande di condanna alla restituzione di prestazioni già effettuate. Se così fosse, gli obblighi restitutori accertati non sarebbe più suscettibili di discussione.

⁽⁸¹⁶⁾ Un'altra problematica è, poi, evidenziata da chi ritiene che il diritto potestativo possa divenire oggetto di accertamento giudiziale solo prima della sua attuazione, e mai dopo: A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva* cit., p. 79 ss. Né valgono per i diritti potestativi sostanziali le stesse repliche che a tale teoria sono state fornite in relazione ai diritti potestativi a necessario esercizio giudiziale (sulle quali v. *supra*, par. 36.1, anche nota 721).

⁽⁸¹⁷⁾ Lo stesso ragionamento può applicarsi, in realtà, anche al diritto di azione concreta, che è usualmente incluso tra quelli autodeterminati. Infatti, non mi sembra esistano ragioni logiche cogenti che impongano di identificare tale diritto sulla base del solo effetto che si vuol vedere accertato. Credo, invece, che anche in questo caso si possa attribuire alla *causa petendi* una funzione individuatrice dell'oggetto della domanda. Tuttavia, ritengo che le critiche che sono state rivolte alla concezione in esame (per le quali si rinvia al precedente par. 36.2) siano dirimenti per escludere che un simile diritto possa costituire l'oggetto dell'accertamento anche rispetto alle azioni di risoluzione con natura di mero accertamento.

ai fini della identificazione della stessa, nella veste di *causa petendi*, e, benché estraneo all'area dell'irretrattabilità, va a ridurre l'ampiezza degli effetti preclusivi e conformativi derivanti dal giudicato sull'effetto o sul diritto di azione concreta.

Tale meccanismo permette di conferire alle sentenze di rigetto una portata misurata a quanto si è effettivamente discusso in giudizio: il giudice non accerta che non si è prodotto alcun effetto risolutorio *tout court*, ma accerta che l'effetto risolutorio non è sorto a causa dell'insussistenza o dell'illegittimo esercizio del singolo diritto potestativo sostanziale fatto valere nel caso di specie. Così, la proposizione di ulteriori domande di impugnativa contrattuale – di natura costitutiva o di mero accertamento – fondate su diritti potestativi diversi resta una strada percorribile: essendo la seconda domanda differente dalla prima, essa non subisce la preclusione da *ne bis in idem*. In questo modo, l'efficacia di giudicato non coinvolge anche diritti potestativi che il giudice non ha conosciuto e su cui le parti non hanno dibattuto, ma si forma solo su quanto genuinamente è stato oggetto del processo, assicurando la massima tutela dei diritti di azione e difesa delle parti rispetto a tutte le altre azioni di impugnativa del contratto.

In aggiunta, la ricostruzione in esame consente di attribuire stabilità all'effetto risolutorio che viene accertato come verificatosi: se il giudicato si forma sull'effetto di risoluzione e sulla portata del medesimo, di tali profili non si potrà più dibattere in successivi giudizi.

La soluzione qui abbracciata consente anche di determinare l'oggetto del giudizio delle azioni di risoluzione per impossibilità sopravvenuta totale, nelle quali la figura del diritto potestativo sostanziale non riveste alcun ruolo: in tali occasioni, l'oggetto dell'accertamento è rappresentato dall'effetto risolutivo, individuato sulla base della singola impossibilità della singola prestazione.

Ricapitolando, dunque, in tutte le azioni di risoluzione stragiudiziale:

- a) l'oggetto dell'accertamento è l'effetto risolutivo;
- b) il *petitum* immediato è costituito da un provvedimento dichiarativo, che accerti l'intervenuta risoluzione del contratto;
- c) il *petitum* mediato è dato dalla certezza relativa all'assenza, totale o parziale, di effetti giuridici derivanti dal negozio viziato;
- d) la *causa petendi* coincide con il singolo fatto storico che fa sorgere l'effetto risolutorio.

Ci troviamo, dunque, in una delle rare ipotesi in cui l'oggetto dell'accertamento non è un diritto soggettivo o uno *status*, bensì un mero effetto giuridico: le previsioni legislative che sorreggono tale conclusione sono le norme sulla trascrizione delle domande, che contemplano la risoluzione come possibile oggetto di domanda giudiziale (cfr. artt. 2652, c. 1, n. 1, e 2690, c. 1, n. 1, c.c.).

In tale quadro, il diritto potestativo sostanziale di risoluzione (ove presente) costituisce un elemento appartenente alla fattispecie costitutiva in senso stretto dell'effetto fatto valere. Per chi ritiene che tale diritto non possa essere oggetto di autonomo accertamento dopo la sua attuazione, l'esistenza del diritto e il suo concreto esercizio divengono meri fatti che il giudice conosce al fine di decidere sulla domanda attorea; per chi, viceversa, crede che tale diritto possa essere azionato in un autonomo processo, esso diventa oggetto di una

questione pregiudiziale e, in conformità alla tesi qui proposta, formerà oggetto di giudicato solo laddove sia stata formulata esplicita domanda da parte di uno dei contendenti (art. 34 c.p.c.) ⁽⁸¹⁸⁾.

39. L'estensione del giudicato alle eccezioni di annullabilità, rescindibilità e risoluzione del contratto

Per affrontare il tema dell'idoneità delle eccezioni di annullabilità, rescindibilità e risoluzione ad ampliare l'oggetto della *res iudicata*, giova brevemente rammentare i risultati cui si è giunti in punto di modalità operative delle stesse ⁽⁸¹⁹⁾.

Come si ricorderà, l'eccezione di risoluzione corrisponde alle azioni di risoluzione stragiudiziale: sollevando tale eccezione, la parte fa valere, quale fatto estintivo del diritto della controparte, la risoluzione del contratto per inadempimento *ex artt.* 1454, 1456 e 1457 c.c. o per impossibilità sopravvenuta, in un momento in cui detta risoluzione è già intervenuta sul piano sostanziale. Viceversa, le eccezioni di annullabilità e di rescindibilità fanno da *pendant* alle azioni di annullamento e di rescissione: in tali ipotesi, l'eccepiente non deduce quale fatto estintivo l'effetto di annullamento o l'effetto di rescissione, bensì solo gli elementi puramente fattuali che compongono la fattispecie costitutiva in senso stretto di tali effetti (e, quindi, l'errore, la violenza, il dolo, la lesione, l'approfittamento, lo stato di pericolo, e così via).

Secondo la tesi qui accolta, in entrambi i casi, il potere di eccezione ha il limitato effetto di attribuire rilevanza giuridica all'interno del processo a determinate fattispecie che, sul piano sostanziale, sono già produttive di effetti giuridici. Proponendo l'eccezione di risoluzione, si conferisce rilevanza alla fattispecie costituita da: (i) fatti (inadempimento, invio e ricezione della diffida ad adempiere, presenza di una clausola risolutiva espressa nel programma contrattuale, scadenza di un termine essenziale, ecc.); (ii) diritto potestativo sostanziale di risoluzione e suo valido esercizio (salva l'ipotesi di impossibilità sopravvenuta totale, che opera *ipso iure*); (iii) insorto effetto risolutivo. Per converso, proponendo le eccezioni di annullabilità/rescindibilità, si dà rilevanza alla fattispecie composta dai soli elementi fattuali (poc'anzi ricordati) della fattispecie costitutiva in senso stretto degli effetti di annullamento/rescissione, elementi che sono da soli – ossia senza l'intermediazione dell'attuazione di un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale e della pronuncia di una sentenza costitutiva – in grado di rendere un contratto annullabile o rescindibile e di estinguere i diritti contrattuali fatti valere dalla controparte.

Si tratta, ora, di determinare se, allorché venga sollevata una delle eccezioni di impugnativa in esame, la *res iudicata* si formi anche sull'oggetto dell'eccezione. Detto in termini più concreti: se il giudice rigetta la domanda attorea in accoglimento dell'eccezione

⁽⁸¹⁸⁾ Secondo la tesi qui accolta, sulle questioni pregiudiziali il giudice decide con efficacia di regudicata (sempre) solo se lo dispone la legge o se vi è un'esplicita domanda di parte (cfr. *supra*, par. 31). Pertanto, determinare se il diritto potestativo sostanziale divenga oggetto di una questione pregiudiziale in senso tecnico o di una questione pregiudiziale in senso logico è, per le finalità della presente trattazione, del tutto irrilevante.

⁽⁸¹⁹⁾ Cfr. *supra*, par. 15.

di risoluzione, egli accerta in modo incontrovertibile che l'effetto risolutivo si è prodotto e che il contratto è inefficace? E se, invece, il giudice accoglie la domanda attorea ritenendo l'eccezione infondata, egli rende incontestabile che quel determinato effetto risolutivo non è mai sorto?

Se si intende essere coerenti con i vari ragionamenti e le molteplici conclusioni esposti sinora, la risposta non può che essere negativa.

Anzitutto, la regola per cui le eccezioni non ampliano l'oggetto del giudizio e del giudicato costituisce un principio generale del nostro processo civile, valevole per tutti i tipi di eccezioni e, dunque, anche per le eccezioni qui analizzate. Infatti, gli argomenti che la sorreggono – e cioè che non si debba scardinare la distinzione tra eccezioni e domande riconvenzionali, che l'art. 112 c.p.c. individui nella domanda la sola misura della potestà decisoria del giudice, che sia opportuno consentire al convenuto di scegliere se ottenere un accertamento inconfutabile di una propria situazione giuridica soggettiva o se accontentarsi dell'accertamento dell'inesistenza, invalidità o inefficacia di quella della controparte ⁽⁸²⁰⁾ – non presentano alcun connotato di specialità, né alcun profilo che induca a limitare detta regola a determinati settori. Sicché, ancora una volta, si deve ritenere che le eccezioni siano idonee a dilatare l'estensione della *cognizione* del giudice, ma non influiscano in alcun modo sull'ampiezza della sua *decisione* (pur essendo, ovviamente, in grado di influenzarne il contenuto) ⁽⁸²¹⁾.

Vi sono, poi, due ulteriori ragioni che portano a escludere la propagazione dell'effetto di reg giudicata alle eccezioni in parola. La prima riguarda le sole eccezioni di annullabilità e di rescindibilità. Poiché si è detto che, quando una parte solleva eccezioni di tal sorta, dà rilevanza a meri componenti *fattuali* della fattispecie costitutiva in senso stretto degli effetti caducatori, estendere il giudicato alle eccezioni equivale a estenderlo a meri fatti; il che, come già osservato, non può accadere ⁽⁸²²⁾. La seconda ragione è, invece, riferibile alle sole eccezioni di risoluzione. Qui la parte dà rilevanza a un effetto estintivo, quello risolutivo, che può ben costituire oggetto di autonomo accertamento (come ampiamente dimostrato nel precedente paragrafo) e che diviene, in queste sedi, oggetto di una questione pregiudiziale. Al fine di delimitare la portata oggettiva della *res iudicata* occorre, dunque, avere riguardo alla medesima disciplina che si è ritenuta applicabile a tutte le questioni pregiudiziali, siano esse di natura tecnica o di natura logica ⁽⁸²³⁾: la risoluzione delle stesse acquista efficacia di giudicato solo se tali questioni sono divenute oggetto di domanda di accertamento incidentale o se la legge lo impone (arg. *ex art.* 34 c.p.c.); in tutti gli altri casi, le questioni di tale specie vengono conosciute *incidenter tantum* e sono liberamente valutabili in giudizi

⁽⁸²⁰⁾ Per maggiori dettagli, v. *supra*, par. 26.

⁽⁸²¹⁾ L'orientamento dottrinale che abbraccia tale ricostruzione è vastissimo: cfr. *supra*, nota 573. Con specifico riguardo alle eccezioni contemplate nel presente paragrafo, cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 307; G. MASSETANI, *Considerazioni schematiche* cit., p. 329 (se ben se ne comprende il pensiero), per cui "l'eccezione del convenuto non muta il tema del giudizio, ma solo i fatti rilevanti per la sua decisione. A meno che il convenuto non proponga domanda riconvenzionale". V. anche C. CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio* cit., pp. 55-56, per cui le eccezioni di "invalidazione negoziale" mirano al mero rigetto della domanda attorea.

⁽⁸²²⁾ Sulle motivazioni per cui oggetto del giudicato non possono mai essere meri fatti, cfr. *supra*, par. 18.

⁽⁸²³⁾ Cfr. *supra*, par. 31.

successivi, purché non siano dedotte al fine di scardinare l'attribuzione di un bene della vita concesso da una precedente sentenza passata in giudicato. Così, quando l'intervenuta risoluzione di un contratto venga fatta valere in via di mera eccezione, e non di domanda riconvenzionale, il risultato dell'attività cognitiva che il giudice svolge in proposito non acquista efficacia di regiudicata.

Da ultimo, la circostanza che le nostre corti facciano costante uso del principio della ragione più liquida porta a preferire un approccio restrittivo anche nel settore in discorso ⁽⁸²⁴⁾. Se una parte, convenuta per l'adempimento di una prestazione, deduce sia di aver adempiuto sia che il contratto si era comunque già risolto per inadempimento dell'attore (senza subordinare l'una eccezione all'altra), il giudice può decidere la causa sulla base dell'eccezione che si rivela di più pronta e semplice soluzione, senza doverle valutare entrambe. Benché l'eccezione di risoluzione sia logicamente pregiudiziale, quindi, il giudice potrebbe rigettare la domanda attorea in ragione del fatto che la prestazione controversa è già stata eseguita e non curarsi dell'(in)efficacia del rapporto contrattuale. In simili occasioni, reputare che la cosa giudicata includa anche l'oggetto delle eccezioni significherebbe attribuire forza vincolante a un ragionamento che il giudice non ha effettuato e a una "decisione" che non ha preso.

Analoga considerazione si può, inoltre, ripetere anche per le ipotesi in cui le eccezioni in esame vengano sollevate in via subordinata e restino assorbite dall'accoglimento dell'eccezione proposta in via principale ⁽⁸²⁵⁾.

Pertanto, alla luce di quanto sopra e in linea con le conclusioni cui si è approdati rispetto all'eccezione di nullità ⁽⁸²⁶⁾, si può affermare che il giudicato si modelli sul solo oggetto della domanda giudiziale e non si estenda alle eccezioni di annullabilità, rescindibilità e risoluzione del contratto, le quali restano assoggettate a una mera cognizione *incidenter tantum* ⁽⁸²⁷⁾.

Il principio mostra interessanti risvolti laddove la domanda attorea venga rigettata in ragione della fondatezza dell'eccezione di impugnativa. Si possono porre due casi. Se l'attore ha azionato in giudizio un singolo diritto derivante dal contratto, diviene incontestabile il solo accertamento dell'inesistenza di quel determinato diritto; per converso, il giudice nulla statuisce riguardo agli altri diritti scaturenti dal negozio. Viceversa, se la domanda attorea coinvolge tutti gli effetti che traggono origine dal contratto, la sentenza che accolga l'eccezione di impugnativa (si immagini, di annullabilità) accerta l'inefficacia dell'intero

⁽⁸²⁴⁾ Sul canone del primato della ragione più liquida, v. *supra*, par. 22.

⁽⁸²⁵⁾ Sull'ammissibilità delle allegazioni subordinate e sulla facoltà delle parti di vincolare il giudice a un certo ordine di esame delle eccezioni in senso stretto, cfr. E. GARBAGNATI, *Questioni* cit., p. 261, nt. 9; E. T. LIEBMAN, *L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione*, in *Riv. dir. proc.* 1967, p. 539, spec. 542; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., pp. 306, 309.

⁽⁸²⁶⁾ Su cui v. *supra*, par. 26.

⁽⁸²⁷⁾ In senso contrario si esprimono C. FERRI, *Profili* cit., pp. 135 ss., 151, secondo cui le eccezioni di impugnativa che corrispondono ad azioni costitutive sono soggette al c.d. accertamento costitutivo *incidenter tantum*, il quale, pur non formando oggetto di un giudicato pieno, "ad ogni effetto", è vincolante in ogni successivo giudizio in cui si discuta del medesimo *petitum*; I. PAGNI, *Le azioni* cit., p. 344 ss. Sulla teoria per cui sulle c.d. eccezioni-impugnazioni cade un accertamento costitutivo *incidenter tantum*, cfr. *supra*, par. 15.

rapporto giuridico complesso. Come si nota, allora, sul piano pratico, mentre nel primo caso sussiste una netta differenza di effetti tra l'eccezione di impugnativa e la corrispondente azione, nel secondo caso tali effetti si sovrappongono ⁽⁸²⁸⁾.

Corollario della soluzione adottata nel presente paragrafo è che le eccezioni di annullabilità, rescindibilità e risoluzione possono sempre essere riproposte, con l'unico limite dell'immutabilità dei giudicati *medio tempore* formati: possono, quindi, essere sollevate in ogni altro giudizio *lato sensu* inerente al medesimo contratto, salvo che per far valere l'inesistenza di un singolo diritto contrattuale in precedenza dichiarato esistente, e viceversa ⁽⁸²⁹⁾.

⁽⁸²⁸⁾ Di tale avviso sono A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, pp. 117-118; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., pp. 537-538; L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., pp. 47-48; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva* cit., p. 93, nt. 50.

Pur partendo da presupposti analoghi, giunge a risultati applicativi differenti A. MOTTO, *Poteri* cit., pp. 295 ss., 315. Anche tale studioso concorda sul principio per cui le mere eccezioni non sono in grado di ampliare la portata della regudicata: "sul fatto giuridico dedotto *ope exceptionis*, il giudice non è chiamato a pronunciarsi con autorità di cosa giudicata, atteso che [...] manca un'istanza a ciò diretta della parte interessata (la domanda)". Tuttavia, la diversa ricostruzione da lui proposta in merito al *modus operandi* delle eccezioni di impugnativa, esaminata *funditus* al par. 15, lo conduce a trarre inferenze diverse da quelle indicate nel testo. Secondo Motto, quando una parte solleva un'eccezione di annullabilità o di rescindibilità, essa esercita un diritto potestativo di annullamento o di rescissione. Se accoglie detta eccezione, il giudice compie i seguenti passaggi: (i) valuta la sussistenza dei fatti storici che rendono il contratto annullabile o rescindibile; (ii) accerta che la parte abbia legittimamente esercitato il proprio potere di impugnativa; (iii) se tali attività hanno esito positivo, annulla o rescinde la singola obbligazione che costituisce il *petitum* della domanda, così estinguendo il diritto attoreo; (iv) dichiara il diritto azionato inesistente. Ora, se è vero che l'oggetto dell'eccezione non diviene incontrovertibile *ex art. 2909 c.c.*, è anche vero che l'effetto estintivo prodotto dal provvedimento del giudice non può più essere disconosciuto in altri processi, in quanto assume il regime di stabilità formale proprio della sentenza passata in giudicato formale. Come si vede, se si segue questo approccio, l'irretrattabilità non si appunta solo sul diritto azionato in giudizio (su cui cade il giudicato sostanziale), ma anche sull'annullamento e sulla rescissione dello stesso (su cui cade il giudicato formale). Tale meccanismo non dovrebbe, invece, operare a fronte di eccezioni di risoluzione, in quanto, in queste ipotesi, l'effetto estintivo non viene provocato dalla sentenza, ma dall'operare di fatti e di diritti potestativi sul piano sostanziale: in siffatte situazioni, si dovrebbe coerentemente ritenere che l'effetto estintivo non sia toccato dalla cosa giudicata, né nel suo profilo sostanziale né nel suo profilo formale.

Una linea di pensiero che conduce a conclusioni simili a quelle di Motto si rinviene negli scritti di Consolo. Anche ad avviso di quest'ultimo, a fronte della proposizione e dell'accoglimento di un'eccezione di annullabilità o rescindibilità, il giudice estingue il singolo diritto azionato. All'inizio degli anni '90, l'Autore scriveva che, a valle del giudicato, dell'estinzione del diritto attoreo non si potesse più discutere, ma che fosse liberamente esperibile l'azione costitutiva corrispondente all'eccezione sollevata nel primo giudizio avverso i restanti effetti del negozio (cfr. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 282, nt. 147). Successivamente, nell'anno 2000, Consolo dilata la preclusione da giudicato fino a ricomprendervi, oltre al diritto azionato e ritenuto inesistente, anche tutti i diritti allo stesso collegati da un nesso di sinallagmaticità: "l'efficace invocazione della mera eccezione di invalidazione finisce – come nel gioco del domino – con l'incrinare tutti gli effetti del contratto sinallagmatico, giungendo ad azzerarli del tutto. Ma non per la via di un giudicato costitutivo ad oggetto (direttamente) completo, quanto per l'operare [...] del vincolo al motivo portante del precedente giudicato di rigetto in ogni successivo processo su diritti ed effetti strettamente collegati al primo da nessi funzionali che il gioco processuale non può snaturare o sciogliere" (C. CONSOLO, *«Imprescrittibilità»* cit., p. 100).

⁽⁸²⁹⁾ In tal senso, cfr. E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., pp. 222 ss., 227 ss., secondo il quale si deve negare il passaggio in giudicato della valutazione sulle eccezioni, "poiché l'accoglimento di una eccezione non costituisce altro che una parte della motivazione: si tratta del ragionamento del giudice su di una questione preliminare, non della decisione di una controversia. L'effetto della sentenza di merito che respinge l'azione è sempre lo stesso: il giudice cioè nega che all'attore attualmente spetti il diritto fatto valere. È indifferente la ragione per cui ciò si verifica [...]. Al giudice del secondo processo consta solamente che all'epoca della proposizione della prima azione questa era infondata. Egli non deve mettersi in contraddizione con questo accertamento"; "la lite

40. La portata della preclusione del dedotto e del deducibile nel settore delle azioni di annullamento, rescissione, risoluzione e delle corrispondenti eccezioni

Nell'ambito della scorsa sezione, si è visto che gli interpreti hanno elaborato, al fine di assicurare l'intangibilità della cosa giudicata, il c.d. principio del dedotto e del deducibile ⁽⁸³⁰⁾. L'interrogativo che sorge in questa sede è se tale canone sia applicabile, per il medesimo scopo, anche laddove sulla scena processuale compaiano domande di annullamento, rescissione e risoluzione, oppure le relative eccezioni.

A mio avviso, la risposta non può che essere positiva: se detta preclusione ha la funzione di salvaguardare l'essenza del giudicato e, in concreto, di cristallizzare l'attribuzione dei beni della vita operata da una sentenza divenuta incontrovertibile, allora ogni giudicato deve esserne accompagnato, indipendentemente da quale sia l'oggetto del giudizio da cui è scaturito. D'altro canto, è proprio questa la replica comunemente fornita dalla dottrina ⁽⁸³¹⁾.

Tuttavia, con riferimento alle azioni di impugnativa contrattuale, il principio per cui la *res iudicata* copre il dedotto e il deducibile ha un campo di applicazione relativamente ridotto.

Per chiarire tale affermazione, occorre ripartire dalla nozione di deducibile, ossia del fattore che maggiormente incide nella determinazione della gittata della preclusione. Come detto, sono fatti deducibili soltanto quelli rilevanti rispetto all'oggetto della prima pronuncia e conosciuti dalla parte interessata ad allegarli: si tratterà dei fatti che compongono la fattispecie costitutiva in senso stretto della situazione giuridica fatta valere in giudizio, nonché dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi che formano la corrispondente fattispecie in senso ampio. Altri e diversi fatti non potranno, invece, cadere sotto la scure della preclusione in esame.

intorno alle eccezioni, come a tutti gli elementi della motivazione, può quindi sempre rinnovarsi [...] «tutte le volte che ciò possa farsi senza attentare all'integrità della situazione delle parti fissata dal giudice rispetto al bene della vita controverso»; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 306, per cui, secondo un "criterio generale", la situazione di vantaggio del convenuto può essere fatta valere in via di autonoma domanda, "con un solo, ma importante limite: è necessario che l'eventuale riconoscimento della situazione soggettiva non implichi l'automatico disconoscimento del bene della vita, attribuito dalla precedente sentenza. Pertanto, l'esercizio in via autonoma di un diritto [...] che, pur essendo stato dedotto *ope exceptionis*, sia stato negato, è precluso dall'autorità di cosa giudicata, ove ponga in discussione l'esistenza del rapporto giuridico, riconosciuto all'attore dalla precedente pronuncia".

⁽⁸³⁰⁾ Per una dettagliata disamina della preclusione in parola si rinvia al paragrafo 30.

⁽⁸³¹⁾ Di tale avviso sono R. CAPONI, *Azione di nullità* cit., p. 97; G. MASSETANI, *Considerazioni schematiche* cit., pp. 345-346; L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., p. 21 ss.; E. REDENTI, *Sull'«assorbimento» di eccezioni* cit., pp. 621-622, che parla di "interferenza preclusiva" e che scrive: "il cosiddetto «assorbimento» non va concepito [...] come un fenomeno che si traduca in un contenuto materiale positivo del giudicato, bensì come un fenomeno di preclusione meramente negativa, derivante dal fatto della parte di non aver opposta a tempo e luogo l'eccezione. In parole povere: non l'hai opposta quando potevi? Mal per te. Non puoi più rifarti a caso vergine. L'azione altrui, non avendo incontrato nel suo esercizio quell'ostacolo, ha avuto successo; *consummatum est*. Questo successo non puoi più cancellarlo né infirmarlo, altrimenti andrebbe perduto quel carattere di «definitività», che deve avere l'esito di qualunque giudizio di merito, per una esigenza sociale di certezza (fissazione), che prevale anche sulla esigenza di giustizia intrinseca dell'esito stesso"; P. C. TACCHI-VENTURI, *I limiti oggettivi* cit., p. 1208 ss. *Contra*, con riferimento alle ipotesi in cui l'azione di impugnativa sottenda un diritto potestativo sostanziale o a necessario esercizio giudiziale, cfr. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 275, anche nt. 137, sulla cui teoria v. *infra*, nel prosieguo del presente paragrafo.

Tenendo a mente la definizione appena ricordata, cerchiamo, dunque, di indagare come il principio del dedotto e del deducibile si atteggi nelle situazioni analizzate nel corso della presente sezione.

Quando viene promossa un'azione di impugnativa contrattuale a carattere costitutivo, l'oggetto dell'accertamento è rappresentato dal singolo diritto potestativo azionato, individuato sulla base del singolo fatto storico che ne rappresenta la fonte ⁽⁸³²⁾. I fatti deducibili sono i fatti che danno origine a quel determinato diritto, nonché quelli che ne impediscono l'insorgere, lo modificano o lo estinguono. Non altri. Si prenda, quale esempio, il diritto potestativo di annullamento di un contratto per errore sull'identità dell'altro contraente. Ai fini della decisione su di esso, sono rilevanti (e, quindi, deducibili) (i) la falsa rappresentazione della realtà in cui un contraente è incorso circa l'identità della controparte e (ii) la riconoscibilità di tale falsa rappresentazione da parte di quest'ultima. Non assume, invece, la benché minima rilevanza la sussistenza di ulteriori vizi da cui il contratto sia eventualmente affetto: per statuire sul diritto che viene sottoposto alla sua attenzione, il giudice non ha alcun bisogno di valutare se l'attore abbia stipulato il contratto in stato di pericolo, o perché minacciato, o se la prestazione che grava su di lui sia divenuta impossibile o se la controparte si sia resa inadempiente; e ciò in quanto nessuna di queste circostanze ha alcuna influenza sull'esistenza del diritto potestativo di annullare il contratto per errore sull'identità dell'altro contraente. Perciò, quando una domanda di impugnativa di natura costitutiva viene decisa con sentenza passata in giudicato, nessuna delle ulteriori fattispecie che inficiano la validità o l'efficacia del medesimo contratto è vittima della preclusione del dedotto e del deducibile: non è stata dedotta e non era nemmeno deducibile.

Il ragionamento è molto simile per l'ipotesi in cui venga instaurata un'azione di impugnativa contrattuale con carattere di mero accertamento. In tali casi, l'oggetto dell'accertamento è l'effetto estintivo del rapporto giuridico complesso, individuato sulla base dei fatti storici che lo generano ⁽⁸³³⁾. Ancora una volta, i fatti intaccati dalla preclusione in parola non sono molti. Si pensi all'azione di risoluzione per inadempimento *ex art. 1454 c.c.* L'organo giudicante ha la necessità di verificare che: (i) vi sia un inadempimento di non scarsa importanza; (ii) sia stata inviata una valida diffida ad adempiere ⁽⁸³⁴⁾; (iii) l'inadempimento si sia protratto fino al termine indicato nella diffida stessa. Che nella scheda contrattuale compaia una clausola risolutiva espressa o un termine essenziale, o che il consenso del diffidante sia stato carpito con dolo, o che costui abbia subito una lesione *ultra dimidium* non è di alcun interesse per il magistrato cui è sottoposta la controversia, essendo siffatte evenienze estranee all'oggetto del giudizio, retto da una domanda eterodeterminata. Ebbene, anche in questa prospettiva, la preclusione del dedotto e del deducibile non tange le patologie del contratto diverse da quelle dedotte nel primo giudizio ⁽⁸³⁵⁾.

⁽⁸³²⁾ È questa la conclusione cui si è arrivati *supra*, par. 36.6.

⁽⁸³³⁾ Cfr. *supra*, par. 38.

⁽⁸³⁴⁾ Avente le caratteristiche descritte al paragrafo 9.1.1.

⁽⁸³⁵⁾ In tal senso si esprime A. SEGNI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 356, per cui il principio del dedotto e del deducibile "si applica nei limiti della *res in iudicium deducta*, non a distinte azioni".

Il principio di cui si discorre dà adito, invece, a maggiori difficoltà applicative laddove i vizi che causino l'inefficacia del contratto assurgano a fatti estintivi del diritto azionato in giudizio. Si pensi ai casi in cui un contraente incardini un'azione per vedere accertata la sussistenza di un proprio diritto scaturente da un contratto, nonché per sentire condannare la controparte all'adempimento della corrispondente obbligazione, e il giudizio si chiuda con una pronuncia di accoglimento. In tale contesto, il canone del dedotto e del deducibile consente di delineare i rapporti che intercorrono tra il processo sul singolo diritto contrattuale e un'eventuale successiva azione di impugnativa del contratto.

Si possono isolare due differenti ipotesi.

Innanzitutto, può accadere che gli elementi meramente fattuali che compongono la fattispecie costitutiva in senso stretto degli effetti estintivi del contratto non si verifichino nel corso del primo giudizio; o meglio, che non intervengano prima dell'ultima udienza di precisazione delle conclusioni che si celebra nel procedimento. Ciò può verificarsi solo rispetto alle ipotesi di risoluzione, che afferiscono a vizi funzionali del contratto, e non rispetto a quelle di annullamento e rescissione, le quali afferiscono a vizi originari dell'accordo, che entrano nel mondo dei fenomeni giuridici prima della, o contestualmente alla, conclusione dello stesso.

In tale scenario, il problema dei rapporti tra regiodicata sui diritti contrattuali e successiva azione di impugnativa va risolto in forza dei criteri che regolano i limiti cronologici (e non quelli oggettivi) del giudicato. È indubbio che le componenti fattuali dell'effetto estintivo non rientrino nell'area del deducibile, in quanto non ancora esistenti all'epoca del primo processo, e rimangano liberamente allegabili in ulteriori processi (si pensi all'inadempimento, o agli eventi straordinari e imprevedibili che rendano una prestazione eccessivamente onerosa, o ancora all'impossibilità sopravvenuta). Così, la parte interessata potrà esercitare i propri diritti potestativi di impugnativa o far valere l'effetto risolutivo non appena siano venuti alla luce tutti gli elementi fattuali della fattispecie costitutiva di tale effetto e il secondo giudice non subirà alcuna preclusione dal precedente giudicato sui diritti contrattuali; anzi, la sentenza da lui pronunciata sarà idonea a scardinare la statuizione su detti diritti, in quanto fondata su fatti sopravvenuti.

La seconda evenienza che si può immaginare è la seguente: i fatti che danno origine all'effetto caducatorio si sono già verificati in pendenza del primo processo, ma la parte legittimata non ha esercitato i propri diritti potestativi di impugnativa e non ha dedotto tali fatti con lo strumento dell'eccezione.

Sull'operatività della preclusione da deducibile la dottrina si mostra divisa.

Su un fronte si schierano gli interpreti che negano la successiva esperibilità delle azioni di impugnativa. Essi osservano che dette azioni tendono a realizzare situazioni opposte rispetto a quelle accertate dalla prima sentenza, travolgendo, per lo più *ex tunc*, gli effetti negoziali riconosciuti. Allora, in un'ottica di salvaguardia della stabilità del giudicato, è preferibile qualificare come deducibili tutti i diritti potestativi di impugnativa non esercitati e tutti i fatti estintivi non dedotti, e conseguentemente precludere tutte le azioni di impugnativa – siano esse costitutive o di mero accertamento – che possano paralizzare la

pronuncia divenuta incontrovertibile. Del resto, si fa notare, nelle ipotesi in esame il potere di modificazione era già esistente all'epoca del primo processo, sì che il suo titolare avrebbe potuto realizzare il mutamento giuridico sin da quel momento. Poiché non l'ha fatto, per causa interamente a sé imputabile, si deve ritenere che egli abbia rinunciato al proprio diritto potestativo e si deve impedirne il successivo esercizio ⁽⁸³⁶⁾.

Proprio sulla scorta di quest'ultima precisazione, peraltro, alcune voci minoritarie appartenenti al descritto orientamento specificano che condizione per l'operare della preclusione è che, ai tempi del primo giudizio, la parte interessata sapesse, o potesse venire a sapere sfruttando l'ordinaria diligenza, di essere titolare di un diritto potestativo di impugnativa o dell'esistenza dei fatti estintivi operanti *ipso iure* (ci si riferisce, come intuibile, all'impossibilità sopravvenuta della prestazione) ⁽⁸³⁷⁾.

Sul fronte opposto si pone, invece, chi crede che l'incontrovertibilità dei diritti derivanti da un contratto non impedisca l'impugnazione di quest'ultimo, laddove i diritti potestativi di impugnativa, pur astrattamente esistenti, non siano stati esercitati nel corso del primo giudizio. La pronuncia sul singolo effetto contrattuale si limita a riflettere lo stato in cui si trova il rapporto negoziale nel momento in cui il giudice compie l'accertamento e non può dar conto di – e così neppure precludere – modificazioni non attuali, discendenti da poteri non ancora attuati ⁽⁸³⁸⁾. In quest'ottica, che il fondamento del diritto potestativo di impugnativa fosse conosciuto o meno dal suo titolare non cambia il risultato: “le ragioni (scelta consapevole, dimenticanza oppure incolpevole ignoranza della

⁽⁸³⁶⁾ Di tale opinione sono E. FABIANI, *Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. proc.* 1998, p. 545, spec. 576; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., p. 236 ss.; K. HELLWIG, *System* cit., pp. 799 ss., 807 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 314 ss., che scrive: “non sembra dubbio che l'esercizio dell'azione di impugnativa del negozio accertato tende alla realizzazione di una situazione opposta rispetto a quella giudicata, travolgendo, per lo più *ex tunc*, gli effetti negoziali riconosciuti; così, ad esempio, l'eventuale accoglimento della domanda di annullamento della vendita fa venire meno l'obbligo di pagamento del prezzo, al cui adempimento sia stato, in ipotesi, condannato il compratore. Sotto questo profilo, dunque, tale azione contrasta col precedente giudicato e deve essere considerata inammissibile”; S. MENCHINI, *Il giudicato civile* cit., pp. 150-151; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 307, per il quale “va accertato, onde stabilire la proponibilità di una nuova domanda nella quale si riproduca come *causa petendi* quella che sarebbe stata allora *causa excipienda*, se vi sia inconciliabilità pratica tra il giudicato precedente e tale azione successiva fondata sulla *causa excipienda* non proposta”; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile* cit., p. 865, per il quale “nessuna concreta relazione giuridica tra le parti sarebbe realmente stabilita, se fosse consentito a quella soccombente di intentare un nuovo processo sulla base di una ragione, argomentazione, prova prima non addotta e idonea, in ipotesi, a far determinare diversamente la relazione fra le parti [...]. Quanto al convenuto, nessuno dubita che egli non possa intentare un nuovo processo [...], facendo valere in esso le eccezioni che avrebbe potuto opporre all'attore nel primo processo, sia pure che si tratti di eccezioni proponibili anche sotto forma di domanda e tendenti ad impugnare il contratto o l'atto su cui l'attore aveva fondato la sua propria domanda”; S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale* cit., p. 273 ss.; E. REDENTI, *Sull'«assorbimento» di eccezioni* cit., p. 620 ss.; S. SATTA, *Commentario* cit., vol. III, p. 67, per cui “nessuna eccezione, anche se formalmente non dedotta, sopravvive alla statuizione positiva sulla domanda”; e ciò accade soprattutto per “quelle eccezioni che possono essere proposte sotto forma di domanda, e cioè nelle varie impugnazioni (per dolo, errore, violenza, eccessiva onerosità, lesione, ecc.) che la legge consente”. In giurisprudenza, v. Cass., 7 ottobre 1967, n. 2326, in *Giust. civ.* 1968, I, p. 58, per la quale il giudicato formatosi su un diritto di credito, nascente da un rapporto di mutuo, preclude la proposizione in autonomo giudizio della domanda di annullamento dello stesso rapporto, in quanto diretta contro la *res iudicata*.

⁽⁸³⁷⁾ Così E. FABIANI, *Interesse ad agire* cit., p. 576; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 318.

⁽⁸³⁸⁾ Cfr. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 273.

fattispecie del proprio potere) rimangono irrilevanti in difetto di una precisa previsione legale di decadenza da quel potere ove esso, potendo essere esercitato, non venga esercitato in occasione del primo atto di (affermato) esercizio di un potere simile basato su altra fattispecie”⁽⁸³⁹⁾.

Per chi aderisce alla seconda ricostruzione descritta, la prima si presta “ad istituire una generalizzata possibilità di sfruttare il potere di azione in giudizio relativo a qualunque effetto negoziale onde mettere in mora la controparte quanto alla deduzione delle più svariate ragioni di impugnativa del negozio sottostante al diritto azionato, in un momento ben anteriore a quello segnato dai termini legali [...] e nel quale comunque essa potrebbe non essere preparata ad adempiere al suo onere probatorio”⁽⁸⁴⁰⁾. Per converso, escludere i diritti potestativi inattuati dalla sfera del deducibile tutela il principio dispositivo, inteso quale “principio di libera disposizione quanto all’esercizio dei diritti (qui potestativi), dei poteri sostanziali ed anche dei poteri modificativi ad attuazione giudiziaria alla parte spettanti”⁽⁸⁴¹⁾.

A mio avviso, la tesi più convincente risulta la prima, con l’attenuazione proposta dall’“ala minoritaria” della corrente dottrinale.

Si è visto che, in linea generale, tutti i fatti impeditivi, modificativi o estintivi di una situazione giuridica sostanziale rientrano nella definizione di “deducibile”, poiché la loro esistenza è rilevante ai fini della decisione sull’oggetto del processo. Quando viene dedotto in giudizio un diritto contrattuale, per determinarne l’effettiva sussistenza è dirimente sapere se il contratto è efficace o meno; sicché tutti i vizi che potrebbero estinguere il rapporto contrattuale sono astrattamente deducibili e – ove non dedotti, ma conosciuti o conoscibili con l’ordinaria diligenza – colpiti da preclusione.

Non mi sembra che la presenza di diritti potestativi nelle fattispecie costitutive in senso stretto degli effetti estintivi dei contratti possa scardinare tale regola, perché non credo che la libera facoltà di esercitare i poteri di modificazione possa essere dilatata a tal punto da annichilire la *res iudicata*. Chi abbraccia il secondo orientamento ricordato vuole evitare che il titolare di un diritto potestativo di impugnativa sia costretto a esercitarlo sol perché convenuto in giudizio per l’adempimento di un obbligo contrattuale. Eppure, a me pare che non si tratti di una coercizione e che, anche se lo fosse, comunque non sarebbe iniqua. Lo scenario di cui ci stiamo occupando è quello in cui gli elementi fattuali dai quali sorge il diritto potestativo si sono già verificati prima dell’ultima udienza di precisazione delle conclusioni del primo giudizio. Dunque, quando il titolare di tale diritto viene citato in giudizio per l’adempimento di un’obbligazione contrattuale, ha la possibilità di compiere una scelta strategica: contrastare le richieste della controparte attraverso l’immediato esercizio del diritto potestativo oppure tenere l’impugnazione del contratto “di riserva”, per spenderla in un momento successivo più favorevole alla sua proposizione. Il convenuto è libero di seguire questa seconda strada; tuttavia, non può pretendere di conservare l’impugnazione contrattuale per fronteggiare il diritto avversario in un secondo momento: di quel

⁽⁸³⁹⁾ C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 273. In senso analogo, si veda anche A. MOTTO, *Poteri* cit., p. 514.

⁽⁸⁴⁰⁾ C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 284.

⁽⁸⁴¹⁾ Le parole sono ancora di C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 275.

determinato diritto di ricevere quella determinata prestazione si sta discutendo nel processo pendente, e non si potrà più discuterne in altra sede. Pertanto, o il titolare del diritto potestativo gioca subito la carta dell'impugnativa contrattuale oppure non potrà più utilizzarla per disconoscere il diritto di titolarità dell'attore accertato con sentenza passata in giudicato.

Unica eccezione a tale regola è rappresentata dall'ipotesi in cui il titolare del diritto potestativo non fosse a conoscenza di averlo e non potesse scoprirlo usando l'ordinaria diligenza. In simili occasioni, infatti, non si possono addossare alla parte le conseguenze di una scelta che non ha potuto compiere.

Si badi, la disciplina qui accolta non comporta che i diritti potestativi non immediatamente esercitati o i vizi non immediatamente dedotti non possano più essere allegati in alcun successivo giudizio; se così fosse, infatti, si giungerebbe ad estendere ad essi la cosa giudicata "ad ogni effetto", epilogo che si è invece cercato di escludere per l'intero corso della trattazione. Al contrario, tale disciplina si limita a impedire che tali diritti e tali vizi possano essere fatti valere per scardinare il risultato del processo sul singolo diritto azionato ⁽⁸⁴²⁾.

Logicamente, tanto più ampio è l'oggetto del giudizio, tanto più estesa è la portata della preclusione da dedotto e deducibile che discende dalla sentenza che lo definisce. Così, se nel primo processo si è fatto valere più di un diritto derivante dal contratto e si è chiesta la condanna all'adempimento di più di un'obbligazione, i margini di successiva deduzione delle patologie contrattuali saranno inferiori. E, man mano che aumentano i diritti azionati, le possibilità di successiva allegazione dei vizi dell'accordo decrescono, fino ad azzerarsi nel caso, per vero di scuola, in cui un soggetto agisca in giudizio per domandare l'accertamento positivo di tutti i propri diritti derivanti dal negozio e l'accertamento negativo di tutti i diritti spettanti alla controparte, in tal guisa non lasciando alcuno spazio per ulteriori discussioni sull'efficacia del contratto (sempre salva, però, la conoscenza sopravvenuta di un vizio prima ignorato).

In definitiva, la preclusione del dedotto e del deducibile trova spazi applicativi modesti nel campo delle azioni di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto, mentre ha un maggior peso nel settore delle azioni con le quali si fanno valere uno o più diritti discendenti da un contratto.

⁽⁸⁴²⁾ Lo stesso vale anche per le ipotesi in cui, a fronte di una domanda di adempimento contrattuale, il convenuto sollevi una sola eccezione di impugnativa, benché ve ne siano altre già astrattamente proponibili. In proposito, cfr. C. FERRI, *Profili* cit., p. 111, che scrive: "poiché non sussiste a carico del convenuto l'onere di allegare tutti i fatti costitutivi del potere di modificazione fatto valere, la sentenza che respinge l'eccezione non impedisce la proposizione di altre domande od eccezioni dirette all'eliminazione degli stessi effetti negoziali e fondate su fatti diversi da quelli in precedenza allegati".

41. Considerazioni conclusive in merito all'oggetto del giudicato in relazione alle azioni di annullamento, rescissione, risoluzione del contratto e alle corrispondenti eccezioni

Siamo, così, giunti al termine dell'analisi relativa all'oggetto del giudicato a fronte di domande ed eccezioni di annullamento/annullabilità, rescissione/rescindibilità e risoluzione del contratto. Prima di addentrarci nell'indagine inerente agli effetti (preclusivi e conformativi) che tale regiudicata produce, può essere utile ricapitolare brevemente i risultati conseguiti.

Iniziamo dalle azioni costitutive. Quanto alle sentenze di accoglimento, l'efficacia di cosa giudicata assiste sia l'accertamento dell'esistenza del diritto potestativo di impugnativa, individuato sulla base del singolo vizio/fatto storico posto a fondamento della domanda, sia la statuizione sull'effetto estintivo. Quanto alle sentenze di rigetto, invece, l'efficacia di *res iudicata* si appunta solo sull'accertamento dell'inesistenza del diritto potestativo, senza coinvolgere l'effetto estintivo (per la banale ragione che non vi è alcun effetto estintivo da rendere stabile) ⁽⁸⁴³⁾.

Tale ricostruzione si pone, a mio avviso, quale punto di equilibrio tra la necessità di rispettare i diritti di azione e difesa delle parti e l'esigenza di tutelare l'essenza della cosa giudicata. Invero, la combinazione tra l'inquadramento del diritto potestativo di impugnativa tra quelli eterodeterminati, la riconduzione della *causa petendi* al concetto di fatto storico isolato alla luce della fattispecie astratta descritta dalla legge (piuttosto che al concetto di generico motivo giuridico) e la propagazione del giudicato agli effetti estintivi prodotti dalle pronunce di accoglimento permette, da un lato, di plasmare i limiti oggettivi della regiudicata sull'oggetto della domanda giudiziale e, dall'altro, di garantire che alla parte vittoriosa venga attribuito un bene della vita in modo irrettrabile.

Nell'ambito delle impugnative di mero accertamento, lo stesso risultato viene assicurato ancorando il giudicato all'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza dell'effetto risolutivo, individuato, ancora una volta, sulla base dei singoli fatti storici che vi danno origine ⁽⁸⁴⁴⁾.

Non si ignora che le tesi qui proposte possano presentare qualche criticità nelle ipotesi in cui le domande di impugnativa contrattuale vengano rigettate, restando sempre incardinabili contro il medesimo contratto ulteriori azioni di impugnativa diverse dalla prima. Tuttavia, le stesse parti sono dotate di mezzi idonei a ovviare a una simile problematica, senza che sia a tal fine indispensabile conferire al giudicato una portata eccessiva: se attore e convenuto desiderano porsi al riparo da future liti giudiziarie, possono ampliare l'oggetto del processo e, conseguentemente, del giudicato calibrando in modo oculato le proprie strategie processuali; in termini più espliciti, proponendo domande in via principale, in via riconvenzionale o in via di accertamento incidentale. Appare, dunque, più

⁽⁸⁴³⁾ Per l'esposizione dei ragionamenti che hanno condotto a tali conclusioni, si vedano i precedenti paragrafi 36.6 e 37.

⁽⁸⁴⁴⁾ Per le motivazioni a sostegno di tale scelta, cfr. *supra*, par. 38.

saggio lasciare alle parti le scelte difensive, e ricalcare la *res iudicata* sulle stesse, piuttosto che privarle dell'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, attribuendo alla cosa giudicata dei confini che li ignorino.

Quando, invece, l'attore agisce per la tutela di un proprio diritto derivante da un contratto e annullabilità, rescindibilità e risoluzione dell'accordo vengono fatte valere in via di eccezione, la regiudicata si forma soltanto sull'oggetto della domanda, e non sull'oggetto delle eccezioni. Le azioni di impugnativa del contratto restano, allora, liberamente esperibili, con il solo limite della preclusione del dedotto e del deducibile ⁽⁸⁴⁵⁾.

Prima di chiudere, pare opportuno svolgere poche sintetiche osservazioni in merito ai due delicati profili del giudicato implicito e della propagazione della regiudicata alla motivazione.

Anche nella prospettiva delle azioni e delle eccezioni in esame, rimangono valide le conclusioni che si sono raggiunte nel corso della precedente sezione ⁽⁸⁴⁶⁾. Quanto al giudicato implicito, si è rilevato che la figura non può trovare spazio nel nostro ordinamento, poiché, alternativamente, rende irretrattabili profili dei quali le parti non hanno mai discusso oppure si presenta come un duplicato del principio del dedotto e del deducibile. Quanto ai motivi della sentenza, si è detto che l'immutabilità non può mai estendersi agli stessi, salvo che essi incorporino decisioni di domande riconvenzionali o di accertamento incidentale, o decisioni di questioni sulle quali la legge impone statuizioni con efficacia di giudicato. La motivazione può, però, essere utile per determinare la portata degli effetti preclusivi o conformativi della regiudicata.

Tali risultati sono confermati da un'ulteriore circostanza, che si manifesta di frequente nel settore oggetto della presente sezione. Molto spesso, gli antecedenti logici "impliciti" e i motivi della decisione consistono in elementi meramente fattuali, i quali, come si è più volte sottolineato con l'avanzare della trattazione, non sono suscettibili di acquisire forza vincolante. Ad esempio, nelle azioni di impugnativa di carattere costitutivo, l'oggetto dell'accertamento coincide con il diritto potestativo azionato. I presupposti della sua esistenza sono rappresentati dai fatti che ne compongono la fattispecie costitutiva in senso stretto (falsa rappresentazione della realtà, minaccia, raggiro, inadempimento, eventi straordinari e imprevedibili, onerosità eccessiva di una prestazione, e così via). Chiaramente, la sussistenza del diritto potestativo presuppone la sussistenza di tutti i fattori che ne costruiscono la fattispecie; tuttavia, la statuizione sulla prima non è idonea ad assicurare l'incontestabilità della seconda. E discorso analogo può essere fatto per i casi in cui il giudice accerti l'insussistenza del diritto potestativo proprio per mancanza dei fondamenti fattuali del medesimo. Pertanto, in tutti i casi in cui le premesse logiche o i motivi della sentenza hanno carattere puramente fattuale, sugli stessi non può formarsi alcun giudicato, esplicito o implicito che sia.

⁽⁸⁴⁵⁾ Cfr. *supra*, parr. 39 e 40.

⁽⁸⁴⁶⁾ Per la disamina delle tematiche del giudicato implicito e dell'incontrovertibilità dei motivi delle pronunce, v. *supra*, parr. 28 e 29.

L'ulteriore argomento appena descritto non può, ovviamente, applicarsi alle ipotesi in cui gli antecedenti logici o i motivi delle pronunce riguardino, invece, questioni suscettibili di formare oggetto di autonomo giudizio: si pensi alle azioni di impugnativa di mero accertamento, in cui il *petitum* è l'effetto risolutivo e la *causa petendi* è il diritto potestativo sostanziale di risoluzione; o si pensi ai casi di rigetto dell'azione di impugnativa (costitutiva o di mero accertamento) per nullità del contratto. In simili occasioni, l'impossibilità di plasmare il giudicato anche sulle premesse logiche o sui motivi del provvedimento si fonda sulle (sole) ragioni già indicate nella scorsa sezione ⁽⁸⁴⁷⁾.

42. L'efficacia preclusiva del giudicato

Una volta delineati i confini dell'oggetto della regiudicata a fronte di domande di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto, nonché a fronte delle relative eccezioni, si possono ora analizzare le conseguenze che i risultati raggiunti producono in punto di efficacia preclusiva e conformativa della *res iudicata*.

Prendendo le mosse dagli effetti negativi/preclusivi della cosa giudicata, gli studiosi sono soliti esaminare separatamente quelli che derivano dalle pronunce di accoglimento e quelli che derivano dalle pronunce di rigetto. Anche in questa sede si procederà, dunque, a una disamina bipartita.

42.1. Le sentenze di accoglimento

La prima situazione che richiede attenzione è quella in cui sia stata proposta e accolta una domanda di annullamento, rescissione o risoluzione contrattuale. Il problema che si pone è se avverso il medesimo contratto possa essere avanzata analoga o diversa impugnazione.

Le ricostruzioni formulate in proposito sono tre e, per ragioni di completezza espositiva, sembra corretto dare conto di tutte (benché le conclusioni cui si è pervenuti sul tema dell'oggetto del giudicato rendano evidente quale sia quella che merita adesione).

Secondo una prima corrente dottrinale, l'accoglimento di una impugnativa contrattuale preclude ogni nuova impugnativa che sia rivolta contro lo stesso negozio, indipendentemente dal fatto che si tratti di azione diversa dalla precedente e indipendentemente dal fatto che si fondi su fatti non adottati prima. Gli autori che suggeriscono tale soluzione sono usualmente quelli che ampliano l'oggetto del giudizio fino a ricomprendervi l'intero rapporto soggetto a modificazione ⁽⁸⁴⁸⁾.

⁽⁸⁴⁷⁾ Cfr. *supra*, parr. 28, 29 e 31.

⁽⁸⁴⁸⁾ In proposito, cfr. E. T. LIEBMAN, *Azioni concorrenti*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, p. 54, spec. 61, secondo cui "le varie azioni d'impugnativa tendono tutte allo stesso risultato, che consiste in un mutamento giuridico da operarsi dalla sentenza. Perciò accolta un'azione, le altre risultano estinte direttamente, perché il loro scopo è raggiunto"; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile* cit., p. 400, per cui "è pacifico [...] che il giudicato il quale pronuncia la nullità, l'annullamento, la rescissione del contratto a seguito dell'accertamento dell'esistenza di uno di tali fatti impeditivi o estintivi preclude la proposizione di una successiva impugnativa negoziale fondata su di un altro fatto non dedotto nel primo giudizio".

Che un simile epilogo conduca a un'esorbitante dilatazione della preclusione da giudicato, in netto contrasto con i diritti di azione e difesa costituzionalmente garantiti, si è già detto ⁽⁸⁴⁹⁾. Può, qui, essere utile arricchire tale considerazione di ulteriore supporto con lo strumento dell'esemplificazione. Si immagini quanto segue. Un soggetto si presenta in gioielleria e, puntando la pistola contro la moglie del negoziante, riesce ad acquistare un diamante a un prezzo irrisorio; subito dopo il misfatto, rivende il gioiello a un suo conoscente, informandolo della provenienza dell'oggetto. Il gioielliere agisce in giudizio per ottenere la rescissione della compravendita ai sensi dell'art. 1447 c.c. e il giudice accoglie la domanda, con una sentenza che acquisisce efficacia vincolante. Ora, in forza dell'art. 1452 c.c., la rescissione del contratto non pregiudica mai i diritti acquistati dai terzi, e ciò a prescindere dal fatto che siano in buona o in mala fede. Per converso, l'annullamento dell'accordo produce effetti anche rispetto ai subacquirenti in mala fede (art. 1445 c.c.). Nello scenario descritto, dunque, il gioielliere avrebbe interesse a proporre un'azione di annullamento avverso la stessa compravendita, allo scopo di conseguire il diritto di recuperare il diamante dal terzo. Impedirgli di proporre la seconda impugnativa equivale a impedirgli di rientrare in possesso del bene, anche laddove, nel corso del primo processo, non fosse ancora a conoscenza della rivendita del diamante a soggetto informato della malefatta.

Non sembra, allora, che la conformazione dell'efficacia negativa del giudicato appena ricordata meriti approvazione.

Un secondo indirizzo considera preclusa ogni nuova domanda di impugnativa che miri a ottenere la produzione dello stesso effetto giuridico scaturente dalla pronuncia di accoglimento divenuta incontrovertibile. In quest'ottica, l'efficacia diretta del giudicato diviene operante nelle sole ipotesi in cui la domanda successiva abbia il medesimo *petitum* della precedente ⁽⁸⁵⁰⁾.

Rispetto ai casi in cui la seconda domanda di impugnativa abbia un diverso *petitum*, la tesi in esame è in grado di assicurare maggiore protezione ai diritti di azione e difesa delle parti,

Come ricordato *supra* (par. 36.4), per attenuare la severità dell'orientamento in esame, S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 318, propone di limitare l'effetto negativo alle sole azioni relative a diritti potestativi già conosciuti all'epoca del primo procedimento; "ragioni di equità e di opportunità pratica consigliano, tuttavia, la introduzione di una deroga al principio posto: sono preclusi dal giudicato i diritti potestativi sorti anteriormente ad esso, la cui esistenza fosse, però, conosciuta o quantomeno conoscibile dal titolare; *la conoscenza del potere* si presenta, cioè, come condizione della preclusione". L'Autore prosegue, scrivendo che "è la peculiare struttura delle situazioni soggettive in esame ad imporre un'attenuazione della regola, per la quale la preclusione investe tutti i fatti anteriori al giudicato, compresi quelli non conosciuti dall'interessato. Rimettendo la legge al privato, in presenza di certi presupposti, la scelta se realizzare o meno il mutamento della realtà giuridica esistente, condizione minima per il compimento della valutazione, e, quindi, per l'attuazione del potere, è la conoscenza della sua esistenza; ove questa manchi, il diritto di modificazione non è in realtà esercitabile e, perciò, non può neppure essere considerato precluso dal giudicato, per omissione di esercizio".

⁽⁸⁴⁹⁾ Cfr. *supra*, parr. 36.6 e 38.

⁽⁸⁵⁰⁾ Di tale avviso sono V. ANDRIOLI, *Lezioni* cit., p. 256, e ID., *Diritto processuale* cit., p. 327, secondo cui le azioni che mirano allo stesso effetto giuridico sono tra loro concorrenti, e, dunque, l'accoglimento dell'una rende superfluo l'esperimento dell'altra; C. FERRI, *Profili* cit., p. 118, per cui, "accertata l'esistenza del potere di modificazione e pronunciata la sentenza costitutiva, è precluso alle parti l'esercizio di successive azioni, dirette ad ottenere l'identico mutamento del rapporto"; C. FERRI, voce *Costitutiva* cit., p. 5.

perché consente alle stesse di dibattere in un successivo giudizio di effetti caducatori di cui non si è mai discusso prima. Rispetto ai casi in cui il *petitum* sia analogo, si possono prospettare due differenti situazioni. Se anche la *causa petendi* resta invariata, *nulla quaestio*: si rientrerà nel tipico campo di applicazione del principio del *ne bis in idem*, per cui non è ammesso che i giudici decidano due volte sullo stesso oggetto. Se, invece, la *causa petendi* cambia, un tema di compressione dei diritti delle parti potrebbe porsi.

Per verificare la tenuta di quest'ultima affermazione, è utile analizzare partitamente i tre diversi effetti estintivi che possono conseguire all'accoglimento di una domanda di impugnativa.

Cominciamo dal primo effetto che viene disciplinato dal codice civile, ossia l'annullamento. Come si ricorderà, tale effetto non presenta sempre le medesime caratteristiche. Quando l'annullamento si fonda su cause differenti dall'incapacità legale, esso non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede; quando, invece, dipende da incapacità legale, esso investe sempre i diritti acquistati dai terzi, indipendentemente dal titolo di acquisto e dallo stato di buona o mala fede in cui questi versino. Inoltre, mentre in presenza di errore, violenza e dolo ciascuna delle parti è tenuta a restituire all'altra tutte le prestazioni ricevute, quando il contratto viene annullato per incapacità di uno dei contraenti, costui non è tenuto a restituire all'altro la prestazione ricevuta, se non nella parte in cui è stata rivolta a suo vantaggio⁽⁸⁵¹⁾. Ne segue che, a valle di una pronuncia definitiva che annulla un certo contratto per errore, violenza o dolo, la parte legittimata potrebbe ancora avere interesse a ottenere un provvedimento di annullamento del negozio motivato dall'incapacità legale. Precludere la possibilità di incardinare una nuova azione di annullamento contro il medesimo contratto, ma fondata su una diversa *causa petendi*, potrebbe, dunque, ingiustificatamente limitare il diritto dell'incapace di trattenere una parte delle prestazioni ricevute o di recuperare i propri beni da terzi che su di essi abbiano acquistato diritti dalla controparte.

Volgendo lo sguardo alla rescissione, ci si trova di fronte a un quadro differente. L'effetto di rescissione è sempre identico: esso non pregiudica mai i diritti acquistati dai terzi (di buona o di mala fede, a titolo oneroso o a titolo gratuito), salvi gli effetti della trascrizione della domanda giudiziale⁽⁸⁵²⁾. Da ciò consegue che, se il primo giudice rescinde il contratto sulla base di un determinato motivo, l'attore non ha più alcun interesse a procurarsi una seconda rescissione del medesimo negozio, pur fondata su ragioni diverse. Tra le parti, anche la seconda azione produrrebbe effetti caducatori retroattivi fin dalla data di conclusione del contratto, al pari della prima. I terzi acquirenti di beni non soggetti a trascrizione sarebbero pregiudicati dalla seconda azione tanto quanto dalla prima, e cioè non sarebbero pregiudicati. Nelle ipotesi in cui si applicasse la disciplina della trascrizione: (i) se i terzi avessero acquistato e trascritto il proprio acquisto prima della trascrizione della prima domanda di rescissione, non sarebbero pregiudicati dalla prima e, a *fortiori*, nemmeno dalla seconda azione di

⁽⁸⁵¹⁾ Sussistono, poi, alcune ulteriori divergenze con riguardo agli effetti della trascrizione della domanda giudiziale e della sentenza di accoglimento; per approfondimenti, v. *supra*, par. 7.

⁽⁸⁵²⁾ Cfr. *funditus* par. 8.

rescissione; (ii) se i terzi avessero acquistato e trascritto il proprio acquisto dopo la trascrizione della prima domanda, i loro diritti sarebbero pregiudicati già dalla prima sentenza di accoglimento, e l'eventuale proposizione di una nuova domanda mirante allo stesso effetto estintivo non avrebbe alcuna utilità pratica; (iii) se i terzi avessero acquistato e trascritto il proprio acquisto dopo la trascrizione della seconda domanda di rescissione, varrebbe comunque quanto osservato *sub* (ii).

Quanto, infine, all'effetto di risoluzione del contratto, nella netta maggioranza delle occasioni esso non varia al variare del motivo di risoluzione. Tuttavia, esistono delle situazioni, pur inusuali, in cui, anche in seguito all'accoglimento di una domanda di risoluzione del contratto, una delle parti ha interesse a proporre una seconda ⁽⁸⁵³⁾. Si pensi al caso in cui, a valle di una sentenza di risoluzione per inadempimento *ex art.* 1453 c.c., il contraente considerato infedele proponga un'azione di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, allo scopo di tutelarsi contro un'eventuale domanda di condanna al risarcimento dei danni formulata dalla controparte. O ancora, si pensi ai casi in cui, con riferimento ai contratti a prestazione continuata o periodica, l'instaurazione dell'una o dell'altra azione di risoluzione determini delle differenze nel numero di prestazioni coinvolte dall'effetto risolutivo. Possiamo provare a costruire un esempio che espliciti l'affermazione. Due parti stipulano un contratto di somministrazione pluriennale, in virtù del quale ogni anno l'una consegna all'altra una certa quantità di legna da ardere alla fine del mese di ottobre, dopo aver ricevuto il pagamento anticipato del corrispettivo all'inizio dello stesso mese; il contratto contiene una clausola risolutiva espressa, che ne prevede la risoluzione *ipso iure* qualora il carico non sia consegnato entro metà novembre. Un anno, tale termine passa senza che il somministrante recapiti la legna e il somministrato dichiara di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa. A inizio dicembre, il somministrante consegna tardivamente i beni. A metà dicembre, il somministrato esperisce un'azione di risoluzione del contratto *ex art.* 1453 c.c., che il giudice accoglie. Se ci si pone nella prospettiva della data in cui è stata proposta la domanda di risoluzione, la prestazione eseguita a inizio dicembre dovrebbe rientrare tra quelle "già eseguite" e, quindi, non dovrebbe essere colpita dall'effetto risolutivo. Eppure, il somministrato potrebbe avere interesse a includere anche quella prestazione tra le caducate e a ottenere la restituzione del corrispettivo pagato (ad esempio, perché, in seguito all'inadempimento della controparte, si è attivato per comprare la stessa quantità di legna da un altro rivenditore). Ciò sarebbe possibile se il contratto venisse dichiarato risolto ai sensi dell'art. 1456 c.c.: invero, nella prospettiva del giorno in cui il somministrato ha esercitato il proprio diritto potestativo di risoluzione *ex art.* 1456 c.c. (metà novembre), la consegna dell'inizio di dicembre è una prestazione non ancora eseguita e, come tale, colpita dall'effetto risolutivo. Come si evince da questi esempi, precludere alle

⁽⁸⁵³⁾ *Contra*, v. A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione* cit., pp. 140-141, secondo cui, "se è stata proposta ed accolta la domanda di risoluzione, *nulla quaestio*: dato l'effetto costitutivo del relativo giudicato, nessuna ulteriore domanda [...] di risoluzione, che abbia il suo titolo nel rapporto ormai risolto, potrà essere proposta [...] per difetto di interesse (perché nessuno può avere interesse a far pronunciare due volte la risoluzione dello stesso rapporto)".

parti di incardinare una seconda azione di risoluzione fondata su un diverso motivo potrebbe condurre a un'indebita repressione di situazioni giuridiche soggettive a loro spettanti.

Pertanto, alla luce della disamina appena compiuta, sostenere che la *res indicata* precluda tutte le domande volte a ottenere lo stesso effetto prodotto dalla prima pronuncia non rappresenta sempre la soluzione migliore. Non lo è, quantomeno, in tutti i casi in cui una parte, pur a seguito di una iniziale pronuncia di accoglimento di un'azione di impugnativa contrattuale, abbia ancora interesse a far valere in giudizio un vizio del contratto diverso da quello di cui si è già trattato.

Si giunge, così, alla terza e ultima tesi prospettata, certamente preferibile, secondo la quale l'efficacia preclusiva del giudicato opera solo quando la seconda domanda abbia sia *petitum* sia *causa petendi* uguali alla prima, ossia nei casi in cui la parte fondi la propria impugnazione sul medesimo vizio contrattuale (nell'accezione di singolo episodio della vita). È questa la conclusione cui perviene chi ritiene che l'oggetto del giudizio sia, nelle azioni costitutive, il diritto potestativo azionato (oltre al corrispondente effetto caducatorio) e, nelle azioni di mero accertamento, il singolo effetto estintivo, entrambi rigorosamente eterodeterminati: la cosa giudicata ingloba solo la situazione giuridica fatta valere dall'attore, contestata dal convenuto, che il giudice ha conosciuto e sulla quale ha statuito; tutte le altre azioni di impugnativa relative a situazioni giuridiche differenti restano impregiudicate, anche se tendenti al medesimo effetto, anche se rivolte contro il medesimo contratto ⁽⁸⁵⁴⁾.

Come già notato in sede di analisi dell'efficacia negativa delle declaratorie di nullità del contratto ⁽⁸⁵⁵⁾, ciò non significa che il giudice adito per secondo possa effettivamente decidere la seconda impugnativa nel merito. Una simile pronuncia potrebbe, infatti, trovare ostacolo – non già nel principio del *ne bis in idem*, bensì – nella carenza di interesse ad agire: quando la seconda azione di impugnativa riguardi un effetto caducatorio diverso, sussisterà un effettivo interesse ad agire solo laddove per il secondo effetto vi sia spazio; quando la seconda azione riguardi un effetto analogo, vi sarà concreto interesse al suo esperimento solo nella misura in cui l'intensità degli effetti estintivi sia superiore ⁽⁸⁵⁶⁾. Così, anche

⁽⁸⁵⁴⁾ Così A. SEGNI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 353. In giurisprudenza, si vedano Cass., 25 maggio 1962, n. 1230, in *Giur. it. Mass.* 1962, p. 451; Cass., 21 gennaio 1957, n. 146, in *Foro it.* 1957, I, p. 563, che parla di efficacia limitata al “medesimo fatto giuridico specifico”; Trib. Caltanissetta, 15 marzo 1951, in *Giur. it. Rep.* 1951, p. 2236, per cui “nelle azioni costitutive la *causa petendi* è il fatto costitutivo del diritto al mutamento giuridico, e se concorrono più fatti che danno ciascuno diritto ad un'azione di annullamento sorgono altrettante azioni, con la conseguenza che la pronuncia sull'una passata in giudicato non preclude l'esame delle altre”; Cass., 19 agosto 1950, n. 2488, in *Giur. it. Mass.* 1950, p. 598.

⁽⁸⁵⁵⁾ Cfr. *supra*, par. 32.

⁽⁸⁵⁶⁾ L'osservazione è condivisa da M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 319 ss., nt. 59.4, per cui successive impugnative sono, “sotto il profilo teorico, sicuramente esperibili. Il problema si pone semmai in concreto, trattandosi di verificare se per esse sussista un effettivo interesse ad agire [...]: accolta la prima domanda, la seconda sarà sempre possibile purché presenti una qualche utilità residua”; L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., p. 21, secondo cui “il giudicato di accoglimento della domanda di invalidazione di un negozio [...] preclude ulteriori azioni di impugnativa dello stesso negozio non perché «copra» il nuovo assetto sostanziale delle relazioni giuridiche tra i litiganti, ma nei limiti in cui tale assetto fa venir meno l'interesse (art. 100 c.p.c.) a quelle ulteriori azioni: ad esempio, data la diversa efficacia nel tempo delle modificazioni sostanziali in discorso, il giudicato risolutivo del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta non preclude le impugnazioni dello stesso contratto per vizi del consenso, e la sentenza trascritta, passata in giudicato, che

riprendendo alcune esemplificazioni che si sono riportate nel corso del paragrafo, un'azione di annullamento per incapacità legale potrà essere incardinata avverso il medesimo contratto già annullato per errore, un'azione di risoluzione per impossibilità sopravvenuta potrà essere instaurata contro un accordo già risolto per inadempimento, e via dicendo.

L'altra situazione di cui occorre occuparsi è quella in cui la domanda formulata nel primo giudizio abbia ad oggetto uno o più effetti derivanti dal contratto e l'annullabilità, la rescindibilità o la risoluzione dell'accordo siano fatte valere in via di eccezione. Come si è visto, le eccezioni non estendono l'oggetto del giudizio e del corrispondente giudicato⁽⁸⁵⁷⁾, sicché, per valutare gli effetti preclusivi della pronuncia di accoglimento, si dovrà fare riferimento al/ai solo/i diritto/i azionato/i. Una volta accolta la domanda di mero accertamento di un diritto discendente da un contratto, o di condanna all'adempimento di una determinata obbligazione, la cosa giudicata precluderà a ogni altro giudice di decidere su analoga domanda, caratterizzata da identità di *petitum* e di *causa petendi*. Rispetto a eventuali successive azioni di impugnativa indirizzate contro il medesimo contratto non opera, invece, il principio del *ne bis in idem*, non costituendo le stesse oggetto del primo processo⁽⁸⁵⁸⁾.

42.2. Le sentenze di rigetto

Il dibattito inerente alla ricostruzione dell'efficacia preclusiva delle pronunce di rigetto corre su binari che non divergono da quelli descritti nel paragrafo precedente.

Iniziando sempre dai casi in cui, nel primo processo, sia stata promossa un'azione di impugnativa contrattuale (costitutiva o di mero accertamento), vi è, in primo luogo, chi opina che il rigetto di una domanda di impugnativa estende la propria efficacia negativa a ogni nuova domanda rivolta contro lo stesso contratto, anche laddove quest'ultima sia diversa dalla prima. Il ragionamento sottostante a una simile ampiezza della preclusione è il seguente: l'oggetto del giudicato si plasma sul regolamento dell'intero rapporto contrattuale intercorrente tra le parti, sicché la sentenza che respinge una domanda di annullamento, rescissione o risoluzione accerta in modo incontrovertibile l'efficacia del contratto; al fine di garantire che il bene della vita attribuito da tale provvedimento – ossia la certezza relativa all'efficacia del negozio – non venga disconosciuto, è vitale impedire qualsiasi domanda che

accoglie la domanda trascritta di annullamento del contratto per dolo, per violenza o per errore, non preclude la domanda di annullamento dello stesso per incapacità legale". Pone l'attenzione sulla disciplina sostanziale C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato* cit., p. 268, nota 119, il quale spiega: "la proposizione di un'azione costitutiva (caducatoria) dopo l'accoglimento di altra azione tesa ad un diverso effetto di modificazione [...] solleva per noi difficoltà e limiti non di diritto processuale (e ricollegantesi, come dovrebbe accadere per [Menchini], all'effetto negativo e/o conformativo dell'accertamento contenuto nel primo giudicato costitutivo), quanto di diritto sostanziale, ovvero derivanti dalla problematica possibilità [...] che un effetto ablativo più intenso (specie in termini di decorrenza e pienezza retroattiva) possa sovrapporsi ad altro effetto ablativo «minore». In talune ipotesi – si pensi all'effetto di annullamento dopo quello di risoluzione; o all'annullamento per interdizione rispetto a quello per vizi del volere (arg. ex art. 1445 c.c.) – una risposta positiva ci parrebbe plausibile".

⁽⁸⁵⁷⁾ Cfr. *supra*, par. 39.

⁽⁸⁵⁸⁾ I rapporti tra accertamento dei diritti contrattuali e impugnazioni del contratto saranno analizzati nel prosieguo del discorso: v. *infra*, par. 43.2.

miri all'ablazione degli effetti contrattuali ⁽⁸⁵⁹⁾. In tale prospettiva, sono colpiti dall'effetto negativo del giudicato anche i fatti che il soccombente ignorava nel corso del primo processo, mentre ne restano immuni tutti i vizi sopravvenuti rispetto alla formazione della regiudicata ⁽⁸⁶⁰⁾.

Come si nota, la preclusione propugnata dagli studiosi che aderiscono a questo approccio non è una preclusione da *ne bis in idem*, collegata all'identità delle azioni di impugnativa esperite, bensì una preclusione da dedotto e deducibile, che mira a salvaguardare l'intangibilità della cosa giudicata. In sostanza, tale concezione onera l'attore che intenda impugnare un contratto di dedurre immediatamente tutte le circostanze che possano fondare una pronuncia di inefficacia del medesimo ⁽⁸⁶¹⁾. Eppure, come rilevato in dottrina, un siffatto onere di allegazione non trova alcun addentellato normativo nel nostro ordinamento ⁽⁸⁶²⁾.

In aggiunta, la tesi in parola conduce a risultati iniqui, ossia non conformi al modo di essere del diritto sostanziale ⁽⁸⁶³⁾.

Trovano qui eco le riflessioni già svolte in diverse occasioni nel corso della trattazione ⁽⁸⁶⁴⁾, che ci si limita a riprendere brevemente. Dall'angolazione del diritto sostanziale, un determinato contratto può essere affetto da un solo vizio che ne inficia l'efficacia, oppure da una pluralità di vizi, siano essi genetici o funzionali, o appartenenti a entrambe le

⁽⁸⁵⁹⁾ Di tale avviso sono E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico* cit., p. 111, per cui, "accertata con valore di giudicato la validità e l'efficacia del negozio, quindi l'esistenza del complesso degli effetti negoziali, rest[a] precluso l'agire per annullamento, rescissione o risoluzione, tranne che (quanto alla risoluzione) per motivi posteriori al giudicato"; R. CAPONI, *Azione di nullità* cit., p. 97; L. COMOGGIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni* cit., p. 760, per i quali, "rigettata la domanda di annullamento del contratto per errore, sarà preclusa in altro processo qualsiasi altra domanda tendente alla dichiarazione di annullamento o inefficacia dello stesso contratto fondata su fatti che dovevano essere allegati e introdotti nel precedente processo"; G. MASSETANI, *Considerazioni schematiche* cit., p. 345, nitido nel dire che "l'impugnativa respinta impedisce altre impugnative"; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 320 ss., chiaro nell'indicare che la "reiterazione di domanda costitutiva, volta alla rimozione del negozio già precedentemente impugnato [...], pur essendo o per *petitum* o per *causa petendi* diversa rispetto a quella rigettata, risulta preclusa, in quanto tende a realizzare una situazione opposta a quella accertata con autorità di giudicato. Il bene della vita controverso è, nelle sentenze costitutive, la sussistenza o meno del rapporto giuridico, del quale è chiesta [...] la rimozione; la pronuncia di rigetto riconosce, allora, al convenuto [...] la sussistenza del rapporto, i cui effetti il ricorrente avrebbe voluto, invece, eliminati dal giudice; ne segue che la nuova domanda, avendo di mira l'attuazione di una situazione giuridica contraria rispetto a quella accertata dalla precedente pronuncia, rimette in discussione il bene della vita attribuito dal giudicato al vincitore ed è, quindi, da considerare inammissibile"; S. SATTA, *Commentario* cit., vol. III, p. 67 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass., 15 maggio 1984, n. 2965, in *Foro it.* 1984, I, p. 2997, con nota di V. COCCHI, *Orientamenti* cit.

⁽⁸⁶⁰⁾ Così E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico* cit., p. 111.

⁽⁸⁶¹⁾ Come osserva A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 529.

⁽⁸⁶²⁾ In tal senso si esprime C. FERRI, *Profili* cit., pp. 110-111.

⁽⁸⁶³⁾ Di tale opinione sono A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 531, per cui "l'applicazione del principio secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile conduce – se l'oggetto dell'accertamento sia l'esistenza del rapporto giuridico originario – a risultati iniqui"; F. P. LUISO, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 66, che scrive: "il giudicato che deriva da un processo con un oggetto ampio produce anche un preclusione ampia, e quindi rischia di condurre ad una decisione 'ingiusta' (cioè, non conforme al modo di essere del diritto sostanziale), perché i fatti non dedotti sono preclusi, e non potranno mai essere esaminati da alcun altro giudice".

⁽⁸⁶⁴⁾ In sede di valutazione della natura autodeterminata o eterodeterminata della domanda di nullità, nonché degli effetti negativi del provvedimento che la rigetta (v. *supra*, par. 20 e 32), in sede di individuazione dell'oggetto dell'accertamento nelle azioni di impugnativa costitutive (v. *supra*, par. 36.6) e di mero accertamento (v. *supra*, par. 38).

categorie. Quando il giudice si trova ad affrontare una domanda di impugnativa contrattuale, egli si concentra sui vizi dedotti a fondamento della medesima e, allorché ne ravvisi l'inesistenza, pronuncia una sentenza di rigetto. Difficilmente in un simile provvedimento si può rinvenire un accertamento dell'integrale efficacia del negozio; invero, il giudice non ha gli elementi necessari e sufficienti per esprimere tale opinione: se viene allegato l'inadempimento di un'obbligazione alla quale è apposto un termine essenziale e l'autorità giudicante verifica che il termine non è ancora scaduto, non si può inferire che la prestazione controversa è (altresi) possibile e non eccessivamente onerosa, perché nessuno dei litiganti ha mai dedotto alcunché in proposito; così come, se viene asserito che l'accordo è stato sottoscritto in uno stato di pericolo e il magistrato ne esclude la sussistenza, non si può desumere che non sussistessero nemmeno errori, minacce o raggiri. In tale scenario, inibire alle parti di introdurre nuove azioni di impugnativa contro lo stesso contratto per far valere vizi diversi da quello già dibattuto implica rendere incontrovertibile l'inesistenza degli stessi, benché nessuna autorità giurisdizionale abbia mai raggiunto tale conclusione.

Pertanto, la teorica in discorso non rispetta le garanzie costituzionali di azione, difesa e contraddittorio, e travisa il significato oggettivo delle pronunce di rigetto. Non sembra che occorra trovare ulteriori ragioni per bocciarla.

Un secondo filone di commentatori reputa che, a valle del rigetto della prima impugnativa, non siano più proponibili azioni tendenti al medesimo effetto estintivo, in quanto la non annullabilità, rescindibilità e risolubilità del contratto sono ormai divenute immutabili; viceversa, restano esperibili tutte le azioni di impugnativa che mirano a effetti differenti. Si tratta, come intuibile, delle conseguenze che discendono dall'individuazione dell'oggetto dell'accertamento nel singolo effetto ablativo e dalla declinazione in tale quadro del principio del *ne bis in idem* ⁽⁸⁶⁵⁾.

Anche a questo orientamento possono essere mosse le censure di iniquità che si sono poc'anzi delineate, benché i rischi che il *decisum* si distacchi dalla realtà siano più limitati: nelle

⁽⁸⁶⁵⁾ Così M. BOVE, *Lineamenti* cit., p. 228, per cui, "se è celebrato un processo sull'annullabilità di un certo contratto, è in questo processo che si devono spendere tutti i possibili motivi di annullabilità, perché l'oggetto di tale giudizio, e quindi del giudicato, è appunto il diritto all'annullamento del contratto. Se questo processo giunge ad una sentenza di rigetto della domanda di annullamento, non sarà possibile instaurare un altro processo sempre sull'annullabilità del contratto, magari spendendo motivi non spesi nel precedente processo, perché in questo è stato giudicato sulla non annullabilità del contratto. Ovviamente restano impregiudicate altre, ipotetiche, azioni di impugnativa, che si collegano ad altri tipi di modificazione giuridica, che non sono rientranti nel celebrato processo. Ossia il giudicato sull'azione di annullamento non impedisce giudizi, ad esempio, sulla risoluzione o sulla rescissione dello stesso contratto"; G. FRANCHI, *La litispendenza* cit., pp. 90-91, con una deroga per i rapporti tra annullamento e rescissione; G. GIANNOZZI, *La modificazione della domanda* cit., p. 112; E. T. LIEBMAN, *Azioni concorrenti* cit., p. 61, per il quale, se un'azione è respinta, "restano proponibili le altre"; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva* cit., p. 84 (se ben se ne coglie il pensiero). Si vedano, in giurisprudenza, Cass., 27 novembre 1986, n. 6991, in *Foro it.* 1987, I, p. 446, con nota di A. PROTO PISANI, *Note problematiche* cit., secondo la quale la sentenza definitiva con cui è stata respinta una domanda di rescissione di un contratto preliminare non esplica influenza nel successivo processo in cui sia proposta una domanda di annullamento dello stesso preliminare; App. Roma, 5 giugno 1959, in *Giust. civ. Rep.* 1959, p. 748, per cui, nel giudizio promosso per l'annullamento del contratto per vizio del consenso, nessuna influenza può esercitare il giudicato formatosi nel giudizio, precedentemente svoltosi tra le stesse parti, in punto di rescissione del medesimo per lesione.

ipotesi di risoluzione, se il giudice accerta che non sussiste un grave inadempimento di un'obbligazione contrattuale, non esprime alcuna valutazione su eventuali ulteriori inadempienze riferibili a prestazioni diverse, o sulla possibilità di tali prestazioni, o ancora sulla ragionevole onerosità delle medesime; parimenti, nelle ipotesi di annullamento, se il giudice esclude l'esistenza di un errore essenziale, non per questo esamina anche profili di violenza o di dolo, o la sussistenza di errori aggiuntivi; ecc. E ciò in quanto, se le parti non allegano – e *a fortiori* se non conoscono – vizi del contratto diversi da quello dedotto, l'attività cognitiva dell'organo giudicante non può spingersi a tal punto; tanto più che i motivi che sorreggono l'annullabilità e la rescindibilità del contratto non sono rilevabili d'ufficio, nemmeno se emergenti *ex actis* ⁽⁸⁶⁶⁾.

Insomma, la preclusione di successive azioni di impugnativa che mirino allo stesso effetto cagiona l'impossibilità per le parti di azionare diritti non ancora sottoposti al vaglio di alcuna autorità giudiziaria, sottraendoli così alla tutela giurisdizionale che dovrebbe esser loro concessa.

E allora, all'interprete che ponga i diritti garantiti dall'art. 24 Cost. come pietra angolare della costruzione del giudicato non resta che scartare anche la seconda tesi ricordata e individuare un'efficacia preclusiva ancor più ristretta. Per consentire alle parti di sottoporre al giudizio del magistrato le domande sulle quali costui non ha ancora deciso e per evitare che il giudicato copra ciò che non è stato chiesto, pare opportuno precludere le sole azioni di impugnativa contrattuale che puntino al medesimo effetto estintivo e che siano fondate sul medesimo fatto storico già dedotto nel primo processo, lasciando, invece, liberamente proponibili tutte le ulteriori azioni di impugnativa fondate su fatti storici diversi, a prescindere dalla circostanza che mirino o meno allo stesso effetto caducatorio ⁽⁸⁶⁷⁾.

⁽⁸⁶⁶⁾ Come si è visto *supra*, parr. 12 ss.

⁽⁸⁶⁷⁾ In tal senso, cfr. E. BETTI, *Diritto processuale* cit., pp. 179-180; G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., pp. 320-321, il quale sottolinea che, “se si hanno più fatti che danno diritto a una azione d'annullamento, in realtà si hanno altrettante azioni quanti sono i fatti che le originano [...]”; respinta un'azione d'impugnazione può proporsi la stessa impugnazione per un'altra causa, anche di genere prossimo”; C. FERRI, *Profili* cit., p. 118, per il quale, “se la domanda viene respinta [...], la parte può proporre una nuova domanda, fondata sui fatti costitutivi che non hanno formato oggetto del precedente accertamento”; C. FERRI, voce *Costitutiva* cit., p. 5, il quale precisa che, quando il diritto potestativo sorge da fattispecie autonome e strutturalmente distinte, tra loro equivalenti, ma caratterizzate dall'identità di effetto giuridico (l'esempio che l'Autore porta è quello dei vari vizi che inficiano un contratto rendendolo annullabile), si ha un concorso di azioni costitutive tendenti allo stesso risultato: se una domanda viene respinta, “restano proponibili le altre”; G. A. MICHELI, *Corso* cit., vol. I, p. 34; L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., pp. 22-23, 33, per cui “il giudicato di rigetto della domanda di invalidazione di un negozio, consistendo nell'accertamento negativo del diritto o potere dell'attore di ottenere la richiesta tutela o sanzione come reazione ad un *determinato fatto* che lo stesso attore ha qualificato antigiuridico, non gli preclude successive azioni di impugnazione dello stesso negozio – pur se dirette ad un effetto invalidante di contenuto identico a quello precedentemente richiesto – fondate sulla *deduzione di diversi fatti antigiuridici*” (corsivo mio); i fatti devono essere valutati alla luce della tutela richiesta: così, una seconda domanda fondata sugli stessi fatti è preclusa, se mira ad ottenere la stessa tutela giuridica, ossia lo stesso effetto; non è, invece, impedita se l'effetto sanzionatorio richiesto è differente; R. SACCO, *Le invalidità* cit., p. 609, per cui “il vizio posto alla base della domanda costituisce la *causa petendi*; il giudizio è perciò limitato a quel vizio, e il giudicato si forma su quel solo vizio”; P. C. TACCHI-VENTURI, *I limiti oggettivi* cit., p. 1209; G. VERDE, *Diritto processuale* cit., vol. II, p. 295: “il rigetto della domanda di annullamento del contratto per errore preclude la possibilità di chiedere l'annullamento per altro vizio della volontà [...] o l'annullamento per incapacità o l'invalidazione o

Ciò si pone in perfetta armonia con le conclusioni che si sono raggiunte in punto di oggetto del giudicato inerente alle pronunce che rigettano domande di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto ⁽⁸⁶⁸⁾. Esso corrisponde, nel campo delle azioni costitutive, all'(in)esistenza del diritto potestativo di impugnativa e, nel campo delle azioni di mero accertamento, all'(in)esistenza dell'effetto risolutivo; entrambi individuati dal singolo vizio/episodio della vita dedotto a fondamento della domanda. Pertanto, poiché ai fini dell'applicazione del *ne bis in idem* occorre l'identità di tutti gli elementi di identificazione della domanda, sono toccate dagli effetti negativi del giudicato solo le azioni che presentano uguali *personae*, uguale *petitum* e uguale *causa petendi* ⁽⁸⁶⁹⁾; tutte le altre, restano impregiudicate.

comunque la dichiarazione di inefficacia per fatti che potevano essere azionati già al tempo del primo processo? Si giustifica la risposta affermativa in base all'esigenza di *effettività della tutela*. Ma, così ragionando, non si evita una sostanziale petizione di principio: vero è, infatti, che l'effettività della tutela va rapportata a ciò che ha costituito oggetto della lite e che ciò che ha costituito oggetto della lite non dipende dalle esigenze di effettività, ma da scelte del diritto sostanziale. Insomma, la risposta positiva o negativa al quesito proposto dipende dall'interpretazione della disciplina positiva, nel senso che vi sarà assorbimento e, quindi, massima estensione del giudicato soltanto a patto di costruire il diritto all'invalidazione come diritto unitario pur se basato su di una pluralità di fatti costitutivi considerati come alternativamente concorrenti"; G. VERDE, *Il nuovo processo di cognizione: lezioni su primo grado e impugnazioni in generale*, Napoli, 1995, p. 231. In giurisprudenza, si vedano le risalenti Cass., 25 maggio 1962, n. 1230, in *Giur. it. Mass.* 1962, p. 451, per la quale "nelle azioni costitutive la *causa petendi* è data dal fatto dal quale si assume derivare il diritto al mutamento giuridico, per cui, ove più siano i fatti su cui si voglia fondare tale diritto, da ciascuno di essi deriva una azione distinta ed una differente *causa petendi*, per modo che la pronuncia ottenuta su una di queste, che abbia acquistato autorità di giudicato non può precludere l'esame delle altre"; Trib. Caltanissetta, 15 marzo 1951, in *Giur. it. Rep.* 1951, p. 2236, per cui "nelle azioni costitutive la *causa petendi* è il fatto costitutivo del diritto al mutamento giuridico, e se concorrono più fatti che danno ciascuno diritto ad un'azione di annullamento sorgono altrettante azioni, con la conseguenza che la pronuncia sull'una passata in giudicato non preclude l'esame delle altre"; Cass., 19 agosto 1950, n. 2488, in *Giur. it. Mass.* 1950, p. 598.

Abbracciano, invece, l'idea, maggiormente preclusiva, secondo cui gli effetti negativi intaccano tutte le domande al cui fondamento venga posto il medesimo motivo giuridico astratto (a prescindere, dunque, dall'identità del singolo episodio della vita che si sussume in quel motivo) V. ANDRIOLI, *Diritto processuale* cit., pp. 327, 996; V. ANDRIOLI, *Lezioni* cit., p. 256; N. COVIELLO, *Manuale* cit., p. 560, che scrive: "se in un giudizio d'annullamento d'un contratto per errore l'attore perdetto, egli potrà di nuovo domandare l'annullamento per un altro vizio di consenso, cioè per violenza o per dolo"; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale* cit., p. 190 ss., anche nt. 51, che portano il seguente esempio: "quando fosse stata respinta con sentenza passata in giudicato la domanda di annullamento del contratto per errore, ad es., sull'autore del quadro, non si potrebbe proporre un'altra domanda di annullamento dello stesso contratto per errore ad es. sulla cornice; ma si potrebbe proporre l'azione di annullamento di quel medesimo contratto facendo valere un fatto di violenza". In giurisprudenza, si vedano Cass., 9 gennaio 1993, n. 141, che ha ritenuto diverse le azioni di annullamento per dolo o per incapacità; Cass., 3 dicembre 1984, n. 6301, che ha considerato diverse le azioni di annullamento del contratto per dolo e per violenza.

Peculiare è la tesi di M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 316 ss., secondo cui il rigetto di una domanda di annullamento o rescissione non preclude una successiva domanda di risoluzione per impossibilità o eccessiva onerosità sopravvenuta, la quale, a sua volta, non impedisce un'istanza di risoluzione per inadempimento (per la ricostruzione dell'oggetto dei processi di impugnativa nel pensiero dell'Autore, v. *supra*, par. 36.5).

⁽⁸⁶⁸⁾ Cfr. *supra*, parr. 36.6 e 38.

⁽⁸⁶⁹⁾ Sull'uguaglianza della *causa petendi* giova svolgere qualche ulteriore precisazione. Si è detto che la *causa petendi* è costituita dal singolo fatto storico, modellato sullo schema della norma giuridica che lo contempla (cfr. *supra*, parr. 19.2.1, 36.6 e 41). Ciò comporta che, se il fatto materiale rimane identico, ma cambia la fattispecie legale in cui si iscrive, muta la *causa petendi*. L'opinione è condivisa da C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale* cit., p. 191, nt. 51; L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., p. 23, il quale scrive: "poiché l'accertamento-cosa giudicata contiene i fatti nei limiti in cui sono necessari ad individuare la tutela concessa o negata in ragione di determinati eventi o comportamenti che si assumono antigiridici, e non nella loro «materialità» o «storicità»,

Giova esplicitare che al modello proposto non può essere rimproverato di favorire conflitti di giudicati, come *prima facie* potrebbe sembrare. Senz'altro è vero che, restringendo l'efficacia preclusiva della *res iudicata* come qui suggerito, può capitare che: dopo che un giudice abbia escluso l'annullamento di un contratto per assenza di errori, un altro ne provochi la caducazione per sussistenza di dolo; dopo che un giudice abbia rigettato una domanda di risoluzione per inadempimento, un altro accolga una domanda di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta; dopo che sia stata respinta una domanda di rescissione per lesione, venga accolta una domanda di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, e così via. Tuttavia, tra le coppie di provvedimenti menzionati non corre alcun contrasto di giudicati: essi sono tra loro giuridicamente compatibili e possono logicamente convivere, in quanto è lo stesso diritto sostanziale ad ammettere che un determinato negozio sia affetto da alcuni vizi e non da altri. Non si crea, dunque, alcuna breccia nell'intangibilità del precedente giudicato.

L'unico svantaggio della teorica che stimo preferibile è che il convenuto vincitore non riesce a schermarsi, tramite il principio del *ne bis in idem*, da altri successivi processi. Eppure, si è già rilevato che questa non è altro che una conseguenza inevitabile del modo in cui la patologia negoziale opera nel nostro ordinamento giuridico ⁽⁸⁷⁰⁾ e non è, quindi, idonea a indurre un ripensamento delle convinzioni già espresse ⁽⁸⁷¹⁾.

Occorre, ora, volgere l'attenzione alle ipotesi in cui la domanda principale sia una domanda di accertamento o di condanna relativa a uno o più diritti derivanti dal contratto e

se i predetti fatti-base della respinta impugnazione per dolo sono, in successivo giudizio, dedotti come una falsa rappresentazione della realtà che concorre a costituire la fattispecie giustificatrice di una rescissione per lesione, non v'è qui preclusione di precedente giudicato, poiché sono diversi sia l'effetto sanzionatorio richiesto sia i fatti antiggiuridici che sostengono tale richiesta; ancora, se i fatti-base della respinta impugnazione per errore sono adottati, in un successivo giudizio, come falsa rappresentazione della realtà che concorra a dimostrare il dolo, non v'è preclusione per precedente giudicato perché la parziale identità «materiale» o «storica» dei fatti non esclude la diversità di fattispecie giuridicamente giustificativa sia pur di un effetto sanzionatorio (annullamento) identico a quello prima negato". Di contrario avviso si mostra G. F. RICCI, *Diritto processuale* cit., pp. 313-314.

Si noti, comunque, che il fatto storico su cui si fonda la domanda rimane identico anche quando mutano uno o più fatti secondari, ossia quei fatti che riguardano esclusivamente le modalità di azione, o le circostanze di tempo e di luogo in cui la stessa si è svolta: v. G. F. RICCI, *Diritto processuale* cit., pp. 311-312, il quale, esemplificando, spiega che, respinta una domanda di annullamento per violenza morale, non sarà proponibile una nuova domanda di annullamento basata su ulteriori modalità attraverso le quali è stata perpetrata la stessa violenza (diverso luogo, diversa data, ecc.).

⁽⁸⁷⁰⁾ Per le plurime ragioni, di carattere sostanziale e di carattere processuale, che sorreggono tale affermazione si rinvia a quanto esposto al precedente paragrafo 37.

⁽⁸⁷¹⁾ Un'ipotesi particolare, che non rientra strettamente nell'oggetto del presente paragrafo, è quella di proposizione di una domanda di adempimento in seguito al rigetto di una domanda di risoluzione. In tal caso, sembra preferibile permettere al contraente fedele di agire per l'adempimento, dal momento che il rigetto della domanda di risoluzione lascia fermi il vincolo contrattuale e gli obblighi di adempimento delle parti (v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V cit., p. 330; C. CONSOLO, *Il concorso di azioni* cit., p. 787 ss.). "Del resto, come si potrebbe a fini preclusivi oppor[re al soccombente] la scelta che egli aveva pensato di compiere a favore della risoluzione, ma che non poté in effetti realizzare in quanto consta ormai, per l'effetto di giudicato della prima sentenza, che a lui non spettava una dualità di rimedi?": così C. CONSOLO, *Il concorso di azioni* cit., p. 788. *Contra*, A. SEGNI, *Della tutela giurisdizionale* cit., p. 354, per il quale "il giudicato formatosi nel giudizio sull'una azione preclude in ogni caso l'altra".

l'annullabilità, la rescindibilità o la risoluzione del negozio compaiano sulla scena processuale con la veste di eccezioni. Le uniche domande che risultano precluse dal giudicato di rigetto sono le stesse domande già respinte, ossia le domande di accertamento o di condanna aventi ad oggetto i medesimi diritti su cui il precedente giudice ha statuito. Eventuali azioni di impugnativa del contratto non sono, invece, colpite dall'efficacia negativa della cosa giudicata e restano liberamente esperibili. Ciò indipendentemente dal fatto che la prima domanda sia stata respinta in ragione della ritenuta fondatezza di un'eccezione di impugnativa, in quanto le valutazioni sulle eccezioni non sono idonee ad acquisire alcuna forza vincolante ⁽⁸⁷²⁾.

43. L'efficacia conformativa del giudicato

Esaurita l'analisi degli effetti negativi/preclusivi del giudicato, l'ultima tematica che resta da affrontare nell'ambito della presente sezione riguarda gli effetti positivi/conformativi che lo stesso è in grado di esplicitare in successivi processi.

La disamina si presenta alquanto articolata, poiché le situazioni in cui l'efficacia positiva della *res indicata* può potenzialmente imporsi sono svariate. In astratto, se ne possono immaginare quattro. Innanzitutto, potrebbe accadere che un contraente faccia valere in giudizio un diritto dipendente dall'efficacia o dall'inefficacia del negozio investito da una precedente azione di impugnativa contrattuale. In secondo luogo, in seguito al passaggio in giudicato di una sentenza di accertamento o di condanna avente ad oggetto uno o più diritti derivanti da un contratto, quest'ultimo potrebbe essere impugnato da uno dei contraenti. In terzo luogo, potrebbe originariamente essere formulata una domanda di accertamento negativo del singolo diritto potestativo di impugnativa e, una volta diventata definitiva la pronuncia che ha statuito sulla stessa, potrebbe essere promossa l'azione di impugnativa contrattuale che si fonda su quel medesimo diritto. In quarto e ultimo luogo, potrebbe capitare che, dopo l'accoglimento di una determinata azione di impugnativa, le parti stipulino un contratto identico a quello caducato, con modalità analoghe a quelle utilizzate in passato, che si presenti, ancora una volta, viziato.

Nei prossimi paragrafi si procederà all'esame di tutti gli scenari delineati, al fine di comprendere se e quando la prima sentenza, divenuta incontrovertibile, imponga al giudice successivamente adito di conformarsi ad essa.

⁽⁸⁷²⁾ I rapporti tra accertamento dei diritti contrattuali e impugnazioni del contratto saranno analizzati *infra*, par. 43.2.

43.1. L'efficacia conformativa delle sentenze che definiscono azioni di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto rispetto a processi su situazioni giuridiche dipendenti

Come si è visto, l'efficacia c.d. mediata della regiudicata impone a ogni magistrato di decidere su domande legate da un nesso di dipendenza a quella su cui si è formato giudicato in modo conforme a quanto statuito dal primo giudice ⁽⁸⁷³⁾.

La pronuncia che definisce un'azione di impugnativa contrattuale può produrre effetti positivi, a seconda dei casi, su diritti dipendenti dall'*efficacia* del contratto o su diritti dipendenti dall'*inefficacia* del contratto.

Cominciamo dalla prima ipotesi. Tutti i diritti e gli obblighi che trovano la propria fonte in un contratto sono situazioni giuridiche che dipendono dall'efficacia (e, ancor prima, dall'esistenza e dalla validità) del medesimo. Dall'opposta angolazione, l'efficacia del contratto è elemento pregiudiziale rispetto all'esistenza di detti diritti e di detti obblighi. Il giudice davanti al quale sono azionate tali posizioni soggettive, al fine di decidere sulla domanda a lui sottoposta, deve stabilire se il contratto sia efficace o meno. Se emerge che è stata precedentemente esperita un'azione di impugnativa avverso il contratto *de quo*, che il magistrato adito ha accolto la domanda e privato il negozio di efficacia (o dichiarato il negozio inefficace, nelle ipotesi di risoluzione stragiudiziale) con sentenza passata in giudicato, il secondo giudice deve conformarsi alla statuizione di chi lo ha preceduto; pertanto, è tenuto a considerare l'accordo improduttivo di effetti. Per il resto, egli è libero di accertare l'esistenza del diritto attoreo in base a un titolo (gioco forza) diverso dal contratto caducato. Viceversa, se risulta che l'azione di impugnativa precedentemente proposta è stata respinta, la sentenza di rigetto non è capace di generare alcun effetto positivo nel secondo processo. Invero, essa contiene il semplice accertamento che un determinato diritto potestativo di impugnativa non esiste (se l'azione ha natura costitutiva) o che l'effetto estintivo del contratto non si è (ancora) verificato in ragione dell'inesistenza di alcuno degli elementi della sua fattispecie costitutiva in senso stretto (se l'azione ha natura di mero accertamento). Poiché, dunque, il primo giudice non accerta che il contratto è efficace *tout court*, l'autorità giurisdizionale adita per seconda avrà campo libero nella valutazione di tale profilo ⁽⁸⁷⁴⁾.

Quanto, invece, ai diritti che dipendono dall'inefficacia del contratto, il pensiero corre ai diritti restitutori e ai diritti al risarcimento di eventuali danni. Un tema di operatività degli

⁽⁸⁷³⁾ Cfr. *supra*, par. 33.

⁽⁸⁷⁴⁾ Occorre svolgere una breve precisazione con riferimento alle azioni di impugnativa costitutive, in cui l'oggetto dell'accertamento è il singolo diritto potestativo di impugnativa fatto valere. A ben vedere, esiste una situazione giuridica – *rectius*, un effetto giuridico – che dipende dall'esistenza del diritto potestativo, ossia l'effetto estintivo. Anzi, esso è l'unico effetto che discende direttamente da tale diritto. Ove, a seguito del rigetto della prima domanda di impugnativa, l'attore instaurasse una seconda azione al fine di ottenere il medesimo effetto, in forza del medesimo diritto potestativo, non opererebbe l'efficacia conformativa del giudicato, ma entrerebbe in scena la sua efficacia preclusiva: il secondo giudice non dovrebbe respingere la domanda nel merito, in virtù del suo dovere di conformarsi a una precedente statuizione, ma dovrebbe rigettarla in rito, in applicazione del principio del *ne bis in idem*; la seconda domanda avrebbe, infatti, lo stesso *petitum* e la stessa *causa petendi* della prima.

effetti conformativi del giudicato si pone nelle occasioni in cui, in un primo giudizio, venga proposta la sola domanda di impugnativa contrattuale e vengano, invece, demandate a un secondo processo le domande di condanna alle dovute restituzioni o al risarcimento dei danni.

Se l'organo giudicante adito per primo accoglie la domanda di impugnativa, quello adito per secondo è vincolato non solo a considerare il contratto sciolto, ma a reputarlo tale per lo specifico vizio che il primo giudice ha ritenuto sussistente. Chiariamo l'affermazione con alcuni esempi. L'autorità giurisdizionale alla quale venga sottoposta una domanda restitutoria a valle dell'accoglimento di un'azione di impugnativa deve sempre "prendere per buono" che il contratto non produce più effetti e decidere tenendo salda tale considerazione. In talune occasioni, poi, sulla sua decisione influiscono anche i motivi che hanno condotto all'accoglimento della domanda di impugnativa: a fronte di un contratto ad esecuzione continuata o periodica, il secondo giudice dovrà imporre integrali o parziali restituzioni a seconda che il negozio sia stato annullato/resciso oppure risolto; o ancora, in seguito all'annullamento di un contratto, il secondo giudice dovrà calibrare diversamente gli obblighi restitutori a seconda che l'annullamento sia dovuto all'incapacità di uno dei contraenti o ad altri vizi della volontà. Laddove, invece, nel secondo processo venga azionato un diritto al risarcimento dei danni, per il magistrato successivamente interpellato può essere rilevante che il contratto sia stato risolto per inadempimento o per impossibilità sopravvenuta, oppure che sia stato annullato per errore o per violenza/dolo ⁽⁸⁷⁵⁾.

Passando ai casi in cui il primo giudice respinga la domanda di impugnativa contrattuale, gli effetti positivi prodotti dalla sentenza passata in giudicato sono variabili. Se nel secondo processo vengono azionati diritti restitutori o risarcitori proprio in ragione degli stessi vizi esclusi dal primo giudice, il secondo deve porre l'inesistenza di tali vizi a fondamento della propria decisione e, con elevata probabilità, respingere la domanda di condanna ⁽⁸⁷⁶⁾. Se, invece, nel secondo processo vengono fatti valere diritti restitutori o risarcitori in ragione dell'inefficacia del contratto per vizi diversi, il secondo giudice può valutarne liberamente la sussistenza e, se la riscontra, può accogliere la domanda di condanna.

Alla luce di quanto esposto, si può, dunque, affermare che l'efficacia conformativa scaturente dalle sentenze che definiscono azioni di impugnativa contrattuale dipenda non solo dall'esito del giudizio, ma anche dalla motivazione che lo sorregge.

⁽⁸⁷⁵⁾ Sul punto, v. L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., p. 24, che scrive: "affermato o negato un dato comportamento del convenuto nel giudicato di accoglimento o di rigetto di una domanda di annullamento di un contratto, tale affermazione o negazione [è] vincolante e incontestabile ove l'attore deduca quel comportamento a sostegno di una sua domanda di risarcimento di danno per violazione dei doveri descritti negli artt. 1337 e 1338 c.c.".

⁽⁸⁷⁶⁾ Cfr. L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., p. 24, già citato alla nota precedente.

Si è parlato di probabilità elevata, e non di certezza, in quanto possono ricorrere delle situazioni in cui i diritti restitutori o risarcitori sussistono a prescindere dall'effettiva caducazione del contratto: si pensi al caso del dolo incidente (art. 1440 c.c.), ove il negozio è valido ed efficace – e non viene, quindi, travolto da una pronuncia costitutiva di annullamento – ma il contraente in mala fede risponde dei danni.

43.2. L'efficacia conformativa delle sentenze che definiscono azioni aventi ad oggetto diritti contrattuali. I rapporti con successive azioni di impugnativa contrattuale

Il secondo interrogativo che si pone è se le pronunce che accolgono o rigettano domande relative a uno o più diritti scaturenti da un contratto esplicano qualche effetto positivo rispetto a successive azioni in cui tale contratto venga impugnato.

A me sembra che possa essere data abbastanza facilmente risposta negativa.

Si è visto che il giudicato genera effetti conformativi solo rispetto a diritti dipendenti da, o direttamente incompatibili con, quello oggetto di pronuncia vincolante ⁽⁸⁷⁷⁾; e nelle ipotesi in parola non ricorre né l'una né l'altra circostanza.

L'oggetto del primo giudizio è rappresentato dal singolo diritto contrattuale azionato e la regiudicata ne rende incontestabile l'esistenza o l'inesistenza ⁽⁸⁷⁸⁾; l'oggetto del secondo giudizio è, a seconda della natura dell'azione, il singolo diritto potestativo dedotto o il singolo effetto risolutivo, entrambi individuati sulla base del vizio/fatto storico da cui è affetto il contratto. Pare evidente che né l'esistenza del diritto potestativo di impugnativa né l'intervento di una forma di risoluzione stragiudiziale dipendono dalla sussistenza o insussistenza di specifici diritti contrattuali. Altrettanto evidente è che né l'una né l'altra situazione giuridica sono *direttamente* incompatibili con la sussistenza di un diritto contrattuale. Piuttosto, esse sono direttamente incompatibili con l'efficacia del rapporto contrattuale, che costituisce un elemento pregiudiziale rispetto all'esistenza del singolo diritto contrattuale; dal che consegue che il nesso che intercorre tra sussistenza di diritti potestativi di impugnativa o di effetti caducatori sorti stragiudizialmente, da un lato, e sussistenza di singoli effetti scaturenti dal contratto, dall'altro, è un nesso di incompatibilità *indiretta*, come tale non idoneo a provocare un'efficacia conformativa del giudicato che si forma su questi ultimi. Infine, nemmeno la sentenza che dichiara inesistente il singolo diritto contrattuale può provocare un dovere del giudice dell'impugnativa di uniformarsi alla stessa. Invero, delle due l'una: o l'insussistenza di tale diritto contrattuale è motivata da ragioni diverse dalla sussistenza dei presupposti per la caducazione del contratto, e allora non vi è alcuna statuizione cui il giudice dell'impugnativa possa utilmente uniformarsi; oppure l'insussistenza del singolo diritto è dovuta proprio allo stato di caducabilità del negozio che viene dedotta nel secondo processo, e allora la caducabilità va a comporre (soltanto) la motivazione del primo provvedimento e non può dar vita ad alcun effetto positivo in altri e successivi processi.

Si deve, allora, concludere che le sentenze che accertano l'esistenza o l'inesistenza di uno o più diritti contrattuali non siano in grado di esplicare alcuna efficacia conformativa in successive azioni di impugnativa rivolte contro il contratto da cui detti diritti sorgono.

⁽⁸⁷⁷⁾ Cfr. *supra*, par. 33.

⁽⁸⁷⁸⁾ L'esistenza, la validità o l'efficacia dell'intero contratto restano, invece, questioni pregiudiziali conosciute *incidenter tantum*: cfr. *supra*, parr. 24 e 31; e ciò anche se siano state rese oggetto di mere eccezioni: cfr. *supra*, parr. 26 e 39.

43.3. L'efficacia conformativa delle sentenze che definiscono azioni di accertamento negativo dei singoli diritti potestativi di impugnativa o del singolo effetto di risoluzione stragiudiziale. I rapporti con le corrispondenti azioni di impugnativa contrattuale

Un ulteriore dubbio da sciogliere riguarda l'efficacia conformativa che possono potenzialmente produrre le sentenze che accertano l'esistenza o l'inesistenza di singoli diritti potestativi di impugnativa o di singoli effetti risolutivi che sono già sorti sul piano stragiudiziale. Ciò può accadere nelle ipotesi in cui venga proposta una domanda di accertamento negativo di tali diritti o di tali effetti e venga successivamente incardinata la corrispondente azione di impugnativa ⁽⁸⁷⁹⁾.

⁽⁸⁷⁹⁾ Come si ricorderà, alla precedente nota 788 si è indagata l'ammissibilità della domanda di mero accertamento – positivo – di un diritto potestativo, sostanziale o a necessario esercizio giudiziale, la quale venga proposta dal titolare del diritto prima dell'esercizio dello stesso. Si ricorderà, altresì, che le riflessioni ivi svolte hanno condotto a escludere la proponibilità di una domanda di tal sorta.

In questa sede si pone, invece, il problema opposto: è ammissibile un'azione di accertamento negativo di un diritto potestativo non ancora esercitato? O, in altri termini, colui che si trova in una posizione di soggezione può agire in giudizio chiedendo al giudice di accertare che la controparte non è titolare di un certo diritto potestativo? Anche in questa occasione, gli interpreti si presentano divisi.

Un primo filone non nutre particolari dubbi circa l'attitudine di tali diritti a costituire oggetto di sentenza di accertamento negativo: cfr. G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti cit.*, p. 97 ss., nt. 118; S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in C. CONSOLO (a cura di), *Il processo civile di riforma in riforma*, vol. I, Milano, 2006, p. 71, spec. 88, il quale, parlando dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., specifica che, “se il provvedimento cautelare è strumentale [...] ad una domanda costitutiva di impugnativa di un atto giuridico o di un contratto, il convenuto agisce per [...] l'accertamento degli effetti che da esso sono prodotti (oltre che dell'inesistenza dell'altrui diritto potestativo)”; I. PAGNI, *Licenziamento cit.*, p. 510 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento cit.*, p. 655, per cui, quando il titolare della soggezione contesti l'esistenza del diritto potestativo, “la tutela di mero accertamento è, per definizione, da ritenersi ammissibile”; A. PROTO PISANI, *Note sulla tutela civile cit.*, p. 166, il quale sostiene che vi è interesse ad agire, “quando il titolare della situazione di soggezione contesti l'esistenza di un diritto potestativo sostanziale”. Ad avviso, invece, di L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale cit.*, p. 113, le azioni di mero accertamento negativo sono ammissibili, “purché le si coordini non ad una generica prevenzione di danni o eliminazione di pericoli e neppure alla concreta minaccia di altrui azioni in giudizio, ma solo alla riparazione o rimozione dei danni”.

Un diverso orientamento, invece, sostiene l'inidoneità dei diritti potestativi a costituire oggetto di accertamento giudiziale, richiamandosi alla mancanza di un interesse attuale, da parte del soggetto passivo, a promuovere un simile giudizio, fintantoché non venga formalmente compiuto l'atto di esercizio del potere. In tal senso, cfr. O. G. CARBONARI, *Provvedimenti d'urgenza cit.*, p. 1601, il quale, in relazione a un licenziamento solo minacciato, esclude che ricorra l'interesse del lavoratore ad agire in accertamento negativo della legittimità del suo comportamento, poiché “oltre a non far valere alcuna situazione soggettiva propria [...] non nega nemmeno una situazione soggettiva altrui, non essendosi infatti tale posizione soggettiva ancora formalmente materializzata in un atto giuridicamente apprezzabile”; E. F. RICCI, voce *Accertamento cit.*, p. 26, il quale afferma che non si può “ammettere un mero accertamento negativo oltre i limiti nei quali è consentito il mero accertamento positivo: onde lo sguardo dovrebbe essere distolto dai diritti potestativi”.

Ai fini della risposta all'interrogativo in discorso, rilievo preliminare è che, in linea generale, “affinché il pregiudizio o il pericolo di pregiudizio che integra la condizione di cui all'art. 100 c.p.c. possa essere considerato ‘attuale’, è necessario [...] che quanto meno vi sia la manifestazione della volontà di esercizio da parte del suo titolare. Solo a tale condizione, infatti, con la domanda *de qua* si chiederebbe al giudice non di esprimere un ‘parere giudiziale’ su fatti futuri ed incerti, bensì di accertare la sussistenza o la qualificazione giuridica di fatti che il titolare del potere assume essere già esistenti ed in forza dei quali egli pretende di potere legittimamente compiere la modificazione della realtà giuridica che andrà ad incidere nella sfera del soggetto passivo”: C. CARIGLIA, *Profili cit.*, p. 158. Ciò premesso, bisogna capire se il semplice “annuncio” e la mera possibilità di esercizio dei diritti potestativi di annullamento, rescissione o risoluzione, da parte del loro titolare, siano effettivamente in grado di causare al soggetto passivo un pregiudizio giuridicamente rilevante, idoneo a fondare

Per la precisione, si possono distinguere tre casi.

In primo luogo, è possibile che venga instaurata una prima azione di accertamento negativo di un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale e che, successivamente, il titolare di tale diritto lo azioni, instaurando un'azione di impugnativa di natura costitutiva. In via esemplificativa, si ipotizzi che un contraente proponga una domanda di accertamento negativo del diritto potestativo della controparte di risolvere il contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta e che, definito tale giudizio con sentenza passata in giudicato, la controparte promuova un'azione di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, facendo valere proprio il diritto potestativo oggetto del primo processo.

Come evidente, tra le due domande non vi è una perfetta identità: basti rilevare che, se da un lato il *petitum* immediato è rappresentato da un provvedimento di accertamento negativo e quello mediato dalla certezza dell'inesistenza di un potere di modificazione giuridica, dall'altro il primo è composto sia da un provvedimento di accertamento positivo sia da un provvedimento costitutivo, e il secondo si risolve nella certezza dell'esistenza del potere di modificazione e nell'effetto estintivo che l'attore mira a ottenere.

In una simile situazione, a me sembra che il primo giudicato sia idoneo a produrre sia effetti preclusivi sia effetti conformativi nel secondo giudizio. I primi si esplicano rispetto all'accertamento positivo del diritto potestativo di impugnativa contrattuale, sul quale al

l'interesse di quest'ultimo ad agire in accertamento negativo e rendere, così, ammissibile la relativa azione. I dubbi originano dalla circostanza che la lesione diretta della situazione sostanziale, soggetta all'altrui potere, si ha solo dopo che il diritto potestativo sia stato effettivamente esercitato. Ciononostante, sembra preferibile non escludere – in termini generali, salvo poi verificare il contrario in relazione alle singole fattispecie concrete – la sussistenza, in capo al soggetto passivo, dell'interesse ad agire in accertamento negativo. Infatti, è ragionevole supporre che anche la sola minaccia (purché seria e attendibile) di un prossimo esercizio del potere, qualora il destinatario ne contesti la legittimità, sia capace di pregiudicare interessi giuridicamente rilevanti del soggetto passivo. Invero, la volontà di annullare, rescindere o risolvere un contratto, se la legittimità dell'esercizio del diritto potestativo viene contestata, può creare uno stato di incertezza sul venturo assetto patrimoniale del contraente in posizione di soggezione; stato che può rivelarsi lesivo della sua libertà di iniziativa economica. Anche il mero annuncio, dunque, “può integrare un comportamento pregiudizievole”. In tale contesto, la disparità di posizione che sussiste tra il titolare del diritto potestativo e il titolare del corrispondente stato di soggezione comporta che il ricorso alla tutela giurisdizionale sia l'unico rimedio che il soggetto passivo ha per impedire od ostacolare l'esercizio del diritto potestativo: cfr. C. CARIGLIA, *Profili* cit., pp. 158-159, per la quale il pregiudizio derivante dalla minaccia “può essere represso solo attraverso una pronuncia giudiziale di accertamento. Il soggetto passivo, infatti, non dispone di altri strumenti per superare lo stato di incertezza e porre fine al pregiudizio o al pericolo che questo si realizzi”. Alla luce di quanto esposto, quindi, la domanda di accertamento negativo in esame è ammissibile e ha ad oggetto il diritto vantato, in via stragiudiziale, dal convenuto e contestato dall'attore.

Una notazione conclusiva. Non deve stupire che la domanda di mero accertamento (positivo) della sussistenza di un diritto potestativo, proposta dal titolare prima del suo esercizio, sia considerata inammissibile e che, invece, la corrispondente domanda di mero accertamento negativo formulata dal soggetto passivo sia reputata ammissibile. È proprio la divergenza di situazioni giuridiche soggettive delle parti a rendere compatibili le due conclusioni. Da un lato, abbiamo un soggetto che non trova alcun ostacolo all'attuazione dei propri diritti e che, dunque, non può sfruttare l'autorità giurisdizionale per domandare “pareri giudiziari” sull'esistenza degli stessi, senza averli previamente o contestualmente esercitati (a seconda che si tratti di diritti potestativi sostanziali o a necessario esercizio giudiziale). Dall'altra, abbiamo un soggetto che non possiede alcun mezzo di difesa contro la minaccia di esercizio di un diritto potestativo (che pur gli crea un pregiudizio), se non l'attivazione di un giudizio di mero accertamento negativo. Pertanto, mentre in un'occasione l'azione di mero accertamento si traduce in una attività di consulenza del giudice, nell'altra configura un'imprescindibile forma di tutela giurisdizionale.

giudice sarà impedito decidere in virtù del principio del *ne bis in idem* ⁽⁸⁸⁰⁾. I secondi incidono, invece, sulla produzione dell'effetto estintivo del contratto, alla quale il magistrato dovrà dare corso o meno conformandosi alla pronuncia che ha definito il primo giudizio: se è stato accertato che il diritto potestativo di impugnativa non esiste, il secondo giudice sarà vincolato a considerarlo insussistente; e viceversa.

In secondo luogo, può succedere che venga domandato l'accertamento negativo di un diritto potestativo sostanziale di risoluzione e che poi il titolare del diritto, a valle dell'esercizio dello stesso, inizi un giudizio di risoluzione stragiudiziale. Si immagini quanto segue: un contraente minaccia l'altro di diffidarlo a eseguire una certa prestazione entro un determinato termine; quest'ultimo agisce in giudizio domandando l'accertamento dell'insussistenza del diritto potestativo di risoluzione; una volta definito il processo, la parte "fedele" invia effettivamente la diffida ad adempiere e, constatata la permanenza dell'inadempimento della controparte, la cita a comparire innanzi all'autorità giudiziaria per vedere accertato che il contratto si è risolto di diritto *ex art. 1454 c.c.*

Ebbene, l'effetto estintivo del rapporto contrattuale dipende dall'esistenza del diritto potestativo di risoluzione. Pertanto, in proposito il secondo giudice è tenuto a conformarsi alle statuizioni del suo predecessore: se il diritto potestativo sostanziale di risoluzione è stato accertato esistente, il secondo giudice deve giocoforza riconoscere la sussistenza dei suoi presupposti, ma può valutare liberamente la legittimità del suo esercizio; viceversa, se è stata irrimediabilmente affermata l'inesistenza di tale diritto, il secondo giudice deve conformarsi a tale decisione e, a meno che non sussistano (e siano dedotte) ulteriori fattispecie costitutive dell'effetto risolutivo, rigettare la domanda di impugnativa.

In terzo e ultimo luogo, può avvenire che la prima azione di accertamento negativo verta direttamente sull'effetto risolutivo che, nella tesi del convenuto, dovrebbe già essersi prodotto "di diritto" e che venga, successivamente, incardinata la corrispondente azione di risoluzione stragiudiziale. In tale scenario, mi sembra che la *res iudicata* non provochi alcun effetto positivo/conformativo nel secondo giudizio e che si limiti, invece, a cagionare un effetto negativo/preclusivo, che impone all'organo giudicante successivamente adito di rigettare la domanda in rito.

43.4. La reiterazione dei contratti annullati, rescissi o risolti

Al fine di completare l'analisi degli effetti che il giudicato sulle impugnative contrattuali può produrre in altri e successivi giudizi, occorre soffermarsi sull'ipotesi in cui un contratto già estinto – perché annullato, rescisso o risolto – venga, per così dire, reiterato ⁽⁸⁸¹⁾. Più precisamente, occorre immaginare che, a valle di un primo processo in cui un determinato

⁽⁸⁸⁰⁾ Nel senso dell'identità oggettiva tra l'azione di accertamento positivo e l'azione di accertamento negativo relative al medesimo diritto, cfr. Cass., 23 maggio 2017, n. 12971, per cui "l'azione di accertamento negativo e quella di accertamento positivo di una situazione giuridica soggettiva hanno identità di oggetto, in quanto unico ne è il complessivo rapporto controverso".

⁽⁸⁸¹⁾ In proposito, cfr. M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 297, il quale scrive: "la sentenza, resa sulla impugnazione di un atto, può accogliere o respingere la domanda. Può cioè, rispettivamente, rimuovere (o modificare) l'effetto, oppure lasciarlo in piedi. Nel primo caso, il problema è quello della reiterazione dell'atto".

contratto è stato caducato (o dichiarato tale), i medesimi contraenti stipulino un nuovo contratto, dello stesso tipo del precedente, parimenti viziato per ragioni che possono essere analoghe o diverse da quelle già accertate. Si pensi, ad esempio, al caso in cui, una volta annullato il contratto concluso dietro minaccia di un male ingiusto, il medesimo malfattore convinca nuovamente l'altra parte ad addivenire a un accordo tramite identiche illecite pressioni; oppure al caso in cui, risolto un contratto per inadempimento di uno dei contraenti, questi ultimi instaurino un nuovo rapporto negoziale di egual natura e la parte infedele risulti, ancora una volta, inadempiente.

Ora, non v'è chi non veda che le ipotesi di reiterazione di atti consensuali sono piuttosto infrequenti, o addirittura di scuola; tuttavia, in sede di ricostruzione teorica dell'efficacia della *res iudicata* non possono essere trascurate ⁽⁸⁸²⁾.

La domanda che emerge e alla quale occorre trovar risposta è: il primo giudicato, che pone in essere o accerta (a seconda dei casi) l'estinzione del rapporto contrattuale, esplica qualche effetto nelle successive azioni di annullamento, rescissione e risoluzione dei nuovi contratti stipulati?

La questione non sembra aver granché stimolato l'interesse degli interpreti. Invero, scorrendo i contributi che toccano il tema degli effetti della cosa giudicata, ci si avvede che l'elaborazione dottrinale si è quasi sempre concentrata sulla diversa problematica della reiterazione degli atti unilaterali.

In estrema sintesi, i risultati cui gli studiosi giungono in questo differente settore sono i seguenti. Il classico esempio che viene utilizzato è quello della rinnovazione di un atto di licenziamento, a seguito di un giudizio che ne ha accertato l'illegittimità. Viene usualmente operata una distinzione tra i casi in cui l'atto sia replicato sulla base degli stessi motivi posti a fondamento del licenziamento annullato e i casi in cui, a giustificazione dell'atto, si deducano circostanze diverse da quelle precedentemente fatte valere, ma comunque sussistenti all'epoca del primo processo. Quanto ai primi, si ritiene che l'atto successivo debba essere nuovamente impugnato e che il primo giudicato imponga l'accoglimento della

⁽⁸⁸²⁾ Di analoga opinione è M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 290, nt. 56.33.

domanda ⁽⁸⁸³⁾. Quanto ai secondi, si reputa, invece, che la vincolatività della prima sentenza dipenda dalla disciplina sostanziale che regola il singolo atto unilaterale ⁽⁸⁸⁴⁾.

A prescindere dalla intrinseca condivisibilità di tali conclusioni, nella quale non è in questa sede utile addentrarsi, a me sembra che le stesse non possano essere applicate *de plano* anche alle ipotesi di reiterazione di contratti viziati: invero, le impugnative di atti unilaterali presentano rilevanti profili di divergenza rispetto alle impugnative di contratti. Mentre quando si discute di rinnovazione di atti unilaterali è ipotizzabile che il rapporto giuridico intercorrente tra le parti resti sempre il medesimo e che i vizi fatti valere con la seconda impugnativa fossero già esistenti all'epoca del primo procedimento, quando si discorre di

⁽⁸⁸³⁾ Benché la soluzione finale sia unitaria, gli autori vi arrivano percorrendo strade diverse. Secondo una prima ricostruzione, opera un effetto conformativo del giudicato su diritti incompatibili: cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 324 ss. La sentenza che accoglie l'impugnazione del licenziamento accerta la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra lavoratore e datore di lavoro; il che esclude l'esistenza, in capo a quest'ultimo, del diritto potestativo di licenziare, "per *decisione espressa*, con riferimento al fatto addotto a giustificazione dell'atto dichiarato senza giusta causa, per *assorbimento*, riguardo ad altri, eventuali episodi, già esistenti al tempo del primo giudizio ma non fatti valere dal datore di lavoro, in quanto costitutivi di un diritto, il cui esercizio realizzerebbe una situazione opposta rispetto a quella accertata e, perciò, incompatibile col bene della vita attribuito dal giudicato al vincitore": così S. MENCHINI, *I limiti oggettivi* cit., p. 327. Nel pensiero di tale studioso, la regola subisce solo due eccezioni: da un lato, se il primo licenziamento è stato annullato per difetto di forma, nulla osta alla reiterazione dell'atto di licenziamento, compiuto (stavolta) nel rispetto dei requisiti formali imposti dalla legge; dall'altro, la regiudicata non provoca alcun effetto sui fatti, pur esistenti al tempo del primo processo, non conosciuti dal datore di lavoro. Si avvicina all'opinione di Menchini A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, p. 496, per cui l'accertamento del dovere di annullare l'atto invalidamente posto in essere implica anche il dovere di non rinnovarlo.

Una seconda corrente dottrinale assimila il fenomeno in esame a un'efficacia conformativa della *res iudicata* su diritti dipendenti. La prima sentenza accerta in modo irretrattabile l'insussistenza dei presupposti di esercizio dell'atto unilaterale, cosicché, ogniqualvolta il reiterato atto unilaterale sia retto dai medesimi presupposti, il primo giudicato vincola l'organo successivamente adito a considerare tali presupposti insussistenti. Abbracciano questa ricostruzione A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 159; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 288 ss., il quale sottolinea che "ogni atto, ogni azione, sono infatti enti diversi, anche se identici, e necessariamente diversi sono pertanto anche gli effetti – per quanto del pari identici – che essi, direttamente o mediamente, provocano. Solo risalendo ad un vertice comune è dunque possibile ottenere un accertamento utilizzabile anche nel successivo giudizio"; "dati due atti uguali, ma distinti – e quindi diversi – perché il giudicato formatosi in relazione al primo sia spendibile in relazione al secondo, è necessario che il giudicato stesso si riferisca non (all'atto [...] e neppure) alle conseguenze dell'atto, bensì ai suoi presupposti"; come si ricorderà, l'Autore ravvisa il "vertice comune" dei diversi atti reiterati nel c.d. diritto all'effetto/non-effetto, che viene posto ad oggetto dell'accertamento; L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., p. 24 ss., per il quale le sentenze passate in giudicato fanno stato tra le parti "anche in ordine a comportamenti che, identici a quelli già giudicati, abbiano luogo nello svolgimento delle *stesse relazioni giuridiche già dedotte* nel processo precedente e proseguite [...] pur dopo la definizione in merito di quel processo" (enfasi aggiunta); B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto* cit., p. 154 ss.

Infine, è stata avanzata la teoria secondo la quale l'atto reiterato sia viziato sul piano sostanziale e, dunque, come tale, inefficace *tout court* o comunque autonomamente annullabile. In questa prospettiva, tra i presupposti di validità sostanziale di un atto rientra anche la circostanza che esso non sia una replica di analogo atto già in precedenza annullato. Per tale opinione, v. C. GLENDI, *L'oggetto del processo tributario* cit., p. 600; in senso dubitativo F. P. LUISSO, *Rinnovazione dell'atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata*, in *Giust. civ.* 1985, I, p. 559, spec. 561. Eppure una simile tesi, oltre a non trovare appigli nel diritto positivo, si rivela anche superflua: come giustamente osservato da M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 280, essa – "configurando la violazione del giudicato quale autonomo vizio dell'atto – presuppone [...] comunque un giudicato, ed allora non si vede per quale motivo l'efficacia di questo dovrebbe essere mediata dal diritto sostanziale, anziché diretta".

⁽⁸⁸⁴⁾ Cfr. A. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., vol. I, pp. 496-497; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi* cit., p. 526 ss.

rinnovazione di contratti nessuna di tali circostanze si verifica. Esemplicando: se il licenziamento basato su determinate inadempienze del lavoratore viene considerato illegittimo, il rapporto di lavoro prosegue e il datore di lavoro può rinnovare il licenziamento deducendo inadempimenti del lavoratore già esistenti all'epoca del primo processo; viceversa, quando un contratto viene annullato, rescisso o risolto e le stesse parti ne stipulano uno nuovo altrettanto viziato, il rapporto negoziale intercorrente tra le parti è diverso dal primo ed è materialmente impossibile che i vizi allegati nella seconda azione di impugnativa fossero già esistenti in pendenza del primo giudizio, in quanto a quei tempi non esisteva ancora l'accordo che avrebbero poi viziato.

Credo, dunque, che il problema degli effetti positivi del giudicato di annullamento, rescissione o risoluzione rispetto a contratti reiterati meriti una riflessione autonoma.

Quanto all'ipotesi in cui il contratto reiterato sia affetto dagli stessi vizi riconosciuti esistenti dal primo giudice, l'unica proposta ricostruttiva che la dottrina ha formulato in materia trae ispirazione dalle tesi zeuneriane. Ad avviso dell'autorevole studioso tedesco, le sentenze che decidono su rapporti giuridici rinnovabili spiegano i propri effetti anche in futuri processi in cui si miri alla caducazione di nuovi negozi incorsi negli stessi vizi in precedenza accertati; e ciò in quanto dette pronunce non si limitano a produrre l'effetto estintivo del singolo atto impugnato, ma contengono anche la fissazione di una disciplina per il futuro, in base alla quale un atto del tipo di quello caducato non dovrà più venire ad esistenza. Pertanto, ove un simile negozio venisse alla luce e fosse impugnato, il secondo giudice sarebbe vincolato dai motivi posti alla base della pronuncia di accoglimento della precedente impugnativa ⁽⁸⁸⁵⁾.

Nel nostro ordinamento, alla stessa conclusione perviene Bonsignori, sulla base, però, della "diversa considerazione che nei futuri processi si presenta già accertato che un atto identico a quello impugnato è invalido". Secondo l'Autore, la cosa giudicata produce effetti positivi nel secondo giudizio in ragione di un nesso di c.d. "pregiudizialità astratta" che lega le due controversie, il quale si caratterizza per il fatto che "non è lo stesso atto che viene nuovamente riproposto all'attenzione del giudice, bensì un suo duplicato perfettamente identico" ⁽⁸⁸⁶⁾.

Ora, a mio avviso, proprio la circostanza da ultimo menzionata è dirimente ai fini della determinazione della forza vincolante della prima pronuncia. Il contratto sul quale il secondo magistrato si trova a dover statuire è un contratto completamente diverso dal precedente, anche se concluso tra i medesimi contraenti e appartenente allo stesso tipo contrattuale del suo predecessore; in egual modo, totalmente differenti sono i vizi che ne inficiano l'efficacia: essi possono anche rientrare nella stessa categoria giuridica di quelli già valutati nel corso del primo giudizio, ma sotto il profilo temporale e spaziale se ne discostano nettamente. Tornando agli esempi delineati in apertura del paragrafo, la minaccia perpetrata per convincere la controparte a concludere il secondo accordo si colloca in uno scenario spazio-

⁽⁸⁸⁵⁾ Cfr. A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen* cit., p. 119 ss., ripreso da S. DALLA BONTÀ, *Una «benefica inquietudine»* cit., p. 900.

⁽⁸⁸⁶⁾ A. BONSIGNORI, *I limiti oggettivi* cit., p. 247.

temporale diverso dalla prima minaccia, provoca nuovi timori nel destinatario della stessa e si pone quale causa efficiente di un nuovo consenso, per la conclusione di un nuovo accordo; parimenti, il secondo inadempimento non è uguale al primo, nemmeno laddove l'obbligazione rimasta inadempita sia la medesima.

Non si vede per quale ragione, in simili situazioni, il giudice davanti al quale viene impugnato il secondo contratto dovrebbe essere vincolato dalla pronuncia resa nel primo giudizio: nulla assicura che la seconda minaccia abbia avuto i medesimi connotati intimoriti della prima, così come nulla assicura che il secondo inadempimento abbia la stessa gravità del primo. A mio avviso, è certamente più corretto che il secondo giudice valuti *ex novo* la sussistenza dei presupposti del diritto alla modificazione, o dell'effetto estintivo già intercorso stragiudizialmente, e che statuisca in autonomia sull'efficacia del secondo contratto. La precedente pronuncia non può esplicare alcun effetto – né preclusivo, né conformativo – sulla successiva sentenza e recede, invece, al ruolo di precedente non autoritativo.

La soluzione qui caldeggiata si pone, del resto, in perfetta armonia con:

- a) i principi che regolano i limiti temporali della regiudicata; invero, sia la stipulazione del secondo contratto sia l'insorgere del vizio che lo colpisce costituiscono fatti sopravvenuti rispetto alla formazione del giudicato sulla prima azione di impugnativa, sicché non possono essere in alcun modo preclusi dalla prima pronuncia ⁽⁸⁸⁷⁾;
- b) il principio per cui la cosa giudicata copre il dedotto e il deducibile; come più volte sottolineato, rientrano nell'alveo del deducibile – e restano quindi preclusi se non dedotti – solo i fatti rilevanti ai fini della decisione della controversia ⁽⁸⁸⁸⁾. Ebbene, nelle ipotesi di cui ci stiamo occupando, ai fini dell'accoglimento della prima domanda di impugnativa non assume alcuna rilevanza la sussistenza di vizi che affliggono un altro e diverso contratto; sicché gli stessi rimangono sempre allegabili in una azione di impugnativa in un secondo momento incardinata.

E il fatto che il primo giudicato non riesca a impedire la reiterazione di contratti viziati non deve, a mio avviso, portare a ritenere che lo strumento della cosa giudicata non sia in grado di garantire all'attore vittorioso il godimento del bene della vita a lui attribuito dalla prima pronuncia. Infatti, l'estinzione del primo rapporto giuridico (per annullamento, rescissione o risoluzione) non viene meno a causa della nuova sentenza. A ben vedere, è il medesimo istante che, nuovamente accordandosi con l'altro contraente, crea una nuova situazione giuridica che mette a repentaglio la precedente vittoria. E allora sarà il medesimo

⁽⁸⁸⁷⁾ Sempre in quest'ottica di successione di eventi, non mi pare si possa sostenere che rendere oggetto dell'accertamento la nuova situazione giuridica, così come modificata dalla pronuncia costitutiva, serva a impedire la rinnovazione dei contratti viziati. Invero, anche se una prima sentenza annulla, rescinde o risolve un determinato contratto e, contestualmente, accerta che tra le parti non sussista più alcun rapporto giuridico derivante dal contratto caducato, ciò non impedisce in alcun modo agli ex contraenti di rientrare in affari e di concludere nuovi accordi, rispetto ai quali l'intero ventaglio delle azioni di impugnativa rimarrà pienamente fruibile.

⁽⁸⁸⁸⁾ Cfr. *supra*, parr. 30 e 40.

istante a dover subire le conseguenze di un nuovo processo ed, eventualmente, di un giudicato diverso dal primo ⁽⁸⁸⁹⁾. Non mi pare, invece, opportuno forzare principi comunemente accettati di diritto processuale per rimediare a scelte sbagliate effettuate dal privato sul piano sostanziale.

La medesima conclusione, ossia che il giudicato sul primo contratto non produce alcun effetto, né negativo né positivo, nel giudizio sul secondo, si applica anche – e, anzi, *a fortiori* – nelle ipotesi in cui il secondo accordo sia affetto da vizi diversi da quelli prospettati nel primo procedimento, la cui sussistenza, dunque, non è ancora stata valutata da alcun giudice.

In definitiva, quando due soggetti stipulano tra loro più contratti, tutti egualmente viziati, le impugnative rivolte contro uno di essi sono sempre autonome e indipendenti rispetto alle impugnative rivolte contro gli altri, con la conseguenza che il giudicato che si forma all'esito di un giudizio avverso un certo negozio non produce alcun effetto nei giudizi avverso i differenti negozi in essere tra le stesse parti.

⁽⁸⁸⁹⁾ “Diverso” in accezione neutra, e non difforme, dal momento che gli oggetti dei due giudizi non hanno alcuna attinenza l'uno con l'altro.

SEZIONE TERZA

I RAPPORTI TRA AZIONI DI ANNULLAMENTO, RESCISSIONE, RISOLUZIONE E NULLITÀ DEL CONTRATTO

44. Il “sistema” delle impugnative contrattuali

Sinora, nel presente capitolo, le indagini relative ai limiti oggettivi del giudicato in materia di contratti invalidi sono state tenute separate dalle indagini relative ai limiti oggettivi del giudicato in materia di contratti inefficaci. Nella prima sezione, ci si è concentrati sulle ipotesi in cui venga proposta una domanda di accertamento della nullità di un accordo e su quelle in cui venga sollevata un'eccezione di nullità del medesimo, (solo) nell'ambito di azioni instaurate per far valere qualche effetto contrattuale. Seguendo la stessa impostazione, nella sezione seconda, ci si è dedicati ai casi in cui vengano formulate domande di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto, nonché ai casi in cui ne vengano eccepiti l'annullabilità, la rescindibilità o la risoluzione⁽⁸⁹⁰⁾, ancora una volta (solo) nel contesto di azioni volte alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive scaturenti dall'accordo.

Si sono, così, gettate le basi per adottare una prospettiva “di sintesi” e per studiare la configurazione oggettiva che la *res iudicata* assume nelle occasioni in cui, nel corso di un unico processo, si pongano all'attenzione del giudice sia profili di invalidità sia profili di inefficacia di uno stesso contratto.

Nella presente sezione, con la quale si chiude la trattazione, si procederà, dunque, all'analisi dei rapporti tra l'invalidità e l'inefficacia del contratto, declinata nelle seguenti due problematiche:

- a) a fronte di domande di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto, il giudice può rilevare d'ufficio la nullità del medesimo?
- b) quando il giudice accoglie o rigetta domande di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto, si forma giudicato sulla validità/nullità dello stesso?

Gli interrogativi appena esplicitati sono stati al centro di pluriennali e accesi contrasti, che hanno visto coinvolte sia la dottrina sia la giurisprudenza. E proprio quest'ultima ha, ormai (quasi) un lustro addietro, offerto al dibattito un contributo significativo, nel tentativo di chiudere l'interminabile disputa una volta per tutte. Ci si riferisce, ovviamente, alle note sentenze gemelle del 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, con le quali le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono tornate sui rapporti tra contratto e processo, dando vita, secondo alcuni, a un “vero e proprio ‘sistema’ delle impugnative negoziali e dell'azione di nullità”⁽⁸⁹¹⁾.

⁽⁸⁹⁰⁾ Per il significato da attribuire alla locuzione “eccezione di risoluzione”, v. *supra*, parr. 14 ss.

⁽⁸⁹¹⁾ I. PAGNI, *Il “sistema”* cit., p. 71. “Sistema” che, per la verità, è stato definito da altri in termini meno positivi. Il riferimento è ad A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevanza officiosa a tutto campo (o quasi)*, in *Foro it.* 2015, I, p. 916, spec. 917, i quali parlano di un “*long essay*”, le cui dimensioni non sono accettabili nemmeno in considerazione dell'asperità del tema affrontato: “che, però, sia *in thesi* impossibile semplificare un problema complesso è affermazione più vicina a un alibi di comodo che a una convincente giustificazione”.

La densità delle due pronunce, la risonanza che esse hanno avuto nelle dissertazioni dottrinali e la condivisione di cui han goduto nelle aule dei tribunali non possono che indurre a porle al centro delle riflessioni che si svolgeranno nei prossimi paragrafi. Per ragioni di semplicità espositiva, si farà riferimento alla prima delle due sentenze, la n. 26242, la cui motivazione è comunque largamente analoga a quella della successiva n. 26243 ⁽⁸⁹²⁾.

45. La rilevabilità officiosa della nullità del contratto nell'ambito delle azioni di annullamento, rescissione e risoluzione

Il primo aspetto critico dei rapporti tra invalidità e inefficacia del contratto riguarda il potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio la sussistenza di cause di nullità del negozio nelle ipotesi in cui avverso quest'ultimo sia stata formulata una domanda di annullamento, rescissione o risoluzione.

Le discussioni sul punto sono state per molti anni ferventi ⁽⁸⁹³⁾ e, con l'andar del tempo, si è assistito a un progressivo ampliamento dei poteri officiosi riconosciuti all'autorità giurisdizionale.

Fino al 2005, la giurisprudenza nettamente maggioritaria era orientata nel senso che la nullità potesse essere rilevata *ope iudicis* nelle sole ipotesi in cui l'attore mirasse all'applicazione o all'esecuzione del contratto, chiedendo la condanna della controparte all'adempimento dei suoi obblighi contrattuali. Per contro, si escludeva che il rilievo officioso potesse aver luogo nei giudizi di annullamento, rescissione e risoluzione ⁽⁸⁹⁴⁾.

Paragona la sentenza a un "saggio" anche P. LAGHEZZA, *Declaratoria officiosa della nullità del contratto e Sezioni Unite 2.0: il giudicato implicito*, in *Danno e resp.* 2015, p. 599, spec. 604.

⁽⁸⁹²⁾ Le due pronunce, infatti, si differenziano solo perché la seconda affronta un problema ulteriore rispetto alla prima, e cioè la possibilità di rilevare d'ufficio una causa di nullità di un contratto in appello, qualora in primo grado sia stata proposta una domanda diversa da quella di nullità contrattuale.

⁽⁸⁹³⁾ C. CONSOLO, *La Cassazione* cit., p. 1425, nt. 1, parla di "alluvionale dibattito".

⁽⁸⁹⁴⁾ In tal senso, cfr. Cass., 14 ottobre 2005, n. 19903; Cass., 14 gennaio 2003, n. 435; Cass., 7 marzo 2002, n. 3345; Cass., 24 febbraio 2000, n. 2108; Cass., 8 gennaio 2000, n. 123, in *Contratti* 2000, p. 547, con nota di U. CARNEVALI, *L'onere della prova nella risoluzione del contratto per inadempimento*; Cass., 9 gennaio 1999, n. 117; Cass., sez. un., 25 marzo 1988, n. 2572, in *Giur. it.* 1989, I, p. 1760, con nota di G. DI LETIZIA; Cass., 11 marzo 1988, n. 2398, in *Foro it.* 1989, I, p. 1936, con nota di G. MASSETANI, *Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, che esclude la rilevabilità nel caso di una azione di risoluzione per inadempimento; Cass., 12 agosto 1987, n. 6899, in *Foro it.* 1989, I, p. 1936, con nota di G. MASSETANI, *Ingiustificate limitazioni* cit.; Cass., 29 maggio 1982, n. 3329 (s.m.), per la quale "la nullità del contratto è rilevabile d'ufficio, a norma dell'art. 1421 c.c., nel giudizio in cui venga invocata l'applicazione del contratto stesso, perché in tal caso la sua validità configura un elemento costitutivo della domanda e del diritto fatto valere, e non anche, pertanto, nel giudizio promosso per conseguire la risoluzione in relazione a cause posteriori alla sua formazione"; Cass., 18 aprile 1970, n. 1127, in *Giur. it.* 1971, I, 1, p. 444, con nota di F. AMATO, *Risoluzione, rescissione, annullamento di un contratto nullo?*; in *Foro it.* 1970, I, p. 1907, con nota di A. PROTO PISANI; in *Foro pad.* 1971, I, p. 742, con nota critica di N. IRTI, *Risoluzione* cit.; Cass., 20 dicembre 1958, n. 3937, in *Giur. it.* 1959, I, p. 760, secondo cui presupposto di operatività dell'art. 1421 c.c. è che si chieda l'applicazione di un contratto nullo. Anche dopo il 2005 si rinviene, comunque, qualche pronuncia che ancora segue la concezione in parola: v. Cass., 23 dicembre 2011, n. 28647, in *Obblig. e contr.* 2012, p. 747, con nota di A. VENTURELLI, *Costituzione in mora* cit.; Cass., 27 aprile 2011, n. 9395; Cass., 28 maggio 2007, n. 12398; Cass., 6 ottobre 2006, n. 21632, in *Obblig. e contr.* 2007, p. 494, con nota di A. BENUSSI, *Rilevabilità della nullità* cit., la quale ha cassato la sentenza di merito che aveva respinto l'azione di risoluzione per inadempimento del contratto di cessione di un immobile, rilevando d'ufficio che esso era stato stipulato in forma verbale.

Il ragionamento posto alla base di tale interpretazione era essenzialmente il seguente. La domanda di adempimento presuppone sempre l'efficacia del contratto, la quale è, invece, inibita dalla nullità del medesimo; pertanto, quando si chiede l'esecuzione di un accordo, la nullità contraddice la domanda e, di conseguenza, si colloca nel novero delle eccezioni che possono portare al rigetto della stessa. Per converso, quando vengono richiesti l'annullamento, la rescissione o la risoluzione del negozio, l'interesse dell'istante di ottenere una pronuncia che provochi o accerti l'inefficacia del contratto viene, per così dire, fiancheggiato dall'invalidità originaria del medesimo ⁽⁸⁹⁵⁾. In simili occasioni, il rilievo officioso asseconda – più che contrastare – la pretesa attorea e confligge, dunque, con il principio dispositivo; sicché detto rilievo trova ostacolo nell'art. 112 c.p.c., che pone la domanda come limite assoluto della pronuncia giudiziale ⁽⁸⁹⁶⁾.

Alla teoria appena descritta vengono mosse diverse contestazioni.

La prima e, a mio avviso, più importante censura inerisce alla riconduzione della validità del contratto nel nucleo dei presupposti della domanda giudiziale. Secondo il citato filone giurisprudenziale, solo le domande di adempimento sottendono la validità negoziale, mentre non si può dire lo stesso delle domande di annullamento, rescissione e risoluzione. Tuttavia, una simile distinzione è priva di qualsivoglia fondamento. Come si è visto nel Capitolo Primo, i diritti potestativi di annullamento, rescissione e risoluzione sorgono solo in relazione ad accordi validi ⁽⁸⁹⁷⁾, sicché l'assenza di cause di nullità del contratto si configura quale elemento costitutivo degli stessi; o meglio, la sussistenza di cause di nullità del negozio va a comporre quella fattispecie in senso ampio che impedisce l'insorgere dei diritti

⁽⁸⁹⁵⁾ Come osservato da V. MARICONDA, *La Cassazione* cit., p. 965, in relazione alle azioni di impugnativa costitutive, “non v'è bisogno della pronuncia costitutiva della inefficacia” se “il contratto è già inefficace a causa della sua nullità”.

⁽⁸⁹⁶⁾ Si riporta uno stralcio di Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, che ben evidenzia i passi che conducono a tale asserzione: “sul presupposto che la rilevabilità d'ufficio della questione di nullità (art. 1421 c.c.) debba essere coordinata con il principio della domanda (art. 112 c.p.c.), lo schema argomentativo [...] può essere individuato nei seguenti passaggi logici [...]: a) L'art. 112 c.p.c. pone la domanda (atto di parte *ex* art. 99 c.p.c.) come limite assoluto della pronuncia del giudice; solo le eccezioni (sempre che non si trattai di eccezioni in senso stretto per cui la stessa legge richieda l'espressa manifestazione di volontà processuale della parte interessata) possono essere oggetto di pronuncia senza apposita istanza perché, essendo dirette a negare fatti costitutivi della pretesa attorea o ad affermare fatti impeditivi o estintivi, attengono a situazioni implicitamente già dedotte nella formulazione della domanda. b) L'art. 1421 c.c. consente al giudice di rilevare d'ufficio la nullità del contratto, quando essa contraddice la domanda impedendone l'accoglimento. Quando, invece, la nullità configura una ragione che favorisce la pretesa attorea, sia pure in termini diversi da quelli prospettati dalla domanda, essa non opera nel campo delle eccezioni ma si iscrive nella zona delle difese dell'attore, della domanda che l'attore avrebbe potuto proporre, ma non ha proposto. c) Di conseguenza la rilevabilità d'ufficio della nullità è consentita quando essa si pone come ragione di rigetto della pretesa attorea e ciò si verifica quando l'attore invoca il riconoscimento o l'adempimento di un suo diritto nascente dal contratto; ciò, invece, non si verifica quando l'attore intende escludere o eliminare gli effetti del contratto per ragioni diverse dalla nullità (azione di annullamento, rescissione o risoluzione), che poteva invocare ma che non ha invocato”.

⁽⁸⁹⁷⁾ Cfr. *supra*, parr. 7 ss.

potestativi di impugnativa⁽⁸⁹⁸⁾. Invero, come è possibile estinguere l'efficacia di un contratto, se detta efficacia non sussiste *ab origine*⁽⁸⁹⁹⁾?

In secondo luogo, il tentativo di escludere la validità del contratto dall'insieme dei presupposti delle azioni di annullamento, rescissione e risoluzione è stroncato dalla circostanza che, pacificamente, la sentenza che dichiara la nullità di una convenzione spiega effetti in successivi giudizi di annullamento, rescissione e risoluzione instaurati contro la stessa. Il che significa che, in tali processi, la questione di nullità del contratto “è sempre presente e che, pertanto, non si esorbita dai temi posti con tali domande quando la nullità venga rilevata d'ufficio *ex art. 1421 c.c.*”⁽⁹⁰⁰⁾.

In terzo luogo, è fuor di dubbio che il soggetto convenuto in un'azione di impugnativa contrattuale possa eccepire la nullità del negozio contro il quale la stessa è esperita, così

⁽⁸⁹⁸⁾ Per il significato dell'espressione “fattispecie in senso ampio” si rinvia al paragrafo 2.

⁽⁸⁹⁹⁾ L'opinione è condivisa dalla più autorevole dottrina: cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III cit., p. 628; C. CAVALLINI, *Il rilievo d'ufficio* cit., p. 138; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., p. 172, per cui “non è consentito annullare quanto *ab origine* non produce effetti”; C. CONSOLO, *La Cassazione* cit., p. 1425, secondo cui “la questione pregiudiziale di nullità condiziona l'accertamento di tutti gli effetti contrattuali dedotti in causa così come del resto anche della fondatezza delle eventuali azioni costitutive rivolte contro lo stesso contratto – in ciò consiste evidentemente il carattere appunto pregiudiziale della questione stessa[.] non si può annullare un rapporto nullo”; in materia di risoluzione per inadempimento, N. IRTI, *Risoluzione* cit., p. 744, secondo cui “la domanda di risoluzione è, anch'essa, domanda di applicazione del contratto, poiché la parte postula che il negozio sia valido ed abbia spiegato i propri effetti. La domanda di risoluzione si appoggia, con identico grado di coerenza logica e giuridica, sulla validità del negozio: da questo promana il rapporto, se ne chiedi la risoluzione o si esiga l'adempimento della prestazione in esso dedotta”; P. LEONE, *Potere di rilievo officioso* cit., p. 453, per la quale, nelle azioni di impugnativa costitutive, “il contratto è postulato non nullo, anzi, proprio in quanto non affetto da tale patologia se ne chiede in giudizio la rescissione, la risoluzione o l'annullamento”; V. MARICONDA, *La Cassazione* cit., p. 966; G. MASSETANI, *Ingiustificate limitazioni* cit., pp. 1941-1942, per cui “la questione di nullità è sempre presente nel giudizio [...] di risoluzione, di rescissione e di annullamento del contratto stesso”; S. MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudice ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, Napoli, 2004, p. 221, spec. 230; E. F. RICCI, *Un'importante decisione sulla nullità del contratto come questione pregiudiziale nelle cause d'impugnativa contrattuale*, in *Riv. dir. proc.* 2006, p. 1470, spec. 1471: “la questione relativa alla nullità [è] rilevante, come antecedente logico della decisione, nelle controversie aventi ad oggetto l'annullamento, la rescissione o la risoluzione del contratto: giacché, se il contratto è nullo, la domanda diretta alla sua eliminazione mi pare priva di base giuridica e quindi infondata”; G. STOLFI, *Sopra un caso di modificazione* cit., p. 150, per il quale la validità del contratto è “presupposto indispensabile” della domanda di rescissione e si pone come questione pregiudiziale: “se invero la vendita fosse dichiarata nulla per una qualunque causa, sarebbe inutile ed anzi impossibile discutere sull'esistenza o meno della lesione perché mancherebbe una vendita da rescindere”. In giurisprudenza, v. Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, in *Corr. giur.* 2005, p. 957, con nota di V. MARICONDA, *La Cassazione* cit., la quale precisa: “anche le domande di risoluzione e di annullamento implicano, e fanno valere, un diritto potestativo di impugnativa contrattuale nascente dal contratto in discussione, non meno del diritto all'adempimento. Ciascuna delle domande di adempimento, di risoluzione o di annullamento, pertanto, [viene] avanzata con la premessa immancabile, ancorché implicita: «poiché non sussistono ragioni di nullità del contratto, propongo domanda di adempimento, di risoluzione, di annullamento...». Se la nullità sussistesse, nessun diritto o potestà potrebbe derivare dal rapporto dedotto in controversia, poiché lo stesso rapporto non sarebbe sorto”; Cass., 2 aprile 1997, n. 2858, per cui “a) la nullità del contratto deve essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 1421 c.c.) ogni qual volta si presenti come questione pregiudiziale (art. 34 c.p.c.); b) la questione condiziona anche la decisione delle domande di risoluzione, di rescissione e di annullamento del contratto”; la sentenza è annotata in *Giust. civ.* 1997, I, p. 2464 da G. VIDIRI, *Sulla rilevanza d'ufficio della nullità del contratto*, secondo il quale “in ognuna di tali domande è implicitamente dedotta l'assenza di ragioni che determinano la nullità del contratto”.

⁽⁹⁰⁰⁾ Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, in *Corr. giur.* 2005, p. 957, con nota di V. MARICONDA, *La Cassazione* cit., il quale svolge analoghi rilievi.

come è fuor di dubbio che il giudice sia tenuto a esaminare l'eccezione. In tale contesto, l'orientamento criticato “finisce col configurare, in chiaro contrasto con l'art. 1421 c.c., la nullità del contratto quale oggetto di eccezione in senso ampio o di eccezione in senso stretto a seconda del contenuto della domanda” ⁽⁹⁰¹⁾.

In quarto luogo, si deve considerare che, in taluni casi, le domande di impugnativa del contratto vengono cumulate con domande di risarcimento dei danni patiti dal titolare del diritto potestativo di impugnativa: si pensi alle ipotesi di annullamento per violenza o per dolo, oppure alle ipotesi di risoluzione per inadempimento. Chiaro è che anche domande di tal sorta presuppongono l'efficacia del contratto, sicché anche per esse la nullità costituisce un ostacolo all'accoglimento. In modo simile, poi, l'invalidità del contratto assume importanza ai fini della decisione su eventuali domande restitutorie. L'esempio più lampante è dato dalla disciplina dei contratti a esecuzione continuata o periodica: ai sensi dell'art. 1458 c.c., se un simile contratto viene giudizialmente risolto, gli obblighi restitutori non intaccano le prestazioni già effettuate; al contrario, se il contratto viene dichiarato nullo, le restituzioni coinvolgono tutte le prestazioni svolte, dal momento della stipulazione dell'accordo fino al momento in cui la sentenza passa in giudicato ⁽⁹⁰²⁾.

Da ultimo, si è correttamente osservato che la sanzione della nullità perderebbe di incisività se, nei giudizi che postulano la validità del rapporto controverso, al giudice fosse precluso il rilievo che il contratto, in realtà, manca ⁽⁹⁰³⁾.

Se quanto finora illustrato è corretto, sembra legittimo concludere che, nel campo delle azioni di annullamento, rescissione e risoluzione contrattuale, il principio della domanda non interferisce con la regola della rilevabilità d'ufficio della nullità. Tale principio, infatti, impone al giudice di non emettere pronunce scollegate dalle domande effettivamente proposte, ma non gli impedisce di esaminare la fondatezza di dette domande, alla luce degli argomenti rilevanti (ovviamente, purché in relazione ad essi non vi sia il limite della necessaria eccezione di parte). E il citato principio, se così inteso, è perfettamente compatibile con l'art. 1421 c.c., il cui tenore letterale non è nel senso che il giudice possa *dichiarare* d'ufficio la nullità, ma solo nel senso che egli possa *rilevarla*, ai fini della pronuncia sulle domande dalle parti formulate ⁽⁹⁰⁴⁾.

⁽⁹⁰¹⁾ V. MARICONDA, *La Cassazione* cit., p. 965.

⁽⁹⁰²⁾ Cfr. V. MARICONDA, *La Cassazione* cit., p. 965; S. MONTICELLI, *Limiti sostanziali* cit., p. 230.

⁽⁹⁰³⁾ Sul punto v. S. PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti* 2015, p. 113, spec. 117-118: “siccome la nullità, nel senso pregnante di un'impossibilità genetica del contratto in sé di produrre effetti, è una sanzione 'attuata dallo stesso legislatore ..., infallibile ed effettiva' [queste le parole di N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. impr.* 1987, p. 541, spec. 543] perché tutt'uno colla sua comminatoria, sarebbe un *non sense* declinare restrittivamente l'art. 1421, precludendo così al giudice, nonostante processualmente sia postulata la validità del titolo controverso, di rilevare che il contratto in realtà *manca*. Gli è infatti che una nullità irrilevabile *compromette*, nel senso di un opacizzarsi, la stessa *effettività di legge* della nullità quale sanzione che non abbisogna, per attuarsi, di una 'garanzia coercitiva'”.

⁽⁹⁰⁴⁾ Cfr. C. CAVALLINI, *Il rilievo d'ufficio* cit., p. 136; V. MARICONDA, *La Cassazione* cit., p. 965.

A partire dal 2005, la giurisprudenza comincia a manifestare una maggiore sensibilità alle critiche che la dottrina da tempo muoveva alle limitazioni della rilevanza officiosa. E così, passo dopo passo, si arriva a un completo *revirement* ⁽⁹⁰⁵⁾.

In un primo momento, si riconosce la possibilità di rilievo *ope iudicis* della nullità a fronte di domande di risoluzione per inadempimento. In effetti, si osserva, anche tali domande implicano l'esistenza di un contratto valido, dal momento che mirano a eliminarne gli effetti: la nullità del contratto configura, in tale quadro, "un evento impeditivo che si pone prioritariamente rispetto alla vicenda estintiva della risoluzione" e il giudice ben può rilevarla d'ufficio (anzi, deve farlo), senza che ciò conduca alla sostituzione dell'azione proposta con un'altra ⁽⁹⁰⁶⁾.

In questa fase, i giudici si mostrano ancora diffidenti rispetto all'opportunità di estendere la soluzione prospettata alle azioni di annullamento e di rescissione ⁽⁹⁰⁷⁾, nonché alle azioni di risoluzione diverse da quella per inadempimento, forse anche influenzati da alcune voci dottrinali che avversano tale possibilità ⁽⁹⁰⁸⁾.

⁽⁹⁰⁵⁾ Sull'evoluzione della "tradizionale tesi restrittiva sposata dalla Cassazione", si veda A. PASSARELLA, *Rilevanza d'ufficio della nullità del contratto*, in *Contratti* 2013, p. 81, spec. 81.

⁽⁹⁰⁶⁾ In questo senso, v. Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, preceduta da Cass., 7 febbraio 2011, n. 2956, in *Contratti* 2011, p. 677, con nota di M. PIROVANO, *Rilevanza d'ufficio cit.*, che enuncia il principio anche per i casi di annullamento e rescissione, ma lo applica a una ipotesi di risoluzione per inadempimento; Cass., 15 settembre 2008, n. 23674, in *Obblig. e contr.* 2009, p. 318, con nota di A. BENUSSI, *Ancora sulla rilevanza d'ufficio della nullità*, e in *Nuova giur. civ. comm.* 2009, I, p. 197, con nota di S. NARDI, *Risoluzione di contratto nullo e rilevanza d'ufficio della nullità*, che ammette il rilievo officioso in un caso in cui le parti chiedono, l'una nei confronti dell'altra, a seguito di inadempimenti reciproci, la risoluzione di una transazione *ex art.* 1453 c.c.; Cass., 18 luglio 1994, n. 6710, argomentando che, anche in caso di risoluzione, la validità del contratto configura un elemento costitutivo della domanda, la cui sussistenza o meno il giudice deve accertare d'ufficio; Trib. Sanremo, 13 dicembre 1993, in *Giust. civ.* 1994, I, p. 1401, secondo cui è "impensabile che si possa risolvere un contratto per inadempimento e magari ottenere pure il risarcimento del danno laddove, per la nullità del contratto, non esiste alcun obbligo ad adempiere"; Cass., 28 gennaio 1986, n. 550, che ritiene ammissibile il rilievo officioso, anche in grado di appello, a fronte di una domanda – accolta – di risoluzione di un contratto di società. In proposito, v. anche Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, per la quale la domanda di risoluzione, "essendo fondata sull'affermazione che un determinato obbligo è stato inadempito e che non ricorrono circostanze di esclusione della responsabilità implica necessariamente che un obbligo sia sorto in conseguenza del negozio, e ciò a sua volta presuppone necessariamente l'allegazione di validità del negozio stesso. Anch'essa è dunque domanda di applicazione, poiché la parte postula che il negozio sia valido e abbia spiegato i propri effetti".

⁽⁹⁰⁷⁾ L'incertezza emerge in modo cristallino da Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, la quale sottolinea che la funzione oppositiva del potere-dovere di cui all'art. 1421 c.c. – certamente presente nei casi di risoluzione – "non è con altrettanto nitore ravvisabile nel caso di azione di annullamento [...]. La relativa domanda non postula la validità del contratto, sicché, sebbene la tradizione giurisprudenziale e dottrinale dell'orientamento favorevole al rilievo d'ufficio apparenti le ipotesi di risoluzione, annullamento e rescissione, andrà a suo tempo verificato se sussistano i presupposti per questa equiparazione". Escludono la rilevanza officiosa della nullità nei giudizi di annullamento Cass., 20 dicembre 1973, n. 3443, in *Giur. it. Mass.* 1973, p. 1169; Cass., 7 agosto 1972, n. 2634, in *Giur. it. Mass.* 1972, p. 994.

⁽⁹⁰⁸⁾ Si mostrano nettamente contrari al rilievo officioso della nullità nell'ambito delle azioni di annullamento e di rescissione C. CONSOLO, *Poteri processuali cit.*, p. 959 ss., per il quale tali azioni non presuppongono né l'efficacia vincolante, né la non nullità del contratto, con la conseguenza di doversi escludere, per esse, l'operatività del potere di rilievo officioso *ex art.* 1421 c.c.; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio cit.*, p. 321 ss., il quale qualifica la nullità e l'annullabilità come fattispecie impeditive degli effetti del contratto, che si realizzano simultaneamente e indipendentemente l'una dall'altra; poiché tra le due non sussiste alcuna incompatibilità, "viene meno il presupposto della rilevanza *ex officio*, che è dato dalla possibilità di coordinare la rilevazione ad

Occorre attendere qualche anno prima di assistere al secondo atto del *revirement* in discorso, compiuto con le sentenze gemelle del 2014, nelle quali la Suprema Corte giunge ad ammettere la rilevanza officiosa della nullità in tutte le azioni di risoluzione del contratto. *In primis*, tale rilevazione deve avere ingresso nel giudizio avente ad oggetto la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, nel quale occorre impedire che i contraenti conservino l'accordo, riconducendolo ad equità, laddove quest'ultimo sia *ab origine* invalido. *In secundis*, la facoltà di rilievo d'ufficio appare altrettanto necessaria nell'ipotesi di domanda di risoluzione per impossibilità sopravvenuta; infatti, "se è vero che si è comunque in presenza di uno scioglimento di diritto del contratto [...], non è meno vero che l'accertamento della oggettività ed inevitabilità dell'evento, ovvero dell'eventuale parzialità della sopravvenuta impossibilità, o ancora dell'eventuale necessità di individuazione del momento della specificazione e della consegna della *res* e della conseguente traslazione del rischio, potrebbe richiedere lunghi e defatiganti accertamenti processuali, mentre la *quaestio nullitatis* potrebbe essere risolta *de plano* e in tempi assai rapidi. Né vanno trascurate le differenze di effetti costituiti dai profili risarcitori/restitutori delle rispettive declaratorie conseguenti all'uno o all'altro accertamento" ⁽⁹⁰⁹⁾.

Del resto, in tutti i casi di risoluzione contrattuale, "la incongruità di una soluzione che consenta la risoluzione di un contratto nullo e l'insorgere di un eventuale obbligo ancillare di risarcimento rispetto a un titolo inefficace *ab origine* impone di ritenere sempre e comunque rilevabile *ex officio* la nullità del negozio" ⁽⁹¹⁰⁾.

Il terzo e ultimo passaggio del mutamento di indirizzo è costituito dall'adesione, da parte delle Sezioni Unite, a quella corrente – per la verità da tempo esistente, sebbene minoritaria

una pronuncia di rigetto. In conseguenza, l'iniziativa del giudice che in luogo del chiesto annullamento dichiarasse la nullità, non giustificandosi a norma della seconda parte dell'art. 112 c.p.c., si risolverebbe nella sostituzione d'ufficio della domanda proposta"; S. PAGLIANTINI, *A proposito dell'ordinanza interlocutoria* cit., pp. 181-182: "almeno per chi scrive, siccome l'efficacia di un titolo annullabile (o *rescindibile*) è caduca ed anormale per un vizio, *autonomo* ed *originario*, rimesso all'iniziativa di parte, la rilevanza *ope iudicis* della nullità rappresenta una variabile che attenta al principio dispositivo. Del resto, come rammenta l'ordinanza [n. 21083/2012], un contratto può essere al tempo stesso sia nullo che annullabile: e non può figurare tra i poteri del giudice, «senza cadere nella sostituzione d'ufficio della domanda proposta», lo scambiare il tipo di fatto impeditivo. In caso contrario quel che si finisce per avallare è un giudice ammesso a «sovrapporre al progetto di annientamento delle parti un progetto suo proprio»" (le ultime parole sono riprese da A. DI MAJO, *La nullità*, in A. DI MAJO – G. B. FERRI – M. FRANZONI (a cura di), *Il contratto in generale*, tomo VII, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, Torino, 2002, p. 160); con riguardo alle sole azioni di annullamento, C. SCOGNAMIGLIO, *Il giudice* cit., p. 35.

⁽⁹⁰⁹⁾ Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 6.4.1.

⁽⁹¹⁰⁾ Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 6.4.1. Anticipa questa conclusione F. AMATO, *Risoluzione* cit., p. 445, per il quale la risoluzione "presuppone la validità del contratto ed è un mezzo giuridico per eliminare, in taluni casi, gli effetti di tale contratto. Se il contratto è nullo non ci sono effetti da eliminare, perché la nullità consiste proprio nella negazione, da parte dell'ordinamento, degli effetti all'atto che ne è colpito. Ed è semplicemente assurdo pensare che si possa risolvere un contratto per inadempimento, e magari ottenere anche la condanna al risarcimento dei danni, là dove, per la nullità del contratto, non vi era nessun obbligo da adempiere. Come è assurdo pensare che, per l'ipotesi di richiesta di risoluzione per eccessiva onerosità, il convenuto possa evitare la risoluzione «offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto» (art. 1467, ult. comma, codice civile). Se il giudice fa sì che tutto ciò avvenga (e non può fare altrimenti se gli si preclude la possibilità di rilevare d'ufficio la nullità), egli si sostituisce alla legge, a quella legge che vuole il negozio nullo privo di effetti".

– che propugna l'ammissibilità del rilievo officioso della nullità anche nel corso dei giudizi di annullamento e di rescissione, e, quindi, in definitiva, nell'ambito di tutte le azioni di impugnativa contrattuale ⁽⁹¹¹⁾.

Gli argomenti che sorreggono tale convinzione ricalcano, in larga misura, quelli spesi dalla dottrina per contestare l'orientamento pretorio che limitava il rilievo officioso della nullità ai soli casi in cui l'azione mirasse all'esecuzione del contratto ⁽⁹¹²⁾.

Anzitutto, come si è visto anche nel Capitolo Primo ⁽⁹¹³⁾, il codice civile contiene numerose norme che permettono di mantenere in vita un contratto annullabile o rescindibile: si pensi all'art. 1432 c.c., in forza del quale “la parte in errore non può domandare l'annullamento del contratto se, prima che ad essa possa derivarne pregiudizio, l'altra offre di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che quella intendeva concludere”, o all'art. 1450 c.c., per cui “il contraente contro il quale è

⁽⁹¹¹⁾ Del menzionato filone fanno parte Cass., 16 maggio 2006, n. 11356, per la quale, “a norma dell'art. 1421 cod. civ., il giudice deve rilevare d'ufficio le nullità negoziali, non solo se sia stata proposta azione di esatto adempimento, ma anche se sia stata proposta azione di risoluzione o di annullamento o di rescissione del contratto”; Cass., 22 marzo 2005, n. 6170; Cass., 2 aprile 1997, n. 2858 cit.

All'indirizzo in esame aderisce anche la dottrina maggioritaria: F. AMATO, *Risoluzione* cit., pp. 445-446, per il quale, anche nel caso di rescissione, ci troviamo di fronte a una fattispecie estintiva che presuppone la validità del contratto; “se questo è nullo e quindi privo di effetti, non c'è niente da rescindere, perché la rescissione non è che un altro mezzo diretto ad eliminare gli effetti che il contratto produce”; in egual modo, anche il diritto potestativo di annullamento “ha come suo oggetto necessario l'esistenza degli effetti dell'atto”; A. BONFILIO – V. MARICONDA, *L'azione di nullità* cit., p. 498 ss.; C. CAVALLINI, *Il rilievo d'ufficio* cit., p. 136; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., pp. 171-172; P. LEONE, *Potere di rilievo officioso* cit., p. 453; V. MARANO, *Limiti alla rilevanza d'ufficio della nullità del contratto*, in *Giust. civ.* 1990, II, p. 57, spec. 59 ss., secondo cui “bisogna riconoscere che la nullità del contratto inerisce non solo alla domanda di adempimento del contratto stesso, ma anche, necessariamente, a quelle di risoluzione, di rescissione, di annullamento”; G. MASSETANI, *Considerazioni schematiche* cit., p. 345, nt. 35, per il quale è da ritenere che “la nullità generale del contratto di cui all'art. 1418 ss. c.c. sia rilevabile d'ufficio anche in qualunque giudizio di impugnativa del contratto”; L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., p. 49 ss.; S. MONTICELLI, *Fondamento* cit., p. 698; S. MONTICELLI, *Limiti sostanziali* cit., p. 230; S. NARDI, *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.* 2012, II, p. 155, spec. 178, che afferma: “la nullità, quale causa di inefficacia del contratto, deve essere rilevata tutte le volte in cui da quel contratto si vuole che derivino degli effetti, siano essi relativi all'adempimento, ovvero alla risoluzione, rescissione e annullamento del medesimo”; R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 277, chiaro nel dire che “non è affatto vero che la nullità possa essere rilevata d'ufficio solo se sia stato chiesto l'adempimento del contratto [...]. In primo luogo, l'art. 1421 c.c. non attribuisce tale potere al giudice solo in presenza di una domanda di adempimento [...]. In secondo luogo, la legge ha inteso disancorare il rilievo della inidoneità del contratto a produrre effetti dalla iniziativa di parte; ogni qual volta si pretenda di collegare effetti al contratto nullo, il giudice è abilitato a negargli l'asserita idoneità. Anche l'attore in risoluzione [...] allega [...] l'esistenza di un contratto valido ed efficace [...]. Lo stesso principio dovrebbe altresì valere [...] nel caso che sia chiesto l'annullamento o la rescissione del contratto”; N. RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2015, I, p. 315, spec. 318, che argomenta l'estensione della rilevanza officiosa della nullità del contratto anche ai giudizi di annullamento e rescissione facendo notare che tale rilevanza costituisce un “presidio, posto dall'ordinamento, contro l'eventualità che si attribuisca efficacia ad un atto che conseguenze non ne ha prodotte né potrebbe sortirne – non solo tra le parti, ma anche nei confronti dei terzi”; R. SACCO, voce *Nullità* cit., p. 306, per il quale “il giudice dovrebbe rilevare *sempre* la causa di nullità. Lo dispone la legge. Lo esige anche la logica. Se così non fosse, non si vedrebbe in che consista il compito del giudice, di qualificare d'ufficio le fattispecie che gli sono sottoposte”. In questo senso, sembra porsi anche P. TRIMARCHI, *Istituzioni* cit., p. 239, il quale sostiene che “la nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice, quando debba decidere una lite la cui soluzione dipenda dalla validità del negozio”.

⁽⁹¹²⁾ Cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, parr. 6.9 ss.

⁽⁹¹³⁾ Cfr. *supra*, parr. 7 e 8.

domandata la rescissione può evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità”⁽⁹¹⁴⁾. Ebbene, l’applicazione di simili disposizioni stride irrimediabilmente con la nullità del contratto. Riprendendo le parole che la Cassazione pronuncia in proposito, mentre “il potere di paralizzare l’azione di annullamento o di rescissione attraverso l’offerta *banco iudicis* di una efficace *reductio ad aequitatem* del contratto è destinato a stabilizzarne definitivamente l’effetto negoziale *non prohibente iudice* (o addirittura nell’inerte silenzio del giudice), la originaria nullità di quella convenzione deve porsi, invece, in termini assolutamente impeditivi del perdurare di un effetto mai nato, e come tale irrimediabilmente ostativo all’attuazione dell’originario programma contrattuale”. In tale scenario, “se al giudice fosse impedito l’esercizio del proprio potere officioso *ex art. 1421 c.c.* [...], la *reductio ad aequitatem* si risolverebbe nella definitiva stabilizzazione dei (non) effetti dell’atto, in guisa di sanatoria negoziale diversa dalla conversione, che resta invece l’unica forma di possibile ‘sanatoria’ di un negozio nullo”⁽⁹¹⁵⁾.

Inoltre, come a più riprese sottolineato, gli effetti che scaturiscono da una pronuncia costitutiva di annullamento o rescissione di un negozio sono differenti da quelli derivanti da una sentenza di accertamento della sua originaria nullità. Se un contratto è annullato per incapacità di un contraente, costui non è tenuto a restituire all’altro la prestazione ricevuta, se non nei limiti in cui è stata rivolta a suo vantaggio (art. 1443 c.c.); viceversa, se un contratto è nullo *ab origine*, l’integrità degli obblighi restitutori non può subire deroghe. L’accordo annullabile può essere convalidato *ex art. 1444 c.c.*; quello nullo non gode di pari indulgenza. Il giudice che rescinde un negozio concluso in stato di pericolo può assegnare un equo indennizzo alla parte che ha prestato l’opera (art. 1447, c. 2, c.c.); per contro, nessun indennizzo è concedibile se ne viene dichiarata la nullità.

Non possono, poi, passare inosservate le implicazioni riguardanti le azioni risarcitorie conseguenti al tipo di pronuncia adottata; infatti, se il magistrato “condannasse il convenuto al risarcimento del danno conseguente alla pronuncia di annullamento/rescissione, egli non farebbe altro che dare diverso vigore, sia pure soltanto sotto il profilo risarcitorio, al contratto nullo, in spregio all’art. 1421 c.c.”⁽⁹¹⁶⁾. Né si può ignorare che le previsioni normative che disciplinano i presupposti dell’annullamento e della rescissione sono tali da imporre una serie di accertamenti di fatto che potrebbero risultare complessi e defatiganti,

⁽⁹¹⁴⁾ Ma altrettanto significativi sono gli artt. 1430 c.c. (“l’errore di calcolo non dà luogo ad annullamento del contratto, ma solo a rettifica, tranne che, concretandosi in errore sulla quantità, sia stato determinante del consenso”), 1440 c.c. (“se i raggiri non sono stati determinanti del consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni”) e 1446 c.c. (“nei contratti [plurilaterali] l’annullabilità che riguarda il vincolo di una sola delle parti non importa annullamento del contratto, salvo che la partecipazione di questa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale”).

⁽⁹¹⁵⁾ Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 6.9.4.

⁽⁹¹⁶⁾ Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 6.9.6. In dottrina, cfr. S. MONTICELLI, *Limiti sostanziali* cit., p. 230.

ma che perderebbero ogni rilevanza processuale ove fosse rilevata l'eventuale nullità del contratto ⁽⁹¹⁷⁾.

Dulcis in fundo, nelle sentenze gemelle del 2014 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione arrivano (finalmente) a riconoscere che la validità del contratto è pregiudiziale rispetto all'estinzione della sua efficacia ⁽⁹¹⁸⁾; considerazione che, essendo riferibile a tutte le azioni di annullamento, rescissione e risoluzione, fa nettamente propendere per una applicazione generalizzata del potere-dovere di rilevare *ex officio* la nullità del negozio.

Da tutti i ragionamenti appena svolti, i giudici di legittimità traggono spunto per evidenziare che le azioni di impugnativa contrattuale sono tra loro omogenee ⁽⁹¹⁹⁾ e che ognuna di esse è del tutto incompatibile con la diversa dimensione della nullità contrattuale ⁽⁹²⁰⁾. Più precisamente, le fattispecie di annullamento, rescissione e risoluzione, da un lato, e quella di nullità, dall'altro, si trovano “in una relazione reciprocamente conflittuale, che ne esclude qualsivoglia coesistenza o concorrenza” ⁽⁹²¹⁾. Ne segue allora che, anche nelle azioni di impugnativa contrattuale (non solo in quelle di adempimento), la nullità del contratto, lungi dall'assecondare la domanda attorea, la contrasta, portando inesorabilmente al suo rigetto.

L'affermazione perentoria cui la Corte giunge, all'esito della propria disamina, è che “ogni ipotesi di limitazione posta alla rilevabilità officiosa della nullità deve [...] essere definitivamente espunta dall'attuale sistema processuale con riguardo a tutte le azioni di impugnativa negoziale” ⁽⁹²²⁾.

⁽⁹¹⁷⁾ In via esemplificativa, si ponga mente al carattere ingiusto e notevole del male minacciato; alla rilevanza determinante, e non soltanto incidente, dei raggiri; alla natura attuale di un pericolo di danno; e così via.

⁽⁹¹⁸⁾ Presupposto necessario della fattispecie di annullabilità (ma lo stesso vale nell'ipotesi di rescindibilità) è “proprio l'esistenza e la produzione di effetti negoziali eliminabili *ex tunc*”: Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 6.10.2.

⁽⁹¹⁹⁾ Ad avviso della Corte, appare “legittimo l'approdo a una ricostruzione unitaria della fattispecie del negozio ad efficacia eliminabile, che comprende tanto negozi invalidi ma temporaneamente efficaci (il contratto annullabile e quello rescindibile), quanto negozi validi ed inizialmente efficaci, ma vulnerati nella dimensione funzionale del sinallagma” (il contratto risolubile): Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 6.10.3.

⁽⁹²⁰⁾ Sull'incompatibilità tra nullità e annullabilità, rescindibilità, risolubilità del contratto, si vedano anche V. CARBONE, “*Porte aperte*” cit., p. 95; I. PAGNI, *Il “sistema”* cit., pp. 73, 79, secondo cui presupposto necessario dei negozi annullabili, rescindibili e risolubili è “l'esistenza e la produzione di effetti eliminabili *ex tunc*, e quell'esistenza e quell'efficacia provvisoria sono incompatibili con la dimensione più radicale dell'invalidità (che muove dalla premessa dell'inefficacia *ab origine* dell'atto)”. Specifica che non si tratta di incompatibilità pratica E. ONDEI, *Un equivoco* cit., p. 1, limitatamente alla risoluzione.

⁽⁹²¹⁾ Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 6.10.2. In senso simile, si veda anche Cass., 2 aprile 1997, n. 2858, cit.

⁽⁹²²⁾ Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 6.10.

Giova precisare, comunque, che, ad avviso delle Sezioni Unite, il giudice può esimersi dalla rilevazione officiosa della nullità del contratto in tutti i casi in cui riesca a rigettare la domanda di impugnativa per una ragione più liquida: cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 7.1, poi ripresa da Cass., 7 giugno 2019, n. 15497 (in *obiter*); Cass., 11 marzo 2019, n. 6985; Cass., 1 ottobre 2018, n. 23757; Cass., 25 settembre 2018, n. 22776 (in *obiter*); Cass., 30 agosto 2018, n. 21418; Cass., 21 giugno 2018, n. 16406 (in *obiter*); Cass., 10 marzo 2016, n. 4726.

Una simile conclusione, che ha avuto ampio seguito nella giurisprudenza più recente ⁽⁹²³⁾, non può che essere accolta con estremo favore: infatti, le riflessioni della Corte sono totalmente condivisibili e hanno il pregio di sgombrare il campo da un equivoco che, per lungo tempo, ha impedito all'art. 1421 c.c. di operare con la sua piena potenzialità ⁽⁹²⁴⁾.

Chiarito, dunque, che, a fronte di domande di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto, il giudice ha sempre il potere-dovere di rilevarne la nullità, sia essa di diritto comune o di protezione ⁽⁹²⁵⁾, occorre stabilire se e in quale modo un simile rilievo possa incidere sui limiti oggettivi del giudicato scaturenti dalla sentenza che definisce il giudizio.

46. Il giudicato sulla nullità o sulla validità del contratto

Le battute finali della presente sezione devono, dunque, essere dedicate a comprendere se il profilo della nullità o della non nullità dell'accordo rientri nell'area del giudicato che scaturisce dalle sentenze che definiscono le azioni di impugnativa contrattuale, anche in considerazione dei rapporti che intercorrono tra il rilievo officioso dell'invalidità negoziale e la sua dichiarazione nel provvedimento giudiziale.

Chiaramente, nello svolgere questa attività, si dovrà fare in modo che le soluzioni qui proposte risultino coerenti con quelle adottate nel corso della trattazione.

Anche con riferimento al tema in esame, dottrina e giurisprudenza si fanno portavoce di visioni distinte, che, come prevedibile, rispecchiano in larga parte le teoriche formulate in punto di estensione della *res iudicata* alle questioni pregiudiziali in senso logico ⁽⁹²⁶⁾.

In primo luogo, vi è chi sostiene che, ove venga proposta una domanda di annullamento, rescissione o risoluzione del contratto, si formi sempre giudicato implicito sulla validità dello

⁽⁹²³⁾ Cfr., *ex multis*, Cass., 4 settembre 2019, n. 22070; Cass., 7 giugno 2019, n. 15497 (in *obiter*); Cass., 11 marzo 2019, n. 6985; Trib. Savona, 27 settembre 2018, in *DeJure*; Cass., 25 settembre 2018, n. 22776 (in *obiter*); Cass., 30 agosto 2018, n. 21418; Cass., 21 giugno 2018, n. 16406 (in *obiter*); App. Reggio Calabria, 17 maggio 2018, n. 309, in *DeJure*; Cass., 14 giugno 2017, n. 14804; Cass., 13 ottobre 2015, n. 20564.

⁽⁹²⁴⁾ Plaudono la ricostruzione proposta dalle Sezioni Unite M. BOVE, *Rilievo d'ufficio* cit., p. 1389, che la considera "del tutto ragionevole"; F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, in *Foro it.* 2015, I, p. 922, spec. 922, che parla di un "condivisibile *overruling*", nei seguenti termini: "meglio tardi che mai, verrebbe da esclamare [...]. Il risultato raggiunto è di quelli realmente rimarchevoli, sia sul piano teorico che sul piano pratico, perché corregge una stortura applicativa che non ha consentito all'istituto della nullità di svolgere sino in fondo, in ambito negoziale, la sua delicata funzione di presidio posto a tutela di interessi di carattere generale [...]. [Infatti], anche la parte che chiede al giudice di accertare che un contratto si è (per qualsiasi ragione) risolto – ovvero merita di essere rescisso, annullato o comunque sciolto – sta sperando un'azione fondata sull'idea che l'atto in parola non sia affetto da nullità"; N. RIZZO, *Il rilievo d'ufficio* cit., p. 318, secondo il quale la Cassazione "riporta il dato normativo dell'art. 1421 cod. civ. ad un pieno vigore"; G. VERDE, *Sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali*, in *Riv. dir. proc.* 2015, p. 747, spec. 747, che scrive: "condivido le soluzioni alle quali è pervenuta la Corte di cassazione in ordine ai casi specifici sottoposti al suo esame. Penso, infatti, che essi costituiscano una corretta applicazione del diritto sostanziale. Il quale (art. 1421 c.c.) ha affermato il principio della rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali in coerenza con la disposizione, secondo cui il negozio nullo non può essere oggetto di convalida (art. 1423 c.c.) né gode della virtù salvifica della prescrizione (art. 1422 c.c.)".

⁽⁹²⁵⁾ I risultati cui si è pervenuti in punto di rilevazione officiosa delle nullità di protezione (per i quali si rinvia al par. 11) non subiscono deroghe laddove tale rilevazione si inserisca nell'ambito di un'azione di annullamento, rescissione o risoluzione.

⁽⁹²⁶⁾ Per la descrizione delle quali si rinvia ai parr. 24 ss.

stesso; e ciò indipendentemente dal fatto che (i) la domanda sia accolta o rigettata, (ii) la validità dell'accordo costituisca o meno oggetto di contestazione e (iii) una qualche statuizione sulla citata validità sia inserita nel dispositivo o nella motivazione della sentenza.

La ragione che fonda tale asserzione si snoda attraverso due cumulate osservazioni:

- a) i punti e le questioni pregiudiziali che costituiscono un antecedente logico-necessario della pronuncia appartengono, per definizione, all'oggetto del processo, sicché l'efficacia di giudicato coinvolge sempre anche le valutazioni che il giudice compie su di essi;
- b) la validità/nullità del contratto rappresenta un elemento pregiudiziale in tutte le azioni di impugnativa contrattuale ⁽⁹²⁷⁾.

Mentre la seconda considerazione è condivisibile (come ampiamente dimostrato nello scorso paragrafo), la prima è priva di pregio: le premesse della decisione non assurgono ad oggetto del giudizio, salvo che sulle stesse sia stata proposta domanda giudiziale o che l'accertamento con efficacia incontrovertibile sia imposto da una norma di legge ⁽⁹²⁸⁾. E l'idea che si formi giudicato – evidentemente implicito – sulla validità del contratto si pone in contrasto non solo con tale affermazione, ma anche con il canone della ragione più liquida: non si vede per quale ragione si dovrebbe reputare sempiternamente accertata la validità di un contratto quando l'organo giudicante si sia limitato a statuire che l'inadempimento

⁽⁹²⁷⁾ Di tale avviso sono Cass., 16 agosto 2012, n. 14535; Cass., 28 ottobre 2011, n. 22520; Cass., 20 agosto 2009, n. 18540, per la quale si forma giudicato implicito sulla validità del contratto, se il giudice accoglie la domanda di risoluzione, dimostrando – “per ciò solo” – di ritenere il contratto valido, senza che le parti abbiano mosso alcuna censura sul punto; Cass., 12 aprile 2006, n. 8612, la quale afferma che, con la sentenza di rigetto di una domanda di risoluzione per inadempimento, si forma giudicato sulla validità del contratto, in quanto presupposto logico-giuridico essenziale della prima decisione; Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, dalla quale è tratto il ragionamento riportato nel testo; App. Catania, 31 gennaio 1987, in *Foro pad.* 1988, I, p. 422; Cass., 20 dicembre 1985, n. 6550, in *Giur. it. Mass.* 1985, p. 1235, secondo la quale la sentenza che rigetta una domanda di annullamento di una compravendita preclude, in un successivo giudizio tra le stesse parti, di far valere la nullità dello stesso negozio (si tratta di un caso di simulazione); Cass., 21 novembre 1967, n. 2794, in *Giur. sic.* 1968, p. 487, per la quale “in tanto si può rescindere un contratto in quanto di questo si afferma l'esistenza e la validità, e, di conseguenza, la pronuncia negativa sulla domanda di rescissione comporta necessariamente l'accertamento che il contratto è stato concluso ed è idoneo a produrre gli effetti che esso, secondo la concordata disciplina negoziale, è destinato a produrre. Quest'estensione dell'efficacia di giudicato si basa [...] sull'esigenza della certezza giuridica quanto al risultato della pronuncia giurisdizionale: a tal fine, l'accertamento del giudice deve ritenersi esteso a tutti i presupposti logici e giuridici della concreta statuizione contenuta nella sentenza passata in giudicato”; Cass., 17 agosto 1947, n. 1238, in *Foro it.* 1944-1946, I, p. 920, secondo cui la sentenza che accoglie la domanda di risoluzione di una transazione preclude la proposizione di una domanda di nullità del negozio transattivo.

In dottrina, cfr. E. BIVONA, *Rilevabilità d'ufficio* cit., p. 782 (se ben se ne coglie il pensiero); A. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo* cit., p. 252, per il quale “non contestare oppure ammettere l'esistenza, la validità e l'efficacia del rapporto [...] rende del tutto legittimo considerare correttamente giudicati, in senso affermativo, tali essenziali elementi (o, per essere esatti, tali fondamenti) della sentenza”; C. NATOLI, *Considerazioni* cit., p. 275, per il quale “la parte che, in un precedente processo definito con sentenza di merito, abbia dedotto la lite relativa alla risoluzione di un contratto di compravendita, non può in un successivo processo dedurre la lite a quella pregiudiziale relativa alla nullità [...] del contratto stesso. Infatti, la domanda di risoluzione *presuppone* la validità del contratto, e la decisione sul merito, definitiva del processo dispositivo, deve considerare valido il contratto”.

⁽⁹²⁸⁾ E ciò a prescindere dalla circostanza che la premessa di cui si tratta formi una questione pregiudiziale in senso tecnico o in senso logico: v. *supra*, par. 31.

lamentato non è grave, che l'errore dedotto non era riconoscibile, o che la lesione *ultra dimidium* non ha mantenuto tale caratteristica fino alla proposizione della domanda ⁽⁹²⁹⁾.

Una seconda corrente interpretativa (di cui si è già parlato al paragrafo 26) si esprime nel senso che, ogniqualevolta la nullità del contratto venga rilevata *ex officio*, la cosa giudicata inglobi necessariamente anche tale aspetto ⁽⁹³⁰⁾. In questa prospettiva, la pronuncia sulla nullità, conseguente a una rilevazione officiosa, rappresenta sempre un vero e proprio obbligo per il magistrato e diviene sempre irretrattabile. Taluni riconducono un simile regime a “motivi di ordine sostanziale” ⁽⁹³¹⁾; talaltri, invece, a ragioni di carattere processuale: l'art. 1421 c.c., si dice, “non si iscrive nella cornice dell'art. 112 cod. proc. civ., ma piuttosto in quella dell'art. 2907, 1° comma, cod. civ., che assegna al giudice l'obbligo di pronunciare – nei casi tassativamente previsti dalla legge – senza l'impulso di parte e al di là dei limiti della domanda” ⁽⁹³²⁾.

Rispetto alla prima concezione descritta, quella in parola presenta il vantaggio di non lasciare spazio a decisioni “a sorpresa”; infatti, quando rileva d'ufficio una questione di cui le parti non hanno trattato, il giudice ha l'obbligo di stimolare il contraddittorio sulla stessa ai sensi degli artt. 101 e 183 c.p.c., nonché 111 Cost. ⁽⁹³³⁾. Tuttavia, nemmeno la teorica *de qua* riesce ad andare esente da critiche.

Per un verso, viola il principio della domanda, in quanto tollera – e, anzi, incentiva – un'alterazione dell'oggetto del processo, che “non è certo possibile né [...] sanabile per il fatto che il giudice attivi il contraddittorio con le parti” ⁽⁹³⁴⁾. Per altro verso, non riconosce

⁽⁹²⁹⁾ Sono diversi gli studiosi che hanno censurato la teorica in discorso: cfr. C. CAVALLINI, *Il rilievo d'ufficio* cit., p. 135; C. CONSOLO, *La Cassazione* cit., p. 1424, il quale definisce l'orientamento in esame non “condivisibile ed anzi decisamente ingombrante e sistematicamente di difficile ricezione dal punto di vista della dottrina dei limiti oggettivi del giudicato”; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., p. 320, nota 59.4, che scrive: “è a mio avviso senz'altro da respingere qualunque considerazione che, in favore della preclusione, pretenda di far leva su fenomeni di giudicato implicito [...]. In realtà, è vero che dall'accoglimento di una impugnativa negoziale derivano (possono derivare) una serie di rapporti, più o meno numerosi e complessi. Ciò non toglie però che la sentenza, proprio in quanto si limita a rimuovere l'effetto dell'atto, senza accertarlo (essa opera, in definitiva, in via ipotetica), non può mettere il sigillo su situazioni che conseguono bensì alla rimozione dell'effetto, ma dipendono, principalmente, dal fatto che questo esistesse realmente”; S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite* cit., p. 883, il quale dimostra, esemplificando, che il discorso non regge: “si prenda il caso di un contratto di durata che abbia costituito oggetto di una prima sentenza di rigetto – della risoluzione – per carenza dei presupposti di cui all'art. 1564 c.c. [norma dettata in tema di somministrazione: “in caso d'inadempimento di una delle parti relativo a singole prestazioni, l'altra può chiedere la risoluzione del contratto, se l'inadempimento ha una notevole importanza ed è tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti”]. Perché mai, se successivamente viene in contestazione un altro inadempimento reputato causa di una risoluzione totale o parziale, non potrebbe respingersi la relativa domanda a motivo di una nullità - rilevata e/o dichiarata - del contratto *de quo*?”.

⁽⁹³⁰⁾ Cfr. gli autori e le sentenze citati *supra* in nota 578.

⁽⁹³¹⁾ S. MENCHINI, *Le Sezioni unite fanno chiarezza* cit., p. 8.

⁽⁹³²⁾ N. IRTI, *Risoluzione* cit., p. 746. *Contra*, v. C. CONSOLO, *Nullità del contratto* cit., p. 23, nt. 28.

⁽⁹³³⁾ In proposito, cfr. E. BIVONA, *Rilevabilità d'ufficio* cit., p. 779.

⁽⁹³⁴⁾ M. BOVE, *Rilievo d'ufficio* cit., p. 1391. Sul punto, v. anche C. CAVALLINI, *Il rilievo d'ufficio* cit., p. 139, il quale si domanda: “non è forse che, così opinando, la Suprema Corte, al fine di giustificare come il generale rilievo della nullità del contratto in ogni controversia sul «contratto» non violi affatto il principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, finisca per palesarne una violazione ancor maggiore? E con questa un'altrettanto evidente violazione del diritto di azione e difesa?”.

la rilevazione d'ufficio della nullità quale fatto differente dalla sua declaratoria, o, in altri termini, la “rilevazione incidentale di nullità”, benché i due fenomeni debbano essere tenuti separati (come si vedrà meglio a breve) ⁽⁹³⁵⁾.

Per inciso, si noti che proprio a causa della crisi appena evidenziata la giurisprudenza è stata per anni restia ad ammettere il rilievo officioso della nullità nelle azioni di impugnativa contrattuale, timorosa di dare alla *res iudicata* un'estensione eccessiva. Così, anziché “restringere la formazione del giudicato ai casi in cui l'azione di nullità è proposta, e allargare il rilevamento incidentale d'ufficio della nullità a tutti i casi possibili”, la Cassazione ha esteso “la formazione del giudicato a tutti i casi in cui la nullità è rilevabile, e poi [ristretto] l'area in cui la nullità è rilevabile ai casi in cui è proposta, alternativamente, l'azione di nullità o l'azione di adempimento” ⁽⁹³⁶⁾.

Su un terzo versante si collocano coloro che credono che, per accedere all'immutabilità del *decisum*, non sia sufficiente il rilievo *ex officio* della possibile nullità del contratto, ma che sia altresì imprescindibile che la relativa questione sia resa oggetto di esplicita domanda. Chi abbraccia questa visione propugna l'applicazione anche in sede di impugnative contrattuali della stessa disciplina che si è ritenuta applicabile nell'ambito delle azioni di adempimento del contratto: la questione di nullità contrattuale è una questione pregiudiziale *ex art. 34 c.p.c.*; se a valle del rilievo officioso viene proposta una domanda di accertamento della nullità dell'accordo, il giudice si esprime su di essa con efficacia di giudicato; viceversa, se a valle del rilievo officioso non viene formulata alcuna domanda in tal senso, il giudice si limita a conoscere della questione *incidenter tantum*, ai soli effetti del giudizio in corso ⁽⁹³⁷⁾.

⁽⁹³⁵⁾ L'osservazione è di R. SACCO, voce *Nullità* cit., p. 306.

⁽⁹³⁶⁾ R. SACCO, voce *Nullità* cit., p. 306. La notazione è condivisa anche da Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, che afferma: “la spiegazione dell'atteggiamento giurisprudenziale ostile al rilievo officioso della nullità riposa sulla doppia natura della norma, che è all'incrocio tra diritto sostanziale e diritto processuale” (per questo, in dottrina, definita come “Giano bifronte”: G. DOTTORE, *Il senso della rilevabilità d'ufficio* cit., p. 384; V. CARBONE, “*Porte aperte*” cit., p. 89); “la ritrosia delle Corti rispetto al rilievo della nullità del contratto nasce da timori di natura processuale, quali la violazione del principio di terzietà e dell'obbligo di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Ciò ha portato a una riduttiva lettura dell'art. 1421 c.c. [...]. Si è quindi verificata una inversione logica, prontamente segnalata in dottrina: per il timore dell'extrapetizione e quindi di ampliare indebitamente la formazione del giudicato, anziché ragionare sulla portata della decisione conseguente al rilievo officioso della nullità, si è preferito restringere l'area in cui detta questione è rilevabile, limitandola (oltre che all'azione di nullità espressamente proposta) all'azione di adempimento”.

⁽⁹³⁷⁾ Di questa corrente fanno parte F. AMATO, *Risoluzione* cit., p. 447, secondo cui “è chiaro che «rilevare» d'ufficio la nullità non significa «dichiarare» o «pronunciare» a tutti gli effetti la stessa nullità; significa semplicemente accertare *incidenter tantum* l'esistenza dell'invalidità al fine di rigettare la domanda proposta”; A. BENUSSI, *Rilevabilità della nullità* cit., p. 499; V. CARBONE, “*Porte aperte*” cit., p. 93; C. CAVALLINI, *Il rilievo d'ufficio* cit., pp. 138 ss., 143 ss., per cui, se viene ritenuta preclusa la domanda di accertamento incidentale, “la questione sulla nullità deve risultare dal processo solo conosciuta *incidenter tantum* ai fini della pronuncia sulla domanda proposta [...], a prescindere dall'esito (di accoglimento o di rigetto) della relativa pronuncia”; C. CONSOLO, *La Cassazione* cit., p. 1427; C. CONSOLO, *Nullità del contratto* cit., pp. 22-23, anche nt. 28; C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, pp. 96, 162-163, secondo cui “in assenza di una specifica domanda di parte diretta ad ottenere la declaratoria della nullità del contratto, il giudice non può pronunciare una sentenza di accertamento di detta nullità, ma deve (limitarsi a) rilevare la riscontrata nullità, ossia utilizzare la nullità come motivo di rigetto della domanda di parte”; F. CORSINI, *Rilevabilità* cit., pp. 681 ss., 690; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., pp. 64, nt. 14.11, 321, nota 59.4, per il quale, in assenza di domanda, l'azione di nullità rimane sicuramente esperibile, con il solo limite della sussistenza di un effettivo interesse ad agire (in senso analogo, anche E.

Giova precisare che la prima alternativa è percorribile in quanto, secondo l'interpretazione più accreditata, nel termine che l'autorità giudiziaria assegna ai sensi degli artt. 101, c. 2, e 183, c. 4, c.p.c. per dibattere sulle questioni rilevate d'ufficio, le parti possono sempre proporre domande di accertamento incidentale inerenti a siffatte questioni, a prescindere dal fatto che siano maturate o meno le relative preclusioni ⁽⁹³⁸⁾. E l'ampiezza con cui si consente alle parti di reagire al rilievo d'ufficio si rivela, a mio avviso, quanto mai opportuna, perché offre ai litiganti uno strumento per modulare l'estensione oggettiva del processo e del conseguente giudicato, anche in una prospettiva di chiudere nella maniera più definitiva possibile la controversia.

L'approccio ermeneutico in discorso, che ammette solo il rilievo *ex officio* – e non la declaratoria *ex officio* – della nullità contrattuale, presenta il notevole vantaggio di rispettare il principio della domanda di cui agli artt. 2907 c.c. e 99 c.p.c. e valorizza la vera *ratio* dell'art. 1421 c.c., ossia il coordinamento tra la tutela di interessi generali e l'iniziativa processuale di parte.

Nel panorama sinora delineato si inserisce, poi, la sentenza delle Sezioni Unite n. 14828/2012 ⁽⁹³⁹⁾, la quale, nel tentativo di conciliare opposte tendenze, offre una quarta soluzione, che lascia però alquanto perplessi. Da un lato, per le ipotesi in cui la nullità del contratto sia rilevata d'ufficio dal giudice, la Corte di Cassazione sembra seguire l'esegesi ricordata per ultima: in seguito alla rilevazione officiosa della questione della nullità del contratto, la valutazione sulla stessa avviene *incidenter tantum*, a meno che non sia resa oggetto di una domanda di accertamento incidentale; in tal caso, la statuizione sul punto produce effetti di cosa giudicata. Dall'altro lato, però, per le ipotesi in cui non abbia luogo alcun rilievo officioso, la Corte adotta una soluzione simile alla prima sopra elencata: dalla decisione di merito sulla domanda di impugnativa contrattuale, sia essa di accoglimento o di

HEINITZ, *I limiti oggettivi* cit., p. 228); E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio* cit., pp. 320-321, per il quale “sulla nullità non è emessa una decisione irretrattabile, in difetto di apposita domanda”; F. PECCENINI, sub *art. 1421* cit., p. 176; E. F. RICCI, *Sull'accertamento della nullità* cit., p. 663, il quale afferma che, per ottenere un accertamento con efficacia di giudicato sulla questione della nullità del contratto, è necessario proporre la relativa domanda; E. F. RICCI, *Un'importante decisione* cit., p. 1471, per cui la risoluzione della questione nullità avviene *incidenter tantum*, “ivi compresa l'ipotesi in cui la soluzione della questione pregiudiziale costituisca la *ratio decidendi*”; R. SACCO, voce *Nullità* cit., p. 306, chiaro nel dire che “in difetto di una formale domanda, il giudice non potrebbe, a nostro avviso, pronunciare la nullità di un contratto. Può e deve rilevarla, ma solo incidentalmente. Il giudicato si formerà sulla domanda proposta dalle parti”; C. SCOGNAMIGLIO, *Il giudice* cit., pp. 33-34, per il quale è “la parte a valutare la propria convenienza a proporre, o meno, una domanda di accertamento incidentale che, mimando il modulo dell'art. 34 cod. proc. civ., consenta di pervenire ad una statuizione con efficacia di giudicato sulla questione di nullità”. Si vedano, in giurisprudenza, Cass., 4 aprile 2013, n. 8172; Cass., 6 agosto 2003, n. 11847; Cass., 2 aprile 1997, n. 2858 cit., secondo cui “l'efficacia della decisione sulla nullità è fissata dalla domanda proposta”; Cass., 15 febbraio 1963, n. 329, in *Giust. civ.* 1963, I, p. 1912, per la quale il rigetto di una domanda di annullamento di un contratto non importa preclusione per l'esercizio di una successiva domanda di nullità (in questo caso, nel primo processo, viene chiesto l'annullamento di una donazione, senza che sia formulata domanda relativa alla validità dell'accordo; nel secondo, viene domandata la dichiarazione di nullità per mancanza dell'atto pubblico).

⁽⁹³⁸⁾ Cfr. *supra*, par. 31, anche nota 666. V. anche A. BENUSSI, *Rilevabilità della nullità* cit., p. 499; E. F. RICCI, *Sull'accertamento della nullità* cit., p. 663.

⁽⁹³⁹⁾ Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828.

rigetto, discende il giudicato implicito sulla validità del negozio, con l'esclusione dei soli casi in cui il contenuto della statuizione finale non implichi il riconoscimento di detta validità.

Non serve approfondire oltre per avvedersi che tale costruzione è intrinsecamente contraddittoria. Ovviamente nessuno nega che si possa accogliere una nozione ristretta oppure estesa dell'oggetto del giudicato; tuttavia, una volta sposata una tesi, questa deve essere sviluppata in modo coerente ⁽⁹⁴⁰⁾.

Che ciò non sia accaduto nella sentenza n. 14828/2012 è spiegato da Consolo in termini talmente efficaci, che le sue parole meritano di essere qui riportate in modo esteso: “allorché quindi (e proprio e solo quando) la motivazione sulla nullità, pur potendolo e dovendolo fare, nessun problema si ponga e nulla dica (e così accolga o respinga su altre basi la domanda proposta), ebbene allora e solo allora calerebbe anche un giudicato di merito ‘a monte’, sulla questione pregiudiziale del rapporto fondamentale, e ne risulterebbe così accertata (quasi convalidata) la non nullità del contratto nel suo complesso. E questo in vista anche di ogni successiva e diversa lite e vicenda processuale. *Potenza dell'implicito, verrebbe da dire; ripudio della verbosità e gran forza del silenzio.* Il quale viene inteso, e varrà con la forza della *res* definitiva e concretizzata per sempre (diritto dell'Unione europea permettendo...), come equipollente di un pieno giudizio di esclusione della nullità a 360 gradi, cioè sotto ogni profilo di nullità rilevabile. E ciò onde penalizzare le parti che avrebbero ben potuto porre a fuoco quella nullità, sia pure solo come eccezione o questione pregiudiziale di merito, giungendo così [...] ad una affermazione esplicita del giudicante sulla questione aperta di nullità ... allora però non coperta da giudicato alcuno. *Un vero chiasmo: al giudicato ripugna la discorsività processuale, esso invece si genera nel (e dal) silenzio.* [...] L'aver tutti *de plano* taciuto sulla nullità (sia il giudice sia le parti) significa – crediamo, in questo ordine di idee – che quel contratto veri problemi di tale ordine non ne poneva (se no ... se ne sarebbe parlato, magari anche solo *ex officio!*). E quindi non ne dovrà più porre in futuro: il contratto esce, da tale breviloquente esperienza processuale, *aere perennius*, reso dal silenzio (cognito o incurante) inattaccabile [...]. Il supposto sarebbe allora quello per cui ‘di ciò che sarebbe fin banale e scontato parlare si deve tacere’ (per parafrasi, emendata, dal Wittgenstein) o, più modernamente, *the less, the more*. Senonché questa giustificazione ha un sapore di *wishful thinking* ottativo: vorremmo fosse così, ci piacerebbe pensare che il silenzio incorpori una rapida ma accurata rassegna di tutte le forme di nullità che potrebbero emergere *ex actis*, anziché esprimere (almeno talora) un atteggiamento di semplice disattenzione in capo al giudice, in qualche modo speculari a quello denotato dai difensori. L'esperienza e il vissuto pratico, tuttavia, suggeriscono che non sporadicamente la disponibilità (e/o capacità) di osservazione è semplicemente monca ed assopita” (corsivo mio) ⁽⁹⁴¹⁾.

⁽⁹⁴⁰⁾ Cfr. S. MENCHINI, *Le Sezioni unite fanno chiarezza* cit., p. 4. Anche L. MORETTI, *La rilevanza d'ufficio* cit., p. 2055, conferma la contraddittorietà di Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828. Secondo M. DE CRISTOFARO, *Giudicato* cit., p. 51, la sentenza in discorso contiene “l'epifania più paradossale” dell'istituto del giudicato implicito.

⁽⁹⁴¹⁾ C. CONSOLO, *Postilla* cit., pp. 185-186, che prosegue: “ed allora la reale spiegazione della affermazione di un così impegnativo giudicato implicito – [...] ben *ultra tenorem rationis* dell'art. 2909 c.c. – si profila altra e

Come si vede, la sentenza n. 14828/2012, più che esercitare una appropriata funzione nomofilattica, lascia in eredità confusione e incertezza. L'unico merito che, a mio avviso, può esserle ascritto è di aver chiaramente delineato la distinzione tra rilevazione e dichiarazione della nullità del contratto. Nel linguaggio utilizzato nell'arresto del 2012, la "rilevazione" sta ad indicare la (sola) sottoposizione alle parti – ad opera del giudice – della questione della possibile nullità del contratto: da questa attività può scaturire il rigetto della domanda attorea, ma non un allargamento dell'oggetto del processo e, conseguentemente, del giudicato. Alla semplice "rilevazione" si contrappone, invece, la "dichiarazione", che trova luogo solo a fronte della formulazione di apposita domanda di parte e che comporta un accertamento (non *incidenter tantum*, ma) con piena e generale efficacia di regiudicata⁽⁹⁴²⁾.

Al maldestro tentativo di sistematizzazione della materia compiuto dalle Sezioni Unite nel 2012 cercano di porre rimedio le medesime Sezioni Unite nel 2014, fornendo una proposta ermeneutica indubbiamente innovativa, che costituisce una rielaborazione in chiave sintetica di quelle finora esaminate.

Il primo aspetto peculiare è rinvenibile nella circostanza che, benché la Corte continui a parlare di rilevazione e di dichiarazione della nullità ("altro è rilevare la nullità, altro è dichiararla con effetto di giudicato")⁽⁹⁴³⁾, il significato che la stessa attribuisce a tali lemmi appare mutato⁽⁹⁴⁴⁾. La rilevazione coincide con la sola attività di sottoposizione alle parti della questione nullità; viceversa, il rigetto della domanda rientra già nell'attività di dichiarazione della nullità, che, ad avviso delle Sezioni Unite, "va intesa come pronuncia (previo accertamento) del rilevato vizio di invalidità, accertamento contenuto *nella motivazione e/o nel dispositivo della pronuncia*" (corsivo mio)⁽⁹⁴⁵⁾. Peraltro, mentre il rilievo officioso della nullità è obbligatorio, la declaratoria della stessa in motivazione è facoltativa: il giudice deve ordinariamente dar corso alla dichiarazione della nullità, a meno che si versi in

significativamente diversa: il favore per l'economia (extra-)processuale, per la non moltiplicazione dei giudizi in assenza di stimoli e valorizzazioni concrete – quale che ne siano l'origine e ragione – già entro il primo, ospitale e spesso lungo rapporto processuale".

⁽⁹⁴²⁾ In dottrina, condividono tale distinzione C. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., vol. I, p. 162; F. CORSINI, *Rilevabilità* cit., p. 681, che scrive: "altro è rilevare la nullità, altro è pronunciarla con effetti di giudicato. Il legislatore ha operato un giudizio di valore, configurando la nullità come oggetto di un'eccezione in senso lato, senza reputarla meritevole di un'autonoma iniziativa officiosa, volta ad un suo accertamento pieno, nel silenzio dei contendenti. La scelta può piacere o meno, ma deve essere rispettata"; V. MARICONDA, *La Cassazione* cit., p. 965; G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.* 2016, p. 249, spec. 255.

⁽⁹⁴³⁾ Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 5.3.1.

⁽⁹⁴⁴⁾ Cfr. C. CONSOLO – F. GODIO, *Patologia del contratto* cit., p. 228, per i quali, fermo "il significante, il significato pare mutato".

⁽⁹⁴⁵⁾ Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 3.15. Come C. CONSOLO – F. GODIO, *Patologia del contratto* cit., p. 228, fanno notare, "l'intera costruzione cui alla fine del 2014 è giunta la giurisprudenza di legittimità poggia sulla riduzione del perimetro delle conseguenze della (mera) rilevazione *ex art. 1421 c.c.* come classicamente intesa".

un'ipotesi di nullità di protezione ⁽⁹⁴⁶⁾ oppure la nullità, inizialmente rilevata, si dimostri poi insussistente ⁽⁹⁴⁷⁾.

Venendo alle soluzioni espresse dalla Corte di Cassazione con specifico riferimento all'estensione della *res iudicata* alla validità/nullità del contratto a fronte di domande di annullamento, rescissione e risoluzione, occorre distinguere due diverse situazioni: quella in cui il giudice rilevi officiosamente la nullità del negozio e quella in cui non lo faccia.

Cominciamo dal primo caso, il quale si declina in differenti sbocchi processuali.

Innanzitutto, può accadere che una delle parti, in seguito alla rilevazione *ope iudicis*, proponga una domanda di accertamento della nullità del contratto. Se ciò avviene, il giudice non può che statuire sulla questione con efficacia di giudicato, nel rispetto dell'art. 112 c.p.c. Un simile regime si pone in piena armonia con la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti: invero, la formulazione della domanda evita il rischio di decisioni a sorpresa e consente alle parti di avere certezza circa il perimetro di quanto non potrà più essere discusso.

In secondo luogo, può capitare che, sebbene il giudice sottoponga ai litiganti, *motu proprio*, una questione di invalidità del negozio, nessuno di essi gli chieda di accertarne l'effettiva sussistenza ⁽⁹⁴⁸⁾. In tale contesto, le evenienze ipotizzabili si dividono ulteriormente, in quanto l'azione di impugnativa contrattuale può essere definita con una sentenza di rigetto o con una sentenza di accoglimento.

Se l'autorità adita valuta il contratto nullo, nel dispositivo si limita a respingere la domanda di impugnativa *sic et simpliciter* (non potendo annullare, rescindere o risolvere un contratto che non produce effetti *ab origine*) e nella motivazione dichiara di fondare il rigetto sulla rilevata nullità negoziale.

Secondo la Suprema Corte, una declaratoria di tal sorta, inclusa nella parte motiva del provvedimento, è idonea alla formazione della regiudicata, nel senso che immediatamente si vedrà. In proposito, viene dichiaratamente abbandonata l'impostazione della c.d. pregiudizialità logica ⁽⁹⁴⁹⁾. I giudici di legittimità prediligono, invece, la strada del vincolo al motivo portante di zeuneriana memoria ⁽⁹⁵⁰⁾ e arrivano alla conclusione che l'accertamento della nullità contenuto nella motivazione vincola in altri processi solo se le parti lo hanno voluto oppure se, nel nuovo procedimento, si discuta di un effetto giuridico non solo

⁽⁹⁴⁶⁾ Lo si è visto *supra*, par. 26, e lo si vedrà ancora a breve.

⁽⁹⁴⁷⁾ Cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 3.15, e C. CONSOLO – F. GODIO, *Patologia del contratto* cit., p. 228.

⁽⁹⁴⁸⁾ Si pensi, ad esempio, ai casi in cui l'attore adempiente, nonostante la rilevata nullità, insista nella propria domanda di risoluzione, poiché ha più interesse a ottenere il risarcimento del danno che a ottenere certezza sull'inefficacia del contratto dovuta alla sua invalidità. Per considerazioni analoghe, si vedano I. PAGNI, *Il "sistema"* cit., p. 74, nt. 12, nonché le stesse Sezioni Unite, in Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 7.3, punto A.2.

⁽⁹⁴⁹⁾ La Corte ritiene una simile ricostruzione impraticabile, e lo fa sia esplicitamente sia implicitamente, potenziando l'istituto della domanda di accertamento incidentale della nullità *ex art. 34 c.p.c.*, *prima facie* incompatibile con la stessa. Per analoga considerazione, cfr. C. CONSOLO – F. GODIO, *Patologia del contratto* cit., pp. 230-231.

⁽⁹⁵⁰⁾ Per l'esame della teorica di Zeuner si rinvia al paragrafo 29.

dipendente, ma inscindibilmente legato – per ragioni di funzionalità sostanziale – con l’effetto su cui si è già deciso; il che, nel pensiero delle Sezioni Unite, accade tutte le volte in cui si controverta su un diritto scaturente dal contratto dichiarato nullo ⁽⁹⁵¹⁾.

Come già rilevato ⁽⁹⁵²⁾, benché richiami le teorie di Zeuner, la Corte le applica in forma estensiva: quella che le Sezioni Unite propugnano non è una mera preclusione, ma un vero e proprio accertamento *ex art. 2909 c.c.*, irretrattabile in tutti i successivi giudizi in cui si dibatta di diritti contrattuali ⁽⁹⁵³⁾.

Ora, a me sembra che, in tal guisa, i giudici di legittimità promuovano una dilatazione eccessiva della *res iudicata*. Per una volta, le remore non involgono la tutela effettiva dei diritti garantiti dalla Costituzione. Occorre, infatti, considerare che, nello scenario di cui ci stiamo occupando, si presume che il giudice abbia rilevato d’ufficio la questione della nullità del contratto, l’abbia sottoposta all’attenzione delle parti e abbia altresì assegnato alle stesse un termine per depositare osservazioni sulla medesima (art. 101, c. 2, c.p.c.); pertanto, poiché ai litiganti viene consentito di svolgere le proprie difese in punto di (in)validità del contratto, ampliare la regiudicata fino a ricomprendervi la soluzione di tale questione non implica una lesione dei canoni enunciati dall’art. 24 Cost. Cionondimeno, la concezione in esame è ostacolata dai principi cardine del diritto processuale civile. Come rilevato nelle precedenti sezioni, quando una parte solleva una mera eccezione, essa non chiede autonoma tutela dei propri diritti, ma mira semplicemente al rigetto della domanda della controparte; il che comporta che tale tipologia di attività difensiva non allarga l’oggetto del giudizio ⁽⁹⁵⁴⁾. Ebbene, la conclusione non cambia laddove sia il medesimo giudice a rilevare un fatto estintivo, modificativo o impeditivo di uno dei diritti fatti valere in giudizio e a stimolare la proposizione di un’eccezione di parte. Pertanto, o taluno dei contendenti formula esplicitamente una domanda di accertamento incidentale della nullità negoziale oppure il diritto processuale impedisce che la risoluzione di tale questione divenga incontrovertibile, con la conseguenza che della nullità dell’accordo si potrà ridiscutere in successivi processi.

Del resto, tale soluzione si dimostra valida anche sotto un altro profilo. Come acutamente osservato in dottrina, non sempre il rigetto della domanda di annullamento, rescissione e risoluzione, motivato dalla nullità del contratto, torna utile all’attore. Si immagini, per esempio, che costui abbia chiesto la restituzione di un bene immobile cumulata alla caducazione del negozio: il rigetto della domanda di impugnativa a causa della nullità va a suo favore solo se il convenuto non abbia, nel frattempo, alienato il bene a terzi. Se, invece, ciò è accaduto, non è da scartare il rischio che l’istante finisca, comunque, per

⁽⁹⁵¹⁾ Cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, parr. 5.8.2 e 7.3.2. Lo scopo dichiarato è quello di trovare una soluzione che contemperi le esigenze di concentrazione e di coerenza dell’esito decisorio con quelle di non invadere il campo dell’autonomia privata e del principio dispositivo. Approva tale regime C. CAVALLINI, *Perpetua ad excipiendum cit.*, p. 633 ss., il quale addirittura propone di estenderne l’applicazione anche ai casi in cui la domanda attorea venga rigettata in accoglimento di un’eccezione di annullabilità del contratto e la sussistenza di detta annullabilità venga indicata nella motivazione del provvedimento.

⁽⁹⁵²⁾ Cfr. *supra*, par. 29.

⁽⁹⁵³⁾ Cfr. C. CONSOLO – F. GODIO, *Patologia del contratto cit.*, p. 231.

⁽⁹⁵⁴⁾ Cfr. *supra*, parr. 26 e 39.

risultare soccombente, complice la circostanza che la trascrizione del terzo risulti – tendenzialmente – posteriore a quella della domanda di impugnativa, ma precedente a quella di nullità. E, allora, se l'attore fosse sempre costretto a proporre domanda di accertamento incidentale, onde evitare il formarsi di un giudicato non richiesto, si creerebbe un evidente *vulnus* al principio di effettività della tutela, che pure è uno dei parametri ⁽⁹⁵⁵⁾ posti dalla Corte a fondamento del proprio prontuario ⁽⁹⁵⁶⁾.

In terzo luogo, volgendo lo sguardo alle ipotesi in cui l'azione di impugnativa contrattuale venga accolta e il contratto venga annullato, rescisso o risolto, si deve presumere che il giudice, pur avendo rilevato la nullità d'ufficio, si sia poi convinto, *re melius perpensa*, della sua insussistenza. Ad avviso della Suprema Corte, in situazioni di tal genere si forma giudicato implicito sulla non-nullità del contratto, la cui validità non potrà più essere disconosciuta in alcun ulteriore procedimento tra i medesimi soggetti. I giudici di legittimità giungono a siffatto esito appellandosi al divieto di abuso del processo: le parti sono vincolate al riconoscimento implicito della validità del negozio, non avendo esse “formulato alcuna domanda di accertamento incidentale, e non essendo, pertanto, loro consentito di *venire contra factum proprium*, se non abusando del proprio diritto e del processo, abuso il cui divieto assume, ormai, rilevanza costituzionale *ex art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*” ⁽⁹⁵⁷⁾.

Prima di esaminare criticamente tale regime, è d'uopo rilevare che lo stesso ha suscitato negli studiosi dissensi ermeneutici. Secondo una prima interpretazione, benché le sentenze gemelle discorrono espressamente di giudicato implicito, in realtà riconoscono una sorta di preclusione (extraprocedurale) che vincola solo le parti del primo giudizio e che impedisce loro di proporre domande che conducano a risultati distonici rispetto a quelli raggiunti nel primo processo ⁽⁹⁵⁸⁾. Una diversa corrente sostiene, invece, che le Sezioni Unite si riferiscano a un vero e proprio accertamento incontestabile *ex art. 2909 c.c.* ⁽⁹⁵⁹⁾.

⁽⁹⁵⁵⁾ Addirittura quello unificante, secondo C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi* cit., p. 200.

⁽⁹⁵⁶⁾ La notazione è di S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2015, II, p. 185, spec. 193-194.

⁽⁹⁵⁷⁾ Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 7.3, punto A.4.

⁽⁹⁵⁸⁾ È questa la tesi di C. CONSOLO – F. GODIO, *Patologia del contratto* cit., p. 230 ss., spec. 232-233, per i quali ciò a cui si riferisce la Corte non è un “vero giudicato (implicito o esplicito che sia), perché – come evidenziano le Sez. Un. – non si ha, a monte, un ampliamento della *res in iudicium deducta* che possa così divenire *res iudicata*”; si tratta, piuttosto, di “una preclusione (extraprocedurale) che si forma a carico delle sole parti [...] alla proposizione di domande che conducano a risultati distonici (attraverso una diversa valutazione della questione della nullità del contratto) rispetto a quelli già raggiunti nel primo processo. Se si vuole, per convenzione, si potrà allora anche discutere di ‘accertamento’ (vincolante per le sole parti in futuri giudizi) di nullità, o ‘giudicato implicito’ (ancora una volta vincolante per le sole parti del giudizio) di ‘non nullità’, purché nella consapevolezza che non si è qui di fronte ad un fenomeno nemmeno latamente riconducibile all’art. 2909 c.c., che presuppone pur sempre a monte un ampliamento dell’oggetto del giudizio alla nullità del contratto”.

⁽⁹⁵⁹⁾ Di tale avviso sono V. CARBONE, “*Porte aperte*” cit., p. 98; M. DE CRISTOFARO, *Giudicato* cit., p. 66; S. PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti* cit., p. 115, che qualifica questa estensione del giudicato come sanzione della nullità del contratto: “la maggior latitudine della cosa giudicata divent[a], nel sentenziare delle S.U., non un riflesso della nullità come *pregiudiziale di merito* quanto e piuttosto un *posterius* sgorgante dalla massima negatività predicante il contratto nullo come *risultato di una misura affittiva*”; I. PAGNI, *Il “sistema”* cit., pp. 76, 79, secondo la quale le Sezioni Unite non rifiutano “affatto l’idea di giudicato vero e proprio, in linea

Probabilmente, la figura che i giudici di legittimità hanno in mente non si inquadra perfettamente né nell'una né nell'altra categoria: non in quella della preclusione, in quanto il vincolo permane anche in giudizi il cui esito non andrebbe a stravolgere – ma nemmeno a influenzare – il *decisum* del primo giudizio; non in quella dell'accertamento *ex art.* 2909 c.c., in quanto l'irretrattabilità parrebbe operare solo per le parti, e non per soggetti terzi. A fronte di tale obiettivo dubbio esegetico, mi sembra che una certa rilevanza vada attribuita al linguaggio utilizzato dalla Corte e che sia preferibile ritenere che abbia inteso riferirsi a un effetto di giudicato puro.

Ciò precisato, la soluzione adottata dalla Cassazione non merita approvazione, per le stesse ragioni che si sono viste *retro* con riguardo all'ipotesi di rigetto della domanda di impugnativa contrattuale. Ancora una volta, è il diritto processuale a prevenire che il mero rilievo *ex officio* della nullità possa coinvolgere la stessa nell'oggetto del giudizio, prima, e della regiudicata, poi ⁽⁹⁶⁰⁾.

Come già accennato ⁽⁹⁶¹⁾, i meccanismi sinora descritti non si applicano allorché, nel corso di un'azione di impugnativa contrattuale, emerga la sussistenza di una nullità di protezione. In tali ipotesi, la formazione della regiudicata resta strettamente connessa alla proposizione di una domanda di accertamento della nullità da parte del soggetto che dalla nullità viene tutelato ⁽⁹⁶²⁾. Non opera, dunque, quella che le Sezioni Unite definiscono “dichiarazione solo in motivazione”, i cui effetti vengono ricostruiti guardando, seppur con “occhiali grandangolari”, al modello zeuneriano della *res iudicata* potenzialmente più ampia dell'oggetto del giudizio ⁽⁹⁶³⁾.

con l'intera filosofia sottesa alle due decisioni [gemelle] e la posizione assunta circa l'ampiezza dell'oggetto del giudizio” (lo si è visto *supra*, par. 36.4); anzi, riaffermano “il principio dell'ampiezza del giudicato, che in linea di principio si estende agli antecedenti logici necessari (anche se la Corte preferisce non utilizzare questa terminologia, né quella della pregiudizialità logica, perché teme che la porti più lontano di quanto non faccia il ricorso al principio del vincolo al motivo portante del precedente giudicato di rigetto)”. Si veda anche S. PAGLIANTINI, «Parigi val bene una messa»? *Le Sezioni Unite su rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito*, in *Giusto proc. civ.* 2015, p. 137, spec. 159, parla di una “rilevabilità generale basculante, a seconda [...] delle fattispecie prospettabili, tra *preclusione extraprocessuale* ed un *giudicato in senso proprio*”.

⁽⁹⁶⁰⁾ Di analogo avviso è C. CAVALLINI, *Il rilievo d'ufficio* cit., p. 143, il quale ammette che della nullità del contratto possa ridiscutersi anche in seguito a una sentenza che lo risolva: “l'azione di nullità è qualificata, oltre che dalla imprescrittibilità, dalla legittimazione allargata a chiunque vi abbia interesse; e questo di per sé dovrebbe far comprendere che un implicito accertamento della validità del contratto in una sentenza che sancisce la risoluzione sia ostativa già alla disciplina legale della nullità e dei motivi che la fondano. Ottenere la nullità del contratto anche a seguito della risoluzione non significa tangere un precedente giudicato, proprio per i diversi «beni della vita» sottesi alle rispettive patologie negoziali, cui seguono effetti diversi già *inter partes*”.

⁽⁹⁶¹⁾ Cfr. *supra*, par. 26.

⁽⁹⁶²⁾ Cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 7.3, punto A.3. Le Sezioni Unite paiono aderire a quell'orientamento secondo cui il rilievo d'ufficio delle nullità di protezione può aver luogo solo quando vada a vantaggio del contraente debole (di cui è parlato *supra*, par. 11): il potere del giudice di rilevare *tout court* dette nullità “appare essenziale al perseguimento di interessi pur sempre generali sottesi alla tutela di una data classe di contraenti (consumatori, risparmiatori, investitori) [...] con l'unico limite di riservare il rilievo officioso delle nullità di protezione al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità, in tal modo evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela” (Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 3.13.3).

⁽⁹⁶³⁾ Così C. CONSOLO – F. GODIO, *Patologia del contratto* cit., p. 229.

A me sembra che, in tal modo, la Corte di Cassazione limiti a un caso specifico la soluzione che andrebbe, invece, applicata quale regola generale, quanto meno per quel che attiene ai suoi profili processuali ⁽⁹⁶⁴⁾.

Si è finora discusso delle situazioni in cui il giudice rilevi d'ufficio la nullità del contratto in corso di causa. Occorre, adesso, passare ai casi in cui tale rilievo manchi.

Ancora una volta, è necessario distinguere le pronunce di accoglimento da quelle di rigetto. Quanto alle prime, la Corte afferma che, se il giudice annulla, rescinde o risolve un contratto, si forma giudicato implicito sulla validità dello stesso, salva la possibilità di rilevazione d'ufficio della nullità in sede di appello. In relazione alle seconde, due diverse soluzioni corrispondono a due possibili esiti. Da un lato, può accadere che il magistrato rigetti la domanda attorea, fondando la propria decisione su una ragione più liquida della nullità del contratto: si pensi alla prescrizione dell'azione di impugnativa, alla chiara inferiorità al *dimidium* della lesione, alla manifesta tempestività dell'adempimento, alla plateale persistente possibilità di adempiere a una certa prestazione, e così via. In simili occasioni, l'organo giudicante non scruta in alcun modo l'aspetto della validità del negozio, con conseguente inidoneità della pronuncia all'effetto di giudicato sulla non-nullità del medesimo ⁽⁹⁶⁵⁾. Dall'altro lato, il giudice può rigettare l'istanza dell'attore e, nella motivazione,

⁽⁹⁶⁴⁾ Per converso, ha generato qualche reazione negativa l'aspetto di merito, per cui, in assenza di domanda della parte debole, il giudice debba decidere come se la nullità non esistesse. "O beata isola di liberalismo processuale, verrebbe da dire. Tuttavia non si può nascondere che una tale conclusione (che lascia impregiudicata la nullità di protezione solo significata alle parti) urta non poco con la volontà, più volte a chiare lettere ribadita ancor oggi dalle Sez. Un., che della nullità del negozio si discuta tra le parti (tendenzialmente) una volta soltanto. Senza considerare poi che così la nullità, ancorché di protezione, verrebbe non poco asservita non solo e non tanto alle scelte strategico-difensive della parte 'debole', quanto alla diligenza del suo difensore": C. CONSOLO – F. GODIO, *Patologia del contratto* cit., pp. 229-230. *Contra*, accoglie con favore tale ricostruzione S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: «quid iuris?»*, in *Foro it.* 2015, I, p. 928, spec. 929, per il quale la mancanza di domanda dovrebbe essere ricostruita come una forma di convalida, con due susseguenti vantaggi: "da un lato si avrebbe un giudice, che accoglie o rigetta, come se la nullità non vi fosse perché questa ... non c'è più, stante la validazione sopravvenuta; dall'altro una convalida ex art. 1423 c.c. avrebbe il vantaggio di anestetizzare gli effetti perversi di una condotta speculativa, del cliente o del consumatore, altrimenti paralizzabile solo ricorrendo alla discussa teorica dell'abuso del diritto".

⁽⁹⁶⁵⁾ Come sottolineato dalla Corte, alla medesima soluzione si perviene ove la *quaestio nullitatis* sia stata oggetto di mera difesa o di semplice eccezione da parte del convenuto. Infatti, il giudice non ha nessun obbligo di pronunciarsi in ordine alla stessa – obbligo che sorge soltanto in presenza di apposita domanda – potendo, ancora una volta, decidere in base alla ragione più liquida: cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 7.3, punto B.2. La soluzione è rinvenibile anche in Cass., 9 novembre 2017, n. 26557; Cass., 16 maggio 2006, n. 11356. Il risultato indicato dalla Cassazione riecheggia la costruzione chiovendiana del giudicato ipotetico. Esso è un giudicato "che lascia espressamente o implicitamente insoluta una questione pregiudiziale e pronuncia solo *nell'ipotesi* che la questione pregiudiziale debba avere una data soluzione": si ipotizzi che un venditore chieda al giudice di rescindere una compravendita per lesione *ultra dimidium*, prescindendo dalla valutazione della validità del contratto. "Sono domande rispondenti alla situazione di determinati casi concreti, nei quali si ha interesse a ottenere la pronta modificazione di un rapporto giuridico avente vigore di fatto, indipendentemente dalla indagine più lunga e più difficile sulla validità del rapporto stesso. S'intende che queste decisioni a *più forte ragione* non fanno cosa giudicata sulla validità del rapporto": G. CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., p. 364.

Non ci si può comunque esimere dal notare che escludere la formazione del giudicato sulla nullità nei casi di rigetto per ragione più liquida – pur, a mio avviso, in sé assolutamente corretto – non è coerente con le premesse da cui le Sezioni Unite partono. Infatti, da un lato, se l'interessato non può azionare una singola impugnativa negoziale, senza con ciò mettere in gioco il vincolo contrattuale nella sua interezza, non si capisce,

pronunciarsi non equivocamente nel senso della validità della convenzione. Se così accade, si forma sempre “giudicato implicito” sulla non-nullità dell’accordo ⁽⁹⁶⁶⁾.

Se si vuole essere coerenti con le riflessioni che si sono svolte nel corso del presente Capitolo, è evidente che, fatte salve le conclusioni in punto di rigetto per ragione più liquida, le altre sono da respingere senza esitazioni. Lo si è già detto e lo si ribadisce in questa sede: gli obiettivi cui la giurisprudenza mira attraverso lo strumento del giudicato implicito non possono essere raggiunti a discapito dei diritti di azione e difesa delle parti. Sarebbe senz’altro auspicabile che i magistrati evitassero di pronunciarsi su domande di impugnativa contrattuale senza essersi previamente interrogati sulla nullità dell’accordo. Eppure, non si può escludere che ciò avvenga, con conseguente insorgenza di un giudicato implicito non già da un silenzio “qualificato”, bensì da un silenzio “svista” ⁽⁹⁶⁷⁾. Il che è, a mio avviso, inaccettabile ⁽⁹⁶⁸⁾.

poi, come sia possibile che, nel caso di rigetto fondato sulla ragione più liquida, il giudicato copra solo l’effetto di annullamento, rescissione o risoluzione. Dall’altro, il principio della ragione più liquida risponde solo a esigenze di economia processuale, ma non incide sull’oggetto del processo; pertanto, se oggetto della domanda è l’accertamento dell’esistenza o inesistenza del rapporto contrattuale (sul fatto che le Sezioni Unite aderiscano a questa visione, v. *supra*, par. 36.4), evidentemente il principio non può operare, poiché, in questo modo, il giudice non risponderebbe compiutamente alla domanda proposta. Per analoghi rilievi, cfr. M. BOVE, *Rilievo d’ufficio* cit., p. 1391.

Vi è, ad ogni modo, chi contesta *tout court* che il canone della ragione più liquida possa essere applicato quando è in gioco la nullità di un contratto: v. E. BIVONA, *Rilevabilità d’ufficio* cit., pp. 780-781, la quale fa notare che “una sentenza emessa *come se la nullità non sussista* si fa veicolo di una parvenza di validità di un atto che, uscito ‘indenne’ dal giudizio, è idoneo a suscitare l’affidamento dei terzi e delle parti che *lo pongono a base dei traffici successivi, e poi se lo vedono dichiarare nullo a seguito di apposita azione*”; F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d’ufficio* cit., p. 927, per cui, se lo scopo dell’art. 1421 c.c. è quello di proteggere superiori interessi generali dell’ordinamento, allora non si può permettere che “un contratto, affetto dalla patologia più grave che il sistema contempli, superi le forche caudine del giudizio civile senza ricevere alcuna sanzione”.

⁽⁹⁶⁶⁾ Cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, par. 7.3, punto B.3. Delle perplessità sul fatto che la parte motiva possa effettivamente contenere un’inequivoca indicazione della validità del contratto, tenuto conto che nelle ipotesi in discorso non interviene il rilievo d’ufficio della nullità, sono espresse da N. RIZZO, *Il rilievo d’ufficio* cit., p. 322.

⁽⁹⁶⁷⁾ Della stessa opinione sono C. CONSOLO – F. GODIO, *Patologia del contratto* cit., p. 234.

⁽⁹⁶⁸⁾ Già G. CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola ‘ne eat iudex ultra petita partium’*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. I, Milano, 1993, p. 157, spec. 175 ss., pone in luce le controindicazioni a che il giudice fondi la sua decisione su circostanze non previamente rischiarate alla luce del contraddittorio; “i nostri giudici sono molto correvi ad argomentare da fatti che le parti non hanno allegati, col pretesto che «emergono dagli atti»: essi temono di riuscire minori nel loro alto ufficio, se non esercitano con assoluta indipendenza il loro ingegno su tutte le risultanze degli atti. Questo sfrenato esercizio è tuttavia pericoloso [...]. Quando il giudice assume di sua testa un fatto che la parte cui giova non fece valere, egli si trova sempre nella possibilità di errare: finché una parte non fa valere un fatto che le giova, l’avversario non ha interesse a dedurre la inesistenza di quel fatto o a dedurre altri fatti che ne elidano le conseguenze: quindi il giudice non solo trae partito da un fatto non rischiarato alla luce del contraddittorio, ma assumendo la veste di difensore di una parte, offende il principio dell’uguaglianza delle parti, ch’è uno dei principi fondamentali che informano tutto il processo civile”. Sul punto, si vedano anche L. MONTESANO, *Limiti oggettivi* cit., p. 51, secondo cui “l’officiosa introduzione in causa di una questione estranea al precedente dibattito tra le parti *comprime illegittimamente le garanzie di difesa* se il giudice decide la stessa questione senza aver prima aperto su di essa il contraddittorio con e tra le parti, esercitando il potere-dovere conferitogli nell’art. 183 c.p.c.” (corsivo mio); R. ORIANI, voce *Eccezione* cit., p. 280, per il quale “c’è una indubbia preoccupazione verso esiti della controversia fondati sulla cosiddetta terza opinione, che il giudice introduce di soppiatto senza una preventiva discussione sul punto ad opera delle parti”; A. PROTO PISANI, nota di commento a Cass., 18 aprile 1970, n. 1127, in *Foro it.* 1970, I, p. 1907, spec. 1908; S. RECCHIONI, *Rapporto giuridico fondamentale* cit., p. 1611, che scrive: “il postulato superamento

E, in questo caso, non si può utilizzare il rilievo *ope iudicis* della questione della validità per considerare rispettato il diritto di difesa, poiché tale rilievo non c'è. Ci si trova, dunque, in una situazione in cui il giudice non si è nemmeno posto il problema della nullità del contratto, le parti non hanno dibattuto su di esso, e il provvedimento finale rimane silente sul punto. Se il giudicato, definito implicito, ma meglio descrivibile come ignaro, impedisse alle parti di contraddire sul rapporto fondamentale in successivi processi, si eliminerebbe completamente la possibilità, per le stesse, di difendere i propri diritti. La considerazione vale tanto nelle ipotesi di accoglimento quanto in quelle di rigetto della domanda di impugnativa contrattuale: in entrambi i casi, infatti, come si fa a considerare non *più* discutibile una questione sulla quale le parti non hanno *mai* discusso? La violazione dell'art. 24 Cost. è lampante ⁽⁹⁶⁹⁾.

A ciò si aggiunga che la teorica del giudicato implicito potrebbe condurre a una spiacevole controindicazione, efficacemente individuata da Verde: “con buona pace di chi ritiene che la teoria del giudicato implicito sia inutile e inoffensiva, vedo addensarsi le nuvole tempestose di giudicati in base ai quali i giudici rifiuteranno di prendere in esame controversie collaterali in quanto, in ossequio alla onnicomprensività della fattispecie relativa alla patologia del negozio giuridico, sarebbe stato necessario sollevarle altrove (e non lo si è fatto). E i difensori avranno a misurarsi con il principio di eventualità (che ritenevano esiliato) e quando si attrezzeranno allo scopo, finiranno con l'ispirarsi ai chilometrici atti difensivi di un tempo (di cui in gioventù ho fatto qualche lettura), nei quali per cautela si avanzavano tutte le pretese, le richieste, le eccezioni e le difese immaginabili onde evitare di lasciare in qualche posto angoli senza protezione” ⁽⁹⁷⁰⁾.

Alla luce della disamina svolta, mi sembra, dunque, di poter concludere che la ricostruzione della cosa giudicata nel sistema delle impugnative, come proposta dalle Sezioni

della domanda mi pare assolutamente inaccettabile, vieppiù dopo la recezione normativa del divieto della pronuncia sulla base della «terza via», nei casi in cui le parti abbiano totalmente ommesso qualunque discussione sul rapporto fondamentale e il giudice non abbia addirittura svolto alcuna attività cognitiva incidentale (piena o finanche sommaria) sul medesimo, derivandone, quindi, un vincolo – «a sorpresa» – non ipotizzato e meno che mai voluto”; G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio* cit., p. 255, per il quale, “in tema di patologia negoziale, nessun giudicato dovrebbe potersi formare su un aspetto che non è stato dibattuto direttamente nel processo, ma che è il risultato di un sillogismo che ha come presupposto un'interpretazione di validità desunta meramente ‘*a contrario*’ da una pronuncia di ‘non nullità’. Ciò perché tale decisione è a ben vedere qualcosa di diverso rispetto all'accertamento pieno e senza incertezze della validità”.

⁽⁹⁶⁹⁾ Svolge una critica serrata dell'impianto promosso dalle Sezioni Unite anche M. DE CRISTOFARO, *Giudicato* cit., pp. 59 ss., 66 ss.

⁽⁹⁷⁰⁾ G. VERDE, *Sulla rilevanza d'ufficio* cit., pp. 749-750. In senso simile, v. anche M. DE CRISTOFARO, *Giudicato* cit., p. 59, secondo cui “l'economia processuale pare essere meglio «servita» da una perimetrazione puntuale dei limiti oggettivi del giudicato, tale da non sollecitare le parti ad affrontare ogni contenzioso come occasione *all-in-one* entro la quale verrà definito una volta per tutte l'intero spettro di questioni nascente dalla relazione sostanziale”. Un'ulteriore critica è espressa da N. RIZZO, *Il rilievo d'ufficio* cit., p. 322, il quale evidenzia come sia difficile distinguere le ipotesi in cui il rigetto avvenga per la ragione più liquida da quelle in cui la decisione implichi giudicato implicito sulla non-nullità: “se il giudice rigetta la domanda di risoluzione perché si convince che l'adempimento dell'obbligazione si sia certamente prodotto, considerato che l'adempimento è tale quando è sorta l'obbligazione da adempiere e questa, a sua volta, presuppone la non nullità della fonte contrattuale, quando l'adempimento rappresenterà solo la «ragione più liquida» e quando costituirà, invece, un'affermazione non equivoca della non nullità del contratto?”.

Unite nel 2014 e come abbracciata dalla giurisprudenza successiva ⁽⁹⁷¹⁾, non possa essere accolta. Al di fuori delle ipotesi di rigetto della domanda di annullamento, rescissione e risoluzione per una ragione più liquida della nullità negoziale, in cui anche la Corte riconosce che non si possa formare giudicato su quest'ultimo profilo, tutte le altre soluzioni implicano un'estensione della *res iudicata* a questioni non rese oggetto di domanda di parte. Ciò comporta una violazione dei principi costituzionali che tutelano i diritti di azione e difesa delle parti, laddove della questione si sia almeno trattato in corso di causa, e comunque dei principi processuali che regolano l'individuazione dell'oggetto del giudizio (artt. 99 e 112 c.p.c., 2709 c.c.), laddove della questione non si sia mai discusso.

Si conferma, anche in questo settore, la preferenza per la tesi restrittiva, che ancora il giudicato alla proposizione di un'esplicita domanda di parte, sia essa proposta in via di accertamento incidentale a seguito del rilievo officioso della nullità, o sia essa proposta in via riconvenzionale da colui che viene convenuto in un giudizio di annullamento, rescissione o risoluzione di un contratto. Solo così si può consentire alle parti di sagomare l'oggetto del giudizio, e del giudicato, secondo le loro esigenze concrete e di conservare i diritti non fatti valere per la discussione in successivi processi.

Non si ignora che l'approccio restrittivo conduca a inconvenienti in punto di economia processuale e di armonia delle decisioni; tuttavia, si confida che i rischi di moltiplicazione dei processi e di conflitti di giudicati si possano arginare attraverso il sapiente utilizzo di due noti congegni, tra loro interconnessi.

Da un lato, la mente corre alla generale ammissibilità della rilevazione d'ufficio della nullità ai sensi dell'art. 1421 c.c. Consentire il rilievo *ope iudicis* in un maggior numero di casi implica che le parti siano più spesso rese consapevoli di ulteriori opportunità di difesa dei propri diritti, comporta la sottoposizione all'attenzione dei litiganti della possibilità di proporre domande di accertamento incidentale e si risolve in una più alta probabilità che l'oggetto del giudicato copra l'intero rapporto fondamentale. Non si deve dimenticare, infatti, che, a seguito della rilevazione *ex officio*, il giudice stimola il contraddittorio, assegnando un termine per depositare memorie. In tale contesto, è plausibile – e, comunque, auspicabile – che le parti proponghano, oltre a “osservazioni sulla questione”, anche domande di accertamento incidentale, in qualunque modo formulate. Da questa angolazione, il rilievo officioso si presenta come un incentivo all'estensione della portata del giudizio (con tutte le

⁽⁹⁷¹⁾ Cfr., *ex multis*, Cass., 4 settembre 2019, n. 22070; Cass., 15 febbraio 2018, n. 3702, per la quale “il bene della vita controverso nella azione (costitutiva) di risoluzione è la sussistenza o meno del rapporto giuridico del quale è chiesta la rimozione. La pronuncia di rigetto riconosce al convenuto la sussistenza del rapporto i cui effetti l'attore avrebbe voluto invece eliminati dal giudice. Ne discende che la nuova domanda di risoluzione, sia pure basata su un diverso *petitum* come nel caso di specie, avendo di mira una situazione giuridica contraria a quella della sussistenza del rapporto accertata dal giudicato, rimette in discussione il bene della vita attribuito dal giudicato medesimo al vincitore. Se l'oggetto del giudizio, conformemente alla premessa metodologica delle Sezioni Unite, è direttamente il rapporto giuridico della cui validità ed efficacia si discute, la pronuncia di rigetto della domanda di risoluzione impedisce la proposizione di una successiva domanda di impugnativa da parte dell'attore, anche se fondata su motivi diversi, in quanto avrebbe l'effetto di disconoscere il bene della vita riconosciuto al convenuto, anziché all'attore”; Cass., 28 novembre 2017, n. 28318; Cass., 23 giugno 2016, n. 12996; Cass., 24 marzo 2016, n. 5920; Trib. Pisa, 26 giugno 2015, n. 743, in *DeJure*.

conseguenze che ne discendono in relazione all'economia extra-processuale), che, a mio avviso, è opportuno rendere utilizzabile nel più elevato numero di situazioni possibile.

Dall'altro lato, ci si riferisce all'ammissibilità della proposizione tardiva di domande di accertamento incidentale. Se l'efficacia di *res iudicata* si appunta solo su quanto è stato oggetto di domanda, aumentare le possibilità di formulare domande significa aumentare le possibilità di espandere l'ambito dell'incontrovertibilità e di ridurre il numero di successive azioni concernenti lo stesso contratto (con conseguente vantaggio dal punto di vista dell'economia extra-processuale e della consonanza dei giudicati).

Permettere, dunque, senza rigide preclusioni processuali, il rilievo d'ufficio – prima – e la domanda di accertamento incidentale della nullità – poi – costituisce un valido metodo per conciliare le esigenze di tutela dei diritti di azione e difesa delle parti con le necessità pratiche della macchina giustizia.

Si può, così, tornare a un sistema giuridico in cui ai giudici sia demandato il compito di dare soluzione a singoli conflitti in atto, e non quello di dettare “Regole” che disciplinino qualsiasi controversia futura collegata alla vicenda storica portata alla loro attenzione ⁽⁹⁷²⁾.

⁽⁹⁷²⁾ Cfr. G. VERDE, *Sulla rilevanza d'ufficio* cit., p. 750. Cfr. anche M. DE CRISTOFARO, *Giudicato* cit., p. 69; G. VERDE, *Considerazioni inattuali* cit., p. 20, per cui “il giudice non regola la vita delle parti, ma qualifica giuridicamente la vicenda che gli viene sottoposta”.

CONCLUSIONI

Siamo, così, giunti all'epilogo del presente studio, per mezzo del quale si è cercato di esaminare criticamente le tesi che si avvicendano, negli scritti dottrinali e nelle pronunce giurisprudenziali, in materia di limiti oggettivi del giudicato nelle impugnative contrattuali.

L'analisi è stata condotta attraverso la lente della nostra Costituzione, che è stata determinante nei frangenti in cui si è dovuto decidere se aderire o meno a questa o quella opinione. Il risultato in tal modo ottenuto è costituito da una *res iudicata* che sia figlia di domande giudiziali e contraddittorio tra le parti, piuttosto che di ragionamenti logici degli organi giurisdizionali.

Il giudicato, si sa, è ciò che garantisce la certezza dei diritti e che pone fine alle liti⁽⁹⁷³⁾. Proprio in ragione di tale carattere, esso ricopre un ruolo fondamentale nell'ordinamento giuridico, assicurando la pace sociale⁽⁹⁷⁴⁾. Eppure lo scopo di comporre le liti, ossia di far cessare le contestazioni tra le parti, esige che “nessun giudice giudichi *più*” dopo che un primo giudizio è stato espletato⁽⁹⁷⁵⁾, non che alcun giudice giudichi *mai*.

Per assicurare che la scure della regiudicata cali, su una certa questione, solo *dopo* che un magistrato l'abbia, almeno una volta, conosciuta e decisa, è necessario plasmarne i contorni su quanto le parti abbiano effettivamente domandato. Così facendo, tutti i diritti non espressamente fatti valere rimangono impregiudicati e per gli stessi resta integra la tutela in via principale garantita dall'art. 24 Cost.⁽⁹⁷⁶⁾. Solo tale regime corrisponde “all'indefettibile esigenza che le parti siano realmente consapevoli dell'effettiva estensione dell'oggetto del contendere, o, se si preferisce, del «bene della vita» e degli interessi in gioco, affinché siano in grado di valutare appieno, ed in tutta la loro portata, i possibili esiti e le conseguenze del giudizio, non foss'altro che per potervi adeguare la propria difesa; esigenza nella quale è agevole scorgere un riflesso del principio del contraddittorio costituzionalmente garantito”⁽⁹⁷⁷⁾.

Sembra, invece, che la Suprema Corte, con i suoi recenti orientamenti, non si sia curata di questi principi, o che, per lo meno, non li abbia considerati prevalenti rispetto a differenti

⁽⁹⁷³⁾ “Allo scopo di porre fine alle liti e di dare certezza ai diritti, il legislatore ha fissato un momento in cui è interdetta ogni nuova pronuncia su ciò che fu giudicato”: E. T. LIEBMAN, *Manuale* cit., p. 273. In senso analogo, *ex multis*, G. CHIOVENDA, *L'idea romana* cit., p. 319, secondo cui il processo, dal quale nasce poi il giudicato, “serve a tutti coloro che, indipendentemente dal conseguimento attuale d'un bene della vita, hanno interesse ad ottenere la certezza giuridica intorno a un determinato rapporto. In questa figura il processo è uno strumento per la facilitazione della vita sociale mediante la eliminazione dei dubbi che intralciano il normale svolgimento dei rapporti giuridici”; F. TOMMASEO, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 2005, p. 311, per il quale l'autorità di cosa giudicata rende la sentenza idonea a “dare certezza sull'esistenza o sull'inesistenza del diritto azionato e quindi [ad] attribuire alle parti il bene della certezza sull'assetto del rapporto giuridico controverso”; M. VELLANI, *Appunti* cit., p. 132, per cui “la non assicurata immutabilità giudiziale dell'accertamento anche rispetto a ogni nuovo processo darebbe un grave colpo a quel principio della certezza del diritto che [...] è una esigenza essenziale degli ordinamenti moderni”.

⁽⁹⁷⁴⁾ Cfr. M. VELLANI, *Appunti* cit., p. 132.

⁽⁹⁷⁵⁾ Così F. CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Studi di diritto processuale*, vol. IV, Padova, 1939, p. 388, spec. 429.

⁽⁹⁷⁶⁾ Come sottolineato da E. T. LIEBMAN, *Manuale* cit., p. 282.

⁽⁹⁷⁷⁾ G. BALENA, *Istituzioni* cit., p. 304.

valori funzionali del processo, quali la concentrazione delle decisioni e l'economia extra-processuale. Infatti, la Cassazione non adotta tesi restrittive (come una ricostruzione costituzionalmente orientata imporrebbe), ma continua a discorrere di un giudicato implicito che copre gli antecedenti logici necessari della decisione, anche in assenza di discussione tra le parti. I giudici di legittimità compiono, dunque, una scelta di campo opposta a quella qui effettuata e ne traggono le dovute conseguenze.

Si può affermare, quale merito dello sforzo posto in essere dalla Cassazione negli ultimi anni, che gli esiti cui essa perviene sono coerenti con le premesse: la domanda di nullità viene qualificata come autodeterminata, l'oggetto delle azioni di annullamento, rescissione e risoluzione contrattuale viene individuato nell'intero rapporto sottoposto a modificazione, il giudicato si espande sulla questione della validità/nullità negoziale anche qualora su detta questione non vi sia stato contraddittorio. Tutte soluzioni agli antipodi di quelle in questa sede sostenute. Altro pregio che deve essere riconosciuto al *Restatement* del 2014 è l'aver (finalmente, vien da dire) escluso che l'incontrovertibilità colpisca anche profili che il giudice non ha conosciuto, laddove quest'ultimo aspetto sia provato dalla circostanza che la sentenza di rigetto sia fondata su una ragione più liquida rispetto a quella che si vorrebbe coperta da regudicata.

Si può, dunque, concedere che effettivamente la giurisprudenza abbia fatto, grazie alle sentenze gemelle del dicembre 2014 e a quelle che le hanno seguite, dei piccoli passi avanti verso un orientamento che miri a tutelare i diritti costituzionali. Tuttavia, rimane il fatto che il risultato ottimale è ancora lontano.

L'interrogativo che resta senza risposta è: qual è questo risultato ottimale? Si può forse dire che l'adozione di una tesi restrittiva porti a costruire i migliori limiti oggettivi che la *res iudicata*, discendente dalle impugnative contrattuali, possa meritare?

Forse non è così semplice. Forse si potrebbe tentare di affinare ulteriormente i risultati e provare a creare un sistema in cui non solo vengano garantiti i diritti di azione e difesa delle parti, ma venga anche conseguito il fine dell'economia processuale; un ordinamento che eviti "effetti-sorpresa" relativi a quanto non sia più contestabile, ma che sia anche sensibile al problema del carico gravante sulla giustizia; un apparato, in sostanza, che coniughi i principi scelti dall'Assemblea costituente, più di settant'anni fa, con le problematiche che opprimono oggi, ogni giorno, le aule giudiziarie.

Chiaramente, non si tratta di una problematica che possa essere definitivamente risolta nelle battute finali di uno scritto quale il presente. Cionondimeno, non pare fuori luogo concludere la dissertazione lasciando alcuni spunti di riflessione.

Un primo metodo potrebbe essere quello di attuare politiche più accorte con riferimento alle spese processuali. Se i giudici ponessero tali spese a carico della parte che le abbia ingiustificatamente provocate, attori e convenuti sceglierebbero con maggiore accuratezza la materia della lite; se sapessero di andare incontro a notevoli esborsi di denaro, le parti preferirebbero evitare di instaurare molteplici processi in relazione a una medesima controversia, e tenderebbero a espandere l'oggetto del giudizio attraverso opportune domande, in modo che esso coinvolga tutti i fatti deducibili a supporto di un determinato

diritto. Per utilizzare una terminologia cara all'analisi economica del diritto, per i litiganti non sarebbe più economicamente efficiente limitare un procedimento a una singola frazione di rapporto, e ciò li disincentiverebbe a farlo ⁽⁹⁷⁸⁾.

D'altro canto, però, il problema che discende da tale opzione è dato dalla discrezionalità che si lascia, sul punto, ai magistrati: in quali casi si potrà dire che un procedimento sia stato *ingiustificatamente* incardinato?

Una seconda alternativa astrattamente prospettabile è quella di arginare il moltiplicarsi dei processi sui medesimi rapporti contrattuali attraverso lo strumento dell'abuso del diritto. Si potrebbe sostenere che abusi del proprio diritto di agire il contraente che, in un secondo giudizio relativo alla stessa convenzione, tenga un atteggiamento incompatibile con quello tenuto nel primo procedimento: si pensi alle ipotesi in cui un soggetto, dopo aver ottenuto un provvedimento che condanna la controparte all'esecuzione di una determinata prestazione contrattuale, venga convenuto in giudizio per la controprestazione e si difenda asserendo che il contratto è invalido o inefficace. Senza a tal fine "scomodare" i limiti oggettivi del giudicato, si potrebbe bollare la sua condotta processuale come abusiva e dichiarare le sue pretese inammissibili, così da impedire che egli possa impunemente *venire contra factum proprium* ⁽⁹⁷⁹⁾.

L'ultima prospettiva che si può suggerire nasce dalla constatazione che, su una questione così delicata come quella della conformazione oggettiva della *res iudicata*, studiosi e magistrati possono anche faticare per produrre teorie soddisfacenti, ma difficilmente riescono a raggiungere risoluzioni definitive. È saggio, dunque, riconoscere che, se si vogliono ottenere dei risultati stabili nel campo dei limiti oggettivi del giudicato nelle impugnative contrattuali, è necessario chiedere il soccorso del legislatore, il solo che possa individuare – una volta per tutte – i valori che devono prevalere in questo intricato dibattito ⁽⁹⁸⁰⁾.

⁽⁹⁷⁸⁾ È questa la proposta di G. VERDE, *Diritto processuale* cit., vol. II, pp. 293-294. L'Autore riconosce che, adottando una tesi restrittiva nel campo dei limiti oggettivi del giudicato, si paga "un prezzo, creando le premesse per la moltiplicazione dei giudizi (dando così alle parti e ai loro difensori, poco scrupolosi e poco sensibili alle regole deontologiche, un'arma per incrementare i costi processuali e lucrare indebite competenze professionali) e per la possibile contraddizione delle decisioni. Ma sono costi ai quali non è possibile rinunciare, se si vuole lasciare salvo il principio che il privato può disporre liberamente delle sue situazioni sostanziali. D'altra parte, i prezzi pagati possono essere diminuiti adeguatamente [...] dal giudice, con un'accorta politica di condanna alle spese processuali a carico della parte che le abbia ingiustificatamente provocate".

⁽⁹⁷⁹⁾ Un'apertura in tale direzione proviene da C. SCOGNAMIGLIO, *Il giudice* cit., pp. 34, 37.

⁽⁹⁸⁰⁾ Un esempio è rappresentato dalla spagnola *Ley de enjuiciamiento civil* 1/2000 (LEC) e, in particolare, dal suo art. 400, c. 2, per il quale, "agli effetti [...] della cosa giudicata, i fatti e gli elementi di diritto dedotti in una causa si considerano come se fossero stati allegati in un altro precedente giudizio, se in questo deducibili" (di seguito, il testo dell'art. 400 LEC in lingua originale: "*Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos*". "1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación. 2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste"). Grazie a questa disposizione, il legislatore spagnolo ha munito il processo di una struttura idonea a incentivare le parti a far confluire in esso, sin dalla sua instaurazione, tutta la materia su cui gli effetti di merito della sentenza sono destinati a propagarsi. Tale norma istituisce una perfetta equivalenza

Attualmente, il codice di procedura civile italiano non ammonisce le parti, disponendo espressamente che tutto ciò che compone le fattispecie costitutive in senso stretto o quelle in senso ampio dei diritti azionati rientra comunque nell'area della *res iudicata* di cui all'art. 2909 c.c., anche se non viene dedotto in giudizio. Pertanto, né attore né convenuto sentono il bisogno di allegare tutti i fatti che fondano i loro diritti, salvo poi scoprire, una volta che la pronuncia giudiziale sia passata in giudicato, che gli stessi non potranno mai essere fatti valere – per “nessun effetto” – a causa della loro natura di antecedenti logici necessari dell'intervenuta statuizione.

Se si volesse descrivere la struttura del nostro processo – come delineata dalla giurisprudenza maggioritaria – attraverso l'ausilio delle forme geometriche, “la scelta non potrebbe che cadere su quella del cono (o, a tutto voler concedere, del tronco di cono), al cui vertice si dovrebbe porre l'oggetto del giudizio così come si presenta alle soglie della causa, ed alla cui base (più ampia) andrebbe collocato l'oggetto interessato dagli effetti del giudicato”. Al contrario, in un mondo ideale, il processo civile dovrebbe assumere una “forma cilindrica, la cui struttura, proprio per il fatto di presentare un ingresso di dimensioni esattamente speculari all'uscita, reca il non trascurabile vantaggio di indurre le parti a sottoporre alla cognizione del giudice, nell'ambito della stessa causa, una porzione della fattispecie controversa identica a quella sulla quale si propagheranno gli effetti del giudicato derivanti dalla futura sentenza di merito”⁽⁹⁸¹⁾.

A me sembra che proprio questa sia la chiave dell'enigma: trovare un modo per indurre attore e convenuto ad allargare l'oggetto del giudizio, cosicché esso risulti sovrapponibile a ciò su cui si esplicherà l'efficacia della *res iudicata*. In tal guisa, da un lato, si riuscirà a salvaguardare i diritti di azione e difesa delle parti, che per forza di cose – o meglio, in forza della legge – metteranno in atto il contraddittorio sulle questioni su cui il giudice statuirà; dall'altro, si eviterà la moltiplicazione dei giudizi relativi a una stessa situazione materiale.

E, allora, probabilmente non si riuscirà a trovare una teoria pienamente soddisfacente, che coniughi tutte le esigenze che ruotano intorno ai rapporti tra diritto sostanziale e processo, fintanto che il legislatore non interverrà. Nell'attesa che questo accada, rimane a mio avviso preferibile adottare soluzioni restrittive, che privilegino i diritti inviolabili costituzionalmente garantiti rispetto a principi di rango inferiore: solo così si potrà evitare che il giudicato si trasformi in una “gabbia dorata”⁽⁹⁸²⁾, nella quale i diritti delle parti rimangono – per sempre – paralizzati.

tra le dimensioni dell'oggetto del processo, come individuato dalla domanda, e quelle che connotano i limiti oggettivi della cosa giudicata. In sostanza, “per questa via, il processo civile spagnolo riesce [...] a garantire che la preclusione che colpisce il materiale di fatto e di diritto non allegato in causa non sorga soltanto alla fine del processo, quando la relativa sentenza è ormai divenuta non impugnabile, bensì fin dal suo inizio, *costringendo le parti a tenerne conto nell'articolazione delle loro difese*” (corsivo mio): cfr. D. VOLPINO, *Ripensare il giudicato* cit., p. XVII.

⁽⁹⁸¹⁾ D. VOLPINO, *Ripensare il giudicato* cit., p. XIX.

⁽⁹⁸²⁾ L'espressione è di P. BIAVATI, *Argomenti* cit., p. 118.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ADDANTE A., *Colpa dell'obbligato ed operatività della clausola risolutiva espressa*, in *Contratti* 2003, p. 231
- AIELLO G. F., *L'applicabilità del rimedio risolutorio al difetto sopravvenuto della presupposizione in un recente revirement della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2011, II, p. 305
- ALLARA M., *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950
- ALLARA M., *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1999
- ALLORIO E., *Cessazione della proroga per necessità del locatore e problemi di estensione soggettiva della efficacia esecutiva della sentenza e dell'autorità della cosa giudicata*, in *Giur. it.* 1970, I, 2, p. 367
- ALLORIO E., *Critica della teoria del giudicato implicito*, in *Problemi di diritto*, vol. II, *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato e altri studi*, Milano, 1957, p. 215
- ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, vol. I, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, p. 3
- ALLORIO E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1992 (rist.)
- AMATO F., *Risoluzione, rescissione, annullamento di un contratto nullo?*, in *Giur. it.* 1971, I, 1, p. 443
- AMBROSOLI M., *Le sopravvenienze*, in A. GAMBARO – U. MORELLO (a cura di), *Lezioni di diritto civile*, Milano, 2012
- ANDOLINA I., *Per un profilo degli atti processuali con effetti di diritto sostanziale*, in *Jus* 1959, p. 103
- ANDRIOLI V., *Appunti di diritto processuale civile*, Napoli, 1964
- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, vol. I, Napoli, 1957
- ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1979
- ANDRIOLI V., *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1973
- ARIETA G. – DE SANTIS F. – MONTESANO L., *Corso base di diritto processuale civile*, Padova, 2016
- ATTADEMO L., *Risoluzione per inadempimento*, in *Giur. it.* 2009, p. 1907

- ATTARDI A., *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, in *Giur. it.* 1987, IV, p. 417
- ATTARDI A., *Diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1999
- ATTARDI A., *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1990, p. 475
- ATTARDI A., *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in AA. VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 185
- ATTARDI A., *La cosa giudicata*, in *Jus* 1961, p. 1
- ATTARDI A., voce *Legittimazione ad agire*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IX, Torino, 1968, p. 721
- AULETTA G., *Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempiere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1955, p. 655
- AULETTA G. G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942
- AULETTA G. G., *Poteri formativi e diritti potestativi*, Milano, 1939
- AULETTA G. G., *Risoluzione e rescissione dei contratti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1948, p. 641
- AZZARRI F., *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il revirement della Suprema Corte*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2007, I, p. 1181
- BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Bari, 2017
- BARBIERA L., *Tardivo adempimento del debitore, rifiuto del creditore e risoluzione del contratto*, in *Contratti* 1997, p. 452
- BARLETTA A., *Extra e ultra petizione: studio sui limiti del dovere decisorio del giudice civile*, Milano, 2012
- BASINI G. F., *L'importanza dell'inadempimento e la diffida ad adempiere*, in *Contratti* 1995, p. 549
- BASINI G. F., *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001
- BELFIORE A., voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 1307

- BENEDETTI A. M., *La deriva dell'eccezione d'inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio criptorisolutorio?*, in *Danno e resp.* 2003, p. 754
- BENEDETTI G., *La rescissione nell'orizzonte della fonte e del rapporto giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, p. 15
- BENUSSI A., *Ancora sulla rilevabilità d'ufficio della nullità*, in *Obblig. e contr.* 2009, p. 321
- BENUSSI A., *Rilevabilità della nullità fra negozio e processo*, in *Obbl. e contr.* 2007, p. 494
- BERTI DE MARINIS G., *Nullità relativa, protezione del cliente ed interessi meritevoli di tutela*, in *Banca borsa tit. cred.* 2016, p. 283
- BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002 (rist.)
- BIANCA C. M., *Diritto civile, III. Il contratto*, Milano, 2000
- BIANCA C. M., *Diritto civile, V. La responsabilità*, Milano, 2012
- BIANCHI F. S., *Principii generali sulle leggi*, Napoli-Roma-Milano, 1888
- BIANCHI G., *Nullità e annullabilità del contratto*, Padova, 2002
- BIANCHI G., *Rescissione e risoluzione dei contratti. Con riferimenti al diritto civile del XXI secolo*, Padova, 2003
- BIAVATI P., *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, p. 1301
- BIAVATI P., *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2016
- BIGLIAZZI GERI L., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. II, Milano, 1974
- BIVONA E., *Rilevabilità d'ufficio della nullità tra regole sul contratto e regole sul processo*, in *Contratti* 2016, p. 773
- BOLAFFI R., *Le eccezioni di diritto sostanziale*, Milano, 1936
- BONFIGLIO G., *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.* 2004, p. 861

- BONFILIO A. – MARICONDA V., *L'azione di nullità*, in AA.VV., *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, in *I contratti in generale*, diretto da G. ALPA – M. BESSONE, tomo I, Torino, 1991
- BONSIGNORI A., *I limiti oggettivi della cosa giudicata in un recente libro tedesco*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1961, p. 236
- BONSIGNORI A., *Tutela giurisdizionale dei diritti*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1999
- BORRIONE M., *La risoluzione per inadempimento*, Padova, 2004
- BOSELLI A., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, Torino, 1952
- BOVE M., *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino, 2016
- BOVE M., *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, in *Giur. it.* 2015, p. 1387
- BUSNELLI F. D., *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1961, p. 1317
- BUSNELLI F. D., *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in L. BIGLIAZZI GERI – F. D. BUSNELLI – R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile*, Libro VI, tomo IV, Torino, 1964
- BUSNELLI F. D., voce *Clausola risolutiva*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 196
- CABELLA PISU L., *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in F. GALGANO, *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2002
- CAGNASSO O., voce *Impossibilità sopravvenuta della prestazione. I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 1
- CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, vol. I, Padova, 1943
- CALAMANDREI P., *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, p. 65
- CAMARDI C., *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997

- CAMMEO F., *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1905
- CAMPA M., *La tempestiva costituzione in giudizio del convenuto quale condizione per far valere le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio. La diffida ad adempiere ed i suoi presupposti per la risoluzione del contratto*, in *Foro pad.* 2009, I, p. 130
- CAPONI R., *Azione di nullità (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. civ.* 2008, Suppl., p. 59
- CAPONI R., *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991
- CAPONI R., *Limiti oggettivi del giudicato nei rapporti complessi*, in *Foro it.* 2002, I, p. 2764
- CAPONI R. – PROTO PISANI A., *Lineamenti di diritto processuale civile*, Napoli, 2001
- CAPPELLETTI M., *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1972 (rist.)
- CARBONARI O. G., *Provvedimenti d'urgenza e accertamento mero della legittimità del licenziamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1979, p. 1598
- CARBONE V., *Il creditore può rifiutare il tardivo adempimento?*, in *Corr. giur.* 1997, p. 769
- CARBONE V., *“Porte aperte” delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, in *Corr. giur.* 2015, p. 88
- CARIGLIA C., *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948
- CARNELUTTI F., *In tema di accertamento incidentale*, in *Riv. dir. proc.* 1943, p. 17
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II, Padova, 1986
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. IV, Padova, 1926
- CARNELUTTI F., *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Studi di diritto processuale*, vol. IV, Padova, 1939, p. 388
- CARNELUTTI F., *Preclusione dell'offerta di riduzione del contratto ad equità*, in *Riv. dir. proc.* 1953, p. 108
- CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1936

CARNEVALI U., *L'impossibilità sopravvenuta*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *Il contratto in generale*, tomo VIII**, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, Torino, 2011

CARNEVALI U., *L'onere della prova nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Contratti 2000*, p. 550

CARNEVALI U., *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *Il contratto in generale*, tomo VIII**, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, Torino, 2011

CARPINO B., *La rescissione del contratto*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 2000

CARPINO B., voce *Diritti potestativi*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1989, p. 1

CARRESI F., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU – F. MESSINEO, vol. XXI, tomo II, Milano, 1987

CARRESI F., *L'annullabilità del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1969, p. 1436

CASELLA G., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, Torino, 2001

CATAUDELLA A., *Il giudice e le nullità*, in *Giust. civ.* 2015, p. 667

CAVALLINI C., *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003

CAVALLINI C., *Il rilievo d'ufficio della nullità del contratto: problemi e prospettive*, in G. BONGIORNO (a cura di), *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, p. 133

CAVALLINI C., *Perpetua ad excipiendum, variazioni in tema di giudicato e motivazione*, in *Riv. dir. proc.* 2018, p. 621

CERCHIA R. E., *Quando il vincolo contrattuale si scioglie. Unicità e pluralità di temi e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2012

CERINO CANOVA A., *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. ALLORIO, Libro II, tomo I, Torino, 1980

CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973

CHIOVENDA G., *Cosa giudicata e competenza*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. II, Milano, 1993, p. 411

CHIOVENDA G., *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. III, Milano, 1993, p. 231

CHIOVENDA G., *Identificazione delle azioni. Sulla regola 'ne eat iudex ultra petita partium'*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. I, Milano, 1993, p. 157

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1950 (rist.)

CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, vol. I, Roma, 1930, p. 3

CHIOVENDA G., *L'idea romana nel processo civile moderno*, in *Riv. dir. proc.* 1932, p. 317

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, Napoli, 1965 (rist.)

CHIOVENDA G., *Sul litisconsorzio necessario*, Prato, 1904

CHIOVENDA G., *Sulla cosa giudicata*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. II, Milano, 1993, p. 399

CHIOVENDA G., *Sulla «eccezione»*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. I, Milano, 1993, p. 149

CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994

CHIZZINI A., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e continuato da F. D. BUSNELLI, Milano, 2018

CIAPPI E., nota di commento a Cass., 8 giugno 1979, n. 3265, in *Foro it.* 1980, I, p. 152

CIFFO BONACCORSO L., *Diritti potestativi e sentenza costitutiva*, in *Giur. it.* 1959, IV, p. 129

CIFFO BONACCORSO L., *L'eccezione nel sistema della difesa del convenuto*, in *Giur. it.* 1959, I, 1, p. 1193

CIFFO BONACCORSO L., *Questione pregiudiziale e cosa giudicata*, in *Foro it.* 1961, I, p. 925

- CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989
- COCCHI V., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di limiti oggettivi del giudicato e di impugnative negoziali*, in *Foro. it.* 1984, I, p. 2997
- COCCO M., *Rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Giur. it.* 2015, p. 2319
- COLAIACOMO G., *Il nesso causale tra stato di bisogno e sproporzione delle condizioni contrattuali nella rescissione per lesione, ovvero, approfittare è lecito*, in *Nuova giur. civ. comm.* 1998, I, p. 335
- COLESANTI V., *Domanda di risoluzione ed eccezione revocatoria nel fallimento*, in *Riv. dir. proc.* 1979, p. 188
- COLESANTI V., voce *Eccezione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 172
- COMOGLIO L. P. – FERRI C. – TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, vol. I, Bologna, 1995
- COMPORITI M., *Fondamento e natura giuridica della rescissione del contratto per lesione*, in *Studi sen.* 1956-1957, p. 1
- CONSOLO C., *Il concorso di azioni nella patologia della vendita. Diritto e processo*, in *Riv. dir. civ.* 1989, I, p. 765
- CONSOLO C., *Il cumulo condizionale di domande*, vol. I, Padova, 1985
- CONSOLO C., *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.* 1995, I, p. 299
- CONSOLO C., *«Imprescrittibilità» della c.d. eccezione di annullabilità e parte convenuta per l'esecuzione: spunti sistematici*, in *Corr. giur.* 2000, p. 95
- CONSOLO C., *La Cassazione prosegue nel suo dialogo con l'art. 1421 c.c. e trova la soluzione più proporzionata (la nullità del contratto va sempre rilevata, ma non si forma "ad ogni effetto" il giudicato)*, in *Corr. giur.* 2006, p. 1424
- CONSOLO C., *Nullità del contratto, suo rilievo totale o parziale e poteri del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, Numero speciale. *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, p. 7
- CONSOLO C., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. I. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, p. 215

- CONSOLO C., *Postilla di completamento. Il giudicato ed il rilievo officioso della nullità del contratto: quanto e come devono essere ampi?*, in *Corr. giur.* 2013, p. 184
- CONSOLO C., *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Eur. dir. priv.* 2010, p. 941
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2017
- CONSOLO C., voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 44
- CONSOLO C. – GODIO F., *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.* 2015, p. 225
- CORDOPATRI F., *Contributo allo studio della tutela costitutiva*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. II, Milano, 1993, p. 105
- CORSARO L., voce *Rescissione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XVI, Torino, 1997, p. 628
- CORSINI F., *Rilevabilità di ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.* 2004, II, p. 667
- COSTA S., voce *Domanda giudiziale*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, Torino, 1960, p. 161
- COSTANTINO G., voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, p. 1
- COSTANZA M., *Annullamento del contratto concluso dall'incapace naturale: imprescrittibilità dell'eccezione e decorrenza del termine di prescrizione dell'azione*, in *Giust. civ.* 1986, I, p. 2255
- COSTANZA M., *Rifiuto legittimo della prestazione da parte del creditore e gravità dell'inadempimento*, in *Giust. civ.* 1997, I, p. 2767
- COSTANZA M., sub *art. 1454*, in A. LUMINOSO – U. CARNEVALI – M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, tomo I, 1, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990
- COSTANZA M., sub *art. 1456*, in L. NANNI – M. COSTANZA – U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, tomo I, 2, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2007
- COSTANZA M., sub *art. 1457*, in L. NANNI – M. COSTANZA – U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, tomo I, 2, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2007

COSTANZA M., voce *Clausola risolutiva espressa*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1988, p. 1

COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, Napoli, 1992 (rist.)

CRISTIANO F., *Mutuo dissenso e domande reciproche di risoluzione per inadempimento*, in *Contratti* 2010, p. 787

CUBEDDU M. G., *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995

CUCCOVILLO M., *Essenzialità del termine e risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Contratti* 2011, p. 892

CUCCOVILLO M., *Risoluzione del contratto per inadempimento, apparenza del difetto e comportamento processuale del convenuto contrario a buona fede*, in *Contratti* 2014, p. 165

D'ALESSANDRO E., *La Corte di giustizia sancisce il dovere, per il giudice nazionale, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 2009, p. 675

D'ALESSANDRO E., *Le Sezioni unite compongono il contrasto giurisprudenziale riguardante la rilevabilità ex officio della nullità del contratto nell'ambito del processo intentato per ottenerne la risoluzione. Il punto di vista del processual-civilista*, in *Giur. it.* 2013, p. 907

D'AMICO G., *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti* 2009, p. 732

DALFINO D., *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell'accertamento delle "fattispecie preliminari"*, Torino, 2008

DALLA BONTÀ S., *Una «benefica inquietudine». Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane*, in *Giusto proc. civ.* 2011, p. 891

DALMARTELLO A., voce *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, Torino, 1960, p. 354

DALMARTELLO A., voce *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 126

DE CRISTOFARO M., *Giudicato e motivazione*, in *Riv. dir. proc.* 2017, p. 41

- DE FAZIO G., *Cause d'impugnativa contrattuale e rilievo d'ufficio della nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.* 1998, I, p. 127
- DE LA OLIVA SANTOS A., *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, traduzione di D. VOLPINO, Milano, 2009
- DE MARTINI A., *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950
- DE MENECH C., *Diffida ad adempiere e risoluzione "di diritto" ex art. 1454 c.c.*, in *Contratti* 2013, p. 703
- DE MENECH C., *La preclusione dell'adempimento tardivo ex art. 1453, ultimo comma, c.c. nella giurisprudenza*, in *Contratti* 2014, p. 573
- DE POLI M., *La rescissione del contratto*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2011
- DE POLI M., *Rescissione del contratto*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e continuato da F. D. BUSNELLI, Milano, 2015
- DELLA CHIESA M., *Inadempimento reciproco e risoluzione del contratto*, in *Contratti* 2014, p. 364
- DELLACASA M., *Il creditore può rinunciare alla risoluzione «di diritto»? Luci ed ombre di una regola giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.* 2012, II, p. 21
- DELLACASA M., *Il termine essenziale*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi – 2*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. V, Milano, 2006
- DELLACASA M., *Inadempimento e risoluzione del contratto: un punto di vista sulla giurisprudenza*, in *Danno e resp.* 2008, p. 261
- DELLACASA M., *L'azione di risoluzione: legittimazione, onere della prova, prescrizione*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi – 2*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. V, Milano, 2006
- DELLACASA M., *La clausola risolutiva espressa*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi – 2*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. V, Milano, 2006
- DELLACASA M., *Le risoluzioni di diritto: la diffida ad adempiere*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi – 2*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. V, Milano, 2006

- DELLACASA M., *Offerta tardiva della prestazione e rifiuto del creditore: vantaggi e inconvenienti di una risoluzione «atipica»*, in *Riv. dir. civ.* 2007, p. 509
- DELLACASA M., *Risoluzione giudiziale e «di diritto»: orientamenti e problemi*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi – 2*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. V, Milano, 2006
- DELLACASA M., *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.* 2015, I, p. 40
- DENTI V., *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1961, p. 22
- DENTI V., *Studi sul processo possessorio*, Pavia, 1949
- DENTI V., voce *Questioni pregiudiziali (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1976, p. 675
- DERIU L., *Clausola risolutiva espressa e gravità dell'inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1964, p. 421
- DI CIOMMO F., *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, in *Foro it.* 2015, I, p. 922
- DI LETIZIA G., nota di commento a Cass., sez. un., 25 marzo 1988, n. 2572, in *Giur. it.* 1989, I, p. 1760
- DI MAJO A., *La nullità*, in A. DI MAJO – G. B. FERRI – M. FRANZONI (a cura di), *Il contratto in generale*, tomo VII, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, Torino, 2002
- DI PRISCO N., *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. IX, Torino, 1999
- DOTTORE G., *Il senso della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale nel sistema civilistico e processuale: la Cassazione torna sull'art. 1421 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2006, I, p. 380
- FABBRINI G., *Eccezione*, in *Scritti giuridici*, vol. I, *Studi sull'oggetto del processo e sugli effetti del giudicato*, Milano, 1989, p. 501
- FABBRINI G., *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Scritti giuridici*, vol. I, *Studi sull'oggetto del processo e sugli effetti del giudicato*, Milano, 1989, p. 333

- FABIANI E., *Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. proc.* 1998, p. 545
- FALZEA A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939
- FALZEA A., voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 205
- FAZZALARI E., *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1956, p. 1304
- FAZZALARI E., *Il cammino della sentenza e della «cosa giudicata»*, in *Riv. dir. proc.* 1988, p. 589
- FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1996
- FAZZALARI E., *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1995
- FAZZALARI E., *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957
- FERRI L., *L'autonomia privata*, Milano, 1959
- FERRI C., *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970
- FERRI C., *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975
- FERRI C., voce *Costitutiva (azione)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1989, p. 1
- FERRONI L., *Spunti per lo studio del divieto d'abuso delle situazioni soggettive patrimoniali*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 313
- FINZI E., *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915
- FONTANELLA M., *Imputabilità dell'inadempimento e clausola risolutiva espressa*, in *Contratti* 2007, p. 966
- FORNACIARI M., *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999
- FORTUNATO P., *Mutamento della «causa petendi» rispetto alle azioni di annullamento, rescissione e nullità per simulazione*, in *Foro. it.* 1951, I, p. 931
- FOTI S., *Squilibrio iniziale tra le prestazioni e nullità del contratto*, in *Contratti* 2016, p. 561

FRANCHI G., *La litispendenza*, Padova, 1963

FUNAIOLI C. A., *Effetti della clausola risolutiva espressa*, in *Foro it.* 1949, IV, p. 81

GABRIELLI G., *Proponibilità delle domande risarcitoria e restitutoria in corso di giudizio purché congiuntamente con quella di risoluzione del contratto inadempito*, in *Riv. dir. civ.* 2012, p. 597

GABRIELLI G., *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1974, p. 725

GABRIELLI E., sub *art. 1467*, in E. NAVARRETTA – A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2011

GALBUSERA F., *La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, in G. SICCHIERO – M. D'AURIA – F. GALBUSERA, *Risoluzione dei contratti*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2013

GALLO P., *Inadempimento reciproco e caparra confirmatoria nel prisma della giurisprudenza*, in *Giur. it.* 2017, p. 316

GALLO P., voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 234

GARBAGNATI E., *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.* 1976, p. 257

GENTILI A., *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.* 1997, I, p. 403

GIANNELLI F. – MAGLIO M. G., *Il negozio invalido ed il negozio compromesso, con riguardo alla inesistenza, alla nullità, all'annullabilità ed alla rescissione. Parte prima*, in *Arch. civ.* 1999, p. 3

GIANNELLI F. – MAGLIO M. G., *Il negozio invalido ed il negozio compromesso, con riguardo alla inesistenza, alla nullità, all'annullabilità ed alla rescissione. Parte seconda*, in *Arch. civ.* 1999, p. 129

GIANNOZZI G., *La modificazione della domanda nel processo civile*, Milano, 1958

GIORGIANNI M., voce *Inadempimento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 860

GIUSSANI A., *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.* 2015, p. 1564

GIUSSANI A., *Collegamento negoziale ed effetti del giudicato*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, p. 291

- GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali: per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008
- GLENDI C., *L'oggetto del processo tributario*, Padova, 1984
- GONNELLI I. M., *La clausola risolutiva espressa tra principio di buona fede e importanza dell'inadempimento*, in *Obblig. e contr.* 2009, p. 713
- GRASSO E., *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. ALLORIO, vol. I, Torino, 1973
- GRASSO E., *La pronuncia d'ufficio, I. La pronuncia di merito*, Milano, 1967
- GRONDONA M., *La clausola risolutiva espressa*, Milano, 1998
- GUADAGNO S., *Risoluzione stragiudiziale e diritto di ritenzione della caparra confirmatoria*, in *Contratti* 2012, p. 791
- GUARINO A., *La diffida ad adempiere e la gravità dell'inadempimento*, in AA. VV., *Studi in onore di Filippo Vassalli*, vol. II, Torino, 1960, p. 965
- HEINITZ E., *Considerazioni attuali sui limiti oggettivi del giudicato*, in *Giur. it.* 1955, I, 1, p. 755
- HEINITZ E., *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937
- HELLWIG K., *System des deutschen Zivilprozessrechts*, vol. I, Leipzig, 1912
- IORIO G., *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, Milano, 2012
- IOZZO M., *Giudicato di rigetto, diritti concorrenti e tutela giurisdizionale del diritto di proprietà*, in *Foro it.* 2001, I, p. 496
- IRTI N., *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. impr.* 1987, p. 541
- IRTI N., *Risoluzione di contratto nullo?*, in *Foro pad.* 1971, p. 741
- IUDICA G., *Risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.* 1983, II, p. 184
- KLITSCHKE DE LA GRANGE A., *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, in *Riv. dir. civ.* 1964, I, p. 28

LA CHINA S., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in AA.VV., *Tutela dei diritti*, tomo I, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1997

LA ROSA E., sub *art. 1442*, in R. TOMMASINI – E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e continuato da F. D. BUSNELLI, Milano, 2009

LAGHEZZA P., *Declaratoria officiosa della nullità del contratto e Sezioni Unite 2.0: il giudicato implicito*, in *Danno e resp.* 2015, p. 599

LANCELLOTTI F., *Variazioni dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia ed al giudicato*, in *Riv. dir. proc.* 1980, p. 465

LEIPOLD D., *Teilklagen und Rechtskraft*, in K. A. BETTERMANN – A. ZEUNER (a cura di), *Festschrift für Albrecht Zeuner zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 1994, p. 431

LENT F., *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess*, vol. I, Aalen, 1970

LEONE P., *Impugnativa negoziali, tutela restitutoria e indebito oggettivo*, in *Contratti* 2009, p. 1003

LEONE P., *Potere di rilievo officioso della nullità e principio della domanda*, in *Contratti* 2009, p. 451

LIEBMAN E. T., *Azioni concorrenti*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, p. 54

LIEBMAN E. T., *L'eccezione revocatoria e il suo significato processuale*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, p. 76

LIEBMAN E. T., *L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione*, in *Riv. dir. proc.* 1967, p. 539

LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 2012

LIEBMAN E. T., voce *Giudicato. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 1

LOCATELLI F., *L'accertamento incidentale ex lege: profili*, Milano, 2008

LOMBARDI A., *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2007

LONGO G. E., *De nudo iure, ovvero dell'opzione di contratto preliminare*, in *Giust. civ.* 1965, I, p. 1465

- LUGO A., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2012
- LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 2017
- LUISO F. P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Torino, 2018
- LUISO F. P., *Rinnovazione dell'atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata*, in *Giust. civ.* 1985, I, p. 559
- LUMINOSO A., sub *art. 1453*, in A. LUMINOSO – U. CARNEVALI – M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, tomo I, 1, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990
- MACIOCE F., *La presupposizione*, in *I contratti in generale*, diretto da G. ALPA – M. BESSONE, vol. III, Torino, 1991
- MACIOCE F., *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, Napoli, 1988
- MANDRIOLI C., *Riflessioni in tema di «petitum» e «causa petendi»*, in *Riv. dir. proc.* 1984, p. 465
- MANDRIOLI C., *Sui caratteri dell'attività giurisdizionale desunti dalle norme positive*, in *Jus* 1962, p. 159
- MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2016
- MANTOVANI M., *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. IV, Milano, 2006
- MARANO V., *Limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *Giust. civ.* 1990, II, p. 57
- MARICONDA V., *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c. e si corregge: è vera svolta?*, in *Corr. giur.* 2005, p. 962
- MARINI G., voce *Rescissione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 966
- MASSETANI G., *Considerazioni schematiche sulle impugnative contrattuali*, in *Riv. dir. proc.* 1992, p. 320
- MASSETANI G., *Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *Foro it.* 1989, I, p. 1937

- MASSETANI G., *Note in tema di impugnazione del licenziamento*, in *Foro it.* 1989, I, p. 841
- MAZZARELLA F. – TESORIERE G., *Corso di diritto processuale civile*, Padova, 2009
- MENCHINI S., *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di limiti oggettivi del giudicato in ordine a giudizi concernenti ratei di obbligazione periodica*, in *Giur. it.* 1991, I, 1, p. 235
- MENCHINI S., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987
- MENCHINI S., *Il giudicato civile*, Torino, 2002
- MENCHINI S., *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 2016, p. 975
- MENCHINI S., *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in C. CONSOLO (a cura di), *Il processo civile di riforma in riforma*, vol. I, Milano, 2006, p. 71
- MENCHINI S., *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Nuovi Quaderni del Foro italiano* 2015, 2, p. 1
- MENCHINI S., voce *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XVI, Torino, 1997, p. 404
- MENESTRINA F., *La pregiudiziale nel processo civile*, Milano, 1963
- MERLIN E., *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, in *Riv. dir. proc.* 1997, p. 1064
- MERLIN E., *Compensazione e processo*, vol. I, Milano, 1991
- MERLIN E., *Compensazione e processo*, vol. II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, Milano, 1994
- MERLIN E., *Elementi di diritto processuale civile. Parte generale*, Pisa, 2017
- MERLIN E., *Mero accertamento di una questione preliminare?*, in *Riv. dir. proc.* 1985, p. 193
- MERLIN E., nota di commento a Pret. Napoli, 14 gennaio 1991, in *Giur. it.* 1991, I, 2, p. 669
- MESSINA G., *Diritti potestativi, diritti facoltativi, simulazione assoluta, usura e negozio usurario, interpretazione dei contratti*, in *Scritti giuridici*, vol. V, Milano, 1948

- MESSINA G., voce *Diritti potestativi*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, p. 737
- MESSINEO F., voce *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 469
- MICHELI G. A., *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1959
- MICHELI G. A., *Efficacia, validità e revocabilità dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.* 1947, vol. I, p. 190
- MINERVINI E., *La rescissione del contratto*, in *Rass. dir. civ.* 1997, p. 764
- MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, Libro IV, tomo II, Torino, 1967
- MIRABELLI G., *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962
- MIRABELLI G., voce *Rescissione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 579
- MONGILLO R., *Importanza dell'inadempimento e autonomia negoziale nella risoluzione di diritto*, in *Studium iuris* 2014, p. 831
- MONTESANO L., *In tema di accertamento incidentale e di limiti del giudicato*, in *Riv. dir. proc.* 1951, p. 329
- MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. VASSALLI, vol. XIV, tomo IV, Torino 1985
- MONTESANO L., *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Riv. dir. proc.* 1991, p. 15
- MONTESANO L., *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.* 1988, p. 299
- MONTICELLI S., *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.* 1990, I, p. 669
- MONTICELLI S., *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo «atto» della Corte di giustizia*, in *Contratti* 2009, p. 1119
- MONTICELLI S., *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, Napoli, 2004, p. 221

- MONTICELLI S., *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.* 2002, p. 685
- MORETTI L., *La rilevanza d'ufficio della nullità*, in *Giur. it.* 2014, p. 2047
- MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. II, Milano, 1923
- MOSCO L., voce *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 405
- MOTTO A., *Domanda di risoluzione per inadempimento e recesso dell'attore dal contratto nel corso del processo*, in *Riv. arb.* 2014, p. 616
- MOTTO A., *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012
- MUTARELLI A., *Per il superamento della colpa nell'ipotesi di clausola risolutiva espressa*, in *Riv. dir. civ.* 1978, II, p. 252
- NARDI S., *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.* 2012, II, p. 155
- NARDI S., *Risoluzione di contratto nullo e rilevanza d'ufficio della nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2009, I, p. 201
- NATOLI C., *Considerazioni sul criterio discrezionale tra giudicato implicito e giudicato sul deducibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1979, p. 274
- NATOLI U., *Termine essenziale*, in *Riv. dir. comm.* 1947, I, p. 221
- NATOLI U., voce *Diffida ad adempiere*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 509
- NATUCCI A., *Risoluzione per inadempimento e prescrizione*, in *Riv. dir. civ.* 1996, II, p. 605
- NIKISCH A., *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Tübingen, 1935
- NOCERA I. L., *Clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva tra autonomia contrattuale e automatismo della risoluzione*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2010, I, p. 242
- ONDEI E., *Un equivoco circa i limiti oggettivi del giudicato*, in *Foro pad.* 1976, II, p. 1
- OPPO G., *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.* 1943, I, p. 227
- ORIANI R., *Diritti potestativi, contestazione giudiziale e decadenza*, Padova, 2003

ORIANI R., *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali (I)*, in *Corr. giur.* 2005, p. 1011

ORIANI R., voce *Eccezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 262

OSTI G., *La risoluzione del contratto per inadempimento. Fondamento e principi generali*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1973, p. 401

PADOVINI F., *Risoluzione e recesso*, in *Obblig. e contr.* 2012, p. 86

PAGLIANTINI S., *A proposito dell'ordinanza interlocutoria 21083/2012 e dintorni: rilievo d'ufficio della nullità all'ultimo atto?*, in *Corr. giur.* 2013, p. 178

PAGLIANTINI S., *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, p. 407

PAGLIANTINI S., *La rilevabilità officiosa della nullità e l'articolazione di nuovi mezzi di prova nella cornice dell'effettività della tutela. Il dialogo tra le Corti*, in *Contratti* 2014, p. 15

PAGLIANTINI S., *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "Eppur si muove"?*, in *Contratti* 2012, p. 869

PAGLIANTINI S., *La vaghezza del principio di «non vincolatività» delle clausole vessatorie secondo la Corte di giustizia: ultimo atto?*, in *Rass. dir. civ.* 2010, p. 507

PAGLIANTINI S., *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: «quid iuris»?*, in *Foro it.* 2015, I, p. 928

PAGLIANTINI S., *«Parigi val bene una messa»? Le Sezioni Unite su rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito*, in *Giusto proc. civ.* 2015, p. 137

PAGLIANTINI S., *Prevedibilità del fatto impeditivo, equilibrio subiettivo delle impugnazioni e recesso del contraente deluso: note e spunti in tema di risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Riv. dir. priv.* 2007, p. 503

PAGLIANTINI S., *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti* 2015, p. 113

PAGLIANTINI S., *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2015, II, p. 185

- PAGNI I., *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.* 2015, p. 71
- PAGNI I., *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998
- PAGNI I., *Licenziamento, poteri privati e interesse ad agire in mero accertamento*, in *Foro it.* 1994, I, p. 510
- PALADINI M., *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013
- PALERMO G., *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974
- PALMA A., *La inammissibilità dell'esercizio del recesso e del diritto di ritenere la caparra, a seguito dell'avvenuta risoluzione di diritto del contratto*, in *Corr. giur.* 2006, p. 1099
- PALMIERI A. – PARDOLESI R., *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*, in *Foro it.* 2015, I, p. 916
- PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, Milano, 1995
- PASSARELLA A., *Rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *Contratti* 2013, p. 81
- PATTI F. S., *Autonomia privata ed effetti della risoluzione del contratto ad esecuzione continuata o periodica*, in *Contratti* 2012, p. 123
- PAVANINI G., *Natura dei giudizi divisorii: note di uno studio introduttivo*, Padova, 1942
- PAVANINI G., voce *Divisione giudiziale*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 439
- PECCENINI F., sub *art. 1421*, in AA.VV., *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998
- PECCENINI F., sub *art. 1441*, in AA.VV., *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998
- PECCENINI F., sub *art. 1442*, in AA.VV., *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998

- PECCENINI F., sub art. 1445, in AA.VV., *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998
- PERROT R., *La cosa giudicata: recenti sviluppi nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.* 1982, p. 1
- PERSICO V., *L'eccezione di inadempimento*, Milano, 1955
- PETRELLA V., *Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civile*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, vol. I, Torino, 2008, p. 423
- PICARDI N., *La successione processuale*, vol. I, Milano, 1964
- PICARDI N., *Manuale del processo civile*, Milano, 2013
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. II, Milano, 1962
- PIROVANO M., *Rilevabilità d'ufficio della nullità e domanda di risoluzione*, in *Contratti* 2011, p. 681
- POLI R., *In tema di giudicato e accertamento dei fatti*, in *Riv. dir. proc.* 1999, p. 581
- POLIDORI S., *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001
- PRISCO I., *Il rilievo d'ufficio della nullità tra certezza del diritto ed effettività della tutela*, in *Rass. dir. civ.* 2010, p. 1227
- PROSPERETTI M., *Sulla riduzione ad equità del contratto rescindibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1966, p. 1217
- PROTO PISANI A., *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.* 1990, p. 386
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.* 1991, p. 60
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1979, p. 620
- PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. ALLORIO, Libro I, tomo II, Torino, 1973
- PROTO PISANI A., *Il giudicato civile, A) Il giudicato e i suoi limiti oggettivi*, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti: studi*, Napoli, 2003, p. 293

PROTO PISANI A., *La trascrizione delle domande giudiziali: artt. 111 c.p.c. e 2652-2653 c.c.*, Napoli, 1968

PROTO PISANI A., nota di commento a Cass., 18 aprile 1970, n. 1127, in *Foro it.* 1970, I, p. 1907

PROTO PISANI A., nota di commento a Cass., sez. un., 23 ottobre 1986, n. 6221 e Cass., sez. un., 24 febbraio 1986, n. 1090, in *Foro it.* 1986, I, p. 3009

PROTO PISANI A., *Note problematiche e no sui limiti oggettivi del giudicato civile*, in *Foro it.* 1987, I, p. 446

PROTO PISANI A., *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.* 2002, V, p. 165

PROTO PISANI A., *Osservazioni in tema di limiti oggettivi del giudicato*, in *Foro it.* 1972, I, p. 89

PROTO PISANI A., *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, in *Foro it.* 2015, I, p. 944

PUGLIESE G., voce *Giudicato civile (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, p. 785

PUTTI P. M., *Brevi note in tema di prova dello stato di bisogno nella rescissione per lesione*, in *Foro pad.* 1995, I, p. 134

QUADRI R., «Nullità» e tutela del «contraente debole», in *Contr. e impr.* 2001, p. 1143

REALMONTE F., voce *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 222

RECCHIONI S., *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999

RECCHIONI S., *Rapporto giuridico fondamentale, pregiudizialità di merito c.d. logica e giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc.* 2018, p. 1598

REDENTI E., *Dei contratti nella pratica commerciale*, vol. I, *Dei contratti in generale*, Padova, 1931

REDENTI E., *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1947

REDENTI E., *Diritto processuale civile*, vol. II, Milano, 1957

- REDENTI E., *Effetti della connessione e della continenza di cause sulla competenza*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, Milano, 1962, p. 403
- REDENTI E., *L'offerta di riduzione ad equità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1947, p. 576
- REDENTI E., *Sull'«assorbimento» di eccezioni riconvenzionali*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, Milano, 1962, p. 619
- REDENTI E. – VELLANI M., *Lineamenti di diritto processuale civile*, Milano, 2005
- RICCI E. F., *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*, in *Riv. dir. proc.* 1994, p. 652
- RICCI E. F., *Un'importante decisione sulla nullità del contratto come questione pregiudiziale nelle cause d'impugnativa contrattuale*, in *Riv. dir. proc.* 2006, p. 1470
- RICCI E. F., voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. I, Torino, 1987, p. 16
- RICCI G. F., *Diritto processuale civile*, Torino, 2017
- RICCIO A., *La presupposizione è, dunque, causa di recesso dal contratto*, in *Contr. e impr.* 2008, p. 11
- RICCIO A., sub *art. 1447*, in R. LANZILLO – A. RICCIO, *Della rescissione del contratto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2005
- RICCIO A., sub *art. 1448*, in R. LANZILLO – A. RICCIO, *Della rescissione del contratto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2005
- RICCIO A., sub *art. 1452*, in R. LANZILLO – A. RICCIO, *Della rescissione del contratto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2005
- RIZZO N., *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2015, I, p. 315
- RIZZUTI M., *Ancora in tema di nullità ed equilibrio contrattuale*, in *Giur. it.* 2016, p. 837
- RIZZUTI M., *Il problema dei limiti alla rilevabilità ufficiosa delle nullità*, in *Giur. it.* 2013, p. 300
- ROMANO A., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958
- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2011

- ROPPO V., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.* 2005, p. 896
- ROSSETTI M., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 2012
- ROSSI M., *Il "semplice" ritardo e la risoluzione per inadempimento*, in *Obbl. e contr.* 2007, p. 327
- RUSSO D., *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008
- RUSSO F., *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile*, Roma, 2013
- RUSSO F., *La rilevabilità d'ufficio delle nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (note in margine a Cass. sez. un. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)*, in *Dir. civ. cont.*, 15 marzo 2015
- SACCO R., *I rimedi sinallagmatici*, in R. SACCO – G. DE NOVA (a cura di), *Obbligazioni e contratti*, tomo II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 2018
- SACCO R., *Il consenso*, in R. SACCO – G. DE NOVA (a cura di), *Obbligazioni e contratti*, tomo II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 2018
- SACCO R., *Le invalidità*, in R. SACCO – G. DE NOVA (a cura di), *Obbligazioni e contratti*, tomo II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 2018
- SACCO R., voce *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XII, Torino, 1995, p. 293
- SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002 (rist.)
- SASSANI B., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto: contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989
- SASSANI B., *L'azione di accertamento della gravità dell'inadempimento del prestatore di lavoro*, in *Giust. civ.* 1993, I, p. 2666
- SASSANI B., *Lineamenti del processo civile italiano. Tutela giurisdizionale, procedimenti di cognizione, cautele*, Milano, 2017
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, Milano, 1960
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, Milano, 1966
- SATTA S., *Nuove riflessioni sugli accertamenti incidentali*, in *Foro it.* 1948, I, p. 64

- SATTA S., *Spunti per una teoria della domanda*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, p. 327
- SATTA S., voce *Accertamento incidentale*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 243
- SATTA S., voce *Domanda giudiziale (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 816
- SATTA S. – PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Padova, 2000
- SAVIGNY F. C., *Sistema del diritto romano attuale*, vol. VI, Torino, 1896
- SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. GROSSO – F. SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1966
- SCOGNAMIGLIO C., *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2013, I, p. 28
- SCOGNAMIGLIO C., *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite ed il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2015, II, p. 197
- SCOGNAMIGLIO C., *Sulla disponibilità degli effetti della diffida ad adempiere da parte dell'intimante*, in *Giur. it.* 1988, I, I, p. 447
- SCOGNAMIGLIO C., *Termine essenziale e interesse del creditore*, in *Giur. it.* 1986, I, I, p. 691
- SCOZZAFAVA O. T., *Il problema dell'adeguatezza negli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1978, p. 309
- SECKEL E., *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, Tübingen, 1954
- SEGNI A., *Tutela giurisdizionale in generale*, in AA. VV., *Tutela dei diritti*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1953
- SEGNI A. – COSTA S., voce *Procedimento civile*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 1026
- SGROI R., *L'impossibilità parziale della prestazione nei contratti sinallagmatici*, in *Giust. civ.* 1953, p. 717

SICCHIERO G., *La risoluzione per inadempimento*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e continuato da F. D. BUSNELLI, Milano, 2007

SICCHIERO G., *La risoluzione per inadempimento*, in G. SICCHIERO – M. D'AURIA – F. GALBUSERA, *Risoluzione dei contratti*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2013

SOCCI A. M., *Introduzione del giudizio di primo grado*, in P. SANDULLI – A. M. SOCCI, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, Milano, 2010

SPOTO G., *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.* 2016, p. 249

STOLFI G., *Sopra un caso di modificazione della domanda in corso di giudizio*, in *Giur. it.* 1948, I, II, p. 148

STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947

TACCHI-VENTURI P. C., *I limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1960, p. 1198

TAMPONI M., *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, Torino, 2006

TARTAGLIA P., voce *Onerosità eccessiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 155

TARUFFO M., «Collateral estoppel» e giudicato sulle questioni, in *Riv. dir. proc.* 1972, p. 272

THON A., *Rechtsnorm und subjektives Recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar, 1878

TINTO V., *Il potere del giudice di rilevazione della nullità di protezione*, in *Dir. comm. internaz.* 2011, p. 581

TOMMASEO F., *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 2005

TOMMASINI R., *L'azione di annullamento ed i suoi presupposti*, in R. TOMMASINI – E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e continuato da F. D. BUSNELLI, Milano, 2009

- TOMMASINI R., sub *art. 1441*, in R. TOMMASINI – E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e continuato da F. D. BUSNELLI, Milano, 2009
- TOMMASINI R., voce *Annullabilità e annullamento. II) Diritto privato*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988, p. 1
- TOMMASINI R., voce *Invalidità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 575
- TOMMASINI R., voce *Nullità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 866
- TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017
- TRIFIRÒ S., *Clausola risolutiva espressa*, in *Quadrimestre* 1989, p. 685
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2018
- TURCO C., *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Torino, 1997
- VALAGUZZA S., *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016
- VELLANI M., *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano, 1958
- VENTURELLI A., *Costituzione in mora e azione giudiziale di risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Obbl. e contr.* 2012, p. 749
- VERDE G., *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 2017, p. 13
- VERDE G., *Diritto processuale civile*, vol. I, Bologna, 2017
- VERDE G., *Diritto processuale civile*, vol. II, Bologna, 2017
- VERDE G., *Il nuovo processo di cognizione: lezioni su primo grado e impugnazioni in generale*, Napoli, 1995
- VERDE G., *Sulla «minima unità strutturale» azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in *Riv. dir. proc.* 1989, p. 573
- VERDE G., *Sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali*, in *Riv. dir. proc.* 2015, p. 747
- VIDIRI G., *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *Giust. civ.* 1997, I, p. 2464

- VILLATA R., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971
- VILLATA S. A., *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006
- VITUCCI P., *Tant dure l'action tant dure l'exception*, in *Giur. it.* 1986, I, 2, p. 245
- VOCINO C., *Considerazioni sul giudicato (Spunti da un libro di appunti e da altre pubblicazioni recenti)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1962, p. 1485
- VOLPINO D., *Ripensare il giudicato in funzione del processo*, introduzione ad A. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, traduzione di D. VOLPINO, Milano, 2009
- VULLO E., *La domanda riconvenzionale nel processo ordinario di cognizione*, Milano, 1995
- ZANZUCCHI M. T., *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello: art. 490-491 c.p.c.*, Milano, 1916
- ZANZUCCHI M. T. – VOCINO C., *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1964
- ZIINO S., *Disorientamenti della Cassazione in materia di giudicato «implicito» e di rilevanza del giudicato esterno*, in *Riv. dir. proc.* 2005, p. 1389