



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL DIRITTO

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

Curriculum di Diritto privato

XXXV ciclo

Tesi di dottorato di ricerca

CLAUSOLE SULL'INVALIDITÀ CONTRATTUALE

Settore scientifico disciplinare IUS/01

Paolo Bussi

Tutor:
Chiar.mo prof. Gianroberto Villa

Coordinatore del dottorato:
Chiar.mo prof. Giuseppe Ludovico

A.A. 2021/2022

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO I

PATOLOGIA E AUTONOMIA

1. Clausole atipiche di deroga alla disciplina della patologia contrattuale	1
2. “Patologia” e “autonomia”	3
2.1. “Patologia”	3
2.2. “Autonomia”	8
3. L’origine delle clausole in esame	10
3.1. Nota di metodo	10
3.2. Contratti internazionali; contratti “completi”	12
3.2.a. I contratti internazionali “standard”	14
3.2.b. segue: l’influsso dello stile redazionale dei Paesi di Common law	19
3.2.c. Contratti “tailor-made”	26
3.3. Contratti relazionali	34
3.4. Contratti “alieni”	40
4. Sintesi dei principali risultati interpretativi in materia di clausole atipiche di deroga alla disciplina rimediabile	44
4.1. Patti atipici di deroga alla disciplina della risoluzione per inadempimento	45
4.1.a. La clausola di irrisolvibilità	45
4.1.b. La condizione risolutiva di inadempimento	49
4.2. Patti atipici di deroga alla disciplina delle sopravvenienze	53
4.2.a. Clausole di deroga alla disciplina della risoluzione per impossibilità sopravvenuta	53
4.2.b. Clausole di deroga alla disciplina dell’eccessiva onerosità sopravvenuta	55
4.3. Conclusione e introduzione ai capitoli successivi	57

CAPITOLO II

LA CLAUSOLA DI RINUNCIA ALL'AZIONE DI ANNULLAMENTO

1. Clausole di “unico rimedio”, clausole di rinuncia all’azione di annullamento	59
---	----

2. Delimitazione dell'ambito di indagine.....	63
3. Contesto e funzioni della clausola di rinuncia all'azione di annullamento.....	66
4. L'invalidità della clausola secondo la dottrina maggioritaria; il piano di indagine .	74
4.1. Incompatibilità della clausola con il sistema dell'annullabilità del contratto...	74
4.1.a. Nullità della clausola per contrasto con le norme imperative in materia di annullabilità del contratto.....	75
4.1.b. Nullità della clausola per contrasto con l'asserita funzione sanzionatoria delle norme in materia di annullabilità del contratto.....	79
4.1.c. Incompatibilità della clausola con gli effetti caducatori derivanti dalla pronuncia di annullamento	80
4.2. Contrasto della clausola con gli artt. 1444, 1395 e 1462 c.c.	87
4.2.a. La clausola di rinuncia all'azione di annullamento e la convalida del contratto annullabile	88
4.2.a.i. La convalida, la clausola di rinuncia all'azione di annullamento e l'eccezione di annullabilità	89
4.2.a.ii. La convalida, la clausola di rinuncia all'azione di annullamento e l'art. 1338 c.c.....	92
4.2.b. La clausola di rinuncia all'azione di annullamento e l'autorizzazione prevista dall'art. 1395 c.c.	97
4.2.c. La clausola di rinuncia all'azione di annullamento e il divieto posto dall'art. 1462 c.c.	102
4.2.c.i. Norme che disciplinano differientemente le azioni e le eccezioni: proposta ricostruttiva e inapplicabilità dell'art. 1462 c.c. alla rinuncia all'azione di annullamento	105
4.2.c.ii. La ratio del divieto dell'art. 1462 c.c. non vale per la clausola in esame	109
4.3. Altri profili problematici: indeterminatezza dell'oggetto della clausola; rinuncia a diritti futuri.....	112
4.3.a. Nullità della clausola per indeterminatezza dell'oggetto.....	112
4.3.b. Patto di rinuncia all'azione di annullamento e rinuncia ai diritti futuri..	114
5. Coerenza sistematica della clausola di rinuncia all'azione di annullamento	116
5.1. Clausola di rinuncia all'azione di annullamento e interesse del legittimato...	116
5.2. Clausola di rinuncia all'azione di annullamento e protezione della controparte	118
5.3. Clausola di rinuncia all'azione di annullamento per errore e mancanza di qualità della cosa compravenduta.....	124

5.3.a. I rapporti tra errore sulla qualità determinante e mancanza di qualità ...	124
5.3.b. La rilevanza del dibattito per la clausola di rinuncia all'azione di annullamento.....	129
6. Limiti alla rinunciabilità dell'azione di annullamento: contratti con i consumatori, dolo, violenza, incapacità, conflitto di interessi	132
6.1. Contratti con i consumatori	133
6.2. Ulteriori limiti di validità della clausola: il vizio riferito al singolo patto e l'immeritevolezza della clausola di rinuncia all'azione di annullamento del contratto per dolo, violenza, incapacità naturale o legale, per conflitto di interessi.....	134
6.2.a. Vizi inerenti alla clausola in sé considerata: errore, dolo, conflitto di interessi	134
6.2.b. Immeritevolezza della clausola di rinuncia all'azione di annullamento per dolo, violenza, incapacità naturale e legale, conflitto di interessi	136
6.2.b.i. Dolo, violenza, incapacità naturale e legale: immeritevolezza della clausola	141
6.2.b.ii. Valutazione differenziata per il conflitto di interessi	143
6.2.b.iii. Meritevolezza della clausola di rinuncia all'azione di annullamento per errore	145

CAPITOLO III

I PATTI SULLA NULLITÀ PARZIALE DEL CONTRATTO

1. Introduzione; pluralità di modelli negoziali.....	147
1.1. Clausole di salvezza e clausole di essenzialità	148
1.2. Clausole che ricollegano effetti ulteriori alla nullità parziale	149
1.3. Clausole “ <i>omnibus</i> ” e clausole specifiche.....	150
2. Funzione dei patti sulla nullità parziale: i contratti internazionali e il rischio della nullità di singole clausole.....	151
3. Nullità e autonomia: validità ed efficacia delle clausole di salvezza e dei patti di essenzialità	154
3.1. L'art. 1419, comma 1 c.c.....	155
3.1.a. La causa di nullità	155
3.1.b. Il giudizio di estensione della nullità: tesi soggettive e oggettive	158
3.1.c. Profili processuali: cenni sul riparto dell'onere probatorio e la rilevabilità d'ufficio.....	164
3.2. L'art. 1419, comma 2 c.c.: cenni.....	166

3.3. Validità ed efficacia dei patti sulla nullità parziale con riferimento al comma 1 dell'art. 1419 c.c.....	167
3.3.a. Tesi che ritengono validi i patti sulla nullità parziale.....	169
3.3.b. Tesi che ritengono non decisivi, ma comunque rilevanti, i patti sulla nullità parziale	172
3.3.c. La tesi preferibile: nullità della clausola per contrasto con l'art. 1419, comma 1, c.c.....	176
3.3.d. ...e sua rilevanza probatoria.....	178
3.4. Validità ed efficacia dei patti sulla nullità parziale con riferimento al comma 2 dell'art. 1419 c.c.....	183
4. Patti sulla nullità parziale dotati di meccanismi di sostituzione della clausola nulla/che ricollegano effetti ulteriori alla nullità di una singola clausola.....	185
4.1. Generalità.....	185
4.2. Obbligo di rinegoziare la clausola nulla.....	186
4.2.a. Validità dell'obbligo di rinegoziazione	187
4.2.b. Obbligo di rinegoziare la clausola nulla e art. 1419 c.c.	189
4.2.c. Contenuto dell'obbligo di rinegoziazione e conseguenze per il suo inadempimento	190
4.2.d. Vicende processuali: l'eccezione di mancata rinegoziazione; la rinegoziazione sopravvenuta.....	191
4.3. Patti "di riserva".....	193
4.3.a. Sostituzione convenzionale di clausole nulle o dichiarate nulle	193
4.3.a.i. Validità.....	194
4.3.a.ii. Rapporti con l'art. 1419 c.c.....	196
4.3.b. Adeguamento convenzionale del contratto in caso di nullità parziale... ..	197
5. Clausole " <i>omnibus</i> ", clausole di stile	198
6. Contratti stipulati da consumatori: cenni.....	202
7. Interferenze	204
7.1. Interferenze tra i patti sulla nullità parziale e la disciplina legale delle patologie contrattuali	205
7.2. Interferenze tra i patti sulla nullità parziale e altre clausole sulla patologia contrattuale	207
7.2.a. Conflitto tra clausole.....	207
7.2.b. Coerenza tra clausole.....	212
8. Conclusione. Deroghe alla disciplina della nullità del contratto?	213

<i>Bibliografia</i>	222
---------------------------	-----

CAPITOLO I

PATOLOGIA E AUTONOMIA

SOMMARIO: **1.** Clausole atipiche di deroga alla disciplina della patologia contrattuale — **2.** Patologia e autonomia — 2.1. “Patologia” — 2.2. “Autonomia” — **3.** L’origine delle clausole in esame — 3.1. Nota di metodo — 3.2. Contratti “internazionali”; contratti “completi” — 3.2.a. I contratti internazionali “standard” — 3.2.b. segue: l’influsso dello stile redazionale dei Paesi di *Common law* — 3.2.c. Contratti “*tailor made*” — 3.3. Contratti relazionali — 3.4. Contratti “alieni”. — **4.** Sintesi dei principali risultati interpretativi in materia di clausole atipiche di deroga alla disciplina rimediale — 4.1. Patti atipici di deroga alla disciplina della risoluzione per inadempimento — 4.1.a. La clausola di irresolubilità — 4.1.b. La condizione risolutiva di inadempimento — 4.2. Patti atipici di deroga alla disciplina delle sopravvenienze — 4.2.a. Clausole di deroga alla disciplina della risoluzione per impossibilità sopravvenuta — 4.2.b. Clausole di deroga alla disciplina dell’eccessiva onerosità sopravvenuta — 4.3. Conclusione e introduzione ai capitoli successivi.

1. Clausole atipiche di deroga alla disciplina della patologia contrattuale

La prassi testimonia la diffusione di contratti connotati da esigenze particolari, che determinano la necessità di adottare clausole di deroga alla disciplina della patologia contrattuale¹.

Da una parte, si ritrovano accordi la cui stipulazione richiede negoziazioni complesse e dispendiose, che regolano operazioni articolate e danno vita ad assetti difficilmente reversibili. Le parti di questi contratti avvertono la necessità di poter confidare nella stabilità dell’accordo, poiché la sua caducazione vanificherebbe gli investimenti effettuati per condurre le trattative e adattare la propria organizzazione ai mutamenti che ne sono derivati. Inoltre, il travolgimento del contratto comporterebbe la restituzione delle prestazioni già effettuate, che potrebbero essere state concepite per soddisfare esigenze peculiari della controparte e, quindi, essere difficili da ricollocare sul mercato. Si tratta dei contratti che chiameremo “*tailor-made*”². Queste considerazioni portano i contraenti a concordare l’esclusione dei rimedi che comporterebbero la caducazione del contratto: l’annullamento, la risoluzione, la rescissione. Eventualmente, in loro vece sarà previsto un ristoro monetario³. I patti citati coinvolgono istituti diversi, ciascuno dei quali pone problemi differenti: alcuni di

¹ Della natura atecnica del termine “patologia contrattuale” si tratterà immediatamente *infra*, para. 2.1.

² Si veda *infra*, para. 3.2.c.

³ Si veda *infra*, Cap. II, per l’analisi della clausola di rinuncia all’azione di annullamento.

essi sono stati già studiati approfonditamente, mentre altri non sono stati oggetto di analoga attenzione. È il caso della rinuncia all'azione di annullamento, alla quale sono stati dedicati solo alcuni cenni in contributi che hanno concluso quasi sempre per la sua nullità.

Dall'altra parte, un altro fenomeno di rilievo è la predisposizione di modelli negoziali da parte di imprese multinazionali, che li impiegano indifferentemente per stipulare contratti con controparti collocate ovunque nel globo. Chiameremo questi accordi “contratti-*standard*”⁴. In questi casi, l'esigenza avvertita dal predisponente è abbattere i costi che deriverebbero dalla redazione di tanti modelli quanti potrebbero essere i sistemi giuridici di appartenenza delle potenziali controparti. Per ottenere questo risultato, è necessario non solo adottare schemi uniformi, ma anche renderli completi, proteggendo il contratto dall'influenza della legge straniera che si candida a disciplinarlo, sulla scorta di norme di conflitto o norme di applicazione necessaria. Tuttavia, la pluralità degli ordinamenti con i quali l'accordo potrebbe venire a contatto moltiplica il rischio che norme imperative comportino la nullità di singole clausole, aprendo il problema della sorte da riservare alla parte residua del contratto. Si spiega così l'adozione di patti sulla nullità parziale, con i quali i contraenti indirizzano o predeterminano l'esito del giudizio di estensione all'intero contratto della nullità di una sua parte: clausole di *severability* e *inseverability*⁵. Queste clausole sono già state studiate da alcuni contributi, ma paiono meritare una riflessione ulteriore, specie per quanto concerne le loro interazioni con la disciplina legale e convenzionale (ove presente) di altre patologie contrattuali⁶.

Dunque, la prassi si muove nel senso dell'adozione di clausole, non previste dal codice civile, che incidono sulla disciplina legale dell'annullamento del contratto e della nullità parziale: clausole atipiche di deroga alla disciplina della patologia contrattuale. Se, come si vedrà meglio più avanti, le pattuizioni citate rispondono ad esigenze effettivamente avvertite dagli operatori economici, questa particolare modalità di esercizio dell'autonomia privata solleva diversi interrogativi, poiché avviene in un campo, l'invalidità contrattuale, nel quale l'intervento dell'autonomia negoziale è tradizionalmente ritenuto precluso.

Come si vedrà, questi problemi derivano principalmente dall'interazione con il diritto italiano di modelli pensati per ordinamenti appartenenti a tradizioni giuridiche diverse dalla nostra. Lo studio delle frizioni che ne conseguono permette di mettere in luce i limiti opposti

⁴ Per un'analisi dettagliata, si veda *infra*, para. 3.2.a.

⁵ Per l'elencazione delle diverse terminologie note alla prassi e l'analisi di questi patti, si veda *infra*, Cap. III.

⁶ Si veda *infra*, Cap. III, para. 7.

dall'ordinamento alle soluzioni elaborate dagli attori del mercato, che potrebbero pregiudicarne l'idoneità a rispondere alle esigenze citate⁷.

2. “Patologia” e “autonomia”

Innanzitutto, pare necessario chiarire il significato in cui si adopereranno i termini che compongono il binomio attorno a cui ruota lo studio: “patologia” e “autonomia”.

In secondo luogo, si analizzerà la genesi delle clausole in esame, convinti che la comprensione delle ragioni che portano i contraenti a includerle nel regolamento dei loro rapporti possa aiutare a superare una naturale diffidenza verso l'azione dell'autonomia privata negli ambiti di cui si è detto e, quindi, possa giovare all'analisi che si svolgerà nei rispettivi capitoli.

2.1. “Patologia”

È opportuno innanzitutto precisare il significato del termine “patologia del contratto”, a cui si farà spesso ricorso per fare riferimento in modo sintetico ad un fenomeno oggetto di regole, di vario contenuto, contenute nella legge.

Il lemma, sconosciuto al codice civile, si ritrova con una certa frequenza nella dottrina più recente, che lo utilizza in una grande varietà di accezioni⁸. Salvo casi sporadici, gli Autori

⁷ Il rilievo di questo tipo di studio è segnalato da G. CORDERO – MOSS in ID (a cura di), *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*, Cambridge, 2011, p. 5, che aggiunge che una maggiore consapevolezza potrebbe anche giovare *de iure condendo*, perché potrebbe portare a un intervento risolutivo del legislatore, che potrebbe dissipare i citati dubbi di validità (eventualmente, anche nel senso di ritenerle senz'altro invalide). Per gli aspetti pratici, si veda M. C. VETTESE, *Multinational companies and national contracts*, *ibidem*, p. 20. Chiaramente, nulla preclude l'impiego di clausole atipiche in contesti prettamente interni, come dimostra la controversia su una clausola di irrisolvibilità per inadempimento da ritardo annotata da P. VITUCCI, «*Ogni ritardo sarà considerato di scarsa importanza*», in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, pp. 577 ss.

⁸ Quanto alle voci enciclopediche, la maggior parte dei contributi che contengono la parola “patologia” riferita all'ambito negoziale sono recenti: per es., nell'intero *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, nessuna voce prima del 1997 impiega il termine e la maggior parte delle ricorrenze si colloca dal 2007 in poi.

Alcune opere, ma sempre relativamente recenti, adottano il termine già nel titolo, come ad es.: D. MEMMO, *La patologia del contratto di transazione: il regime della nullità e dell'annullabilità*, in M. ANDREOLI (a cura di), *La transazione nella prassi interna e internazionale*, Padova, 2000, 21 ss. e U. DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali: la patologia dei contratti*, in *Studi e pubblicazioni della Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1988.

Il vocabolo è sconosciuto alla manualistica tradizionale, come P. TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto Privato*, XXIII ed., Milano, 2020; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, XXIV ed., Milano, 2019; F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, XIX Ed., Napoli, 2019.

Quanto ai trattati, per esempio, il termine non sembra essere utilizzato da F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II ed., Vol. II, Padova, 2010, né da P. GALLO, *I rimedi, la fiducia, l'apparenza*, in *Trattato del contratto*, Vol. 3, Torino, 2010; compare invece in V. ROPPO, *Trattato del contratto. I rimedi*, Vol. IV, T. 1, Milano, 2006.

non precisano cosa debba intendersi per “patologia”, ma una definizione è facilmente ricavabile dal contesto in cui il termine è utilizzato⁹.

Così, a volte, questo è inteso come sinonimo di “invalidità”¹⁰ o di “vizio della volontà”¹¹, altre volte come sintesi degli stati di bisogno e di pericolo che possono portare alla rescissione del contratto¹². Tuttavia, la conclusione che per “patologia negoziale” o “contrattuale” si debbano intendere solo eventi coevi alla stipulazione del negozio, ossia i c.d. “vizi genetici”¹³,

⁹ Definisce il lemma in esame E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, II ed., Torino, 1950, p. 364, che fa riferimento all’invalidità del contratto, nelle particolari categorizzazioni proposte dall’Autore trattate nel capitolo dedicato all’“anormalità” del negozio giuridico. L’opera rappresenta l’esempio più risalente di uso del termine “patologia”. Propone una definizione anche G. GIACOBBE, voce *Convalida (diritto privato)* in *Enc. Dir.*, Vol. X, 1962, p. 481, che distingue tra patologia negoziale in senso stretto, ossia l’invalidità, e in senso lato, categoria che abbraccerebbe anche il contratto «*inutile o inefficiente*», vale a dirsi quello «*quelle situazioni negoziali in cui, pur presentando astrattamente la fattispecie tutti i caratteri tipici che la rendono idonea a produrre gli effetti che le sono propri, la mancanza di un elemento esterno ad essa ne impedisce il normale funzionamento*». L’Autore fa l’esempio della vendita di cosa altrui e del contratto sottoposto a condizione sospensiva mancata. Un altro esempio di cura nel definire il termine si trova in V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul ‘terzo contratto’)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 683, che parla di “asimmetria patologica di potere contrattuale” per indicare i vizi della volontà e gli stati di bisogno e di pericolo.

¹⁰ R. TOMMASINI, voce *Invalidità*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXII, 1972, p. 577, che parla di “patologia giuridica”; R. FERCIA, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, agg. VII, 2012, p. 44; G. GIACOBBE, voce *Convalida (diritto privato)* in *Enc. Dir.*, Vol. X, 1962, p. 481, che distingue tra patologia negoziale in senso stretto, ossia l’invalidità, e in senso lato, categoria che abbraccerebbe anche il contratto «*inutile o inefficiente*», vale a dirsi quello «*quelle situazioni negoziali in cui, pur presentando astrattamente la fattispecie tutti i caratteri tipici che la rendono idonea a produrre gli effetti che le sono propri, la mancanza di un elemento esterno ad essa ne impedisce il normale funzionamento*». L’Autore fa l’esempio della vendita di cosa altrui e del contratto sottoposto a condizione sospensiva mancata; e E. BETTI, *ibidem*, si può segnalare, ad esempio V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, 6, spec. p. 746.

Altri Autori, coerentemente con i rispettivi campi di indagine, riferiscono il termine alla sola annullabilità o alla sola nullità: per i primi, G. CIAN, *Alcune riflessioni in tema di rettifica*, in *Riv. Dir. Civ.* 2018, 1, pp. 1 ss.; M. COSTANZA, *Annullamento del contratto concluso in conflitto di interessi*, in *Le società*, 2, 2019, pp. 165 ss. per i secondi, E. GABRIELLI – A. ORESTANO, voce *Contratti del consumatore*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, agg. I, 2000, p. 256 con riferimento alla nullità e all’inefficacia delle clausole vessatorie.

¹¹ F. RICCI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. Dir., Annali*, Vol. V, 2012, p. 376 con riferimento ai vizi del consenso; P. PARDOLESI, voce *Errore e raggirò nei contratti in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, agg. VII, p. 496; M. LASCIALFARI, *Osservazioni sulla “trattativa individuale” avente ad oggetto clausole vessatorie di un contratto preliminare immobiliare*, nota Cassazione civile sez. VI, 14/01/2021, n.497 in *GiustiziaCivile.com*, 1° novembre 2021.

¹² F. VOLPE, voce *Contratto giusto*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, agg. III, 2007, p. 393, parla di «*contrattazione avvenuta in condizioni di patologia sociale*», alludendo al contratto concluso in stato di pericolo o di bisogno. M. CATERINA, voce *Solve et repete*, in *Enc. Dir.*, Vol. XLII, 1990, p. 1260, parla di “patologia” come espressione sintetica per annullabilità, nullità e rescissione, le cui eccezioni non possono essere paralizzate dalla clausola commentata.

¹³ I concetti di sinallagma “genetico” e “funzionale” sono definiti da F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Vol. III, Milano, 1959, IX Ed., p. 642 e ID., voce *Contratto (dir. priv. – teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, VI. IX, Milano, 1961, pp. 959 ss. Con il primo si allude al rapporto di interdipendenza tra le *obbligazioni* al momento del perfezionamento del contratto (in una dimensione statica, dunque), che deve sussistere pena la nullità per mancanza di causa. Sono quindi patologie afferenti al sinallagma genetico, o, in breve, “genetiche”, le cause di invalidità del contratto, specie afferenti alla causa. Con “sinallagma funzionale”, invece, ci si riferisce all’interdipendenza tra le *prestazioni* da eseguire, ossia al momento dell’esecuzione, successivo alla conclusione del contratto e dinamico. Il venir meno del sinallagma funzionale a causa dell’inadempimento, tipico vizio “funzionale”, porta alla mera risolubilità del contratto. Così, ad esempio, A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del*

si rivela presto errata: non mancano Autori che impiegano la parola in questione per indicare sinteticamente i vizi del “sinallagma funzionale”, ossia l’inadempimento e l’impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenute¹⁴, o per riferirsi all’insieme delle fattispecie da cui può sorgere una responsabilità precontrattuale¹⁵. Si registrano poi diversi esempi di utilizzo del vocabolo per alludere a istituti accomunati solo dall’effetto di provocare la caducazione del negozio¹⁶. Altre volte, il termine “patologia” è impiegato nei casi in cui è in discussione proprio l’incidenza di una certa circostanza sulla validità del contratto, mancando quindi, almeno inizialmente, la possibilità di riferirsi a un istituto codicistico¹⁷. Infine, non sono difficili da rinvenire usi peculiari, non ascrivibili a nessuna delle ipotesi appena citate¹⁸.

contratto, in *Nov. Dig. it.*, Vol. XVI, Torino, 1969, p. 127; U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *La risoluzione*, in *Il contratto in generale*, Vol. VIII**, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2011, pp. 3 ss. e spec. 5: «la risoluzione (nelle sue tre categorie) entra a far parte dei c.d. rimedi sinallagmatici, espressione divenuta ormai ricorrente in dottrina per indicare riassuntivamente, e senza pretesa di rigore scientifico, i molteplici mezzi [...] per reagire ai turbamenti del sinallagma (spesso detto funzionale per distinguerlo da quello genetico) e dell’equilibrio della pretazione». *Contra* la qualificazione della risoluzione come patologia funzionale G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: le fattispecie*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi-2*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, II Ed., Vol. V, Milano, 2022, pp. 6 ss.: la terminologia perpetuerebbe l’equivoco della risoluzione per inadempimento come vicenda afferente alla causa del contratto.

¹⁴ F. MACARIO, voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. Dir., Annali*, Vol. II, T. 2, 2008, p. 1035, con riferimento all’eccessiva onerosità sopravvenuta; A. MUNARI, voce *Leasing* in *Enc. Dir.*, agg. VI, 2002, p. 663, nota 54 con riferimento a inadempimento e impossibilità sopravvenuta; P. M. PUTTI, voce *Negozi fiduciario*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, agg. II, 2003, riferito all’inadempimento; G. DE NOVA, voce *Recesso*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Vol. XVI, 1997, p. 319, parla di «patologie del rapporto» e così anche A. TUCCI, *Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole*, in *Contr. e impr.* 3, 2017, pp. 936 ss., che li contrappone ai «vizi genetici»; F. DELFINI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, NLCC, 2014, pp. 569 ss. parla di «patologie della fase esecutiva» o «del sinallagma funzionale». Sul concetto di “sinallagma funzionale” vedi la nota precedente.

¹⁵ E. DEL PRATO, *Ai confini della risoluzione per inadempimento*, in *I contratti*, 2013, 7, pp. 653 ss.

¹⁶ G. GABRIELLI, *Causa in concreto e patti parasociali*, in *Giur. It.*, 2014 pp. 1614 ss. parla sia di patologie “originarie” che “sopravvenute”; A. LUMINOSO, *Divisione e sistema dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, p. 18, per rescissione, annullamento e garanzia per l’evizione. E. BARGELLI, *Sinallagma rovesciato e ripetizione dell’indebito: l’impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale* in *Riv. Dir. Civ.* 2008, p. 89, coerentemente con l’ambito di indagine dell’articolo, intende con “patologia” qualsiasi causa di dissoluzione del contratto. Così anche R. SACCO, voce *Scindibilità della dichiarazione contrattuale*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, agg. VII, 2012, p. 915, che riferisce il termine a risoluzione e annullamento, G. SICCHIERO, voce *Clausola contrattuale*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, agg. II, 2003, p. 248, nota 258 e A. M. AZZARO, voce *Frazionamento contrattuale*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, agg. III, 2007, indifferentemente per nullità e risoluzione. T. V. RUSSO, *La gestione delle sopravvenienze nelle operazioni di project financing tra adeguamento e rinegoziazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2021, pp. 679 ss. tratta soprattutto di “patologie sopravvenute”, ma si pone anche il problema della ripercussione dell’invalidità del contratto di finanziamento o dell’atto costitutivo della società veicolo.

¹⁷ Questi casi sono emblematici della polisemia del vocabolo. Per es., VARONE, *La rinegoziazione del contratto successiva all’aggiudicazione: fra capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni, patologie negoziali e questioni di riparto di giurisdizione*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1, pp. 14 ss., che si interroga sulla sorte del contratto stipulato in base a condizioni difformi da quelle risultanti dalla procedura di scelta del contraente. In giurisprudenza, Giudice di Pace S. Anastasia, 12.9.2003, che si pone il problema della sorte del contratto a valle dell’intesa restrittiva vietata nel contesto del contenzioso assicurativo.

¹⁸ V. ROPPO, *Parte generale del contratto*, cit., p. 683; G. GIACOBBE, op. cit., p. 189. C. ROMEO, *Consegna di cosa usata e responsabilità del venditore*, commento a Cass. civ. 10728/2001 in *I contratti* 2002, 2 pp. 177 ss. parla di «patologie del bene consegnato».

Quanto alla giurisprudenza, se possibile, le pronunce sono ancora più varie nell'utilizzo del lemma "patologia", registrandosi utilizzi ulteriori del termine¹⁹ oltre a quelli di cui si è già dato conto²⁰.

Così ricostruito il quadro degli usi della parola in esame, l'unica conclusione che sembra lecito trarre è che, nel tempo, il vocabolo non ha assunto alcun significato preciso: anzi, se ne registra un uso sempre più vario e gli interpreti si mostrano sempre meno interessati ad enunciare definizioni precise. Emerge come ogni autore adoperi un'accezione funzionale di "patologia", relativizzata al ragionamento svolto: così, per esempio, se il contributo è incentrato sulle restituzioni, il termine ben potrà essere riferito a tutte le fattispecie che determinano la caduta del contratto²¹; se è dedicato ai vizi della volontà, si riferirà a questi ultimi²²; se si discorre di "sopravvenienze", verrà adoperato per alludere all'impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta sopravvenute, o a volte anche all'inadempimento²³. Di

¹⁹ Per Corte d'appello Napoli, sez. III, 8.6.2020, n. 2032 "patologia" è la revoca dell'affidamento che porta il creditore ad agire verso il fideiussore; per Cass. civ. 13305/2018; 21042/2017 "patologici" sono gli elementi fraudolenti che permettono di qualificare un *sale and lease back* come una vendita in funzione di garanzia elusiva del divieto di patto commissorio ex artt. 1344 e 2744 c.c. Per Cass. civ. 1930/1993, è "patologia" la lite devoluta ad arbitri in virtù di clausola compromissoria.

²⁰ Nella maggior parte dei casi, per "patologia" si intende l'inadempimento: Cass. civ. SSUU 2061/2021; 29672/2021; 23875/2021; 22126/2020; 13208/2010. Cass. civ. SSUU 11748/2019 parla di «*patologia dell'effetto traslativo*» in caso di vizi della cosa compravenduta.

Quanto agli altri usi del lemma fatti dalla dottrina, Cass. civ. 5423/2022 con "patologia" intende "vizi della volontà"; alludono invece a qualsiasi vicenda che possa comportare la caducazione del contratto Cass. civ. 1934/2020; Cass. civ. SSUU 26243/2014. Espressamente, Cass. civ. 715/2018: «*poiché, una volta acclarata l'insussistenza di una causa acquirendi venga in gioco la nullità, l'annullamento, la risoluzione o la rescissione di un contratto, ovvero qualsiasi altra causa che faccia venir meno il vincolo originariamente esistente [...] deve reputarsi che la tutela accordata è invero sempre la stessa, anche se le patologie genetiche e funzionali che hanno vulnerato il sinallagma, rendendone necessaria l'attivazione, possono essere diverse*».

A volte vengono tratte conseguenze applicative dalla definizione di una certa vicenda come "patologica" o "fisiologica". Per esempio, ai fini della verifica del rispetto del "tasso-soglia" in materia di usura si esclude che le commissioni di massimo scoperto e gli interessi moratori siano "interessi", perché li si ritiene afferenti alla fase patologica del rapporto e non a quella "fisiologica". Così Trib. Roma 29.8.2020, n. 11760 e Trib. Pisa 567/2019.

²¹ E. BARGELLI, op. cit.

²² Per es., P. PARDOLESI, op. cit.

²³ F. MACARIO, op. cit.

Si può notare incidentalmente che un discorso analogo a quello fatto per il termine "patologia" si potrebbe compiere anche con riferimento al termine "sopravvenienza". Il vocabolo è impiegato dal codice civile, che lo adotta come aggettivo dell'impossibilità e dell'eccessiva onerosità *sopravvenute*. Nonostante la rilevanza circoscritta del termine, la dottrina ne ha fatto un uso diffuso, al punto da ricavarne quasi una categoria ordinante nell'ambito della quale studiare gli eventi successivi alla stipulazione del contratto (si sarebbe tentati di dire, la rilevanza delle *patologie* successive alla conclusione del contratto).

In particolare, per V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA – P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, p. 943, sono sopravvenienze gli eventi che «*intervenendo dopo la conclusione del contratto e prima della sua completa attuazione, mutano il contesto in cui il contratto si attua*». Per M. AMBROSOLI, *Le sopravvenienze*, in A. GAMBARO – U. MORELLO (diretto da), *Lezioni di Diritto Civile – Casi, questioni e tecniche argomentative*, Milano, 2012, p. 345, sono "sopravvenienze" «*tutti i casi in cui il rapporto nato dal contratto subisce turbative, tali da interferire con l'utilità o la convenienza dell'operazione*» e si veda anche *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002. Per M. ZACCHEO, voce

volta in volta, si parlerà di patologia “genetica” o “funzionale” a seconda del momento in cui interviene l’evento “anormale”. Sembra quindi che si possa adattare anche al termine “patologia” quanto affermato da un’autorevole voce a proposito di altra, analoga, formula: si tratta di un’espressione riassuntiva divenuta ormai ricorrente in dottrina e utilizzata senza pretesa di rigore scientifico²⁴.

Stando così le cose, pare possibile adottare un significato lato del termine “patologia” nel prosieguo di questo lavoro, che abbracci tanto l’annullabilità, quanto la nullità del contratto. Il primo significato verrà in rilievo quando si studieranno le clausole di rinuncia all’azione di annullamento; il secondo, quando si esamineranno i patti di scindibilità e inscindibilità per il caso di nullità parziale del contratto. Nelle parti che si riferiranno all’insieme delle pattuizioni esaminate, la parola sarà impiegata come espressione riassuntiva di entrambe le patologie, salve le precisazioni del caso.

“*Sopravvenienza*”, in N. IRTI (promosso da), S. MARTUCELLI – V. PESCATORE (a cura di), *Dizionari del diritto privato*, Milano, 2011, I Ed., p. 1638, il termine allude a tutte le circostanze, successive alla stipulazione del contratto, inattese e in grado di incidere significativamente sul rapporto che ne scaturisce. E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Milano, 2018, I Ed., p. 1, parla di «*eventi che modificano l’originario equilibrio contrattuale stabilito dalle parti*».

L’inadempimento non è generalmente ricompreso nello studio delle c.d. “sopravvenienze” anche se, a rigore, la sua collocazione temporalmente successiva alla conclusione del contratto, la sua idoneità a pregiudicarne lo scopo e la comunanza delle soluzioni elaborate con riferimento all’inadempimento e alle sopravvenienze “in senso stretto” ne giustificherebbero una trattazione congiunta. *Contra*, M. AMBROSOLI, op. cit., p. 345, che ritiene tale esclusione e quella dell’impossibilità sopravvenuta «*pacifica*». Sembra allora che il termine venga impiegato dalla dottrina soprattutto per riferirsi ai casi in cui non sia chiara l’incidenza dell’evento sul contratto in corso di svolgimento.

In seguito alla pandemia da Covid-19 si sono moltiplicati i contributi dedicati allo studio delle “sopravvenienze”, al punto da rendere radicalmente velleitario qualsiasi tentativo di fornirne un’elencazione. A titolo di esempio, G. SICCHIERO, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.?* in *Giur. it.*, 2020, da p. 2435 e P. GALLO, *Emergenza Covid e revisione del contratto*, *ivi*, da p. 2439, entrambe note a Trib. Roma, 27.8.2020, *ivi*, da p. 2433; si vedano poi G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, *N. giur. civ.*, 2020, III (suppl.), da p. 57; F. MACARIO, *CoViD-19 e sopravvenienze contrattuali: un’occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, *ivi*, da p. 80; L. BALESTRA, *Pandemia, attività d’impresa e solidarietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, da p. 1153, L. AMBROSINI, *L’interesse creditorio nell’emergenza covid tra rimedi estintivi e tensione conservativa*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, da p. 1352, spec. pp. 1372 ss.; U. CARNEVALI, *Emergenza Covid-19: un anno dopo*, in *Contr.*, II, 2021, da p. 145, spec. pp. 147 ss.; M. FRANZONI, *Il Covid-19 e l’esecuzione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, da p. 1, spec. pp. 12 ss. Si veda anche la *Relazione tematica n. 56/2020 dell’Ufficio del Massimario e del ruolo della Corte Suprema di Cassazione*, spec. pp. 20 ss., disponibile sul sito *web* della Suprema Corte.

In precedenza, il termine compariva spesso negli studi dedicati alla presupposizione e alla rinegoziazione. Anche in questo caso i contributi in materia sono innumerevoli: si vedano solo, limitandosi ai più recenti, M. AMBROSOLI, *Presupposizione e gravità della turbativa*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2014, 2, pp. 437 ss.; L. M. PETRONE, *Recenti orientamenti in tema di presupposizione e sopravvenienze*, in *Obbl. e Contr.*, 2005, fasc. 2, pp. 163 ss.; G. F. AIELLO, *L’applicabilità del rimedio risolutorio al difetto sopravvenuto della presupposizione in un recente revirement della cassazione*, in *NGCC*, 2011, fasc. 6, pp. 305 – 317; G. SBISÀ, *La prima norma in tema di rinegoziazione nel contesto del dibattito sulle sopravvenienze*, in *Contr. Impr.*, 2022, fasc. 1, pp. 15 – 26; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. Impr.*, 2002, fasc. 2, pp. 774 – 815; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992 e *ID.*, voce *Revisione del contratto*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Vol. XVII, Torino, 1998, pp. 431 ss.

²⁴ Così U. CARNEVALI, *La risoluzione*, cit., p. 5, con riferimento al termine «*rimedio sinallagmatico*».

2.2. “Autonomia”

Il secondo fulcro attorno a cui ruota l’analisi che si compirà è l’autonomia privata.

Come si è già avuto modo di anticipare, infatti, lo studio in esame sarà dedicato a clausole atipiche: pertanto, innanzitutto si dovranno verificare gli spazi di autonomia concessi dall’ordinamento con riferimento alla patologia di volta in volta in rilievo, per giungere a un giudizio di validità o invalidità della pattuizione. Ad esempio, quando si tratterà della rinuncia preventiva all’azione di annullamento, si dovrà valutare l’incidenza dell’art. 1462 c.c., che vieta la rinuncia preventiva all’*eccezione* di annullamento.

Si potrebbe quindi ritenere opportuno, in apertura, esaminare le varie concezioni di “autonomia privata” elaborate dalla dottrina, per poi adottarne una. Questo approccio richiederebbe un approfondimento di questioni di vertice del diritto civile, che toccherebbe temi come il rapporto tra il diritto pubblico e quello privato, il concetto di “ordinamento giuridico” e la nozione di “negozio giuridico”. Tuttavia, un’indagine di questo tipo esorbita dagli scopi di questo studio. Infatti, non sembra che la soluzione dei problemi che via via si presenteranno dipenda dalla nozione di “autonomia privata” adottata in premessa. Piuttosto, un giudizio di validità o invalidità della singola pattuizione dipenderà dalle conclusioni a cui perverrà l’analisi del dato normativo (es.: la disciplina della nullità parziale o dell’azione di annullamento) e sarà solo all’esito di tale studio che si delineeranno gli spazi di intervento concessi alle parti nel contesto della singola patologia contrattuale.

Questo è, d’altronde, l’approccio adottato da autorevoli studiosi che si sono occupati di clausole integranti altre “deroghe atipiche” alla disciplina della patologia contrattuale, impostando le rispettive indagini a partire dagli istituti e dalle norme di volta in volta rilevanti, come elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina, piuttosto che da un’analisi della nozione di autonomia privata²⁵.

²⁵ Limitandosi alle opere monografiche, per esempio, G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, Verona, 1996, pp. 20 ss., che costituisce il principale studio sulla clausola in esame. L’Autore affronta prima gli ostacoli c.d. “concettuali” (in particolare, pp. 70 ss.), riguardanti la compatibilità della clausola con i tradizionali requisiti dell’evento dedotto in condizione, e poi quelli “di ordine operativo” (pp. 310 ss.), riguardanti la compatibilità del meccanismo esaminato con la tutela sinallagmatica, la natura elettiva della risoluzione ordinaria e gli effetti *inter partes* della risoluzione del contratto. Si veda anche R. LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela. L’adempimento dedotto in condizione*, Milano, 1996, I Ed., pp. 8 ss. Per un approccio analogo nel contesto di clausole diverse, F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998, I Ed., pp. 42 ss., dedicato alla clausola di irrisolubilità, e U. SALANITRO, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2003, dedicato alle clausole *if and when*. Si vedano poi le clausole atipiche esaminate in M. CONFORTINI, *Clausole negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, Vol. I, Torino, 2017 e Vol. II, Torino, 2019.

Pertanto, delineato il metodo che pare preferibile, sembra sufficiente definire l'autonomia privata come un potere normativo conferito ai soggetti dall'ordinamento per il perseguimento di fini indipendenti dal pubblico interesse, ossia entro limiti solo negativi, e che si esplica mediante il compimento di negozi giuridici²⁶. In tal modo, il concetto in esame

²⁶ L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, e ID. *Nozione giuridica di autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1957, pp. 129 ss., che costituisce un estratto dal primo capitolo dell'opera monografica.

Dal punto di vista formale, l'autonomia privata è potere di produrre effetti giuridici tramite la posizione di norme giuridiche: è potere normativo. Il negozio giuridico, in cui si esplica (profilo funzionale) è una fonte di diritto oggettivo, collocata sul gradino più basso della gerarchia in quanto subordinata alla legge, che conferisce ai singoli il potere di cui si discute (cap. II). Infatti, la generalità e l'astrattezza non sarebbero caratteri necessari della norma giuridica. Dal punto di vista sostanziale (cap. III), mentre i pubblici poteri sono predeterminati nel fine e quindi soggiacciono a un limite positivo, il potere normativo privato è libero e soggetto solo a limiti negativi: è "privato" nel senso di «*indipendenza dal pubblico interesse*» (p. 276). L'Autore critica la figura dell'abuso del diritto (pp. 300 ss.) e nega un significato pregnante all'art. 1322, comma 2 c.c. (p. 316).

Alla ricostruzione di L. FERRI se ne contrappongono altre. Limitandosi a pochissimi cenni per un tema che, come si comprende, è sterminato, la più diffusa risale a SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, II Ed., p. 14, che la intende come «*potestà di darsi un ordinamento giuridico*». Si veda anche ID., voce *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947. Per es., per F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 108, si ha autonomia quando «*alla produzione del diritto servono le parti medesime*». Similmente, per E. BETTI, op. cit., p. 44 e ID. voce *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. It.*, Torino, 1981, Vol. 2, p. 1559, «*autonomia significa [...] potestà di darsi un ordinamento, di dare cioè assetto ai propri rapporti e interessi, spiegata dallo stesso ente o soggetto cui spettano*». Per R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, II Ed., Napoli, 2008, pp. 83 ss., «*autonomia privata è l'attitudine dell'individuo, in certo senso a lui connaturata, a fare regola da sé ai propri interessi*». SALVATORE ROMANO, *Autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 1956, fasc. 6, p. 843, condivide l'elaborazione di SANTI ROMANO, osserva che «*l'autonomia privata è la relazione di un ordinamento privato con altro "superiore" [...]*». Per R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Torino, 1987, p. 517, il problema dell'autonomia è «*identificare gli strumenti utilizzabili per esercitarla*» e il concetto indica «*la situazione di colui che è in grado di incidere sulle regole che lo riguardano (destinate cioè a operare nella sua propria sfera, o in sfere altrui ma con riflessi nella sua sfera propria o dei suoi interessi)*».

Ferma la comune concezione dell'autonomia privata come posizione di regole da parte del destinatario di esse, e in disparte la teoria di L. FERRI, le varie ricostruzioni divergono quanto alla natura di tali regole: se per L. FERRI, come detto, si tratta di norme giuridiche, per F. CARNELUTTI il comando privato sarebbe solo un "precetto" individuale e concreto e non una "norma"; per E. BETTI, radicalmente, non si avrebbe creazione di regole, ma la posizione dell'ipotesi di fatto di norme, con recezione nell'ordinamento giuridico di un'autonomia preesistente sul piano sociale (cfr voce *Autonomia*, cit., p. 1561). Per R. SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 100, è "precetto" la determinazione della condotta altrui, profilo assente nel campo degli atti di autonomia; né sarebbe concepibile una "norma" dettata a se stessi. L'autoregolamento sarebbe un fenomeno a sé, vincolante alla stregua di norme sociali prima, e giuridiche poi. Per le teorie "normative", la potestà privata deriva da un'investitura statale, variamente intesa ma sempre in virtù di norme: così H. KELSEN, *Dottrina generale del diritto e dello Stato*, Torino, 1952, pp. 139 ss. Ancora, le varie tesi divergono anche quanto all'origine dell'autonomia privata: fatto sociale riconosciuto dal diritto (E. BETTI: *Teoria generale*, cit., p. 42 e 82) o potere conferito dall'ordinamento (L. FERRI, v.di *supra*); nonché quanto al profilo sostanziale: potere libero nei fini (L. FERRI, v.di *supra*) o sottoposto a controllo di coerenza della funzione perseguita con la «*socialità del compito di ordine* [della legge], [che svolge] un *compito educativo* e [...] *direttivo della condotta*» (E. BETTI, voce *Autonomia*, p. 1561).

Alla concezione di SANTI ROMANO, L. FERRI, *L'autonomia*, cit., pp. 70 ss. obietta, fra l'altro, che nel testamento il destinatario del precetto non è chi l'ha redatto. Più recentemente, F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di Diritto civile del CNN*, Napoli, 2008, pp. 5 ss. supera la nozione imperniata su «*profili di riflessività*» per la diffusa imposizione di «*modelli contrattuali uniformi*» da parte delle «*imprese di maggior peso*». Prevarrebbe quindi una nozione incentrata «*sull'origine*» privata della regola. Per un'analisi storica, F. CALASSO, voce *Autonomia (storia)*, in *Enc. Dir.*, Vol. IV, Varese, 1959, pp. 349 ss.; per la pluralità di significati dell'espressione, S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata, ibidem*, pp. 366 ss. Per l'analisi delle diverse nozioni si veda comunque SALVATORE ROMANO, op. cit., pp. 810 ss.

viene definito sotto il profilo formale, sostanziale e funzionale. Quando tale potere si espliciti tramite la conclusione di contratti, si parlerà di autonomia o “libertà” contrattuale²⁷. L’analisi che ci si appresta a compiere è quindi volta a individuare i limiti che presidiano l’esercizio dell’autonomia privata nel campo della patologia contrattuale²⁸.

3. L’origine delle clausole in esame

3.1. Nota di metodo

Come si dirà meglio nel prosieguo, i pochi contributi che analizzano la validità dei patti oggetto di questo studio giungono prevalentemente alla conclusione negativa. Tuttavia, spesso le clausole sull’azione di annullamento e sulla nullità parziale non sono analizzate approfonditamente²⁹; inoltre, la prassi testimonia un frequente impiego di queste pattuizioni in contratti internazionali, anche di un certo rilievo economico, e la loro diffusione anche a livello interno; in entrambi i contesti, poi, esse svolgono una funzione pregnante. Il problema della loro validità è, quindi, certamente rilevante e giustifica uno studio dedicato specificamente a questi temi.

Le pattuizioni di cui si tratterà, almeno nelle loro varianti più diffuse, condividono due tratti peculiari: la derivazione da modelli negoziali diffusi nei Paesi di *common law* e il loro frequente utilizzo in contratti definiti dalla dottrina “internazionali” o “completi” o “relazionali”, a seconda del punto di vista da cui muovono le diverse analisi che se ne sono occupate. Queste particolarità sembrano rilevanti, perché la consapevolezza dell’origine e della funzione di una clausola ne propizia uno studio privo di pregiudizi, che potrebbero altrimenti influenzare una ricerca sugli spazi di intervento delle parti in materia di invalidità

Nella dottrina civilistica, per V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 37, l’autonomia o libertà contrattuale consiste nella libertà delle parti «di decidere se, e in che modo, le proprie sfere giuridiche abbiano a essere incise dal contratto». Similmente, C. M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2019, III Ed., p. 2, definisce “atto di autonomia” quello «mediante il quale il soggetto dispone della propria sfera giuridica».

Tra i costituzionalisti, si veda M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell’autonomia privata*, Padova, 2003, in particolare pp. 114 ss. e pp. 175 ss.

²⁷ Così V. ROPPO, op. ult. cit., p. 37 e F. ANGELONI, voce *Autonomia contrattuale*, in F. GALGANO (diretto da), *Dizionario enciclopedico del diritto*, Vol. I, Padova, 1996. Si veda anche SALVATORE ROMANO, op. cit., pp. 808-809, dove si osserva il frequente impiego del concetto in sede di trattazioni istituzionali di diritto privato senza però adeguatamente definirlo.

²⁸ Limiti “negativi”, seguendo la terminologia di L. FERRI ricordata *supra*, nota 26.

²⁹ Questo è soprattutto vero per la clausola di rinuncia all’azione di annullamento: si veda *infra*, Cap. II, para. 4.

contrattuale³⁰. Un'analisi congiunta di questi profili permetterà di mettere in luce tutte le ragioni che spiegano l'adozione dei patti sull'invalidità, scongiurando il rischio di un approccio parziale al fenomeno in esame. Dal punto di vista del diritto applicato, poi, la consapevolezza dell'origine delle clausole di cui si tratterà permette di valutarne l'adeguatezza rispetto alle esigenze manifestate dalle parti nel caso concreto³¹.

Pertanto, pare, opportuno anteporre all'esame delle singole clausole un breve inquadramento di respiro più ampio, in cui mostrarne il ruolo svolto nel contesto dei contratti "internazionali", la loro funzionalità allo scopo di ottenere una convenzione "completa" e "stabile" e i problemi che derivano in via generale dalla circolazione di modelli negoziali

³⁰ F. CASTRONOVO, *Tecniche di redazione del contratto dal common law statunitense al diritto italiano: conseguenze sul piano della prova del contratto nel nostro ordinamento*, in *Contr. e impr.*, 2019, fasc. 2, p. 774, ritiene necessario «comprendere il contesto normativo e culturale d'origine di tali modelli e le ragioni loro sottese, [per] indirizzare l'analisi verso soluzioni che consentano la loro armonizzazione con le norme italiane che vi si applicano».

Un esempio notevole di questo approccio si ritrova in G. CORDERO – MOSS, op. cit.: il volume analizza in primo luogo la redazione dei contratti nella pratica e l'influsso delle società multinazionali sul relativo processo, per poi concentrarsi sul trattamento di un elenco di pattuizioni "standard" (o "boilerplate") originate nei paesi di *common law* in Inghilterra (Paese d'origine), Germania, Francia, Italia, Danimarca, Finlandia, Norvegia, Svezia, Ungheria, Russia. La conclusione è che la fiducia riposta dalle parti sulla produzione di certi effetti in un dato ordinamento è spesso frustrata dall'influenza della legge applicabile. I redattori del contratto sono consapevoli di questo rischio e provano a gestirlo tramite accordi il più possibile "completi" (su cui si veda *infra*, para. 3.2.), tentativo ostacolato dalle spese di negoziazione, da limiti di tempo, dalla possibile conflittualità dei (futuri) contraenti, dall'incertezza del diritto o barriere linguistiche (p. 15). Tuttavia, una trattativa dettagliata può risultare ugualmente desiderabile: una clausola gravosa può conferire una posizione negoziale più forte anche se, a uno sguardo più attento, potrebbe essere invalida; inoltre, l'incertezza sugli esiti di una lite insorta su una clausola "standard" può incentivare una soluzione transattiva. Da ultimo, spesso il ricorso a una di queste pattuizioni non viene contestato («*an invoked clause is not necessarily always contested*»: p. 371). In ogni caso, il rischio della *legal uncertainty* non giustifica la negligenza nell'accertare lo stato della legge applicabile al contratto, pena l'impossibilità di selezionare le clausole su cui concentrare la trattativa (p. 373). È fatto salvo il caso in cui l'assunzione del rischio giuridico permetta di concludere rapidamente un affare, con i benefici commerciali del caso (p. 15).

Si veda anche ID, *International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith*, in *Global Jurist*, fasc. 1, 2007, citato da F. CASTRONOVO, op. cit., nota 4. Data l'incertezza derivante dall'applicazione al contratto di una legge statale, le parti a volte adottano come *applicable law* un *corpus* normativo autonomo, come la Convenzione di Vienna per la vendita internazionale di beni mobili ("CISG"), i Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali ("PICC") o i Principi di diritto europeo dei contratti ("PECL"). L'articolo indaga il ruolo del principio di buona fede e correttezza, previsto dai PECL e dai PICC nella soluzione dei conflitti tra contratto internazionale "completo" e legge applicabile. Sul fenomeno dell'adozione dei PICC per "de-nazionalizzare" il contratto, M. J. BONELL, *Il diritto europeo dei contratti e gli sviluppi del diritto contrattuale a livello internazionale*, in *Eur. Dir. priv.*, 2007, fasc. 3, pp. 628 ss. e ID, voce *Contratti internazionali (principi dei)*, in *Enc. Giur.*, Vol. IX, Roma, 1996, pp. 2 ss.: l'Autore rileva la diversità dei PICC e dei PECL dalle convenzioni di diritto uniforme e dai contratti-tipo elaborati dalle associazioni di categoria, in quanto volti ad esporre sistematicamente principi già accettati a livello universale o comunque preferibili e non predisposti unilateralmente. Per i PECL, P. SIRENA, *La scelta dei Principles of European Contract Law (PECL) come legge applicabile al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, fasc. 3, pp. 608-621.

³¹ Così M. C. VETTESE, op. cit., pp. 30-31: «*only with this awareness will in-house lawyers be able to correctly allocate the expectations of their stakeholders [...] the role of the in-house lawyer is to define, with respect to the expectations of the parties, if and how the instruments at the lawyer's disposal are the right ones*». Nello stesso senso F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali. Manuale di diritto commerciale internazionale*, Padova, 1997, p. 72.

concepiti nell'ottica di un certo ordinamento; si rinvierà ai capitoli successivi per l'esame degli interrogativi che si pongono con riferimento a ciascuna clausola.

3.2. Contratti internazionali; contratti “completi”

Le clausole di deroga alla patologia contrattuale si ritrovano frequentemente nei contratti internazionali³².

Innanzitutto, è bene precisare cosa si intende per “contratto internazionale”.

Tale espressione potrebbe alludere a una particolare definizione normativa, rilevante al fine di identificare la disciplina applicabile a un certo contratto. Avviene così nel campo internazionale-privatistico, dove la definizione di “contratto internazionale” è imperniata sulla presenza di elementi di collegamento con più ordinamenti e rileva al fine di individuare, tramite le norme di conflitto, la legge applicabile. Ancora, la nozione di “internazionalità” può servire per delimitare l'ambito di applicazione di una convenzione di diritto materiale

³² Es.: M. FONTAINE – F. DE LY, *La redazione dei contratti internazionali a partire dall'analisi delle clausole*, Milano, 2008, ad es. pp. 22 ss. per le clausole sulla nullità parziale, pp. 723 ss. per le clausole relative a eventi che possono comportare la fine del contratto; A. FRIGNANI – M. TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, II ed., in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2010, pp. 357 ss. per le clausole relative all'invalidità del contratto, alla rescissione e alla risoluzione; F. BORTOLOTTI, op. cit., p. 119 per la clausola di *severability* e *inseverability*; J. SCHMIDT, *preliminary agreements in international contract negotiation*, in *Houston Journal of International Law*, 1983, fasc. 6, pp. 37-62 per i patti sulle trattative.

Esistono altri patti di disciplina convenzionale della patologia negoziali diffusi nei contratti internazionali, il cui studio, tuttavia, esorbita dall'ambito di indagine di questa trattazione. In particolare, si fa riferimento alle clausole di *hardship*, patti che prevedono meccanismi di adeguamento, variabili da clausola a clausola, al verificarsi di circostanze sopravvenute: si veda A. FRIGNANI, voce *Hardship clause*, in *Dig. Disc. Priv., sez. comm.*, Vol. VI, Torino, 1991; ID., *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil law e di common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, pp. 680 ss.; A. FRIGNANI – M. TORSELLO, op. cit., pp. 293 ss.; P. BERNARDINI, *Hardship e force majeure*, in M. J. BONELL – F. BONELLI (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997; ID., *La patologia dei contratti internazionali*, in *Giur. Comm.*, 1984, I, pp. 1111 – 1129; ID., *La forza maggiore nella giurisprudenza arbitrale internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2021, fasc. 4, pp. 861 - 914; S. M. CARBONE, *Autonomia privata e contratti internazionali*, in *NGCC*, 1992, II, p. 291; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 971; M. FONTAINE – F. DE LY, op. cit., pp. 579 ss.; F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali. Manuale*, cit., pp. 104 ss.; C. BRUNNER, *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2008; I. SCHWENZER, *Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship*, in *Revue de droit uniforme*, Vol. 24, fasc. 1, 2019, pp. 149 – 174; *CISG Advisory Council Opinion No. 20 – Hardship under the CISG*, in *Internationales Handelsrecht*, 2020, Vol. 20, fasc. 6, pp. 261-272.

Per la dottrina che ha riguardo alle difficoltà di esecuzione derivanti dalla pandemia, si veda, per esempio, E. DEL PRATO, *Covid-19, Act of God, Force Majeure, “hardship clauses”, performance and nonperformance*, in *NGCC* 2020, fasc. 3, suppl., pp. 64 – 67; P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid – 19*, ivi, pp. 73 – 79; E. NAVARRETTA, *Covid – 19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, ivi, pp. 87 – 93; P. GALLO, *Contratto, rinegoziazione, adeguamento*, in *Giur. It.*, 2020, fasc. 11, pp. 2433 – 2445; F. BENATTI, *Contratto e covid-19: possibili scenari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2020, fasc. 2, pp. 198 – 211; R. CAMPIONE, *Il Covid-19 nei contratti commerciali internazionali tra force majeure, material adverse change/effect e hardship*, in *Contr.*, 2021, fasc. 1, pp. 75 – 83

uniforme, in modo da permettere ai contraenti di comprendere in anticipo se a un certo contratto si applicherà la disciplina “domestica” oppure quella uniforme³³.

Nel contesto di questo lavoro, la natura “internazionale” di un contratto rileva su un piano extragiuridico, in quanto i problemi a cui cercano di dare risposta le clausole che si studieranno si pongono specialmente per gli accordi che presentano, «*da un punto di vista fattuale e sociale, un collegamento con sfere territoriali sottoposte all'autorità di Stati diversi, nelle quali siano quindi in vigore sistemi giuridici differenti*»³⁴. Questa, dunque, sarà la nozione di “contratto internazionale” cui si farà riferimento nel prosieguo. A sua volta, il nesso tra l'accordo e ordinamenti giuridici differenti deriva da una peculiarità che è, prima che giuridica, economica: la circostanza che tali negozi regolano rapporti economici internazionali, le cui caratteristiche influenzano la struttura e il contenuto del contratto³⁵.

Per comprendere perché le clausole di deroga alla patologia contrattuale vengano spesso incluse in contratti internazionali, al punto da essere spesso esaminate nel contesto delle trattazioni ad essi dedicati³⁶, si devono considerare due particolari modi di atteggiarsi degli accordi in esame. Il primo è il contratto internazionale “standard” e “di massa”, destinato regolare una pluralità pressoché innumerevole di rapporti, spesso intercorrenti tra impresa e consumatori; il secondo è il contratto internazionale volto a regolare una specifica operazione commerciale, spesso di grande rilievo economico (c.d. contratto “*tailor-made*”) ³⁷. Esempi di

³³ A. FRIGNANI – M. TORSELLO, op. cit., pp. 102 – 106. È il caso dell'art. 1 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili del 1980, che adotta un criterio soggettivo alla stregua del quale il carattere internazionale della compravendita dipende dalla circostanza che, al momento della stipulazione, venditore e compratore abbiano il proprio centro d'affari o stabilimento in due Stati diversi.

³⁴ S. M. CARBONE, *Autonomia privata*, cit., p. 282. Similmente A. FRIGNANI- M. TORSELLO, op. cit., pp. 105 – 106: preso atto dell'impossibilità di enucleare dal diritto positivo una definizione unitaria di “contratto internazionale”, si conclude per la necessità di riferirsi alla prassi commerciale internazionale, allargandone la nozione a «*ogni rapporto contrattuale non destinato ad esaurirsi, nei suoi elementi oggettivo o soggettivi, esclusivamente all'interno di un solo ordinamento statale*». Si vedano anche F. BORTOLOTTI, *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Vol. I *Diritto dei contratti internazionali*, III ed., Padova, 2009, pp. 123 ss. e S. M. CARBONE – R. LUZZATTO, *I contratti del commercio internazionale*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Vol. XI, Torino, 1984, p. 117.

La natura transnazionale di un contratto potrà avere ricadute anche su altri aspetti: per es., P. BERNARDINI, *La patologia dei contratti internazionali*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 1122, fa presente che difficilmente in ambito internazionale si porranno problemi di tutela del contraente debole da abusi del monopolista. Il rilievo, formulato nel 1984, tuttavia, non sembra più attuale, data la posizione pressoché monopolistica di diverse società multinazionali nel campo della tecnologia digitale.

³⁵ A. FRIGNANI – M. TORSELLO, op. cit., p. 4: «*il contratto è il vestito esterno che si dà a un rapporto di carattere economico (internazionale), è dalla individuazione degli elementi economici del rapporto che si vuole instaurare, dagli scopi che si prefiggono le parti, dai Paesi nei quali si vuole dare corso al rapporto contrattuale, che nasce la risposta del tipo di contratto, della sua struttura, dei suoi contenuti, dei soggetti da coinvolgere, delle precauzioni da adottare e così via*».

³⁶ V. di supra, nota 32.

³⁷ La distinzione e alcuni degli esempi citati si possono trovare in M. J. BONELL, voce *Contratti internazionali (tecnica di redazione dei)*, in *Enc. Giur.*, Vol. IX, Roma, 1996. Per il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie, G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2021, pp. 5 ss.

contratti del primo insieme sono la compravendita di prodotti fungibili o di serie, i contratti di trasporto, i contratti di licenza di *software*; esempi della seconda categoria sono il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie (c.d. *sale and purchase agreement*, o “SPA”), i contratti di costruzione e consegna di macchine o impianti industriali, gli appalti di opere civili, i contratti di assistenza tecnica³⁸.

3.2.a. I contratti internazionali “standard”

Si consideri il contratto che regola i rapporti giuridici tra una società, specialmente multinazionale, e i suoi clienti/consumatori, collocati in Stati diversi.

In questo scenario, in capo alla società fornitrice di beni o servizi saranno ravvisabili una serie di interessi che danno ragione della previsione di alcune clausole sulla patologia contrattuale: si tratta dell’interesse a condurre una contrattazione efficiente e dell’interesse a non deludere le aspettative del mercato circa l’utilizzo di schemi contrattuali consolidati.

Quanto al primo, un’attività negoziale efficiente richiede l’adozione di modelli *standard* per accordi di contenuto omogeneo, che prescindano dalle particolarità dell’ordinamento di appartenenza del cliente³⁹. Spesso, questa prassi sarà incentivata da precise direttive in tal

³⁸ Come si può immaginare e come si vedrà diffusamente nel contesto dell’analisi delle singole clausole, la differenza tra contratti “di massa” e individuali rileva a diversi fini, soprattutto qualora la controparte dell’impresa sia un consumatore. A questo punto dell’esposizione, tuttavia, il *discrimen* riveste importanza solo in quanto per ciascuna categoria si pongono problemi specifici a cui i patti di deroga alla patologia contrattuale rispondono in maniera diversa.

³⁹ F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, fasc. 1, p. 198: «*la produzione in serie su scala planetaria esige una contrattazione altrettanto in serie. Sui mercati mondiali le imprese multinazionali, che controllano la produzione e la distribuzione su tutti i continenti, hanno bisogno di contrattare a condizioni uniformi. Ma i mercati mondiali si frantumano in una moltitudine di Stati, ciascuno con un proprio diritto nazionale*». Spesso, addirittura, la legge applicabile al contratto non è nemmeno nota al momento della sua stesura, operata nella prospettiva di un possibile impiego tra parti di diversi Paesi: F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali. Manuale*, cit., p. 80. Inoltre, la dottrina comparatista ha sottolineato come in ogni singolo ordinamento siano all’opera più “formanti”, ossia componenti la cui interazione dà vita al diritto “vivo”: oltre ai formanti legali, esiste il formante giurisprudenziale e quello dottrinale e, all’interno di ognuno di essi, è possibile tracciare ulteriori distinzioni. Per avere contezza della possibile incidenza di un ordinamento sul contratto, quindi, non ci si può fermare al semplice studio della formulazione delle norme. Così R. SACCO – P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, VII Ed., Vicenza, 2019, pp. 55 ss.; A. GAMBARO - R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, IV Ed., Vicenza, 2018, pp. 3 ss.; R. SACCO, voce *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Vol. II, Torino, 1989, pp. 367 ss.

senso emanate dalle società capogruppo alle filiali all'estero⁴⁰. In questo modo, si possono conseguire diversi vantaggi⁴¹.

Il primo è l'abbattimento di costi di transazione⁴², che deriva dal non dovere elaborare una pluralità di schemi negoziali per contratti aventi a oggetto le medesime prestazioni, come avverrebbe se si scegliesse di adattare le condizioni dell'accordo allo "stile" in cui i contratti sono scritti nel Paese di appartenenza del cliente o alla disciplina ivi applicabile, per esempio con riferimento alle modalità di adempimento delle prestazioni e, per quanto più rileva in questa sede, alle conseguenze delle patologie negoziali⁴³. Per esempio, un contratto di licenza di *software* stipulabile tramite l'accesso al sito del concedente si presta ad essere sottoscritto da soggetti provenienti da qualunque parte del pianeta: pertanto, l'impresa che volesse predisporre tanti modelli quanti i paesi di appartenenza del cliente, dovrebbe potenzialmente ricorrere a centinaia di schemi diversi, da redigere all'esito di altrettante consulenze legali.

La seconda ragione che spiega l'adozione di contratti *standard* è che, a valle della stipulazione del contratto, la scelta di schemi simili facilita la rendicontazione degli affari e dei ricavi, permettendo di ragionare per insiemi omogenei di operazioni senza dover considerare uno ad uno i singoli accordi.

Il terzo motivo, collegato al secondo, è che la costante adozione nel futuro di schemi già utilizzati in passato agevola la previsione dei ricavi derivanti da una certa attività, costituendo una costante all'interno del calcolo complessivo.

⁴⁰ Ancora F. GALGANO, op. ult. cit., p. 199; ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2009, p. 59. M. BIN, *La circolazione internazionale dei modelli contrattuali*, in *Contr. Impr.*, 1993, p. 476 e p. 480 ritiene che siano proprio le multinazionali il «grande motore» dei trasferimenti di schemi contrattuali oltre i confini degli ordinamenti di appartenenza.

⁴¹ Come segnala P. BERNARDINI, *La patologia*, cit., p. 1122, in contesto internazionale i contratti *standard* hanno il significato di schemi predisposti dalle associazioni di categoria, e non solo di contratti per adesione, e vengono utilizzati anche per comodità e non solo per la prevalenza di una parte sull'altra.

⁴² D. M. KREPS, *A Course in Microeconomic Theory*, Princeton, 2021, pp. 743 ss. definisce i costi di transazione come i costi in cui le parti incorrono per concludere un affare. Tali costi possono essere *ex ante costs* qualora vengano supportati prima della conclusione, come accade per le spese di trattativa e di redazione del contratto scritto, oppure *ex post costs*, sostenuti per «*consummating and safeguarding the deal that was originally struck*». Per considerazioni analoghe, G. L. RABITTI, *Project finance e collegamento contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1996, 1, p. 225.

⁴³ Come si vedrà meglio *infra*, para. 3.2.b., sussistono significative differenze tra lo stile di scrittura dei contratti tipico dei Paesi di *common law* e quello tipico dei Paesi di *civil law*. G. CORDERO – MOSS, *International contracts*, cit., pp. 3 ss. spec. pp. 20 ss., le riassume in breve: premesso che i sistemi di *common law* esaltano il valore della prevedibilità, mentre la tradizione di *civil law* considera in primo luogo la giustizia del contratto, declinata in diverse accezioni, questa diversità si traduce in una diversa incidenza della legge applicabile sull'accordo: nei Paesi di *common law* tale incidenza sarà bassa, in quelli di *civil law* più alta. Arrivando allo stile dei contratti, gli accordi di *common law* saranno redatti nel presupposto di tale minore ingerenza e, quindi, saranno più lunghi e dettagliati, con menzione espressa degli scopi del contratto e previsione di rimedi per l'inadempimento o eventi sopravvenuti, limitazioni di responsabilità etc... Al contrario, i contratti di *civil law* tenderanno a una maggior brevità, confidando sul soccorso di regole e principi previsti dalla legge applicabile.

Venendo al secondo ordine di ragioni a cui si accennava in apertura del presente paragrafo, oltre alle considerazioni di efficienza appena evidenziate, le imprese saranno spinte ad impiegare modelli uniformi anche per non deludere un'aspettativa in tal senso da parte di altri operatori economici.

Gli attori del mercato, infatti, nutrono una certa attesa circa l'utilizzo di schemi contrattuali ormai noti: in capo all'impresa predisponente sorgerà l'esigenza di non deludere questa aspettativa. Lo stesso potrà avvenire nei confronti degli istituti finanziari coinvolti a vario titolo in operazioni commerciali: il vaglio del merito creditizio dell'impresa potrà essere facilitato dall'impiego, da parte di quest'ultima, di schemi contrattuali già conosciuti e apprezzati dalla prassi⁴⁴. Potrà anche accadere che sia l'ente finanziatore a fornire un modello di accordo per l'impresa finanziata, così contribuendo alla sua diffusione da parte di imprese diverse⁴⁵.

Da ultimo, l'adozione di contratti *standard* è facilitata dalla presenza di formulari che raccolgono gli schemi più ricorrenti. Le imprese operanti tramite contratti internazionali, specie quelle di dimensioni meno considerevoli, saranno portate a valutare l'adozione dei contratti reperibili in queste opere, per diminuire ulteriormente i costi interni di redazione dei contratti-tipo⁴⁶. Un'analogha opera di compilazione, particolarmente autorevole per la posizione del soggetto che la compie, è svolta anche dalle associazioni di categoria⁴⁷.

In un certo senso, quindi, il fenomeno dell'impiego di schemi *standard* è incline ad auto-alimentarsi, anche sulla scorta dell'apprezzamento che un certo schema ha già conseguito in passato⁴⁸.

Fino a questo punto si sono analizzate le ragioni che spingono all'adozione di modelli identici per gruppi omogenei di operazioni commerciali, senza prestare attenzione al contenuto di questi contratti. Ora, muovendo dal piano del "contenitore" a quello del

⁴⁴ G. CORDERO – MOSS, *Boilerplate clauses*, cit., p. xxi.

⁴⁵ G. CORDERO – MOSS, *International contracts*, cit., p. 2, fa l'esempio della European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), che richiede l'utilizzo di contratti redatti nello stile di *common law* per le operazioni finanziate anche se gli enti che ne beneficiano, trattandosi di progetti nell'Est Europa, non appartengono alla tradizione giuridica anglosassone.

⁴⁶ G. CORDERO – MOSS, *International contracts*, cit., p. 2.

⁴⁷ M. J. BONELLI, voce *Contratti internazionali*, cit., p. 1 ritiene insoddisfacenti questi strumenti, per il loro carattere unilaterale e l'inevitabile influenza esercitata «dai concetti giuridici dei rispettivi paesi d'origine». Ne sottolinea invece l'importanza F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali. Manuale*, cit., p. 71: per individuare i punti da disciplinare nel contratto sarà «*assai utile, se non addirittura indispensabile, procedere all'analisi di eventuali modelli di contratto, dai quali si potranno trarre utili spunti per l'individuazione di problemi e soluzioni ricorrenti per i tipi contrattuali più diffusi a livello internazionale*».

⁴⁸ G. CORDERO – MOSS, *Boilerplate clauses*, cit., p. xxi.

contenuto, va osservato che una strategia che si arresti alla mera adozione di schemi identici non è in grado di assicurare una disciplina uniforme del rapporto, perché è anche necessario che il negozio contenga clausole in grado di limitare il più possibile l'influenza della legge applicabile. È necessario che il contratto sia "completo"⁴⁹.

Infatti, la stipulazione di contratti regolati da condizioni uniformi è ostacolata dalla frammentazione dei mercati mondiali in più Stati, ciascuno dei quali dotato di un proprio diritto nazionale che si candida a disciplinare gli aspetti non previsti pattiziamente e, potenzialmente, ad invalidare clausole del contratto tramite le proprie norme inderogabili. Spesso, la legge applicabile non sarà nemmeno nota al momento della stesura del modello,

⁴⁹ Si rende necessario un chiarimento circa l'utilizzo di questo aggettivo, che potrebbe sembrare l'inverso del contratto "incompleto" noto agli economisti e alla dottrina civilistica.

Senza nessuna pretesa di esaustività, ricorre un'incompletezza "in senso economico" quando l'accordo non specifica i diritti e i doveri delle parti in ciascuno dei possibili scenari (o "stati del mondo") che si potrebbero verificare nel corso dell'esecuzione. La dottrina civilistica discorre invece di incompletezza "giuridica" quando l'accordo non disciplina alcuni aspetti del rapporto, è lacunoso. La prima nozione è alla base dell'economia neo-istituzionalista, che individua nel contratto il meccanismo fondamentale di regolazione delle transazioni economiche e ritiene inevitabile la sua "incompletezza" (in senso economico), come riflesso dell'altrettanto inevitabile razionalità limitata degli esseri umani. Questa imperfezione, sommata alla naturale inclinazione all'opportunismo delle parti, impedisce di superare eventuali circostanze imprevedute semplicemente pattuendo *ex ante* un obbligo di rinegoziazione, poiché ogni tentativo risulterebbe frustrato dalla propensione a disattendere gli impegni presi per appropriarsi del vantaggio derivante dalla sopravvenienza. Oltre al fondamentale lavoro di O. E. WILLIAMSON, *The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach*, in *American Journal of Sociology*, 1981, vol. 87, fasc. 3, pp. 548 – 577, spec. pp. 553 – 554 e ID., *Transaction-Cost Economics: the Governance of Contractual Relations*, in *Journal of Law & Economics*, 1979, Vol. 22, fasc. 2, pp. 233-262, spec. 235 ss., si vedano, per esempio, A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005, pp. 32 ss.; ID. voce *Contratto incompleto*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, 2007, pp. 415 ss.; G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, pp. 71 – 72; D. M. KREPS, *A course in Microeconomic theory*, op. cit., pp. 568 - 570. Una possibile soluzione al problema è stata rinvenuta nell'elaborazione della teoria dei c.d. "relational contracts", su cui si veda *infra*, para. 3.3.

Gli studiosi del contratto "incompleto" in senso giuridico, invece, si occupano dei problemi che sorgono quando la lacuna è frutto di una scelta dei contraenti. Per esempio, può accadere che le prestazioni siano difficili da individuare al momento della stipulazione, oppure sia necessaria una collaborazione che renda opportuna una certa flessibilità, oppure, l'incompletezza potrebbe servire per derogare a una disciplina legale inadeguata di gestione delle sopravvenienze: in questi casi, le parti potrebbero affidare ad un terzo, ad una di esse o a un loro accordo la determinazione successiva dell'elemento mancante, sia esso il prezzo o la prestazione caratteristica. I problemi che ne derivano riguardano, principalmente, la validità e l'efficacia del contratto incompleto e la tutela contro abusi della controparte. Si vedano A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit. e ID., voce *Contratto incompleto*, cit., pp. 413 ss. e 424 ss. per l'analisi di alcuni dei problemi citati; D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.* 2008, fasc. 3, pp. 509 – 545, spec. pp. 518 ss. e 539 ss. per la disamina di alcuni punti problematici; G. BELLANTUONO, op. cit.; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007; E. GABRIELLI, *Contratto completo e clausola di arbitraggio*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, pp. 291 ss.

Così sintetizzati per sommi capi i termini del problema, e ricordato che, nel contesto che ci occupa, l'aggettivo "completo" è sinonimo di "autosufficiente", si può concludere che la "completezza" di cui si è discusso è completezza giuridica, ossia la non-lacunosità dell'accordo. Nel contesto dei contratti "standard", lo scopo di tale completezza è eliminare l'incidenza della legge applicabile per permettere una contrattazione a condizioni uniformi, più che disporre una particolare regolamentazione delle sopravvenienze o rendere il contratto flessibile. Invece, nel contesto dei contratti "tailor-made", si vedrà come la completezza spesso serve a predisporre una disciplina efficace delle sopravvenienze: proprio uno degli obiettivi a cui può mirare anche il contratto incompleto.

destinato a essere impiegato con clienti di Paesi diversi⁵⁰, oppure sarà di contenuto incerto⁵¹. Quindi, per ottenere la desiderata uniformità, non è sufficiente l'impiego di schemi che prescindano dalle peculiarità dei vari ordinamenti: è anche necessario che tali contratti contengano l'esauritiva disciplina del rapporto che ne deriva e che, in qualche modo, riducano il rischio dell'invalidità delle loro clausole. Il contratto non deve lasciare spazi all'applicazione del diritto nazionale: deve essere "autosufficiente", "completo", "delocalizzato"⁵², deve puntare a risolvere autonomamente i problemi che potrebbero sorgere escludendo le ingerenze dell'ordinamento in cui si inserisce⁵³.

Il problema di limitare l'interferenza della legge applicabile permane anche qualora la *lex contractus* venga stabilita pattiziamente, tramite una clausola apposita: anche in questo caso, infatti, le parti potrebbero aver omesso un'indagine accurata circa il suo contenuto, né va trascurato che tale clausola non è in grado di impedire l'intervento delle norme di applicazione necessaria, ossia «*disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge*

⁵⁰ F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali. Manuale*, cit., p. 80.

⁵¹ F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali. Manuale*, cit., p. 81, nota 6, che sottolinea anche le difficoltà di avvalersi di professionisti locali. Similmente anche D. ECHENBERG, D. ECHENBERG, *Negotiating international contracts: does the process invite a review of standard contracts from the point of view of national legal requirements?* in G. CORDERO – MOSS, *Boilerplate clauses*, op. cit., pp. 15 ss.: perplessità sul contenuto della legge potranno derivare da barriere linguistiche, indisponibilità di tempo e risorse, mancanza di giurisprudenza o da un quadro legale confuso, come avviene in alcuni Paesi del Medio Oriente.

⁵² Il termine è tratto da M. BIN, op. cit., p. 477.

⁵³ F. CASTRONOVO, op. cit., p. 774: il contratto viene «*redatto in modo dettagliato fino al superfluo, punta a una self-regulation totale del rapporto tra le parti; ciò al fine di escludere ingerenze – attraverso integrazione e interpretazione – da aprte del sistema giuridico in cui il contratto si inserisce*»; G. DE NOVA, voce *Contratti di impresa*, in *Enc. Dir., aggiornamento*, Vol. IV, Milano, 2011, pp. 244-249; ID., *I contratti di oggi e la necessità di un elenco condiviso di divieti e di clausole vietate: a proposito di armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 307; S. M. CARBONE, *L'autonomia*, cit., p. 288, p. 293: «*i modelli maturati nella pratica del commercio internazionale offrono un quadro completo ed esauritivo di tutti gli aspetti dei rapporti contrattuali che intendono regolare, di cui si danno carico di garantire quella omogeneità e coerenza della relativa disciplina che la diversità delle fonti normative da cui dipendono non permettono. Si tratta di modelli tendenzialmente completi ed autosufficienti [...]. La disciplina che ne risulta [prescinde] dall'applicazione di uno specifico ordinamento statale ed è idonea a ricevere identica valutazione nell'ambito dei vari sistemi giuridici nazionali*». Così anche F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali. Manuale*, cit., p. 4 e pp. 79 ss.: il contratto internazionale «*non si situa nell'alveo sicuro di un sistema normativo nazionale, e potrà essere sottoposto, a seconda delle circostanze, a legislazioni differenti [...]. Tutto ciò introduce un elemento di incertezza sul quadro normativo, cui le parti tendono a porre rimedio attraverso la predisposizione di strumenti contrattuali il più possibile distaccati dalle legislazioni nazionali, in grado cioè di reggere il confronto [...] con qualsiasi normativa nazionale che possa risultare applicabile agli stessi*». Si veda anche M. BUSSANI, *Contratti moderni. Factoring, franchising, leasing*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di Diritto civile, I singoli contratti*, Vol. IV, Torino, 2004, pp. 54-55.

applicabile al contratto” secondo le norme di conflitto», come recita l’art. 9, comma 1 del Regolamento (CE) n. 593/2008, il Regolamento Roma I⁵⁴.

È chiaro, allora, il ruolo svolto dalle clausole sulla patologia contrattuale in questi contesti: tramite il loro impiego, l’impresa predisponente cerca di rendere il contratto “impermeabile” alla disciplina nazionale in punto di nullità parziale e annullamento del contratto, per ottenere una disciplina uniforme delle patologie dei contratti stipulati. In particolare, tramite le clausole di scindibilità o inscindibilità, si tenta di minimizzare l’impatto invalidante delle norme inderogabili contenute nella legge applicabile o nelle norme di applicazione necessaria: con le prime, la nullità della singola clausola sarà circoscritta ad essa; con le seconde, si propagherà all’intero contratto, provocando la liberazione da un accordo non più rispondente a quanto inizialmente convenuto, a causa della caducazione di una sua clausola⁵⁵. Attraverso di esse, il predisponente gestisce il rischio giuridico dell’incidenza di norme della legge applicabile la cui applicazione comporterebbe la nullità di una o più clausole del contratto-tipo. In questo modo, si riescono a risparmiare i costi che deriverebbero da un sistematico accertamento dello stato della legislazione di ogni Paese rilevante nella propria attività negoziale.

3.2.b. segue: l’influsso dello stile redazionale dei Paesi di Common law

Nel paragrafo precedente si è mostrato come le imprese che operano tramite la stipulazione “di massa” di accordi internazionali avvertano un forte bisogno di efficienza nella contrattazione. Si è visto come lo strumento per ottenere questo obiettivo sia l’adozione

⁵⁴ Per un primo inquadramento generale si veda A. LUPONE, voce *Diritto internazionale privato (disposizioni generali)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, 2001, pp. 395-396; si vedano poi Z. CRESPI REGHIZZI, *La «presa in considerazione» di norme straniere di applicazione necessaria nel regolamento Roma I*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2021, 2, pp. 291 ss., per alcune riflessioni circa i rapporti tra norme di applicazione necessaria e nullità del contratto, A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurigo, 1998, pp. 285 ss.; F. PIETRANGELI, *Clausole di individuazione della legge applicabile*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali*, Vol. I, Milano, 2017, pp. 1108 ss. Il rischio dell’intervento di una norma di applicazione necessaria è ben percepito da F. ZICCARDI, “Severance” e nullità parziale del contratto, in AA. VV., *A l’Europe du troisième millenaire. Mélanges offerts a Giuseppe Gandolfi (Studi in onore di Giuseppe Gandolfi)*, T. II, Milano, 2004, p. 1160.

⁵⁵ Per raggiungere la ricerca uniformità, l’elaborazione di condizioni generali identiche per Paesi diversi è da preferirsi rispetto al ricorso a convenzioni internazionali di diritto uniforme, che pur sembrerebbe una soluzione adeguata. Infatti, questi strumenti spesso presentano lacune su importanti aspetti di disciplina e, quindi, lasciano spazio all’applicazione dei criteri di diritto internazionale privato e alle norme dei diritti nazionali cui queste conducono; inoltre, sono esposti al rischio di interpretazioni divergenti nei vari Paesi e hanno scarsa capacità di adattamento: così M. J. BONELL, voce *Contratti internazionali* cit.; si veda anche F. GALGANO, op. ult. cit., pp. 198-199, che fa l’esempio della già segnalata Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili, lacunosa quanto alla disciplina del momento in cui il compratore acquista la proprietà del bene.

di condizioni contrattuali uniformi e si è potuto apprezzare come l'unico modo per raggiungere l'uniformità sia ricorrere a contratti autosufficienti, completi, dettagliati⁵⁶.

In aggiunta a queste considerazioni, la presenza di clausole sulla patologia contrattuale si spiega anche perché la prassi internazionale è consolidata nell'impiego della tecnica redazionale tipica dei contratti dei Paesi di *common law*, in cui tali clausole sono frequenti⁵⁷.

Questo successo è certamente dovuto alla particolare forza sul mercato di importanti imprese statunitensi e inglesi, che permette loro di imporre l'utilizzo di contratti elaborati secondo la propria tradizione giuridica⁵⁸. Tuttavia, questo dato non è decisivo, in quanto la potenza di un operatore economico non comporta necessariamente che gli strumenti negoziali di cui si avvale siano efficaci e quindi si diffondano anche presso altri operatori. Piuttosto, va rilevato che la tecnica redazionale tipica dei Paesi di *common law* è risultata particolarmente adatta a rispondere alle esigenze di uniformità e completezza che si sono ricordate: lo stile contrattuale anglosassone è parso il più confacente ad assicurare un contratto "autosufficiente"⁵⁹. Per dare conto di questo peculiare incontro tra l'esigenza di autosufficienza del regolamento contrattuale e lo stile di scrittura dei contratti diffuso presso i Paesi di *common law*, sembra utile ripercorrere in sintesi gli aspetti che hanno reso i contratti provenienti da questi sistemi giuridici così adatti ai bisogni del commercio internazionale "di massa".

Il punto fondamentale è che, nei Paesi di origine, lo stile in cui vengono scritti i contratti è particolarmente dettagliato, specialmente se confrontato con quello dei Paesi appartenenti alla tradizione di *civil law*. Significativamente, parte della dottrina ha parlato di «*due grandi*

⁵⁶ P. G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.* 2003, I, pp. 411 ss. vede nell'allungarsi dei testi contrattuali una delle caratteristiche del modello di contratto ivi definito "rude ma fluido", perché incentrato sul testo, autonomo e atipico, che l'Autore contrappone al modello "rugiadoso", basato sulla buona fede, gli obblighi di informazione, la cooperazione e la giustizia. Il primo modello, di stampo americano, sarebbe rispecchiato dalla prassi del nuovo millennio, mentre sul secondo si sarebbe soffermata la dottrina fino alla fine del '900. L'Autore conclude che è il primo modello a starsi "globalizzando", determinando così un'"americanizzazione" del contratto. Questo perché tale concezione permette di prescindere dalle particolarità dei singoli ordinamenti e, quindi, è più funzionale alle esigenze della prassi. Si veda anche ID., *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 499 ss.

⁵⁷ Queste ragioni valgono sia per i contratti internazionali "di massa" che per quelli "tailor made", di cui al paragrafo successivo.

⁵⁸ M. C. VETTESE, op. cit., p. 20; P. G. MONATERI, *Ripensare il contratto*, cit., p. 419, su cui *supra*, nota 55. U. BRECCIA, *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *I Contratti*, 2018, 1, p. 15, osserva che uno degli scopi della riforma del Codice civile francese era proprio l'«*intento di rendere appetibile un contratto domestico, in antitesi all'egemonia del "contratto alieno"*». Per altre resistenze e perplessità a questo fenomeno, si veda *infra*, nota 154.

⁵⁹ In sintesi, G. CORDERO – MOSS, *International contracts*, pp. 2 ss.: «*when the contract is based on a Common law model, [...] the contractual structure seems to exclude any interferences*».

modelli di drafting legal techniques»⁶⁰. Tra le clausole inserite nell'accordo per renderlo il più completo possibile, oltre a preamboli, definizioni, esplicitazioni dello scopo delle parti, indicazioni dei momenti salienti delle trattative, clausole sull'interpretazione del contratto, spesso figurano i patti sulla patologia contrattuale⁶¹.

In questo capitolo introduttivo, sembra interessante soffermarsi brevemente sulle peculiarità degli ordinamenti di *common law* che concorrono a spiegare la scrittura di contratti così dettagliati e diversi da quelli a cui è abituato il *civil lawyer*. In sintesi, i fattori sembrano essere due: i ristretti poteri di cui gode il giudice in sede di interpretazione e integrazione del contratto e l'influenza della tecnica di redazione delle leggi che, in risposta alla tendenza delle corti ad interpretarle alla lettera, è anch'essa particolarmente curata e dettagliata⁶².

Soffermandosi sul primo dei due fattori appena citati, in primo luogo, dal punto di vista storico e in estrema sintesi, va considerato che la moderna sistematizzazione del diritto dei contratti di *common law*, avvenuta in Inghilterra a partire dal XVIII secolo⁶³, non ha recepito la classificazione dei tipi contrattuali già operata dal diritto romano⁶⁴, a causa della frammentazione ereditata dal sistema dei *writs*, che impediva la gerarchizzazione di concetti⁶⁵. Tutt'ora, la classificazione continentale che separa i contratti tipici da quelli atipici non è contemplata dai manuali, perché i contratti "tipici" sono semplicemente quelli dotati di una disciplina a sé stante, anche di origine giurisprudenziale, e, quindi, trattati separatamente⁶⁶.

⁶⁰ Lo notano frequentemente gli autori che si sono occupati dei contratti internazionali, adottando quindi una prospettiva che permette di confrontare i due modelli: A. FRIGNANI – M. TORSELLO, op. cit., p. 107; F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali. Manuale*, cit., pp. 79-80; che contrappone l'atteggiamento di chi redige un contratto "interno", facendo affidamento sulle norme suppletive, e di chi redige un contratto internazionale "autosufficiente", che prescindendo dalla legge applicabile. La tendenza a redigere contratti completi è accentuata nell'ambito dei contratti internazionali, proprio per le ragioni ricordate *supra*, para. 3.2. e come osservato anche da A. FRIGNANI – M. TORSELLO, op. cit., p. 108.

⁶¹ *Ibidem* e si vedano anche gli autori citati *supra*, nota 32.

⁶² A. FRIGNANI – M. TORSELLO, op. cit., p. 106, ove ulteriori riferimenti.

⁶³ Nel periodo precedente, l'ottica a cui si guardava al contratto in un'ottica processuale e pratica, incentrata sulle azioni tipiche concesse contro l'inadempiente: all'inizio del 1400, tali rimedi erano il *debt*, per il recupero di somme di denaro; il *detinue*, per il recupero di una cosa determinata; il *covenant*, per azionare una promessa solenne e a difesa della proprietà fondiaria; l'*account*, con riferimento a debiti derivanti da rendite o merci vendute. Tale fase storica dell'evoluzione della *law of contracts* non rileva ai limitati fini di questa breve esposizione. Sul tema, si può fare riferimento a L. MOCCIA, voce *Contract*, in *Enc. Giur.*, Vol. VIII, 1988; G. ALPA, voce *Contratto nei sistemi di Common Law*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Vol. IV, torino, 1989, pp. 153 ss.; A. GAMBARO, *Common law ed Equity in Inghilterra*, in A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, III Ed., 2018, Vicenza, pp. 47 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, II Ed., Bologna, 2016, pp. 221-237 e 395 ss.; U. MATTEI, *Common law. Il diritto anglo-americano*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, 1992, Torino. Tra gli autori in lingua, senza pretesa di esaustività, si vedano per esempio P. S. ATIYAH, *Rise and Fall of Freedom of Contract*, Londra, 1980; ANSON'S *Law of contract*, XXX Ed., 2016, Glasgow, pp. 10 ss.

⁶⁴ G. CORDERO – MOSS, *International contracts*, cit., pp. 6 ss.

⁶⁵ Così, in generale, A. GAMBARO, op. cit., p. 67.

⁶⁶ G. ALPA, op. cit., p. 158.

Di qui, una concezione dell'oggetto del consenso delle parti come riferito alle parole dell'accordo, che rimane impossibile da ricondurre a uno schema astratto dotato di una propria disciplina idonea a colmarne le lacune. Pertanto, è storicamente mancata la possibilità di riferirsi a norme "suppletive" proprie della disciplina di ciascun tipo, eccettuati alcuni interventi del legislatore come il *Sale of Goods Act* del 1893, ora in vigore nella versione del 1979 con successive modifiche, e il *Supply of Goods (Implied Terms) Act* del 1973.

In secondo luogo, dal punto di vista assiologico, il moderno diritto dei contratti anglosassone si è sviluppato in Inghilterra con particolare riferimento a settori, quali quello marittimo e finanziario, in cui sono più sentite le esigenze di prevedibilità delle decisioni giudiziarie e di esatta esecuzione di quanto pattuito, rispetto a quella di giustizia del contratto⁶⁷. Tutt'ora è centrale, almeno nell'ambito commerciale, il principio della *freedom of contract*: le parti sono ritenute i migliori giudici dei loro interessi e, se il contratto è stato stipulato liberamente, l'unica funzione del diritto è farlo rispettare⁶⁸. Corollari di questo principio sono la vincolatività del contratto, l'irrelevanza della maggiore forza contrattuale esercitata da un contraente sull'altro in sede di trattative, l'impossibilità di impugnare l'accordo lamentandone l'ingiustizia o la dannosità a livello sociale (salvi i casi di illegalità o contrarietà al buon costume), l'inammissibilità di integrazioni del contratto con previsioni pur ritenute ragionevoli (c.d. *implication of terms*), il favore per un'interpretazione letterale⁶⁹. È forte la percezione che la politica del diritto possa, nell'ambito negoziale, incoraggiare lo sviluppo del traffico internazionale⁷⁰.

L'approccio restrittivo all'*implication of terms* e la preferenza per l'interpretazione letterale dell'accordo contribuiscono a dare ragione della tecnica di redazione dei contratti tipica dei Paesi di *common law*.

Nei Paesi appartenenti a questa tradizione, il contenuto del contratto, inteso come l'insieme delle clausole pattuite, si distingue in *express terms*, *implied terms*, *conditions*, *warranties*, *exclusion clauses*⁷¹. Concentrandosi sui primi due elementi, mentre gli *express terms* sono le

⁶⁷ G. CORDERO – MOSS, *International contracts*, cit., p. 4 e p. 8.

⁶⁸ CHITTY *On contracts*, XXI Ed., Vol. I, Londra, 2012, pp. 21 ss.; E. MACDONALD – R. ATKINS, *Law of contract*, VIII Ed., 2014, Oxford, p. 3. Per una disamina delle principali limitazioni del principio, ANSON'S *Law of contract*, XXX Ed., 2016, Glasgow, pp. 5 ss. L'Autore, tuttavia, conclude osservando che «*English law and English judges still to a great extent proceed on the assumption that the parties are free to choose whether or not they will enter into a contract and on what terms*».

⁶⁹ CHITTY, op. cit., p. 22; ANSON'S, op. cit., p. 8, riconduce alcuni di questi corollari al principio, correlato alla *freedom of contract*, della *sanctity of contract*.

⁷⁰ *Homburg Houtimport B. V. v Agrosin Private Ltd (The Starsin)* [2003] UKHL 12, [2003] 3 W.L.R. 711, § 57, citato da CHITTY, op. cit., p. 22.

⁷¹ G. ALPA, op. cit., p. 177.

affermazioni fatte dalle parti e incluse nell'accordo, verbale o scritto, gli *implied terms* sono clausole non esplicitate, ma ricavabili dal giudice per colmarne eventuali lacune⁷². Gli *implied terms* si distinguono in due sottocategorie: gli *implied terms by statute*, qualora la legge disciplini un "tipo" di accordo in cui ricade quello di specie (es.: la già ricordata legge sulla vendita⁷³) e gli *implied terms by the Courts*. Questi ultimi, a loro volta, si ripartiscono in *implied terms by fact*, *by law* e *by custom*: si ricade nel primo caso quando viene richiesto l'inserimento di un particolare e dettagliato *term*; si avrà invece un *term implied by law* quando viene in rilievo un rapporto contrattuale ricorrente, rispetto al quale la giurisprudenza ha elaborato pattuizioni operanti come «*default rules*» e «*as an incident of a particular type*», salvo accordo contrario⁷⁴. Da ultimo, ricorrerà un *implied term by custom* quando il *term* ricorra nella prassi locale o di un particolare settore commerciale. In ogni caso, il fondamento dell'eterointegrazione operata tramite l'*implication* è rinvenuto nella presunta volontà delle parti⁷⁵.

Ciò che importa rilevare è che l'operazione di riempimento delle lacune mediante la tecnica degli *implied terms by the Courts* (statisticamente significativa, poiché sono rari i casi in cui vige uno specifico *statute*) è circondata da numerose cautele, dettate dalla preoccupazione che non sia il giudice a scrivere il contratto al posto delle parti⁷⁶.

In sintesi, la regola generale in materia di *implication by fact* è che l'*implication* di uno specifico *term* dal contesto letterale e dalle circostanze del caso di specie non è ammessa solo

⁷² Per una lettura degli *implied terms* dal punto di vista del *civil lawyer*, A. GAMBARO, *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, pp. 9-10, che li definisce come «*contenuti regolativi impliciti in un contratto a titolo di naturalia negotii*», con la precisazione che «*con la locuzione implied terms si design[ano] effetti diversi che spaziano dalle clausole implicite nel singolo contratto e che quindi rappresentano una inferenza logica tratta dalla sua interpretazione, alle clausole che invece debbono inerire ad un particolare tipo di contratto al fine di conferire ad esso un senso ed, al limite, dotarlo della necessaria consideration*». Si veda anche S. FERRERI, *Il giudice italiano e l'interpretazione del contratto internazionale*, Padova, 2000, pp. 417 ss., citato da A. GAMBARO, op. cit., nota 38.

⁷³ Altri esempi di *implied terms by statute* si ritrovano nei contratti di fornitura di beni e servizi, nei contratti di lavoro, nei contratti tra *landlord* e *tenant*: si veda ANSON'S *Law of contract*, op. cit., p. 161 e CHITTY op cit., p. 985.

⁷⁴ ANSON'S, op. cit., p. 161, pp. 166 ss. spec. p. 167, fa, tra gli altri, gli esempi del contratto di trasporto e dei contratti tra le imprese operanti in settori regolati e i consumatori, come i contratti di telefonia e di fornitura di elettricità. In giurisprudenza, *Malik v Bank of Credit & Commerce International SA* [1998] AC 20, 45 (Lord Steyn); *Crossley v Faithful & Gould Holdings Ltd* [2004] EWCA Civ 293, [2004] 4 All ER 447. Circa le varie distinzioni si veda anche E. PEEL – G. TREITEL, *The law of contract*, XII Ed., Londra, 2007, p. 223.

⁷⁵ Come riporta A. GAMBARO, op. cit., p. 10, citando il *leading case The Moorcock* (1889), 14 P.D. 64. La dottrina più recente ritiene artificiosa tale presunzione e conclude che, piuttosto, l'*implication* dipenda da considerazioni più generali, che portano le Corti a desumere certi contenuti impliciti in certi rapporti frequenti, salvo patto contrario: CHITTY, op. cit., p. 986; ANSON'S, op. cit., p. 7, che sottolinea anche la frizione tra la dottrina degli *implied terms* e il principio della *freedom of contract*.

⁷⁶ «*The court will not make a contract for the parties*», frase che si legge in *Trollope & Colls Ltd v. North West Metropolitan Regional Hospital Board* [1973], 2 All ER 260; ANSON'S, op. cit., p. 161: «*in the absence of statutory provision the cases in which the Courts will imply a term into a contract are strictly limited: it is not their task to make contracts for the parties concerned, but only to interpret the contracts already made*»; E. MCKENDRICK, *Contract law*, XI Ed., 2015, Croydon, p. 45.

perché il *term* invocato è “ragionevole”⁷⁷: deve essere, invece, necessario per dare un senso economico (“*business efficacy*”) al contratto⁷⁸, oppure deve costituire l’intenzione ovvia, ma inespressa, delle parti (c.d. “*officious bystander test*”: un passante che intendesse suggerire quel *term* alle parti in trattativa si sentirebbe rispondere: “oh, ma certo!”)⁷⁹. Ancora, più il contratto sarà dettagliato, o “rischioso”, o inusuale, più la Corte sarà diffidente verso l’*implied term* proposto⁸⁰. Da ultimo, il *term* che si ritiene necessario od ovvio dovrà essere ragionevole, formulabile con sufficiente precisione, senza eccessiva complicazione o artificiosità e dovrà essere coerente con il resto del contratto⁸¹. Significativamente, in una recente pronuncia la Corte Suprema ha ribadito la necessità di un approccio restrittivo all’*implication of terms by fact*, rifiutando alcune interpretazioni più largheggianti avanzate da alcuni commentatori e giudici⁸².

Quanto all’*implication of terms by law*, la giurisprudenza adotta lo stesso approccio visto per l’*implication by fact*, anche se non mancano pronunce che ragionano in termini di ragionevolezza e non solo di necessità dell’*implication*⁸³.

Infine, un orientamento particolarmente severo si rinviene con riferimento all’*implication by custom*: l’uso deve essere provato rigorosamente, deve essere “certo tanto quanto un contratto scritto”, noto, riconosciuto come legalmente vincolante, ragionevole e coerente con le pattuizioni espresse del contratto⁸⁴.

⁷⁷ CHITTY, op. cit., pp. 985 ss.; testualmente ANSON’S, op. cit., pp. 161 - 163: «*the touchstone is always necessity and not merely reasonableness*», citando *Liverpool City Council v Irwin* [1977] AC 239, 266 (Lord Edmund-Davies). La manualistica più recente dà conto di un precedente che ha in parte variato l’approccio all’*implication of terms*: in *AG of Belize v Belize Telecom Ltd* [2009] UKPC 10, si è precisato che i due “test” della *business efficacy* e dell’*officious bystander* non sono altro che modi in cui la giurisprudenza ha provato ad esprimere l’idea centrale per cui il termine proposto deve esplicitare il significato ragionevole del contratto, letto nella sua interezza con riferimento al contesto rilevante. Sarebbe anzi pericoloso intendere le due formulazioni tradizionali «*as if they had a life of their own*». Per ANSON’S, op. cit., p. 164, la pronuncia ha il merito di aver fornito un fondamento razionale ai due test. Successivamente, in *Marks and Spencer plc v BNP Paribas Services Trust Company (Jersey) Limited*, [2015] UKSC 72, [2015] 3 WLR 1843, la Corte Suprema si è fatta carico di respingere le interpretazioni della pronuncia citata che l’avevano letta come un allargamento delle maglie del tradizionale approccio restrittivo all’*implication of terms by fact*. Nella dottrina italiana, G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, 2001, Padova, pp. 131 ss.; G. L. RABITTI, op. cit., p. 234, nel contesto dell’analisi circa l’importazione del *project finance* in Italia.

⁷⁸ Il *leading case* è *The Moorcock* (1889), cit., citato da tutti i principali manuali e riassunto da ANSON’S, op. cit., p. 162. Si veda anche E. PEEL – G. TREITEL, op. cit., p. 224.

⁷⁹ ANSON’S, op. cit., p. 162; E. PEEL – G. TREITEL, op. cit., p. 224. Va precisato che un’*implication* di questo genere verrà accettata dalla Corte solo se entrambe le parti avrebbero ragionevolmente concordato sull’inclusione di quella pattuizione: pertanto, la conflittualità in sede di giudizio e i diversi motivi che le avevano mosse a trattare spesso osteranno all’*implication*.

⁸⁰ ANSON’S, op. cit., p. 163.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Marks and Spencer plc v BNP Paribas Services Trust Company (Jersey) Limited*, di cui alla nota 56.

⁸³ Es.: *Crossley v Faithful & Gould Holdings Ltd*, §36, citata da ANSON’S, op. cit., p. 167, che conclude: «*it does appear that a broader approach is taken*».

⁸⁴ ANSON’S, op. cit., p. 169, ove ulteriori riferimenti.

Dunque, salvo il caso in cui l'accordo sia riconducibile a uno dei contratti "tipizzati" dagli *statutes* o dalla giurisprudenza, sarà molto difficile ottenere la desiderata *implication by fact*. Questo consolidato orientamento restrittivo non potrà che incentivare le parti a redigere contratti dettagliati, che includano quante più pattuizioni possibili e permettano di risolvere autonomamente le principali questioni che potrebbero insorgere: è il caso, per esempio, dei preamboli, di resoconti di alcuni momenti salienti delle trattative, delle clausole sulla risoluzione per inadempimento o sulla nullità parziale.

Ancora, contribuisce alla redazione di accordi completi anche l'indirizzo tradizionale in punto di interpretazione dei contratti scritti, che si esprime nella *parol evidence rule*. Secondo questa regola, è vietato l'utilizzo di qualsiasi prova per aggiungere, modificare, o contraddire un testo scritto, a tutela della certezza circa il suo contenuto e in ossequio alla volontà delle parti di redigere il documento⁸⁵: in questo modo, si ritengono evitabili «*great inconvenience and troublesome litigation*»⁸⁶. Nonostante le numerose eccezioni⁸⁷, tanto da portare di recente a dubitare della sua stessa vigenza⁸⁸, il canone ermeneutico ha comunque storicamente

⁸⁵ E. PEEL – G. TREITEL, op. cit., p. 213; CHITTY, op. cit., pp. 960 ss.; J. POOLE, *Textbook on Contract law*, XII Ed., Oxford, 2014, p. 199. In giurisprudenza, *Jacobs v Batavia & General Plantations Trust Ltd* [1924] 1 Ch. 287, § 295; *Bank of Australia v Palmer* [1897] A.C. 540, 545.

⁸⁶ *Miller v Travers* (1832) 8 Bing. 244, citato da CHITTY, op. cit., p. 961.

⁸⁷ E. PEEL – G. TREITEL, op. cit., pp. 214 ss., ne individuano ben 12: le parti non intendevano il documento come esaustivo dei termini concordati; la prova è invocata per dimostrare la validità o invalidità dell'accordo (es.: l'assenza di *consideration*, una *misrepresentation*...); la prova mira a dimostrare l'esistenza di un *implied term by law* o, in alcuni casi, la pattuizione orale di una garanzia nella compravendita; si vuole dimostrare che il contratto non è ancora o non è più efficace; la prova serve per identificare le parti e le eventuali loro qualifiche; la prova intende dimostrare l'inadempimento di una promessa orale da parte del *claimant* che richiede la *specific performance* di un accordo scritto; la prova orale permette di chiarire parti ambigue o contraddittorie o prive di significato se prese alla lettera, salvi alcuni casi in cui la prova è comunque inammissibile; la prova riguarda un *custom* che si vuole fare oggetto di *implication*; l'*extrinsic evidence* serve per identificare la prestazione pattuita; la prova mira a dimostrare che il documento redatto per dare conto di un precedente accordo orale è infedele; la parte intende dimostrare l'esistenza di un *collateral agreement* stipulato in forma orale o che la *consideration* asseritamente *nominal* era in realtà *substantial*. Si veda anche CHITTY, op. cit., pp. 961 - 979. L'eccezione più criticata è la prima: si veda la nota successiva.

⁸⁸ Nel 1986 è stato pubblicato un *report* di una *Law Commission* dedicata alla *parol evidence rule*. In questo documento, la commissione ha concluso che la prima eccezione alla regola citata alla nota precedente è tale da farla degradare a «*no more than a circular statements*»: se la *parol evidence rule* si applica solo quando le parti intendevano includere nel documento scritto tutti i termini del contratto, allora prima di tutto la prova di altre pattuizioni sarebbe irrilevante e quindi inammissibile, mentre le parti potrebbero sempre provare *terms* che, sebbene non inclusi nel documento, erano intesi come parte di esso. Non esiste una regola che vieta di contraddire un documento scritto tramite elementi esterni ad esso; esiste invece la regola che impedisce di contraddire un contratto scritto che sia stato concepito dalle parti come esaustivo della loro volontà negoziale: la questione, dunque, va impostata in termini di volontà delle parti, oggettivamente accertata. Si veda CHITTY, op. cit., pp. 962 – 963.

influenzato le tecniche di redazione dei contratti, incentivando anch'esso l'inclusione nel documento di tutte le informazioni ritenute rilevanti⁸⁹.

Tutte queste particolarità hanno portato, dunque, alla formazione di uno stile di redazione di accordi lunghi e dettagliati, naturalmente adatto a rispondere alle esigenze di completezza e uniformità avvertite dalle imprese che operano tramite la stipulazione "di massa" di contratti internazionali.

3.2.c. Contratti "tailor-made"

Come si accennava, ai contratti "di massa" si contrappongono i contratti "complessi", destinati a regolare una specifica operazione e quindi definibili "tailor-made"⁹⁰. In questo contesto, le clausole sulla patologia contrattuale svolgono funzioni ulteriori rispetto a quella di limitare l'influenza della legge applicabile, come avviene nei contratti *standard*. Questi accordi, infatti, spesso riguardano attività imprenditoriali di grande importanza, danno vita a collaborazioni di lunga durata, necessitano di investimenti specifici, sono oggetto di un particolare interesse da parte di terzi o portano ad assetti difficili da ripristinare, caratteristiche che si riverberano sulla modalità di condurre le trattative e, soprattutto, sul contenuto del contratto⁹¹.

Concentrandosi su quest'ultimo profilo⁹², le peculiarità appena menzionate si traducono in una forte esigenza di stabilità del vincolo negoziale, che incentiva le parti a limitare il più

⁸⁹ Sembra significativo constatare che, anche dopo la relazione del 1986, i manuali e le sentenze da questi citate in nota continuano a dare conto dell'applicazione della regola. Per es., CHITTY, op. cit., p. 963, nota 439 per diverse pronunce successive al 2000.

⁹⁰ A. FRIGNANI – M. TORSELLO, op. cit., p. 111; tuttavia, come notano gli Autori, le clausole tipiche di questi contratti si possono ritrovare anche in alcuni contratti "di massa", come in alcuni contratti *tailor-made* possono essere utilizzate clausole standardizzate. D. ECHENBERG, op. cit., pp. 11 ss., parla di «*one-off contracts*». Si veda anche M. J. BONELL, voce *Contratti internazionali (tecnica di redazione dei)*, cit., p. 1, che parla di «*transazioni individuali a struttura complessa e/o di durata*».

⁹¹ Per F. DELBONO – S. ZAMAGNI, *Microeconomia*, Bologna, 1997, p. 692, «*un investimento è specifico a una certa attività se, una volta effettuato, ha un valore maggiore se utilizzato nell'ambito di tale attività rispetto a qualsiasi altro utilizzo alternativo*». Un esempio di contratto che comporta investimenti specifici si ritrova in D. ECHENBERG, op. cit., p. 13: si trattava di un contratto di manutenzione della durata di 15 anni, in cui il committente si voleva riservare un diritto di recesso dietro breve preavviso e senza costi aggiuntivi. Il manutentore rifiutò di stipulare l'accordo perché un recesso repentino avrebbe vanificato gli investimenti da effettuare nella fase iniziale del rapporto, i cui costi sarebbero stati coperti solo dopo diversi anni.

⁹² Quanto alla negoziazione di contratti di questo tipo, D. ECHENBERG, op. cit., pp. 12 ss., ne descrive il procedimento: i contatti tra le parti iniziano usualmente con l'invio delle condizioni generali di contratto di una di esse; seguono diverse controproposte che, per la scarsa disponibilità di tempo e il tentativo di contenere la spesa per le trattative, generalmente riguardano solo alcune questioni selezionate. Le clausole meno rilevanti possono essere utilizzate come merce di scambio; potrà inoltre accadere che una parte insista per includere alcune previsioni senza preoccuparsi della loro vincolatività, al solo scopo di influenzare il comportamento della controparte (es.: riferimenti a codici di condotta). Nella maggior parte dei casi, le negoziazioni avvengono sulla

possibile gli eventi idonei a caducare l'accordo e a preferire rimedi tendenzialmente conservativi rispetto a quelli ablativi eventualmente previsti dalla legge applicabile⁹³. In questo contesto, dunque, l'adozione di clausole sulla patologia contrattuale non è strumentale ad esigenze di uniformità della contrattazione, trattandosi di contratti relativi a una singola operazione, e, tendenzialmente, la legge applicabile è fatta oggetto di particolare attenzione⁹⁴. Piuttosto, lo scopo delle clausole di irrisolvibilità, di rinuncia all'azione di annullamento del contratto, di *severability* è disporre di una disciplina adeguata delle patologie contrattuali. In altre parole, la completezza è in funzione di esigenze di efficienza del singolo rapporto, non della complessiva attività negoziale "di massa" e spersonalizzata dell'impresa⁹⁵.

Per esempio⁹⁶, nei contratti di *engineering*, la specificità degli investimenti effettuati da entrambe le parti rende particolarmente sconveniente la caducazione del contratto: il progetto elaborato dall'*engineer* sarà ritagliato sulle esigenze della controparte e, quindi,

base di informazioni incomplete, a causa di barriere linguistiche, difficoltà di accertamento della legge applicabile o per la mancanza di tempo e risorse. Per F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali. Manuale*, cit., pp. 69 ss., prima della negoziazione è opportuno informarsi sul quadro legale in cui si inserirà il contratto, individuare i punti da disciplinare convenzionalmente e identificare i margini di negoziazione relativi a tali punti. Lo stesso Autore, alle pp. 6 ss., elenca alcune difficoltà che potrebbe sperimentare l'avvocato abituato alla fase patologica del contenzioso e non a quella, fisiologica, della redazione del contratto. Tra queste, la circostanza che, normalmente, il ragionamento del legale si incentra sulla contestazione della narrazione altrui dei fatti e sulla prospettazione di una diversa ricostruzione in diritto: questo porta a concentrarsi sulla legge applicabile al caso di specie e non sulle soluzioni contrattuali adottabili e favorisce un approccio "negativo" e non costruttivo.

⁹³ Significativamente, P. BERNARDINI, *La patologia*, cit., p. 1111, afferma che «uno dei problemi più delicati del commercio internazionale è certamente quello della distribuzione tra le parti dei rischi derivanti dall'inesecuzione del contratto». A. SPATUZZI, *L'esclusività del rimedio nella regolamentazione contrattuale*, in *Contr.*, 2020, p. 205, afferma che «simili accorgimenti portano così ad emersione la reale convenienza del contratto in quanto [...] addomesticare le conseguenze connesse a possibili evoluzioni [...] contenendole entro argini prestabiliti, aiuta a definire la realtà giuridico-economica entro cui ci si muove ed a più adeguatamente apprezzarne i futuri risvolti; a tutto vantaggio di più solide convergenze e più sicuri investimenti». L'inadeguatezza dell'impianto rimediario codicistico rispetto ad esigenze di stabilità è ben riassunta da V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1037: tale carenza si può manifestare o «nella descrizione delle fattispecie che danno luogo a qualche rimedio», o «nell'indicazione degli specifici rimedi che la legge prevede contro il contratto difettoso. I rimedi legali sono generalmente ablativi [...] ma spesso questa soluzione non è appagante, perché l'efficace protezione degli interessi meritevoli di tutela coinvolti nel contratto, richiederebbe [...] il suo mantenimento coi diversi contenuti necessari per ovviare al difetto che lo affligge: di qui la ricerca dei rimedi manutentivi, che salvino il contratto adeguandolo». A p. 967, l'Autore fa presenti le possibili «conseguenze "catastrofiche" della risoluzione», portando ad esempio i contratti necessari a operazioni «di lunga durata, tecnicamente complesse ed economicamente impegnative». Si vedano anche R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, T. 2, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di Diritto Civile*, III ed., Torino, 2004, p. 723 e, per alcune considerazioni sulla tendenza alla stabilità del contratto, F. PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, in G. VETTORI (a cura di), *Remedies in contract. The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008, pp. 179 ss.

⁹⁴ Tuttavia, come osserva D. ECHENBERG, op. cit., pp. 11 ss., anche in questi contratti limiti di tempo e risorse potrebbero portare a circoscrivere il vaglio di compatibilità con la legge applicabile alle sole clausole ritenute principali. M. C. VETTESE, op. cit., pp. 30-31, tuttavia, rileva che un accertamento superficiale della legge applicabile potrebbe portare a situazioni inattese in caso di lite davanti a un arbitro o a un giudice statale.

⁹⁵ Alla stessa esigenza rispondono anche le clausole che prevedono la rinegoziazione del contratto a fronte di sopravvenienze che rendano più gravosa l'esecuzione del contratto: è il caso, per esempio, delle *hardship clauses*, che tuttavia esorbitano dall'ambito di indagine di questo lavoro. Per alcune indicazioni all'interno della vasta letteratura in materia, si veda *supra*, nota 32.

⁹⁶ Gli esempi che seguono sono tratti da F. DELFINI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, in *NLCC*, 2014, fasc. 3, pp. 570 ss.; si veda anche F. DELFINI, *I patti*, cit., pp. 11 ss.

difficile da riutilizzare. In vista delle innovazioni che apporterà l'*engineer*, invece, l'impresa del committente potrebbe aver ormai subito trasformazioni irreversibili⁹⁷. La disciplina predisposta dalle associazioni di categoria riflette questa particolarità e cerca di evitare lo scioglimento del contratto in caso di inadempimento o sopravvenienze⁹⁸.

Similmente, nei contratti di *outsourcing* le funzioni esternalizzate dal committente sono state ormai dismesse, tramite un procedimento reversibile solo ad alto prezzo; l'*outsourcer*, invece, ha parametrato la propria organizzazione sui bisogni del primo, perdendo così la flessibilità necessaria a reagire a un'improvvisa interruzione del rapporto⁹⁹.

Un altro esempio è dato dalle operazioni di *factoring*, dove il cessionario ha interesse al mantenimento dei contratti stipulati dal cedente da cui derivano i crediti ceduti, in modo da poter incassare i relativi pagamenti¹⁰⁰. Infatti, si ritiene che il debitore ceduto possa opporre al cessionario (il *factor*) l'avvenuta risoluzione del contratto da cui era sorto il credito ceduto, purché trovi fondamento in fatti precedenti alla conoscenza della cessione da parte del debitore ceduto. Quanto ai vizi genetici, per l'opinione prevalente il debitore ceduto può opporre in ogni caso l'annullamento del contratto o la sua annullabilità¹⁰¹. Pertanto, la

⁹⁷ Con il termine "*engineering*" si definiscono in realtà diversi contratti, irriducibili ad un unico tipo. Sulla scorta della prassi, la dottrina distingue tra *consulting engineering* e *commercial engineering*: nel primo caso, l'*engineer* si impegna ad analizzare, progettare e installare insediamenti industriali o impianti. Nel secondo caso, il soggetto si obbliga anche all'esecuzione dell'opera e, a volte, alla sua gestione. La divisione è tuttavia sfumata: si vedano F. CAVAZZUTI, voce *Engineering*, in *Enc. Giur.*, Vol. XII, Roma, 1989, p. 1; G. DE NOVA, voce *Engineering (contratto di)*, in *Dig. Disc. Priv., sez. comm.*, Vol. V, Torino, 1990, p. 241; G. ALPA, *I contratti di «engineering»*, in *Tratt. Rescigno*, Vol. XI, Torino, 1983, pp. 71 ss. Specificamente sugli strumenti alternativi alla risoluzione per inadempimento, G. GITTI, *La disciplina e gli strumenti alternativi allo scioglimento del contratto di engineering*, in G. DE NOVA (a cura di) *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994, pp. 536 ss.

⁹⁸ F. DELFINI, *Autonomia privata*, cit., p. 570.

⁹⁹ Con il termine "*outsourvig*", secondo F. DELFINI, *I patti*, cit., p. 12, nota 6, si designa una tecnica di gestione imprenditoriale che consiste nel ricorso a fonti esterne all'impresa per lo svolgimento di attività prima eseguite con risorse interne. Tale risultato si può ottenere tramite contratti diversi, come la somministrazione e l'appalto. Si vedano A. ROSBOCH, voce *Outsourcing (diritto privato)*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, agg. 2003, T. 2, pp. 992 ss. e R. ROVERSI, *I contratti di «outsourcing» della manutenzione*, in *I Contratti*, 1997, pp. 522 ss., spec. p. 529, per ulteriori riferimenti e l'osservazione che la lunga durata del contratto di manutenzione e la necessità di non interromperlo anzitempo portano all'esigenza di escludere la facoltà di cui all'art. 1460 c.c. Come nota F. DELFINI, *I patti*, cit., p. 13, nota 6, le stesse considerazioni giustificano una clausola di irresolubilità.

¹⁰⁰ M. BUSSANI, op. cit., pp. 64 – 65 definisce il *factoring* come «un accordo in virtù del quale un imprenditore cede, o si obbliga a cedere a titolo oneroso i propri crediti commerciali a un operatore specializzato (il *factor*), il quale s'impegna verso corrispettivo a fornire una serie di servizi aventi contenuto differenziato, tra cui d'abitudine rilevano la gestione, la contabilizzazione e l'esazione dei crediti ceduti».

¹⁰¹ La l. n. 52/1991 non ha disciplinato il regime delle eccezioni opponibili da parte del debitore ceduto, pertanto, si deve fare riferimento alle norme generali in tema di cessione del credito. Tuttavia, nemmeno il codice civile regola specificamente questo aspetto. Al riguardo, il principio accolto dagli interpreti è che il debitore ceduto non può essere pregiudicato dalla cessione e deve quindi poter opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto sollevare contro il cedente. Quanto alle eccezioni fondate sul rapporto originario, la regola generale è che «il mutamento della titolarità del credito, se non comporta una modificazione oggettiva del rapporto – come appunto accade per definizione nella cessione – deve tendenzialmente lasciare quanto più possibile inalterata sia la posizione

previsione di clausole che limitino il rischio di caducazione dei contratti facenti capo a un'impresa renderà più agevole la cessione a un *factor* dei crediti che ne derivano, poiché questi sarà sottratto dal rischio di vedersi eccepita la risoluzione o l'annullamento del contratto da cui è sorto il relativo credito¹⁰². In questo caso, quindi, l'esigenza di stabilità non deriva dalla presenza di investimenti specifici, quanto dall'interesse di un soggetto estraneo alle parti del contratto in cui è prevista la clausola sulla patologia contrattuale.

Un analogo interesse alla stabilità del rapporto instaurato tra altri soggetti si rinviene anche nelle operazioni di *project financing*, dove l'esigenza ricorre quanto ai contratti di fornitura di beni o servizi stipulati dalla società finanziata con i propri clienti: solo mantenendoli fermi, infatti, è possibile assicurare continuità ai flussi di cassa che le permettono di rimborsare al finanziatore quanto ricevuto¹⁰³.

Ancora, un interesse al mantenimento del contratto si ravvisa nelle compravendite di partecipazioni societarie¹⁰⁴. Dal lato del venditore, in caso di caducazione, la restituzione delle quote o azioni potrebbe essere di scarso interesse, qualora la società avesse subito operazioni straordinarie in vista della vendita o dopo di essa e, quindi, le partecipazioni riguardassero

del debitore ceduto sia quella del nuovo creditore rispetto all'originaria del dante causa», come ricorda P. PERLINGIERI, voce *Cessione dei crediti*, in *Enc. Giur.*, Vol. VI, Roma, 1988, p. 15 e, similmente, M. BUSSANI, op. cit., p. 130. Pertanto, il debitore ceduto potrà eccepire al cessionario la risoluzione del contratto per inadempimento, se l'inadempimento si è verificato prima della conoscenza della cessione, e potrà eccepire sempre le eccezioni di nullità, annullabilità, rescindibilità. Non rileverebbero nemmeno gli artt. 1445, 1452 e 1458 c.c. che predispongono una tutela per il terzo che abbia acquistato diritti in buona fede, come potrebbe essere il cessionario. Così M. BUSSANI, op. cit., p. 135; G. DE NOVA, voce *Factoring*, in *Dig. Disc. Priv., sez. comm.*, Vol. V, Torino, 1990, p. 359. A. A. DOLMETTA, voce *Cessione dei crediti*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Vol. II, Torino, 1988, p. 322, sembra richiedere che il contratto originario sia già stato annullato o rescisso, ferma l'irrelevanza delle tre norme citate. *Contra*, per una differenziazione delle varie ipotesi, P. PERLINGIERI, *Della cessione del credito*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA, *Commentario del codice civile, Artt. 1260 – 1267*, Bologna – Roma, 1982, pp. 215 ss. Pare ritenere applicabili gli artt. 1445, 1452 e 1458 c.c. A. ASTONE, *Il trasferimento del credito. Artt. 1260 – 1267*, in P. SCHLESINGER (fondato da) – D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2014, p. 242.

¹⁰² L'orientamento tradizionale nega la possibilità di far valere la risoluzione in via di mera eccezione: pertanto, il debitore ceduto potrebbe opporre l'inadempimento del cedente ex art. 1460 c.c. o la già avvenuta risoluzione del contratto, non la sua mera risolubilità. In generale, si vedano C. M. BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, III Ed., Milano, 2021, p. 302, nota 97: la ragione dell'impossibilità di far valere la risoluzione in via di eccezione sarebbe che «essa tende a mutare la situazione sostanziale (il rapporto contrattuale)» e M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, in F. D. BUSNELLI – S. PATTI – V. SCALISI – P. ZATTI (diretto da), *Studi di diritto privato*, Torino, 2013, p. 262, favorevole all'eccezione di risoluzione: l'orientamento negativo deriverebbe dall'assunta natura giudiziale della risoluzione, mentre l'orientamento positivo sarebbe diffuso presso i sostenitori della natura sostanziale dell'atto risolutivo. Nello stesso senso, Cass. civ. 21230/2009.

¹⁰³ I rischi connessi alle operazioni di *project financing* sono esposti analiticamente da T. V. RUSSO, *Il project financing*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del CNN*, Napoli, 2007, pp. 249 e, per quanto qui rileva, spec. p. 262. Si veda anche G. L. RABITTI, op. cit., p. 227.

¹⁰⁴ A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007, pp. 482 – 483; V. SANGIOVANNI, *Compravendita di partecipazione sociale e garanzie del venditore*, in *Not.*, 2012, fasc. 2, p. 208, che traccia un paragone con i problemi che si pongono in caso di invalidità della fusione, che hanno spinto il legislatore a prevedere espressamente il solo rimedio risarcitorio ex art. 2504-*quater* c.c.; G. DE NOVA, *Il sale and purchase agreement: un contratto commentato*, Torino, 2021, p. 197.

ormai un ente diverso. Quanto alla controparte, la perdita della partecipazione acquistata potrebbe frustrare gli investimenti specifici effettuati dal compratore, in quella società o in altre del gruppo. Da ultimo, porre nel nulla l'operazione potrebbe pregiudicare gli interessi dei finanziatori dell'acquirente, che potrebbero aver contato sulla redditività della società bersaglio per la restituzione del prestito erogato. Non sembra quindi che la risoluzione del contratto (o il suo annullamento) risulti sempre desiderabile¹⁰⁵.

Su un piano diverso, un bisogno di stabilità ricorre anche rispetto ai contratti con i quali il socio si vincola ad eseguire prestazioni accessorie dovute in virtù di clausole sociali *ex art.* 2345 c.c. In questi casi, sussiste per entrambe le parti un interesse alla conservazione del contratto con cui vengono apportate le prestazioni accessorie, per non far venir meno improvvisamente il contributo del socio. Lo stesso art. 2345 c.c. consente di prevedere «*particolari sanzioni*» per l'inadempimento: interpretando la norma come attributiva di un'ampia facoltà di disciplinare convenzionalmente la mancata esecuzione, si potrebbe concludere per la possibilità non solo di istituire sanzioni, ma anche di escluderle, per esempio precludendo la risoluzione dei contratti stipulati per provvedere alle prestazioni accessorie¹⁰⁶. Una clausola simile potrebbe anche rispondere alla necessità di rimediare, almeno in parte, alle incertezze circa la disciplina applicabile in assenza di indicazioni nella clausola sociale¹⁰⁷.

D'altronde, anche il legislatore sembra essere consapevole del fatto che il rimedio caducatorio può, in alcuni casi, risultare controproducente: lo si desume dalle norme che

¹⁰⁵Si vedano anche le considerazioni che saranno compiute *infra*, para. 4, circa la preferibilità, in questi casi, di rimedi manutentivi.

¹⁰⁶ Per A. PISANI MASSAMORILE – F. DI GIROLAMO (a cura di), *I conferimenti nelle società per azioni. Acquisti "pericolosi". Prestazioni accessorie. Artt. 2342 - 2345* in P. SCHLESINGER (fondato da) – F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, II Ed., Milano, 2015, p. 560, la previsione di sanzioni per l'inadempimento non è condizione di validità della clausola dell'atto costitutivo che preveda lo svolgimento di prestazioni accessorie. Infatti, la norma permette di includere «*particolari*» sanzioni, lasciando intendere che, in difetto, si applicherà una disciplina generale. *Contra*, Trib. Perugia, 4 marzo 1997, in *Rass. Giur. Umbra*, 1998, p. 474, citato dall'Autore in nota 125. In generale sulle prestazioni accessorie, si vedano anche A. BARTALENA, *Le prestazioni accessorie*, in G. COLOMBO - G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 2004, Vol. 1, T. III, pp. 803 ss.; A. MORINI, *Prestazioni accessorie ad azioni o quote di società: appunti sulla propagazione di un modello legislativo*, in *Riv. dir. soc.*, 2015, fasc. 4, pp. 700 ss.; G. B. PORTALE, *Azioni con prestazioni accessorie e clausole di riscatto*, in *Riv. dir. soc.*, 1982, pp. 763 ss.;

¹⁰⁷ È discusso se, in caso di inadempimento (dei soci o della società) e in assenza di indicazioni nella clausola *ex art.* 2345 c.c., si debba applicare la disciplina comune in tema di inadempimento contrattuale o quella societaria in tema di inadempimento all'obbligo di eseguire i conferimenti. Per A. PISANI MASSAMORILE, *op. cit.*, pp. 561 ss., ove ulteriori riferimenti, è decisivo osservare che l'obbligo di prestazione accessoria «*non equivale a quello di conferimento*». Pertanto, sono inapplicabili le sanzioni societarie avverso l'inadempimento dei conferimenti, come quella prevista dall'art. 2344 c.c. e l'esclusione *ex art.* 2286 c.c. Tra le sanzioni particolari, l'Autore suggerisce la previsione di una clausola di riscatto, facoltativo o obbligatorio, delle azioni.

assoggettano la risoluzione del contratto per inadempimento a requisiti più alti che la generale “non scarsa importanza” richiesta dall’art. 1455 c.c.¹⁰⁸.

Significativamente, l’art. 1668, comma 2 c.c. subordina la risoluzione del contratto di appalto alla circostanza che «*le difformità o i vizi dell’opera siano tale da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione*»: infatti, la caducazione del contratto di appalto pone nel nulla i costi sostenuti per scegliere l’appaltatore, spesso rilevanti, e attribuisce a questi un’opera difficilmente ricollocabile sul mercato, vuoi perché è estraneo alla compravendita di quei beni, vuoi perché la cosa era stata realizzata secondo particolari specifiche tecniche richieste dal committente¹⁰⁹.

Ancora, l’art. 1564 c.c. subordina la risoluzione del contratto di somministrazione per l’inadempimento di singole prestazioni alla circostanza che esso rivesta una «*notevole importanza*» e sia tale da «*menomare la fiducia nell’esattezza dei successivi adempimenti*». L’inasprimento del requisito generale di cui all’art. 1455 c.c. si spiega con le ripercussioni che la caducazione del rapporto può avere sull’organizzazione e i processi produttivi di entrambe le parti: il somministrante avrà predisposto la sua attività in funzione dell’esecuzione del contratto e il somministrato (imprenditore o consumatore) avrà riposto fiducia nella

¹⁰⁸ F. DELFINI, *I patti*, cit., pp. 64 ss. cita alcune di queste ipotesi per mostrare «*l’inesenzialità del rimedio risolutorio nella attuazione del rapporto*». Si veda anche A. GALLARATI, *Il contratto irrisolvibile o quasi. Profili di sostenibilità della clausola «exclusive remedy» nell’economia delle parti*, in *Contr. Impr.*, 2016, pp. 1029 ss., che cita alcune norme da cui si desume un «*generale favore del nostro ordinamento per la conservazione del rapporto contrattuale anche in caso di inadempimento*». Nei casi riportati dall’Autore, la risoluzione del contratto è esclusa (artt. 728, 1878 e 1976 c.c.) o disincentivata, poiché offerta in alternativa ad un altro rimedio (artt. 1492, 1578 c.c.), o concepita come ultima azione esperibile (art. 130 d.lgs. 206/2005), o subordinata a una particolare gravità dell’inadempimento (artt. 1668, 1480, 1489, 1486, 1564 c.c.; art. 40 d.lgs. 385/1993). A ben vedere, la preoccupazione che la risoluzione del contratto possa essere utilizzata in maniera strumentale emerge già dal requisito della “non scarsa importanza” ex art. 1455 c.c., che impedisce di porre nel nulla il contratto sulla base di una qualsiasi violazione, anche lievissima, delle obbligazioni a carico delle parti.

¹⁰⁹ Così D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell’appalto. Art. 1655 – 1677*, F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 2007, p. 432: «*la cosa rischierebbe di rimanere inutilizzata e sprecata presso [l’appaltatore]*»; tuttavia, gli Autori giudicano la formula in commento troppo restrittiva, da correggere, quindi, con una «*notevole interpretazione estensiva*» (p. 429). Nello stesso senso anche F. MARINELLI, *La responsabilità dell’appaltatore*, in V. CUFFARO (a cura di) *I contratti di appalto privato*, in P. RESCIGNO – E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Vol. XVIII, Trento, 2011, pp. 328 – 329 e F. DELFINI, op. ult. cit., p. 64; per un commento generale S. POLIDORI, *Appalto*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del CNN*, Napoli, 2015, pp. 293 ss., con ampie citazioni giurisprudenziali: la giurisprudenza ritiene insufficienti vizi agevolmente eliminabili ma anche vizi che limitano in modo stabile il godimento del bene senza però pregiudicarne in assoluto la destinazione. C. MASCARELLO, *Il contratto di appalto*, in P. CENDON (a cura di) *Il diritto privato oggi*, Milano, 2002, pp. 141-142.

prosecuzione della prestazione promessa¹¹⁰. Sussiste quindi un particolare interesse alla stabilità del contratto¹¹¹.

Sono poi previsti altri casi in cui la risoluzione per inadempimento sottostà a particolari requisiti o, addirittura, è esclusa. Occorre precisare, tuttavia, che la ragione di queste discipline speciali non sembra essere la tutela degli investimenti specifici e dell'organizzazione dei contraenti che è alla base degli artt. 1668, comma 2 e 1564 c.c. e che porta all'inclusione delle clausole sulla patologia contrattuale nei contratti internazionali¹¹².

¹¹⁰ In questo senso, chiaramente, L. F. DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *La somministrazione di cose*, in R. BOCCHINI – A. M. GAMBINO (a cura di) *I contratti di somministrazione e di distribuzione*, in P. RESCIGNO – E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Vol. XVII, Trento, 2011, p. 604, ove ulteriori citazioni. Si veda anche P. BOERO, *La somministrazione*, in G. COTTINO, *Contratti commerciali*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. XVI, Padova, 1991, p. 331, spec. nota 36. Per G. COTTINO, *Del contratto estimatorio e della somministrazione. Art. 1556 – 1570*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA, *Commentario del codice civile*, Bologna – Roma, 1970, p. 148, la norma si spiega per la prevalenza dei fini unitari del contratto sulla pluralità delle varie prestazioni. In generale sulla somministrazione, F. FEZZA – V. IVONE, *Somministrazione e permuta*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu – Messineo*, Milano, 2017, pp. 90 ss.: il giudizio partirà da caratteri oggettivi dell'inadempimento per «*approdare a corollari di ordine soggettivo*» e sarà slegato da «*una valutazione di colposità o dolosità dell'inadempimento*».

¹¹¹ O. CAGNASSO, *Eccezioni dilatorie e risoluzione del contratto per inadempimento nel contratto di somministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, pp. 419 ss., osserva che questa esigenza di stabilità potrebbe mancare ove sia facile reperire altrove le ulteriori prestazioni, presso operatori più affidabili. In questi casi, l'aggravio del requisito di gravità dell'inadempimento potrebbe risultare inefficiente.

¹¹² Per esempio, l'art. 793, comma 4 c.c. ammette la risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere solo se tale possibilità sia stata espressamente pattuita: per C. M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 282, la norma evita che una previsione, di regola, secondaria possa travolgere l'attribuzione fatta per spirito di liberalità, mentre la risoluzione è permessa in modo da fornire un rimedio qualora questo sia stato il motivo principale della donazione. Tuttavia, qualora il valore dell'onere equivalga a quello della donazione, il contratto sarà a titolo oneroso e si applicheranno le normali regole in tema di risoluzione per inadempimento. Più in dettaglio si veda anche A. A. CARRABBA, *Donazioni*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del CNN*, Napoli, 2009, pp. 541 ss., spec. 544, che ritiene necessario valutare caso per caso la natura corrispettiva dell'onere: ove presente, sarebbe possibile la risoluzione per inadempimento da parte del donante e per impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenute da parte del donatario.

Un caso in cui la risoluzione è esclusa è l'art. 1878 c.c. in tema di rendita vitalizia, segnalato da F. DELFINI, *I patti*, op. cit., p. 66. La ratio della norma non è chiara: M. ANDREOLI, *La rendita vitalizia*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Vol. VIII, T. 3, fasc. 4, III Ed., Torino, 1958, pp. 68 ss., ricostruita l'origine storica, dubita della razionalità della disposizione, che si spiegherebbe per l'onerosità e dannosità della risoluzione per il debitore della rendita: «*l'arricchimento del vitaliziato potrebbe risultare soverchio perché ordinariamente ogni annualità della rendita eccede la misura dell'interesse e contenendo, perciò, una parte del capitale, estingue gradualmente, di anno in anno, il valore del corrispettivo ricevuto dal vitalizante per la costituzione della rendita*». Tuttavia, «*rimane pur sempre la difficoltà di conciliare il vigente art. 1878 c.c. con l'opposto principio di cui all'art. 1877*». La norma è certamente derogabile tramite una clausola risolutiva espressa, come fatto presente dall'Autore a p. 205, ove ulteriori citazioni. Per A. GALLARATI, op. cit., p. 1031, la caducazione del vincolo danneggerebbe anche lo stesso vitaliziato, presumibilmente non in grado o non intenzionato ad amministrare il bene che era stato trasferito al vitalizante e così costretto a reperire un altro contraente.

Un'altra ipotesi di esclusione della risoluzione, salvo patto contrario, si ha nell'art. 1976 c.c., in tema di transazione novativa. La ratio della norma non è certa, in conseguenza dell'incertezza circa la nozione di «transazione novativa». La Relazione al Re del codice del 1942, n. 773, motiva la disposizione per l'incompatibilità tra reviviscenza del rapporto originario e volontà di estinguerlo; tuttavia, la derogabilità della regola contrasta con questa ritenuta incompatibilità ontologica: così C. CICERO, *La transazione*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Milano, 2014, pp. 162 – 165. Al tema è dedicata l'opera monografica di G. GENNARI, *La risoluzione della transazione novativa*, Milano, 2005. Si veda poi G. PONGELLI, *La transazione novativa*,

È poi certamente possibile che un contratto “*tailor-made*” venga negoziato e concluso a partire da un modello *standard* diffuso in un certo settore commerciale, potendosi ravvisare anche in questo contesto valide ragioni per seguire questa strategia: avvantaggiarsi di una base comune per la discussione tra le parti, risparmiare le spese di redazione adottando modelli predisposti da associazioni di categoria (così riducendo i costi di transazione)¹¹³, facilitare l'esame dell'operazione da parte di istituti di credito, rispondere a richieste in tal senso da parte della società controllante; tuttavia, ciò non toglie che il contratto sarà destinato a disciplinare un'operazione *una tantum*.

in F. GALGANO (diretta da), *Le monografie di Contratto e impresa*, Milano, 2020, pp. 84 ss. spec. 99: la *ratio* sarebbe «assicurare la definitività e l'incontrovertibilità» del regolamento di interessi scaturente dalla transazione novativa. Per altri riferimenti, si veda anche G. SCIANCALEPORE, *Della transazione. Artt. 1965 – 1976*, in P. SCHLESINGER (fondato da) – D. BUSNELLI (diretto da), *Il codice civile. Commentario* Milano, 2018, pp. 250 ss.; per la genesi storica della norma, E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in A. CICU – F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. XXXVII, T. 2, II Ed., 1986, pp. 430 ss.

Alle ipotesi appena citate, F. DELFINI, *I patti*, op. cit., pp. 67 ss., aggiunge il caso, desunto in via interpretativa, dell'inadempimento dell'accordo stipulato tra compratore e terzo *ex art.* 1486 c.c., a cui il terzo potrebbe reagire con la risoluzione solo dopo aver esperito l'azione di adempimento verso il compratore.

L'Autore cita, inoltre, la ricostruzione di P. PERLINGIERI, *Della novazione*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di) *Commentario del codice civile*, Bologna – Roma, 1975, p. 151, 131, che esclude la risoluzione per inadempimento dell'accordo novativo. In questo senso anche G. DORIA, *La novazione dell'obbligazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu – Messineo*, Milano, 2012, pp. 164 ss., spec. 166, perché nella novazione «l'intento delle parti si realizza in virtù della semplice produzione dell'effetto estintivo – costitutivo, senza richiedersi, da parte della legge, alcuna fase di esecuzione del risultato programmato». Similmente C. ROMEO, *La novazione*, in D. MAFFEIS – A. FONDRIESCHI – C. ROMEO, *I modi di estinzione delle obbligazioni*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile. Le obbligazioni*, Vol. IV, p. 71, Torino, 2012. *Contra* C. M. BIANCA, *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, Vol. IV, 2019, Milano, p. 461.

Ancora, si fa l'esempio dell'inadempimento dell'obbligo di pagare il conguaglio *ex art.* 728 c.c., a cui non si potrebbe reagire con la risoluzione del contratto di divisione: così M. DOGLIOTTI, *Comunione e condominio*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile. I diritti reali*, Vol. VII, Milano, 2006, pp. 141 – 142, sulla base della natura dichiarativa della divisione e la sua assenza di corrispettività. Così anche V. LENOCI, *La divisione*, in P. CENDON (diretto da), *Giurisprudenza critica*, Milano, 2006, p. 102. Nello stesso senso, Cass. civ. 19.7.1956, n. 2805, in *Rep. Foro. It.*, 1956, *Divisione*, 80. Per G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, T. 2, II Ed., Milano, 2002, p. 708, la risoluzione è impraticabile perché l'obbligo di conguaglio non incide sull'assegnazione proporzionale dei beni e il suo adempimento è garantito dalla particolare garanzia *ex art.* 2817, n. 2 c.c. Per l'opinione negativa si veda anche C. MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, Padova, 2006, p. 157, ove ulteriori riferimenti. Ammette la risoluzione del contratto di divisione per inadempimento ai conguagli C. M. BIANCA, *La proprietà*, in *Diritto civile*, Vol. VI, II Ed., Milano, 2017, p. 352, poiché la risoluzione è compatibile anche con i contratti non sinallagmatici e, nel caso concreto, ben l'obbligazione di versare un conguaglio potrebbe avere non scarsa importanza per il dividente creditore.

Da ultimo, viene citato l'orientamento che nega la risolubilità per inadempimento del contratto di cessione di contratto, in quanto l'effetto traslativo del contratto si verifica con il semplice consenso e quindi non sarebbe possibile un inadempimento. Così, ad es., P. CARRESI, *La cessione del contratto*, Milano, 1950 pp. 114-115 e DE NOVA, *La cessione del contratto*, in SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, Tomo 2, op. cit., pp. 755 - 756; *contra* R. CLARIZIA, *La cessione del contratto. Artt. 1406-1410*, in P. SCHLESINGER (fondato da) – D. BUSNELLI (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, p. 57 e M. ANDREOLI, *La cessione del contratto*, Padova, 1951, p. 61. Per esempio, potrebbe portare a risoluzione la consegna, da parte del cedente, di un documento radicalmente difforme al contratto ceduto; ancora, la cessione del contratto potrà essere a titolo oneroso, come osserva F. DELFINI, *I patti*, op. cit., p. 70, nota 98.

¹¹³ M. C. VETTESE, op. cit., p. 30.

3.3. Contratti relazionali

Come visto, tra le peculiarità dei contratti internazionali “*tailor-made*” che giustificano l’inclusione di clausole sulla patologia contrattuale figurano la frequente lunga durata, la presenza di investimenti specifici e la preferenza per rimedi conservativi¹¹⁴. Queste caratteristiche richiamano alcuni tratti di un particolare “modello” di contratti: i contratti relazionali. Per rendere più consapevole e più rigoroso lo studio che ci occupa, si ritiene opportuno indagare se le clausole sulla patologia contrattuale si possano spiegare alla luce della natura relazionale del contratto che le prevede. Si passa quindi a illustrare brevemente la teoria dei contratti relazionali, soffermandosi sui suoi aspetti salienti.

La teoria dei *relational contracts* è stata elaborata negli Stati Uniti da Ian Macneil negli anni Settanta del Novecento, per superare le inadeguatezze delle teorie classiche e neoclassiche dei contratti¹¹⁵. Entrambe le concezioni tradizionali di contratto, infatti, sarebbero imperniate sul modello del *discrete contract*: accordi con scarso coinvolgimento personale delle parti e comunicazioni tendenzialmente espresse e circoscritte all’oggetto dell’accordo, a sua volta limitato a denaro e merci facilmente monetizzabili; inoltre, tra le parti mancherebbero significative relazioni passate o future¹¹⁶. Gli obiettivi perseguiti da un sistema costruito attorno al modello in parola sarebbero il miglioramento della *discreteness* e della *presentiation*: una visione della realtà secondo la quale un soggetto percepisce gli effetti del futuro sul presente, sulla base dell’assunto che il corso degli eventi è così invariabilmente legato alla situazione attuale da rendere possibile trattare il futuro come se fosse già presente.

La ricaduta di questa concezione sul diritto dei contratti sarebbe la tendenza a restringere gli effetti futuri attesi a quelli già definibili al momento della conclusione del negozio¹¹⁷. Come è stato notato, un ordinamento che adottasse questa visione risulterebbe caratterizzato dalla

¹¹⁴ *Supra*, para. 3.2.c.

¹¹⁵ I. MACNEIL, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law* 1978, 72 *Northwestern University Law Review*, pp. 340 ss.; M. EISENBERG, *Why There is No Law of Relational Contracts*, *Northwestern University Law Review*, 94, 2000, pp. 805 ss.; R. AUSTEN-BAKER, *A Relational Law of Contract?*, 2004, 20 *Journal of Contract Law*, pp. 125 ss. A. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017; M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

¹¹⁶ I. MACNEIL, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations*, cit., pp. 856-857. Questo varrebbe sia per la concezione “classica” che per quella “neoclassica” che, seppur con alcuni sviluppi in senso più flessibile, resta pur sempre basata largamente sulla prima: in questo senso si vedano pp. 870 ss., spec. pp. 883 ss. La distinzione tra i due modelli è tratteggiata alla nota 2 della p. 855 e analizzata da p. 856 a p. 886.

¹¹⁷ I. MACNEIL, *ibidem*, p. 863: «*Presentiation is a way of looking at things in which a person perceives the effect of the future on the present. It is a recognition that the course of the future is so unalterably bound by present conditions that the future has been brought effectively into the present so that it may be dealt with just as if it were in fact the present. Thus, the presentiation of a transaction involves restricting its expected future effects to those defined in the present, i.e., at the inception of the transaction*».

preminenza del momento della promessa su quello del rapporto complessivo tra le parti, ridotto a una riproduzione del contenuto della prima. Lo stesso avverrebbe anche con riferimento ai contratti traslativi, negli ordinamenti che adottano il principio consensualistico: anche in questi casi, infatti, il rapporto tra le parti sarebbe irrilevante. Tra i valori dominanti spicchierebbero la prevedibilità e la stabilità degli effetti del contratto¹¹⁸.

Venendo ai principali risvolti di disciplina, il modello tradizionale limita rigidamente gli elementi rilevanti per stabilire il contenuto del contratto (per es.: la prevalenza della forma scritta su quella orale e della comunicazione espressa su quella per comportamenti concludenti), contempla un numero ridotto di rimedi, funzionale a rendere calcolabili le conseguenze dell'inadempimento (es.: risarcimento limitato ai danni prevedibili) e professa la *freedom of contract*, intesa come equivalenza tra gli effetti della promessa e quelli garantiti dalla legge¹¹⁹.

Secondo Macneil, i limiti del modello dei *discrete contracts* si sono rivelati evidenti con la progressiva evoluzione dei sistemi economici e la conseguenti esigenze di specializzazione e pianificazione incompatibili con le *discrete transactions* e soddisfabili, invece, tramite relazioni contrattuali di durata¹²⁰. L'esigenza di mantenere il contratto e gestire in maniera flessibile le sopravvenienze, certamente possibili nel contesto di relazioni di durata, confliggerebbe con l'accentuata stabilità del modello tradizionale e la disponibilità di soli rimedi demolitori. Più radicalmente, la stessa idea di *presentation* risulterebbe una pretesa irrealistica¹²¹. Queste considerazioni imporrebbero un cambio di paradigma, che porta l'Autore all'elaborazione della teoria dei *relational contracts*.

La concezione relazionale di contratto si caratterizza per la frequenza dei contatti tra le parti, l'incompletezza dell'oggetto dell'accordo e la possibilità di integrarlo e modificarlo durante la fase esecutiva, anche per effetto della mera relazione tra le parti. Ancora, note salienti sono il sorgere di nuove obbligazioni nel corso della fase esecutiva, la fisiologica collaborazione delle parti e la condivisione dei rischi, la preferenza per rimedi conservativi del vincolo contrattuale - quali la sua rinegoziazione o il ricorso a metodi di *A.D.R.* -, l'assenza

¹¹⁸ Così A. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017, p. 57.

¹¹⁹ I. MACNEIL, *ibidem*, pp. 863 – 864, ove vengono esposti ulteriori aspetti del modello tradizionali. L'Autore osserva che, dato che la *discreteness* esalta la possibilità della *presentation*, tutte le applicazioni della prima tendono anche a favorire la seconda, seppure esistano istituti che sono appositamente dedicati a migliorare la *presentation*.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 857. Il modello del *discrete contract* però non verrebbe totalmente superato: «*discreteness and presentation do not disappear from life or law simply because ongoing contractual relations become the organizational mode dominating economic activity [...] they remain with us and [...] they drastically affect contractual relations*»: *ibidem*, p. 887.

¹²¹ I. MACNEIL, *op. cit.*, p. 893; A. FONDRIESCHI, *op. cit.*, p. 66.

di una durata definita. Invece, non sarebbero di per sé significative né una durata minima del contratto né la sussistenza di un rapporto fiduciario, che integrano solo alcuni degli indici rivelatori di un *relational contract*¹²².

Tuttavia, manca una nozione condivisa di “contratto relazionale”: spesso, gli Autori che se ne sono occupati si sono limitati a una definizione in negativo, enunciando cosa non è relazionale¹²³, mentre le poche definizioni in positivo sono state fortemente criticate¹²⁴; altri contributi hanno enfatizzato l’uno o l’altro degli aspetti citati¹²⁵ o elaborato indici di “relazionalità” senza proporre una definizione univoca¹²⁶. Ancora, un’altra voce ha individuato l’essenza del modello proprio nella prevalenza della relazione sulla promessa, aspetto da cui discenderebbero, come corollari, le caratteristiche appena citate, tra le quali spiccherebbe l’assenza di una netta demarcazione tra ciò che rientra nel regolamento contrattuale e ciò che ne sta al di fuori, poiché la relazione tra i contraenti sarebbe in grado, al mutare delle circostanze, di dare vita a nuove obbligazioni¹²⁷.

La teoria dei *relational contracts* ha suscitato un forte dibattito, tra chi ha criticato singoli aspetti della ricostruzione e chi ha dubitato della stessa validità e utilità della categoria¹²⁸. In particolare, la «dimensione normogenetica della relazione», ossia la sua attitudine a far nascere obblighi a prescindere dal consenso delle parti, è stata ritenuta contrastante con l’autonomia contrattuale, declinata come libertà di non vincolarsi pattiziamente, e incurante del ruolo del

¹²² A. FONDRIESCHI, op. cit., p. 72 per la sussistenza di un rapporto fiduciario, che sarebbe solo ravvisabile «nella maggior parte» dei contratti relazionali. Per i rapporti con i contratti di durata, si veda *infra*, nota 131.

¹²³ Per es., V. P. GOLDBERG, *Relational contract*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, Vol. III, Frome, 1998, p. 289.

¹²⁴ Per C. J. GOETZ – R. E. SCOTT, *Principles of relational contracts*, in *Virginia Law Review*, 67, 1981, p. 1091, «a contract is relational to the extent that the parties are incapable of reducing important terms of the arrangement to well-defined obligations». La definizione è criticata da M. EISENBERG, *Relational contracts*, in J. BEATSON – D. FRIEDMANN (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995, pp. 294-295.

¹²⁵ Per es., E. MCKENDRICK, *The regulation of Long-term Contracts in English Law*, in J. BEATSON – D. FRIEDMANN (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, cit., p. 309 evidenzia la preferenza per i rimedi conservativi, come nota A. FONDRIESCHI, op. cit., p. 68. Tuttavia, l’Autrice mette in guardia dall’assolutizzare questo aspetto, in quanto esso non può giustificare la prosecuzione del rapporto anche contro la volontà dei contraenti, per es., tramite un intervento giudiziale.

¹²⁶ E. MCKENDRICK, op. cit., p. 308, nota che I. MACNEIL ha basato la sua ricostruzione sull’elaborazione di indici di *discreteness*, assenti nelle *relational transactions*. Per una critica, si veda subito *infra*.

¹²⁷ A. FONDRIESCHI, op. cit., pp. 69 ss., anche sulla scorta della comparazione con il modello relazionale asiatico: pp. 91 ss.

¹²⁸ Sono state anche sollevate obiezioni di stampo più ideologico/politico: per una breve rassegna si rimanda a A. FONDRIESCHI, op. cit., pp. 117-118, che cita tra gli altri M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. Dir. priv.*, 2003, pp. 469 ss., spec. p. 473: la teoria dei *relational contracts* è ritenuta una «mera impalcatura ideologica» per sostenere la possibilità di adeguamento giudiziale del contratto. La lettura è ritenuta frutto di un equivoco dall’Autrice.

consenso nel regime della circolazione dei beni¹²⁹. Più radicalmente, per parte della dottrina la ricostruzione non è riuscita a delineare chiaramente una categoria di “contratti relazionali” caratterizzata da una propria disciplina¹³⁰, soprattutto con riferimento alla categoria limitrofa dei contratti di durata¹³¹. Così, si è concluso che il modello relazionale è valido, al più, dal punto di vista sociologico o economico¹³².

Ai fini di questo lavoro non è necessario prendere posizione in questo articolato dibattito, poiché interessa solamente valutare se la funzione delle clausole che si analizzeranno si possa comprendere meglio alla luce della “relazionalità” dei contratti in cui si trovano. Pertanto, per giustificare questa breve analisi, sembra sufficiente osservare che il modello relazionale è oggetto di costante attenzione da parte della dottrina¹³³ ed è stato impiegato per contribuire a spiegare i fenomeni più diversi, come risulta da una rassegna della letteratura soprattutto

¹²⁹ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, p. 57; R. E. BARNETT, *Conflicting visions. A critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract*, in *Virginia Law Review*, 78, 1992, pp. 1197 ss., evidenzia il rischio di «contractual overenforcement-that is, the enforcement of commitments that ought not be enforced» e osserva che il modello relazionale trascura «the knowledge-generating function of exchange made possible by both freedom to and freedom from contracts»: per esempio, la scelta se vendere o meno una casa al prezzo di mercato si concretizza in un segnale inviato agli altri proprietari circa il valore degli immobili di loro titolarità, contribuendo a un uso più accorto delle risorse. A. FONDRIESCHI, op. cit., pp. 111-112, replica che l'attitudine della relazione a creare obbligazioni è presente nel modello tradizionale, come mostra l'art. 1374 c.c.

¹³⁰ M. A. EISENBERG, op. cit., pp. 812 ss., spec. 817 ss. L'Autore conclude, a p. 821: «there is no significant difference between contracts as a class and relational contracts, relational contracts must be governed by the general principles of contract law, whatever those should be. Of course, certain categories of contracts present special kinds of problems. These problems, however, derive not from the fact that the contracts in these categories are relational, but from more specific attributes». Si veda anche ID., *Relational contracts*, in J. BEATSON – D. FRIEDMANN (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, cit., pp. 293 ss. A p. 296, l'Autore ritiene che le regole proposte per i contratti relazionali siano in realtà valide per tutti i contratti (il dovere di comportarsi secondo buona fede, per esempio) o inapplicabili a qualsiasi contratto. Per A. FONDRIESCHI, op. cit., pp. 113 ss., spec. pp. 119-120, la critica commette un errore di metodo, ossia accusa di scarso rigore una teoria essenzialmente antipredittiva, nata come rifiuto delle regole astratte proprie del modello tradizionale.

¹³¹ I rapporti tra i contratti di durata e i contratti relazionali sono discussi. Per C. J. GOETZ- R. E. SCOTT, op. cit., p. 1091, l'elemento temporale non è sufficiente di per sé a rendere un contratto “relazionale”. Così anche M. EISENBERG, *Why There Is No Law of Relational Contracts*, op. cit., p. 814. La differenziazione dei contratti relazionali dai contratti di durata è oggetto dello studio di A. FONDRIESCHI, op. cit., pp. 136 ss.

¹³² M. A. EISENBERG, *Relational contracts*, cit., p. 293. A. FONDRIESCHI, op. cit., pp. 115 ss., spec. p. 117 ribatte che i contratti relazionali hanno una disciplina propria, soprattutto per quanto riguarda l'interpretazione delle condotte delle parti, che dovrà prevenire il più possibile comportamenti opportunistici, e l'integrazione/modifica del contratto scritto tramite comunicazioni informali, che dovrà essere particolarmente valorizzata.

¹³³ Recentemente, N. ERKAL – S. WU – B. E. ROE, *Putting relational contract theory to the test: experimental evidence*, in *Experimental Economics*, 25, 2022, pp. 111 ss.; Z. GOUNARI, *Developing a relational law of contracts: striking a balance between abstraction and contextualism*, in *Legal Studies*, 41, 2021, pp. 177-193; Z. XING TAN, *Disrupting doctrine? Revisiting the doctrinal impact of relational contract theory*, ivi, 2019, 39, pp. 98-119; P. FERRARIO, *The Adaptation of Long-Term Gas Sale Agreements by Arbitrators*, in *International Arbitration Law Library*, Vol. 41, 2017, pp. 157 ss.; R. AUSTEN-BAKER, *Comprehensive Contract Theory: A Four-Norm Model of Contract Relations*, in *Journal of Contract Law* (Australia), 25, 2009, pp. 216 ss.; ID., *A relational law of contract?* In *Journal of Contract Law* (Australia), 20, 2004, pp. 125 ss.; la più volte citata A. FONDRIESCHI, op. cit. e ID., *Contratti relazionali e contrattazione ripetuta in Giappone e Europa*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2016, 2, pp. 483 ss. Più indietro nel tempo, ma comunque a distanza dalla prima elaborazione dei *relational contracts*, l'importante *Relational Contract Theory: Unanswered Questions. A Symposium in Honor of Ian R. Macneil*, in *Northwestern University Law Review*, 94, 2000, pp. 735 -907.

straniera¹³⁴. Inoltre, quanto ai suoi profili applicativi, recentemente alcune pronunce di Tribunali italiani hanno ritenuto dirimente la qualificazione dei contratti impugnati come “relazionali”: in un caso, al fine di ritenere applicabile la limitazione degli effetti retroattivi della risoluzione *ex art.* 1458 c.c.¹³⁵; in altri, al fine di ridurre il canone di locazione dovuto dal conduttore di un immobile commerciale in considerazione del calo dei ricavi derivante dalla pandemia da Covid-19¹³⁶.

Procedendo quindi al confronto, non sembra che i contratti che presentano le clausole sulla patologia contrattuale si prestino a essere completamente inquadrati nel modello relazionale.

Da un lato, le clausole di irrisolubilità, di rinuncia all'azione di annullamento e di *severability* mostrano certamente una preferenza per la conservazione del vincolo, elemento che, come visto, ricorre costantemente nelle ricostruzioni della categoria. Anche la necessità di cooperazione nella fase di esecuzione (es.: in un contratto di appalto internazionale) e la frequente lunga durata dei contratti in esame sembrano deporre per il loro inquadramento nei contratti relazionali, seppure la rilevanza dell'elemento temporale sia discussa¹³⁷.

Dall'altro lato, diverse considerazioni militano nel senso opposto: le clausole di *inseverability* mirano a provocare la caducazione totale del contratto; soprattutto, la completezza dell'accordo ricercata dai contraenti contrasta con l'incompletezza tipica dei

¹³⁴ Emblematicamente, P. FERRARIO, op. cit., ricorre alla teoria per inquadrare gli obblighi di buona fede e la revisione dei contratti di fornitura di gas da parte di Tribunali arbitrali; J. WIGHTMAN, *Intimate relationships, relational contract theory, and the reach of contract*, in *Feminist Legal Studies*, 93, 2000, pp. 93 ss., richiama la ricostruzione per studiare gli accordi taciti di coabitazione prematrimoniale; E. S. SCOTT – R. E. SCOTT, *Marriage as relational contract*, in *Virginia Law Review*, 84, 1998, pp. 1225 ss. inquadrano i *covenant marriage* della legge del Louisiana all'interno della teoria dei contratti relazionali: «*like relational contracts in commercial contexts, a marital contract contemplates a long-term commitment to pursue shared goals, the fulfillment of which will enhance the joint welfare of the parties*»; J. D. MICHLER – S. Y. WU, *Relational contracts in Agriculture: Theory and Evidence*, in *Annual Review of Resource Economics*, 2020, 12, pp. 111-127 si riferiscono ai contratti relazionali per concettualizzare alcuni problemi diffusi nella contrattazione relativa all'attività agricola, a beneficio degli economisti.

¹³⁵ Trib. Modena, 16 novembre 2020, n. 1391, che ha risolto un contratto di appalto di servizi per lo sviluppo e l'implementazione di un *software* limitando gli effetti retroattivi *ex art.* 1458 c.c., sulla base della natura relazionale del contratto e degli investimenti specifici sopportati dall'appaltatore.

¹³⁶ Trib. Lecce, Sez. II, 24 giugno 2021 (ord.), «*la buona fede può essere utilizzata anche con funzione integrativa cogente nei casi in cui si verificano dei fattori sopravvenuti ed imprevedibili non presi in considerazione dalle parti al momento della stipulazione del rapporto, che spingano lo squilibrio negoziale oltre l'alea normale del contratto [...] le suddette circostanze vengono a verificarsi nel caso dei cosiddetti contratti relazionali implicanti un rapporto continuativo tra le parti e che mal tollerano la risoluzione del contratto. All'interno della suddetta categoria sembrano poter rientrare anche i contratti di locazione di beni immobili per l'esercizio di attività produttive. In tal caso, infatti, l'eventuale risoluzione del contratto per eccessiva sopravvenuta onerosità comporterebbe inevitabilmente la perdita dell'avviamento per l'impresa colpita dall'eccessiva onerosità e la conseguente cessazione dell'attività economica*»; similmente anche Trib. Roma, Sez. VI, 27 agosto 2020, con nota di A. PISU, *Pandemia, locazioni commerciali e giustizia contrattuale: l'incerta avanzata dell'obbligo legale di rinegoziare*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, pp. 1295 ss.

¹³⁷ *Supra*, nota 122.

relational contracts, che sono deliberatamente aperti a modifiche e integrazioni successive tramite comportamenti concludenti o comunicazioni orali, coerentemente con la prevalenza del rapporto sull'atto che li caratterizza¹³⁸. Al riguardo, è particolarmente significativo che, accanto alle clausole sulla patologia contrattuale, gli accordi in esame spesso contengano pattuizioni come le *merger clauses* (o *entire agreement clauses*), le *no oral modification clauses* (c.d. clausole "NOM") e le *no waiver clauses* che, rispettivamente, impediscono che il contratto sia integrato tramite il riferimento a fatti esterni ad esso (tipicamente, i documenti scambiati dalle parti durante le trattative), o venga modificato oralmente o, quanto alle *no waiver*, impediscono di qualificare i comportamenti delle parti successivi alla conclusione come rinunce per *facta concludentia* ai diritti previsti dall'accordo o ai rimedi per l'inadempimento (es.: la risoluzione del contratto o una clausola penale)¹³⁹. In sostanza, tramite clausole del genere le parti escludono pattiziamente la prevalenza della relazione sull'atto, ossia l'aspetto che parte della dottrina ha ritenuto caratterizzare i contratti relazionali¹⁴⁰. In ogni caso, anche qualora queste pattuizioni manchino, l'aspirazione alla certezza del diritto e alla completezza che caratterizza gli accordi in cui ricorrono le clausole sulla patologia dovrebbero comunque trattenere dall'operare un'automatica qualificazione del contratto in senso relazionale. A conclusioni analoghe si dovrebbe pervenire anche ove siano previste clausole di rinegoziazione che, se introducono un elemento di (eventuale e successiva) incompletezza, lo fanno comunque allo scopo di disporre di un'autoregolamentazione completa.

¹³⁸ *Supra*, para. 3.3.

¹³⁹ La frequente compresenza delle clausole sulla patologia e di quelle elencate è testimoniata dalle analisi di A. FRIGNANI – M. TORSELLO, op. cit., pp. 239 ss. per le NOM, pp. 254 ss. e per le *merger clauses* e M. FONTAINE – F. DE LY, op. cit., pp. 112 ss. per le *merger clauses* pp. 210 ss. per le NOM.

Sulle singole clausole, si vedano G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2010, cap. 3, §3 e cap. 7 per le *merger clauses*; ID., "The law which governs this agreement is the law of the Republic of Italy": *il contratto alieno*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, pp. 7 ss. e ora in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2010, pp. 31 ss. e, recentemente, ID., *Validità ed effetti in diritto italiano di alcune clausole del commercio internazionale: merger clause, sole remedy clause, no waiver clause*, in *Riv. comm. int.*, 2022, 2, pp. 231 ss.; ID., voce *Contratto alieno*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, 2009, pp. 10 ss.; E. BETTO, *Mind the gap - Battle of forms, entire agreement e no waiver clauses in Inghilterra: alcune recenti lezioni*, in *Dir. comm. Int.*, 2011, pp. 618-625 per le clausole di *entire agreement*; pp. 625-631 per le *no waiver*; per un riferimento tratto dalla letteratura straniera, M. N. KNIFFIN, *Contract interpretation and the parol evidence rule: is the emperor wearing someone else's clothes?*, in *Rutgers Law Review*, 62, 2009, pp. 107 ss.

Sostanzialmente, le *merger clauses* mirano a rendere applicabile la *parol evidence rule*, su cui *supra*, p. 25: così E. BETTO, op. cit., p. 619; F. CASTRONOVO, op. cit., p. 786; ID., *Autonomia contrattuale e disponibilità dell'integrazione: la merger clause dal diritto americano a quello italiano*, Torino, 2017, p. 11 ss., a cui si rimanda per una disamina completa della *merger clause* e della sua interazione con gli artt. 2721-2724 c.c.; ID., *The Americanization of contract law: the merger clause in the European perspective*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2017, pp. 617 ss. per una comparazione con il *civil law* europeo. Si vedano anche M. FOGLIA, *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, Torino, 2015 e M. CONFORTINI, *Clausola di completezza*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali*, Vol. 1, Torino, 2017, pp. 973 ss. Le *no waiver*, invece, mirano ad escludere la *waiver doctrine*: E. BETTO, op. cit., pp. 627 ss.

¹⁴⁰ *Supra*, p. 36.

Da ultimo, non sembra possibile ravvisare aspetti di “relazionalità” nei contratti di compravendita di partecipazioni societarie (*sale and purchase agreement*, o “SPA”): in questi casi, l’esigenza di stabilità del vincolo negoziale è particolarmente avvertita, ma al verificarsi dell’effetto traslativo non seguono contatti ulteriori tra le parti o, al più, questi si limitano ad aspetti esecutivi di un assetto economico già delineato¹⁴¹.

3.4. Contratti “alieni”

Nei paragrafi precedenti si sono esaminati i contratti in cui compaiono le clausole che si studieranno nei prossimi capitoli, indagandone l’origine, lo stile e il tipo di rapporto a cui danno vita; ne è emersa la natura di contratti internazionali, completi, ispirati alla tradizione giuridica dei Paesi di *Common law* e caratterizzati da alcuni profili di relazionalità. Tuttavia, per il prosieguo dell’indagine, è decisiva la considerazione di un profilo “dinamico”, costituito dall’ampia circolazione di questi modelli al di fuori dei Paesi dove è diffuso lo stile completo e dettagliato che li contraddistingue e dalla loro conseguente interazione con ordinamenti di altre tradizioni giuridiche.

Soffermandosi brevemente ad esaminare il fenomeno, si può ricordare come gli studiosi del diritto comparato abbiano notato che l’uniformazione del diritto porta alcuni vantaggi, incentivando l’avvicinamento delle normative dei vari ordinamenti. In sintesi, la diversità di regole giuridiche ostacola gli scambi e provoca difficoltà e possibili malintesi, pregiudicando la capacità del diritto di risolvere i conflitti tramite un meccanismo uguale per i vari soggetti coinvolti e dagli esiti prevedibili: di qui, una naturale propensione alla loro uniformazione¹⁴². Queste considerazioni sembrano valide anche per il diritto privato¹⁴³ e si traducono (anche) in una disponibilità di fondo all’adozione di schemi negoziali uniformi, che costituiscono uno strumento utile per raggiungere la desiderata omogeneità.

¹⁴¹ *Supra*, p. 34.

¹⁴² R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo a una macrostoria del diritto*, Bologna, 2009, p. 42: «i conflitti di regole giuridiche (tra ordinamenti nazionali) ostacolano gli scambi. Diritto uniforme significa unità culturale, dunque eliminazione delle difficoltà e dei malintesi fra le diverse civiltà che devono convivere». L’uniformazione non avviene senza resistenza e senza costi: entrambi i profili sono esaminati dall’Autore alle pp. 48 ss., spec. p. 50.

¹⁴³ R. SACCO, *op. cit.*, p. 43.

A questa tendenza si è accompagnata, in tempi recenti, la circolazione internazionale di modelli contrattuali. Le cause di questa propagazione sono principalmente tre, tutte riconducibili alla dimensione internazionale dei mercati tipica del mondo globalizzato¹⁴⁴.

In primo luogo, la crescita degli scambi internazionali ha diffuso i contratti che li rivestono di forma giuridica¹⁴⁵. Astrattamente, sarebbe possibile redigere questi accordi in inglese, ma strutturarli rispettando le peculiarità dell'ordinamento la cui legge risulterà applicabile, in virtù delle norme di diritto internazionale privato o in forza della scelta delle parti. Tuttavia, questo non avviene: le segnalate ragioni di efficienza della contrattazione di massa e di completezza del contratto *tailor-made* portano a uniformare i modelli contrattuali secondo lo stile dettagliato e autosufficiente proprio dei Paesi di *Common law*¹⁴⁶.

In secondo luogo, la circolazione di schemi negoziali “completi” avviene tramite l'importazione di nuovi tipi contrattuali sconosciuti dal diritto nazionale, incentivata dalle citate ragioni di uniformità, dalla circolazione delle idee e delle esperienze (specie ad opera di avvocati e legali d'impresa) e da una certa propensione all'imitazione e all'accondiscendenza alle tendenze del momento: è stato notato che, spesso, gli operatori che adottano modelli stranieri operano solo in mercati nazionali e che, quindi, la spiegazione per l'adozione di schemi diffusi a livello internazionale non può risiedere solo in esigenze di uniformità¹⁴⁷.

In terzo luogo, alla circolazione dei modelli contribuisce la diffusione di testi e clausole contrattuali ad opera di giuristi, uomini di affari, associazioni di categoria e società multinazionali, di cui si è già detto nei paragrafi precedenti¹⁴⁸.

Seguendo questi tre percorsi, dunque, si sono diffuse in tutto il mondo pattuizioni dettagliate, autosufficienti, concepite secondo la tradizione giuridica anglosassone, venendo utilizzate per superare le differenze dei diritti nazionali e, in alcuni casi, anche per disciplinare rapporti puramente interni.

¹⁴⁴ M. BIN, op. cit., pp. 475 ss. Il tema generale dei rapporti tra diritto e globalizzazione esula dall'oggetto dello studio che ci occupa. Per alcune indicazioni si vedano: F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit.; P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, 5, pp. 151 ss.; G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, in *Contr. Impr.*, 2008, pp. 867 ss.

¹⁴⁵ Così M. BIN, op. cit., p. 476. Sull'accezione di “contratto internazionale” qui adottata, si veda *supra*, para. 3.2.

¹⁴⁶ G. CORDERO – MOSS, *Boilerplate clauses*, cit. p. 9; M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. e impr.*, 2013, fasc. 1, pp. 78-79; P. G. MONATERI, *Ripensare il contratto*, cit., p. 319, che descrive il fenomeno come una “americanizzazione” del contratto; si veda in generale *supra*, para. 3.2.

¹⁴⁷ M. BIN, op. cit., pp. 476-477.

¹⁴⁸ *Supra*, para. 3.2.a e 3.2.c., a cui aggiungere M. BIN, op. cit., p. 476, 479; G. CORDERO – MOSS, *International contracts*, cit., p. 2; F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. Impr.*, 2000, p. 199.

In questo modo, contratti e clausole concepiti secondo la struttura e lo stile dei Paesi di *Common law* sono venuti in contatto con ordinamenti radicalmente diversi, la cui normativa domestica si candida, tuttavia, a disciplinarli, o in virtù delle norme di conflitto di Diritto internazionale privato, o perché le parti, pur strutturando l'accordo secondo le categorie tipiche del *Common law*, lo hanno sottoposto alla legge di un Paese di *Civil law* (o di un'altra tradizione) e, in particolare, alla legge italiana. A questi contratti è stato dato il nome di “contratti alieni” dalla dottrina che per prima ha concettualizzato il fenomeno¹⁴⁹.

Le parti ricorrono al contratto “alieno” in quattro casi: quando la parte italiana riesce a imporre l'applicabilità della propria legge domestica alla controparte straniera; quando il testo dell'accordo segue schemi anglosassoni, il contraente sarà individuato solo all'esito di una gara che coinvolge soggetti provenienti da più Paesi e risulta aggiudicatario un soggetto italiano; quando la controparte di un soggetto italiano è una società con sede nel nostro Paese, ma controllata da una società straniera; quando la capogruppo statunitense impone alla controllata italiana l'uso di modelli *standard* elaborati negli USA e scritti in inglese¹⁵⁰.

La categoria del contratto “alieno” ha avuto una certa fortuna presso gli interpreti, che l'hanno impiegata per sistematizzare negozi e clausole di origine straniera e inquadrare i principali problemi che ne derivano¹⁵¹. Infatti, qualunque sia la ragione che porta i contraenti a scegliere un contratto con queste caratteristiche, la circolazione di accordi che incorporano regole proprie dei Paesi di *Common law* e, nondimeno, sono disciplinati dal diritto italiano,

¹⁴⁹ G. DE NOVA, voce *Contratto alieno*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Agg. IV, 2009, p. 140; ID., *Contratto alieno*, in *Controversie contrattuali*, Torino, 2022, pp. 1 ss.; ID., *Il contratto alieno*, II Ed., Torino, 2010; ID., *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, pp. 533 ss.; ID., *The law which governs*, cit. Questi ultimi due contributi si ritrovano anche in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit.

¹⁵⁰ G. DE NOVA, voce *Contratto alieno*, cit., p. 141. L'Autore osserva che i contratti “alieni” possono anche coincidere con tipi negoziali italiani, come la compravendita o la cessione di azienda: pertanto, la categoria del contratto alieno abbraccia sia accordi atipici, che tipici.

¹⁵¹ Per esempio, la qualificazione del singolo contratto o della singola clausola come “alieni” ha un particolare rilievo in E. NAVARRETTA, *Il Garantievertrag contratto alieno di impresa*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale* 2012, 2, pp. 221 ss.; A. FUSARO, *Una convenzione aliena per regolare i rapporti patrimoniali tra coniugi?*, in *NGCC*, 2013, II, pp. 614 ss.; D. MAFFEIS, *Homo oeconomicus, homo ludens: l'incontrastabile ascesa della variante aliena di un tipo marginale, la scommessa legalmente autorizzata (art. 1935 c.c.)*, in *Contr. Impr.*, 2014, pp. 835 ss. e in G. GITTI – F. DELFINI – D. MAFFEIS (a cura di), *Studi in onore di Giorgio De Nova: prospettive e limiti dell'autonomia privata*, Milano, 2015; F. CASTRONOVO, op. cit., pp. 773 ss.; P. SIRENA, *Il contratto alieno del diritto comune europeo della vendita (CESL)*, in *NGCC*, 2013, II, pp. 608 ss.; A. BERTOLINI, *Il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *NGCC*, 2010, II, pp. 435 ss.; C. COMMANDATORE, *L'avvalimento: un alieno collegamento tra contratto e procedimento amministrativo*, in *NGCC*, 2015, I, pp. 594 ss.; M. TURCI, *Basta la meritevolezza? I trust nella vita reale*, in *Trusts*, 2019, 1, pp. 22 ss.; C. DI BITONTO, *Diritto statutario di covendita, cessione di nuda proprietà azionaria e cambio di controllo - il commento*, nota a Cass. civ. 3951/2018, in *Società*, 2018, pp. 1118 ss. Critica la categoria (o, forse, unicamente la terminologia usata), D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 3, pp. 509-510.

solleva diversi interrogativi, tra i quali riveste particolare interesse quello attinente al grado di resistenza che l'ordinamento italiano oppone alla diffusione di tali clausole¹⁵².

Dal punto di vista della prassi, la diffusione di contratti "alieni" è ampissima, al punto che, osservando gli scambi internazionali, si è parlato di "americanizzazione" dei contratti¹⁵³ e, quanto ai contratti "domestici", si è notato che, non di rado, anche operazioni prive di collegamenti con altri ordinamenti adottano schemi di origine anglosassone¹⁵⁴.

Analizzando la questione dal punto di vista dell'evoluzione legislativa, si è osservata la progressiva accettazione di modelli stranieri: è quanto accaduto, per esempio, per il *leasing*, ora disciplinato dalla l. n. 124/2017; per la fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (il c.d. *leveraged buy out*), regolato dall'art. 2501-*bis* c.c.¹⁵⁵; per i contratti di assicurazione con clausole *claims made*, la cui stipulazione è espressamente richiesta, per esempio, dall'art. 10 della l. n. 24/2017¹⁵⁶.

¹⁵² Il problema si pone in primo luogo per i contratti concepiti secondo schemi stranieri, come accaduto in passato per i contratti derivati, i *performance bonds*, il *leasing*, le operazioni di *leveraged buy out*. G. DE NOVA, op. ult. cit., p. 141 osserva come queste figure siano state progressivamente riconosciute dal legislatore italiano. Si veda anche M. FRANZONI, op. cit., p. 78.

Altri interrogativi sono di ordine strutturale, come avviene per la qualificazione e la disciplina da riservare a contratti di scambio strutturati come negozi unilaterali (es.: atti, firmati dal solo titolare dell'immagine, che consentono ad altri di utilizzarla dietro pagamento). Ancora, non è chiaro il valore da attribuire ai documenti scambiati durante le negoziazioni secondo scansioni diverse da quella codicistica.

Un terzo insieme di problemi è interpretativo e riguarda il valore delle premesse e delle definizioni dei termini utilizzati nel contratto e la validità ed efficacia vincolante delle *merger clauses* o *entire agreement clauses*.

¹⁵³ P. G. MONATERI, *Ripensare il contratto*, cit., pp. 419-420; G. CORDERO – MOSS, *International contracts*, cit. p. 2 e in generale *supra*, para. 3.2.b.

¹⁵⁴ M. BIN, op. cit., p. 476. Lo nota E. NAVARRETTA, op. cit. p. 222, per il *Garantievertrag*. La diffusione di modelli anglosassoni non è vista sempre con favore: per es., U. BRECCIA, op. cit., p. 15, sottolinea che uno degli scopi della riforma del Codice civile francese era l'*insintento di rendere appetibile un contratto domestico, in antitesi all'egemonia del "contratto alieno"*; lo stesso G. DE NOVA, voce *Contratto alieno*, cit., p. 141, fa presente la necessità di un approccio critico e similmente anche M. BIN, op. cit., p. 480; P. GROSSI, op. cit., pp. 162-163 mette in guardia da «*facili entusiasmi*» e invita al «*coraggio e alla vigilanza*», poiché i creatori dei modelli contrattuali in esame sono grandi imprese multinazionali dal forte potere economico. F. GALGANO, *La categoria*, cit., pp. 204-205, valorizza il ruolo di «*mediazione culturale*» dei giuristi.

¹⁵⁵ Per questi esempi, G. DE NOVA, voce *Contratto alieno*, cit., p. 141.

¹⁵⁶ V. BACHELET, *Clausole "aliene" nell'ordinamento italiano: il caso delle assicurazioni claims made*, in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano 2017, pp. 399 ss., nota. 1 e ID., *Il fine giustifica i mezzi? polizze claims made tra «primo», «secondo» e «terzo» contratto*, in *Eur. Dir. priv.*, 2018, fasc. 2, p. 592, dove si conclude che «*l'interazione fra le nuove discipline di settore e l'ultimo diritto vivente segnala, all'esito di un dibattito iniziato negli anni Novanta, l'emersione del modello claims made nel nostro ordinamento, o quantomeno sancisce ufficialmente l'avvio del processo di "domesticazione" di quel paradigma contrattuale alieno*». Per gli avvocati, si veda il d.m. 22 settembre 2016, n. 238, in vigore dal 10 novembre 2017, che ha stabilito i massimali e le condizioni minime per le polizze, in attuazione dell'art. 12 della legge professionale, l. n. 247/2012. Si veda poi l'art. 3, comma 5, let. e) del d.l. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011 e novellato dall'art. 1, comma 26, della l. n. 124/2017.

Il riconoscimento del *Garantievertrag* ad opera dell'art. 75 d.lgs. 163/2006, ora artt. 93 e 103 del d.lgs. 50/2016, è invece discusso, stante la scarsa chiarezza del testo legislativo: si veda A. MONTANARI, *Garanzia autonoma e autonomia privata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, pp. 353-354, dove si esamina anche la riconducibilità alla garanzia autonoma del contratto previsto dagli artt. 30 e 38-*bis* d.P.R. 633/1972

La giurisprudenza si è poi mostrata propensa a giudicare meritevoli *ex art.* 1322 c.c. i contratti alieni qualificabili come atipici¹⁵⁷. Emblematico è stato il caso del contratto autonomo di garanzia o *Garantievertrag*, sospettato prima di nullità per assenza di causa o contrasto con il principio di accessorietà, poi giudicato valido e meritevole anche per non pregiudicare l'inserimento del nostro Paese nel commercio internazionale¹⁵⁸, fino all'intervento delle Sezioni Unite 7341/1987 e 3947/2010¹⁵⁹. Una traiettoria simile è stata seguita dai contratti di assicurazione con clausole *claims made*, culminata con la pronuncia a Sezioni Unite n. 22437/2018 che ne ha ritenuta la natura tipica, in contrasto con la precedente Cass. civ. SSUU 9140/2016, anche in considerazione dell'introduzione della segnalata l. n. 124/2017¹⁶⁰. Il fenomeno è estremamente rilevante, in quanto il raggiungimento di una certa omogeneità tramite l'adozione di modelli negoziali uniformi è possibile solo se la giurisprudenza li recepisce, riconoscendoli validi¹⁶¹.

Il presente lavoro mira a valutare il grado di resistenza opposto dal nostro ordinamento alla recezione di clausole atipiche di deroga alla disciplina dell'invalidità contrattuale. Si tratterà dunque di comprendere se siano valide le clausole di rinuncia preventiva all'azione di annullamento e i patti di *(in)severability*.

4. Sintesi dei principali risultati interpretativi in materia di clausole atipiche di deroga alla disciplina rimediabile

¹⁵⁷ Per l'esistenza di contratti "alieni" tipici, si veda *supra*, nota 150.

¹⁵⁸ Cass. civ. SSUU 7341/1987, in *Foro it.*, 1988, I, c. 106, con nota di M. VIALE: «è inoppugnabile che sia meritevole di tutela l'esigenza, connessa, come accennato, al commercio internazionale in grande espansione, che il creditore ha di assicurarsi la prestazione del debitore, tramite un rapporto di garanzia che lo assicura dalle lungaggini e dalle complicazioni connesse alla peculiarità delle varie legislazioni nazionali»; Trib. Milano 22 settembre 1986 e 9 ottobre 1986, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1987, II, pp. 331 ss., segnalate da F. GALGANO, *Diritto ed economia*, cit., p. 202. Si veda poi M. FRANZONI, op. cit., p. 81, anche con riferimento al contratto di *leasing*. La letteratura sul contratto autonomo di garanzia è sterminata: si veda, per una lettura sinottica, E. NAVARRETTA, op. cit., ove ampie citazioni di dottrina e giurisprudenza.

¹⁵⁹ Le Sezioni Unite ripercorrono in sintesi l'origine della figura in esame, dando atto della sua funzionalità a rispondere alle esigenze del commercio internazionale, e l'evoluzione della giurisprudenza in materia di validità del contratto autonomo di garanzia; al § 11, affrontano il problema della causa del contratto, declinandola secondo l'accezione della causa in concreto.

¹⁶⁰ Anche la letteratura sulle polizze *claims made* è vastissima: si rimanda alle opere di V. BACHELET citate *supra*, nota 156, a cui si aggiunga U. CARNEVALI, *La clausola claims made e le Sezioni Unite*: bis in idem, nota a Cass. civ. SSUU 22437/2018, in *I Contratti*, 2018, pp. 639 ss.; F. DELFINI, *Il controllo sulle polizze claims made tra primo e secondo comma dell'art. 1322 c.c.*, in *NGCC*, 2021, 2, pp. 371 ss.; ID., *Le Sezioni Unite e le claims made: l'ultima sentenza e la "Big Picture"*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 30 ss.; M. CAMPOBASSO, *Evoluzioni e rivoluzioni nella giurisprudenza in tema di assicurazioni claims made*, nota a Cass. civ. SSUU 22437/2018, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, pp. 152 ss.; F. PIRAINO, *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura claims made*, in *Eur. Dir. priv.*, 2019, pp. 1045 ss.; G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite alla Legge Gelli: la claims made dalla atipicità alla tipizzazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, pp. 1390 ss.

¹⁶¹ F. GALGANO, *ibidem*.

Il tema si inserisce nel contesto del più ampio studio dei limiti che incontra l'autonomia privata nell'intervenire sulla disciplina dei rimedi contrattuali tramite patti atipici. Com'è stato notato, la materia non ha ancora ricevuto una sistemazione organica¹⁶², nonostante l'insufficienza dell'apparato rimediale codicistico¹⁶³ e la diffusione di queste pattuizioni¹⁶⁴ rendano il problema senz'altro rilevante¹⁶⁵. Per collocare in questo quadro lo studio delle clausole di rinuncia all'azione di annullamento e dei patti sulla nullità parziale, sembra utile ripercorrere brevemente gli esiti ai quali è pervenuta la dottrina con riferimento ad altre ipotesi di deroga convenzionale alla disciplina della patologia contrattuale.

4.1. Patti atipici di deroga alla disciplina della risoluzione per inadempimento

Una prima linea di indagine si è rivolta ai presupposti e agli effetti della risoluzione per inadempimento. Dal primo punto di vista, l'attenzione si è concentrata sulla clausola di irrisolubilità e sui patti attraverso i quali i contraenti innalzano il livello di gravità dell'inadempimento necessario ad ottenere la risoluzione del contratto. Dalla seconda prospettiva, è stata esaminata la possibilità di dedurre in condizione risolutiva l'inadempimento della controparte, tramite la c.d. condizione di inadempimento.

4.1.a. La clausola di irrisolubilità

In passato, la validità delle clausole di irrisolubilità era stata contestata: se ne era lamentato il contrasto con l'art. 1453 c.c., norma ritenuta inderogabile per la sua funzione sanzionatoria¹⁶⁶; si era osservato che avrebbero fatto venire meno la causa del contratto,

¹⁶² E. GABRIELLI, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali (brevi spunti di riflessione sulla clausola di esclusiva remedy)*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, p. 209: «L'ampiezza dell'argomento, e la pluralità di piani di incidenza sui quali lo stesso può manifestarsi, è tuttavia tale che certamente c'è ancora molta strada da percorrere nella relativa riflessione e ricerca poiché è la stessa nozione di rimedio, come insegna la dottrina di common law, a non essere suscettibile né di un'agevole definizione; né tanto meno di un facile inquadramento teorico, dato che numerose e variabili sono le ipotesi che potrebbero essere ricondotte all'interno del suo nucleo concettuale, nel tentativo di comporre in un'ordinata sistemazione e classificazione». Sulla nozione di "rimedio", si veda S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. Dir. priv.*, 2007, pp. 585 ss.

¹⁶³ Si vedano gli Autori citati *supra*, nota 93.

¹⁶⁴ Si veda *supra*, para. 3.2.a. e 3.2.b.; con specifico riferimento alle clausole di rinuncia all'azione di annullamento, si veda *infra*, Cap. II, para. 3 e, per i patti sulla nullità parziale, *infra*, Cap. III, para. 2.

¹⁶⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 975, all'esito di una riflessione sul problema della c.d. "contract governance" afferma che «il tema dei rimedi si rivela, così, più che ogni altro, il vero cuore del diritto dei contratti e della teoria del contratto».

¹⁶⁶ G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, pp. 147 ss., ma *contra* già A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, p. 160, per le motivazioni di cui si dirà subito nel prosieguo.

avvicinandolo al gioco o alla scommessa¹⁶⁷; ancora, le si erano ritenute incompatibili con l'art. 2740 c.c.¹⁶⁸.

Alla prima obiezione si è replicato che la risoluzione per inadempimento non mira a punire il debitore inadempiente: al più, una funzione sanzionatoria è svolta dalla responsabilità risarcitoria che, peraltro, l'art. 1229 c.c. consente di escludere nei casi di colpa semplice¹⁶⁹. Quanto al dubbio circa l'elisione della causa del contratto, si è ritenuto necessario distinguere il sinallagma genetico dal sinallagma funzionale: il primo consiste nella presenza di una repromissione al momento della stipulazione del contratto, elemento sufficiente a integrare il requisito causale; il secondo, invece, è il nesso di interdipendenza che avvince le prestazioni durante la fase esecutiva. Il patto di irrisolubilità incide solo sul sinallagma funzionale, lasciando intatta la causa del contratto¹⁷⁰. Infine, la censura vertente sul contrasto con l'art. 2740 c.c. è parsa non pertinente, poiché la norma impedisce la creazione di patrimoni separati, effetto che non deriva in alcun modo dalla clausola di irrisolubilità¹⁷¹.

In positivo, si è osservato che l'art. 2932, comma 1 c.c. permette di escludere l'azione per l'adempimento dell'obbligo di contrarre, così privando il creditore della tutela principale del sinallagma funzionale, perché «*destinat[a] fisiologicamente all'attuazione del vincolo*». Pertanto, la norma depone per la rinunciabilità *ex ante* della tutela avverso l'inadempimento. Ancora, la clausola *solve et repete* impedisce al debitore di rifiutarsi di eseguire la prestazione adducendo l'inadempimento del creditore e, in questo modo, rende la successiva domanda di risoluzione

¹⁶⁷ R. SACCO, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Vol. VI, T. 2, Torino, 1975, p. 936: il gioco e la scommessa inizierebbero già promettendo indipendentemente dalla certezza di ottenere la controprestazione (opinione poi mutata nel citato R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, T. 2, Torino, 2004, III Ed., pp. 617 – 618), come segnalato da F. DELFINI, *Autonomia privata*, cit., p. 576, nota 24. Formulano questa critica anche G. SCALFI, voce *Risoluzione del contratto*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, Vol. XXXI, p. 4 e U. CARNEVALI, in A. LUMINOSO – U. CARNEVALI – M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1990, p. 110.

¹⁶⁸ G. G. AULETTA, op. cit., p. 490; per la terza in particolare, F. SANTORO PASSERELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX Ed., Napoli, 2002, p. 185.

¹⁶⁹ F. DELFINI, *I patti*, cit., pp. 20-21, che costituisce il lavoro più importante dedicato alla clausola di irrisolubilità. L'Autore aggiunge che la risoluzione potrebbe sanzionare il debitore solo qualora il contratto costituisse per lui un buon affare, poiché, in tal caso, egli verrebbe privato della controprestazione di maggior valore. Tuttavia, si tratta di una circostanza contingente, che non può assurgere a nota distintiva del rimedio risolutorio. A p. 21 si osserva poi come la dottrina più recente abbia sottolineato che la risoluzione del contratto tutela gli interessi – disponibili – del creditore.

¹⁷⁰ F. DELFINI, op. ult. cit., pp. 23 ss. e pp. 42 ss. Per la distinzione tra sinallagma genetico e funzionale si veda *supra*, nota 13.

¹⁷¹ F. DELFINI, op. ult. cit., p. 20, che nota come il creditore verrà tutelato dall'azione di adempimento e dall'azione per il risarcimento del danno, davanti alle quali il debitore risponderà con tutti i propri beni presenti e futuri, come vuole l'art. 2740 c.c.

del contratto necessariamente *re non integra*¹⁷². In altre parole, l'art. 1462 c.c. legittima una forma di rinuncia alla risoluzione del contratto *re adhuc integra* che, come notato dalla dottrina, è il modello che assicura al creditore la conservazione della propria prestazione e lo tutela maggiormente dagli inadempimenti della controparte. Dunque, se è permesso rinunciare alla tutela più forte, anche quella meno incisiva deve ritenersi derogabile.

Ancora, si sono messi in luce diversi indici normativi che mostrano come la risoluzione del contratto svolga, in molti casi, un ruolo non centrale¹⁷³. Infine, si è sottolineato il rischio che il rimedio risolutorio si presti ad impieghi strumentali, che ne rendono opportuna una rinuncia convenzionale¹⁷⁴.

In questo modo, si è dimostrata la validità di principio delle clausole di irresolubilità. L'indagine si è così spostata sui limiti che incontra l'autonomia delle parti nell'escludere il rimedio risolutorio e ha portato ad individuare tre ordini di vincoli.

In primo luogo, si è ritenuta inammissibile l'esclusione contestuale di tutti i rimedi previsti dall'art. 1453 c.c., pena l'elisione del rapporto di corrispettività tra le prestazioni¹⁷⁵. Infatti, l'esistenza del sinallagma funzionale risulta dalla presenza di strumenti di reazione all'inadempimento. Questi strumenti sono più di uno e, quindi, la rinuncia a uno di essi non cancella il legame tra prestazione e controprestazione; tuttavia, a diverse conclusioni si dovrebbe giungere qualora le parti escludessero tutte le azioni avverso l'inadempimento.

In secondo luogo, un limite è stato individuato nell'art. 1229 c.c., ritenuto applicabile sulla scorta di una nozione ampia del termine "responsabilità" contenuto nella norma¹⁷⁶. Pertanto, si è ritenuto impossibile rinunciare al rimedio demolitorio in caso di inadempimenti dolosi o gravemente colposi.

¹⁷² Per F. DELFINI, op. ult. cit., pp. 39-40.

¹⁷³ F. DELFINI, op. ult. cit., pp. 64 ss. Su queste ipotesi ci si è soffermati diffusamente *supra*, para. 3.2.c., pp. 30 ss.

¹⁷⁴ F. DELFINI, op. ult. cit., pp. 61 ss. Come si vedrà *infra*, Cap. II, para. 3, considerazioni analoghe valgono anche per l'azione di annullamento per errore.

¹⁷⁵ F. DELFINI, op. ult. cit., pp. 44 ss., spec. p. 49.

¹⁷⁶ F. DELFINI, op. ult. cit., pp. 76 ss., e già in questo senso A. BELFIORE, voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, Vol. XL, Milano, 1989, pp. 1310 ss. e F. BENATTI, voce *Clausole di esonero della responsabilità*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Vol. II, Torino, 1988, p. 399. Concordano sul ruolo dell'art. 1229 c.c. R. SACCO, *Il contratto*, T. 2, cit., pp. 617-618; P. GALLO, *I rimedi, la fiducia, l'apparenza*, in *Trattato del contratto*, Vol. III, Torino, 2010, pp. 2149 ss., che sottolinea la possibilità, in un contratto plurilaterale, di attribuire soltanto ad alcune parti la possibilità di agire per la risoluzione del contratto; D. CARUSI, sub *Art. 1453 c.c.*, in E. GABRIELLI (a cura di), *Commentario del codice civile*, Vol. IV, Torino, 2011, p. 415; Cass. 7054/2012; Cass. 3866/1980, segnalate da F. DELFINI, *Autonomia privata*, cit., p. 575; E. GABRIELLI, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali*, cit., p. 223.

In terzo luogo, considerato che la clausola di irrisolubilità mostra la volontà dei contraenti di tutelare il sinallagma funzionale tramite l'azione di adempimento, è sembrato impossibile escludere l'eccezione prevista dall'art. 1461 c.c., che protegge nei casi in cui la fruttuosità dell'azione esecutiva paia dubbia¹⁷⁷.

Dal punto di vista dell'efficacia della clausola, si affermata la possibilità di dichiarare inefficace il patto sulla scorta di un'applicazione analogica dell'art. 1462, comma 2, c.c., qualora le mutate condizioni patrimoniali della controparte facciano presagire l'infruttuosità delle azioni di adempimento e risarcimento del danno¹⁷⁸.

La dottrina successiva al contributo appena richiamato è per lo più concorde sulla validità del patto di irrisolubilità¹⁷⁹, anche se permangono alcune divergenze circa la pertinenza del richiamo all'art. 1229 c.c.¹⁸⁰ e la possibilità di dichiarare inefficace il patto nei casi dell'art. 1462, comma 2 c.c.¹⁸¹. Al netto di queste incertezze, si può comunque concludere che la

¹⁷⁷ F. DELFINI, op. ult. cit., pp. 84-85.

¹⁷⁸ F. DELFINI, op. ult. cit., p. 85, che aggiunge anche la possibilità di disapplicare la clausola qualora sussistano altri "gravi motivi".

¹⁷⁹ Per es., E. GABRIELLI, op. ult. cit., pp. 217 ss.; L. BERTINO, *Sulla validità di una clausola di irrisolubilità del contratto per inadempimento*, in *NGCC*, 2013, fasc. 2, pp. 544 ss. Si vedano poi le recenti opere monografiche di B. SIRGIOVANNI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, Milano, 2019; E. CICONI, *Disponibilità ed esclusività dei rimedi contro l'inadempimento contrattuale*, Milano, 2020, spec. pp. 243 ss.

Si segnalano però le posizioni contrarie di C. M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 75, pena un'inammissibile menomazione di uno strumento di tutela legale del diritto di credito, e di V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 944. Dubitativo – seppure contro la tesi tradizionale dell'invalidità - anche G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione*, cit., p. 26.

¹⁸⁰ Per es., U. CARNEVALI, *Brevi note in tema di disponibilità convenzionale della disciplina della risoluzione per inadempimento*, in *Contr.*, 2021, pp. 599 ss., ritiene valido il patto di rinuncia preventiva alla sola risoluzione per inadempimento, salva la possibilità di disapplicarlo in accoglimento di un'eccezione di buona fede ex art. 1175 c.c. o un'*exceptio doli generalis* avuto riguardo alle circostanze e, in particolare, alla natura dell'obbligazione inattuata. Invece, la clausola che sostituisca a tutti i rimedi per l'inadempimento il solo risarcimento del danno (clausola di *exclusive remedy*), sarebbe valida solo qualora le prestazioni siano state eseguite da ambo i lati ma una sia difettosa o eseguita in ritardo: in tutti gli altri casi, «la clausola in esame finisce con il disarmare completamente uno dei contraenti e con lo svuotare di ogni significato lo scambio tra prestazione e controprestazione del sinallagma funzionale». Questo anche sul presupposto che il rimedio risarcitorio non possa attribuire il controvalore della prestazione dovuta dal debitore inadempiente. Si vedano poi ID., *Della risoluzione per inadempimento*, cit., pp. 109 – 110 e ID., *La risoluzione*, cit., pp. 28 – 30.

Sembrano condivisibili i rilievi di G. SICCHIERO, *Nullità della clausola di rinuncia alla risoluzione e massime mentitorie*, in *Giur. it.* 2012, III, p. 2257 e ID., *La risoluzione per inadempimento*, in P. SCHLESINGER (fondato da) – F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2007, p. 395: la clausola di irrisolubilità svolge una funzione diversa da quella di limitazione della responsabilità risarcitoria e «i piani operativi sono del tutto diversi». Similmente anche A. GALLARATI, op. cit., pp. 1053-1054, «il dato letterale della norma [è] di tutt'altro tenore e la ratio della medesima non [è] affatto pregiudicata dalla deroga allo scioglimento (unilaterale) del vincolo per comportamento infedele di una delle due parti». Per questo Autore, la clausola sarebbe valida, salvo il caso di scuola in cui riguardasse tutti i rimedi disponibili, tutte le obbligazioni del contratto e valesse per entrambe le parti.

¹⁸¹ U. CARNEVALI, *La risoluzione*, cit., pp. 30 ss., propone il ricorso alla clausola generale di correttezza e buona fede per individuare i casi in cui ritenere inefficace la clausola pur valida: così avverrebbe nel caso in cui il convenuto in risoluzione eccepisse l'irrisolubilità del contratto dopo aver reso impossibile o inutile l'azione per l'adempimento, magari trattenendo la prestazione già ricevuta. E. CICONI, op. ult. cit., pp. 243 ss., ipotizza l'applicazione analogica dell'art. 1462 c.c. e della clausola generale di buona fede.

clausola di irrisolvibilità per inadempimento è generalmente ammessa nel nostro ordinamento, almeno nei contratti tra soggetti di pari *status*¹⁸².

A maggior ragione, si devono ritenere possibili interventi più limitati, come l'innalzamento della soglia di rilevanza dell'inadempimento richiesta per la caducazione dell'accordo o l'accordo volto a considerare non gravi specifici inadempimenti (es.: il ritardo nell'esecuzione)¹⁸³.

4.1.b. La condizione risolutiva di inadempimento

Un'altra direzione che può prendere l'esercizio dell'autonomia negoziale è dedurre l'inadempimento di una parte in una condizione risolutiva, pattuendo la c.d. "condizione risolutiva di inadempimento". In questo modo, l'inesecuzione della prestazione causerà il travolgimento automatico del contratto, con effetto retroattivo *erga omnes* ex art. 1357 c.c.

L'utilità di questa clausola consiste nel rendere opponibile ai terzi la risoluzione del contratto, superando la regola contenuta nell'art. 1458, comma 2, c.c.¹⁸⁴. Inoltre, la presenza di una pattuizione del genere costituisce certamente un incentivo ad adempiere, analogamente alla clausola risolutiva espressa e al termine essenziale¹⁸⁵.

¹⁸² Per i consumatori, l'art. 33, comma 2, lett. b) presume vessatorie – fino a prova contraria - le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di «*escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista*»; inoltre, sembra che le clausole in esame comportino quello «*significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi*» che l'art. 33 cod. cons. pone al centro del giudizio di abusività della clausola. Così già F. DELFINI, op. cit., pp. 81-82.

¹⁸³ La validità di questi patti si può argomentare sulla base dell'art. 1455 c.c. che, dando rilevanza all'«*interesse*» della parte all'adempimento, dovrebbe permettere che tale valutazione avvenga *ex ante*, simmetricamente a quanto avviene nella clausola risolutiva espressa: così U. CARNEVALI, *La risoluzione*, cit., p. 27 e G. SCALFI, op. cit., p. 4 e si veda anche ID., *Brevi note*, cit., pp. 600-601. P. VITUCCI, «*Ogni ritardo sarà considerato di scarsa importanza*», cit., da p. 577, ritiene validi questi patti, salvi il diritto al risarcimento del danno e la possibilità di risolvere il contratto nel caso in cui il ritardo renda «*del tutto inutile*» la prestazione. Così anche L. NANNI, in L. NANNI – M. COSTANZA – U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja – Branca*, T. 1, Vol. II, Bologna-Roma, 2007, p. 37. Critico sulla clausola di irrisolvibilità, anche ove limitata al solo inadempimento consistente nel ritardo, C. M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 75. Ritiene valida la clausola solo se non escluda totalmente il rimedio, M. BORRIONE, sub *Art. 1453 c.c.*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile. Artt. 1343-1469 bis*, Milano, 2010, pp. 1525 ss. In ogni caso, non si vedono valide ragioni per precludere alle parti quanto il legislatore fa nei casi in cui innalza la soglia di gravità dell'inadempimento o esclude del tutto la risoluzione del contratto: per esempio, artt. 1668, 1878, 728 c.c., segnalati da F. DELFINI, *I patti*, cit., pp. 64 ss.

¹⁸⁴ Così, nitidamente, il recente contributo di U. CARNEVALI, *Brevi note*, cit., p. 601.

¹⁸⁵ Si potrebbe dire che la condizione di inadempimento rappresenta un incentivo maggiore, perché l'art. 1456 c.c. subordina l'effetto risolutorio alla dichiarazione di volersi avvalere della clausola; mentre l'art. 1457 c.c. dispone che la risoluzione si verifichi immediatamente, ma il creditore possa dichiarare entro tre giorni di esigere ugualmente l'esecuzione della prestazione. Tuttavia, la condizione di inadempimento è una condizione c.d. "unilaterale", il cui avveramento, per la giurisprudenza, può essere oggetto di rinuncia da parte del creditore. Si veda R. SACCO, *Il contratto*, T. 1, cit., pp. 430-433, critico nei confronti della costruzione; in giurisprudenza,

L'ammissibilità di un patto di questo tipo è stata ampiamente dibattuta. Come per la clausola di irrisolvibilità, si è assistito al superamento dell'opinione tradizionale, contraria alla loro validità.

Da un lato, i caratteri del fatto "inadempimento" sembravano incompatibili con i requisiti dell'evento deducibile in condizione: l'incertezza, l'accidentalità e l'estrinsecità agli interessi già disciplinati dal contratto¹⁸⁶. Le obiezioni sono state superate mostrando come la condizione di inadempimento si armonizzi con il significato corretto da attribuire a questi termini.

Quanto al primo requisito, la constatazione che la prestazione è dovuta non attribuisce al creditore la certezza che il debitore adempierà¹⁸⁷. Quanto all'accidentalità, intesa come possibilità di rimuovere la condizione senza che ciò cancelli, nel contenuto residuo, «*un programma capace di essere giuridicamente rilevante ed efficace*», la condizione di inadempimento è certamente "accidentale"¹⁸⁸. Infine, la condizione di inadempimento rispetterebbe anche il requisito dell'"estrinsecità", intesa come idoneità del meccanismo condizionale a dare rilievo

per esempio: Cass. civ. 18031/2020; 13650/2013; 17059/2011. Cass. civ. 6634/2012 ha qualificato come unilaterale proprio una condizione risolutiva di inadempimento, quali dovrebbero essere quelle in esame. Critica anche I. RIVA, *A proposito della condizione risolutiva unilaterale di adempimento* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.1, 2013, pp. 203 ss.

Si precisa che la decorrenza dell'effetto risolutivo *ex art.* 1457 c.c. è discussa: nel senso del testo, P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, pp. 70-71, salva successiva dichiarazione del creditore che faccia venire meno la risoluzione. In questo modo, si permette al creditore di ricercare immediatamente una prestazione sostitutiva; quanto al debitore, «*il porre a [suo] carico [...] l'incertezza per i successivi tre giorni è giustificato dal suo inadempimento*». *Contra* C. M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., pp. 343 ss., per il quale l'effetto si verifica alla scadenza del terzo giorno successivo al decorso del termine, salvo che il creditore compia un negozio di rifiuto della risoluzione.

¹⁸⁶ G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, Verona, 1996, pp. 20 ss., che costituisce il principale studio sulla clausola di cui si discute. Sono affrontati prima gli ostacoli c.d. "concettuali" (in particolare, pp. 70 ss.) – riguardanti la compatibilità della clausola con i tradizionali requisiti dell'evento dedotto in condizione – e poi quelli "di ordine operativo" (pp. 310 ss.), riguardanti la compatibilità del meccanismo esaminato con la tutela sinallagmatica, la natura elettiva della risoluzione ordinaria e gli effetti *inter partes* della risoluzione del contratto. Si veda anche R. LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela. L'adempimento dedotto in condizione*, Milano, 1996, pp. 8 ss.

¹⁸⁷ G. AMADIO, op. ult. cit., pp. 82 ss. Nemmeno andrebbe trascurato che la possibilità di ottenere in via coattiva l'adempimento *presuppone* l'inesecuzione e che l'adozione della clausola in esame rivela un disinteresse per l'azione di adempimento.

¹⁸⁸ G. AMADIO, op. ult. cit., pp. 107 ss., che adotta la visione di A. FALZEA, voce *Condizione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 73. Nessun problema sorgerebbe anche riferendosi alle altre nozioni di essenzialità/accidentalità: «*intendendo l'essenzialità come sinonimo di appartenenza allo schema tipico*», andrebbe considerato che l'esecuzione è tratto caratteristico del tipo solo in specifiche applicazioni del patto di cui si discute; in ogni caso, poi, in tali ipotesi il contratto condizionato diverrebbe, al più, atipico. Infine, va rigettata la tesi che «*[fa] coincidere l'essenzialità con la sua necessità ai fini della esistenza o della validità del negozio*», perché in tal modo si considererebbe invalido il contratto inadempito. La pretesa assenza di "accidentalità" è un punto in passato sottolineato dalla giurisprudenza: si veda Cass. civ. 7007/1993 ma *contra*, tra le prime, Cass. civ. 8051/1990 e Cass. civ. 1842/1997. Per una critica all'uso dei precedenti fatto dalla giurisprudenza, R. CALVO, *Deducibilità dell'adempimento in condizione e autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, pp. 903 ss.

a motivi personali e interessi ulteriori rispetto a quelli tipicamente perseguiti con la stipulazione di un certo contratto: infatti, la pattuizione ha la funzione di proteggere maggiormente gli interessi del creditore, considerati l'automatismo e l'opponibilità ai terzi che la caratterizzano¹⁸⁹.

Un secondo ordine di obiezioni verteva sull'incompatibilità della clausola in esame con l'inadempimento inteso come «*difetto funzionale della causa*», al cui venir meno si sarebbe potuto reagire esclusivamente con la risoluzione *ex artt.* 1453 ss. c.c.¹⁹⁰. Tuttavia, si è dimostrata l'infondatezza di entrambi gli assunti¹⁹¹. Si è poi argomentata la compatibilità della condizione risolutiva di inadempimento con la natura “elettiva” del rimedio risolutorio, di cui costituisce una scelta “anticipata”, e con gli effetti normalmente non automatici della risoluzione per inadempimento, osservando che l'art. 1457 c.c. prevede una fattispecie demolitoria automatica¹⁹².

Un problema delicato è sorto in relazione all'efficacia retroattiva *erga omnes* dell'avveramento della condizione¹⁹³, che ha fatto sospettare il contrasto della pattuizione in esame con l'inopponibilità della risoluzione ai terzi sancita dall'art. 1458, comma 2, c.c. e con il principio di relatività degli effetti del contratto *ex art.* 1372 c.c.

Al riguardo, è stato osservato che la retroattività *ultra partes* non deriva da un successivo venir meno degli effetti traslativi, quanto piuttosto «*dal loro originario non prodursi o non prodursi in modo pieno*» in capo al terzo avente causa. Dunque, «*l'opponibilità della caducazione costituisce, a questo punto, non il contenuto immediato del precetto d'autonomia, quanto la conseguenza (logica prima che) normativa della configurazione impressa alla vicenda sul piano reale*»¹⁹⁴. Inoltre, si è condivisibilmente

¹⁸⁹ G. AMADIO, op. ult. cit. p. 84; F. DE CRISTOFARO, *Sulla c.d. condizione di adempimento*, nota a Cass. civ. 1842/1997, in *Corr. Giur.*, 1997, p. 1104, che esprime anche perplessità sul fondamento legale del requisito in esame; D. CARUSI, *Condizione e termini*, in M. COSTANZA (a cura di), *Effetti*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, Vol. III, II Ed., Milano, 2023, pp. 357-358, osserva che, anche ammettendo l'esistenza di tale requisito, dagli artt. 1353 ss. c.c. non risulterebbe esclusa «*la destinazione della figura ad altri fini*»: il problema è, piuttosto, la sua compatibilità con la disciplina della risoluzione per inadempimento, su cui subito *infra*. Si vedano anche R. CALVO, *Deducibilità dell'adempimento in condizione e autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, pp. 903 ss., che critica la giurisprudenza in materia, e R. LENZI, *In tema di adempimento come condizione: ammissibilità, qualificazione e disciplina*, in *Riv. not.*, 1986, pp. 88 ss.

¹⁹⁰ Tale concezione risale a F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981, p. 199.

¹⁹¹ G. AMADIO, op. ult. cit., pp. 322 ss.

¹⁹² L'art. 1457 c.c. rendere irrilevante l'interesse del debitore a poter adempiere tardivamente e, quindi, mostra la compatibilità della condizione con la considerazione che la disciplina della risoluzione ha degli interessi del debitore. Quanto alla coerenza della clausola *de qua* con l'interesse del creditore, l'Autore osserva come essa sia una (auto) limitazione delle possibilità di scelta del soggetto in favore del quale è predisposta, indubitabilmente legittima.

¹⁹³ Ritiene dirimente l'aspetto G. TATARANO, «*Incertezza*», *autonomia privata e modello condizionale*, Napoli, 1976, p. 89.

¹⁹⁴ Sempre G. AMADIO, *ibidem*, pp. 360 ss. e in particolare p. 409. Per una sintesi: F. BESOZZI, *La condizione di inadempimento*, in *Contratti*, 2004, fasc. 7, pp. 671 ss.

affermato che la retroattività reale non è una nota caratteristica della condizione risolutiva di inadempimento, ma un effetto che la legge attribuisce *ex art.* 1357 c.c. a qualsiasi condizione risolutiva¹⁹⁵. Né sarebbe irrimediabilmente pregiudicato l'affidamento dei terzi, ossia l'interesse protetto dall'art. 1458, comma 2, c.c.: nelle compravendite immobiliari, la condizione verrebbe menzionata nella nota di trascrizione (art. 2659, ult. comma, c.c.) mentre, nelle compravendite mobiliari, l'art. 1153 c.c. soccorrerebbe a consolidare il loro acquisto¹⁹⁶.

Sono stati dunque superati gli ostacoli tradizionalmente frapposti all'ammissibilità della figura in esame¹⁹⁷.

Resta il problema della risarcibilità del danno patito per l'inadempimento dell'obbligazione dedotta in condizione¹⁹⁸. Parte della dottrina ha ritenuto contraddittorio ristorare il pregiudizio derivante da una violazione la cui rilevanza giuridica viene travolta, per l'operare della condizione, nel momento stesso in cui si realizza. Da altro punto di vista, è parso che la caducazione della regola violata faccia venire meno il criterio per giudicare illecita la sua trasgressione¹⁹⁹. A fronte di tali obiezioni, si è raccomandata l'adozione di

¹⁹⁵ U. CARNEVALI, *Brevi note*, cit., p. 602.

¹⁹⁶ U. CARNEVALI, op. ult. cit., p. 602.

¹⁹⁷ In dottrina, sono favorevoli alla condizione di inadempimento, tra gli altri, G. AMADIO, op. ult. cit., *passim*; U. CARNEVALI, op. ult. cit., pp. 602 ss.; D. CARUSI, op. cit., pp. 356 ss.; M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, in F. D. BUSNELLI – S. PATTI – V. SCALISI – P. ZATTI (collana diretta da), *Studi di Diritto Privato*, Vol. LIII, Torino, 2013, pp. 252 ss.; ulteriori riferimenti in F. BESOZZI, *La condizione di inadempimento*, op. cit., p. 672, nota 12. In giurisprudenza, Cass. civ. 9504/2010 e Cass. civ. 17859/2003, che però negano la risarcibilità del danno da inadempimento. Si vedano poi L. MARTONE, *Condizione risolutiva d'inadempimento*, in *NGCC*, 2008, fasc. 3, pp. 71 ss.; E. BUDA, *Condizione di inadempimento e interpretazione del contratto*, nota a Cass. civ. Sez. II, 02 ottobre 2014, n. 20854, in *Contr.*, 2015, pp. 465 ss.; B. COLOSIMO, *La condizione risolutiva di inadempimento*, nota a Cass. civ. Sez. II Sent., 15 novembre 2006, n. 24299, in *Obbl. e Contr.*, 2008, fasc. 3, pp. 215 ss.

¹⁹⁸ Un problema ulteriore consiste nel comprendere se l'inadempimento dedotto in condizione debba essere imputabile e grave per produrre l'effetto risolutivo. U. CARNEVALI, op. ult. cit., p. 603 conclude per la superfluità del primo requisito; invece, della gravità dell'inadempimento si potrà prescindere solo ove la clausola contempli specifiche obbligazioni, sulla falsariga di una clausola risolutiva espressa.

¹⁹⁹ Le due accezioni dell'opinione negativa sono riassunte da G. AMADIO, op. ult. cit., pp. 417 ss. Contrario alla risarcibilità G. G. AULETTA, op. cit., pp. 92-95, nel contesto di un'analisi dedicata al diverso tema del fondamento della risoluzione del contratto. Per A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, pp. 219-221, il danno da inadempimento è risarcibile solo qualora la condizione risolutiva sia apposta alla controprestazione dovuta dal creditore deluso, e non all'intero contratto. Tuttavia, la conclusione è influenzata dalla particolare ricostruzione della retroattività della condizione seguita dall'Autore. Si veda anche S. MAIORCA, voce *Condizione*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.* Torino, 1988, p. 282. Su un piano diverso, secondo Cass. civ. 17859/2003, in presenza di una condizione di inadempimento, l'inesecuzione non costituirebbe «un illecito contrattuale, bensì il legittimo esercizio d'una potestà convenzionalmente attribuita, in quanto costituente l'evento espressamente dedotto in condizione risolutiva potestativa per concorde volontà d'entrambe le parti». Il ragionamento trascura che la funzione della clausola è rafforzare la tutela del creditore e non concedere una specie di diritto di recesso al debitore; inoltre, il comportamento del debitore è pur sempre dedotto in obbligazione e quindi doveroso. Così I. RIVA, *A proposito della condizione risolutiva unilaterale di adempimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*,

clausole di esclusione della retroattività o di risarcibilità del danno da inadempimento²⁰⁰, mentre rimane dubbia la soluzione da adottare nel caso in cui queste manchino²⁰¹.

4.2. Patti atipici di deroga alla disciplina delle sopravvenienze

Nella prassi sono diffuse anche clausole di deroga alla disciplina dell'impossibilità e dell'eccessiva onerosità sopravvenuta sopravvenute. Tramite di esse, le parti ripartiscono tra loro il rischio degli eventi regolati dagli artt. 1463 e 1467 c.c., oppure sostituiscono il rimedio manutentivo a quello caducatorio ivi previsto. L'attenzione degli interpreti si è concentrata sulla validità di queste pattuizioni e, quindi, sulla derogabilità delle norme citate.

4.2.a. Clausole di deroga alla disciplina della risoluzione per impossibilità sopravvenuta

Quanto all'impossibilità sopravvenuta, va esaminata anzitutto l'ammissibilità di clausole che precludano la risoluzione del contratto *ex art.* 1463 c.c. o il recesso *ex art.* 1464 c.c., in caso di impossibilità parziale. In secondo luogo, si dovrà comprendere se siano validi i patti tramite i quali le parti modificano la ripartizione del rischio del perimento fortuito del bene compravenduto prevista dall'art. 1465 c.c.

Sotto il primo profilo, è opinione diffusa quella che qualifica gli artt. 1463 e 1464 c.c. come norme derogabili: di qui, la validità della clausola che preveda l'irrisolubilità del

2003, fasc. 1, pp. 211. Per M. COSTANZA, *Gli elementi accidentali del contratto*, in *Vita not.*, 1988, suppl., p. LIV, la condizione risolutiva preclude il risarcimento del danno da inadempimento e, quindi, è nulla *ex art.* 1229 c.c.

²⁰⁰ G. AMADIO, op. ult. cit., pp. 425-427 suggerisce di escludere la retroattività *ex art.* 1360 c.c.; F. BESOZZI, op. cit., p. 677, propone anche la previsione di una clausola penale, strumento ritenuto legittimo da Cass. civ. 6634/2012 e 24299/2006. Resterebbe salva la possibilità di rinunciare alla condizione per avvalersi dell'ordinario rimedio risolutivo e dell'azione di risarcimento del danno: G. PETRELLI, *La condizione «elemento essenziale» del negozio giuridico*, Milano, 2000, p. 447; C. UNGARI TRASATTI, *L'avveramento della condizione risolutiva di inadempimento e la questione sulla responsabilità della parte inadempiente*, nota a Cass. civ. 17859/2003, in *Riv. not.*, 2004, p. 530.

²⁰¹ Negano tale compatibilità gli Autori citati *supra*, nota 199. In giurisprudenza si vedano per es. la citata Cass. civ. 17859/2003 e Cass. civ. 1805/1977, in *Giur. it.*, 1977, I, 1259; ulteriori riferimenti in F. BESOZZI, op. cit., p. 672, nota 11. Per G. AMADIO, op. ult. cit., pp. 432 ss. il problema può essere superato adottando la particolare nozione di "danno da risoluzione" proposta da A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in F. GALGANO (diretto da), *Commentario del Codice civile Scialoja – Branca*, T. 1, Vol. 1, Bologna – Roma, 1990, pp. 224 ss.: sarebbe proprio la perdita del diritto alla prestazione derivante dalla risoluzione del contratto a fondare il diritto al risarcimento del danno. È per la risarcibilità del danno L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1956, p. 436.

contratto per impossibilità sopravvenuta²⁰². Il contratto contenente la pattuizione così congegnata dovrebbe qualificarsi come convenzionalmente aleatorio²⁰³.

Quanto agli interventi dell'autonomia privata sull'art. 1465 c.c., il problema, stante il rimando operato dalla norma all'art. 1376 c.c., è stato affrontato secondo due approcci differenti.

Da un lato, alcuni studi hanno indagato la derogabilità del principio consensualistico ex art. 1376 c.c., concludendo per la validità delle clausole con cui si rinvii l'effetto reale alla rinnovazione del contratto in una forma più solenne, al pagamento del prezzo o a un successivo atto di adempimento dell'obbligazione di dare²⁰⁴.

Dall'altro, la dottrina ha esaminato la possibilità di derogare al solo art. 1465 c.c., tramite patti che recidano il nesso tra trasferimento della proprietà e passaggio del rischio del

²⁰² R. SACCO, *Il contratto*, T. 2, cit., p. 978; F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in P. SCHLESINGER (fondato da) – F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2003, pp. 78 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, in A. CICU – F. MESSINEO (diretto da) – L. MENGONI (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. XXI, T. 1, Milano, 1987, pp. 287-288. L'opinione è condivisa dalla giurisprudenza, che, premessa la derogabilità delle norme citate, ritiene in via di principio valide le c.d. "clausole di inversione del rischio" nel contratto di *leasing* (ossia patti con cui si prevede che l'utilizzatore sopporti il rischio di mancata consegna o vizi della cosa): per es., Cass. civ. 10926/1998. In dottrina si vedano G. RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, 1989; G. DE NOVA, voce *Leasing* in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Vol. X, pp. 476 ss.; F. DELFINI, op. ult. cit., pp. 71 ss.; M. BUSSANI, *Contratti moderni. Factoring, franchising, leasing*, in R. SACCO (diretto da), *I singoli contratti*, Vol. IV, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, pp. 335 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici. Si veda anche la risalente Cass. civ. 5592/1977, in *Giur. It.*, 1978.

²⁰³ F. DELFINI, *ibidem*, pp. 78 ss. Si avrebbe un contratto commutativo "con alea estesa" in presenza di un riequilibrio del sinallagma tramite strumenti appositamente predisposti. A tale contratto si applicherebbero la rescissione per lesione ex art. 1448, comma 4 c.c. e gli altri «rimedi per le sopravvenienze (anche quelli che, come la inesigibilità, hanno fondamento nel canone di buona fede e nell'equità)». *Contra* M. ZACCHEO, *Patti sul rischio e sopravvenienza*, Roma, 2002, pp. 97-98. Per V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 883, la clausola di irrisolvibilità per impossibilità sopravvenuta «nella peggiore delle ipotesi, si affaccerebbe sul precipizio della nullità per mancanza di causa; nella migliore, cadrebbe sul terreno del contratto (convenzionalmente) aleatorio»; inoltre, qualora la rinuncia fosse bilaterale, si avrebbero «due promesse indipendenti fra loro (giacché la sorte dell'una non influisce sulla sorte dell'altra), e sostanzialmente unilaterali. Ma allora si sfiorerebbe pericolosamente la violazione del principio di tipicità delle promesse unilaterali (art. 1987): principio con valore di ordine pubblico [...]».

²⁰⁴ Per la prima ipotesi, Cass. civ. 692/1969, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, p. 2162 e Cass. civ. 3807/1978, in *Rep. for. it.*, 1978, voce "Vendita", n. 100, riportate da F. DELFINI, op. ult. cit., p. 138; per la subordinazione dell'effetto traslativo al pagamento del prezzo, si veda la giurisprudenza che permette il condizionamento della sentenza ex art. 2932 c.c. all'adempimento del promissario acquirente (per es. Cass. civ. 16881/2007 e Cass. civ. 59/2002); per la subordinazione a una *datio* successiva, si veda F. DELFINI, op. ult. cit., pp. 145 ss., che valorizza la giurisprudenza in tema di contratto preliminare per affermarne il ruolo di «equivalente, quantomeno funzionale, della vendita a efficacia obbligatoria», alla luce della ricostruzione del contratto definitivo come «atto traslativo con causa esterna (solutoria)» (Cass. civ. 5147/1987 e Cass. civ. 9500/1987). Viene poi sottolineata la portata sistematica dell'art. 2645-bis, commi 2 e 3, c.c. In dottrina si vedano anche G. B. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. delle società*, 1970, pp. 913 ss.; C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, II Ed. Torino, 1993, pp. 78 ss.; C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contr. Impr.*, 1998, pp. 572 ss. Come nota F. DELFINI, op. ult. cit., p. 154, il rinvio del trasferimento della proprietà alla consegna del bene grava l'alienante del rischio del perimento e dell'impossibilità sopravvenuta di adempiere alla prestazione di dare; correlativamente, egli potrà invocare l'eccessiva onerosità sopravvenuta, per il caso in cui il bene venduto aumenti eccezionalmente di valore.

perimento fortuito. L'indagine ha messo in luce come questo effetto possa essere ottenuto tramite tre modalità diverse.

In primo luogo, le parti potrebbero derogare all'art. 1465 c.c., ricollegando il passaggio del rischio del perimento fortuito alla *consegna*. Raggiunto l'accordo in questo senso, la consegna/passaggio del rischio potrebbe precedere il trasferimento della proprietà, oppure avvenire dopo di esso. Nella prima sotto-ipotesi, i contraenti adotterebbero il paradigma già seguito dal codice civile per la vendita con riserva della proprietà, ove l'immediata soggezione al rischio del perimento opera come una sorta di "costo" per la disponibilità attuale del bene da parte dell'*accipiens*²⁰⁵. Nella seconda sotto-ipotesi, i contraenti rinvierebbero il passaggio del rischio a un evento successivo al trasferimento del dominio, come la consegna del bene compravenduto²⁰⁶. Questa sequenza tutelerebbe l'acquirente dal rischio che l'alienante compia vendite successive alla prima che prevalgano su di essa in forza dell'operare, per esempio, dell'art. 1153 c.c.²⁰⁷.

In secondo luogo, i contraenti potrebbero pattuire che il rischio del perimento fortuito gravi sull'acquirente dalla *stipulazione* del contratto, ma rinviare l'acquisto della proprietà a un momento successivo²⁰⁸. Si tratterebbe, in tal caso, dello schema prefigurato dall'art. 1465, comma 2 c.c., che pone tale rischio sul compratore già dal momento del perfezionamento dell'accordo, anche ove l'effetto traslativo sia differito allo scadere di un termine²⁰⁹.

4.2.b. Clausole di deroga alla disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta

Per concludere questa breve analisi dei patti atipici di deroga alla disciplina delle sopravvenienze resta da indagare la possibilità di intervenire sulla regolazione dell'eccessiva onerosità sopravvenuta.

²⁰⁵ Si avrebbe, quindi, la sequenza contratto (ma non trasferimento della proprietà: deroga all'art. 1376 c.c.) - consegna della cosa/passaggio del rischio (in deroga all'art. 1465 c.c.) - trasferimento della proprietà (per es., subordinato al pagamento del prezzo). Come noto, l'art. 1523 c.c. prevede che «*nella vendita a rate con riserva della proprietà, il compratore acquista la proprietà della cosa col pagamento dell'ultima rata di prezzo, ma assume i rischi dal momento della consegna*». Per queste riflessioni, si veda F. DELFINI, op. ult. cit., pp. 155, 162.

²⁰⁶ Secondo la sequenza contratto/trasferimento della proprietà (art. 1376 c.c.) - consegna della cosa/passaggio del rischio (deroga all'art. 1465 c.c.).

²⁰⁷ Per C. M. BIANCA, op. ult. cit., p. 79, il patto sarebbe meritevole ogniqualvolta il compratore nutra un interesse qualificato alla consegna immediata, ma il venditore sia impossibilitato ad effettuarla. Similmente F. DELFINI, op. ult. cit., pp. 155-157, 161-162: la meritevolezza del patto dipenderebbe dall'impossibilità o dall'interesse del venditore a rinviare la consegna.

²⁰⁸ Si veda F. DELFINI, op. ult. cit., pp. 157 ss.

²⁰⁹ In questo caso, per F. DELFINI, op. cit., p. 162, l'ammissibilità della clausola dovrà essere valutata «*con particolare cautela e rigore*», specie considerate le perplessità mostrate dalla dottrina circa l'art. 1465, comma 2, c.c., su cui sempre F. DELFINI, op. cit., pp. 124 ss.

La derogabilità degli artt. 1467 ss. c.c. è comunemente riconosciuta in dottrina²¹⁰. L'attenzione degli interpreti non si è concentrata su questo aspetto, quanto, piuttosto, sulle modalità attraverso le quali sia possibile escludere il rimedio risolutorio.

In estrema sintesi, una prima strada per ottenere questo effetto è stata individuata nella stipulazione di un contratto convenzionalmente aleatorio, come prefigurato dallo stesso art. 1469 c.c. Da questo punto di vista, l'analisi della derogabilità dell'art. 1467 c.c. sfocia nello studio delle pattuizioni in grado di trasformare il contratto commutativo in aleatorio. In questo modo, si ottiene una deroga "indiretta" alla disciplina della patologia in esame²¹¹.

Un'altra serie di pattuizioni capaci di precludere il ricorso alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta è rappresentata dalle clausole con le quali una parte si assume il rischio dell'accadere di un certo evento, senza che, però, ciò permetta di categorizzare l'accordo quale convenzionalmente aleatorio: piuttosto, si dovrà parlare di contratto ad alea normale "estesa"²¹². Un esempio è offerto dai patti che escludono l'applicabilità dell'art. 1664 c.c., ammessi dalla giurisprudenza e ritenuti inidonei a trasformare l'appalto in contratto aleatorio per volontà delle parti²¹³.

²¹⁰ Per es., R. SACCO, *Il contratto*, T. 2, cit., p. 698; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006, p. 127; P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Agg. VII, p. 457, che cita anche le clausole di deroga all'art. 1664 c.c.; F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, pp. 197, 381. È significativa la constatazione che alcuni studi non si soffermano sul punto e trattano direttamente la possibilità di escludere convenzionalmente il rimedio: per es., V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 944-945

²¹¹ Così, recentemente, G. DE NOVA, *Disciplina convenzionale delle sopravvenienze*, in *Controversie contrattuali*, Torino, 2022, p. 23. Per alcuni riferimenti sul tema dei contratti aleatori, si veda *infra*, Cap. III, para. 8.

²¹² R. SACCO, *Il contratto*, T. 2, cit., p. 698, che avverte che il rimedio resta esperibile per fronteggiare l'onerosità derivante da rischi diversi da quelli accollati a una parte; G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, pp. 39-40; P. GALLO, op. ult. cit., che puntualizza che nei contratti ad "alea normale estesa" l'eccessiva onerosità sopravvenuta resta rilevante qualora derivi da rischi ulteriori rispetto a quelli ripartiti dal programma contrattuale; nei contratti convenzionalmente aleatori, invece, il rimedio sarebbe del tutto precluso. *Contra* V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 961: anche per i contratti aleatori continuerebbero a rilevare le sopravvenienze che realizzino il rischio che costituisce l'alea di quel determinato contratto.

Patti di questo tipo richiedono di distinguere il contratto convenzionalmente aleatorio dal contratto ad alea normale "estesa": il primo è irrisolvibile per eccessiva onerosità sopravvenuta ai sensi dell'art. 1469 c.c., il secondo ai sensi dell'art. 1467, comma 2 c.c. Per alcuni riferimenti, si rinvia *infra*, Cap. III, para. 8, ma si vedano, fin da ora, R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, Vol. I, Milano, 1958, pp. 1025 ss. e F. DELFINI, op. ult. cit., pp. 199 ss., spec. 210 ss. e pp. 239 ss. per l'incidenza della presenza di una clausola "di minimo garantito" sulla qualificabilità del contratto come convenzionalmente aleatorio o commutativo "con alea estesa".

²¹³ G. DE NOVA, op. ult. cit., pp. 39-40; F. DELFINI, op. ult. cit., p. 199; P. GALLO, op. ult. cit., p. 457; D. RUBINO – G. IUDICA, *Dell'appalto*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Bologna-Roma, 1992, p. 304. In giurisprudenza, Cass. civ. 5267/2018; Cass. civ. 11478/2016, con riferimento all'alea normale del contratto; Cass. civ. 4198/2014: «la clausola con la quale si escluda, in deroga all'art. 1664 cod. civ., il diritto dell'appaltatore a ulteriore compenso per le difficoltà imprevedute incontrate nell'esecuzione dell'opera (cosiddetto appalto "a forfait") non comporta alcuna alterazione della struttura ovvero della funzione dell'appalto, nel senso di renderlo un contratto aleatorio, ma solo un ulteriore allargamento del rischio, senza che questo, pur così ulteriormente allargato, esorbiti dall'alea normale del tipo contrattuale». Tutte le pronunce citate sono disponibili sulla banca dati *OneLegale*. *Contra*, Cass. civ. 8949/1990,

Infine, la riconosciuta derogabilità dell'art. 1467 c.c. permette alle parti di adottare una clausola che escluda *sic et simpliciter* il rimedio, operando una deroga “diretta” alla disciplina di questa sopravvenienza²¹⁴.

In direzione opposta, è comunemente ammessa la possibilità di estendere l'ambito di applicazione degli artt. 1467 ss. c.c.²¹⁵, o regolare convenzionalmente sopravvenienze altrimenti “atipiche”, descrivendone la relativa fattispecie e prevedendo meccanismi di gestione *ad hoc*²¹⁶. Quest'ultimo è il caso delle clausole di *hardship*, patti che, al ricorrere di certe condizioni, ricollegano meccanismi di adeguamento del contratto²¹⁷.

4.3. Conclusione e introduzione ai capitoli successivi

Alla luce di quanto precede si può concludere che lo studio dei patti atipici di deroga alla disciplina della patologia contrattuale ha portato ad estendere gli spazi di intervento dell'autonomia privata in questa materia: è emblematico il caso della clausola di irrisolubilità e della condizione di inadempimento, in passato ritenute nulle e, ora, ammesse dalla dottrina largamente maggioritaria. Una spinta significativa è arrivata dalla prassi, che ha testimoniato come queste clausole rispondano ad esigenze effettive e largamente percepite presso gli operatori economici.

I risultati ai quali è pervenuta la dottrina sono condivisibili, poiché rispettosi delle norme inderogabili del nostro ordinamento (per es., l'art. 1229 c.c., ove ritenuto applicabile ai patti di irrisolubilità) e idonei a rendere effettive le soluzioni elaborate dai contraenti. Sembra, dunque, che la flessibilità del sistema rimediale codicistico permetta alle parti di risolvere efficacemente le inadeguatezze che lo affliggono.

Gli studi circa gli spazi di intervento dell'autonomia privata sulla disciplina della patologia contrattuale si sono concentrati sulle fattispecie funzionali, lasciando in ombra il problema dell'ammissibilità di clausole operanti nella materia dell'invalidità. Questa scelta si spiega perché le norme che regolano questa materia svolgono esattamente la funzione di limitare l'autonomia contrattuale: di qui, la difficoltà di concepire un esercizio dell'autonomia negoziale in questo ambito. Tuttavia, la prassi mostra una diffusione crescente di clausole

in *Mass. Gjur. it.*, 1990, che ha qualificato come aleatorio il contratto di appalto navale dove era stata esclusa la rilevanza di eventuali forti aumenti dei prezzi di materiali e manodopera.

²¹⁴ Espressamente, per es., R. SACCO, op. cit., T. 2, cit., p. 698.

²¹⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 945, 963-964 per la constatazione dell'inadeguatezza del sistema rimediale codicistico dal punto di vista delle fattispecie contemplate.

²¹⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 970 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, T. 2, cit., pp.

²¹⁷ Per alcuni riferimenti, si veda *supra*, nota 32.

che mirano a regolare convenzionalmente l'annullamento e la nullità parziale del contratto: clausole di esclusione dell'azione di annullamento e patti di limitazione o estensione della nullità parziale. I primi sono stati oggetto di alcuni contributi che, tuttavia, hanno concluso generalmente per la loro nullità, seppure seguendo percorsi diversi e all'esito di analisi non sempre approfondite²¹⁸. I patti sulla nullità parziale, invece, hanno ottenuto un'attenzione maggiore; tuttavia, queste clausole sembrano meritare una riflessione ulteriore, specie per quanto riguarda le interferenze che la loro previsione potrebbe comportare con riferimento alla disciplina legale o convenzionale di altre patologie del contratto²¹⁹. I capitoli che seguono sono dedicati alla clausola di rinuncia all'azione di annullamento e ai patti sulla nullità parziale.

²¹⁸ Si veda *infra*, Cap. II, para. 4.

²¹⁹ *Infra*, Cap. III, spec. para. 8.

CAPITOLO II

LA CLAUSOLA DI RINUNCIA ALL'AZIONE DI ANNULLAMENTO

SOMMARIO: **1.** Clausole di “unico rimedio”, clausole di rinuncia all'azione di annullamento — **2.** Delimitazione dell'ambito di indagine — **3.** Contesto e funzioni della clausola di rinuncia all'azione di annullamento — **4.** L'invalidità della clausola secondo la dottrina maggioritaria; il piano d'indagine — 4.1. Incompatibilità della clausola con il sistema dell'annullabilità del contratto — 4.1.a. Nullità della clausola per contrasto con le norme imperative in materia di annullabilità del contratto — 4.1.b. Nullità della clausola per contrasto con l'asserita funzione sanzionatoria delle norme in materia di annullabilità del contratto — 4.1.c. Incompatibilità della clausola con gli effetti caducatori derivanti dalla pronuncia di annullamento — 4.2. Contrasto della clausola con gli artt. 1444, 1395 e 1462 c.c. — 4.2.a. La clausola di rinuncia all'azione di annullamento e la convalida del contratto annullabile — 4.2.a.i. La convalida, la clausola di rinuncia all'azione di annullamento e l'eccezione di annullabilità — 4.2.a.ii. La convalida, la clausola di rinuncia all'azione di annullamento e l'art. 1338 c.c. — 4.2.b. La clausola di rinuncia all'azione di annullamento e l'autorizzazione prevista dall'art. 1395 c.c. — 4.2.c. La clausola di rinuncia all'azione di annullamento e il divieto posto dall'art. 1462 c.c. — 4.2.c.i. Norme che disciplinano diversamente le azioni e le eccezioni: proposta ricostruttiva e inapplicabilità dell'art. 1462 c.c. alla rinuncia all'azione di annullamento — 4.2.c.ii. La *ratio* del divieto dell'art. 1462 c.c. non vale per la clausola in esame — 4.3. Altri profili problematici: indeterminatezza dell'oggetto della clausola; rinuncia a diritti futuri — 4.3.a. Nullità della clausola per indeterminatezza dell'oggetto — 4.3.b. Patto di rinuncia all'azione di annullamento e rinuncia a diritti futuri — **5.** Coerenza sistematica della clausola di rinuncia all'azione di annullamento — 5.1. Clausola di rinuncia all'azione di annullamento e interesse del legittimato — 5.2. Clausola di rinuncia all'azione di annullamento e protezione della controparte — 5.3. Clausola di rinuncia all'azione di annullamento per errore e mancanza di qualità della cosa compravenduta — 5.3.a. I rapporti tra errore sulla qualità determinante e mancanza di qualità — 5.3.b. La rilevanza del dibattito per la clausola di rinuncia all'azione di annullamento — **6.** Limiti alla rinunciabilità dell'azione di annullamento: contratti con i consumatori, dolo, violenza, incapacità, conflitto di interessi — 6.1. Contratti con i consumatori — 6.2. Ulteriori limiti di validità della clausola: il vizio riferito al singolo patto e l'immeritevolezza della clausola di rinuncia all'azione di annullamento del contratto per dolo, violenza, incapacità naturale o legale, per conflitto di interessi — 6.2.a. Vizi inerenti alla clausola in sé considerata: errore, dolo, conflitto di interessi — 6.2.b. — Immeritevolezza della clausola di rinuncia all'azione di annullamento per dolo, violenza, incapacità naturale e legale, conflitto di interessi — 6.2.b.i. Dolo, violenza, incapacità naturale e legale: immeritevolezza della clausola. — 6.2.b.ii. Valutazione differenziata per il conflitto di interessi — 6.2.b.iii. Meritevolezza della clausola di rinuncia all'azione di annullamento per errore.

1. Clausole di “unico rimedio”, clausole di rinuncia all'azione di annullamento

La prima clausola che si esamina è il patto con cui le parti stabiliscono che l'accordo non potrà essere impugnato per chiederne l'annullamento e, eventualmente, attribuiscono al contraente che sarebbe legittimato a ottenerne la caducazione il diritto a ricevere un indennizzo.

Le pattuizioni in esame sono chiamate in vario modo: si parla di clausole di *exclusive*¹ o *sole*² o *single* o *no other remedy*³, o di clausole di *indemnity*, con riferimento alla circostanza che il diritto a un ristoro monetario è l'unico rimedio a fronte dell'annullabilità del negozio. Nella traduzione italiana, si parla di clausole di “unico rimedio”⁴ o di “clausole indennitarie”⁵.

Tuttavia, la previsione di un indennizzo sostitutivo non è necessaria, in quanto potrebbe accadere che le parti convengano semplicemente di escludere l'azione di annullamento del contratto, senza attribuire in sua vece il diritto a ristori monetari di sorta. In tal caso, si potrà parlare di clausola di rinuncia all'azione di annullamento. Per esempio, nei Paesi di *Common Law* sono diffuse particolari pattuizioni di *entire agreement*⁶ in cui le parti dichiarano di aver confidato solo sulle dichiarazioni contenute nel contratto stesso (*non-reliance statements*) o rinunciano ai rimedi che sarebbero disponibili per dichiarazioni non contenute nel contratto (*exclusion clauses*)⁷. In questo modo, si cerca di paralizzare la responsabilità per *misrepresentation* e i connessi rimedi dell'annullamento del contratto e del risarcimento del danno, senza contestualmente attribuire alla parte caduta in errore il diritto a una somma di denaro⁸. Ancora, per parte della dottrina integrano una rinuncia all'azione di annullamento le c.d. “clausole di incontestabilità”, patti diffusi nei contratti di assicurazione con i quali l'assicuratore rinuncia, dopo un certo periodo, a far valere eventuali reticenze o inesattezze

¹ E. GABRIELLI, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali*, cit. pp. 215 ss., con riferimento all'esclusione convenzionale della risoluzione per inadempimento.

² Così recentemente G. DE NOVA, *Validità ed effetti in diritto italiano di alcune clausole del commercio internazionale: merger clause, sole remedy clause, no waiver clause*, in *Riv. dir. comm. int.*, 2022, 2, pp. 231 ss. e ora anche in ID., *Controversie contrattuali*, pp. 31 ss. Nel prosieguo, le citazioni andranno riferite alla prima versione citata.

³ A. GALLARATI, op. cit., p. 1022, con riferimento al patto di irresolubilità del contratto parla indifferentemente di clausole di *single remedy*, *sole remedy*, *no other remedy*, o *exclusive remedy*. Si veda anche E. GABRIELLI, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali*, cit., p. 215.

⁴ V. DI GRAVIO, *Clausola di unico rimedio*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali*, Vol. I, Torino, 2017, pp. 1063 ss.

⁵ Così G. SALATINO, *La “clausola indennitaria” nel contratto di acquisizione (Sale Purchase Agreement)*, in *Riv. Not.*, 2017, pp. 295 ss.

⁶ Per alcuni riferimenti bibliografici generali, si veda *supra*, Cap. I, nota 139.

⁷ E. BETTO, op. cit., pp. 620 ss., chiama queste clausole “*non-reliance clauses*” e ne riporta un esempio: «*Each party acknowledges that in entering into this agreement it does not rely on, and shall have no remedies in respect of, any representation or warranty (whether made innocently or negligently) that is not set out in this agreement*». Come si vedrà meglio *infra*, para. 4.1.a., in questi casi si è di fronte, più correttamente, a una clausola di rinuncia all'*annullabilità* del contratto.

⁸ Le clausole in esame sono ritenute valide dalla giurisprudenza inglese, a condizione che siano formulate in maniera chiara e inequivocabile e che superino il *reasonableness test* richiesto dagli artt. 3 del *Misrepresentation Act 1967* e 11, comma 1 dell'*Unfair Contract Terms Act 1977*. Inoltre, resta ferma l'impossibilità di escludere la responsabilità da *fraudulent misrepresentation*. In *BskyB Limited and another v Hp Enterprise Services Uk Limited (formerly Electronic Data System Limited) and another* [2010] EWHC 86 (Tcc), 26 January 2010, la Corte ha ritenuto che una *merger clause* non specifica non fosse idonea ad escludere la responsabilità per *misrepresentation*. In *Raiffeisen Zentralbank Österreich Ag v Royal Bank of Scotland Plc* [2010] EWHC 1392 (Comm) e *Springwell Navigation Corp v Jp Morgan Chase Bank* [2010] EWCA 1211, citate da E. BETTO, op. cit., p. 622, si è ritenuto che la clausola avrà l'effetto di precludere i rimedi per false rappresentazioni anche qualora rivesta la forma della *non-reliance statement* e non della più esplicita *exclusion clause*. Pertanto, anche in tal caso sarà soggetta al vaglio di *reasonableness*.

rese dal contraente o dall'assicurato, salvo il caso di mala fede⁹. In questo modo, si mette al riparo l'assicurato dal rischio che l'assicuratore annulli il contratto *ex art.* 1892 c.c., vanificando la copertura¹⁰.

Come si vedrà meglio nel prossimo paragrafo, l'ambito di elezione di queste clausole sono i contratti *tailor-made*, nei quali vengono adottate per stabilizzare l'operazione economica intrapresa dalle parti, sottraendola al rischio che una di esse ne domandi l'annullamento¹¹. Per esempio, i contratti di compravendita di partecipazioni societarie sono stipulati all'esito di trattative complesse e di accurate *due diligence*, che comportano un dispendio ingente di risorse e di tempo¹². Inoltre, una volta eseguito il contratto, la società acquistata potrebbe andare incontro a modifiche radicali, trattandosi di un soggetto che svolge attività di impresa ed è quindi soggetto a continui mutamenti (ad es.: operazioni straordinarie, assunzioni o licenziamenti di personale, cessioni di rami di azienda). In questo contesto, l'annullamento della compravendita vanificherebbe gli sforzi sostenuti durante le trattative, esporrebbe il venditore al rischio di riottenere un bene diverso da quello alienato e costringerebbe il compratore a riportare la propria organizzazione di impresa all'assetto precedente la compravendita¹³. La delusione delle aspettative della controparte sarebbe particolarmente forte in caso di annullamento per errore: un vizio che insorge a prescindere da una sua attività ed è subordinato a un requisito, la riconoscibilità, che potrebbe essere difficile da accertare

⁹ A. MANIACI, *La clausola di incontestabilità nei contratti di assicurazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, pp. 440 ss., anche in G. DE NOVA (a cura di), *Clausole a rischio nullità*, Milano, 2009, pp. 79 ss., che riprende la tesi di A. MOTTA, *Sono valide le clausole di incontestabilità contenute nelle polizze dei contratti di assicurazione?* in *Riv. dir. comm.*, 1960, II, pp. 4 ss. Si veda anche L. BUTTARO, voce *Assicurazione sulla vita*, in *Enc. dir.*, Vol. III, Milano, 1958, p. 637. La tesi opposta qualifica le clausole come decadenze convenzionali, valide nei limiti dell'art. 2965 c.c. Per un approfondimento si rimanda a L. BUTTARO, *op. cit.*, p. 637.

¹⁰ E dall'art. 1893 c.c., che però prevede come rimedio il recesso e non l'annullamento del contratto. Allo stesso tempo, l'assicuratore conserva un certo tempo per verificare la rispondenza tra rischio rappresentato e rischio reale.

¹¹ Anche a distanza di molto tempo dalla sua conclusione, considerato che l'art. 1442, comma 2, c.c. fa decorrere il termine di prescrizione quinquennale a partire dal giorno in cui, per esempio, è stato scoperto l'errore. Per alcune considerazioni relative all'eccessiva incertezza che deriva da questa scelta legislativa, si veda *infra*, para. 5.2.

¹² Per un'analisi delle modalità attraverso le quali avviene la trattativa per la conclusione di un contratto di compravendita di partecipazioni societarie, si vedano G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement*, cit., pp. 47 ss. e spec. pp. 66 ss. per la *due diligence*, e A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007, pp. 79 ss.

¹³ Rispettivamente, per il caso che ad annullare il contratto sia il compratore o il venditore. Per illustrare meglio questa seconda ipotesi, si può pensare all'evenienza in cui il compratore sia la società a capo di un gruppo che, in considerazione dell'acquisto appena perfezionato, abbia apportato modifiche organizzative ad altre società o alla struttura del gruppo.

e, quindi, provocare un contenzioso¹⁴. Né va trascurato che il compimento un'istruttoria anteriormente alla conclusione del contratto responsabilizza il compratore e, correlativamente, aumenta la fiducia del venditore circa la bontà del consenso prestato dalla controparte.

Per permettere alle parti di confidare nella definitività dell'assetto di interessi cristallizzato nella compravendita, è necessario ripartire in capo a ciascuna di esse il rischio dei propri errori di valutazione, impedendo loro di porli alla base di una domanda di annullamento del contratto. Dunque, dal punto di vista degli interessi coinvolti, un patto che precluda l'esperimento dell'azione di annullamento sembra rispondere a un'esigenza effettiva, che ne spiega la significativa diffusione. Tuttavia, esso si deve confrontare con le norme inderogabili che regolano l'invalidità negoziale, specialmente gli artt. 1444 e 1462, comma 1, c.c., e con il pericolo che l'esclusione del rimedio esponga un contraente ad abusi della controparte. In particolare, come si vedrà, incontra perplessità insuperabili una clausola che cerchi di precludere l'impugnazione dell'accordo per dolo, violenza, incapacità naturale e legale e conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato, in quanto porrebbe la parte in una posizione di irrimediabile soggezione rispetto a un eventuale approfittamento della controparte. Ancora, non sembra che una clausola di rinuncia all'azione di annullamento possa superare il vaglio di vessatorietà *ex* art. 33 e 34 cod. cons., ove prevista in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore¹⁵.

Riconosciuta l'utilità dei patti di rinuncia all'azione di annullamento, in questo capitolo si cercherà di dimostrarne l'ammissibilità, entro alcuni limiti precisi.

In primo luogo, si affronteranno le argomentazioni spese dalla dottrina per giungere alla conclusione opposta: l'incompatibilità del patto con alcuni profili del sistema dell'annullabilità del contratto, le interferenze con la convalida *ex* art. 1444 c.c., con il divieto di rinuncia all'eccezione di annullabilità *ex* art. 1462 c.c. e l'autorizzazione *ex* art. 1395 c.c.¹⁶. L'esito a cui si perverrà sarà che tali obiezioni comportano la nullità della clausola di rinuncia preventiva all'*eccezione* di annullabilità, ma non anche della clausola di rinuncia preventiva all'*azione* di annullamento. Dunque, l'analisi proseguirà valutando sotto ulteriori profili l'ammissibilità del patto di rinuncia preventiva alla sola azione di annullamento.

¹⁴ Tanto più ove il bene oggetto della compravendita siano partecipazioni societarie, stante la complessità di queste operazioni. Per un'analisi dei complessi problemi che si pongono in materia di tutela dell'acquirente, si veda *infra*, note 48 e 52.

¹⁵ Si pensi al caso di viziato da dolo determinante, violenza o incapacità naturale.

¹⁶ Si vedano i successivi paragrafi da 4 a 4.3.

Di tale clausola si valuterà anzitutto la coerenza con il ruolo centrale che l'interesse del legittimato svolge all'interno della disciplina dell'annullabilità, e con l'esigenza, da tempo avvertita dalla dottrina, di limitarne il potere di annullamento¹⁷. Ancora, si vedrà come la rinuncia all'azione di annullamento si armonizzi con la possibilità di escludere la garanzia per mancanza di qualità *ex art. 1490, comma 2, c.c.*¹⁸. Nella parte conclusiva del capitolo si elaboreranno alcuni limiti di validità della clausola di rinuncia all'azione di annullamento, ritenendola inammissibile con riferimento ai contratti con i consumatori e all'annullamento del contratto per dolo, violenza, incapacità naturale e legale, conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato: rispetto ai primi, il limite sarà costituito dal vaglio di vessatorietà *ex artt. 33 e 34 cod. cons.*¹⁹; i secondi, invece, incontreranno l'ostacolo della verifica di meritevolezza *ex art. 1322, comma 2, c.c.*²⁰.

Pertanto, le parti potranno escludere soltanto l'azione di annullamento, e non anche l'eccezione; inoltre, all'interno di questo ristretto spazio di intervento non sarà loro permesso rinunciare all'azione di annullamento per dolo, violenza, incapacità naturale e legale e conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato, né includere tale clausola in contratti tra soggetti di *status* diseguale. La conclusione a cui perverrà questa analisi sarà quindi differenziata: non è ammessa la rinuncia all'eccezione di annullabilità e la rinuncia all'azione di annullamento non opera identicamente per le due categorie di contraenti e i diversi vizi della volontà.

2. Delimitazione dell'ambito di indagine

Prima di entrare nel merito del problema, è necessario delimitare l'ambito della presente trattazione. Infatti, la clausola che preclude l'annullamento del contratto stabilendo in sua vece il diritto a una somma di denaro pone svariati problemi, sia nella parte in cui si conviene l'esclusione del rimedio caducatorio, sia nella parte in cui si attribuisce in sua vece il diritto a ottenere una somma di denaro. Inoltre, tendenzialmente, i contraenti escludono contestualmente l'annullamento e la risoluzione del contratto per inadempimento²¹, o

¹⁷ Rispettivamente, para. 5.1. e 5.2.

¹⁸ Para. 5.3.

¹⁹ Para. 6.1.

²⁰ Para. 6.2.

²¹ Come testimoniano le analisi di A. GALLARATI, *op. cit.*, p. 1028, E. GABRIELLI, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali*, *cit.*, p. 215; G. DE NOVA, *op. ult. cit.*, pp. 239 ss.

arrivano a eliminare qualsiasi rimedio previsto dalla legge applicabile, incluse l'eccezione di inadempimento *ex art. 1460 c.c.*, la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, la rescissione del contratto, la disciplina delle garanzie della compravendita, prevedendo il solo diritto a ottenere l'indennizzo pattuito²². Come si comprende, si tratta di profili radicalmente diversi, in quanto il grado di resistenza opposto dall'ordinamento italiano a clausole di questo tipo varia sensibilmente a seconda dell'istituto di cui le parti cercano di escludere l'applicazione.

Come visto, alcuni di questi aspetti sono già stati esaminati dalla dottrina, come la possibilità di pattuire una clausola di irresolubilità²³ o di derogare alla disciplina

G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in G. SICCHIERO – M. D'AURIA – F. GALBUSERA, *Risoluzione dei contratti*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di Diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Sez. IV, T. Vol. 11, Napoli, 2013, p. 32, riporta la seguente clausola, tratta da un contratto di compravendita di un pacchetto azionario di maggioranza di una società: «*l'acquirente rinuncia a qualsiasi rimedio previsto dalla legge in tema di risoluzione e di annullamento e accetta il seguente impegno di indennizzo quale unico e idoneo strumento utilizzabile per soddisfare qualsiasi aspettativa e pretesa nascente da questo contratto*».

AA.VV., STUDIO TREVISAN&CUONZO, *Proprietà industriale, intellettuale e IT*, II Ed., Milano, 2017, p. 1311, propone questa clausola di indennizzo per un contratto di acquisizione societaria "IP-driven": «*fatti salvi i casi di dolo o colpa grave, i diritti di indennizzo previsti ai sensi dell'art. ... del presente Accordo costituiscono il solo e unico rimedio in caso di violazione delle dichiarazioni e garanzie, ovvero in caso di inadempimento alle obbligazioni assunte da ..., in luogo di qualsivoglia altro diritto, azione o pretesa prevista dalla legge*». Nel commento alla clausola si legge che lo scopo del patto è evitare la risoluzione del contratto, escludere la garanzia per mancanza di qualità, l'eccezione di inadempimento e l'annullamento del contratto per dolo; tuttavia, vengono sollevati dubbi sulla validità della clausola con riferimento a questi ultimi due rimedi. Si vedano anche le clausole riportate alla nota successiva.

²² G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 238, cita come esempio la seguente clausola, tratta da un contratto di compravendita di partecipazioni societarie: «*The rights and remedies provided in this Article [] of the share purchase agreement shall be exclusive and in lieu of any other right, action, defense, claim or remedy of the Buyer, provided by applicable Law or otherwise, however arising in connection with, or by virtue of, any breach of the representations, warranties, undertakings and covenants of the Seller contained in this Agreement. In particular, but without limitation, the Buyer shall not have any right to terminate, annul or rescind this Agreement or to refuse to effect the Closing or to start the action set forth in the articles 1492, 1494, of the Italian Civil Code*», tradotta dall'Autore come segue: «*I diritti e i rimedi previsti in questo Articolo [] del Share Purchase Agreement dovranno essere esclusivi ed in sostituzione di ogni altro diritto, azione, difesa, pretesa o rimedio del Compratore, previsti dalla legge applicabile o altrimenti, quantunque derivanti o in commissione con, o in forza di, ogni violazione delle representations, warranties, undertakings and covenants del Venditore contenute in questo Accordo. In particolare, ma senza limitazione, il Compratore non dovrà avere alcun diritto di risolvere, annullare o sciogliere questo Agreement o di rifiutare di eseguire il Closing o di promuovere le azioni previste dagli articoli 1492, 1494, del Codice Civile Italiano*». La clausola è anche riportata in G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement*, *cit.*, p. 278.

Un altro esempio, sempre tratto da un contratto di compravendita di partecipazioni societarie, è riportato da F. DELFINI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, *cit.*, p. 570: «*The right of each party to obtain indemnification pursuant to Article excludes any other right of action or remedy (including the right to terminate, rescind or modify this Agreement) available to such Party at law*».

E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 220, riporta la seguente clausola, tratta da un contratto di finanza di progetto: «*each of the Parties waives any rights which it may have pursuant to articles 1460, 1467 or 2236 of the Italian Civil Code or otherwise to apply to have this Contract revised or set aside as an onerous contract; and each of Owner and Contractor hereby irrevocably and unconditionally waives, to the extent permitted by applicable law, any and all rights which it may now have or which may at any time hereafter be conferred upon on it, by applicable law or otherwise, to terminate (risoluzione and rescissione), cancel (annullamento), quit or surrender this Contract, except in accordance with the express terms hereof or as otherwise agreed in writing between Owner and Contractors*».

²³ Sulla quale si veda *supra*, Cap. I, para. 4.1.a.

dell'impossibilità o dell'eccessiva onerosità sopravvenute²⁴. Altri, come la rinuncia all'eccezione *ex art.* 1460 c.c. o alla garanzia per vizi, appaiono meno problematici, perché regolati dalla legge (*artt.* 1462 e 1490, comma 2, c.c.). Altri ancora, come la rinuncia alla rescissione del contratto, sembrano rivestire minore rilevanza pratica²⁵. L'aspetto più problematico e meno studiato è la possibilità di rinunciare in anticipo all'azione *ex art.* 1441 c.c., che, come si vedrà, sembra incompatibile con numerosi profili della disciplina dell'annullabilità del contratto.

Quanto alla previsione dell'indennizzo, parlare di "sostituzione" del rimedio risarcitorio a quello demolitorio sembra improprio. La legge, in certi casi, attribuisce a una parte l'azione di annullamento e di risarcimento del danno *ex art.* 1338 c.c. e i contraenti non possono sostituire un rimedio a un altro; piuttosto, possono (cercare di) escludere la tutela caducatoria e, separatamente, prevedere un indennizzo per il caso si verificano certe evenienze. Tuttavia, si tratta, di due profili diversi: il primo attiene alla rinunciabilità convenzionale dell'azione di annullamento; il secondo, alla possibilità di pattuire garanzie convenzionali o deroghe alla responsabilità *ex art.* 1338 c.c., qualora le parti strutturino il diritto all'indennità come un'esclusione o una limitazione di questa forma di responsabilità. Questo secondo insieme di problemi si colloca nel contesto delle analisi dedicate alle garanzie convenzionali e ai patti di esclusione della responsabilità e, quindi, esorbita da questo lavoro²⁶. Pertanto, nel prosieguo ci si limiterà a valutare la validità della pattuizione che esclude la sola azione di annullamento – l'ipotesi che pare suscitare il maggiore interesse – e la si considererà nella versione priva dell'indennizzo – aspetto, quest'ultimo, attratto nell'orbita delle trattazioni dedicate all'*art.* 1229 c.c.

La dottrina ha sollevato numerose perplessità circa la validità della clausola in esame. Tuttavia, gli Autori che se ne sono occupati l'hanno fatto solo incidentalmente e, pur concordando sulla sua nullità, hanno addotto ragioni diverse a sostegno di tale conclusione²⁷.

²⁴ Si veda *supra*, Cap. I, para. 4.2.a e 4.2.b.

²⁵ Oltre a una certa difficoltà nell'immaginare contratti *tailor-made* stipulati in caso di bisogno, va considerato che, verosimilmente, la clausola di *sole remedy* sarebbe sottoscritta unitamente al resto del contratto e, quindi, sarebbe anch'essa a sua volta rescindibile. Per l'analisi dei problemi legati all'annullabilità parziale, si veda *infra*, para. 4.1.c.

²⁶ Sulle garanzie convenzionali nei contratti di compravendita di partecipazioni societarie, si veda *infra*, note 48 e 52.

²⁷ G. DE NOVA, *Validità ed effetti in diritto italiano di alcune clausole*, cit., p. 240; E. GABRIELLI, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali*, cit., p. 261; A. GALLARATI, op. cit., p. 1028; V. DI GRAVIO, op. ult. cit., pp. 1608-1609, che, attualmente, rappresenta la trattazione più completa della clausola in esame, seppure questa venga affrontata con riferimento principalmente all'esclusione della risoluzione per inadempimento; A.

Pertanto, allo stato, non solo manca una trattazione specificamente dedicata al patto di esclusione dell'annullamento del contratto²⁸, ma nemmeno si registra uniformità di vedute circa i motivi che conducono alla soluzione negativa. Prima di esaminare singolarmente le diverse argomentazioni con cui la dottrina ha negato validità alla clausola, sembra opportuno soffermarsi sulle ragioni che spingono alla sua adozione, calando in questo contesto le considerazioni generali svolte nel primo capitolo. La comprensione della logica sottesa alla sua previsione potrà favorire un approccio più consapevole dell'utilità di una pattuizione che, comprensibilmente, ha suscitato forti dubbi circa la propria ammissibilità nel nostro ordinamento²⁹.

3. Contesto e funzioni della clausola di rinuncia all'azione di annullamento

La clausola di unico rimedio si ritrova con una certa frequenza nei contratti di compravendita di partecipazioni azionarie ed è stata studiata principalmente con riferimento a questo contesto³⁰. Tuttavia, un'indagine più approfondita rivela la sua diffusione anche nella prassi relativa ad altre operazioni commerciali: la si ritrova nei contratti di appalto, specialmente internazionale³¹, di fornitura di servizi³², di cessione di azienda³³, di *project*

MANIACI, op. cit., pp. 441 ss.; A. MOTTA, op. cit., pp. 3 ss. esaminano più in dettaglio la questione, ma con riferimento alla clausola di incontestabilità nei contratti di assicurazione. Le singole tesi saranno esaminate *funditus* più avanti. Favorevoli alla clausola di rinuncia all'azione di annullamento P. GALLO, *I rimedi, la fiducia, l'apparenza*, cit., p. 2534, «in un'ottica che privilegia i rimedi conservativi rispetto a quelli ablativi del contratto [...] impregiudicato il diritto al risarcimento del danno, ove se ne ravvisino i presupposti (dolo o violenza), o per lo meno alla riconduzione ad equità del contratto (errore)» e F. PADOVINI, op. ult. cit., pp. 188 ss., posizione sulla quale si avrà modo di tornare nel prosieguo. F. GRAZIANO, *Il mutuo bancario*, Padova, 2013, p. 618 e C. MARTINETTI, *Le «garanzie» delle garanzie*, in M. IRRERA (diretto da), *Le acquisizioni societarie*, Bologna, 2011, danno conto brevemente della clausola, senza però prendere posizione sulla sua validità.

²⁸ Come invece è avvenuto per diverse altre clausole atipiche di deroga alla disciplina della patologia contrattuale, quali la clausola di irrisolvibilità, la condizione di inadempimento e i patti sulla nullità parziale: per le prime due, si veda *supra*, Cap. I, para. 4.1.a. e 4.1.b.; per le terze, si veda *infra*, Cap. III.

²⁹ F. CASTRONOVO, *Tecniche di redazione del contratto*, cit., p. 774, già citato *supra*, nota 30, ritiene che la comprensione del «contesto normativo e culturale d'origine» dei modelli contrattuali «alieni» sia necessario per «indirizzare l'analisi verso soluzioni che consentano la loro armonizzazione con le norme italiane che vi si applicano».

³⁰ Per esempio, F. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, in *Dir. comm. int.*, 2007, p. 322; G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement*, cit., p. 236; ID., *Validità ed effetti in diritto italiano di alcune clausole*, cit., p. 238; G. SALATINO, op. cit.; V. DI GRAVIO, *Clausola di unico rimedio*, cit., p. 1606; A. GALLARATI, op. cit., p. 1022; C. MARTINETTI, op. cit., p. 239.

³¹ V. DI GRAVIO, op. ult. cit., p. 217; G. DE NOVA, *Validità ed effetti in diritto italiano di alcune clausole*, cit., p. 233; U. CARNEVALI, op. ult. cit., p. 599; G. AMADIO, op. ult. cit., p. 19.

³² G. AMADIO, op. ult. cit., p. 19; A. SPATUZZI, *L'esclusività del rimedio nella regolamentazione contrattuale*, in *Contr.*, 2020, op. cit., p. 205, che elenca le compravendite azionarie, la cessione di ramo d'azienda, i contraddi di fornitura di servizi e quelli di appalto.

³³ E. GABRIELLI, op. ult. cit., p. 217; U. CARNEVALI, *ibidem*; G. AMADIO, op. ult. cit., p. 19.

*financing*³⁴, di finanziamento³⁵, di acquisto di terreni che si sospetta inquinati³⁶ e anche nei contratti di assicurazione, seguendo la tesi che annovera le clausole di incontestabilità tra i patti di rinuncia all'azione di annullamento³⁷.

Si tratta di operazioni dal frequente grande rilievo economico, stipulate all'esito di accurate trattative e, quindi, inquadrabili nella categoria dei contratti "*taylor-made*"³⁸. In questi casi, come visto, i contraenti avvertono con forza l'esigenza di stabilità del vincolo negoziale, che li porta ad escludere convenzionalmente i rimedi caducatori previsti dalla legge applicabile oppure a sostituirli con un mero indennizzo. L'interesse al mantenimento del contratto può derivare dalla presenza di investimenti specifici³⁹, dalla difficoltà di ricollocare sul mercato la propria prestazione, restituita all'esito della caducazione dell'accordo⁴⁰, o dall'impossibilità di ripristinare la situazione precedente alla sua conclusione⁴¹. Ancora, le clausole in esame possono essere adottate per rispondere all'esigenza di un soggetto terzo, interessato alla stabilità dell'assetto negoziale⁴², o per cercare di minimizzare il più possibile

³⁴ E. GABRIELLI, op. ult. cit., p. 220.

³⁵ G. DE NOVA, op. ult. cit., p. 233.

³⁶ M. CENINI, *Vendita di terra inquinata: quali garanzie per il compratore?*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 2637 ss., con riferimento alla sostituzione della garanzia codicistica per vizi e difetto di qualità con garanzie convenzionali, assistite, in caso di violazione, da una clausola di *indemnity*. Si veda anche ID., *La proprietà della terra inquinata. Responsabilità, circolazione e garanzie*, Milano, 2017, pp. 193 ss.

³⁷ *Supra*, para. 1, e si vedano gli Autori citati in nota.

³⁸ V. di *supra*, Cap. I, para. 3.2.

³⁹ Come avviene nei contratti di *engineering* e *outsourcing*. Nei primi, il progetto elaborato dall'*engineer* è impossibile da utilizzare per altri contraenti, poiché ritagliato sulle esigenze del committente; a sua volta, l'impresa potrebbe aver già modificato radicalmente la propria organizzazione in vista delle innovazioni operate dall'*engineer*. Nell'*outsourcing*, il committente è pregiudicato dalla caducazione del contratto, che lo costringerebbe a intraprendere un difficile procedimento di ripresa delle funzioni già esternalizzate; l'*outsourcer*, invece, potrebbe avere difficoltà a ripresentarsi rapidamente sul mercato, avendo ormai dimensionato la propria organizzazione sui bisogni del primo. Si veda *amplius supra*, para. 3.2.c.

⁴⁰ Come potrebbe avvenire per l'appaltatore in caso di risoluzione del contratto di appalto: la cosa potrebbe essere stata realizzata sulla base delle peculiari preferenze del committente e potrebbe, quindi, non essere appetibile per altri soggetti; più radicalmente, potrebbe accadere che l'appaltatore sia totalmente estraneo al mercato della compravendita dei beni che costruisce, riuscendogli difficile ricollocarli: si veda più ampiamente *supra*, para. 3.2.c.

⁴¹ È il caso dei contratti di cessione di partecipazioni societarie e di cessione o affitto di azienda, come fatto presente, tra gli altri, da V. DI GRAVIO, op. ult. cit., p. 1613, e A. SPATUZZI, op. cit., p. 211, nota 30. Sui primi, si veda subito *infra* nel testo. Quanto ai secondi, va considerato che l'affittuario potrebbe avere apportato modifiche ai beni aziendali e che tale rischio è ancora più elevato in caso di cessione di azienda: su questi profili si veda M. MARTINO, *Risoluzione del contratto e retrocessione dell'azienda ceduta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, pp. 730 e 741-742.

⁴² È il caso dei contratti di *factoring*: la "garanzia" del mantenimento dei contratti da cui sorgono i crediti da cedere, ottenuta tramite la previsione di idonee clausole, rende l'acquisto di tali crediti più appetibile per un potenziale *factor*. Nelle operazioni di *project financing*, la società finanziata ha l'esigenza di evitare la caducazione dei contratti stipulati con i propri clienti, in modo da assicurarsi la continuità dei flussi di cassa che le permette di rimborsare il finanziatore.

l'incidenza della legge applicabile, percepita come incerta oppure inadeguata⁴³. L'eterogeneità dei rimedi esclusi dalle clausole di *sole remedy* è dunque solo apparente, in quanto tutti gli istituti citati hanno in comune l'effetto di causare lo scioglimento del contratto⁴⁴.

Se quanto detto circa la funzione della pattuizione vale per tutti i contratti citati all'inizio del paragrafo, la sua previsione assume un significato particolarmente pregnante nei contratti di affitto di azienda, di compravendita di terreni inquinati o di partecipazioni azionarie. Anzitutto, queste operazioni sono accomunate dall'aver a oggetto, immediatamente o mediamente⁴⁵, beni con caratteristiche complesse e difficili da valutare, sui quali il venditore dispone di maggiori informazioni rispetto all'acquirente. Queste peculiarità rendono non remota l'eventualità che il compratore, stipulato il contratto, si accorga di aver errato nelle proprie valutazioni (es.: circa le qualità del bene acquistato) e decida di impugnarlo, azionando le garanzie previste dalla legge o dal contratto oppure domandandone l'annullamento per errore o dolo, magari omissivo, lamentando la sleale reticenza del venditore circa alcune caratteristiche del bene⁴⁶. In ipotesi patologiche, l'esperimento

⁴³ Sulle difficoltà che possono sorgere nell'accertamento della legislazione di un Paese straniero, si veda *supra* nota 51. In generale, circa l'inadeguatezza dell'apparato rimediario predisposto dal Codice civile italiano, cfr. *supra*, Cap. I, nota 93. Si consideri, poi, che sussiste un forte dibattito circa l'individuazione della regolamentazione da riservare alle restituzioni derivanti dalla risoluzione del contratto per inadempimento: non si può escludere, quindi, che le parti rinuncino al rimedio risolutorio anche per evitare di aprire una trattativa o un contenzioso sugli effetti restitutori. Sul punto, si vedano P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, pp. 73-74, circa il sinallagma che intercorre tra gli obblighi restitutori; G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in V. ROPPO (a cura di) *Rimedi-2*, in *Trattato del contratto*, Milano, 2006, pp. 1234 ss.; A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale. Modelli e rimedi*, Torino, 2002, p. 150 ss.; P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, II Ed., Torino, 2008, pp. 254 ss.; U. CARNEVALI, *Gli effetti della risoluzione*, in U. CARNEVALI - E. GABRIELLI - M. TAMPONI, *La risoluzione*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Vol. XIII, T. 8**, Torino, 2011, pp. 192 ss. L'incertezza sulla disciplina delle restituzioni conseguenti a risoluzione per inadempimento si acuisce in caso di caducazione del contratto di affitto di azienda, perché il trasferimento di contratti, crediti e debiti dall'affittuario all'originario proprietario non è regolato dal codice civile, che si occupa solo dei rapporti pendenti nel caso di primo mutamento della titolarità imprenditoriale. Si rende così necessario coordinare le (già incerte) regole generali sulle restituzioni e la disciplina dei rapporti pendenti in caso di cessione di azienda: su questi profili, A. VITALI, *Restituzione d'azienda e rapporti pendenti*, in *Contr.*, 2018, pp. 493 ss. e M. MARTINO, op. cit., p. 730. Per superare le incertezze sulla disciplina delle restituzioni, un'alternativa alla rinuncia al rimedio risolutorio potrebbe essere offerta da clausole che disciplinino direttamente le restituzioni: così G. DE NOVA, *Nuove tutele e nuovi rimedi in ambito contrattuale*, in ID. *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., p. 93 e già in *Riv. dir. priv.*, 2003, pp. 453 ss. Quanto alla problematica individuazione delle tutele a disposizione dell'acquirente di partecipazioni sociali, si veda subito *infra* nel testo.

⁴⁴ Si vedano le clausole riportate *supra*, note 21 e 22, che contemplan l'annullamento del contratto, la rescissione, la risoluzione, i rimedi redibitori di cui all'art. 1492 c.c.

⁴⁵ Il riferimento all'oggetto mediato allude al contratto di compravendita di partecipazioni societarie, su cui subito *infra*, nota 52.

⁴⁶ Come noto, i limiti di rilevanza del dolo omissivo sono discussi dalla dottrina, che propende per la soluzione negativa. Per alcuni riferimenti, si vedano R. SACCO, voce *Dolo omissivo e obbligo di informazione*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., Agg. VI, Torino, 2011, pp. 356 ss.; R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., pp. 558 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 763 ss.; C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 620; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione*

dell'azione potrebbe essere anche strumentale, ossia nascondere il pentimento dell'acquirente circa la convenienza dell'affare: durante la fase delle trattative, questi potrebbe essersi accorto di alcuni problemi inerenti al bene, ma potrebbe averli accettati, confidando nella sua capacità di superarli o di rivendere a terzi; tuttavia, tale previsione potrebbe essersi rivelata errata una volta concluso l'accordo, facendo sorgere l'esigenza di liberarsi da un'operazione ormai sgradita. Date le incertezze di un giudizio di annullamento del contratto, l'acquirente potrebbe risultare vittorioso sul venditore, le cui esigenze di stabilità risulterebbero frustrate. Di qui, l'opportunità di cautelarsi con una clausola di rinuncia all'azione di annullamento.

In secondo luogo, la pattuizione in esame (ove ritenuta valida), svolgerebbe un ruolo particolarmente significativo nei casi in cui l'azione di annullamento assume una rilevanza peculiare, in quanto costituisce il rimedio principale a disposizione di una delle parti. Nei contratti di compravendita di terreni, per esempio, la scoperta dello stato di inquinamento da parte dell'acquirente potrebbe avvenire ben oltre il termine di prescrizione annuale *ex art.* 1490 c.c.⁴⁷ e, in assenza di garanzie convenzionali, l'unica strada a disposizione del compratore potrebbe essere l'annullamento del contratto per errore o per dolo. Nei contratti di acquisizione di partecipazioni societarie, la giurisprudenza prevalente distingue tra l'oggetto "immediato" del contratto, ossia le partecipazioni sociali, e il suo oggetto "mediato" o "indiretto", ossia il patrimonio della società, e da tale premessa fa discendere l'impossibilità di invocare la garanzia per mancanza di qualità o domandare l'annullamento per errore,

dei contratti, Padova, 1972; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990; G. VILLA, *Errore riconosciuto, annullamento del contratto ed incentivi alla ricerca di informazioni*, in *Quadr.*, 1988, pp. 286 ss., specie 297 ss.; P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, spec. pp. 668 ss. e ID., *La responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, pp. 311 ss.; M. GRANELLI, *Gli obblighi informativi nella formazione dell'accordo contrattuale*, in *NGCC*, 2018, pp. 1200 ss.; G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, pp. 62 ss. e ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 37 ss.; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. Impr.*, 1997, p. 417 ss.; M. DE POLI, *Servono ancora i "raggiri" per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, pp. 911 ss.; F. VALENTI, *Il dolo omissivo incidente nel prisma della responsabilità precontrattuale*, in *Contr.*, 2012, spec. pp. 895-896. L'orientamento della giurisprudenza si è cristallizzato nella seguente massima: «il dolo omissivo rileva quale vizio della volontà, idoneo a determinare l'annullamento del contratto, solo quando l'inerzia della parte si inserisca in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l'inganno perseguito; pertanto, il semplice silenzio e la reticenza, anche su situazioni di interesse della controparte, non immutando la rappresentazione della realtà, ma limitandosi a non contrastare la percezione di essa alla quale sia pervenuto l'altro contraente, non costituiscono causa invalidante del contratto»: si vedano, per esempio, Cass. civ. 11605/2022; Cass. civ. 11009/2018; Cass. civ. 9253/2006; Cass. civ. 5549/2005. Calando il principio di diritto nel contesto specifico della vendita di partecipazioni azionarie, si ritiene necessario che «il mendacio o le omissioni sulla situazione patrimoniale della società siano accompagnate da malizie ed astuzie volte a realizzare l'inganno ed idonee, in concreto, a sorprendere una persona di normale diligenza»: così, per esempio, Cass. civ. 17053/2021; Cass. civ. 14255/2015; Cass. civ. 16031/2007, con nota di A. TINA, *Trasferimento di partecipazioni societarie e annullamento del contratto*, in *Giur. comm.* 2008, II, pp. 110 ss., spec. 124 ss.; Trib. Mi., Sez. II, 11.12.2018; Appello Milano, 11 luglio 2003, in *Giur. it.*, 2003, pp. 2009 ss.

⁴⁷ M. CENINI, *Vendita di terra inquinata*, cit., p. 2637.

qualora il patrimonio sociale si riveli inferiore alle aspettative⁴⁸. In assenza di clausole relative all'oggetto "indiretto", resteranno aperte solo la strada dell'annullamento per dolo⁴⁹ o per

⁴⁸ Il problema della tutela dell'acquirente di partecipazioni sociali in caso di difetti (in senso lato) riguardanti il patrimonio sociale è estremamente dibattuto, fin dal codice del 1865. La distinzione tra oggetto mediato e oggetto immediato (o "indiretto") risale alla dottrina della metà degli anni '30: T. ASCARELLI, *In tema di vendita di pacchetto di azioni*, nota Cass. civ. 29 marzo 1935 e Corte d'appello di Milano, 1° maggio 1934, in *Foro it.*, 1935, pp. 1027 ss. e P. GRECO, *Le società di comodo e la vendita delle loro azioni*, nota a Cass. civ. 27 luglio 1933, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, pp. 128 ss. Un altro modo per designare il problema in esame consiste nella definizione delle partecipazioni quali beni "di secondo grado", in quanto l'incorporazione della posizione di socio fa sì che esse rappresentino diritti relativi a beni «che pur sempre economicamente appartengono, attraverso la collettività di cui è parte, al titolare delle azioni stesse»: così T. ASCARELLI, *Riflessioni in tema di titoli azionari e società per azioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1952, I, pp. 385 ss., ora anche in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, pp. 219 ss.

Come si accennava nel testo, dall'identificazione dell'oggetto della compravendita nelle sole partecipazioni discendono importanti conseguenze in punto di tutela dell'acquirente, nel caso in cui il patrimonio sociale sia inferiore alle attese. Innanzitutto, in assenza di garanzie convenzionali (per le quali si veda *infra*, nota 52), la giurisprudenza e la dottrina prevalente ritengono inapplicabile la disciplina dell'errore, poiché il difetto in esame riguarderebbe il valore del bene e, quindi, non potrebbe essere essenziale *ex art.* 1429 c.c. In particolare, il valore della partecipazione non atterrebbe alla qualità del bene *ex art.* 1429, n. 2 c.c., perché il criterio del "comune apprezzamento" permetterebbe di dare rilievo alla destinazione tipica della cosa e, quindi, alle sole caratteristiche inerenti ad essa. Il riferimento alle "circostanze", poi, abbraccerebbe anche eventuali stime del valore del bene, ma solo ove l'errore riguardasse la valutazione in sé considerata e non i fatti alla sua base; né sarebbe possibile dare rilievo a valutazioni personali circa la convenienza dell'affare (così per es.: Cass. civ. 17053/2021, in *Dejure*; Cass. civ. 5134/2018; Cass. civ. 16031/2007, cit.; Cass. civ. 9067/1995, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 1552). Ancora, si ritiene che il valore delle partecipazioni sia frutto di un numero elevato di fattori, anche soggettivi, che renderebbero l'errore irriconoscibile alla controparte (Corte d'appello di Milano, 13 aprile 1951, in *Foro it.*, 1951, I, 607).

In secondo luogo, dalla distinzione tra oggetto mediato e immediato discende l'inapplicabilità della garanzia per difetto di qualità *ex art.* 1497 c.c., poiché costituirebbero "qualità" delle partecipazioni solo i diritti e gli obblighi attribuiti al titolare e non anche la consistenza patrimoniale della società (così, per es., Cass. civ. 17053/2021; Cass. civ. 15706/2008; Cass. civ. 26690/2006, in *Giur. comm.* 2008, II, p. 948, con nota di G. CARULLO, *Osservazioni in tema di vendita della partecipazione sociale*, *ivi*, pp. 954 ss.; Cass. civ. 5773/1996, in *Contr.* 1997, pp. 231 ss., con nota di A. FONDRIESCHI, *In tema di errore sul valore economico di quote*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, pp. 18 ss., con nota di D. GALLETI, *Brevi note in tema di vendita di quota sociale ed errore sui motivi*, in *Foro it.*, 1996, I, 3382, con nota di L. VASQUES, *Cessione di quote di s.r.l. e consistenza patrimoniale della società*; Trib. Bari, 7 marzo 2019, n. 1020).

In generale, su questi profili si vedano A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007, pp. 169 ss.; C. D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, Milano, 2003, pp. 13 ss.; G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement*, cit., pp. 228 ss.; G. IORIO, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, Milano, 2006, pp. 76 ss.; M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, 2006, pp. 8 ss. e 71 ss.; A. BERLOTTI, *Rimedi contrattuali e non*, in M. IRRERA (diretto da), *Le acquisizioni societarie*, Bologna, 2011, pp. 693 ss.; F. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, cit.; A. TINA, *Compravendita di partecipazioni societarie nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Giur. comm.*, 2020, I, pp. 735 ss.; M. SPERANZIN, *Una criticabile sentenza della Cassazione in materia di garanzie legali e convenzionali nel caso di trasferimento di partecipazioni sociali*, in *Corr. Giur.*, 2020, pp. 512 ss.; ID., *Compravendita «non convenzionalmente garantita» di partecipazioni sociali di "controllo"*, in *Giur. comm.*, 2019, I, pp. 468 ss.

⁴⁹ Si vedano le pronunce citate alla nota 32, cui *adde* Cass. civ. 23207/2012, con nota di M. VERNIZZI, *Brevi note in materia di diritto al risarcimento per l'acquirente di partecipazioni societarie*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1, pp. 202 ss.; Cass. civ. 16031/2007, cit.; Cass. civ. 15706/2008; Trib. Milano, 25 agosto 2006, in *Giur. it.*, 2007, pp. 913 ss.; Appello Milano, 11 luglio 2003, cit. In dottrina, si vedano A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, op. cit., pp. 232 ss., con grande abbondanza di riferimenti; ID., *Trasferimento di partecipazioni societarie: risoluzione del contratto per mancanza di qualità, aliud pro alio e annullamento del contratto per dolo*, nota a Trib. Cagliari, 18 marzo 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, pp. 565 ss.; V. CARBONE, *Raggiri e artifici nella compravendita di azioni non quotate in borsa*, in *Società*, 1992, pp. 763 ss.; G. DONATIVI, *Il dolo tra vizi del consenso ed elemento soggettivo della responsabilità per inadempimento* in *Giur. it.*, 2007, nota a Cass. civ. 16031/2007, annotata anche da A. TINA,

violenza⁵⁰ e la rescissione del contratto⁵¹. Solo qualora il venditore abbia garantito convenzionalmente una certa consistenza del patrimonio sociale, diventeranno invocabili i

Trasferimento di partecipazioni societarie e annullamento del contratto, cit.; A. BERTOLOTTI, op. cit., pp. 700 ss.; G. IORIO, op. cit., pp. 84 ss.

⁵⁰ Trib. Milano, 29 novembre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 1979, con nota di S. LUONI.

⁵¹ Trib. Milano, 27 febbraio 1992, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, pp. 601 ss., con nota di O. CAGNASSO, *Trasferimento delle partecipazioni sociali, contratto aleatorio e rescissione per lesione*. In dottrina, F. BONELLI, *Giurisprudenza e dottrina su acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, in S. BONELLI – M. DE ANDRÉ, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, Milano, 1990, p. 24, constata che la soggettività dei criteri di valutazione delle azioni rende difficile provare la lesione *ultra dimidium*. Lo stesso G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement*, cit., p. 229 che aggiunge che «pare impossibile configurare lo stato di bisogno».

rimedi per mancanza di qualità e l'annullamento per errore⁵², oltre a quelli eventualmente previsti dal contratto in caso di violazione della garanzia⁵³.

⁵² L'indirizzo prevalente circa l'oggetto del contratto di acquisizione (su cui si veda *supra*, nota 48), ha portato la prassi all'adozione di clausole relative all'oggetto indiretto, ossia al patrimonio sociale (c.d. "*business warranties*", da tenere distinte dalle "*legal warranties*", con le quali il venditore garantisce le caratteristiche e le quantità delle azioni vendute). Con queste clausole, il venditore rappresenta una certa condizione del patrimonio della società e ne garantisce alcune caratteristiche, variabili a seconda del tipo societario e dell'attività svolta; in questo modo, il compratore può rimediare alla mancanza di informazioni dettagliate circa la società. Le *business warranties* si differenziano in clausole di rappresentazione e clausole di garanzia (con terminologia inglese, *representations* o *declarations* le prime e *warranties* le seconde): con le prime l'alienante attesta la sussistenza di un fatto oppure esprime un giudizio; con le seconde, il venditore si assume il rischio dell'accadere o non accadere di un certo evento, a prescindere dalla sua imputabilità al garante stesso. Qualora ricorrano clausole relative al patrimonio sociale, la giurisprudenza ammette l'annullabilità del contratto per errore o la sua risoluzione per difetto di qualità *ex art.* 1497 c.c. ove la consistenza patrimoniale della società risulti inferiore alle aspettative.

L'adozione delle pattuizioni in commento, se contribuisce senz'altro ad aumentare la tutela del compratore, suscita diversi dubbi interpretativi, tutt'ora irrisolti. Rinviando alla dottrina in materia per una trattazione esaustiva, si può ricordare che, per esempio, accanto a un orientamento favorevole ad accomunare le rappresentazioni e le garanzie, se ne registra anche un altro che ritiene necessario distinguere le due tipologie di clausole. Ancora, è discussa la natura delle garanzie contrattuali: parte della giurisprudenza le qualifica come promesse di qualità, facendone discendere l'applicabilità del termine di decadenza *ex art.* 1495 c.c.; la dottrina, al contrario, ritiene trattarsi di pattuizioni atipiche e accessorie del contratto, alle quali sarebbe inapplicabile il citato termine di decadenza, o ancora, parla di clausole con natura assicurativa o di promesse del fatto del terzo. In terzo luogo, è discussa l'applicabilità o meno dell'*art.* 1229 c.c. alle clausole di indennizzo che assistono le garanzie, problema la cui soluzione dipende dalla natura riconosciuta alle pattuizioni, e, similmente, è discussa la possibilità di escludere la risoluzione del contratto in caso di violazione delle garanzie. Si vedano F. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, cit., spec. pp. 316 ss.; C. D'ALESSANDRO, op. cit., pp. 201 ss.; A. TINA, *La natura giuridica delle clausole di garanzia nel trasferimento di partecipazioni societarie*, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 1023 ss.; ID., *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., p. 294 ss., spec. 310 ss. (per la natura assicurativa del patto di garanzia); M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 288 ss.; ID., *Una criticabile sentenza della Cassazione in materia di garanzie legali e convenzionali*, cit., pp. 515 ss.; ID., *Compravendita «non convenzionalmente garantita» di partecipazioni sociali di "controllo"*, cit., pp. 475 ss.; ID., *Le clausole relative all'oggetto «indiretto» (il patrimonio sociale); garanzie sintetiche e garanzie analitiche*, in M. IRRERA (diretto da), *Le acquisizioni societarie*, Bologna, 2011, pp. 198 ss.; A. BERTOLOTTI, op. cit., pp. 696 ss.; G. SALATINO, op. cit., pp. 298 ss.; ID., *Il "patto di garanzia" nei contratti di compravendita di partecipazioni sociali: prassi ed evoluzione*, in *Giur. comm.*, 2021, I, pp. 996 ss.; ID., *Compravendita di partecipazioni sociali. Garanzia legale e business warranty*, in *Notariato*, 2021, pp. 1222 ss., nota a Cass. civ. 17977/2021 (il patto di garanzia costituirebbe promessa del fatto del terzo *ex art.* 1381 c.c.); G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement*, cit., pp. 153 ss.

In giurisprudenza, si vedano Cass. civ. 7183/2019 e Cass. civ. 16963/2014, che hanno confermato la necessità di specifiche garanzie sulla consistenza patrimoniale della società (anche se la pronuncia del 2014 contiene un riferimento alla rilevanza della buona fede: si veda la nota seguente per il problema delle garanzie "implicite"), ma hanno disatteso la ricostruzione che le qualifica come promesse di qualità; Cass. civ. 26690/2006; Cass. civ. 16031/2007, cit., per la qualificazione in termini di promesse di qualità. Per ulteriori riferimenti, si vedano le opere citate *supra*.

⁵³ Come si accennava alla nota precedente, il novero dei rimedi disponibili è influenzato dalla soluzione data al problema della natura delle clausole di garanzia: per esempio, sono discusse l'applicabilità dell'*art.* 1229 c.c. e la possibilità di escludere il rimedio risolutorio. Inoltre, l'orientamento della giurisprudenza e della dottrina in materia di c.d. oggetto "indiretto" non è unanime e, nel tempo, si sono compiuti alcuni tentativi di attribuire al compratore una tutela più decisa. Le strade percorse sono state due: l'elaborazione di c.d. garanzie implicite, ricostruzione che permette la risoluzione del contratto per *aliud pro alio*, e la presupposizione.

Quanto alla prima, la strada della garanzia "implicita" era stata seguita da Cass. civ. 18181/2004 e Cass. civ. 3370/2004, in *Giur. it.*, 2004, pp. 997 ss., con nota di G. COTTINO, recentemente riprese da Cass. civ. 22790/2019, con nota di M. SPERANZIN, *Una criticabile sentenza*, cit., pp. 512 ss. (ma si veda anche Cass. civ. 2843/1996, in *Foro it.*, 1996, I, 3382, con nota di L. VASQUEZ). In sintesi, i soci acquistano una posizione giuridica che permette loro di partecipare alla gestione collettiva dei beni sociali; pertanto, tali beni non potrebbero essere considerati estranei all'oggetto del contratto di cessione delle partecipazioni: non solo ove le

L'orientamento della giurisprudenza attribuisce all'azione di annullamento un ruolo inedito, in quanto la eleva da rimedio tendenzialmente subordinato all'azione di garanzia, considerata la difficoltà di provare il vizio della volontà, a strada maestra per ottenere la caducazione del contratto⁵⁴, con la precisazione che l'annullamento per dolo diventa addirittura la sola via percorribile in assenza di garanzie convenzionali circa la consistenza patrimoniale della società *target*. In questo contesto, la clausola di rinuncia all'azione di annullamento avrebbe un effetto molto rilevante, in quanto priverebbe l'acquirente non garantito della principale possibilità di liberarsi del contratto; invece, presenti garanzie convenzionali, il patto in esame impedirebbe l'annullamento per errore, reso possibile proprio dalla previsione della garanzia. Correlativamente, si assicurerebbe all'operazione la massima stabilità⁵⁵.

Chiarita la funzione della clausola in esame, è possibile affrontare i vari argomenti spesi dalla dottrina per giungere alla conclusione della sua invalidità.

parti abbiano adottato specifiche garanzie contrattuali circa la consistenza del patrimonio sociale, ma anche «quando l'affidamento, da parte del cessionario, sulla ricorrenza di tali requisiti debba ritenersi giustificato alla stregua del principio di buona fede». La dottrina si è mostrata critica verso tale arresto: oltre all'appena citato M. SPERANZIN, op. ult. cit.; A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., pp. 290 ss., per la necessità di ridimensionare il ricorso alla figura in esame; G. COTTINO che, nella nota redazionale alla pronuncia, parla di un «lieve salto logico» nella parte in cui si ammette la garanzia implicita, ma solo ove giustificato secondo buona fede; A. BERTOLOTI, op. cit., pp. 711 ss.; ma si veda F. GALGANO, *Cessione di partecipazioni sociali e superamento dell'alterità soggettiva fra socio e società*, in *Contr. Impr.*, 2004, pp. 543 ss. L'orientamento è stato sostanzialmente abbandonato (riferimenti in M. SPERANZIN, op. ult. cit.). In ogni caso, l'indirizzo era funzionale ad ammettere il ricorso alla figura dell'*aliud pro alio* (sulla quale, per tutti, C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di Diritto civile italiano*, II Ed., Torino, 1993, Vol. VII, Tomo 1.2, p. 904; G. B. FERRI, *La vendita in generale*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di Diritto privato*, Vol. XI, T. 3, Torino, 2000, pp. 561 ss.), che si rinviene in Cass. civ. 3370/2004, cit., dove tuttavia se ne esclude l'applicabilità nel caso concreto, e in Cass. civ. 22790/2019, cit., con riferimento a una società già in stato di insolvenza e successivamente fallita. In passato, tuttavia, non sono mancati Autori che hanno ritenuto applicabile il rimedio in esame senza prendere posizione sulla sussistenza di eventuali garanzie "implicite": si vedano i contributi citati da A. TINA, *Trasferimento di partecipazioni societarie: risoluzione del contratto*, cit., pp. 570 ss.; più in generale, si veda ID., *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., pp. 245 ss., ove ampi riferimenti.

Cass. civ. 12921/1991, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 2210, ha fatto ricorso alla presupposizione, riconoscendo la risoluzione del contratto di compravendita di azioni in considerazione della sopravvenuta indisponibilità di un bene (un panfilo) nel patrimonio sociale, poiché il trasferimento della sua proprietà era il presupposto del contratto. L'esempio è ripreso da R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 545. Trib. Milano, 17 ottobre 2002, in *Giur. it.*, 2003, pp. 297 ss., con nota di G. COTTINO, *Noterelle in tema di cessione di quote (o azioni), di discrepanze di valori e di presupposizione* ha prospettato la possibilità di caducare il contratto tramite la presupposizione, salvo non ravvisarne gli estremi nel caso concreto. La pronuncia è ritenuta particolarmente significativa dall'Autore della nota.

⁵⁴ Così A. TINA, *Trasferimento di partecipazioni societarie: risoluzione del contratto*, cit., p. 575, che cita in nota 56 alcuni casi in cui, significativamente, era stata proposta solamente l'azione di annullamento per dolo determinante (Cass. civ. 9227/1991, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, pp. 379 ss., e Cass. civ. 3001/1996, in *Corr. Giur.*, 1997, pp. 81 ss) o di risarcimento del danno per dolo incidente (Trib. Milano, 4 giugno 1998).

⁵⁵ In altre parole, la previsione di garanzie convenzionali sulla consistenza del patrimonio sociale apre la strada all'annullamento per errore che, però, viene immediatamente chiusa dalla rinuncia all'azione di annullamento.

4. L'invalidità della clausola secondo la dottrina maggioritaria; il piano di indagine

Come si accennava, alla clausola di rinuncia all'azione di annullamento non è stata riservata un'attenzione pari a quella che hanno meritato altre clausole c.d. "aliene"⁵⁶; inoltre, non solo sono mancati studi monografici, ma gli Autori che si sono occupati della pattuizione l'hanno fatto solo per cenni e sono giunti a ritenerla invalida ricorrendo ad argomentazioni molto diverse tra di loro⁵⁷. Innanzitutto, è necessario operare una revisione della letteratura in materia, per raggruppare in insiemi omogenei le obiezioni mosse alla sua validità: a questo fine, si distingueranno le tesi imperniate su un'incompatibilità strutturale della clausola in esame con il sistema dell'annullabilità del contratto da quelle incentrate su singoli aspetti della disciplina dell'annullabilità.

Una volta esaurita l'analisi delle posizioni espresse dalla dottrina, si procederà a illustrare la coerenza della clausola di rinuncia all'azione di annullamento con le teorie che, in tempi e con modi diversi, hanno provato a limitare il potere conferito dalla disciplina dell'annullabilità a una delle parti. In secondo luogo, si trarranno argomenti a favore della validità della clausola dalla rinunciabilità dei rimedi per i vizi della cosa compravenduta che, come noto, occupano un ambito in parte coincidente con lo spazio riservato all'annullamento del contratto per errore.

Da ultimo, si elaboreranno alcuni limiti alla validità della clausola in esame: anzitutto, si affronterà il problema della natura abusiva delle clausole contenute nei contratti stipulati da consumatori, esaminando il concreto atteggiarsi del giudizio di vessatorietà *ex* artt. 33 e 34 cod. cons.⁵⁸; in secondo luogo, si affermerà la nullità per immeritevolezza *ex* art. 1322, comma 2, c.c. della rinuncia all'azione di annullamento per incapacità naturale, legale, dolo e violenza e conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato⁵⁹. All'esito della disamina, la validità del patto sarà circoscritta all'annullamento del contratto per errore, salvi gli ulteriori limiti che risulteranno dalle riflessioni che si svolgeranno in materia di contratti con i consumatori.

4.1. Incompatibilità della clausola con il sistema dell'annullabilità del contratto

⁵⁶ *Supra*, nota 28.

⁵⁷ *Supra*, nota 27.

⁵⁸ *Infra*, para. 6.1.

⁵⁹ *Infra*, para. 6.2.

Un primo ostacolo alla validità della pattuizione in commento deriva, in sintesi, dalla sua ritenuta incompatibilità con il sistema dell'annullabilità del contratto. Questa conclusione si può argomentare alla stregua di considerazioni di vario genere e non sempre è esplicitata; per lo più, sembra la conseguenza logica di alcune particolari concezioni di questa forma di invalidità, anche se non mancano voci in dottrina che l'hanno affermata esplicitamente nel contesto di contributi dedicati alla clausola in esame.

Così, la nullità potrebbe derivare dal suo contrasto con le norme in materia di annullamento del contratto, accedendo alla tesi che le ritiene norme imperative⁶⁰ o poste a sanzione delle violazioni delle regole disciplinanti gli atti di autonomia privata⁶¹. Da altro punto di vista, si è ritenuto che la clausola di unico rimedio non potrebbe non essere travolta dalla caducazione del contratto in cui è contenuta⁶².

4.1.a. Nullità della clausola per contrasto con le norme imperative in materia di annullabilità del contratto

Quanto alla tesi che riconduce l'annullabilità del contratto alla violazione di norme imperative, si può rilevare che la clausola di rinuncia all'azione di annullamento non pregiudica la possibilità di qualificare come "annullabile" il contratto a cui accede e, in questo senso, non costituisce propriamente una deroga pattizia alla patologia negoziale. Dunque, salvi i limiti di validità di cui si dirà, riguardanti i contratti stipulati da consumatori e l'annullamento per incapacità naturale, legale, dolo, violenza e conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato, non sembra che la natura inderogabile della disciplina dell'annullabilità osti ad ammettere le clausole di rinuncia all'azione di annullamento. Per

⁶⁰ M. FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto. Artt. 1425-1426*, in P. SCHLESINGER (fondato da) – F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, II Ed., Milano, 2005, pp. 2 ss.; G. D'AMICO., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 17. A. GALLARATI, op. cit., pp. 1028-1029: «la compatibilità con il nostro sistema giuridico [dei patti relativi alle azioni di annullabilità] parrebbe impossibile, per ovvie ragioni di imperatività delle relative disposizioni, permeate di ordine pubblico e intenti protettivi del contraente più debole»; V. DI GRAVIO, *Clausola di unico rimedio*, cit., p. 1608: «le [norme che disciplinano l'annullamento del contratto] attribuiscono tutele non abdicabili a priori, ma solo a posteriori allorché la parte tutelata sia consapevole del vizio che colpisce il contratto».

⁶¹ C. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2008 (rist.), pp. 249 ss.

⁶² V. DI GRAVIO, *Clausola di unico rimedio*, cit., p. 1608: «[...] sotto un profilo formale, è facile osservare che le clausole di unico rimedio non possono considerarsi "autonome" rispetto al contratto cui accedono, come avviene, ad esempio, per la clausola compromissoria, sicché esse risulterebbero a loro volta travolte dal vizio che colpisce il contratto»; tuttavia, come si vedrà, questa lettura trascura, quantomeno, la possibilità di configurare un'annullabilità parziale del contratto, che permetterebbe di conseguire il risultato invece escluso.

giungere a questa conclusione, è necessario considerare con attenzione le varie tutele che l'ordinamento appresta a fronte di un contratto annullabile⁶³.

Dalla qualifica di un contratto come “annullabile” discendono diversi rimedi, non limitati alla mera suscettibilità di annullamento⁶⁴, intesa come possibilità di agire in giudizio per ottenere una sentenza costitutiva che travolga *ex tunc* gli effetti del contratto annullabile⁶⁵: oltre all'azione di annullamento, infatti, il soggetto legittimato può eccepire l'annullabilità *ex art. 1442*, comma 4, c.c., convalidare il contratto ai sensi dell'*art. 1444* c.c., domandare il risarcimento del danno *ex art. 1338* c.c.⁶⁶. L'insieme di questi profili compone la disciplina del contratto annullabile e delinea la posizione del contraente legittimato, che non si riduce alla sola esperibilità dell'azione *ex art. 1441*, comma 1, c.c.

La prospettiva rimediabile, quindi, permette di cogliere la pluralità di tutele apprestate dall'ordinamento e che connota il regime del contratto annullabile. La clausola in esame incide solamente su una di esse, l'azione di annullamento, e non pregiudica la possibilità di eccepire l'annullabilità del contratto, di convalidarlo *ex art. 1444* c.c. o di agire per il risarcimento *ex art. 1338* c.c.

In parte anticipando quanto si dirà nei paragrafi dedicati a questi profili, va osservato che per l'eccezione, la sua indipendenza dall'azione di annullamento è confermata dall'*art. 1442*, comma 4, c.c., che permette di opporre il vizio anche una volta che l'azione si è prescritta; inoltre, un patto di rinuncia all'eccezione di annullabilità incorrerebbe senz'altro nella nullità *ex art. 1462* c.c.⁶⁷. Quanto alla convalida, attraverso di essa la parte legittimata manifesta un apprezzamento positivo per l'assetto di interessi risultante dal contratto annullabile, una volta conosciuto il vizio; inoltre, come si vedrà meglio più avanti, la convalida fa venire meno anche la possibilità di invocare l'annullabilità in via di eccezione. Al contrario, il patto di rinuncia all'azione di annullamento è stipulato contemporaneamente al contratto, quando il

⁶³ La possibilità di una deroga convenzionale è brevemente esaminata da R. TOMMASINI, voce *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 1972, XXII, p. 586, nella forma della configurabilità di una invalidità convenzionale. L'Autore è dubitativo, anche se esclude certamente l'applicazione integrale del regime dell'invalidità (es.: la conversione). Un caso di invalidità è stato rivenuto, da parte della dottrina, nella forma contrattuale volontaria; tuttavia, il tema esula dal presente lavoro.

⁶⁴ F. MESSINEO, voce *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 469: «annullabilità [...] significa e importa, per il negozio giuridico [...], o per l'atto giuridico, suscettibilità di annullamento [...], ossia l'essere, il negozio (o l'atto), esposto alla possibilità dell'annullamento, o invalidazione».

⁶⁵ Per un'esposizione sintetica degli effetti della sentenza di annullamento, R. TOMMASINI, *Art. 1441: legittimazione*, in R. TOMMASINI – E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento. Artt. 1441-1446*, in P. SCHLESINGER (fondato da) – F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2009, pp. 42 ss. e 105 ss.

⁶⁶ I rapporti tra *art. 1338* e annullamento del contratto sono discussi: si veda *infra*, para. 4.2.a.ii.

⁶⁷ Per i rapporti tra il patto in esame e l'*art. 1462* c.c. si veda meglio *infra*, para. 4.2.c.

vizio non è ancora noto, e la sua previsione, come visto, non può pregiudicare l'eccezione di annullabilità: allora, esso non interferisce con l'istituto di cui all'art. 1444 c.c. e, dunque, la rinuncia all'azione di annullamento non pregiudica la possibilità di convalidare successivamente il contratto a cui accede⁶⁸. Venendo alla responsabilità *ex* art. 1338 c.c., parte degli interpreti ritiene che il risarcimento sia dovuto anche a prescindere dal previo vittorioso esperimento dell'azione di annullamento: pertanto, la responsabilità da mancata comunicazione di una causa di invalidità risulterebbe invocabile anche dal contraente che avesse rinunciato all'azione di annullamento⁶⁹.

Dunque, la clausola di rinuncia all'azione di annullamento non “neutralizza” la causa di invalidità, che resta operante e permette di qualificare ugualmente quel contratto come annullabile. Anche stipulata la clausola, l'annullabilità potrà essere opposta in via d'eccezione, l'accordo potrà essere convalidato, il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1338 c.c. potrà essere richiesto. Questa considerazione sembra sufficiente per escludere che il patto in esame incorra in una nullità per contrasto con le norme imperative che sanciscono l'annullabilità del contratto a fronte di certi vizi: pertanto, esso è, sotto questo profilo, valido. Restano salvi i limiti di cui si dirà più avanti, concernenti i contratti stipulati dai consumatori⁷⁰, l'annullamento del contratto per incapacità naturale e legale, per dolo, violenza e conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato⁷¹.

Diversamente avverrebbe, per esempio, per il patto che sancisse l'irrilevanza dell'errore essenziale e riconoscibile⁷², oppure escludesse in radice la qualifica di annullabilità del contratto (per esempio prevedendo espressamente che l'accordo non possa essere ritenuto annullabile), oppure, ancora, cancellasse la rilevanza delle circostanze che hanno dato vita al vizio della volontà (es.: una dichiarazione della controparte o di un terzo). Tuttavia, tramite la clausola in esame non avviene nulla di tutto questo: più limitatamente, le parti convengono di rinunciare alla sola azione di annullamento, l'accordo resta viziato e gli altri rimedi connessi alla causa di invalidità rimangono esperibili.

⁶⁸ Sul ruolo dell'art. 1444 c.c. nel problema della validità della clausola in esame si veda *infra*, para. 4.2.

⁶⁹ Si allude alla tesi che ritiene predicabile una responsabilità “da contratto invalido non invalidato”, che permetterebbe alla parte in favore della quale è posta la causa di invalidità di ottenere un risarcimento del danno anche senza previo annullamento dell'accordo: sulla relazione tra art. 1338 c.c. e annullamento del contratto si veda *infra*, para. 4.2.a.ii.

⁷⁰ *Infra*, para. 6.1.

⁷¹ Si veda *infra*, para. 6.2.

⁷² Operazione, questa sì, che farebbe venire meno tutti i rimedi per quel vizio e, quindi, comporterebbe una deroga alla disciplina dell'annullabilità.

Così precisata la portata della clausola di rinuncia, ci si può confrontare con alcune delle pattuizioni più diffuse che disciplinano convenzionalmente l'annullabilità del contratto.

In primo luogo, e senza pregiudizio per i limiti di validità di cui si dirà più avanti⁷³, le clausole di *sole remedy* possono escludere soltanto l'azione di annullamento; resta impossibile rinunciare preventivamente all'eccezione di annullabilità (art. 1462 c.c.) o sancire l'irrelevanza di certi vizi della volontà o della qualifica del contratto come annullabile. Così, le parti non potrebbero accordarsi per ritenere completamente ininfluyente l'eventuale errore nel quale fosse caduta una di esse o per stabilire che il contratto non potrà essere considerato invalido, poiché, in tal modo, esse derogherebbero all'art. 1428 c.c., che prevede l'annullabilità del contratto per errore essenziale e riconoscibile. Piuttosto, potranno rinunciare all'azione di annullamento per errore.

Alla luce di quanto precede, le c.d. *non-reliance clauses* pongono problemi particolarmente gravi, poiché eliminano la rilevanza delle dichiarazioni pre-negoziali non riportate all'interno del contratto e, quindi, impediscono di invocarle non solo per fondare l'azione di annullamento (es.: per dolo), ma anche per rifiutarsi di eseguire la prestazione eccependo l'annullabilità del contratto o per ottenere il risarcimento del danno da lesione dell'affidamento nella validità del contratto⁷⁴. Lo stesso si dovrebbe dire per le clausole di incontestabilità, qualora si condivida la tesi che le qualifica come patti di esclusione dell'annullabilità del contratto e non come decadenze convenzionali dal potere di annullamento: infatti, in tal caso, anche tramite di esse si cerca di rendere irrilevante una causa di annullabilità del contratto⁷⁵. Pertanto, le *non-reliance clauses* non possono trovare spazio nel nostro ordinamento, a meno di non ridurne la portata a una mera rinuncia all'azione di annullamento, e lo stesso varrebbe per le clausole di incontestabilità, ove intese quali patti di esclusione dell'annullabilità del contratto.

Dunque, un primo risultato consiste nel limitare alla rinuncia all'azione di annullamento l'intervento dell'autonomia privata in materia di annullabilità, impregiudicata la possibilità di qualificare il contratto come annullabile, con tutte le conseguenze citate.

⁷³ Ci si riferisce ai già citati para. 5.1. e 5.2., dove si tratterà, rispettivamente, delle clausole contenute in contratti con i consumatori e dei patti di rinuncia all'azione di annullamento per incapacità naturale e legale, per dolo e violenza.

⁷⁴ Sulla clausola di *non-reliance* si veda *supra*, p. 60.

⁷⁵ A. MANIACI, op. cit., pp. 442 ss. e A. MOTTA, op. cit., pp. 3 ss., qualificano le clausole di incontestabilità come rinunce all'azione di annullamento e le ritengono nulle per contrasto con gli artt. 1444 e 1462 c.c. Come si vedrà nei paragrafi successivi, gli artt. 1444 e 1462 c.c. non sembrano precludere radicalmente questa clausola, piuttosto, a militare per l'invalidità dovrebbe essere il contrasto con l'inderogabilità delle norme che pongono cause di annullabilità del contratto.

4.1.b. Nullità della clausola per contrasto con l'asserita funzione sanzionatoria delle norme in materia di annullabilità del contratto

Una tesi ritiene che le norme che stabiliscono i casi di annullabilità del contratto abbiano la funzione di sanzionare le violazioni delle regole che presidono l'esercizio dell'autonomia privata. Poiché la rilevanza negoziale di un accordo, ossia la sua validità, implica principalmente la sua impegnatività, la soggezione del contratto annullabile all'azione di annullamento permette di qualificarlo come invalido; tuttavia, si tratta di una forma di invalidità «notevolmente attenuata» in considerazione del principio di conservazione del negozio e consistente in una precarietà del vincolo. Tale disciplina sarebbe posta a sanzione delle norme che regolano la stipulazione di atti di autonomia⁷⁶.

Da questa lettura si potrebbe far discendere la nullità della clausola in esame, poiché una rinuncia all'azione vanificherebbe l'effettività della sanzione prevista dall'ordinamento per il contratto annullabile. Tuttavia, tale tesi, seppur autorevolmente sostenuta, non risulta avere avuto seguito. È, infatti, diffusa la convinzione che l'annullabilità del contratto sia un istituto posto a tutela degli interessi di una parte dove, quindi, l'accento è posto sulla posizione del soggetto legittimato all'azione di annullamento, più che sulla condotta riprovevole della controparte⁷⁷; un'eccezionale funzione sanzionatoria si può riconoscere soltanto al regime di

⁷⁶ R. SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 397: «non può contestarsi che la annullabilità costituisca una sanzione disposta avverso i negozi che violano le norme intese ad disciplinarli, coincidendo dunque, sotto questo riguardo, con l'invalidità; basti pensare alle cause principali di annullamento ipotizzate dalla legge: i vizi del consenso, il difetto di capacità di agire ecc., e correlativamente, alle sue conseguenze, in particolare alle ripercussioni sull'efficacia del negozio». Così anche E. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 469.

⁷⁷ La concezione sanzionatoria dell'invalidità è espressamente rigettata da R. TOMMASINI, op. cit., p. 576: «la configurazione dell'invalidità come sanzione, anche se mette in luce n aspetto importante, non riesce a cogliere l'essenza effettiva del fenomeno e la sua complessa struttura» e da R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 525, con riferimento alla nullità come rimedio. Si vedano poi A. NATUCCI, *L'annullabilità parziale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 575, nota 16, che rileva come la qualificazione in termini di "sanzione" o "rimedio" dipenda dal punto di vista dal quale si osserva la vicenda contrattuale concreta e M. PROSPERETTI, op. cit., pp. 116 ss. Nel senso di accentuare la funzione di tutela dell'interesse di una parte, per es., F. MESSINEO, voce *Annullabilità e annullamento*, cit., p. 470: l'annullamento «si configura come reazione, o rimedio offerto all'interessato, contro il negozio (o atto) che, viziato, sorto, pregiudica, con il suo vigore e con la sua efficacia, l'interesse di chi lo ha costituito, o ha concorso a costituirlo»; E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, in A. GENTILI (a cura di), *Rimedi-1*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del Contratto*, Vol. IV, II Ed., Milano, 2023, pp. 183 ss., spec. p. 185: «volendo schematizzare la fenomenologia delle cause di annullabilità, conviene muovere dal regime dell'annullamento e quindi dalla funzione che ne emerge. Questa prospettiva, per l'efficacia del contratto annullabile, per la legittimazione limitata a far valere la patologia (art. 1441), per la convalidabilità (art. 1444), aiuta a comprendere che l'annullabilità appronta un rimedio volto a presidiare in via diretta interessi particolari, e precisamente l'interesse del soggetto legittimato a chiedere l'annullamento»; R. TOMMASINI, op. cit., p. 586: l'invalidità consiste in una qualificazione negativa dell'atto di autonomia in quanto non conforme allo schema normativo. Il contratto annullabile è qualificato negativamente perché «non prospetta o è fondatamente dubbio che prospetti l'effettivo interesse di un soggetto [...]. In queste ipotesi, l'ordinamento non esclude a priori l'efficacia dell'atto, ma attribuisce all'efficacia carattere di precarietà, rimettendo al soggetto interessato la valutazione circa carattere vantaggioso o pregiudizievole dell'atto e la conseguenziale decisione sulla sua conservazione o sulla sua eliminazione». Tuttavia, a p. 583 l'Autore precisa che «l'invalidità resta sempre forma di tutela e garanzia di certezza di valori generali (del sistema) e particolari (dei soggetti); anche se presenta le graduazioni

annullabilità assoluta del contratto stipulato dal soggetto in stato di interdizione legale, per effetto di una pena accessoria (art. 32 cp)⁷⁸. D'altronde, la carica sanzionatoria non sembra compatibile con l'attivazione a richiesta di parte, la legittimazione limitata, la non rilevabilità d'ufficio dell'annullabilità del contratto⁷⁹ e la sua convalidabilità *ex art.* 1444 c.c.

Nemmeno si può trascurare che la clausola in esame non incide sulla qualificazione del contratto come annullabile, con le conseguenze di disciplina già accennate: resta eccepibile in perpetuo l'annullabilità del contratto (si intende, salvo che questo sia stato eseguito) e rimane possibile domandare il risarcimento del danno patito per aver confidato nella validità del contratto *ex art.* 1338 c.c., ove si aderisca alla tesi che non subordina la domanda risarcitoria all'annullamento del contratto⁸⁰.

Non pare, quindi, che questa interpretazione possa essere utilmente invocata per sorreggere la tesi dell'invalidità della clausola di rinuncia all'azione di annullamento.

4.1.c. Incompatibilità della clausola con gli effetti caducatori derivanti dalla pronuncia di annullamento

Una terza obiezione “strutturale” alla clausola di rinuncia all'azione di annullamento, questa volta espressamente formulata nel contesto di una disamina dedicata al tema, è incentrata sulla sua incompatibilità con gli effetti demolitori della pronuncia costitutiva. Si

*della nullità e dell'annullabilità». Ad ogni modo, resta estranea dall'analisi la prospettiva sanzionatoria. L'analisi dell'interesse sotteso alla disciplina dell'annullabilità del contratto è centrale in F. LUCARELLI, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, Napoli, 2009 (rist.), p. 9. Si vedano anche M. PROSPERETTI, *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Milano, 1973, pp. 15 ss. e M. FRANZONI, op. ult. cit., pp. 2, 27. Per una critica, R. SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 399, nota 90: il profilo teleologico citato sarebbe valido solo in pratica, ma sarebbe inadatto a «determinare il concetto di questa figura» e ad individuarne «esattamente la funzione [...] posto che la distinzione tra interesse privato e pubblico [...] è tra le più vaghe ed incerte che si possano concepire». Resta, tuttavia, il fatto che la nullità del contratto è rilevabile d'ufficio, mentre non lo è l'annullabilità, differenza che gli Autori citati in questa nota spiegano alla luce della diversità degli interessi tutelati dalle due fattispecie di invalidità. Sul rilievo d'ufficio dell'intervenuto annullamento del contratto, si veda la nota 214.*

⁷⁸ F. GAZZONI, op. ult. cit., p. 1006; R. TOMMASINI, *Art. 1441: legittimazione*, in R. TOMMASINI – E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento*, in P. SCHLESINGER (fondato da) - F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2009, p. 67, che aggiunge che una conferma della natura sanzionatoria dell'interdizione legale deriva dalla sua soggezione a pubblicità, che conferma la rilevanza *erga omnes* della situazione. Si veda sempre R. TOMMASINI, op. ult. cit., pp. 68 ss. per la legittimazione a fare valere l'annullabilità del testamento e le invalidità matrimoniali.

⁷⁹ Si tratta, infatti, di eccezione in senso stretto, come risulta dal tenore dell'art. 1441, comma 2 c.c. (l'annullabilità può essere «*opposta dalla parte convenuta*») e dall'assenza di indicazioni sulla linea dell'art. 1421 c.c. in materia di nullità. Tale assetto è poi coerente con il fatto che l'ordinamento lascia al legittimato la scelta se agire o meno per l'annullamento del contratto. Così C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 625; F. MESSINEO, voce *Annulabilità*, cit., p. 476; R. SACCO, voce *Nullità*, cit., p. 305. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. civ. 2313/2016; Cass. civ. 20988/2014; Cass. civ. SSUU 1099/1998. *Contra* la parte della dottrina che attribuisce natura sostanziale al diritto potestativo di annullamento: qualora il legittimato l'avesse esercitato prima del giudizio e la circostanza risultasse dagli atti, il giudice potrebbe praticare il rilievo officioso: I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, pp. 276-277, spec. nota 153.

⁸⁰ Su cui *infra*, para. 4.2.a.ii.

afferma, infatti, che le pattuizioni in esame non potrebbero considerarsi autonome rispetto al contratto cui accedono, al pari di quanto avviene, per esempio, per le clausole compromissorie, con la conseguenza che risulterebbero anch'esse necessariamente travolte dal vizio da cui è inficiato il contratto⁸¹. Si richiamano poi due pronunce del Tribunale di Milano che hanno ritenuto irrilevante la clausola di unico rimedio contenuta in un contratto di acquisizione di partecipazioni societarie, in considerazione del dolo con cui aveva agito il venditore e in applicazione del brocardo "*fraus omnia corrumpit*"⁸².

L'obiezione incentrata sulla non autonomia della clausola si potrebbe intendere in due modi diversi: da un lato, come negazione della possibilità che la causa di annullabilità riguardi solo alcune parti del contratto; dall'altro, nel senso di ritenere impossibile che una singola pattuizione sopravviva agli effetti caducatori della sentenza di annullamento.

Dal primo punto di vista, l'osservazione sembra sconfessare la configurabilità di un'annullabilità c.d. oggettivamente parziale, che ricorre quando il vizio riguarda solo alcune clausole o alcune parti del contratto⁸³. L'ammissibilità di questa particolare forma di invalidità è discussa giusta l'assenza, nel Capo del codice civile dedicato all'annullabilità, di una disposizione analoga all'art. 1419 c.c. in materia di nullità parziale.

⁸¹ V. DI GRAVIO, *Clausola di unico rimedio*, cit., p. 1608.

⁸² V. DI GRAVIO, op. ult. cit., p. 1610. Le due sentenze sono Trib. Milano, 26 e 27.5.2004, non pubblicate, note perché citate da F. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, cit., pp. 323-324. Dal contributo dell'Autore non è chiaro se il Tribunale abbia dichiarato nulle le clausole: «*malgrado la presenza in contratto di una clausola di Exclusive Remedy, il dolo del venditore consente di superare tale limitazione* («*fraus omnia corrumpit*») e consente pertanto di invocare sia l'eccezione di inadempimento sia l'abilità del contratto per dolo». Il paragone che viene instaurato tra questo caso e quello di escussione fraudolenta di una garanzia a prima richiesta potrebbe fare ritenere che il Tribunale avesse accolto un'*exceptio doli* sollevata dal compratore e, quindi, dichiarato inefficace la clausola. Ad ogni modo, si può fare presente che il brocardo richiamato dal Tribunale viene normalmente inteso in un altro senso, ovvero per legittimare l'annullamento del contratto anche qualora l'inganno non ingeneri un errore "essenziale" ai sensi dell'art. 1429 c.c.: si veda *infra*, nota 315.

⁸³ Si parla di annullabilità *oggettivamente* parziale per distinguere la fattispecie in esame dall'art. 1446 c.c., che disciplina le conseguenze dell'annullabilità che riguarda il vincolo di una sola delle parti di un contratto plurilaterale. Analogamente a quanto avviene per gli artt. 1420, 1459 e 1466 c.c., si stabilisce che la patologia non importa annullamento del contratto, salvo che la partecipazione affetta dal vizio debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale. In sintesi, l'art. 1446 c.c. corrisponde all'art. 1420 c.c., mentre manca, nell'annullabilità, una norma parallela all'art. 1419 c.c. Si veda A. NATUCCI, *L'annullabilità parziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 570.

Si colloca all'interno del filone che ritiene inevitabile il "contagio" di tutto il contratto F. PADOVINI, op. cit., p. 198: il patto di rinuncia all'azione di annullamento sarebbe necessariamente inficiato dal medesimo vizio che riguarda il resto dell'accordo: questo, però, (a nostro parere, contraddittoriamente) solo in caso di dolo o violenza. Così anche P. GRECO, *La clausola "solve et repete": ragioni e limiti della sua efficacia*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, fasc. 2, p. 153: «*altro è un distinto e separato atto di volontà che rinunzi in una forma o nell'altra alla impugnativa di un precedente atto di volontà, altro è la rinunzia che si pretenderebbe legittimamente contenuta nello stesso atto che sia determinato da incapacità o da vizio del consenso, poiché è chiaro che in tal caso è la stessa rinunzia che sarebbe affetta da vizio*».

In passato, la dottrina ne aveva negato la configurabilità, svolgendo argomentazioni in parte analoghe a quella in commento⁸⁴. Preliminarmente, era stata criticata la comune afferenza di nullità e annullabilità al medesimo *genus* dell'invalidità, facendone derivare l'inapplicabilità alla seconda del principio di conservazione del negozio sotteso agli artt. 1419 e 1424 c.c. In secondo luogo, si era ritenuto non probante il parallelismo intercorrente tra l'art. 1446 c.c., in tema di annullamento del contratto plurilaterale, e l'art. 1419 c.c. Da ultimo, l'annullabilità parziale era sembrata incompatibile con la rettifica del contratto *ex* artt. 1430 e 1432 c.c., che permette di evitare l'annullamento totale, ma attribuendo la relativa iniziativa alla controparte. Compiuti questi rilievi, la dottrina in esame aveva affrontato alcune singole cause di annullamento del contratto, quali i vizi della volontà e l'incapacità naturale.

In estrema sintesi, partendo dalla violenza, questa riguarderebbe «*più l'aspetto soggettivo della volizione che non il contenuto della volontà*» e, quindi, non sarebbe concepibile una violenza avente a oggetto solo alcune parti del negozio⁸⁵. Pur con una certa difficoltà a comprendere esattamente il significato dell'espressione, una serrata critica all'opinione in commento ha rilevato che non è possibile distinguere tra “volere” e “voluto”, poiché non è concepibile una «*pura volontà senza contenuto*»⁸⁶. Soprattutto, casi di annullabilità parziale potrebbero ricorrere in contratti a formazione progressiva o aventi a oggetto la vendita di più beni, qualora la minaccia intervenisse solo a un certo punto dell'*iter negoziale* o solo con riferimento ad alcuni di essi. Ancora, se si ammette la possibilità di una nullità parziale *ex* art. 1419 c.c. ove la violenza fisica ricada sulla stipulazione di una specifica clausola, sembra poi difficile negare che la minaccia possa portare ad annullabilità parziale⁸⁷. Da ultimo, l'astratta compatibilità tra violenza e vizio parziale del contratto risulta confermata dall'art. 624, comma 1 c.c., in materia di annullabilità della (singola) disposizione testamentaria per errore, violenza o dolo⁸⁸.

⁸⁴ A. DALMARTELLO, *Questioni in tema di annullabilità del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, pp. 16 ss. Oltre agli Autori citati nel prosieguo, si vedano L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, pp. 365 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., pp. 137 ss.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 24.

⁸⁶ A. NATUCCI, op. cit., p. 581.

⁸⁷ A. NATUCCI, op. cit., pp. 581-582. L'Autore ha cura anche di mostrare come parti della dottrina spesso citata contro la configurabilità del vizio in esame sia stata in realtà travisata: si veda la nota 27 a p. 581.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 583; si vedano anche G. CRISCUOLI, *Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi della volontà*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, pp. 364 ss. e A. FONDRIESCHI, *Annulabilità parziale dell'oggetto della prestazione e adeguamento del contratto*, in *Osservatorio del Diritto civile e commerciale*, fasc. 1, 2014, p. 50, con ampi riferimenti bibliografici. L'Autrice distingue tra annullabilità parziale dell'oggetto e del regolamento contrattuale. Per D. MAFFEIS, *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Milano, 2002, pp. 370 ss., non sarebbe possibile un'annullabilità parziale in caso di violenza del terzo non conosciuta dalla parte, di errore non riconosciuto e di conflitto di interessi non conosciuto dal terzo.

Per l'incapacità legale varrebbero considerazioni sovrapponibili a quelle che dovrebbero condurre a negare un'annullabilità parziale del contratto oggetto di violenza⁸⁹. Anche in questo contesto, tuttavia, si possono immaginare ipotesi in cui l'incapacità sopraggiunga solo dopo un certo stadio della trattativa, o riguardi solo alcuni dei beni oggetto del contratto⁹⁰. Lo stesso dovrebbe valere anche quanto all'incapacità naturale o al contratto stipulato dal minore, seppure si tratti di casi difficili da immaginare nella pratica⁹¹.

L'argomentazione differisce per il caso di errore o dolo. Questi vizi della volontà sarebbero astrattamente concepibili con riferimento a singole clausole o parti del contratto; tuttavia, sarebbe la legge a limitarne la rilevanza ai soli casi in cui essi siano determinanti per la stipulazione dell'intero contratto⁹². Seppure tramite un percorso diverso, dunque, nemmeno l'errore e il dolo potrebbero comportare l'annullamento parziale del contratto.

In verità, l'argomentazione dà per presupposto quanto si dovrebbe invece dimostrare, ossia la possibilità che l'errore o il raggirò riguardino una parte soltanto del contratto, scindibile dal resto⁹³. E in effetti, ben si può concepire un errore che sia essenziale per la clausola su cui cade, ma al contempo non essenziale nei confronti dell'intero negozio⁹⁴: in altre parole, un conto è l'essenzialità *ex art. 1429 c.c.*, che deve ricorrere perché il vizio della volontà possa portare all'annullamento, e un conto è l'essenzialità della clausola viziata nell'economia complessiva del contratto, che rileva ai fini di valutare l'estensione degli effetti demolitori all'intero negozio⁹⁵.

⁸⁹ A. DALMARTELLO, op. cit., p. 24.

⁹⁰ A. NATUCCI, op. cit., p. 584, che riporta anche due casi giurisprudenziali dove è stata ravvisata l'annullabilità parziale di un contratto: Cass. civ. 932/1970, in *Foro pad.*, 1971, I, pp. 108 ss., con riferimento a un caso di violazione dell'art. 323, comma 1 c.c., testo previgente, e Cass. civ. 1592/1980, in *Giur. it.*, I, 1, p. 1586, due soggetti avevano promesso in vendita alcuni beni, ma uno di loro era inabilitato. Tuttavia, questo secondo caso appare meno probante poiché il negozio si sarebbe potuto distinguere in due diversi contratti e perché, forse, si sarebbe potuto applicare l'art. 1446 c.c.

⁹¹ *Ibidem*, p. 587; *contra*, oltre al DALMARTELLO, anche A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, p. 97.

⁹² A. DALMARTELLO, op. cit., pp. 26-27.

⁹³ A. NATUCCI, op. cit., p. 588; A. GENTILI, op. cit., p. 103.

⁹⁴ Cass. civ. 2647/1967, in *Giust. civ.*, 1968, I, pp. 892 ss., citata da A. NATUCCI, op. cit., p. 589, riguardante una clausola di prelazione viziata da errore di diritto e giudicata inessenziale *ex art. 1419 c.c.*, applicabile per analogia al caso di annullabilità parziale.

⁹⁵ Così già G. CRISCUOLI, op. cit., pp. 384 ss. e ora anche A. FONDRIESCHI, op. cit., p. 54 e p. 57 per il dolo.

Per l'annullabilità del contratto per conflitto di interessi si veda la particolare ricostruzione di D. MAFFEIS, op. cit., pp. 20 ss., che comunque giunge ad ammettere l'annullabilità della sola parte del contratto viziata dalla patologia in esame. L'Autore constata, con osservazione per ogni caso di annullabilità parziale, che dalla legittimazione ristretta a fare valere l'annullamento discende che il contraente convenuto per l'annullamento parziale non potrà difendersi domandando l'estensione dell'annullamento (p. 364).

A queste considerazioni si può aggiungere, riprendendo le osservazioni svolte in via preliminare dalla voce qui criticata, che l'afferenza di nullità e annullabilità al medesimo *genus* dell'invalidità negoziale è convinzione diffusa tra gli interpreti, tanto che un'autorevole dottrina ha ritenuto che l'art. 1419 c.c. si possa applicare in via diretta⁹⁶, e non già solo analogica⁹⁷, al caso in esame. Inoltre, l'importanza attribuita dalla legislazione più recente⁹⁸ e dalla giurisprudenza al principio di conservazione del contratto rendono difficile limitarne la portata al solo campo della nullità contrattuale, escludendo l'annullabilità del contratto⁹⁹, anche considerato che l'art. 1446 c.c. ne mostra una significativa applicazione proprio nel

⁹⁶ R. SACCO, voce *Nullità e annullabilità*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Vol. XII, Torino, 1995, p. 300. In generale, sulla collocazione dell'annullabilità a fianco della nullità all'interno della categoria dell'invalidità, R. SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 395; R. TOMMASINI, op. cit., pp. 583 ss.; E. DEL PRATO, op. ult. cit., pp. 184 ss.; A. NATUCCI, op. ult. cit., pp. 572 ss., ove ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza; per F. MESSINEO, voce *Annullabilità e annullamento*, cit., p. 470, il contratto annullabile è valido fino alla pronuncia costitutiva ed è quindi dubbia l'ascrivibilità del vizio all'invalidità; dubitativo anche U. MAJELLO, *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 340 ss.: «dalle precedenti osservazioni sulla nullità e sull'annullabilità del contratto potrebbe forse emergere, in contrapposizione alla ben nota categoria generale dell'invalidità, quella non altrettanto considerata dell'invalidabilità [...] Quest'ultima esprime infatti più che un'invalidità meno grave, come asseriscono coloro che accomunano nullità e annullabilità nella categoria dell'invalidità, un'invalidità allo stato meramente potenziale, tanto da rendere riconducibile il contratto annullabile ad un'ipotesi di validità precaria». Una posizione particolare è assunta da F. LUCARELLI, op. cit., pp. 229 ss., che ritiene che il contratto annullabile sia valido ed efficace e che l'annullamento incida solo sui suoi effetti *inter partes*: così si spiegherebbe la normale inopponibilità ai terzi.

⁹⁷ Così G. CRISCUOLI, op. cit., p. 368, che non ravvisa l'esistenza di ragioni ostative all'applicazione analogica.

⁹⁸ Soprattutto, dall'art. 36 del d.lgs. n. 206/2005, il Codice del consumo, che prevede che «le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto». Si vedano anche gli artt. 7 e 8 del d.l. 7/2007, relativamente al divieto di clausole penale per l'estinzione anticipata dei mutui immobiliari e al divieto di patti che impediscano o rendano gravoso l'esercizio della surrogazione ai sensi del comma 1 del medesimo art. 8.

⁹⁹ Per R. TOMMASINI, *Dell'azione di annullamento*, cit., p. 95, l'annullabilità parziale ben può riguardare «clausole scindibili dall'intero contesto negoziale», la cui eliminazione «non incida irreparabilmente sull'economia negoziale e sulla capacità di realizzare comunque l'assetto fondamentale degli interessi». Tuttavia, la base normativa non sarebbe l'applicazione analogica dell'art. 1419 c.c., ma del più generale principio della conservazione del contratto.

È noto come il principio di conservazione del contratto sia alla base del canone ermeneutico di cui all'art. 1367 c.c. (*ex multis*, Cass. civ. 19493/2018), della disciplina della patologia del contratto plurilaterale (artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.) e della nullità parziale e della conversione del contratto (artt. 1419, su cui, per es., Cass. civ. 23950/2014, e 1424 c.c.). La giurisprudenza ne ha poi fatto applicazione, anche se non sempre condizionatamente, nelle materie più diverse, per es., per stabilire la legittimità di un recesso esercitato a distanza di tempo dal fatto che lo legittimava (Cass. civ. 7384/2021). Sul principio in esame, si vedano per tutti C. GRASSETTI, VOCE *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.*, Vol. IX, Milano, 1961, p. 172; G. STELLA RICHTER, *Il principio di conservazione nel negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, pp. 411 ss., spec. 413.; R. TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 1978, XXVIII, p. 903 e C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pp. 398-400 e 595 ss.; sulla sua crescente importanza, per es., nel contesto di operazioni attuate tramite la stipulazione di contratti collegati, si veda M. RABITTI, sub *Art. 1419 c.c.*, in E. NAVARRETTA - A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale. Art. 1387 - 1424*, in E. GARELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Milano, 2012, p. 597.

campo di questa figura di invalidità¹⁰⁰. Nemmeno ricorrono le lamentate interferenze con l'istituto della rettifica¹⁰¹.

D'altro canto, ammettere l'annullabilità parziale sembra coerente con il funzionamento di questa patologia negoziale: se in caso di annullabilità totale l'iniziativa è comunque rimessa all'interessato, a maggior ragione tale facoltà di scelta si deve affermare qualora il vizio riguardi una parte soltanto dell'accordo¹⁰². Infine, l'interpretazione trova conforto nel riferimento a un autorevole *corpus* quale i Principi Unidroit, il cui art. 3.2.13. espressamente prevede l'annullabilità parziale¹⁰³.

In definitiva, non solo è logicamente concepibile un vizio della volontà che riguardi una parte soltanto del contratto, ma questa ipotesi è contemplata da una norma codicistica (cfr. art. 624 c.c.), nota alla giurisprudenza e facilmente governabile tramite l'applicazione diretta o analogica dell'art. 1419 c.c. o, per un'altra voce, tramite esclusivo riferimento ai principi vigenti in materia di annullabilità del contratto¹⁰⁴. Sembra quindi affrettato negare recisamente l'ammissibilità della clausola di rinuncia all'azione di annullamento nel nostro ordinamento, osservando che essa verrebbe necessariamente travolta dal vizio che inficia il contratto.

¹⁰⁰ G. CRISCUOLI, op. cit., p. 368.

¹⁰¹ Immaginando un acquisto di beni per quantità inferiore al voluto, la rettifica opererebbe in senso ampliativo e non parzialmente ablativo degli effetti del contratto. Immaginando invece un acquisto di beni per quantità superiore al voluto, la rettifica porta agli stessi effetti dell'annullamento parziale e, quindi, l'istituto depone semmai a favore dell'annullabilità parziale, e non contro. Così A. FONDRIESCHI, op. ult. cit., p. 56 e A. GENTILI, op. ult. cit., p. 89.

¹⁰² G. CRISCUOLI, op. cit., p. 372. A. FONDRIESCHI, op. ult. cit., p. 55, nota che, ammettendo l'annullabilità parziale, si introduce un terzo modello, intermedio tra annullamento totale e convalida.

¹⁰³ Lo nota A. FONDRIESCHI, op. ult. cit., p. 69, nota 68. L'articolo recita che «*where a ground of avoidance affects only individual terms of the contract, the effect of avoidance is limited to those terms unless, having regard to the circumstances, it is unreasonable to uphold the remaining contract*». Le cause di annullabilità del contratto sono approssimativamente sovrapponibili ai nostri vizi della volontà: sono contemplati il *mistake* (art. 3.2.1.), la *fraud* (3.2.5.) e la *threat* (3.2.6.), oltre che la *gross disparity* (art. 3.2.7.). L'Autrice osserva inoltre che ammettere l'annullabilità parziale risulta anche efficiente dal punto di vista economico, permettendo al contraente caduto in errore, per esempio, sulla quantità del bene compravenduto di usufruire di una scelta intermedia tra l'annullamento totale e la convalida.

¹⁰⁴ R. TOMMASINI, voce *Nullità*, cit., p. 904: l'Autore nega l'applicabilità analogica dell'art. 1419 c.c., accusando di imprecisione e vaghezza le argomentazioni che sorreggono tale soluzione. Piuttosto, l'annullabilità parziale si deve ammettere perché «*nullità ed annullabilità appartengono entrambe al genus della invalidità della quale costituiscono articolazioni diverse*». Di qui, la possibilità di invocare l'argomento *a fortiori*: «*posto che è ammessa la parzialità della nullità che costituisce la gradazione più intensa della invalidità appare logico ritenere ammissibile la parzialità dell'annullabilità, allorché il vizio riguardi esclusivamente clausole accessorie o secondarie dell'atto*». Tuttavia, l'annullabilità parziale sarà «*interamente governata dalle regole specifiche della annullabilità e non - neppure in via analogica - da quelle della nullità parziale*»: è chiaro che se il vizio riguarda solo una clausola del contratto, si potrà domandare l'annullamento solo di quella clausola. Utilizza l'argomento *a fortiori* anche G. CRISCUOLI, op. ult. cit., p. 368. Favorevole all'annullabilità di singole clausole anche C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 626.

La conclusione è la medesima anche riflettendo sulla seconda accezione in cui si può declinare l'obiezione riportata all'inizio del paragrafo, secondo la quale gli effetti caducatori della pronuncia di annullamento non potrebbero che coinvolgere anche la clausola in esame, che non sarebbe autonoma dal contratto caducato come avviene, invece, per le clausole compromissorie.

In effetti, sembra che l'obiezione dia per dimostrato quello che invece è da provare, ossia che la clausola di rimedio esclusivo sia nulla e non impedisca alla parte di adire il giudice per ottenere la pronuncia caducatoria. Se, al contrario, la clausola fosse valida, questione che è il *thema probandum*, non si giungerebbe al travolgimento del contratto.

Il riferimento all'autonomia della clausola arbitrale, poi, può essere sfruttato proprio per comprendere meglio la dinamica messa in atto dalla presenza della clausola di rinuncia all'azione di annullamento. La natura autonoma della clausola arbitrale è stata teorizzata dalla dottrina ben prima del suo riconoscimento legislativo nell'art. 808, comma 3 cpc, che prevede che «*la validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce*»¹⁰⁵. In questo modo, si è permessa la devoluzione ad arbitri di controversie relative alla validità del contratto, che sarebbe risultata impossibile ove si fosse ritenuto che la causa di invalidità del contratto avrebbe travolto anche la clausola arbitrale¹⁰⁶.

A ben vedere, la conclusione della “separatezza” della clausola arbitrale si impone proprio perché essa regola (anche) vicende derivanti dalla caducazione del contratto e quindi, a meno di non volerla vanificare, si deve ritenere che la causa di invalidità non la pregiudichi. A riprova di quanto si sta dicendo, si può considerare che il ragionamento qui criticato si potrebbe applicare anche ad altre clausole che regolano vicende relative alla caducazione del contratto, rispetto alle quali, tuttavia, non risulta siano state mosse censure di tenore analogo:

¹⁰⁵ F. CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, pp. 327 ss. Si vedano in generale E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione d'arbitrato*, in A. GRAZIOSI - L. SALVANESCHI, *L'arbitrato*, Milano, 2020, pp. 111 ss., spec. 135 ss.; C. PUNZI, voce *Arbitrato*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995; R. MARENGO in A. BRIGUGLIO - E. FAZZALARI - R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994; P. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, 1, p. 23: l'autonomia della clausola è motivata dalla conservazione del patto «*in primo luogo nelle ipotesi in cui si controverta, e si chieda la pronuncia degli arbitri, proprio sulla validità del contratto a cui accede la clausola compromissoria*». Recentemente, A. HENKE, *Alcune considerazioni sulla legge applicabile alla validità formale e sostanziale di una convenzione arbitrale per arbitrato estero*, in *Riv. com. int.*, 2018, p. 627, ove si dà conto dell'ampia diffusione del principio (es.: *Section 7 dell'English Arbitration Act* e, nei regolamenti arbitrali internazionali, i Regolamenti ICC, LCIA) e di alcune sue conseguenze pratiche (ad es.: la clausola compromissoria contenuta in una proposta contrattuale opera anche se l'accettazione contiene modifiche riguardanti la sola parte sostanziale del contratto, come ritenuto da Cass. civ. 4842/2000). Si veda, da ultimo, Cass. civ. 25024/2013, che ha negato che la nullità del contratto travolgesse anche la clausola arbitrale ivi prevista.

¹⁰⁶ Chiaramente, la clausola arbitrale può essere inficiata da un vizio proprio.

è il caso, per esempio, delle clausole di scindibilità, dei patti con i quali si regolano le restituzioni derivanti dal contratto nullo¹⁰⁷ o risolto¹⁰⁸, della clausola penale, che di certo resta efficace nonostante la risoluzione per inadempimento del contratto a cui accede, e, soprattutto, della clausola di irrisolubilità, anch'essa volta a escludere un rimedio demolitorio¹⁰⁹. In sintesi, non solo esistono clausole che sopravvivono alla caducazione, ponendosi a valle di essa e regolandone gli effetti, ma si ritrovano anche patti che si collocano a monte di essa e, tuttavia, non sono mai stati oggetto di una critica analoga a quella mossa alla clausola di rinuncia all'azione di annullamento.

Dunque, non si può concludere per l'invalidità della clausola di rinuncia all'azione di annullamento affermando che essa non potrebbe che seguire la sorte del contratto a cui accede: in primo luogo, perché l'annullamento del contratto è possibile solo se la clausola è nulla (che è proprio la tesi che va dimostrata); in secondo luogo, perché essa regola proprio l'invalidità del contratto e, quindi, se ne deve ammettere una certa autonomia.

4.2. Contrasto della clausola con gli artt. 1444, 1395 e 1462 c.c.

Il paragrafo precedente conclude la disamina degli argomenti contrari alla validità della clausola e imperniati sulla sua incompatibilità con alcuni caratteri fondamentali dell'annullamento del contratto: il suo essere regolato da norme imperative, la concezione che qualifica l'annullamento quale "sanzione" a carico dei privati, il contrasto con una certa ricostruzione delle cause di annullabilità e con gli effetti demolitori della pronuncia di annullamento. Nei paragrafi che seguono, si esaminerà la compatibilità della clausola con due aspetti specifici della disciplina dell'annullabilità: la convalida del contratto annullabile, regolata dall'art. 1444 c.c., e l'irrinunciabilità dell'eccezione di annullamento *ex art.* 1462 c.c.

¹⁰⁷ Si veda lo stesso V. DI GRAVIO, *Clausola che regola le conseguenze dell'invalidità del contratto*, cit., pp. 672 ss.

¹⁰⁸ Sulle quali L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, in F. D. BUSNELLI – S. PATTI – V. SCALISI – P. ZATTI (collana diretta da), *Studi di Diritto Privato*, Torino, 2012, pp. 196 ss., spec. 209 ss., dedicate alle clausole sulla conversione da restituzione «in natura» a restituzione «per equivalente»; P. GALLO, voce *Restituzioni contrattuali e inadempimento*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Agg. XII, 2012, para. 10, che significativamente accomuna le clausole destinate a disciplinare le restituzioni alle clausole arbitrali, in quanto entrambe «destinate a sopravvivere nonostante la caducazione del contratto»; G. DE NOVA, *Nuove tutele e nuovi rimedi in materia contrattuale*, in G. DE NOVA, *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2010, pp. 93 ss.

¹⁰⁹ Sulla quale si vedano gli Autori citati al para. 4.1.a. del Cap. I. Significativamente, non è mai stato sostenuto che la clausola di irrisolubilità sia nulla perché verrebbe travolta dall'effetto risolutorio; anzi, proprio questo effetto sarà da escludersi ove la clausola sia ritenuta valida, all'esito di un vaglio che andrà effettuato – come è stato fatto – sulla base di altre considerazioni. Peraltro, anche accedendo a questa tesi non è chiaro quale sia la causa di nullità che inficerebbe il patto di irrisolubilità.

4.2.a. La clausola di rinuncia all'azione di annullamento e la convalida del contratto annullabile

Il patto di rinuncia all'azione di annullamento si potrebbe ritenere nullo in quanto incompatibile con l'art. 1444 c.c., che sembrerebbe ammettere la rinuncia all'azione solo una volta conosciuto il vizio da cui il contratto è inficiato e solo nelle modalità ivi previste.

In effetti, nelle trattazioni dedicate a questo meccanismo di recupero del contratto annullabile è diffusa la tesi che ritiene inammissibile una convalida (espressa) contestuale alla stipulazione del contratto e generica, poiché operata in assenza del presupposto indefettibile costituito dalla conoscenza del vizio. A maggior ragione, la stessa conclusione varrebbe per un'ipotetica convalida preventiva, relativa a negozi futuri, in quanto, in tal caso, il vizio non sarebbe solo ignoto all'epoca della convalida, ma neppure esisterebbe¹¹⁰.

A prima vista, questa lettura sembrerebbe precludere qualsiasi spazio alla clausola in esame, che costituirebbe proprio quella "convalida generica" ritenuta inammissibile.

¹¹⁰ G. MARINI, *Il contratto annullabile*, in A. GENTILI (a cura di), *Rimedi-1*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, Vol. IV, Milano, 2023, p. 430; A. GENTILI, *Le invalidità*, in P. RESCIGNO (a cura di), *I contratti in generale*, T. 2, II Ed., Milano, 2006, p. 1628. Alcuni Autori si limitano a ritenere inammissibile la clausola di unico rimedio perché opererebbe una rinuncia preventiva all'annullabilità in difetto della consapevolezza del vizio, senza precisare se questa osservazione rilevi *ex art.* 1444 c.c., o in quanto rende indeterminato il contenuto della clausola, oppure perché rende nulla la rinuncia a un diritto futuro (aspetti, questi ultimi, sui quali si veda *infra*, para. 4.3.a. e 4.3.b.): E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 216; A. SPATUZZI, *op. cit.*, p. 207, che segue la tesi di V. DI GRAVIO, *Clausola di unico rimedio*, *cit.*, p. 1608. In giurisprudenza, Cass. civ. 272/2004, in *DeJure e Leggi d'Italia*. Il contenzioso davanti all'autorità giudiziaria era stato instaurato da un soggetto che aveva incaricato un altro di gestire una farmacia per tre anni, dietro promessa di un corrispettivo calcolato secondo una certa formula. Il contratto conteneva una clausola compromissoria per arbitrato irrituale, ed era prevista la non impugnabilità del lodo. Tra i due era insorta una lite sulla determinazione del compenso, risolta con lodo irrituale che aveva dato ragione al gestore della farmacia. Il lodo era stato impugnato dal proprietario davanti al Tribunale di Roma, che ne aveva pronunciata la nullità per errore essenziale circa il calcolo del compenso. Il gestore aveva impugnato la sentenza davanti alla Corte d'appello, lamentando, tra le altre cose, l'improponibilità dell'azione giusta la clausola di non impugnabilità del lodo.

La Corte aveva accolto l'appello osservando che la clausola doveva ritenersi valida: il patto doveva essere interpretato come una limitazione delle eccezioni proponibili, e quindi dei motivi a sostegno dell'azione di annullamento, ammissibile *ex art.* 1341, comma 2 c.c.; la conclusione veniva rafforzata poi (pare) da un argomento *a fortiori*: considerata la possibilità di rimettersi all'*arbitrium merum* del terzo arbitratore nella determinazione dell'oggetto del contratto (art. 1349 c.c.), si sarebbe dovuta ammettere, a maggior ragione, la possibilità di «rimettersi fiduciarmente alla volontà dispositiva di un terzo premunendosi "ex antea" contro possibili impugnazioni». Il proprietario ricorreva quindi per Cassazione, lamentando, tra l'altro, la violazione degli artt. 1349 e 1444 c.c.

La Suprema Corte osservava l'assoluta inconferenza dell'argomento imperniato sull'art. 1349 c.c., norma che riguarda l'arbitraggio e non l'arbitrato, «istituto finalizzato alla risoluzione di controversie insorte in relazione a rapporti giuridici preesistenti e compiutamente definiti». Inoltre, affermava che la clausola non comportava una semplice rinuncia alle eccezioni, trattandosi «dell'ipotesi del tutto diversa di una rinuncia a far valere i vizi della volontà che affliggessero il contratto, rinuncia che però non può intervenire in via anticipata e preventiva, ma che presuppone che il negozio viziato sia già venuto ad esistenza al momento della rinuncia, che questa sia formalizzata con autonomo atto che contenga la menzione del contratto e del motivo di annullabilità, che l'intenzione di convalidare l'atto da parte del rinunciante sia espressamente manifestata (art. 1444 c.c.). Da ciò si desume quindi che non è neppure astrattamente configurabile una convalida preventiva e generalizzata rispetto a negozi futuri, i cui motivi di annullabilità non sono ancora venuti ad esistenza - e quindi non possono neppure essere conosciuti - al momento dell'accordo». La sentenza veniva quindi cassata con rinvio ad altra sezione della Corte d'Appello.

Tuttavia, qualche margine di operatività si potrebbe ricavare ragionando sulla diversità di effetti che derivano dalla convalida e dalla clausola di rinuncia all'azione di annullamento.

4.2.a.i. *La convalida, la clausola di rinuncia all'azione di annullamento e l'eccezione di annullabilità*

Come noto, la convalida del contratto annullabile è un istituto disciplinato dall'art. 1444 c.c. che si articola nelle *species* della convalida espressa (art. 1444, comma 1 c.c.) e tacita (art. 1444, comma 2 c.c.). Si tratta di un meccanismo di recupero del contratto annullabile previsto in via generale, a differenza della rettifica del contratto, che è disciplinata solo per il caso di errore (art. 1432 c.c.)¹¹¹. Per suo tramite, la situazione di incertezza caratteristica del contratto annullabile viene superata in una maniera opposta a quanto avviene in caso di annullamento del contratto, ossia tramite la sua conservazione. Se rimanendo a un livello superficiale la convalida può essere descritta agevolmente, non appena si progredisce nell'esame dell'istituto ci si avvede che i punti saldi sono ben pochi.

Infatti, della convalida sono discusse la natura negoziale¹¹², la riconducibilità a una sorta di sanatoria del negozio annullabile piuttosto che a una rinuncia all'azione di annullamento¹¹³,

¹¹¹ La dottrina si è interrogata circa l'applicabilità della rettifica anche ai casi di dolo e violenza, per es.: SACCO, *Il contratto*, cit., pp. 590 ss., lo esclude, constatando l'univoca delimitazione dell'istituto all'errore. Un correttivo si potrebbe rinvenire, però, attribuendo al convenuto per l'annullamento un'eccezione di dolo, qualora l'attore agisca rifiutando la correzione. Al di là del diverso ambito di applicazione, la convalida e la rettifica divergono per molti aspetti: per es., la convalida avviene a iniziativa del legittimato all'azione di annullamento, mentre la rettifica è iniziativa della controparte. Ancora, la convalida cristallizza l'assetto di interessi recepito dal contratto annullabile, mentre la rettifica porta al regolamento che la parte in errore intendeva stipulare. Si vedano E. LA ROSA, in R. TOMMASINI – E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento*, in P. SCHLESINGER (fondato da) – F. D. BUSNELLI (diretto da) *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2009, pp. 210 – 211 e M. FRANZONI, sub *Art. 1444 c.c.*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna, 1998, p. 529.

¹¹² Si vedano G. MARINI, op. cit., pp. 415-416; E. LA ROSA, op. cit., pp. 182 ss., che attribuisce alla convalida espressa natura negoziale e alla convalida tacita natura attuosa, con varietà di argomentazioni; G. PIAZZA, *La convalida nel diritto privato. La convalida tacita*, Napoli, 1980, pp. 6 ss. e pp. 65 ss., per la natura attuosa della convalida tacita: l'avverbio “volontariamente” andrebbe inteso come “spontaneamente”; *contra* G. GIACOBBE; op. cit., pp. 494 ss.: l'esecuzione deve « consistere in un'attività che, tendendo a realizzare esecutivamente la situazione che si sarebbe dovuta determinare attraverso il negozio invalido, manifesti la volontà del soggetto agente di procedere alla convalida »; R. SACCO, *Il contratto*, cit., pp. 583-584, per la natura negoziale della convalida espressa. Ritiene invece che la convalida sia sempre un atto giuridico G. B. FERRI, voce *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Vol. IV, 1989, pp. 347-348; G. GIACOBBE, op. cit., pp. 497 ss. Problema ulteriore è se la convalida espressa sia recettizia o meno: la considera recettizia, per es., F. MESSINEO, voce *Annulabilità e annullamento*, cit., p. 483; *contra* G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Napoli, 2011 (rist.), p. 94.

¹¹³ Vari riferimenti in G. B. FERRI, op. cit., p. 343; E. LA ROSA, op. cit., pp. 166 ss.; G. MARINI, pp. 415 ss.; si segnalano poi le posizioni di M. PROSPERETTI, op. cit., p. 133, che parla di una rinuncia solo in senso atecnico, poiché si tratta, piuttosto, di una preclusione nei confronti dell'impugnazione, e di G. PIAZZA, *La convalida nel diritto privato. La convalida espressa*, Milano, 1973, pp. 105 ss., che accosta l'istituto al negozio di accertamento. *Contra* G. B. FERRI, op. cit., p. 346. R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 584 osserva che, di regola, la rinuncia al potere di annullamento o la cessazione dello stato di incertezza o l'esigibilità delle prestazioni sono effetti che si producono contemporaneamente. La lettura della convalida in termini di sanatoria non è condivisibile, poiché

la sua efficacia retroattiva¹¹⁴, l'applicabilità *ex art.* 1324 c.c. ai negozi unilaterali¹¹⁵, la forma che dovrebbe rivestire la convalida espressa¹¹⁶, la possibilità di domandarne l'annullamento per vizio della volontà e la rilevanza della *protestatio contra factum*¹¹⁷, la definizione di "esecuzione" *ex art.* 1444, comma 2 c.c.¹¹⁸, la possibilità di una convalida parziale¹¹⁹, la legittimazione nel caso di contratti plurilaterali¹²⁰ o di annullabilità assoluta¹²¹. Alcuni di questi problemi, inoltre, possono essere risolti solo dopo aver preso posizione nel contesto del dibattito circa la qualificazione del contratto annullabile come fattispecie già produttiva di effetti precari, oppure come atto di autonomia invalido e inefficace *ab origine*: seguendo la prima ipotesi, la convalida non si potrebbe qualificare come una sanatoria, poiché gli effetti si starebbero già producendo; qualora, invece, si ritenesse che il contratto annullabile sia inefficace, sarebbe possibile sostenere che la convalida "sani" retroattivamente il negozio, permettendogli di produrre effetti¹²², oppure ritenere che essa costituisca un atto che, aggiungendosi al contratto viziato, dà vita a una fattispecie complessa a cui la legge ricollega l'efficacia negoziale¹²³.

Non è questa la sede per un esame analitico dei numerosi problemi che si pongono per l'istituto in esame, poiché, ai limitati fini dell'indagine circa la validità della clausola di rinuncia all'azione di annullamento, è sufficiente considerare gli effetti che scaturiscono dalla convalida del contratto annullabile. In particolare, è cruciale osservare che la convalida non

i vizi che affliggono il contratto sono fatti storici, ineliminabili da un meccanismo negoziale successivo: così G. B. FERRI, *op. cit.*, p. 346 e E. LA ROSA, *op. cit.*, p. 167.

¹¹⁴ Per es., G. GIACOBBE, *op. cit.*, p. 500, gli effetti vanno ricondotti alla fattispecie complessa "negozio invalido convalidato" e si producono *ex nunc*. Sulla scorta di una concezione del contratto annullabile come contratto invalido ma immediatamente produttivo di effetti, R. SACCO, *Il contratto*, *cit.*, p. 584, osserva che parlare di "retroattività" è improprio.

¹¹⁵ Su cui, per es., G. GIACOBBE, *op. cit.*, p. 492, con riguardo al testamento e ai rapporti con l'art. 590 c.c.

¹¹⁶ Il problema consiste nel comprendere se il comma 1 dell'art. 1444 c.c. imponga la forma scritta o se tale requisito sia richiesto solo in caso di convalida di un contratto formale: G. B. FERRI, *op. cit.*, pp. 350-351 per la tesi della libertà delle forme; F. MESSINEO, *op. ult. cit.*, p. 483 per la forma scritta. Posizione articolata in G. MARINI, *op. cit.*, pp. 421 ss.

¹¹⁷ Per alcuni riferimenti, E. LA ROSA, *op. cit.*, pp. 186 ss. e G. MARINI, *op. cit.*, p. 426. La ritiene irrilevante G. B. FERRI, *op. cit.*, p. 348, coerentemente con la natura di atto giuridico riconosciuta alla convalida.

¹¹⁸ Si veda l'analisi critica di R. SACCO, *Il contratto*, *cit.*, pp. 585 ss. Cfr. anche E. LA ROSA, *op. cit.*, pp. 180 ss. e G. MARINI, *op. cit.*, pp. 424 ss.

¹¹⁹ Si veda, per es., G. GIACOBBE, *op. cit.*, p. 499.

¹²⁰ G. B. FERRI, *op. cit.*, p. 351 si occupa della parte soggettivamente complessa e distingue a seconda che la causa di annullabilità sia o meno comune a tutti i soggetti; diversamente F. MESSINEO, *op. ult. cit.*, p. 484. Posizioni articolate anche in E. LA ROSA, *op. cit.*, pp. 193 ss.

¹²¹ Ammette la convalidabilità R. SACCO, *Il contratto*, *cit.*, p. 583; *contra* G. PIAZZA, *La convalida nel diritto privato. La convalida espressa*, *cit.*, pp. 142 ss., poiché l'annullabilità è posta a tutela di un interesse diverso da quello del legittimato; contraria anche E. LA ROSA, *op. cit.* p. 199. Si veda poi G. MARINI, *op. cit.*, pp. 427 ss.

¹²² Giudica la retroattività degli effetti una *«palese fictio iuris»* F. LUCARELLI, *op. cit.*, p. 286; si veda anche la sintetica e chiara esposizione di E. LA ROSA, *op. cit.*, pp. 162 ss.

¹²³ Così M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 11.

comporta solo l'impossibilità di esperire l'azione di annullamento (aspetto ben messo in evidenza dalla tesi che la ritiene una rinuncia all'azione)¹²⁴, ma anche l'impossibilità di *eccepire* l'annullabilità¹²⁵. Si tratta di un punto pacifico tra gli interpreti, pur nella varietà delle espressioni utilizzate per descrivere il fenomeno¹²⁶, coerente con il fatto che, attraverso la convalida, il soggetto legittimato esprime un giudizio positivo di rispondenza del contratto viziato ai propri interessi¹²⁷. Al contrario, un tale effetto di stabilizzazione dell'assetto negoziale non è assolutamente conseguibile tramite una clausola stipulata prima della conoscenza della causa di annullabilità, da parte del soggetto legittimato, costituendo un ostacolo insormontabile il divieto posto dall'art. 1462 c.c.¹²⁸.

Da quanto precede consegue che la clausola di rinuncia all'azione di annullamento non si sovrappone alla convalida espressa e, anzi, è possibile ordinare i due atti di autonomia in una scala crescente di idoneità a stabilizzare gli effetti del contratto: tramite la rinuncia è possibile disporre dell'azione di annullamento prima di conoscere la causa di annullabilità, ma resta precluso disporre anche della relativa eccezione; tramite la convalida, invece, è possibile stabilizzare definitivamente il contratto, precludendo non solo l'azione di annullamento, ma anche l'eccezione: non sarà più possibile fare valere l'annullabilità del

¹²⁴ *Supra*, nota 112.

¹²⁵ Per tutti E. LA ROSA, op. cit., p. 164: «la preclusione dell'azione di annullamento è solo uno dei più complessi e variegati effetti scaturenti dalla convalida. Il più significativo è certamente quello di rendere retroattivamente definitivi gli effetti eliminando lo stato di incertezza che connotano il negozio annullabile, ma ad esso si accompagnano anche altre non meno rilevanti effetti: paralizzare l'eccezione di annullamento, rendere esigibili delle prestazioni e chiedere l'esecuzione di tutti gli obblighi contrattuali». Si può ricordare che questi effetti, invece, non conseguono dalla prescrizione dell'azione che, senza esecuzione completa della prestazione dovuta, lascia inopponibile l'eccezione di annullabilità: M. PROSPERETTI, op. cit., pp. 132-133.

¹²⁶ G. GIACOBBE, op. cit., p. 493: «la convalida determina la definitività degli effetti dell'atto»; G. B. FERRI, op. cit., p. 346: la convalida «non si sostanzia in altro che nella impossibilità di fare valere l'invalidità»; G. GIAMPICCOLO, op. cit., pp. 94-95. Per F. MESSINEO, op. ult. cit., p. 483, «la convalida concreta la volontà di considerare come eliminata la causa di invalidità [...] onde [il negozio] dopo la convalida, diviene definitivamente valido». La tesi che qualifica la convalida come rinuncia all'azione sembra, quindi, trascurare questo aspetto fondamentale, riducendo la portata effettiva della convalida: così, chiaramente, E. LA ROSA, op. cit., pp. 163-164.

¹²⁷ In maniera opposta a quanto avviene con l'esperimento dell'azione di annullamento: F. LUCARELLI, op. cit., pp. 287 ss. «nella convalida prevale l'aspetto positivo di una conferma di interesse, giustificata dal fatto che l'ordinamento riconosce alla parte turbata la possibilità di esprimere nuovamente un proprio giudizio di valore d'accordo negoziale in vista di una situazione contrattuale sorta in maniera ambigua [...] la convalida rispetta la possibilità concessa alla parte di utilizzare o meno il mezzo di reazione, predisposto nel suo solo interesse». Parla di «atto preclusivo nei confronti dell'impugnazione» M. PROSPERETTI, op. cit., p. 133, similmente G. GIAMPICCOLO, op. cit., p. 94.

¹²⁸ Percepisce la diversità tra convalida e rinuncia (*ex post*) all'azione di annullamento F. MACIOCE, voce *Rinuncia* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, Vol. XL, Milano, 1989, p. 939. Tuttavia, la prospettiva dell'Autore, incentrata sulla critica dell'opinione che riduce la convalida del contratto annullabile a una rinuncia, impedisce di trarne le conseguenze in punto di validità di una clausola di rinuncia preventiva. Anzi, si sostiene che «sul piano processuale gli effetti della rinuncia e della convalida possono ritenersi equivalenti, precludendo l'esperimento dell'azione». Gli effetti della convalida in punto di eccezione di annullabilità sono trascurati.

contratto¹²⁹. Coerentemente con questi effetti ben più gravi, la convalida è possibile solo una volta conosciuta la causa di annullamento del contratto, mediante un atto che contenga la menzione del contratto, del motivo di annullabilità e la dichiarazione di volerlo convalidare¹³⁰; queste condizioni, invece, non devono ricorrere per la clausola di rinuncia all'azione di annullamento, che produce effetti più modesti, diversi da quelli che deriverebbero da un'ipotetica (e inammissibile) convalida generica, contestuale alla stipulazione del contratto.

Un'ulteriore differenza tra la pattuizione in esame e la convalida risiede nella natura bilaterale della prima e unilaterale della seconda; tuttavia, non ci sembra che questo aspetto sia dirimente¹³¹. Infatti, nel contesto che ci occupa l'art. 1444 c.c. rileva perché se ne desume il divieto di una manifestazione di autonomia privata, antecedente alla conoscenza del vizio, che cerchi di rendere irrilevante la causa di annullabilità. Il significato "negativo" dell'art. 1444 c.c. risiede nel vietare un certo effetto e, dunque, non pare decisivo che l'atto di autonomia che mira a produrlo assuma le forme di un negozio unilaterale o di un patto bilaterale.

4.2.a.ii. La convalida, la clausola di rinuncia all'azione di annullamento e l'art. 1338 c.c.

Quanto precede sembra sufficiente a dimostrare la non interferenza dell'art. 1444 c.c. con la clausola di rinuncia all'azione di annullamento. Per distanziare ulteriormente le due fattispecie, si può menzionare un'altra tutela che, per un certo indirizzo, non è più invocabile dalla parte che abbia convalidato il contratto annullabile e che, invece, resterebbe impregiudicata dalla clausola di rinuncia all'azione di annullamento: la responsabilità per conclusione di contratto invalido *ex art. 1338 c.c.* Tuttavia, la possibilità di distinguere convalida e clausola di rinuncia all'azione di annullamento incontra varie difficoltà e la relativa analisi deve procedere per gradi.

¹²⁹ Nitidamente E. LA ROSA, op. cit., p. 165: «*va rilevato che la rinuncia all'azione non comporta alcuna sanatoria e non esclude la possibilità di far valere il vizio in via di eccezione. Viceversa, una volta intervenuta la convalida il contratto non può più essere impugnato in via di azione e resta preclusa anche la relativa eccezione*». Il rilievo riguarda la rinuncia *ex post*, ma è valido anche per quella *ex ante*.

¹³⁰ La giurisprudenza esercita un vaglio rigoroso circa la ricorrenza dei requisiti nella convalida espressa: Cass. civ. 2029/1982, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, p. 734 e Cass. civ. 272/2004, cit. Come si vedrà più avanti, però, l'atteggiamento della giurisprudenza è opposto nel contesto della convalida tacita: accanto a un vaglio severo circa l'acquisita certezza della causa di invalidità (per es., Cass. civ. 2029/1982, cit.), si afferma un'interpretazione fortemente estensiva della nozione di "esecuzione". Diversamente F. MESSINEO, op. cit., p. 483, che osserva che la legge non richiede anche la «*consapevolezza del soggetto di avere a disposizione l'azione di annullamento*». In questo modo, ci si avvicina ad ammettere la convalida preventiva.

¹³¹ Così, invece, F. PADOVINI, op. cit., pp. 187-189.

La disposizione citata disciplina un'ipotesi particolare di responsabilità precontrattuale, che sorge a carico della parte che, conoscendo o dovendo conoscere una causa di invalidità del contratto, non ha avvisato la controparte che abbia confidato incolpevolmente nella validità del contratto¹³².

Un primo ostacolo deriva dal fatto che l'applicabilità della norma ai casi in cui la causa di invalidità consiste nella sua annullabilità è discussa: se per parte della dottrina la fattispecie è integrata in tutti le ipotesi in cui il contratto è annullabile¹³³, altri ritengono necessario distinguere a seconda che a un contraente sia rimproverabile la mancata comunicazione della causa di annullabilità oppure sia stato egli stesso a provocare la causa di invalidità, e limitano l'art. 1338 c.c. al primo insieme di casi¹³⁴. Anche gli autori che, in via di principio, concordano circa il criterio da utilizzare, si dividono poi nella sua applicazione alle singole cause di annullabilità, rendendo arduo ricostruire il quadro complessivo¹³⁵.

Pur con sacrificio di sfumature, si rinviene una certa tendenza a ritenere l'art. 1338 c.c. inapplicabile ai casi di dolo e violenza esercitati da una parte in danno dell'altra, poiché il *deceptor* o la parte che usa violenza tengono una condotta volta intenzionalmente a provocare l'alterazione della volontà, rendendo così insensato accertarne la conoscenza o conoscibilità

¹³² Così, per es., F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 15; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 365; C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pp. 140 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 174 ss., con alcune precisazioni, e pp. 825 ss.; G. PATTI, in G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in P. SCHLESINGER (fondato da) – F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 1993, p. 162. *Contra* R. SACCO, voce *Responsabilità per conclusione di contratto invalido*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Agg. VII, 2012, pp. 866-867: gli artt. 1337 e 1338 c.c. sarebbero entrambi declinazioni dell'art. 2043 c.c. Applicazione dell'art. 1338 c.c. è l'art. 1398 c.c.

¹³³ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale: disposizioni preliminari, dei requisiti del contratto. Art. 1321-1352* in A. SCIALOJA – G. BRANCA, *Commentario del codice civile*, Bologna – Roma, 1970, pp. 220 ss.; C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 141; A. M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contraendo)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Vol. XVII, Torino, 1998, pp. 404-405, non si sofferma sul problema, affermando che «sembra non essere più oggetto di dispute dottrinarie la nozione di invalidità: cioè, se l'invalidità di cui all'art. 1338 c.c. comprenda oltre all'annullabilità, anche l'inefficacia e l'inesistenza del contratto»; F. CARRESI, *Il contratto*, in A. CICU – F. MESSINEO (diretto da) – L. MENGONI (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. XXI, T. 1, Milano, 1987, p. 715, eccettuato il caso di contratto stipulato dal minore.

¹³⁴ Per es., F. CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temì*, 1965, pp. 457 ss., ritiene che diano luogo a responsabilità *ex art.* 1338 c.c. solo i casi di errore e violenza esercitata da un terzo (con responsabilità a carico della vittima della violenza), non anche le ipotesi di dolo, violenza, incapacità naturale e conflitto di interessi. Così anche G. PATTI, *op. cit.*, p. 180 e F. LUCARELLI, *op. cit.*, pp. 218-219; per V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 826, i casi della violenza e del dolo sono «*fattispecie alquanto estranee alla logica dell'art. 1338 c.c., ove questa si colleghi alla violazione di un dovere d'informazione*». La posizione assunta dalla dottrina sul punto risente delle divergenze interpretative circa il fatto generatore di responsabilità *ex art.* 1338 c.c.: mancata comunicazione di una causa di invalidità o stipulazione di contratto invalido. Per es., la conclusione a cui perviene F. LUCARELLI deriva dall'adozione della prima lettura, che impedisce di includere nell'ambito di applicazione della norma i casi in cui il soggetto sia responsabile della causa di annullabilità del contratto. Su questi profili si veda G. PATTI, *op. cit.*, pp. 163-166 e 180.

¹³⁵ Per es., si confronti F. CARRESI, *op. ult. cit.*, pp. 457 ss., con G. PATTI, *op. cit.*, pp. 181 ss.

della causa di invalidità; è salva una responsabilità *ex art.* 1337 c.c.¹³⁶. Inoltre, gli interpreti sono concordi nel ritenere inapplicabile l'art. 1338 c.c. in caso di contratto stipulato dall'incapace di intendere e di volere, residuando, anche in questo caso, una responsabilità *ex art.* 1337 c.c. in capo al contraente capace¹³⁷. Invece, si ritiene che possa sorgere una responsabilità *ex art.* 1338 c.c. a carico del contraente che non abbia allertato la controparte caduta in un errore essenziale e riconoscibile, ove l'errore fosse anche scusabile: in caso di errore inescusabile, infatti, verrebbe meno l'incolpevolezza dell'affidamento richiesta dall'art. 1338 c.c.¹³⁸.

La convergenza della dottrina viene meno, invece, quanto ai casi di violenza del terzo e dolo del terzo (determinante e noto alla controparte)¹³⁹ e di incapacità legale¹⁴⁰, dove si registrano forti divergenze¹⁴¹.

¹³⁶ In altre parole, la verifica dell'affidamento riposto sulla validità del contratto è assorbita dalla responsabilità per la commissione di tali fatti, residuerà spazio solo per una responsabilità *ex art.* 1337 c.c.: così F. LUCARELLI, *op. cit.*, pp. 218-219 e G. PATTI, pp. 181 ss., che aggiunge che, in caso di violenza, la vittima non ripone certo quell'affidamento nella validità del contratto che è tutelato dall'art. 1338 c.c. Per il dolo omissivo, ove ritenuto rilevante, l'Autore ritiene anche "artificiosa" una responsabilità *ex art.* 1338 c.c., che si sostanzierebbe in una responsabilità «*per non avere comunicato alla controparte... di aver in precedenza omissso di comunicare alcuni dati rilevanti*».

¹³⁷ G. PATTI, *op. cit.*, pp. 186 e 209 ss. ritiene inapplicabile l'art. 1338 c.c. perché qualsiasi comunicazione rivolta dal contraente capace a quello incapace risulterebbe vanificata dallo stato di incapacità. Pertanto, più che di un dovere di informare della causa di invalidità, sussiste un vero e proprio dovere di non stipulare il contratto, pena la sua annullabilità. Similmente anche F. LUCARELLI, *op. cit.*, p. 219.

¹³⁸ G. PATTI, *op. cit.*, p. 195, che cita A. FEDELE, *Dell'annullabilità del contratto*, in G. D'AMELIO - E. FINZI (diretto da), *Commentario del Codice civile*, Firenze, 1948, p. 708: il requisito della scusabilità dell'errore non è più richiesto per l'annullamento del contratto, ma resta rilevante per il risarcimento *ex art.* 1338 c.c. Per il primo Autore, residua spazio per una responsabilità *ex art.* 1338 c.c. anche in caso di errore astrattamente irriconoscibile ma concretamente riconosciuto e in caso di errore comune (ricorrente quando entrambe le parti versano nel medesimo errore), sempre che l'errore sia scusabile.

¹³⁹ Per es., F. CARRESI, *op. ult. cit.*, pp. 457 ss. nega la ricorrenza della fattispecie in esame in caso di dolo del terzo e l'ammette in caso di violenza del terzo, ma a carico della vittima che non comunichi l'avvenuta violenza alla controparte; F. LUCARELLI, *op. cit.*, p. 219, esclude il dolo del terzo, con argomentazione non del tutto chiara. Invece, G. PATTI, *op. cit.*, pp. 203-204 ritiene risarcibile *ex art.* 1338 c.c. il danno patito per il dolo del terzo, ma non quello derivante da violenza del terzo. In quest'ultimo caso, infatti, la vittima non nutrirebbe nessun affidamento nella validità del contratto; va tuttavia fatta salva una responsabilità aquiliana del terzo, precontrattuale *ex art.* 1337 c.c. della controparte avvantaggiata, se la violenza era nota o conoscibile, e, come visto, *ex art.* 1338 c.c. della stessa vittima che, cessata la violenza, non ne informi la controparte in buona fede. Per le ipotesi di dolo reciproco, di dolo e violenza dove la vittima si sia avveduta della condotta della controparte o abbia resistito, si rimanda all'analitico esame di G. PATTI, *op. cit.*, pp. 205 ss.

¹⁴⁰ Per es., R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 600 ritiene che l'esenzione dall'osservanza del contratto che deriva dall'art. 1426 c.c. si traduca necessariamente in un'esenzione dalla responsabilità *ex art.* 1338 c.c.; inoltre, il minore risulterebbe disincentivato dall'impugnare il contratto qualora dall'annullamento derivasse una responsabilità a suo carico. Per F. BENATTI, *op. cit.*, p. 58, dalla qualificazione della responsabilità precontrattuale come aquiliana discende l'applicabilità dell'art. 2046 c.c. Posizione articolata in G. PATTI, pp. 212 ss. In estrema sintesi, il minore non risponderebbe *ex art.* 1338 c.c. perché soggetto tutelato dall'art. 1426 c.c. e perché una sua responsabilità risulterebbe contraddittoria rispetto all'art. 1443 c.c.

¹⁴¹ Per l'annullabilità del contratto stipulato dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato, l'art. 1338 c.c. sarebbe inapplicabile, perché il rappresentato potrà chiedere al rappresentante il risarcimento dei

Nella misura in cui si ritengano compatibili il vizio di annullabilità e la responsabilità prevista dall'art. 1338 c.c., si pone l'ulteriore problema consistente nel comprendere quali effetti produca la convalida sul diritto al risarcimento del danno subito per la lesione dell'affidamento nella validità del contratto. Ove si concluda nel senso che la convalida faccia venire meno la responsabilità, si potrebbe pervenire a un'ulteriore differenza tra convalida e clausola di rinuncia all'azione di annullamento. Infatti, come ricordato, la clausola non impedisce di qualificare come invalido il contratto a cui accede, lasciando intatta una responsabilità *ex art. 1338 c.c.*

Effettivamente, per parte della dottrina, i rapporti i due istituti vanno ricostruiti nel senso che l'intervenuta convalida impedisce al legittimato di domandare il risarcimento dei danni patiti per aver confidato nella validità del contratto. Alla conclusione si perviene per quattro vie diverse: in primo luogo, considerando l'annullamento del contratto come un presupposto della domanda risarcitoria¹⁴²: una condizione chiaramente irrealizzabile, qualora il contratto fosse stato convalidato; in secondo luogo, osservando che il mancato annullamento del contratto interromperebbe il nesso causale tra il fatto colposo e il danno¹⁴³; in terzo luogo, giudicando incompatibile la conferma dell'interesse al contratto connaturata alla convalida con la successiva proposizione di un'azione risarcitoria¹⁴⁴; infine, rilevando come la tesi opposta apra la strada a inaccettabili comportamenti opportunistici, consistenti nel

danni, ma a titolo di responsabilità contrattuale; per il terzo, invece, si deve considerare che l'art. 1394 c.c. subordina l'annullamento alla conoscenza o conoscibilità del conflitto di interessi. Pertanto, se il conflitto era conosciuto o conoscibile, difetta il requisito dell'affidamento incolpevole nella validità del contratto e, quindi, non spetta il risarcimento del danno; se invece il conflitto non era conosciuto o conoscibile, il contratto è valido e, quindi, manca il requisito fondamentale dell'art. 1338 c.c. Si veda sul punto G. PATTI, *op. cit.*, p. 187, con argomentazione parzialmente diversa.

¹⁴² G. VISINTINI, *op. cit.*, p. 175; G. STOLFI, *Colpa «in contrahendo» e prescrizione*, nota a Trib. Modena, 25 maggio 1972, in *Giur. it.*, 1974, I, 2, pp. 432 ss.; parrebbe anche R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 601: la fattispecie dell'art. 1338 c.c. «*consta, innanzi tutto, di un contratto invalido (nullo dall'origine, o già ridotto in nullità) [...]*».

¹⁴³ G. STOLFI, *Sulla responsabilità del terzo contraente che abbia colluso col rappresentante*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 66 ss.

Si potrebbe argomentare che, qualificando la convalida come una sanatoria del vizio di annullabilità, il negozio diverrebbe valido *ex tunc* e, quindi, verrebbe meno un requisito essenziale dell'art. 1338 c.c., ossia la presenza di un contratto invalido. Tuttavia, non risulta che questa conclusione sia stata tratta espressamente dagli autori favorevoli a questa particolare lettura della convalida e, del resto, si tratta di lettura non condivisibile: si vedano gli Autori citati *supra*, nota 112.

Ancora, si potrebbe ritenere che osti al risarcimento del danno *ex art. 1338 c.c.* intendere la convalida come conferma della rispondenza del regolamento negoziale agli interessi del convalidante, con la conseguenza che la convalida costituirebbe una sorta di rinuncia "implicita" al diritto al risarcimento del danno, ma nemmeno questa posizione risulta essere stata sostenuta. Anzi, alla luce di quanto si dirà *infra*, para. 4.2.a.ii., non sembra che dalla convalida si possa desumere univocamente l'intenzione di rinunciare al risarcimento.

¹⁴⁴ M. BARCELLONA, *Trattato del danno e della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 475, nota 27: la convalida sarebbe una sorta di "nuovo consenso" al contratto e la successiva domanda risarcitoria costituirebbe un *venire contra factum proprium*.

mantenimento dell'utilità derivante dal contratto "non voluto" (ma convalidato) assommata all'utilità che sarebbe derivata dal contratto "creduto" (recuperata tramite il risarcimento del danno)¹⁴⁵.

Altra parte degli interpreti, invece, ritiene che la convalida non interferisca con la risarcibilità del danno *ex art.* 1338 c.c.: replicando alla prima critica menzionata, si osserva che la norma si limita a richiedere una "causa di invalidità" del contratto – e non anche il suo previo annullamento¹⁴⁶ - e che il piano della scorrettezza precontrattuale è diverso da quello dell'invalidità negoziale¹⁴⁷. Questa diversità di piani sarebbe particolarmente evidente nel caso dell'errore, dove la causa di annullabilità è, appunto, l'errore, mentre il fatto illecito consiste nella mancata comunicazione di tale vizio¹⁴⁸. Ancora, si osserva che la prima tesi finisce per identificare il fatto dannoso nella caducazione del contratto, trascurando che la condotta sanzionata è, invece, la slealtà precontrattuale¹⁴⁹. Replicando invece alla censura vertente sull'interruzione del nesso causale, si rileva che il fatto dannoso non è l'inerzia ad agire in giudizio, ma la scorrettezza della controparte, e l'evento dannoso non è la stabilizzazione del contratto stipulato, ma la conclusione di un accordo che non sarebbe altrimenti stato stipulato¹⁵⁰. Quanto al rilievo che censura l'incompatibilità tra conferma di interesse nel contratto annullabile e domanda risarcitoria, si osserva che la convalida solo di regola rivela l'assenza di pregiudizi derivanti dal contratto, ma potrebbe ben accadere che essa sia motivata da altre ragioni¹⁵¹. La logica conseguenza di queste osservazioni è che, se è certamente vero che la convalida preclude la possibilità di annullare il contratto, tuttavia ciò non impedisce di domandare il risarcimento del danno subito per avere confidato nella sua validità¹⁵². La conclusione viene anche rafforzata dal riferimento a uno strumento di diritto

¹⁴⁵ M. BARCELLONA, *op. cit.*, pp. 475 ss., dove l'Autore, nel quadro di una serrata critica alla ricostruzione dei rapporti tra responsabilità e invalidità proposta da R. SACCO, *Il contratto*, T. 1, cit., pp. 622 ss., affronta analiticamente la questione in esame. Si rimanda pertanto alle relative pagine per un'analisi compiuta.

¹⁴⁶ G. PATTI, *op. cit.*, p. 221.

¹⁴⁷ P. GALLO, voce *Vizi del consenso e risarcimento del danno*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Agg. XI, 2022, §4; F. BENATTI, *op. cit.*, p. 68; F. CARRESI, *op. ult. cit.*, p. 458; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto. Le regole di comportamento*, Milano, 1974, p. 45; G. PATTI, *op. cit.*, p. 221; F. PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, in *Eur. Dir. priv.*, 2013, p. 1148.

¹⁴⁸ D'altronde, come visto, nei casi di dolo e violenza ad opera della controparte l'art. 1338 c.c. è inapplicabile e si deve ricorrere all'art. 1337 c.c., chiaramente applicabile a prescindere dal previo annullamento del contratto: si veda *supra*, note 136 e 137; A. L. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Milano, 1977, p. 304.

¹⁴⁹ G. PATTI, *op. cit.*, p. 221.

¹⁵⁰ *Ibidem.*

¹⁵¹ G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi-2*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, Vol. V, Milano, 2006, p. 1033, nota 72.

¹⁵² G. PATTI, *op. cit.*, p. 224.

uniforme quale i PECL, il cui art. 4:117 (2) fa espressamente salvo il risarcimento dei danni patiti a causa di errore, violenza o dolo, nonostante sia intervenuta la convalida del contratto¹⁵³.

Gli argomenti addottati dalla tesi contraria alla risarcibilità del danno sono dotati di una certa pregnanza, specialmente nella parte in cui si osserva che il legittimato, sperando l'azione risarcitoria successivamente alla convalida, sommerebbe il *surplus* derivante dal contratto che credeva di stipulare con l'utilità derivante dal contratto (inizialmente) non voluto, violando il divieto di arricchimento ingiustificato e finendo per imporre uno scambio alla controparte¹⁵⁴. Il problema, tuttavia, è estremamente controverso, tanto che non sembra possibile fondare la validità della clausola di rinuncia all'azione di annullamento sulla irrisarcibilità del danno da affidamento nella validità di un contratto annullabile ma convalidato. Si deve anche considerare che, se l'ostacolo alla domanda risarcitoria *ex art.* 1338 c.c. consistesse nel fatto che la domanda risarcitoria presuppone il previo annullamento del contratto (esito impedito dalla convalida), tale identico ostacolo ricorrerebbe anche per la clausola di rinuncia all'azione di annullamento. Una differenza tra i due atti di autonomia si potrebbe individuare solo accedendo alla tesi che ritiene incompatibili convalida e responsabilità *ex art.* 1338 c.c., considerando contraddittorio e opportunistico il comportamento di chi conferma il proprio interesse nel contratto “non voluto”, convalidandolo, ma poi agisce per ottenere il risarcimento delle utilità che avrebbe lucrato dal contratto “creduto”.

Resta però una fondamentale distinzione tra clausola di rinuncia all'azione di annullamento e convalida, costituita dall'inidoneità della prima a comportare una rinuncia anticipata dell'eccezione di annullabilità, stante il divieto di cui all'art. 1462 c.c.

4.2.b. *La clausola di rinuncia all'azione di annullamento e l'autorizzazione prevista dall'art. 1395 c.c.*

¹⁵³ Così P. GALLO, op. ult. cit., § 4, si veda anche ID., voce *Nullità e annullabilità in diritto comparato*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Agg. X*, 2019, §8. Il § 4:114 PECL, rubricato “*confirmation*” recita che “*if the party who is entitled to avoid a contract confirms it, expressly or impliedly, after it knows of the ground for avoidance, or becomes capable of acting freely, avoidance of the contract is excluded*», mentre il § 4:117 PECL dispone: «(2) *If a party has the right to avoid a contract under this Chapter, but does not exercise its right or has lost its right under the provisions of Articles 4:113 or 4:114, it may recover, subject to paragraph (1), damages limited to the loss caused to it by the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage. The same measure of damages shall apply when the party was misled by incorrect information in the sense of Article 4:106.*».

¹⁵⁴ Per tutti, M. BARCELLONA, op. cit., pp. 475 ss., spec. p. 479, che parla di “doppio scambio”: «*quello “non voluto” che (non facendone valere l'invalidità) si convalida e quello “creduto” che si pretende di veder compensato per equivalente*».

Quanto precede permette di affrontare il problema dei rapporti tra la clausola in esame e l'autorizzazione prevista dall'art. 1395 c.c.

La norma prevede l'annullabilità del contratto stipulato dal rappresentante con se stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte, «*a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificatamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto d'interessi*». La disposizione rappresenta una novità all'interno del codice del 1942¹⁵⁵, e, secondo la dottrina e la giurisprudenza largamente prevalenti, disciplina una forma particolarmente evidente di conflitto di interessi nel negozio rappresentativo, ipotesi regolata in via generale dall'art. 1394 c.c.¹⁵⁶. Ai sensi di quest'ultima disposizione, è annullabile a iniziativa del solo rappresentato il contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato, purché il conflitto fosse conosciuto o riconoscibile dal terzo. Secondo l'interpretazione prevalente, si verifica un conflitto di interessi quando il rappresentante persegue un interesse, proprio o altrui, incompatibile con quello del rappresentato; è invece discussa la rilevanza di un danno attuale o anche solo potenziale¹⁵⁷.

Alla luce dei rapporti tra le due norme, le eccezioni all'annullabilità del contratto rappresentativo previste dall'art. 1395 c.c. sono generalmente ritenute applicabili analogicamente anche al contratto stipulato in conflitto di interessi¹⁵⁸. Tali condizioni, inoltre, sono ritenute pacificamente alternative, determinando la necessità di comprendere quale

¹⁵⁵ G. GABRIELLI, *Il requisito di specificatezza dell'autorizzazione a contrarre in conflitto di interessi: un eccesso di rigore moralistico*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 547.

¹⁵⁶ G. STELLA, *La rappresentanza*, in C. GRANELLI (a cura di) *Formazione*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, T. 1, II Ed., Milano, 2023, p. 861; V. DE LORENZI, *La rappresentanza*, in P. SCHLESINGER (fondato da) – F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2012, p. 385, ove ampio apparato bibliografico; U. NATOLI, voce *Rappresentanza*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXVIII, p. 467; W. D'AVANZO, *Rappresentanza (Diritto Civile)*, in *Noviss. dig. it.*, Vol. XIV, Torino, 1967, p. 826; G. VISINTINI, *Della rappresentanza*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1993, pp. 290 ss.; C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1982, pp. 261 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 274; G. DE NOVA, *La conclusione per altri*, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, T. 2, cit., pp. 197-198. In giurisprudenza, per es., Cass. civ. 3020/2008.

Una ricostruzione alternativa è stata proposta da D. MAFFEIS, *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Milano, 2002, pp. 197 ss., 251 ss.: l'autocontratto e la c.d. "doppia rappresentanza" sarebbero strutturalmente diversi dal contratto concluso in conflitto di interessi, perché in esso manca «*l'aspetto esterno della gestione*». L'autorizzazione dell'art. 1395 c.c. è rivolta al rappresentante, mentre nell'art. 1394 c.c. dovrebbe essere conosciuta o riconoscibile dal terzo. Ancora, l'art. 1395 c.c. configurerebbe un «*divieto speciale di agire*» versando in una situazione di conflitto, mentre l'art. 1394 c.c. avrebbe riguardo al risultato dell'azione. Sugli effetti dell'autorizzazione a concludere il contratto in conflitti di interessi, si vedano le pp. 212 ss. Si veda anche ID., *I requisiti di validità del contratto con se stesso*, commento a Cass. civ. 14982/2002, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, pp. 288 ss.

¹⁵⁷ U. NATOLI, op. ult. cit., p. 467; V. DE LORENZI, op. cit., p. 366; C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 83; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 270 ss., che evidenzia l'insufficienza di un semplice interesse «*in contrasto*»; G. STELLA, op. ult. cit., pp. 844 ss.; A. CHIANALE, *La rappresentanza*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, T. 2, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 1999, p. 1145; approfondita analisi in D. MAFFEIS, *Conflitto di interessi*, cit., pp. 10 ss.

¹⁵⁸ Si vedano gli Autori citati alla nota precedente.

grado di dettaglio debba avere l'autorizzazione per scongiurare eventuali abusi del rappresentante e, al tempo stesso, non trasmodare nella diversa fattispecie della predeterminazione del contenuto contrattuale «*in modo da escludere la possibilità di conflitto di interessi*»¹⁵⁹.

L'interrogativo circa i rapporti tra il patto di rinuncia all'azione di annullamento e l'art. 1395 c.c. sorge perché quest'ultima attribuisce al rappresentato la facoltà di compiere un atto di autonomia privata, l'"autorizzazione", che preclude l'azione di annullamento del contratto stipulato dal rappresentante con se stesso: un effetto che sembra avvicinarsi a quello prodotto dalla clausola di rinuncia all'azione di annullamento. Se questa sovrapposizione fosse confermata, si potrebbe ipotizzare che il patto in esame sia valido solo nei casi di conflitto di interessi e di contratto con se stesso, restando precluso con riferimento a tutte le altre cause di annullamento del contratto. Oppure, rovesciando la prospettiva, si potrebbe invocare l'esistenza dell'autorizzazione per sostenere la generale validità dei patti di rinuncia all'azione di annullamento. Un terzo interrogativo riguarda la possibilità di pattuire l'esclusione dell'azione di annullamento del contratto rappresentativo stipulato in conflitto di interessi: questo profilo verrà affrontato nella parte dedicata ai limiti alla rinunciabilità dell'azione demolitoria, dove si esamineranno i singoli vizi della volontà, l'incapacità naturale e legale, il conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato e i contratti conclusi con i consumatori¹⁶⁰.

Per rispondere ai primi due quesiti è necessario confrontare gli effetti dell'autorizzazione *ex art.* 1395 c.c. con gli effetti della clausola di rinuncia all'azione di annullamento, analogamente a quanto si è fatto con riferimento alla convalida¹⁶¹.

In primo luogo, va ricordato che il conflitto di interessi è, come visto, una situazione di incompatibilità tra l'interesse perseguito dal rappresentante e quello del *dominus*. L'autorizzazione data «*specificatamente*» mostra che il rappresentato considera coerente al

¹⁵⁹ Su questo problema, dettagliatamente, G. GABRIELLI, op. ult. cit., pp. 550; ID., *Il conflitto di interessi autorizzato*, in *Contr. Impr.*, 2007, pp. 115 ss.; G. VISINTINI, op. cit., p. 299; D. MAFFEIS, *Conflitto di interessi*, cit., pp. 270 ss.; C. DONISI, op. cit., pp. 272 ss.; G. STELLA, op. cit., pp. 916 ss., considerato pure che l'autorizzazione non deve degradare il rappresentante a *nuncius*: così anche G. DE NOVA, op. ult. cit., p. 198 e, sul problema generale del rischio che indicazioni troppo numerose e dettagliate trasformino il rappresentante in *nuncius*, L. BIGLIAZZI GERI, voce *Procura*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 1006. Prevale, comunque, la tesi che ritiene necessaria e sufficiente la predeterminazione degli elementi essenziali del contratto.

¹⁶⁰ *Infra*, para. 6.

¹⁶¹ *Supra* para. 4.2.a.

proprio interesse un contratto che, in sua assenza, sarebbe valutato incompatibile con esso. Così, egli esclude il conflitto di interessi¹⁶².

In secondo luogo, si deve considerare che, in caso di conflitto di interessi, gli artt. 1394 e 1395 c.c. prevedono una vera e propria causa di annullabilità del contratto, che segue le regole di questa causa di invalidità¹⁶³. Così, ai sensi degli artt. 1394 e 1395, comma 2, c.c., e coerentemente con l'art. 1441, comma 1, c.c., l'azione spetta solo al rappresentato; essa si prescrive in cinque anni dalla stipulazione del contratto *ex* art. 1442, comma 3, c.c.¹⁶⁴; l'annullabilità del contratto è opponibile in perpetuo in via di eccezione *ex* art. 1442, comma 4, c.c. e il contratto rappresentativo concluso in conflitto di interessi è convalidabile *ex* art. 1444 c.c.¹⁶⁵.

Dunque, l'autorizzazione preclude al rappresentato l'esperimento dei rimedi per l'annullabilità non in quanto integrante una rinuncia a tali tutele, ma perché, più radicalmente, impedisce la stessa venuta ad esistenza della causa di annullabilità. In altre parole, l'autorizzazione del rappresentato preclude l'insorgere della patologia negoziale e, di conseguenza, non può che rendere inapplicabili i relativi rimedi.

Da questi profili risulta che la clausola di rinuncia all'azione di annullamento e l'autorizzazione *ex* art. 1395 c.c. sono profondamente diverse¹⁶⁶. Infatti, come visto in precedenza, la clausola di rinuncia all'azione di annullamento non incide sulla qualifica del contratto come annullabile, perché paralizza solamente la possibilità di agire in giudizio per

¹⁶² G. STELLA, *op. cit.*, p. 862, configura l'autorizzazione come una manifestazione di volontà del rappresentato che permette di ritenere il contratto rappresentativo «conforme» ai suoi interessi. Si veda poi l'analisi approfondita di C. DONISI, *op. cit.*, pp. 287 ss. Parlano di «*esclusione del conflitto di interessi*», conformemente alla lettera dell'art. 1395 c.c., anche Cass. civ. 7698/1996 e Cass. civ. 5438/1992. Per C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit. p. 84, «*il conflitto viene meno quando lo stesso rappresentato valuta come insussistente il pericolo di pregiudizio autorizzando il compimento dell'atto*».

¹⁶³ In passato assimilata a un vizio del consenso del rappresentante: per alcuni riferimenti e una critica a questa tesi, G. VISINTINI, *op. cit.*, pp. 266-267; D. MAFFEIS, *Conflitto di interessi*, cit., pp. 105 ss.; G. STELLA, *op. cit.*, pp. 849 ss. La tesi era nata nel vigore del codice del 1865, per fornire una tutela in un quadro ordinamentale che non prevedeva questa specifica causa di annullabilità del contratto; inoltre, essa non è in grado di spiegare la validità del contratto rappresentativo nei casi ove il conflitto era presente ma il rappresentante ha perseguito ugualmente l'interesse del rappresentato.

¹⁶⁴ Questo profilo è, in realtà, controverso, poiché parte degli interpreti ritiene che il termine decorra a partire dalla scoperta del vizio, come avviene per i vizi del consenso. Su questo profilo e l'incidenza dell'interpretazione dell'art. 2935 c.c. come riferito solamente agli impedimenti «di diritto», si vedano G. STELLA, *op. ult. cit.*, pp. 881 ss.; V. DE LORENZI, *op. cit.*, p. 377; D. MAFFEIS, *op. ult. cit.*, pp. 386 ss. In generale, sul problema della decorrenza del termine di prescrizione in presenza di impedimenti «di fatto», si veda L. CASTELLI, *Prescrizione e impedimenti di fatto*, Varese, 2018.

¹⁶⁵ Per questi aspetti, G. VISINTINI, *op. cit.*, pp. 267 ss. e 301-302; G. STELLA, *op. cit.*, pp. 879 ss.; V. DE LORENZI, *op. cit.*, pp. 376 ss.; G. GABRIELLI, *Il requisito di specificatezza*, cit., p. 555; ID, *Il conflitto di interessi autorizzato*, cit., pp. 114 ss.; G. DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 197.

¹⁶⁶ Impregiudicata, per ora, la questione della validità di una clausola di rinuncia all'azione di annullamento del contratto concluso in conflitto di interessi.

ottenere la pronuncia costitutiva di annullamento. Il contratto resta viziato da errore e, quindi, annullabile, ma la parte legittimata non può agire per ottenere la sentenza demolitoria¹⁶⁷. Tuttavia, il legittimato conserva la possibilità di eccepire l'annullabilità del contratto o convalidarlo, causandone la stabilizzazione definitiva. Detto altrimenti, la clausola di rinuncia all'azione di annullamento opera sul piano dei rimedi ed esclude solo l'azione caducatoria¹⁶⁸. In sintesi, l'autorizzazione agisce "a monte", impedendo la venuta ad esistenza della patologia negoziale; la clausola di rinuncia all'azione di annullamento, invece, opera "a valle", impedendo al legittimato di reagire alla causa di invalidità tramite l'azione di annullamento.

Questa possibilità di escludere in radice la causa di annullabilità prevista dagli artt. 1394 e 1395 c.c. dipende dalla natura stessa della patologia. Essa è prevedibile e valutabile *ex ante* dal rappresentato, che, quindi, può determinarsi rispetto ad essa, scegliendo di autorizzare specificatamente la conclusione del contratto. Si tratta di una caratteristica che non ricorre per i vizi della volontà, poiché la parte che si accinge a una trattativa non sa se e come cadrà in errore, o sarà ingannata o diventerà vittima di violenza. Rispetto a tali vizi è inconcepibile una manifestazione di volontà "specificata". D'altronde, una manifestazione di volontà generica volta a sottrarre il contratto dal rischio di annullamento per vizi di volontà contrasterebbe con la natura inderogabile della disciplina dell'annullabilità e costituirebbe proprio quella convalida generica e preventiva che si deve ritenere inammissibile *ex art.* 1444 c.c., come visto nei paragrafi precedenti¹⁶⁹. Pertanto, non è significativa l'assenza di una norma che permetta di «*autorizzare specificatamente*» la controparte a stipulare un accordo con un contraente caduto in errore, vittima di violenza etc.

¹⁶⁷ *Supra*, para. 4.1.a.; 4.2.a.i. Un'altra differenza tra autorizzazione e patto di rinuncia all'azione di annullamento è la natura unilaterale della prima e bilaterale della seconda. Tuttavia, questo profilo non sembra dirimente, isolatamente considerato, perché trascura di sottolineare la fondamentale diversità tra gli effetti prodotti dai due negozi.

¹⁶⁸ Pertanto, non possiamo condividere l'accostamento dell'autorizzazione a una «*rinuncia preventiva all'azione di annullamento*» operato da G. GABRIELLI, *Il requisito di specificatezza*, cit., p. 556. L'Autore, a p. 555, paragona l'autorizzazione a una convalida preventiva, ponendo così le basi per interpretare il requisito della "specificità" dell'autorizzazione alla luce del requisito della «*menzione del contratto e del motivo di annullabilità*» previsto dall'art. 1444 c.c. A p. 556, paragona l'autorizzazione/convalida preventiva a una rinuncia all'azione. Anche alla luce di quanto visto *supra*, para. 4.2.a.i., circa le differenze tra convalida e rinuncia all'azione, ci pare di poter affermare che: 1) l'autorizzazione e la convalida si assomigliano quanto a effetti, perché entrambe precludono l'azione di annullamento e l'eccezione di annullabilità; 2) esse differiscono quanto a struttura: la prima impedisce il sorgere del vizio, la seconda, invece, lo rende irrilevante (seppure sia discusso come questo avvenga, come visto *supra*, para. 4.2.a.i.); 3) entrambe si differenziano dalla rinuncia all'azione perché precludono non solo l'azione, ma anche l'eccezione di annullabilità.

¹⁶⁹ *Supra*, para. 4.1.a. e 4.2.a. Per la rilevanza del divieto dell'art. 1462 c.c., si veda *infra*, para. 4.2.c.

In definitiva, l'esistenza dell'autorizzazione *ex art. 1395 c.c.* non deve portare a ritenere che il codice abbia ammesso solo in quel caso la rinuncia preventiva all'azione di annullamento: si tratta di manifestazioni di autonomia che operano su piani diversi e l'esistenza dell'autorizzazione si spiega per le caratteristiche proprie del conflitto di interessi.

Il secondo quesito che ci si è posti è l'inverso del primo: ci si deve chiedere se l'istituto previsto dalla norma citata deponga a favore della validità dei patti di rinuncia all'azione di annullamento.

La risposta ci sembra che debba essere negativa, per le stesse ragioni che hanno portato a rispondere negativamente anche alla prima domanda. Infatti, la differenza tra autorizzazione e clausola di rinuncia è troppo netta: una valida autorizzazione impedisce il sorgere del vizio, poiché permette di affermare che l'interesse del rappresentato è soddisfatto anche da un contratto che, in assenza dell'autorizzazione, sarebbe annullabile per conflitto di interessi. Diversamente, la clausola di rinuncia esclude un rimedio per un contratto che è - e resta - annullabile¹⁷⁰. Inoltre, come visto, l'autorizzazione *ex art. 1395 c.c.* è resa possibile dalle caratteristiche della patologia del conflitto di interessi, che non ricorrono per i vizi della volontà o l'incapacità naturale. Dunque, l'esistenza di questo istituto non è invocabile per argomentare l'ammissibilità di clausole di rinuncia all'azione di annullamento.

Il terzo problema che sorge con riferimento alle fattispecie degli artt. 1394 e 1395 c.c. riguarda la possibilità di pattuire una clausola di esclusione dell'azione di annullamento per conflitto di interessi. Questo profilo sarà trattato più avanti, nella parte in cui si analizzerà la meritevolezza dei patti di rinuncia all'azione di annullamento per dolo, violenza, incapacità naturale e legale e, appunto, per conflitto di interessi¹⁷¹.

4.2.c. La clausola di rinuncia all'azione di annullamento e il divieto posto dall'art. 1462 c.c.

Proprio l'art. 1462 c.c., richiamato nel paragrafo precedente per mostrare la differenza insopprimibile tra la clausola di rinuncia all'azione di annullamento e la convalida, ha fornito a parte della dottrina un argomento contrario alla validità della clausola in esame.

¹⁷⁰ Al più, l'autorizzazione *ex art. 1395 c.c.* deporrebbe per la validità di una clausola, diversa da quella in esame, con la quale una parte, caduta in errore in una fase precedente della trattativa, desse atto di aver superato la falsa rappresentazione. Ma, a ben vedere, in questa fattispecie l'errore verrebbe meno già per l'effetto della mera presa di coscienza del contraente: la clausola avrebbe solo una sorta di valore confessorio, poiché si dichiarerebbe il fatto - a sé sfavorevole - del superamento dell'errore.

¹⁷¹ Si veda il para. 6.2.

Come noto, la norma regola la clausola del c.d. “*solve et repete*”, con la quale si prevede che il debitore sia tenuto ad eseguire la prestazione dovuta senza poter sollevare eccezioni volte ad evitarla o ritardarla. Il patto, nato nell’Ottocento nei contratti di locazione immobiliare e poi diffusosi nella contrattazione di massa¹⁷², ben presto era divenuto oggetto di ampie discussioni, poiché sconosciuto al codice del 1865¹⁷³. Il legislatore del 1942 è intervenuto con la norma citata, comminando la nullità della clausola che proibisca a una parte di eccepire la nullità, l’annullabilità o la rescissione del contratto al fine di rifiutare o ritardare la prestazione; *a contrario*, si desume la validità del patto che impedisca di sollevare l’eccezione di inadempimento e quella di mutamento delle condizioni patrimoniali dell’attore (art. 1461 c.c.)¹⁷⁴. Anche ove la clausola sia efficace, il comma 2 attribuisce al giudice il potere di sospendere l’esecuzione ricorrendo gravi motivi, imponendo, eventualmente, una cauzione. Si tratta, più propriamente, di una disapplicazione del patto¹⁷⁵. Stabilita la validità della clausola, il dibattito si è spostato sul novero delle eccezioni differibili, poiché l’elencazione ivi prevista è stata ritenuta da subito solo esemplificativa¹⁷⁶.

La rilevanza della disposizione per il tema che ci occupa sta nel fatto che parte della dottrina ha, seppur con argomentazioni concise, ricavato dal divieto di rinuncia all’eccezione

¹⁷² C. LUCCHI, voce *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Vol. XVIII, Torino, 1998, p. 586.

¹⁷³ Per es., sulla stessa validità della clausola e, poi, sulla sua natura sostanziale o processuale: nel primo caso, il patto avrebbe comportato la rinuncia a fare valere le eccezioni; nel secondo, la possibilità di addivenire a una condanna con rinvio dell’esame delle eccezioni sollevate: A. DALMARTELLO, voce *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Noviss. Dig. It.*, Vol. XVII, Torino, 1970, pp. 854-855. Per le varie tesi sostenute dalla dottrina, si vedano gli autori citati da C. LUCCHI, op. cit., p. 587; F. ADDIS, *Clausola limitativa della proponibilità di eccezioni*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, Vol. I, Milanofiori Assago, 2017, pp. 781 ss. e si veda l’ampia rassegna di F. BRAVO, *La clausola solve et repete tra autonomia privata e giustizia contrattuale*, Milano, 2021, pp. 39 ss.

¹⁷⁴ U. CARNEVALI, *Le eccezioni dilatorie*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *Il contratto in generale. La risoluzione*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Vol. XIII, T. 8**, Torino, 2011, pp. 263-264. F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione. I rimedi*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi-2*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, Milano, 2006, Vol. V, p. 490, la definisce una «*soluzione di compromesso*»; si veda anche ID., *Clausola limitativa della proponibilità di eccezioni*, cit., pp. 779 ss. per la rilevanza, in sede di redazione del codice vigente, delle critiche mosse alla clausola nel vigore del codice del 1865. Una giurisprudenza ritiene differibile solo l’eccezione *non rite adimpleti contractus*, restando indifferibile l’eccezione di inesecuzione totale o parziale: Cass. civ. 6697/1994; si veda A. M. BENEDETTI, op. cit., p. 133. È poi discussa la differibilità delle eccezioni riconvenzionali, come quella di intervenuta risoluzione di diritto del contratto: si vedano sempre U. CARNEVALI, op. ult. cit., pp. 264 – 265; F. ADDIS, op. ult. cit., p. 792, che segue la soluzione positiva, poiché in tali casi «*il contraente non potrebbe che porre l’accento sull’inadempimento della controprestazione e cioè proprio su quella situazione fattuale il cui accertamento la clausola solve et repete intende differire ad un momento successivo all’esecuzione del pagamento*»; C. LUCCHI, op. cit., pp. 589 ss. Dubbia sulla differibilità dell’eccezione *ex art. 1461 c.c.* L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna – Roma, 1988, T. 2, p. 90, nota 2. L’istituto della sospensione dell’esecuzione *ex art. 1461 c.c.* non è oggetto del presente lavoro: sul punto, si vedano le approfondite analisi di F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013 e ID. (a cura di), *Ricerche sull’eccezione di insicurezza*, Milano, 2006.

¹⁷⁵ A. DALMARTELLO, op. ult. cit., pp. 860-861; U. CARNEVALI, op. ult. cit., p. 266.

¹⁷⁶ C. LUCCHI, op. cit., p. 587; U. CARNEVALI, op. ult. cit., p. 263.

di annullabilità un divieto di rinuncia all'azione di annullamento¹⁷⁷. Tuttavia, una simile deduzione sembrerebbe meritare un'analisi più approfondita, poiché il codice civile e la legislazione extra-codicistica conoscono alcune norme che regolano diversamente la rinuncia alle azioni e alle eccezioni¹⁷⁸. Inoltre, la *ratio* del divieto previsto dall'art. 1462 c.c. è fortemente discussa, facendo sembrare necessaria una certa cautela qualora lo si voglia estendere ad ipotesi non regolate. Né si può trascurare che, proprio in materia di annullabilità del contratto, l'art. 1442, comma 4 c.c. divarica nettamente la disciplina dell'azione e dell'eccezione di annullabilità quanto al termine di prescrizione, con una scelta che si rinviene anche in altri contesti e che mette in risalto la diversità tra le due iniziative processuali¹⁷⁹.

È allora necessario saggiare la tenuta dell'affermazione della dottrina riportata all'inizio del paragrafo, per verificare se la piana estensione alla clausola di rinuncia all'azione di annullamento del divieto di cui all'art. 1462 c.c. non sia una conclusione affrettata.

¹⁷⁷ La posizione è diffusa tra gli interpreti che si sono dedicati alle clausole di unico rimedio: G. DE NOVA, *Validità ed effetti in diritto italiano di alcune clausole del commercio internazionale*, cit., p. 240, afferma che «la questione se tale esclusione sia conforme al diritto italiano è di facile soluzione se si pensa alle azioni caducatorie per invalidità del contratto, perché si tratta di azioni che non possono essere escluse preventivamente. Lo si deduce dall'art. 1462 cod. civ.: le azioni di nullità, annullabilità e rescissione non possono essere escluse»; G. SALATINO, *La "clausola indennitaria"*, cit., pp. 308-309; A. MANIACI, op. cit., p. 442, nota 7: «sebbene la norma faccia riferimento alle eccezioni, una corretta interpretazione della stessa induce ad estenderne la portata, fino a ricomprendervi le azioni». A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460 – 1462*, in P. SCHLESINGER (fondato da) – F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2011, p. 128, nota 39, parla di «evidente identità di ratio»; D. MAFFEIS, *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Milano, 2002, p. 206: «la ragione per la quale [l'art. 1462 c.c.] esclude la rinunciabilità delle eccezioni [...] di annullamento [...] ravvisata dalla dottrina nella intangibilità dei "principi del sinallagma genetico" o nella "particolare gravità dei fatti sui quali i tre rimedi si fondano", può estendersi anche, ed a fortiori, alla rinuncia alle corrispondenti azioni».

Per la verità, alcuni Autori hanno negato che l'art. 1462 c.c. contenga un divieto di rinuncia all'eccezione di annullabilità: G. GABRIELLI, *Il conflitto di interessi autorizzato*, in *Contr. Impr.*, 2007, p. 116, nota 43, dove si legge che «la norma non esclude affatto la rinuncia all'eccezione di annullamento, ma si limita a disporre la nullità della clausola solve et repete che sia stata pattuita con riguardo ad un'eccezione di annullamento non rinunciata». L'affermazione serve all'Autore per respingere il tentativo di dedurre un divieto di rinuncia all'azione di annullamento dall'art. 1462 c.c. Tuttavia, se l'art. 1462 c.c. non tollera un differimento solo temporaneo dell'eccezione di annullabilità e con effetti meramente processuali, ciò implica *a fortiori* l'impossibilità di rinunciare del tutto all'eccezione di annullabilità. Pertanto, per replicare all'argomento imperniato sull'art. 1462 c.c., si deve mostrare la fallacia del tentativo di desumere un divieto di rinuncia all'azione dal divieto di rinuncia all'eccezione, e non tanto dimostrare che l'art. 1462 c.c. non contiene un divieto di rinuncia all'eccezione.

¹⁷⁸ L'art. 1341, comma 2, c.c. richiede l'approvazione per iscritto per le clausole che limitano la facoltà di opporre eccezioni e l'art. 33 cod. cons. presume la vessatorietà, alle lettere b) e r), della limitazione o esclusione, rispettivamente, delle azioni ed eccezioni per inadempimento del professionista, così mostrando di ritenere insufficiente disciplinare una sola delle ipotesi. Al contrario, l'art. 33 cod. cons., lett. t) disciplina in via generale le limitazioni di opporre eccezioni, tacendo sulle limitazioni alla possibilità di agire in giudizio.

¹⁷⁹ Per es., l'art. 1495 c.c.; in tema di garanzia per vizi, l'art. 1497 c.c., in materia di mancanza di qualità della cosa e l'art. 1667, comma 3 c.c. in tema di garanzia per difformità e vizi dell'opera appaltata prevedono un termine di prescrizione dell'azione, ma lasciano impregiudicata la possibilità di fare valere la garanzia in via di eccezione. La differenza tra azione ed eccezione è particolarmente accentuata, anche considerato che l'azione è soggetta a prescrizione quinquennale, e non all'ordinario termine decennale, mentre l'eccezione è imprescrittibile.

4.2.c.i. Norme che disciplinano diversamente le azioni e le eccezioni: proposta ricostruttiva e inapplicabilità dell'art. 1462 c.c. alla rinuncia all'azione di annullamento

Partendo dalle disposizioni che regolano diversamente la rinuncia alle azioni dalla rinuncia alle eccezioni, l'art. 33 cod. cons., lett. b) presume la vessatorietà delle clausole che escludono o limitano le azioni o i diritti del consumatore in caso di inadempimento del professionista o di un'altra parte¹⁸⁰, mentre la lett. r) estende la presunzione di vessatorietà al patto che limiti o escluda la possibilità del consumatore di opporre l'eccezione d'inadempimento. Al contrario, la lett. t) include nella c.d. "lista grigia", globalmente, tutte (e sole) le limitazioni all'opponibilità di eccezioni, tacendo sulle restrizioni convenzionali alla possibilità di agire in giudizio¹⁸¹.

Il confronto tra gli artt. 33, lett. b) e r), da una parte, e l'art. 33, lett. t), dall'altra, sembra mostrare la consapevolezza del legislatore circa la diversità intercorrente tra le clausole di limitazione delle azioni e quelle relative alle eccezioni: tanto che entrambe sono regolate in materia di inadempimento, ma la previsione generale dell'art. 33, lett. t) è limitata solo alle seconde. La necessità di usare una certa attenzione nel definire il contenuto delle clausole da definirsi vessatorie è confermata dall'art. 36, comma 2, lett. b), che include nella c.d. "lista nera"¹⁸² le sole clausole che escludano o limitino le azioni del consumatore in caso di inadempimento da parte del professionista: le azioni, e non anche i diritti, come invece avviene nell'art. 33, comma 2, lett. b)¹⁸³. Sulla stessa linea dell'art. 33, lett. t) cod. cons. si pone

¹⁸⁰ Sull'uso improprio del termine "presunzione", per tutti, F. ASTONE, sub *Art. 1469-bis, terzo comma*, in G. ALPA – S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in P. SCHLESINGER (fondato da) – F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2003, pp. 207 ss. Si tratta, piuttosto, di norma che onera il professionista di provare che lo squilibrio determinato dalla clausola è controbilanciato da altre clausole o giustificato dalla trattativa.

Per es., Trib. Brindisi, 11 dicembre 2019, n. 1783, in *DeJure*, ha ritenuto vessatoria ai sensi della lett. b) la clausola di rinuncia ad una eventuale azione di risarcimento dei danni derivanti dall'uso di un veicolo.

¹⁸¹ La norma è generale rispetto alla lett. r): F. LUCCHESI, sub *Art. 33, comma 2*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Bologna, 2007, p. 315.

¹⁸² Il significato dell'elenco dell'art. 36 è discusso: si veda la sintesi di P. GALLO, *La formazione*, in *Trattato del contratto*, Vol. 1, Torino, 2010, pp. 816-817.

¹⁸³ La differenza è notata da F. PADOVINI, *Art. 1469-quinquies, comma 2*, in G. ALPA – S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in P. SCHLESINGER (fondato da) – F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2003, p. 1061 e da F. LUCCHESI, op. cit., p. 254, che la attribuisce a una svista, comunque non superabile dall'interprete che si voglia mantenere fedele alla lettera della legge. Per es., è un "diritto" la facoltà del consumatore di rifiutare l'adempimento parziale.

l'art. 1341, comma 2 c.c., che richiede l'approvazione per iscritto delle sole clausole che limitano la facoltà di opporre eccezioni¹⁸⁴.

In tutti e tre i casi, la scelta del legislatore appare particolarmente significativa: l'elenco dell'art. 1341 c.c. è ritenuto tassativo e, quindi, la lacuna circa le clausole che limitano la possibilità di agire in giudizio non è superabile tramite un'interpretazione analogica¹⁸⁵. L'elenco dell'art. 33 cod. cons. è considerato esemplificativo, ma il problema sembra mal posto: la presenza del comma 1, relativo al vaglio di “significativo squilibrio”, non rende indicativa l'elencazione delle clausole da presumersi vessatorie; piuttosto, stabilisce un'altra via per giungere al giudizio di vessatorietà¹⁸⁶. Chiarita l'irrilevanza *in parte qua* dell'art. 33, comma 1, l'elencazione progressiva e minuziosa di ipotesi largamente eterogenee, sfornita di qualsiasi espressione volta ad applicare i relativi casi anche a clausole simili, deve fare concludere per la tassatività dell'elenco: l'omissione delle “azioni” nella lett. t) sarà

¹⁸⁴ La portata della norma è limitata dall'art. 1462 c.c., che già prevede la nullità delle clausole di rinuncia a fare valere le eccezioni di nullità, annullabilità, rescindibilità. Pertanto, l'art. 1341 c.c. riguarda solo l'eccezione di inadempimento e la clausola *solve et repete* (ove si ritenga che esistano eccezioni differibili ulteriori rispetto a quella *ex art.* 1460 c.c.).

¹⁸⁵ Sulla tassatività dell'elenco dell'art. 1341, comma 2 c.c., in quanto deroga al principio di libertà delle forme o, per altra prospettiva, al principio di sufficienza della conoscibilità delle condizioni generali *ex art.* 1341, comma 1 c.c.: C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 323; S. PATTI, *Il controllo delle condizioni generali di contratto: alcune recenti tesi dottrinali e la direttiva comunitaria*, in *Scritti in Onore di Sacco*, Vol. II, Torino, 1994, pp. 839 ss.; P. GALLO, *La formazione*, cit., p. 753; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in A. GENTILI (a cura di), *Rimedi-1*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, Vol. IV, II Ed., Milano, 2023, pp. 507-508. Così anche la Relazione al Codice civile, n. 612. *Contra* E. CESÀRO, *Condizioni generali di contratto ed elencazione delle clausole vessatorie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 60; G. CHINÉ, *Contrattazione standardizzata*, in G. ALPA – G. CHINÉ – F. GAZZONI – F. REALMONTE – L. ROVELLI (a cura di), *Il contratto in generale*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Vol. XIII, T. 2, pp. 518-520 critica il ricorso al principio di libertà delle forme.

La giurisprudenza riconosce la natura tassativa dell'elenco ma ne ammette l'interpretazione estensiva: Cass. civ. 3272/1976, in *Foro it.*, 1976, I, p. 2627, proprio al fine di sancire l'inapplicabilità dell'art. 1341, comma 2 c.c. a una clausola che subordinava al pagamento del prezzo l'esperibilità di *azioni* da parte del compratore; Cass. civ. 14038/2013; Cass. civ. 9646/2006; Cass. civ. 1456/1986. Tuttavia, non si può invocare l'interpretazione estensiva per includere la rinuncia alle azioni nell'art. 1341 c.c., perché il concetto di “azione” esorbita dall'ambito letterale della norma, riferita alle ben diverse “eccezioni”. Così, però, P. GALLO, *La formazione*, cit., p. 759 e, ma senza motivare, Cass. civ. 10425/2002. Sembra adombrare un'interpretazione estensiva C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 326 andrebbero incluse tutte le clausole che riducano sul piano processuale la posizione dell'aderente, subordinandone la tutela al compimento di atti di natura sostanziale. Così anche G. CHINÉ, *op. cit.*, p. 52.

¹⁸⁶ Una clausola potrà infatti essere considerata vessatoria o perché è prevista nella lista grigia e difetta la “prova contraria” (ossia, l'assenza di squilibri significativi), o perché, pur non essendovi inclusa, non supera il vaglio di cui al comma 1. Chiaramente, senza che questo implichi in alcun modo la sua inclusione nell'elenco del comma 2. In altre parole, le clausole vessatorie non sono un *numerus clausus*, ma le clausole *da presumersi vessatorie* lo sono. Così, chiarissimamente, E. MINERVINI, *op. cit.*, pp. 599, che parla di «*equivoco evidente*». Non distinguono i due profili, invece, F. LUCCHESI, *op. cit.*, p. 235, V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, III Ed., Milano, 2012, p. 267, P. GALLO, *La formazione*, cit., p. 807.

insuperabile tramite applicazione analogica¹⁸⁷ o estensiva¹⁸⁸. Anche la lista di cui all'art. 36 cod. cons. è da considerarsi tassativa, con la conseguenza che restano irrimediabilmente escluse dalla lett. b) le clausole relative alle eccezioni¹⁸⁹.

Provando a trarre una conclusione, dalle norme citate sembra emergere un disegno coerente, che circonda di maggiori cautele la rinuncia alle eccezioni: l'art. 1341, comma 2 c.c. prescrive l'onere della specifica approvazione per iscritto, mentre l'art. 33, lett. t) cod. cons., presume la vessatorietà delle clausole che limitano la facoltà di opporre eccezioni, norma ribadita dalla lett. r) per l'eccezione di inadempimento.

L'impressione appena registrata si rafforza con la lettura degli artt. 1441, comma 4, 1495, 1497 e 1667, comma 3 c.c., dove alla prescittibilità delle azioni ivi previste si contrappone l'imprescittibilità delle relative eccezioni. Si tratta di applicazioni del brocardo *temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*, declinato nel contesto dell'azione di annullamento, della garanzia per vizi o mancanza di qualità della cosa compravenduta e di garanzia per vizi o difformità dell'opera appaltata¹⁹⁰. In senso opposto, l'art. 1449 c.c. sottopone l'azione e l'eccezione di rescissione al medesimo termine di prescrizione¹⁹¹.

Questo lavoro non è la sede adatta per una presa di posizione sui numerosi problemi sollevati da queste disposizioni, tra cui spicca l'interrogativo circa la possibilità di desumerne

¹⁸⁷ Si potrà dire che la lacuna è volontaria oppure che la norma è eccezionale, prevedendo cause di nullità testuale a limitare l'autonomia privata dei professionisti. *Contra* F. ASTONE, op. cit., p. 214, che ritiene che la norma non sia eccezionale.

¹⁸⁸ F. LUCCHESI, op. cit., p. 254, nota 20, con riferimento all'art. 36, lett. b): «l'interpretazione [che legge il termine "azioni" come equivalente a "mezzi di tutela processuale", incluse, quindi, le eccezioni] suscita qualche dubbio non solo in base alla considerazione che l'eccezione non è un'azione, ma anche perché la prima è espressamente prevista dalla lett. r) dell'art. 33, comma 2».

¹⁸⁹ Così E. MINERVINI, op. cit., p. 597, poiché la norma deroga al principio degli artt. 33-38 cod. cons., alla stregua del quale la trattativa è sufficiente a escludere il giudizio di vessatorietà. Anche in questo caso, quindi, le "eccezioni" non si possono includere tramite interpretazione analogica; mentre sull'inammissibilità di quella estensiva si veda la nota precedente.

¹⁹⁰ Si vedano anche gli artt. 240, comma 2 e 855, comma 2 cod. nav., in materia di appalto per la costruzione di navi ed aeromobili, e l'art. 95, comma 1, l. fall.: i primi due dispongono identicamente che «l'azione di responsabilità contro il costruttore per le difformità ed i vizi occulti si prescrive col decorso di due anni dalla consegna dell'opera. Il committente che sia convenuto per il pagamento può sempre far valere la garanzia, purché abbia entro il predetto termine denunziata la difformità o il vizio»; il terzo recita che «il curatore può eccepire i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere, nonché l'inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione, anche se è prescritta la relativa azione».

¹⁹¹ L'art. 1449 c.c. non appare sufficiente a contestare quanto si sta cercando di dimostrare, poiché la disposizione non sembra avere valore sistematico: l'intero istituto della rescissione è caratterizzato da spiccate peculiarità, che lo allontanano dall'annullamento del contratto per farne un rimedio a sé. Si vedano, per es., F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIX ed., 2019, pp. 1011 ss., ove numerosi riferimenti e E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, pp. 119 ss. Inoltre, sembra significativo che il legislatore abbia sentito l'esigenza di precisare che il termine di prescrizione dell'azione si estende anche all'eccezione.

un principio generale di imprescrittibilità delle eccezioni¹⁹². Piuttosto, va rilevato che le norme menzionate, e in particolare l'art. 1441, comma 4, c.c., si pongono sulla stessa linea dell'art. 1462 c.c. e degli artt. 1341 c.c. e 33 e 36 cod. cons., mostrando come l'ordinamento ritenga necessario tutelare maggiormente la possibilità di eccepire l'annullamento del contratto o la garanzia per vizi¹⁹³.

La ragione per cui questo avviene è pregnante e non estensibile anche all'azione di annullamento, ed è la seguente: che il soggetto legittimato che avesse a sua disposizione l'azione di annullamento, ma non l'eccezione, resterebbe privo di tutela qualora fosse convenuto per l'esecuzione del contratto (o l'avesse eseguito spontaneamente) e fosse decorso il termine di prescrizione; al contrario, il soggetto privo dell'azione di annullamento, ma ancora munito dell'eccezione di annullabilità, potrebbe facilmente cautelarsi rifiutando di eseguire la prestazione ed eccependo l'annullabilità del contratto, qualora convenuto per l'adempimento.

Pertanto, il coordinamento con l'art. 1441, comma 4 c.c. permette di ritenere non casuale il riferimento dell'art. 1462 c.c. alle sole eccezioni: anche ove avesse rinunciato all'azione di annullamento, il soggetto protetto dalla causa di annullabilità resterebbe tutelato, grazie all'interazione tra la possibilità di non adempiere al contratto viziato e la possibilità (perpetua) di eccepirne l'invalidità; lo stesso non avverrebbe qualora avesse rinunciato all'eccezione di annullabilità: convenuto per l'adempimento, la parte legittimata all'annullamento resterebbe sprovvista di protezione e sarebbe costretta ad eseguire il contratto viziato. Allora, la rinuncia all'eccezione di annullabilità e la rinuncia all'azione di annullamento hanno significati diversi e tale diversità impedisce di applicare *sic et simpliciter* il divieto di rinuncia all'eccezione di annullabilità anche alla clausola di rinuncia all'azione di annullamento.

¹⁹² Su cui, per es.: P. VITUCCI, *Tant dure l'action tant dure l'exception*, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, pp. 245 ss., ID., *La prescrizione*, in P. VITUCCI – F. ROSSELLI, *La prescrizione*, T. 1, in P. SCHLESINGER (fondato da) – F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, II Ed., Milano, 2012, pp. 100 ss.; C. CAVALLINI, *Perpetua ad excipiendum, variazioni in tema di giudicato e motivazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, pp. 621 ss. e l'approfondita analisi di G. GABRIELLI, *Temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 713 ss. Per l'Autore, la previsione espressa dell'imprescrittibilità dell'eccezione è necessaria (aggiungiamo: ove si voglia assicurare in maniera pregnante la possibilità di eccepire l'annullabilità) perché le azioni costitutive necessarie richiedono l'allegazione della mera esistenza del vizio e possono essere esperite anche mancando una contestazione della controparte che faccia sorgere l'interesse ad agire ex art. 100 cpc. Pertanto, senza una norma apposita, il termine di prescrizione del diritto inizierebbe a decorrere immediatamente (art. 2935 c.c.), sia per l'azione che per l'eccezione (art. 2934 c.c.), lasciando esposto il soggetto legittimato.

¹⁹³ Ci pare quindi che fraintenda C. MIRAGLIA, voce *Solve et repete*, in *Enc. dir.*, 1990. Vol. XLII, p. 1265, che ritiene le clausole di rinuncia all'azione più onerose rispetto alle rinunce alle eccezioni e legge il silenzio dell'art. 1341 c.c. sulle prime come una prova della loro radicale invalidità. Al contrario, almeno per l'annullabilità del contratto, la rinuncia all'eccezione sarebbe ben più grave che la rinuncia all'azione e la lacuna sulle clausole di rinuncia all'azione si spiega come illustrato nel testo, e non per la loro invalidità.

Ricapitolando, assente una clausola di rinuncia all'azione di annullamento e stipulato un contratto annullabile, l'interazione tra gli artt. 1441, comma 4, 1444 e 1462 c.c., dà vita a tre scenari: il soggetto in favore del quale è posta la causa di annullabilità esegue volontariamente conoscendo il vizio e volendo convalidare: gli effetti si stabilizzano definitivamente (art. 1444, comma 2 c.c.); il soggetto esegue senza la volontà di convalidare: per recuperare la prestazione, dovrà agire tempestivamente per l'annullamento del contratto (artt. 1444, comma 2 e 1441 c.c.); il soggetto non esegue il contratto: potrà agire per l'annullamento e, qualora convenuto per l'adempimento, potrà opporre l'annullabilità in perpetuo (art. 1441, comma 4 c.c.). Inserendo la clausola di esclusione di annullamento viene meno il secondo scenario: eseguita la prestazione, il contraente non potrà recuperarla. Questo esito, che potrebbe sembrare severo, in realtà si armonizza con il rilievo che riveste l'esecuzione nella disciplina dell'annullamento: come è stato notato, l'adempimento ammonta in ogni caso a una valutazione positiva del contratto annullabile, che ne legittima una certa stabilizzazione¹⁹⁴.

Trasportando sul terreno dell'analogia quanto appena illustrato, tra la clausola di rinuncia all'azione di annullamento e la clausola di rinuncia all'eccezione di annullabilità intercorre una differenza fondamentale in punto di idoneità a tutelare il soggetto legittimato a fare valere l'invalidità. Si deve quindi ritenerne preclusa l'applicabilità analogica.

4.2.c.ii. La ratio del divieto dell'art. 1462 c.c. non vale per la clausola in esame

Alla stessa conclusione si perviene anche qualora si consideri il problema dal punto di vista della *ratio* dell'indifferibilità delle tre eccezioni contemplate dalla norma (nullità, annullamento, rescissione). Il tema, come si accennava, è discusso, ma non pare che le ricostruzioni proposte finora siano in grado di giustificare l'estensione del divieto *ex* art. 1462 c.c. anche alle clausole di rinuncia dell'azione di annullamento¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Stabilizzazione totale in caso di convalida tacita, parziale in caso di esecuzione in assenza dei requisiti dell'art. 1444, comma 2 c.c., poiché potrebbe ancora essere esperibile l'azione di annullamento. Si vedano, per es., le riflessioni di M. PROSPERETTI, op. cit., pp. 64-65 ed E. LA ROSA, op. cit., p. 142 circa il valore dell'esecuzione del contratto annullabile. L'Autrice osserva che, anche eseguito il contratto, resterà possibile eccepirne l'annullabilità ad altri fini, per es., il venditore caduto in errore che avesse anche eseguito il contratto potrà sempre eccepire il vizio per contrastare l'azione edilizia esperita dal compratore.

¹⁹⁵ Argomenta l'estensione sulla base della ricorrenza di una stessa *ratio* D. MAFFEIS, op. cit., p. 206: «la ragione per la quale [l'art. 1462 c.c.] esclude la rinunciabilità delle eccezioni [...] di annullamento [...] ravvisata dalla dottrina nella intangibilità dei "principi del sinallagma genetico" o nella "particolare gravità dei fatti sui quali i tre rimedi si fondano", può estendersi anche, ed a fortiori, alla rinuncia alle corrispondenti azioni».

Il divieto di rinuncia alle tre eccezioni citate è stato spiegato ricorrendo a tre argomentazioni¹⁹⁶: (i) che la nullità, la rescissione e l'annullamento travolgono anche la clausola *solve et repete*¹⁹⁷, (ii) che, in tali casi, la prestazione non sarebbe effettivamente "dovuta"¹⁹⁸, (iii) che sarebbe contraddittorio imporre l'adempimento quando sia discusso il fatto costitutivo del credito, ossia l'obbligatorietà del contratto da cui è sorto il credito azionato e che, ora, si sospetta inefficace (anche solo in potenza)¹⁹⁹. Non sembra, però, che tali spiegazioni valgano a giustificare l'estensione del divieto di cui all'art. 1462 c.c. anche all'azione di annullamento²⁰⁰.

Il rilievo che la caducazione del contratto travolgerebbe inevitabilmente anche la clausola non è condivisibile: se fosse questa la ragione dell'indifferibilità delle tre eccezioni, dovrebbe restare impregiudicata anche la domanda riconvenzionale di risoluzione per un precedente inadempimento dell'attore, poiché il suo accoglimento produrrebbe il medesimo effetto caducatorio; tuttavia, gli interpreti sono unanimi nel ritenere che la clausola *solve et repete* possa impedire tale iniziativa processuale²⁰¹. Quanto all'eccezione di annullabilità, si può aggiungere che, per l'orientamento prevalente in giurisprudenza, il suo accoglimento non porta all'annullamento del contratto, permettendo al convenuto solo di ottenere il rigetto

Scopo dell'indagine circa il fondamento unitario delle tre eccezioni non paralizzabili è identificare casi ulteriori in cui la clausola non potrebbe operare: G. MIRAGLIA, op. cit., p. 1257, U. CARNEVALI, op. ult. cit., p. 263; D. POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, in *Enc. giur.*, Vol. XXIX, Roma, 1999, p. 3.

¹⁹⁶ A cui va aggiunta quella, che pare però più descrittiva, relativa alla «particolare gravità dei fatti sui quali i tre rimedi si fondano»: così L. BIGLIAZZI GERI, op. cit., p. 90, nota 2, constatata «l'assimilazione di tre istituti assai diversi». Così anche D. POLETTI, op. cit., p. 4 e A. M. BENEDETTI, op. cit., p. 128. L'inesistenza di una chiara *ratio* unitaria renderebbe difficile estendere il divieto anche alla clausola di rinuncia all'azione di annullamento.

¹⁹⁷ Così la Relazione al codice civile, n. 662, A. DALMARTELLO, op. ult. cit., p. 849; C. LUCCHI, op. cit., p. 588; P. GALLO, *I rimedi, la fiducia, l'apparenza*, in *Trattato del contratto*, Vol. III, p. 2197; F. BRAVI, op. cit., p. 155.

¹⁹⁸ G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, pp. 352 ss.; LUCCHI, op. cit., p. 588-589; U. CARNEVALI, op. ult. cit., p. 263; A. DALMARTELLO, op. ult. cit., p. 849; F. ADDIS, *Clausola limitativa della proponibilità di eccezioni*, cit., p. 791.

¹⁹⁹ C. LUCCHI, p. 589; similmente G. MIRAGLIA, voce *Solve et repete*, in *Enc. dir.*, Vol. XLII, Milano, 1990, p. 1258.

²⁰⁰ Si può ricordare anche la posizione di F. PADOVINI, op. cit., pp. 193 ss., espressa in un contributo che si sofferma sui patti di rinuncia all'azione di annullamento. L'Autore ritiene che la *ratio* del divieto di rinuncia sia impedire la condanna in favore di un soggetto che potrebbe non essere poi in grado di restituire quanto ricevuto in esecuzione della sentenza. La clausola di rinuncia all'azione di annullamento preclude la caducazione del contratto e, quindi, anche le restituzioni: pertanto, sfuggirebbe al divieto dell'art. 1462 c.c. Tuttavia, non ci sembra questa la *ratio* dell'art. 1462 c.c.: un problema di restituzioni si può porre anche a valle di un'azione di risoluzione del contratto, che resta esperibile nonostante la *solve et repete* e comporta ugualmente la necessità di restituire le prestazioni ricevute.

²⁰¹ U. CARNEVALI, op. ult. cit., p. 264, pena una facile elusione della differibilità dell'eccezione di inadempimento; F. ADDIS, *Clausola limitativa della proponibilità di eccezioni*, cit., p. 793; C. LUCCHI, op. cit., p. 592; G. MIRAGLIA, op. cit., p. 1258, seppure con argomentazioni non del tutto condivisibili. L. BIGLIAZZI GERI, op. cit., p. 90, nota 2 osserva che la rescissione del contratto non provoca alcuna caducazione del contratto, in quanto coinvolge il rapporto che ne scaturisce. Così anche D. POLETTI, op. cit., p. 3. *Contra* Cass. civ. 3272/1976, cit., che ritiene che la clausola *solve et repete* precluda le eccezioni, le domande riconvenzionali e le azioni proponibili "in prevenzione" dal debitore.

dell'azione: in tal caso, dunque, non si verifica nessun “travolgimento”²⁰². Né si può trascurare la configurabilità di un'annullabilità parziale, che impedisce di vedere la caducazione dell'intero contratto come una necessità logica²⁰³. Da ultimo, anche aderendo a questa ricostruzione, essa non varrebbe a sancire l'invalidità della clausola di rinuncia all'azione di annullamento, perché, come si è già illustrato, la caducazione dell'accordo è esattamente l'effetto precluso dalla clausola²⁰⁴.

Come accennato, una seconda tesi rinviene la ragione dell'impossibilità di paralizzare le tre eccezioni citate nel fatto che, nel caso di annullabilità, nullità e rescissione, la prestazione non è effettivamente “dovuta”. Questa ricostruzione si è esposta a un rilievo difficilmente superabile: a rigore, anche la possibilità di eccepire l'inadempimento *ex art.* 1460 c.c. o il mutamento delle condizioni patrimoniali della controparte *ex art.* 1461 c.c. rendono (temporaneamente) “non dovuta” (*rectius* inesigibile) la prestazione dell'*excipiens*, ma tali eccezioni sono paralizzabili dalla clausola *solve et repete*²⁰⁵. Ad ogni modo, anche accedendo a questa impostazione, non sembra che l'art. 1462 c.c. possa comportare la nullità della clausola di rinuncia all'azione di annullamento, che non incide sulla possibilità di sollevare l'eccezione di annullabilità²⁰⁶.

Sembra maggiormente condivisibile la terza ricostruzione, che individua la *ratio* delle eccezioni non differibili nell'esigenza di non dare attuazione a un contratto attualmente (o potenzialmente) inefficace²⁰⁷. In tutti e tre i casi, infatti, viene fatto valere un fatto estintivo del diritto di credito che colpisce la stessa vincolatività del contratto azionato.

Questa spiegazione, però, non vale a giustificare l'estensione del divieto dell'art. 1462 c.c. alla clausola in esame, che lascia intatta la possibilità di eccepire l'annullabilità del contratto e permette, così, di scongiurare il pericolo di una condanna all'esecuzione di un accordo viziato²⁰⁸. È vero che questa possibilità viene meno qualora il soggetto legittimato abbia già eseguito la propria prestazione; tuttavia, in tal caso la perdita dell'eccezione di annullabilità è un effetto derivante dalla legge, non dalla clausola (che mai potrebbe produrlo, stante l'art.

²⁰² R. SACCO, voce *Nullità e annullabilità*, cit., pp. 304 – 305, che mostra le aporie derivanti da questo indirizzo; G. MARINI, op. cit., pp. 389 ss.

²⁰³ *Supra*, para. 4.1.c.

²⁰⁴ *Supra*, para. 4.1.c.

²⁰⁵ C. MIRAGLIA, op. cit., p. 1259.

²⁰⁶ *Supra*, para. 4.2.a.i.

²⁰⁷ C. MIRAGLIA, op. cit., p. 1259. La seconda e la terza tesi, quindi, non hanno lo stesso significato: esistono casi dove la prestazione non è dovuta ma l'efficacia del contratto non è revocata in discussione. Le accomuna, invece, U. CARNEVALI, op. ult. cit., p. 263.

²⁰⁸ *Supra*, para. 4.2.a.i.

1462 c.c.)²⁰⁹. Non sembra, quindi, che la clausola di rinuncia all'azione di annullamento porti ad esiti asistemati: rimangono invariati l'imprescrittibilità dell'azione e la sua inopponibilità in caso di esecuzione del contratto, mentre è l'azione ad essere esclusa convenzionalmente; tuttavia, ciò non vale a concretizzare il rischio paventato, ossia la condanna all'adempimento di un contratto viziato.

Da ultimo, sembra significativo constatare che, anche ove la clausola *solve et repete* escludesse validamente l'opponibilità di alcune eccezioni, ritenute differibili, resterebbero proponibili le relative azioni²¹⁰. Anche da questo punto di vista, dunque, si riconosce la differenza intercorrente tra le azioni e le eccezioni²¹¹.

4.3. Altri profili problematici: indeterminatezza dell'oggetto della clausola; rinuncia a diritti futuri

4.3.a. Nullità della clausola per indeterminatezza dell'oggetto

Nei paragrafi precedenti si è analizzata la compatibilità della clausola di rinuncia all'azione di annullamento con vari aspetti della disciplina del contratto annullabile. Si devono ora aggiungere alcune brevi considerazioni riguardanti la determinabilità dell'oggetto della clausola e il suo rapporto con la discussa figura della rinuncia ai diritti futuri²¹².

Quanto al primo profilo, come noto, l'art. 1346 c.c. richiede che l'oggetto del contratto sia, tra l'altro, determinato o determinabile. Ferma l'applicabilità di questo requisito anche alle singole clausole che compongono il contratto²¹³, il patto di rinuncia all'azione di

²⁰⁹ Sul ruolo dell'esecuzione del contratto annullabile, si veda *supra*, para. 4.2.c.i.

²¹⁰ A. DALMARTELLO, op. ult. cit., p. 857, con alcuni importanti rilievi sulla scarsa efficacia di tale strategia; C. MIRAGLIA, op. cit., p. 1264, seppure con motivazione non condivisibile;

²¹¹ Si può anche aggiungere che, dal punto di vista storico, l'art. 1462 c.c. è stato redatto per superare il dibattito circa l'ammissibilità della clausola *solve et repete*, non anche per sancire la nullità delle clausole di rinuncia all'azione di annullamento.

F. PADOVINI, op. cit., pp. 193 ss. e nota 27, osserva che la clausola *solve et repete* non comporta la rinuncia al diritto di impugnazione e, quindi, non si può invocare l'art. 1462 c.c., che la disciplina, per desumerne argomenti circa la rinuncia all'azione.

²¹² Alcuni Autori ritengono inammissibile la clausola di unico rimedio perché opererebbe una rinuncia preventiva all'annullabilità in difetto della consapevolezza del vizio, senza precisare se questa osservazione rilevi *ex art. 1444 c.c.*, o in quanto rende indeterminato il contenuto della clausola, oppure perché rende nulla la rinuncia a un diritto futuro: E. GABRIELLI, op. ult. cit., p. 216; V. DI GRAVIO, *Clausola di unico rimedio*, cit., p. 1608. Nel para. 3.2.a. si è esaminata la questione dal punto di vista dell'art. 1444 c.c., ora si affrontano gli altri due profili.

²¹³ Per es., Cass. civ. 19825/2022 ha ritenuto nulla per indeterminatezza dell'oggetto la clausola, inserita in un contratto di conto corrente bancario, che preveda la commissione di massimo scoperto indicandone semplicemente la misura percentuale, senza contenere alcun riferimento al valore sul quale tale percentuale deve essere calcolata; Cass. civ. 24995/2014 ha ritenuto nulla per indeterminatezza dell'oggetto la clausola di un

annullamento, ove riferito genericamente a qualsiasi causa di annullabilità, potrebbe apparire affetto da un vizio di indeterminatezza e, dunque, nullo *ex artt.* 1346 e 1418, comma 2 c.c.

Tuttavia, le cause di annullabilità del contratto costituiscono un numero chiuso, a differenza delle cause di nullità²¹⁴. Anche ove la clausola si limitasse a un generico riferimento a questa patologia, con formule come «*l'acquirente rinuncia a qualsiasi rimedio previsto dalla legge in tema di risoluzione e di annullamento [...]*», o «*il Compratore non dovrà avere alcun diritto di risolvere, annullare o sciogliere questo Agreement [---]*»²¹⁵, la clausola dovrà ritenersi determinata, grazie al riferimento alle cause di annullabilità del contratto tassativamente definite dalla legge²¹⁶: si tratterà di un caso di clausola *per relationem* in senso formale, in quanto il suo contenuto è già *ab origine* determinato, sebbene espresso attraverso una relazione²¹⁷.

Maggiori problemi sembra porre la clausola di un contratto di acquisizione di partecipazioni societarie che affermi genericamente che «*[...] i diritti di indennizzo previsti [dal presente Accordo costituiscono il solo e unico rimedio in caso di violazione delle dichiarazioni e garanzie, [...] in luogo di qualsivoglia altro diritto, azione o pretesa prevista dalla legge]*»²¹⁸. Alla vaghezza dell'espressione “in luogo di qualsivoglia altro diritto” si potrebbe rimediare facendo riferimento ai rimedi a disposizione del compratore di partecipazioni societarie in assenza di garanzie convenzionali, come precisati dall'orientamento maggioritario. Tuttavia, il quadro in materia è particolarmente incerto e, anche ricorrendo agli indirizzi più diffusi, pare residuare un eccessivo grado di indeterminatezza²¹⁹. In sede di redazione della clausola, è,

contratto agrario che affidi al solo affittuario l'individuazione delle opere di miglioria apportate sul fondo nel periodo di vigenza dell'affitto, per l'esigenza di garantire che le parti conoscano l'oggetto dell'obbligazione assunta ovvero i criteri per la sua determinazione; Cass. civ. 11003/1997 ha ritenuto nulla per indeterminatezza dell'oggetto la clausola di un contratto di agenzia che attribuiva al preponente il potere unilaterale, con il solo onere del preavviso, di modificare le tariffe provvigionali, salva la facoltà di recesso dell'agente in caso di mancata accettazione di tale modifica dell'originaria pattuizione negoziale.

²¹⁴ R. TOMMASINI, voce *Annullabilità*, cit., p. 4: «*le cause di annullabilità sono tipicamente definite e testuali*»; F. MESSINEO, voce *Annullabilità*, cit., p. 471; G. MARINI, op. cit., pp. 340-341: le cause di annullabilità «*presentano un sistema tipico e tassativo, precisamente circoscritto dal testo del codice civile, senza formule che ne garantiscano la potenziale apertura*».

²¹⁵ O ancora, «*the right of each party to obtain indemnification pursuant to Article excludes any other right of action or remedy (including the right to terminate, rescind or modify this Agreement) [...]*» o, «*each of Owner and Contractor [...] waives, to the extent permitted by applicable law, any and all rights [...] to [...]cancel (annullamento), quit or surrender this Contract [...]*». Tutte queste clausole sono riportate per esteso, accompagnate dalla fonte da cui sono state tratte, *supra*, para. 1.

²¹⁶ Senza considerare che alcune cause di annullabilità non verranno nemmeno in rilievo, perché caratteristiche di un singolo tipo contrattuale: si vedano gli artt. 1892 (dichiarazioni inesatte e reticenze con dolo o colpa grave nel contratto di assicurazione) e 1971 c.c. (transazione su pretesa temeraria). Un'altra causa di annullabilità la cui ricorrenza potrà radicalmente essere esclusa nel caso concreto è quella posta dall'art. 184 c.c. 184 (atti compiuti senza il necessario consenso del coniuge in regime di comunione legale).

²¹⁷ F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 230; R. SACCO, *Il contratto*, T. 2, cit., p. 125.

²¹⁸ Anche questa clausola è riportata per esteso *supra*, para. 1.

²¹⁹ Si veda *supra*, nota 48.

quindi, consigliabile precisarne il più possibile la portata, specificando almeno il tipo di rimedio che si sta escludendo (es.: azione di annullamento, risoluzione per inadempimento o per eccessiva onerosità sopravvenuta) o, meglio ancora, indicando l'articolo del codice civile che lo disciplina, come mostrano alcuni degli esempi citati²²⁰.

4.3.b. *Patto di rinuncia all'azione di annullamento e rinuncia ai diritti futuri*

La clausola in esame comporta la rinuncia ad agire per l'annullamento del contratto anche prima di conoscere il vizio che potrà inficiarlo. Questo effetto preclusivo "anticipato", oltre a sollevare dubbi circa la sua compatibilità con la convalida del contratto annullabile²²¹, può evocare nel lettore la rinuncia al diritto futuro, negozio abdicativo con cui il disponente rinuncia a una situazione giuridica che non è ancora nel suo patrimonio.

La figura è controversa in quanto, se la rinuncia è un atto di disposizione del diritto, non parrebbe possibile compierlo prima che il suo oggetto sia venuto ad esistenza²²². Né soccorrerebbe l'interpretazione sistematica di alcune fattispecie tipiche di rinuncia a diritti futuri, poiché il dato normativo non è univoco²²³. Pare, però, più condivisibile la posizione di chi ha ammesso la rinuncia a diritti futuri notando che, in realtà, questa si atteggia come un rifiuto, un'opposizione all'ingresso di quel diritto nel proprio patrimonio, più che come un inammissibile atto di esercizio "anticipato" del diritto ancora inesistente²²⁴.

²²⁰ Es.: «each of the Parties waives any rights which it may have pursuant to articles 1460, 1467 or 2236 of the Italian Civil Code[...]» o «il Compratore non dovrà avere alcun diritto di risolvere, annullare o sciogliere questo Agreement o di rifiutare di eseguire il Closing o di promuovere le azioni previste dagli articoli 1492,1494, del Codice Civile Italiano»: per le clausole in esteso, si veda *supra*, nota 27.

²²¹ Su cui *supra*, para. 4.2.a.

²²² A. BOZZI, voce *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. Dig. It.* Vol. XV, Torino, 1968, p. 1140; per la tesi contraria, ma con qualche apertura, F. MACIOCE, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XL, Milano, 1989, p. 941.

²²³ Il problema viene generalmente affrontato insieme a quello della rinunciabilità delle aspettative di diritto. L'art. 458 c.c. vieta gli atti di disposizione dell'eredità non ancora devoluta, l'art. 557 c.c. vieta la rinuncia preventiva all'azione di riduzione, l'art. 2937 c.c. permette la rinuncia alla prescrizione solo quando questa sia maturata, l'art. 1956 c.c. invalida la preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione. D'altro canto, l'art. 1357 c.c. permette l'alienazione di un diritto soggetto a condizione sospensiva e l'art. 2645-bis c.c. permette di trascrivere atti riguardanti beni immobili da costruire: così G. SICCHIERO, voce *Rinunzia*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Agg. IX, 2014, p. 612. F. MACIOCE, op. cit., p. 941 ritiene inconfidente il richiamo agli artt. 458 e 2937 c.c., perché l'irrinunciabilità ivi prevista si spiegherebbe per ragioni peculiari alle due disposizioni, ossia la tutela della libertà testamentaria e l'interesse pubblico alla base della prescrizione.

²²⁴ G. SICCHIERO, op. ult. cit., p. 612. Favorevole anche L. V. MOSCARINI, voce *Rinunzia*, in *Enc. Giur.*, Vol. XXVII, Roma, 1991, p. 5, che ne afferma la «piena configurabilità logica». Si vedano poi gli Autori citati da F. MACIOCE, op. cit., p. 941, nota 91 e 92, tra cui D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, III Ed., Vol. I, Torino, 1950, p. 322, purché il diritto rinunciato «non sia assolutamente indeterminabile e non vi osti un preciso divieto di legge». Argomenta in generale sulla base dell'art. 1348 c.c. F. PADOVINI, *Le clausole limitative*, cit., p. 190, salvo poi dare rilievo decisivo che le clausole di rinuncia all'azione di annullamento sono bilaterali, e non unilaterali, e ciò «esclude, ad ogni modo, la rilevanza di qualsivoglia limite dettato per gli atti abdicativi unilaterali». Su questa osservazione si ritornerà immediatamente *infra*.

In verità, la tesi da ultimo riportata è stata accusata di semplificare eccessivamente i termini della questione. Nel quadro di un'analisi complessiva dei rapporti tra rinuncia e rifiuto, si è concluso che la differenza tra i due negozi abdicativi non risiederebbe tanto in un profilo cronologico – nella rinuncia, dismissione di un diritto già acquistato, nel rifiuto, l'ostacolo all'acquisto di un nuovo diritto – ma strutturale: il rifiuto potrebbe avere ad oggetto un qualsiasi effetto giuridico favorevole, e non solo l'acquisto di un diritto, e presupporrebbe l'esistenza dell'effetto contro cui è diretto²²⁵. Pertanto, rifiuto e rinuncia a diritti futuri dovrebbero essere mantenuti distinti, ferma comunque la validità di una rinuncia a diritti futuri²²⁶. Anche la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile la figura in esame, a condizione che non ricorrano divieti di legge, non si tratti di diritti indisponibili e il contenuto e l'estensione del diritto siano determinati o determinabili²²⁷.

Fermi i limiti appena enunciati, a un'analisi più attenta non sembra che il dibattito sulla rinuncia a diritti futuri possa incidere sulla validità della clausola di rinuncia all'azione di annullamento. A ben vedere, il diritto potestativo ad agire per l'annullamento del contratto sorge al momento della stipulazione del negozio che contiene anche il patto di rinuncia²²⁸. La rinuncia, quindi, avviene nello stesso momento in cui è sorto il diritto all'annullamento, facendo sembrare improprio parlare di una rinuncia a un diritto "futuro": semmai, a essere futura è la conoscenza del vizio (es.: l'errore) da parte del soggetto legittimato all'azione, circostanza che, per i vizi della volontà, provoca il differimento del decorso del termine di

²²⁵ Es.: liberazione da una situazione di obbligo o soggezione, miglioramento di una situazione attiva o passiva preesistente: C. COPPOLA, *La rinunzia ai diritti futuri*, Milano, 2005, pp. 137-138; P. DE MARTINIS, *Rinunzia, rifiuto e prelazione volontaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, pp. 691-692, che seguono la ricostruzione di C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, pp. 118 ss.

²²⁶ Si veda la nota precedente.

²²⁷ Cass. civ. SSUU 104/1992 ha affermato che «la rinuncia, quale espressione tipica dell'autonomia negoziale privata, può riguardare anche diritti futuri ed eventuali, purché determinati o determinabili nel loro contenuto e nella loro estensione, con il solo limite che non esistano divieti di legge o che non si tratti di diritti indisponibili»; Cass. civ. 16365/2014 ha ritenuto valida la rinuncia preventiva effettuata dall'appaltatore di un appalto pubblico al diritto, futuro ed eventuale, all'indennizzo degli oneri derivanti dalla sospensione dei lavori, purché al momento della rinuncia siano prevedibili la durata della sospensione e la sua incidenza economica; Cass. civ. 23897/2006 ha ritenuto valida la rinuncia del conduttore a un diritto futuro e eventuale come, ad esempio, quello al risarcimento del danno in caso di mancata utilizzazione dell'immobile agli usi personali per il quale il locatore abbia chiesto la risoluzione anticipata del contratto. In materia giuslavoristica vige un orientamento più severo, ad es.: quanto alla rinuncia al TFR: per es., Cass. civ., sez. lav., 14510/2019 e 23087/2015 hanno dichiarato nulla la rinuncia al diritto alla liquidazione del TFR per mancanza dell'oggetto (non per la presenza di un divieto di legge).

²²⁸ Non deve trarre in inganno il differimento del termine di prescrizione dell'azione al momento della scoperta dell'errore o del dolo o della cessazione della violenza in caso di vizi della volontà (art. 1442, comma 2 c.c.): E. LA ROSA, op. cit., p. 127.

prescrizione²²⁹. Ad ogni modo, considerato quanto si è detto in punto di determinatezza dell'oggetto ex art. 1346 c.c. e rilevata la differenza non abissale tra rinuncia a un diritto futuro e rinuncia a un diritto esistente ma ignoto, sembra opportuno rinnovare la raccomandazione di redigere la clausola di rinuncia in maniera il più precisa possibile.

5. Coerenza sistematica della clausola di rinuncia all'azione di annullamento

Nel paragrafo precedente si sono affrontati i vari ostacoli che si frappongono all'affermazione della validità di una clausola di rinuncia preventiva all'azione di annullamento, cercando di ritagliarle uno spazio. In questo paragrafo si mostrerà la coerenza di questo patto con alcuni profili dell'annullabilità del contratto: la centralità dell'interesse del legittimato, i tentativi compiuti dalla dottrina per ridurre il potere di scelta attribuitogli dalla legge, percepito da sempre come eccessivo, la pacifica possibilità di rinunciare alla garanzia per vizi della cosa venduta.

5.1. Clausola di rinuncia all'azione di annullamento e interesse del legittimato

Tradizionalmente, l'annullabilità del contratto si contraddistingue per essere posta a tutela di interessi particolari, in contrapposizione alla nullità, che presidia interessi generali: tramite l'annullabilità, viene protetto l'interesse del contraente leso nella sua libertà negoziale da una causa relativa alla sua situazione individuale²³⁰. Prevedendo una causa di annullabilità del contratto, l'ordinamento esprime un giudizio negativo sull'atto, poiché dubita che esso realizzi l'interesse effettivo di una parte; tuttavia, rimette a quest'ultima la valutazione definitiva circa la sua natura vantaggiosa o dannosa, permettendogli di agire per eliminarlo o

²²⁹ Si vedano gli Autori citati alla nota precedente, in particolare E. LA ROSA, op. cit., pp. 131 ss.: per il negozio stipulato dall'interdetto o dall'inabilitato o dal beneficiario di amministrazione di sostegno, il termine decorre dal momento in cui è venuta meno l'incapacità; per il negozio stipulato dal minore, decorre dal raggiungimento della maggiore età.

²³⁰ C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 599; F. GAZZONI, op. cit., p. 1006; P. TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, pp. 191 ss.; F. MESSINEO, voce *Annulabilità e annullamento*, cit., p. 470; R. TOMMASINI, voce *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. giur.*, Vol. II, Roma, 1988, p. 3, con la puntualizzazione, che si ritrova in ID., voce *Invalidità*, cit., p. 583, che anche l'annullabilità garantisce valori generali, tramite un diverso giudizio di disvalore. Si vedano poi G. MARINI, op. cit., pp. 326-327; M. FRANZONI, *Dell'annullabilità*, cit., p. 4; M. PROSPERETTI, op. cit., pp. 15 ss.: «il contrasto con interessi individuali è motivo di annullamento soltanto nel limite costituito dall'interesse della parte legittimata a far cadere quell'atto». La prospettiva dell'interesse è centrale nella monografia di F. LUCARELLI, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, pp. 8 ss. e 265 ss.: scopo dell'Autore è dimostrare che la relativa disciplina si giustifica perché «l'ordinamento, nel predisporre i criteri di annullabilità, [intende] dare rilievo al turbamento del contraente solo in quanto tale stato abbia effettivamente inciso sulla funzionalità del regolamento di interessi».

per convalidarlo²³¹. In altre parole, l'intervento dell'ordinamento è mediato dalla scelta del privato²³² e, così, il giudizio di disvalore rispetto al negozio viene graduato rispetto a quello formulato nei casi di nullità²³³. Si tratta di uno strumento espressione di una tecnica giuridica raffinata²³⁴, che permette una massima esplicazione dell'autonomia privata da parte del soggetto legittimato²³⁵. Dalla natura particolare del bene tutelato derivano l'efficacia del contratto annullabile, caducabile su domanda di parte, la legittimazione relativa, la non rilevabilità d'ufficio del vizio, la prescrivibilità dell'azione, la possibilità di convalida: aspetti, questi, che, per l'opinione tradizionale, distaccano nettamente l'annullabilità dalla nullità²³⁶.

In verità, la dottrina ha messo in luce il progressivo assottigliamento della differenza tra nullità e annullabilità, ridotta alla rilevabilità d'ufficio della prima (mentre l'annullabilità richiede l'iniziativa di parte) e alla natura dichiarativa della sentenza che pronuncia la nullità, (mentre la sentenza di annullamento ha natura costitutiva)²³⁷. Più radicalmente, si è contestato che la nota caratterizzante dell'annullabilità risieda nel suo proteggere interessi individuali²³⁸. Tuttavia, al criterio dell'interesse non ne sono stati contrapposti altri in grado di sistematizzare, almeno tendenzialmente, le due cause di invalidità del contratto²³⁹; inoltre, la pertinenza individuale del bene tutelato sembra effettivamente riuscire a spiegare le varie caratteristiche dell'annullabilità, prima tra tutte l'irrilevabilità d'ufficio del vizio. Si spiega,

²³¹ R. TOMMASINI, voce *Invalidità*, cit., p. 586; per F. LUCARELLI, op. cit., p. 287, le cause di annullabilità costituiscono altrettante "presunzioni di inefficacia" «desunte dall'ordinamento attraverso un nesso di probabilità tra il vizio e l'alterazione della vicenda». Il riferimento all'inefficacia si spiega perché l'Autore ritiene che il contratto annullabile sia inefficace: pp. 229 ss. Per M. PROSPERETTI, op. cit., p. 128, che arriva alla conclusione opposta, nel contratto annullabile «il confronto tra fattispecie concreta e norma è avvenuto e si è risolto positivamente al momento della formazione dell'atto medesimo»; a p. 129, l'Autore osserva che, sotto il profilo dell'interesse, la convalida è l'opposto dell'impugnazione del contratto.

²³² M. PROSPERETTI, op. cit., p. 16, p. 101: «come è la parte ad azionare lo strumento negoziale in relazione alle proprie esigenze di regolamentazione di interessi, analogamente verrebbe rimessa al soggetto privato la valutazione dell'interesse in ordine alla funzionalità del regolamento».

²³³ R. TOMMASINI, voce *Invalidità*, cit., p. 584.

²³⁴ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 399

²³⁵ M. PROSPERETTI, op. cit., p. 13.

²³⁶ Per tutti, R. TOMMASINI, voce *Invalidità*, cit., p. 585; F. GAZZONI, op. cit., pp. 1005-1006. È da tempo superata la tesi che individuava la differenza tra nullità e annullabilità nella circostanza che sarebbe stato nullo il contratto privo di un elemento essenziale e annullabile quello in cui un elemento essenziale fosse stato "difettoso": si veda R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 522 e ancora R. TOMMASINI, *ibidem*.

²³⁷ R. SACCO, *Il contratto*, T. 2, cit., pp. 527 ss., per es., in considerazione dell'esistenza di ipotesi di annullabilità assoluta. Si veda anche M. FRANZONI, op. ult. cit., pp. 14-16.

²³⁸ R. SACCO, op. ult. cit., p. 524, che porta alcuni esempi: tra gli altri, la distinzione non potrebbe spiegare la differenza tra il contratto stipulato da un cantante durante una rappresentazione (nullo) e il contratto viziato da dolo a danno di un pensionato (annullabile), o tra il contratto stipulato in stato di bisogno o pericolo (rescindibile) e il patto commissorio (nullo), o tra il contratto privo di forma *ad substantiam* (nullo) e il contratto frutto di estorsione (annullabile per minaccia). Per R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 399, nota 90, la distinzione interesse privato/pubblico è troppo vaga per svolgere un ruolo classificatorio.

²³⁹ Per A. NATUCCI, op. cit., p. 577, la differenza risiederebbe, invece, non nell'appartenenza individuale o generale dell'interesse leso, ma nel suo «grado di rilevanza per l'ordinamento».

quindi, perché questo criterio ordinatore sia tutt'ora accettato dalla dottrina²⁴⁰ e dalla giurisprudenza²⁴¹.

In questa prospettiva, la clausola di rinuncia all'azione di annullamento sembra trovare una sua collocazione, costituendo una modalità convenzionale tramite la quale il soggetto legittimato esercita il potere di scelta riservatogli dalla legge. Stipulandola, le parti dispongono “in negativo” dell'azione di annullamento, accollandosi, per esempio, il rischio di aver acquistato un bene privo di alcune qualità. In questo modo, il contratto viene messo al riparo dall'evenienza che un contraente ne domandi la caducazione, restando però intatta la possibilità di eccepirne l'annullabilità.

Questa ricostruzione si potrebbe contestare ove si ritenesse possibile affermare che l'ordinamento impone al soggetto legittimato di mantenere la possibilità di determinare la sorte del contratto, scegliendo tra tutte le varie opzioni disponibili²⁴². Tuttavia, non sembra che si possa desumere dal sistema un limite di questo tipo: per esempio, la prescrizione quinquennale dell'azione di annullamento mostra che il permanere di una libertà di scelta “totale” del legittimato non è un obiettivo perseguito dalla disciplina legislativa; nello stesso senso depone anche la possibilità di una convalida tacita, qualora si aderisca alla tesi che la qualifica come atto giuridico in senso stretto o all'indirizzo che, pur ritenendola un negozio giuridico, desume pressoché invariabilmente la volontà di convalidare dallo stesso comportamento tenuto dal legittimato²⁴³. Né va trascurato che la clausola in esame lascia impregiudicata la possibilità di eccepire l'annullabilità del contratto e, dunque, non comporta una rinuncia completa alla possibilità di lasciare inattuato il negozio.

5.2. Clausola di rinuncia all'azione di annullamento e protezione della controparte

Il paragrafo precedente si è concluso con un accenno alla grande varietà di scenari che si può aprire una volta stipulato un contratto annullabile. Proprio questa constatazione permette di introdurre il paragrafo che segue, ove si mostrerà perché la clausola di rinuncia all'azione di annullamento possa rappresentare una risposta alle preoccupazioni, da tempo

²⁴⁰ Si vedano gli autori citati *supra*, para. 5.1.a. Emblematicamente G. MARINI, op. cit., p. 329: «è questa la visione che – con qualche necessario temperamento – gode ancora della più grande considerazione».

²⁴¹ *Ex multis*, Cass. civ. SSUU 26242/2014, spec. §§3.9 ss.; Cass. civ. 26614/2018, che hanno ritenuto che anche le nullità relative, che più si distaccano dalla configurazione tradizionale della nullità, siano poste a tutela anche di interessi generali.

²⁴² Per un elenco, si veda *infra*, para. 6.2.

²⁴³ Si veda *infra*, note 267 e 268.

manifestate dalla dottrina, circa l'eccessiva libertà di scelta attribuita dalla legge al soggetto legittimato ad agire per l'annullamento²⁴⁴.

L'analisi non può che cominciare da un elenco dei numerosi scenari che si possono aprire una volta stipulato un contratto annullabile:

- a. Il soggetto legittimato resta inerte:
 - i. convenuto in giudizio anche dopo svariati anni, eccepisce l'annullabilità del contratto (art. 1442, comma 4 c.c.);
 - ii. convenuto in giudizio, non eccepisce l'annullabilità del contratto;
- b. il soggetto legittimato agisce per l'annullamento del contratto entro il termine di prescrizione quinquennale. Il quinquennio, tuttavia, potrebbe decorrere da un momento successivo alla stipulazione del contratto, protraendo così lo stato di incertezza per un tempo anche maggiore (art. 1442, comma 2, c.c.);
- c. il soggetto legittimato esegue la propria prestazione:
 - i. con l'intenzione di convalidare il contratto (art. 1444, comma 2, c.c.): il negozio si stabilizza e l'invalidità non può più essere fatta valere²⁴⁵;
 - ii. senza l'intenzione di convalidare il contratto: verrà meno la possibilità di eccepire l'annullabilità del negozio²⁴⁶; permarrà la possibilità di agire in giudizio entro il termine di prescrizione ed esperire la domanda risarcitoria *ex* art. 1338 c.c.;
- d. il soggetto legittimato convalida il contratto, anche a distanza di anni dalla sua stipulazione: viene meno la possibilità di agire per l'annullamento del contratto e di eccepire l'annullabilità.

Dunque, stipulato un contratto annullabile, si possono verificare almeno sei esiti diversi, senza trascurare che alcuni di questi si potrebbero sovrapporre: ad esempio, potrebbe accadere che il soggetto legittimato esegua la propria prestazione senza l'intenzione di convalidare il contratto e, successivamente, lo convalidi tramite convalida espressa. Questa

²⁴⁴ R. SACCO, *Il contratto*, T. 2, cit., p. 526; F. CARRESI, op. ult. cit., p. 655, parla di una «*innegabile situazione di disagio per l'altra parte*»; G. MARINI, op. cit., p. 385; R. NICOLÒ, *Il controllo sulle condizioni di validità di una dichiarazione negoziale da parte del suo destinatario*, nota a Trib. Roma, 14 aprile 1947, in *Foro. It.*, 1948, p. 562. Una preoccupazione analoga ha forse animato anche la Relazione al Codice civile, *sub* 654, dove si legge che «*l'annullabilità del contratto per vizio del consenso deve essere eccepita di buona fede*».

²⁴⁵ Salvo che non si acceda alla tesi che ritiene possibile domandare il risarcimento del danno *ex* art. 1338 c.c. anche dopo che si è convalidato il contratto: si veda *supra*, para. 4.2.a.ii.

²⁴⁶ In realtà, anche una volta eseguito il contratto, il legittimato conserva la possibilità di eccepire l'annullabilità per es., al fine di opporsi all'azione redibitoria intentata dal compratore: E. LA ROSA, op. cit., pp. 142-143. In questa misura, la situazione di incertezza derivante dal contratto annullabile permane, quindi, anche dopo che il soggetto nel cui interesse è posta la causa di annullabilità ha eseguito la sua prestazione.

varietà di scenari, poi, è destinata a protrarsi per molto tempo, considerate la lunghezza del termine di prescrizione dell'azione, la circostanza che, nei casi di cui all'art. 1442, comma 2 c.c. il *dies a quo* è rinviato rispetto alla conclusione del contratto e l'imprescrittibilità dell'eccezione di annullabilità. Non a torto, si è osservato che *«per il tempo della prescrizione o del giudizio (vari anni, in ogni caso), tutto si svolge come se [il soggetto legittimato] avesse un'opzione che gli consente la più beffarda delle speculazioni»*; dal canto suo, la controparte sarà paralizzata dal prendere iniziative riguardanti, per esempio, il bene acquistato da un soggetto minorene o caduto in errore, per il rischio di doverlo restituire a causa dell'esperimento dell'azione demolitoria²⁴⁷. In sintesi, alla stipulazione di un contratto annullabile segue una protratta situazione di grave incertezza. Non stupisce, allora, che la dottrina abbia escogitato vari sistemi per circoscrivere il pregiudizio arrecato alla controparte di chi abbia adottato una dichiarazione annullabile²⁴⁸.

Un primo tentativo risale alla fine degli anni '40 ed è consistito nell'attribuzione, al destinatario di una dichiarazione annullabile, di un potere di rifiutarla, impendendole di produrre effetti²⁴⁹. In sintesi, davanti a un negozio annullabile che produca effetti nella sfera giuridica del destinatario a prescindere dal suo consenso, questi nutrirebbe un sicuro interesse ad evitare la grave incertezza derivante dall'annullabilità²⁵⁰. La rilevanza giuridica di tale interesse sarebbe confermata da una serie di indici normativi che, impedendo a chi ha emesso la dichiarazione viziata di impugnarla, mostrano la tutela accordata dalla legge all'affidamento del suo destinatario (artt. 1428, 428, 1439 c.c.). La conclusione sarebbe anche corroborata dall'art. 1338 c.c., che prevede una tutela "per equivalente" di tale interesse. Allora, se in queste ipotesi la conservazione degli effetti negoziali è giustificata dalla buona fede del destinatario, qualora questi non possa giovare della tutela accordata all'affidamento perché

²⁴⁷ R. SACCO, *Il contratto*, T. 2, cit., p. 526, ove vengono riportati due esempi: la vendita di titoli a soggetto ingannato o caduto in errore e l'acquisto di un terreno da venditore minorene. In entrambi i casi, i legittimati all'azione potranno aspettare ad agire in giudizio per valutare l'andamento del mercato. Gli esempi sono utilizzati per mostrare la fallace del tradizionale argomento che vede la nullità come un vizio più grave dell'annullabilità. In ID., voce *Nullità e annullabilità*, cit., p. 294, l'Autore afferma che *«il contratto annullabile non genera il diritto voluto dallo stipulatore, ma fa invece nascere, a favore del promittente armato dell'azione per l'annullamento, una specie di opzione a lungo termine, che gli consente di inchiodare lo stipulante, a sua scelta, al testo contrattuale o alla sua irrilevanza»*.

²⁴⁸ L'interesse della controparte sembra meritevole di considerazione soprattutto nei casi di errore, non anche nei casi di dolo determinante e, soprattutto violenza morale, dove il vizio le è imputabile.

²⁴⁹ R. NICOLÒ, op. cit., p. 560. La massima della sentenza è la seguente: *«il terzo che, avendo concluso un contratto con persona agente in rappresentanza di un'altra, senza averne il potere, si sia avvalso della norma dell'art. 1399 cod. civ., fissando un termine al dominus negotii per la ratifica, se poi riconosce invalida (nella specie: annullabile) tale ratifica, può senz'altro respingerla come irrilevante, ed agire per far dichiarare nullo il contratto»*.

²⁵⁰ Viene fatto l'esempio della ratifica, della dichiarazione di riscatto nella vendita, della dichiarazione di esercizio del recesso, del recesso, dell'accettazione della proposta (il destinatario di una proposta viziata, invece, sarebbe già tutelato dalla facoltà di non accettarla).

ha riconosciuto il vizio, per analogia gli si dovrebbe attribuire il potere di paralizzare la dichiarazione annullabile²⁵¹. Osservata la dinamica dal punto di vista dell'art. 1338 c.c., l'adempimento dell'obbligo di comunicazione della causa di invalidità dovrebbe permettere non solo di esimere il destinatario da responsabilità, ma anche di impedire la produzione degli effetti della dichiarazione²⁵². Si configura, così, un potere di impedire che il negozio produca i suoi effetti, diverso dall'azione di annullamento, che fa venire meno effetti già prodottisi. A livello di disciplina, tale potere dovrebbe essere esercitato nel tempo strettamente necessario (arg. ex artt. 1236 e 1326, comma 3 c.c.) e risulterebbe paralizzabile dalla convalida del dichiarante, che fa venire meno l'incertezza pregiudizievole.

A questa tesi, certamente suggestiva e con il pregio di evitare incertezze e i correlati impacci alla speditezza dei traffici, si è obiettato che, in sostanza, finisce per aggirare la legittimazione relativa dell'azione di annullamento e la necessità di una sentenza costitutiva²⁵³.

Una seconda ricostruzione ha attribuito al destinatario della dichiarazione annullabile un potere di interpello della controparte. In ossequio al dovere di comportarsi secondo buona fede, il legittimato sollecitato a prendere posizione dovrebbe decidere quale atteggiamento assumere, pena una perdita dell'azione di annullamento²⁵⁴. Tuttavia, si è osservato che ciò equivarrebbe a configurare una sorta di convalida per effetto della mera inerzia, in contrasto con la disciplina della convalida espressa e quella tramite l'esecuzione della prestazione (art. 1444 c.c.)²⁵⁵. Inoltre, nemmeno è sembrato possibile attribuire rilievo al semplice silenzio, fuori dai casi previsti dalla legge²⁵⁶.

Ancora, si è proposto di qualificare come abuso del diritto il contegno del legittimato che, interpellato, resti dapprima silente, e poi decida di agire. La sanzione per questo comportamento è stata individuata nella perenzione del potere di impugnativa, sul modello

²⁵¹ Da lui non causato, né taciuto durante le negoziazioni: R. NICOLÒ, op. cit.: «dato che, secondo l'articolo 1338, esiste una particolare forma di responsabilità in contrahendo per la mancata comunicazione all'altra parte della causa d'invalidità, che si conosceva o si sarebbe potuto conoscere coll'impiego della normale diligenza, ne consegue che, se, durante le trattative o comunque prima del momento perfezionativo della dichiarazione, il destinatario aveva avuto modo di rilevare la causa d'invalidità, che avrebbe viziato la dichiarazione, e non ha adempiuto tempestivamente all'obbligo di comunicazione, derivante ex art. 1338 (non vi è dubbio che la responsabilità per risarcimento previsto da questa norma suppone la esistenza di un obbligo giuridico di comunicazione), non potrebbe pretendere successivamente di paralizzare gli effetti provvisori della dichiarazione viziata».

²⁵² L'Autore osserva che un'efficacia impeditiva è prevista, per es., dall'art. 1236 c.c. in tema di remissione del debito.

²⁵³ F. GAZZONI, op. ult. cit., p. 1006; favorevole, invece, R. TOMMASINI, *Art. 1441: legittimazione*, cit., p. 64.

²⁵⁴ G. CIAN, *Tutela della controparte di fronte all'annullamento o alla ratifica del negozio*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 538.

²⁵⁵ F. GAZZONI, op. ult. cit., p. 1006. Per la necessità di un'attività del legittimato e l'insufficienza della sua inerzia, R. TOMMASINI, voce *Sanatoria (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, Vol. XXXVI, p. 237.

²⁵⁶ R. TOMMASINI, *Art. 1441: legittimazione*, cit., p. 62.

della *Verwirkung* tedesca²⁵⁷. La tesi è parsa, tuttavia, incompatibile con i principi in materia di prescrizione²⁵⁸.

Un quarto tentativo si è concentrato sulla possibilità di qualificare come convalida tacita il comportamento del legittimato che, convenuto per l'adempimento, si difenda sollevando eccezioni contrattuali diverse dall'annullabilità (es.: l'eccezione di inadempimento, o di avvenuta risoluzione del contratto)²⁵⁹. Non sembra, però, che questa lettura tenga in dovuto conto la lettera dell'art. 1444, comma 2 c.c. che, per la convalida tacita, richiede l'esecuzione del contratto.

Similmente, tale comportamento è stato anche interpretato come una rinuncia tacita all'azione di annullamento, ricorrendo a quella giurisprudenza che ravvisa un atto abdicativo del diritto nei comportamenti incompatibili con la volontà di esercitarlo²⁶⁰. Un effetto del genere, però, presuppone pur sempre la volontà di rinunciare al diritto²⁶¹, a meno di non ricorrere al divieto di *venire contra factum proprium*, che opera a prescindere dalla possibilità di ravvisare una volontà abdicativa nel comportamento incompatibile con la conservazione dell'azione di annullamento²⁶².

²⁵⁷ G. CIAN, op. cit., pp. 565 ss. In generale, sulla *Verwirkung*, F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova, 1971 e ID., voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., Vol. VII, Torino, 1991, § 4; S. PATTI, voce *Verwirkung*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., Vol. XIX, Torino, 1999; recentemente, il dibattito è stato riaperto da Cass. civ. 16743/2021: «*in tema di locazione di immobili ad uso abitativo, integra abuso del diritto la condotta del locatore, il quale, dopo aver manifestato assoluta inerzia, per un periodo di tempo assai considerevole in relazione alla durata del contratto, rispetto alla facoltà di escutere il conduttore per ottenerne il pagamento del canone dovutogli, così ingenerando nella controparte il ragionevole ed apprezzabile affidamento nella remissione del debito "per facta concludentia", formuli un'improvvisa richiesta di integrale pagamento del corrispettivo maturato; ciò in quanto, anche nell'esecuzione di un contratto a prestazioni corrispettive e ad esecuzione continuata, trova applicazione il principio di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., quale canone generale di solidarietà integrativo della prestazione contrattualmente dovuta, che opera a prescindere da specifici vincoli contrattuali nonché dal dovere negativo di "neminem laedere" e che impegna ciascuna delle parti a preservare l'interesse dell'altra nei limiti del proprio apprezzabile sacrificio*». Si vedano G. D'AMICO, *Verwirkung ed esercizio abusivo del diritto di credito*, in *Contr.*, 2022, pp. 129 ss.; F. PIRAINO, *La protratta inerzia nell'esigere il credito tra remissione tacita, Verwirkung e divieto di abuso del diritto*, in *Eur. Dir. priv.*, 2022, pp. 204 ss.

²⁵⁸ R. TOMMASINI, op. cit., p. 63; F. GAZZONI, op. cit., p. 1006, osserva più semplicemente che la figura è «*del tutto ignorata dalla giurisprudenza*»; è favorevole, invece, R. SACCO, voce *Nullità e annullabilità*, cit., p. 309: «*l'abuso del diritto è per sua natura la valvola che consente la repressione delle scorrettezze non previste dalla legge. Le clausole di buona fede possono arrivare ovunque, imponendo l'obbligo di rispondere alle interpellanze, e legittimando l'equiparazione del silenzio alla volontà di rinunciare al contratto annullabile (non ancora eseguito) e di rinunciare all'annullamento del contratto (già eseguito)*».

²⁵⁹ F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 655.

²⁶⁰ R. TOMMASINI, op. cit., p. 63.

²⁶¹ La rinuncia è, infatti, un negozio giuridico: per tutti, C. COPPOLA, op. cit., p. 68, con ampia bibliografia.

²⁶² Paventa questa possibilità G. MARINI, op. cit., p. 385.

In sesto luogo, e infine, si è ipotizzata la risarcibilità del danno cagionato dal ritardo del legittimato nel prendere una decisione sulla sorte del contratto annullabile²⁶³; tuttavia, questa ricostruzione non preclude la caducazione dell'accordo²⁶⁴.

Allo stato attuale, queste elaborazioni non hanno avuto successo in giurisprudenza²⁶⁵. Al più, le esigenze di stabilizzare il contratto annullabile e circoscrivere il rischio di comportamenti contraddittori del legittimato hanno trovato una prima risposta nell'ampiamiento della nozione di "esecuzione", presupposto della convalida tacita²⁶⁶. Sebbene non di recente, alcune pronunce sono giunte a ritenere sufficiente l'accettazione della controprestazione da parte del legittimato²⁶⁷, l'alienazione del diritto acquistato in forza del contratto annullabile o, addirittura, il compimento di un qualsiasi atto incompatibile con la volontà di annullare²⁶⁸, così avvicinandosi alla teoria della rinuncia tacita al diritto. La portata di questo orientamento, però, è ridimensionata dalla concezione della convalida tacita come negozio, che presuppone la volontà di convalidare²⁶⁹: in questo modo, infatti, si finisce per lasciare comunque al soggetto legittimato un potere di scelta circa la sorte del contratto annullabile²⁷⁰.

La dottrina non mostra un particolare favore per le letture citate; anzi, non è mancato chi le ha ritenute radicalmente inconciliabili con la circostanza che l'unica fattispecie che

²⁶³ R. SACCO, op. ult. cit., p. 309.

²⁶⁴ R. SACCO, op. ult. cit., p. 305, seguito da G. MARINI, op. cit., pp. 349-350, individua un argine all'opportunismo del legittimato nella configurazione di un potere di annullamento ad esercizio stragiudiziale: in tal modo, verrebbe meno la possibilità che questi dichiarati di non voler eseguire il contratto, perché viziato, salvo poi cambiare idea domandando l'adempimento alla controparte.

²⁶⁵ Lo constata R. SACCO, op. ult. cit., p. 309; G. MARINI, op. cit., p. 386; R. TOMMASINI, op. cit., p. 64.

²⁶⁶ Lo segnala G. MARINI, op. cit., p. 424.

²⁶⁷ Cass. civ. 1556/1996, in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 1458; Cass. civ. 1197/1969, in *Rep. Foro it.*, 1969.

²⁶⁸ Cass. civ. 2738/1970, cit.; Cass. civ. 4441/2001, seppure al fine di negare rilievo al mero sollecito dell'esecuzione altrui.

²⁶⁹ Interpretazione diffusa in giurisprudenza, per es.: Cass. civ. 4441/2001: «l'esecuzione volontaria, che dà luogo alla convalida tacita del contratto annullabile, ai sensi dell'art 1444, comma 2, c.c., consiste in un comportamento negoziale, il quale si risolve in un'attività che, tendendo a realizzare la situazione che si sarebbe dovuta determinare per effetto del negozio annullabile, presuppone per implicito una volontà incompatibile con quella di chiedere l'annullamento. Elemento rivelatore della volontà di convalidare il contratto può essere qualsiasi comportamento attinente all'esecuzione del contratto, cioè non soltanto quello di stretto adempimento proprio del soggetto passivo di un'obbligazione nascente dal contratto stesso, ma anche quello posto in essere dalla controparte di accettazione ed adesione alla prestazione dell'obbligato»; G. MARINI, op. cit., p. 425.

²⁷⁰ Tuttavia, si dovrebbe analizzare con quale ampiezza la giurisprudenza ritenga possibile desumere la volontà dallo stesso comportamento: un'eccessiva facilità nel condurre questo procedimento deduttivo porterebbe, infatti, a un avvicinamento con la tesi che ravvisa nella convalida tacita un atto giuridico in senso stretto. A quel punto, le differenze tra le due letture si ridurrebbero alla possibilità di una *protestatio contra factum* e di impugnazione della convalida tacita per vizi della volontà, che sarebbero concepibili solo aderendo alla tesi della natura negoziale. Per la tesi della natura attuosa della convalida tacita, si veda *supra*, nota 112.

attribuisce alla controparte il potere di paralizzare l'azione di annullamento è la rettifica *ex art. 1432 c.c.*²⁷¹.

Allo stato, dunque, non sembra che l'esigenza di circoscrivere il potere della parte legittimata abbia trovato una risposta soddisfacente. Allora, la clausola di rinuncia dell'azione di annullamento può costituire uno strumento convenzionale utile a limitare la soggezione delle parti all'incertezza derivante dalla disciplina dell'annullamento del contratto, permettendo di sancire *ex ante* che l'accordo raggiunto non potrà essere posto nel nulla sperando la relativa azione. Soprattutto, la clausola potrebbe essere utile nella misura in cui impedisce al contraente legittimato di agire in giudizio per recuperare la prestazione già eseguita: in questo caso, infatti, si verifica la massima delusione della controparte, che si vede privata della prestazione già ottenuta²⁷². Si tratterebbe, peraltro, di un esito coerente con il ruolo rivestito dall'esecuzione della prestazione nella sistematica del contratto annullabile, come già si è avuto modo di segnalare²⁷³.

5.3. Clausola di rinuncia all'azione di annullamento per errore e mancanza di qualità della cosa compravenduta

Un terzo contributo all'affermazione della validità della clausola in esame viene dalla considerazione della sua coerenza con gli esiti a cui è pervenuta la dottrina circa i rapporti tra azione di annullamento per errore sulla qualità del bene compravenduto (art. 1429, comma 1, n. 2 c.c.) e azione di risoluzione per mancanza di qualità della cosa venduta (art. 1497 c.c.).

5.3.a. I rapporti tra errore sulla qualità determinante e mancanza di qualità

Il problema era già noto vigente il Codice del 1865 ed ha continuato ad essere discusso anche dopo l'emanazione dell'attuale Codice, che pur ha modificato il quadro di riferimento²⁷⁴. L'interrogativo nasce per la compresenza della fattispecie di annullamento per

²⁷¹ S. MAIORCA, sub *Art. 1441 c.c.*, in P. CENDON (diretto da), *Commentario del Codice civile*, Torino, 1991, p. 792: l'unica possibilità di definire la situazione sarebbe "provocare" il legittimato convenendolo in un giudizio per l'adempimento. Questa strategia è proposta anche da F. CARRESI, op. cit., p. 655, che fa presente anche la possibilità di offrire la prestazione dovuta *ex art. 1210 c.c.*

²⁷² Si immagini il caso di un contratto viziato da errore essenziale e riconoscibile, ma non riconosciuto: senza la clausola in esame, la parte che si è ingannata, ma non se n'è ancora accorta, potrebbe eseguire la prestazione e poi, quattro anni dopo, presa coscienza dell'errore, agire per l'annullamento del contratto. Con la clausola, invece, verrebbero meno gli scenari che sopra si sono indicati *sub b) e c.ii)*.

²⁷³ *Supra*, para. 5.2.

²⁷⁴ Riassumono il dibattito antecedente al 1942 C. ROSSELLO, *L'errore nel contratto*, in P. SCHLESINGER (fondato da) – F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, II Ed., Milano, 2019, pp. 189 ss. e R.

errore su una qualità dell'oggetto della prestazione che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso (art. 1429, comma 1, n. 2 c.c.), e della risoluzione del contratto di compravendita per mancanza di qualità promesse o essenziali della cosa venduta (art. 1497 c.c.). La dottrina si è sforzata di coordinare le due norme, in modo da comprendere se il compratore che abbia ricevuto una cosa di qualità inferiore a quella attesa possa esperire entrambe le azioni, oppure se una escluda l'altra²⁷⁵.

Un primo indirizzo, individuato come la "tesi della consegna", ha tracciato una distinzione utilizzando come criterio l'oggetto della vendita: nel caso di vendita di cosa generica, prevarrebbe la disciplina dell'inadempimento; nel caso di vendita di cosa specifica, quella dell'errore²⁷⁶. La ragione risiederebbe nel fatto che, nel caso di vendita di cose generiche, la consegna di cosa inferiore alla qualità media costituisce un inadempimento del venditore (art. 1178 c.c.); nel caso di vendita di cosa determinata, invece, si assisterebbe all'errore del compratore, che sceglie per sé una cosa individuata priva, in realtà, di certe

SACCO, *Il contratto*, T. 2, cit., p. 539; si veda poi M. FARNETI, *Quali rimedi contrattuali in caso di vendita di opere d'arte di paternità controversa*, in *NGCC*, 2011, II, pp. 485 ss., per alcune considerazioni sul mutamento nelle strategie processuali indotto dal nuovo codice, che ha previsto il requisito della riconoscibilità dell'errore (in luogo della scusabilità), e dalla giurisprudenza (con l'elaborazione della dottrina dell'*aliud pro alio*). Tra gli Autori che hanno affrontato il problema nel vigore del codice del 1865, G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di dir. civ. it.*, Torino, 1937, p. 142.

²⁷⁵ Il problema si pone solo per il compratore: per il venditore, infatti, si potrebbe ipotizzare solo il caso di vendita viziata da un errore sulle qualità c.d. "eccedenti" (es.: l'alienante vende un anello d'oro a prezzo vile, credendolo di bronzo), non anche il problema di un inadempimento, in termini di mancanza di qualità del bene, a carico dell'acquirente: C. ROSSELLO, op. cit., pp. 117, 196; D. RUBINO, *La compravendita*, in A. CICU - F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. XXIII, II Ed., Milano, 1971, p. 990; M. FARNETI, op. cit., pp. 432 ss. con riferimento alla vendita di opera d'arte di cui il venditore ignori il pregio. Per il compratore, la necessità di un coordinamento è riconosciuta da tutta la dottrina: R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 539.

L'ambito di elezione di questo problema è la compravendita di opere d'arte rivelatesi non autentiche: si vedano D. RUBINO, op. cit., pp. 906 ss., note 14 ss.; L. CASTELLI, *Opera d'arte priva di autenticità: rimedi a disposizione dell'acquirente e disciplina della prescrizione*, nota a Cass. civ. 996/2022, in *Contratti*, 2022, pp. 417 ss.; ID., *Vendita di opera contraffatta, responsabilità e prescrizione*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, pp. 1477 ss.; R. SACCO, *L'errore sulla paternità del quadro*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, II, pp. 142 ss.; E. GABRIELLI, *Vendita di opera d'arte, violazione dell'impegno traslativo e nullità del contratto per illiceità del suo oggetto*, nota a Cass. civ. 19509/2012, in *Corr. giur.*, 2013, pp. 464 ss.; R. CALVO, *I nessi tra errore sulle qualità e rimedi per vizi e difetti*, in G. DE CRISTOFARO - R. CALVO, *La vendita di opere d'arte*, in F. DELFINI - F. MORANDI (a cura di), *I contratti del turismo, dello sport e della cultura*, Torino, 2010, pp. 598 ss.; M. FARNETI, op. cit., pp. 429 ss.; C. ROSSELLO, op. cit., pp. 199 ss., ove numerosi riferimenti bibliografici; P. L. CARBONE, *La vendita di opere d'arte non autentiche*, nota a Cass. civ. 7299/1993, in *Giur. it.*, 1994, pp. 1169 ss.

²⁷⁶ F. CARNELUTTI, *Errore o inadempimento?*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, pp. 258 ss.; C. GRASSETTI, *Verità errore ed opinione circa la paternità dell'opera d'arte compravenduta*, nota a Trib. Milano, 12 giugno 1947, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, pp. 193 ss. La tesi è esposta anche da R. SACCO, *Il contratto*, T. 2, cit., p. 540. In giurisprudenza, Cass. civ. 2453/1984, in *DeJure*: «se oggetto della vendita sia stata una cosa individuata, ben determinata (nella specie: gruppo motore-cambio di autoveicolo sinistrato), e ne sia avvenuta la relativa consegna, la mancanza di qualità (nella specie: inadattabilità tecnica a veicolo di tipo diverso) non comporta consegna di aliud pro alio e quindi non dà luogo all'azione di adempimento, né all'azione di risoluzione per mancanza di qualità promesse, ma a quella di annullamento per errore, quando la falsa rappresentazione della realtà sia caduta sulla esistenza - semplicemente supposta od anche espressamente promessa - delle qualità anzidette, incidendo in modo determinante sulla prestazione del consenso».

qualità attese. Nulla si potrebbe rimproverare al venditore che avesse consegnato esattamente quel bene. Seguendo questa tesi, ciascuna azione avrebbe un suo ambito di applicazione distinto e non si verificherebbe alcun cumulo.

Tuttavia, a questa ricostruzione si è mossa un'obiezione decisiva, ossia che l'art. 1497 c.c. detta una disciplina generale, applicabile indifferentemente alla vendita di cose generiche e a quella di cose specifiche²⁷⁷.

Un secondo orientamento ha negato il concorso tra le due azioni, attribuendo natura speciale ai rimedi previsti dall'art. 1497 c.c.: la norma disciplinerebbe espressamente la mancanza di qualità per il contratto di compravendita e, quindi, dovrebbe prevalere sulla disciplina generale dell'errore²⁷⁸. Si potrebbe ritagliare uno spazio all'annullamento per errore solo immaginando casi in cui il compratore si inganni sulla presenza di una qualità che egli, singolarmente, ritiene essenziale, ma che tale non è ai sensi dell'art. 1497 c.c.²⁷⁹ o, per un'altra voce, solo quando il compratore attribuisca alla cosa qualità proprie di un altro oggetto²⁸⁰.

A questa tesi, che pure ha riscosso successo e si trova adottata anche dall'art. 3.2.4. dei Principi Unidroit²⁸¹, è stato obiettato che il rapporto di specialità presuppone l'identità delle fattispecie regolate dalla norma generale e da quella speciale, requisito qui assente²⁸².

Una terza tesi ha negato il cumulo tra l'azione di annullamento e quella di risoluzione ex art. 1497 c.c., sulla scorta della radicale differenza intercorrente tra il piano della formazione del consenso e quello dell'esecuzione del contratto²⁸³. Innanzitutto, si è precisato che una

²⁷⁷ P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, Art. 1497, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna – Roma, 1972, p. 305; C. ROSSELLO, op. cit., p. 192; G. AMORTH, *Errore e inadempimento nel contratto*, Milano, 1967, pp. 49 ss., che aggiunge che la conclusione è confortata dall'osservazione che nemmeno l'art. 1490 c.c. distingue tra cosa di genere e cosa di specie.

²⁷⁸ D. RUBINO, op. cit., p. 909; P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, pp. 182 ss. Non pare invece ascrivibile a questo filone la tesi di P. GRECO – G. COTTINO, op. cit., pp. 304 ss., in quanto ivi si afferma che l'art. 1497 c.c. «si basa sul presupposto che la prestazione da parte del venditore di una qualità differente da quella contrattata è un fatto di inadempimento contrattuale e non l'effetto di un vizio del consenso, precisamente di un errore in contrahendo. Certo può anche darsi che non si tratti di inadempimento ma di tale errore, ed in questo caso, se ed in quanto ne ricorrano le condizioni [...], si applicherà la relativa disciplina. Ma tale non è l'ipotesi dell'articolo 1497, il quale invece presuppone o che le parti siano perfettamente intese sulla qualità dell'una richiesta e dall'altra offerta o, se vi sia stato un all'intesa virgola che l'errore dell'una delle due non sia stato riconoscibile dall'altro».

²⁷⁹ D. RUBINO, op. cit., p. 909.

²⁸⁰ P. BARCELLONA, op. cit.

²⁸¹ Che recita che «una parte non può annullare il contratto per errore se le circostanze che adduce le consentono o avrebbero potuto consentirle un rimedio per l'inadempimento». A notarlo è M. FARNETI, *Quali rimedi contrattuali in caso di vendita di opera d'arte di paternità controversa*, in NGCC, 2011, II, p. 499.

²⁸² M. FRANZONI, *Vizi del consenso: l'errore rilevante*, in A. DI MAJO – G. B. FERRI – M. FRANZONI (a cura di), *Il contratto in generale*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Vol. XIII, Tomo VII, Torino, 2002, p. 262; C. ROSSELLO, op. cit., p. 192; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, pp. 412-413; R. CALVO, op. cit., p. 618.

²⁸³ C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pp. 608-609. Questa differenza non impedirebbe, invece, il cumulo tra azione di risoluzione del contratto e di annullamento per dolo: *ibidem*, p. 624, nota 96.

certa qualità del bene può risultare dovuta in virtù di una garanzia espressa, oppure perché essenziale al suo uso; ancora, la garanzia potrebbe essere implicita nelle indicazioni contenute nel contratto o derivare da dichiarazioni prenegoziali. Da ultimo, una certa qualità si potrebbe ritenere dovuta quando la cosa rivela di possederla all'esito di una valutazione diligente²⁸⁴. Ciò posto, si ritiene necessario comprendere che cosa spettasse al compratore deluso: qualora questi avesse confidato legittimamente (ossia, sulla scorta di una garanzia) che il bene possedesse una certa qualità, invece mancante, si avrà un inadempimento del venditore rilevante *ex art. 1497 c.c.*; qualora, invece, il compratore avesse atteso una qualità non garantita in alcun modo e, in effetti, insussistente, si potrà dire che egli si è ingannato e, ove tale qualità sia stata determinante del consenso, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, si aprirà la strada per l'annullamento per errore²⁸⁵. In nessun caso residuerà spazio per un cumulo di azioni.

Un quarto indirizzo ha, invece, ammesso il cumulo delle azioni, seppure in un'ipotesi ben precisa²⁸⁶. La tesi osserva che la distinzione tra il compratore che confidi a torto nella presenza di una certa qualità, che in realtà non era dovuta in alcun modo (art. 1429 c.c.), e il compratore che attenda a ragione un bene dotato di un certo pregio, in realtà mancante (art. 1497 c.c.), vale solo per le "qualità promesse" *ex art. 1497 c.c.* e non anche per quelle "essenziali all'uso". Infatti, queste «*qualità essenziali per l'uso a cui è destinata la cosa*» (art. 1497 c.c.) sarebbero anche qualità «*che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, [devono] ritenersi determinanti del consenso*» (art. 1429 c.c.)²⁸⁷: pertanto, se il compratore ignora che al bene acquistato manca una qualità essenziale all'uso, si ravvisano sia gli estremi dell'errore, che della mancanza di qualità *ex art. 1497 c.c.* In effetti, se egli ignorava la

²⁸⁴ C. M. BIANCA, op. ult. cit., p. 609, seguito da P. PORCHI, *Errore, inadempimento, vizi di diritto e contratto preliminare di vendita*, nota a Cass. civ. 21681/2014, in *Contratti*, 2015, p. 348. Su questa linea paiono anche P. GRECO – G. COTTINO, op. cit., p. 304 ss., pure avvicinati ai fautori della tesi della specialità da C. ROSSELLO, op. cit., p. 190, nota 237. Similmente, G. AMORTH, op. cit., pp. 85 ss. Sulla possibilità di una garanzia implicita, anche D. RUBINO, op. cit., p. 908.

²⁸⁵ Per C. M. BIANCA, op. cit., p. 608, è il caso di chi veda in vetrina un prodotto offerto in vendita come costituito da un certo materiale (es.: pelle sintetica), convincendosi per qualche motivo che, invece, sia fatto da un materiale più pregiato (es.: pelle naturale). Considerata la lunghezza dei relativi termini di prescrizione, questa soluzione porta al paradosso di tutelare maggiormente il compratore "sprovveduto", che non ha ottenuto garanzie sulla qualità della cosa e, quindi, è caduto in errore, che il compratore "accorto", che ha ottenuto precise garanzie sulla qualità del bene: M. FARNETI, op. cit., p. 485, con note.

²⁸⁶ V. PIETROBON, op. cit., p. 412, che sembra incontrare il favore di R. SACCO, op. ult. cit., p. 541: «*nulla prova che questa teoria meriti gravi obiezioni, almeno finché il nostro ordinamento ammetterà i cumuli con la larghezza che gli è propria*».

²⁸⁷ Mentre non sarebbe vero il contrario: ai sensi dell'art. 1429 c.c. rilevano anche qualità estranee alla nozione di "qualità" dell'art. 1497 c.c., poiché quest'ultima è limitata alle caratteristiche materiali che condizionano l'uso della cosa (es.: la precedente appartenenza della cosa a un personaggio famoso).

mancanza della qualità quando il bene è stato consegnato, evidentemente la ignorava anche quando ha concluso il contratto, potendo allora definirsi in errore. Dunque, per la tesi in esame, nel solo caso di “qualità essenziale all’uso” i due rimedi concorrono e al compratore deve essere lasciata la scelta circa quello da attivare, potendo egli anche proporre la domanda di risoluzione e, in subordine, quella di annullamento per errore²⁸⁸. Questa tesi ha avuto anche alcune applicazioni in giurisprudenza²⁸⁹.

Recentemente, la teoria del cumulo delle azioni è stata riproposta da un’altra dottrina, che ne ha esteso l’ambito di applicazione²⁹⁰. Si è già visto come la tesi precedente abbia ravvisato una sostanziale coincidenza tra le qualità essenziali all’uso (e non oggetto di promessa) e le qualità determinanti del consenso *ex art. 1429, comma 1, n. 2 c.c.* La tesi in esame condivide questa conclusione e aggiunge che, *di fatto*, il compratore che ritenga determinante una qualità “eccentrica”, ossia non tale secondo la valutazione tipica, tenderà a farsela garantire espressamente dal venditore: così, si arriverà a una «*sostanziale assimilazione fra “qualità determinanti del consenso secondo le circostanze” e “qualità promesse”*»²⁹¹. Di qui, la «*perfetta identità*» tra le fattispecie degli artt. 1429, n. 2 e 1497 c.c., anche sotto il profilo delle “qualità promesse”. La tesi afferma poi che la promessa della presenza di una certa qualità lascia astrattamente intatto l’errore caduto sulla qualità determinante, permettendo al compratore

²⁸⁸ V. PIETROBON, op. cit., p. 415. L’Autore osserva che il rigetto della prima comporterà anche quello della seconda solo qualora il giudice «*esaurisca anche l’indagine sull’esistenza di un errore essenziale sulla qualità*». Non ci sarà concorso qualora la qualità sia venuta meno tra la conclusione della compravendita e la consegna del bene: pp. 414-415. Così anche M. FRANZONI, op. ult. cit., p. 264.

²⁸⁹ Cass. civ. 5313/2003, in *DeJure*: «*in tema di contratti, le domande giudiziali di annullamento e di risoluzione possono essere proposte in via alternativa perché, sebbene entrambe aventi ad oggetto lo scioglimento di un vincolo giuridico, sono affidate ad azioni distinte e basate su presupposti diversi, tuttavia non possono essere considerate tra loro incompatibili in base al principio logico di non contraddizione. Ne consegue che la scelta tra l’azione di annullamento e quella di risoluzione di un contratto o anche del loro esercizio alternativo (leggi: cumulativo, n.d.r.) nel processo rientra nel potere discrezionale della parte*»; Cass. civ. 1151/1976, segnalata da C. ROSSELLO, op. cit., p. 198, nota 257: «*l’azione di annullamento del contratto per errore e quella di risoluzione per difetto di qualità promesse o essenziali per l’uso cui la cosa venduta è destinata sono istituti del tutto autonomi, rispetto ai quali non sussiste alcun rapporto di incompatibilità o reciproca esclusione, concernendo la prima azione il momento formativo del contratto e la validità di esso fin dal suo sorgere, mentre la seconda riguarda il profilo funzionale della causa ed attiene all’inadempimento del venditore all’obbligo di trasferire al compratore la cosa alienata con le qualità promesse ed essenziali all’uso cui è destinata; pertanto, promossa l’azione di risoluzione per mancanza di una qualità essenziale, nulla impedisce di proporre, in via subordinata, anche l’azione di annullamento per errore, sotto il profilo che la falsa rappresentazione della realtà possa essere caduta sull’esistenza, semplicemente supposta o anche espressamente promessa, delle qualità anzidette, incidendo in modo determinante sulla prestazione del consenso*»: mentre la prima parte della massima sembra seguire la tesi che assegna a ciascuna azione un ambito ben preciso, la parte finale ammette esplicitamente la possibilità di un’azione di annullamento anche ove la qualità mancante fosse stata oggetto di una garanzia. In ciò, peraltro, differenziandosi dalla tesi appena esposta, che ammette il concorso di azioni solo ove la qualità non fosse stata promessa, ma risultasse essenziale all’uso.

²⁹⁰ C. ROSSELLO, op. cit., pp. 192 ss.

²⁹¹ In ciò differenziandosi da V. PIETROBON, op. cit., p. 412, che, come visto, limita la sovrapposizione alla sola mancanza di qualità essenziali per l’uso a cui la cosa è destinata.

di scegliere se reagirvi con l'azione di annullamento o la tutela redibitoria²⁹². Davanti a questa pluralità di strategie processuali, il compratore tenderà ad invocare i rimedi per l'inadempimento, basati sulla semplice difformità tra qualità attese *ex art.* 1497 c.c. e qualità effettivamente presenti²⁹³; tuttavia, non è da escludere il ricorso all'annullamento per errore, sottoposto a un termine di prescrizione più lungo e decorrente dalla scoperta del vizio, e non dalla consegna della cosa. Inoltre, su questo quadro incide la possibilità di ricorrere all'*aliud pro alio*, tutela di elaborazione giurisprudenziale che permette di ottenere la risoluzione del contratto nell'ordinario termine di prescrizione decennale²⁹⁴.

5.3.b. La rilevanza del dibattito per la clausola di rinuncia all'azione di annullamento

L'analisi appena terminata ha mostrato come tra la garanzia per mancanza di qualità e l'errore determinante su una qualità della cosa acquistata sussistano forti interferenze, al punto che due delle teorie sopra riportate hanno ritenuto le due tutele sostanzialmente intercambiabili²⁹⁵. Per comprendere la pertinenza del dibattito rispetto alla questione della validità della clausola di rinuncia all'azione di annullamento, ci si deve soffermare sulla circostanza che la garanzia per i vizi e le mancanze di qualità della cosa compravenduta è rinunciabile tramite una clausola pattuita *ex ante*, ai sensi dell'art. 1490 c.c.

Anche questo patto ha sollevato alcuni problemi che, tuttavia, esorbitano dall'ambito della presente trattazione²⁹⁶; piuttosto, interessa notare che questa possibilità sembra deporre

²⁹² In ciò differenziandosi da C. M. BIANCA, che ritiene che la promessa di qualità renda “dovuta” la prestazione di un bene che ne sia munito e, quindi, tolga ogni spazio all'errore.

Per C. ROSSELLO, *op. cit.*, p. 196, restano rimediabili con il solo annullamento l'errore sulle qualità “eccedenti” (su cui *supra*, nota 275) e l'errore su qualità determinante del consenso che non sia stata, però, oggetto di promessa esplicita o implicita (ove, verrebbe da precisare, la qualità non sia nemmeno essenziale all'uso a cui è destinata la *res*).

²⁹³ Per l'Autore in commento, questa prevalenza dei rimedi per l'inadempimento è coerente con l'evoluzione del sistema economico e la maggiore «oggettivazione degli scambi»; viene citato al riguardo il già menzionato art. 3.2.4. dei Principi Unidroit: si vedano le pp. 194 e 195.

²⁹⁴ Su tutti questi profili, si vedano le interessanti considerazioni di C. ROSSELLO, *op. cit.*, pp. 203 ss.; L. CASTELLI, *Vendita di opera contraffatta*, *cit.*, pp. 1477 ss., ove una si trova anche una disamina del problema del *dies a quo* della prescrizione dell'azione di risoluzione per *aliud pro alio*; M. FARNETTI, *op. cit.*, pp. 485 ss. Questa differenza di regimi non potrà che favorire azioni che cerchino di “piegare” la fattispecie concreta ad esigenze processuali (es.: superare il termine di prescrizione annuale *ex art.* 1497 c.c.): lo nota E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 468; la stessa giurisprudenza sembra attenta a valorizzare esigenze di tutela sostanziale, anche dilatando la nozione di “*aliud pro alio*”: C. ROSSELLO, *op. cit.*, pp. 207-208 e M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 262. In generale, sulla figura dell'*aliud pro alio*, si vedano gli Autori citati *supra*, nota 274, cui *adde* D. RUBINO, *op. cit.*, p. 910 e P. GRECO – G. COTTINO, *op. cit.*, pp. 237 ss.

²⁹⁵ Non così, invece, la “tesi della consegna”, quella “della specialità” e quella che si potrebbe chiamare della “non interferenza”: si veda *supra*, pp. 124 ss.

²⁹⁶ Si veda, per es., P. GRECO – G. COTTINO, *op. cit.*, pp. 252 ss., per i problemi della possibilità di escludere la responsabilità per i vizi riconoscibili ma taciuti in mala fede dal venditore, della validità di una clausola che

a favore di una rinuncia *ex ante* all'azione di annullamento del contratto per errore sulla qualità del bene compravenduto.

Aderendo alla teoria che separa nettamente i due rimedi²⁹⁷, e sulla scorta di quanto si è esposto nel precedente §3, non si vede perché dovrebbe essere permessa una clausola di esclusione della garanzia per mancanza di qualità, che paralizzerebbe anche l'eccezione prevista dall'art. 1495, comma 3 c.c., e non una clausola di rinuncia alla (sola) azione di annullamento per errore determinante sulla qualità, che lascerebbe intatta l'eccezione di annullabilità *ex art.* 1462 c.c.

Seguendo, invece, l'orientamento che ammette la cumulabilità delle due azioni, le ragioni per ammettere la clausola di rinuncia all'azione di annullamento per errore sulla qualità del bene diventano ancora più consistenti: se davvero i due rimedi sono sostanzialmente interscambiabili, al punto che è possibile basare la domanda di caducazione del contratto sull'uno o sull'altro e subordinare la domanda di annullamento a quella di risoluzione, la pacifica possibilità di escludere la garanzia per mancanza di qualità fornisce un argomento a favore della rinunciabilità dell'azione per annullamento per errore su una qualità del bene determinante per il consenso²⁹⁸. Se si negasse questa possibilità, il venditore che avesse ottenuto dal compratore la rinuncia alla garanzia *ex art.* 1490, comma 2 c.c. resterebbe comunque esposto all'azione di annullamento, esperibile sulla base del medesimo fatto (la mancanza di qualità) e soggetta a un termine di prescrizione non solo più lungo rispetto alla garanzia per mancanza di qualità, ma decorrente dalla scoperta dell'errore, e non dalla consegna del bene²⁹⁹. Detto altrimenti, ammessa la cumulabilità dei rimedi dell'annullamento e della risoluzione per mancanza di qualità, ammettere la rinunciabilità dell'azione di annullamento per errore *ex art.* 1429, comma 1, n. 2 c.c. è una conclusione coerente, se non si vuole vanificare il patto di esclusione della garanzia espressamente consentito dall'art. 1490,

non solo escluda la garanzia, ma preveda la completa assenza di conseguenze per l'inadempimento del venditore, e del valore da attribuire ad alcune clausole diffuse nella prassi (ad es., la clausola "visto e piaciuto"). D. RUBINO, *op. cit.*, pp. 859 ss., esamina, tra l'altro, i rapporti con la clausola di rinuncia alla garanzia per evizione e con l'art. 1229 c.c., la possibilità di ravvisare un'esclusione tacita della garanzia (es.: acquisto di rottami); A. LUMINOSO, *La vendita*, in A. CICU – F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2014, pp. 484 ss.; B. AGOSTINIS, *La garanzia per i vizi della cosa venduta*, in P. SCHLESINGER (fondato da) - F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2012, pp. 51 ss.

²⁹⁷ Si allude alla tesi di C. M. BIANCA, su cui *supra*, p. 126. Anche le altre due ricostruzioni riportate in apertura del para. 4.3.a. negano un'interferenza tra errore e inadempimento; tuttavia, per le ragioni già esposte, si tratta di tesi non condivisibili.

²⁹⁸ Naturalmente, fermo quanto detto *supra* al para. 3.

²⁹⁹ Si confrontino gli artt. 1442 e 1495 c.c.

comma 2 c.c.³⁰⁰. Nel caso opposto, il rimedio demolitorio appena escluso (magari in cambio di una riduzione del prezzo, o di altre agevolazioni per il compratore) uscirebbe dalla porta, ma rientrerebbe facilmente dalla finestra³⁰¹.

In sostanza, tramite la clausola di rinuncia all'azione di annullamento per mancanza di una qualità, il compratore si assume il rischio di avere errato nella valutazione circa la presenza, nel bene acquistato, di qualità ritenute determinanti per la stipulazione: non diversamente da quanto avviene tramite la clausola di esclusione della garanzia *ex artt.* 1490, comma 2 e 1497 c.c. In cambio della stabilizzazione del contratto, potrà ottenere, per esempio, un prezzo più favorevole, una spedizione più veloce o tramite mezzi più sicuri, un luogo di consegna più agevole, o altri vantaggi³⁰². Assente una clausola di rinuncia dell'azione di annullamento, concordare simili concessioni scontrerebbe una certa ingenuità, perché il compratore conserverebbe pur sempre la possibilità di reagire alla mancanza di qualità annullando il contratto.

Come ultimo corollario di quanto esposto, sembra possibile affermare che, nella misura in cui si aderisca alla teoria del cumulo delle azioni³⁰³, l'esclusione convenzionale della garanzia per mancanza di qualità implica anche l'esclusione dell'azione di annullamento del contratto per errore sulla presenza di una qualità determinante del consenso, pena una frustrazione della *ratio* della clausola e salvo che risulti una contraria volontà delle parti. Prendendo ad esempio uno dei patti più diffusi nella prassi, ossia la clausola "visto e piaciuto", si può ritenere che la sua previsione impedisca al compratore non solo di risolvere il contratto adducendo un vizio o una mancanza di qualità riconoscibili³⁰⁴, ma anche di porre

³⁰⁰ Tesi che, peraltro, sembra prevalere nella giurisprudenza più recente: *supra*, nota 289.

³⁰¹ Se ci è consentito, si può dire che tale "finestra", risulterebbe anche molto ampia, considerate le agevolazioni in punto di prescrizione di cui si è dato conto.

³⁰² Almeno, rispetto alle fattispecie caducatorie imperniate sulla mancanza di qualità.

³⁰³ Quindi, limitatamente alle qualità "essenziali per l'uso a cui la cosa è destinata" per V. PIETROBON, op. cit., pp. 412 ss., anche per le qualità determinanti del consenso che siano anche state "promesse" dal venditore, per C. ROSSELLO, op. cit., pp. 192 ss.

³⁰⁴ Si tratta della clausola con la quale il compratore dichiara di aver visionato il bene e di averlo ritenuto di suo gradimento: A. M. SINISCALCHI, *Clausola «visto e piaciuto» nella vendita*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali*, Vol. 1, Torino, 2017, p. 892. Il contenuto del patto è, in realtà, discusso: D. RUBINO, op. cit., pp. 862-863, nota 180, con il sostegno di parte della dottrina, rileva che, nella pratica, la cosa non è mai visionata e, quindi, il patto si attegge a esclusione della garanzia; la giurisprudenza, seguita da altra parte della dottrina, attribuisce al patto il significato che si è dato nel testo: la clausola significa che il bene è stato esaminato ed esclude la garanzia per i soli vizi riconoscibili, non anche per quelli occulti o quelli riconoscibili, ma taciuti in mala fede dal venditore; per quelli *facilmente* riconoscibili, invece, l'esclusione discenderebbe dall'art. 1491 c.c., «del quale la clausola serve solo ad accertare l'esistenza del presupposto di fatto, cioè il già avvenuto esame della cosa». Per F. MACARIO, voce *Vendita* I, *Profili Generali*, in *Enc. Giur.*, Vol. XXXII, Roma, 1994, pp. 27-28 per l'esclusione completa della garanzia servirà un'indicazione precisa (es.: "senza garanzia"); altrimenti, allusioni al fatto che la

il medesimo difetto alla base della domanda di annullamento del contratto *ex art.* 1429, comma 1, n. 2 c.c. Peraltro, per una tesi diffusa in giurisprudenza e dottrina³⁰⁵, la clausola “visto e piaciuto” opera in relazione ai vizi riconoscibili che, come tali, sono facili da invocare nel giudizio di annullamento per errore: se il compratore, ingannandosi, ha ritenuto che la cosa possedesse una qualità che, invece, era chiaramente assente, il venditore sarà in difficoltà nel negare che l'errore fosse riconoscibile *ex art.* 1431 c.c.³⁰⁶.

6. Limiti alla rinunciabilità dell'azione di annullamento: contratti con i consumatori, dolo, violenza, incapacità, conflitto di interessi

Affermata in linea generale l'ammissibilità della clausola di rinuncia all'azione di annullamento, si rende necessario indagarne i limiti di validità. Si tratta di un profilo delicato, considerato che, altrimenti, per esempio, si rischierebbe di mantenere vincolato al contratto anche il compratore vittima di un *deceptor* così abile da averlo convinto non solo a stipulare la clausola in esame, ma anche a versare immediatamente il prezzo del bene acquistato. In prima battuta, si esaminerà per cenni il problema della validità ai sensi della normativa consumeristica. In secondo luogo, si elaboreranno alcuni limiti ulteriori di validità, avuto riguardo, soprattutto, al dolo, alla minaccia, all'incapacità naturale e legale e al conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato.

cosa è stata esaminata lasceranno intatta la responsabilità per vizi occulti. Per alcune distinzioni, a seconda della formulazione del patto, C. TERRANOVA, *La garanzia per vizi e difetti di qualità della cosa venduta*, in D. VALENTINO (a cura di), *I contratti di vendita*, T. 2, in P. RESCIGNO – E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2007, p. 1124 ss. Per T. FEBBRAJO, *La clausola “merce vista e piaciuta” nella vendita ordinaria e nei contratti con il consumatore*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, pp. 356 ss., sono idonee a escludere completamente la garanzia anche le clausole che fanno riferimento allo stato di fatto in cui la cosa si trova al momento dell'alienazione. In ogni caso, il patto riguarda sia la garanzia per vizi, che quella per mancanza di qualità, ma non *l'aliud pro alio*: D. RUBINO, *op. cit.*, p. 863, nota 180.

Un ulteriore problema sorto con riferimento alla clausola in esame verte sulla possibilità di ritenerla una “clausola di stile”: si vedano A. M. SINISCALCHI, *op. cit.*, pp. 894 ss. e L. KLESTA DOSI, *La clausola “visto e piaciuto” nella vendita di beni mobili usati*, nota a Trib. Casale Monferrato, 31 luglio 2000, in *NGCC*, 2001, I, pp. 111 ss., ove vari riferimenti. Ancora, ci si è interrogati circa i rapporti della clausola con l'art. 1229 c.c.: A. M. SINISCALCHI, *op. cit.*, pp. 899 ss.

³⁰⁵ Si veda la nota precedente.

³⁰⁶ Per esempio, Tizio, appena diciottenne, entra in un piccolo negozio di strumenti musicali, dove vede quella che ritiene essere un'originale chitarra degli anni '50, venduta a basso prezzo. Si tratta, in realtà, di una replica, come rivelano il prezzo – una frazione di quello praticato per gli strumenti *vintage* e identico a quello “di listino” per le repliche –, il numero di serie inciso dietro alla paletta, il perfetto stato di conservazione. Visibilmente entusiasta, Tizio acquista lo strumento, firmando una clausola “visto e piaciuto”. In questo caso, si può dire che il compratore ha attribuito alla *res* una qualità che, palesemente, non aveva, e che il suo errore su una qualità determinante del consenso era chiaramente riconoscibile dal venditore. Seguendo la tesi opposta a quella qui propugnata, la clausola “visto e piaciuto” precluderebbe la domanda *ex art.* 1497 c.c., trattandosi di assenza di qualità riconoscibile, ma non quella di annullamento; instaurato il giudizio, il compratore otterrebbe facilmente la caducazione del contratto, ricorrendo un errore essenziale (art. 1429, comma 1, n. 2 c.c.) e riconoscibile (art. 1431 c.c.).

6.1. Contratti con i consumatori

Già in precedenza si è puntualizzata la differenza intercorrente tra la rinuncia all'azione di annullamento e la rinuncia all'eccezione di annullabilità, al fine di replicare alla tesi che ha esteso alla prima il divieto previsto dall'art. 1462 c.c. per la seconda. Se si ritiene di condividere quanto esposto in quella sede, ne consegue che i patti di rinuncia all'azione di annullamento non ricadono nell'art. 33, lett. t) Cod. cons., che include nella c.d. "lista grigia" le limitazioni all'opponibilità di eccezioni, tacendo sulle restrizioni convenzionali alla possibilità di agire in giudizio³⁰⁷. Tuttavia, la clausola in esame potrà essere sottoposta al vaglio di vessatorietà previsto dagli artt. 33 e 34 cod. cons.: il primo come noto, definisce come "vessatoria" la clausola che determini a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto; il secondo impone di considerare, tra gli altri elementi, la natura del bene o del servizio oggetto del contratto e le circostanze esistenti al momento della sua conclusione.

Provando a ipotizzare l'atteggiamento del giudizio di vessatorietà della clausola di rinuncia all'azione di annullamento, si può immaginare un contratto avente a oggetto l'attribuzione di diritti su un bene le cui qualità siano difficili da accertare³⁰⁸: in tal caso, considerata la «*natura del bene*», una clausola che precluda al consumatore l'annullamento del contratto per errore su una qualità determinante del consenso potrebbe comportare un significativo squilibrio a suo carico. Tale clausola potrà, quindi, ritenersi vessatoria. Ancora, si può fare l'esempio di un contratto complesso, perché avente a oggetto il trasferimento della proprietà di un bene e il conferimento al venditore dell'incarico di curarne la manutenzione o svolgere altre prestazioni di *facere*³⁰⁹, che venga stipulato "porta a porta" con una persona semplice e non avvezza a contrattare, ignara della presenza di queste altre costose prestazioni. In questo caso, la clausola di rinuncia all'azione di annullamento impedirebbe l'annullamento del contratto per errore sul suo oggetto, ma la si potrà ritenere vessatoria dando rilievo alla «*natura del bene e del servizio*» e alle «*circostanze esistenti al momento della sua conclusione*». In definitiva, i criteri dettati dall'art. 34 cod. cons. per il giudizio di vessatorietà permettono di ritenere vessatoria la clausola di rinuncia all'azione di

³⁰⁷ Per la natura tassativa della previsione, si veda *supra*, para. 4.2.c.i.

³⁰⁸ Ad es.: la resistenza all'usura o a condizioni climatiche avverse, la durata della batteria di un elettrodomestico, l'insonorizzazione di un ambiente dato in locazione...

³⁰⁹ Per es., avente a oggetto l'acquisto di un sistema di allarme e l'esecuzione, da parte del venditore, di prestazioni aventi a oggetto la sua manutenzione e il collegamento con la centrale operativa della polizia.

annullamento ogni volta in cui essa sarebbe altrimenti idonea ad escludere il rimedio anche con riferimento ad errori non facilmente evitabili dal consumatore³¹⁰.

6.2. Ulteriori limiti di validità della clausola: il vizio riferito al singolo patto e l'immeritevolezza della clausola di rinuncia all'azione di annullamento del contratto per dolo, violenza, incapacità naturale o legale, per conflitto di interessi

Più in generale, ci si deve interrogare circa l'idoneità della clausola in esame ad impedire un'azione di annullamento del contratto per dolo determinante, violenza, incapacità naturale, conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato e incapacità legale.

Nelle prime tre ipotesi, sembra istintivamente pericoloso permettere ai contraenti di privarsi della tutela caducatoria, in quanto la causa di annullabilità dipende dall'attività illecita della controparte, che ha ingannato, usato violenza, stipulato in malafede con un soggetto incapace di intendere e di volere. Nel caso del conflitto di interessi, la clausola vincolerebbe il rappresentato a un contratto stipulato da un procuratore che ha agito per la soddisfazione di un interesse incompatibile a quello del *dominus* (o, magari, perché colluso con il terzo). Nel caso dell'incapacità legale, si aggiunge la considerazione che l'interesse di chi contrae con persona in stato di incapacità legale non sembra meritare alcuna tutela, poiché tale condizione risulta dai pubblici registri *ex art. 423 c.c.* Tuttavia, se, da una parte, l'esigenza di protezione sembra difficile da contestare, dall'altra, è necessario individuare un preciso strumento giuridico a cui affidare il controllo di validità della clausola, poiché non è sufficiente un generico richiamo all'ingiustizia degli esiti ai quali si giungerebbe ove si ritenesse valida, per esempio, la clausola di rinuncia all'azione di annullamento per incapacità naturale *ex art. 428, comma 2, c.c.*

6.2.a. Vizi inerenti alla clausola in sé considerata: errore, dolo, conflitto di interessi

Esaurita questa premessa, va subito precisato che, in generale, la clausola è certamente annullabile ove un vizio la riguardi specificamente, nella sua individualità. Anche considerato quanto si è già esposto circa la possibilità di concepire una causa di annullabilità che colpisca una parte soltanto del contratto e, conseguentemente, ne comporti l'annullamento solo

³¹⁰ Per F. PADOVINI, *Clausole limitative*, cit., pp. 199-200, la clausola potrebbe «*rappresentare strumento forte di dipendenza economica in un rapporto ad esecuzione protratta nel tempo*»: di qui, la sua possibile abusività anche in contratti tra imprenditori.

parziale³¹¹, la clausola in esame sarà annullabile ove, per esempio, un contraente sia caduto in errore circa la sua portata, o sia stato indotto a stipularla dal raggirò della controparte o, ancora, sia stato incapace di intendere e volere al momento della sottoscrizione di quello specifico patto. Lo stesso avverrà anche qualora a sottoscrivere il patto sia stato il rappresentante in conflitto di interessi, a ciò determinato proprio per avvantaggiare il terzo³¹². Soffermandoci in particolare sull'errore, si potrebbe immaginare che una parte decida di sottoscrivere la clausola solo perché convinta della sua non vincolatività e del suo valore come mero *gentlemen's agreement*, ossia quale impegno d'onore a non impugnare il contratto concluso: scoperta l'efficacia del patto anche sul piano giuridico, potrebbe agire per l'annullamento *ex art. 1429, n. 1, c.c.* per errore sulla natura della clausola, ritenuta non vincolante³¹³. Ancora, si può ipotizzare che una parte stipuli una clausola di unico rimedio ritenendo che essa precluda solo, per esempio, l'azione di risoluzione o l'eccezione di inadempimento e non, anche, l'azione di annullamento del contratto³¹⁴: presa coscienza del reale ambito di applicazione del patto, essa potrebbe annullarlo per errore sul suo oggetto *ex art. 1429, n. 1, c.c.* Gli stessi esempi potrebbero valere immaginando il caso in cui la falsa rappresentazione sia stata indotta dal raggirò della controparte³¹⁵.

Da ultimo, un'ipotesi di patologia idonea a colpire la sola pattuizione in esame si potrebbe rinvenire nella sua abusività *ex artt. 33 e 34 cod. cons.*

³¹¹ *Supra*, para. 4.1.c.

³¹² Anche se è difficile immaginare un caso in cui il contraente fosse capace al momento della stipulazione del contratto e incapace in un momento successivo, in cui sia stato concluso un patto aggiunto al negozio contenente la clausola di rinuncia all'azione di annullamento: per un esempio analogo, si veda A. NATUCCI, *op. cit.*, p. 587. In effetti, per l'incapacità e la violenza, sembra più frequente il caso di stipulazione *uno actu* da parte dell'incapace o della vittima di violenza: dove, quindi, l'intero contratto, clausola di unico rimedio compresa, è viziato da incapacità o violenza. Per il conflitto di interessi, si potrebbe ipotizzare un caso in cui il contratto è stipulato da una parte (in errore) che, successivamente, incarica un rappresentante di apportare alcune modifiche in punto di garanzie e rimedi esperibili. In questa sede, il rappresentante, in conflitto di interessi, sottoscrive anche una clausola di rinuncia dell'azione di annullamento.

³¹³ Una vicenda analoga è stata prospettata per argomentare l'annullabilità dell'atto di disposizione effettuato nell'erronea convinzione di essere a ciò tenuti da un patto successorio dispositivo obbligatorio, in realtà nullo; in tale sede si è fatto riferimento all'errore di diritto *ex art. 1429, n. 4, c.c.* Nel caso della clausola di rinuncia all'azione di annullamento, però, la dinamica sarebbe opposta: il soggetto riterrebbe di non essere vincolato, essendo in realtà vincolato. Sull'atto esecutivo di patto dispositivo obbligatorio, si veda G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, IV Ed. a cura di A. FERRUCCI – C. FERRENINO, Tomo I, Giuffrè Editore, Milano, 2015, pp. 44 ss.

³¹⁴ Come si ricorderà, spesso le clausole di unico rimedio hanno formulazioni generiche, che potrebbero lasciare margini di incertezza circa la loro portata. Un'eccessiva vaghezza potrebbe porre problemi di nullità per indeterminazione dell'oggetto *ex art. 1346 c.c.*: si veda *supra*, para. 4.3.

³¹⁵ Peraltro, per l'orientamento prevalente e più condivisibile, per addivenire all'annullamento del contratto, non è necessario che l'inganno provochi un errore che sia anche "essenziale" *ex art. 1429 c.c.*: per tutti, C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 620, nota 80; E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, cit., p. 273; in giurisprudenza: Cass. civ. 4065/2014 e 975/1995, in *DeJure*. Infatti, altro è l'essenzialità dell'errore, altro la natura determinante del dolo. *Contra* Cass. civ. 12892/2015, Cass. civ. 12424/2006, entrambe in *DeJure*.

In tutti questi casi, il vizio lamentato inficerebbe solo la clausola di rinuncia all'azione di annullamento e questa sarebbe la sola a cadere, verificandosi un fenomeno di annullabilità parziale³¹⁶; annullata o dichiarata nulla la clausola, tornerebbe possibile esperire l'azione di annullamento.

6.2.b. Immeritevolezza della clausola di rinuncia all'azione di annullamento per dolo, violenza, incapacità naturale e legale, conflitto di interessi

Lasciate in disparte le ipotesi nelle quali la clausola sia affetta da un vizio “comune” e, quindi, sia essa stessa nulla o annullabile, ci si deve chiedere se esistano limiti che impediscano alle parti di rinunciare all'annullamento del contratto per dolo, violenza, incapacità naturale o legale, conflitto di interessi.

In questi scenari, il patto in esame tutelerebbe il *deceptor*, il contraente che ha usato violenza per spingere a concludere il contratto, che ha stipulato in mala fede con l'incapace naturale o con un rappresentante che versava in un conflitto di interessi riconosciuto o riconoscibile (o, addirittura, con un procuratore colluso con il terzo). Lo stesso sarebbe a dirsi per la parte che avesse stipulato l'accordo ignorando lo stato di incapacità legale della controparte – magari, considerandosi esentato dalla consultazione dei registri appositi proprio per effetto del patto in esame. Correlativamente, il soggetto vittima di dolo, violenza, la parte in stato di incapacità o il rappresentato si ritroverebbero privati dell'azione di annullamento, pur conservando la possibilità di eccepire il vizio ove convenuto per l'esecuzione del contratto. Tuttavia, la situazione muterebbe radicalmente ove la controparte fosse riuscita ad ottenere la prestazione, per esempio perché l'adempimento è avvenuto a distanza di poco tempo dalla stipulazione o contemporaneamente ad essa, o perché l'inganno era talmente ben congegnato da lasciare ignaro il *deceptus* e convincerlo senz'altro ad adempiere: in tali casi, la vittima non disporrebbe dell'azione di annullamento per effetto della clausola e perderebbe la possibilità di eccepire l'annullabilità del contratto a causa dell'avvenuta esecuzione, rimanendo vincolata al contratto annullabile.

Al riguardo, sembra possibile invocare il limite della meritevolezza previsto per i contratti atipici dall'art. 1322, comma 2 c.c., che dispone che *«le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli*

³¹⁶ Salva sempre la necessità di svolgere il giudizio di essenzialità previsto dall'art. 1419 c.c., che la maggioranza degli interpreti ritiene applicabile, direttamente o analogicamente, anche a questa materia: si veda *supra*, para. 4.1.c.

di tutela secondo l'ordinamento giuridico». La sanzione comminata al contratto immeritevole è la nullità³¹⁷. Nel contesto di questo lavoro non è possibile andare oltre un'esposizione essenziale del dibattito che ha riguardato questa clausola generale; pertanto, esaurita la ricognizione degli snodi cruciali della discussione sul parametro di meritevolezza, ci si soffermerà sui soli profili funzionali all'elaborazione di un limite di validità al patto di rinuncia all'azione di annullamento.

Come noto, l'art. 1322, comma 2 c.c. è comparso nell'ordinamento giusprivatistico solo con il codice civile del 1942 e deve la sua elaborazione ad Emilio Betti³¹⁸. Il controllo di meritevolezza consiste(va) in una verifica dell'utilità sociale del contratto, applicabile per i soli contratti atipici³¹⁹. Questo vaglio era ritenuto superfluo per i contratti tipici, dove la corrispondenza alle «finalità dell'ordinamento giuridico» è già stata riconosciuta dalla legge, che ha disciplinato quel tipo³²⁰. Esempi di contratti immeritevoli vennero rinvenuti nell'accordo che impegni ad astenersi da un'attività produttiva o a gestire in maniera antieconomica un bene, solo per soddisfare il capriccio della controparte. In questo modo, l'autonomia privata incontra non solo limiti negativi, ma anche un limite positivo³²¹.

La prima dottrina formatasi nel periodo Repubblicano criticò aspramente la norma, accusandola di mettere il contratto alla mercé della discrezionalità del giudice³²², o affermandone l'inutilità: infatti, non esisterebbero contratti immeritevoli che non siano già illeciti³²³. Gli interpreti si trovarono concordi nel ritenere equivalenti il giudizio di meritevolezza e quello di liceità della causa *ex art. 1343 c.c.*³²⁴.

Dagli anni '60 si rinnovò l'interesse per le clausole generali, tra cui quella in commento, e si assistette alla nascita di numerosissime interpretazioni³²⁵: per esempio, l'immeritevolezza

³¹⁷ Per le conseguenze dell'immeritevolezza della clausola *claims made*, secondo la giurisprudenza che la riteneva atipica, si veda *infra*, nota 333.

³¹⁸ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, I Ed., Torino, 1943, pp. 43 ss. per la causa intesa “in astratto” e pp. 119 ss. per la meritevolezza, come nota G. LENER, *La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 619, nota 12. E. BETTI, in realtà, aveva proposto di applicare il vaglio di meritevolezza anche ai contratti tipici: si veda A. GUARNERI, voce *Meritevolezza dell'interesse (primo aggiornamento)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Agg. XI, Torino, 2018, p. 344.

³¹⁹ A. GUARNERI, *op. cit.*, p. 343, ove ulteriori riferimenti, e si veda la riflessione di R. SACCO, *Il contratto*, T. 1, cit., p. 852 sul riferimento della norma ai soli contratti atipici.

³²⁰ I corsivi sono tratti dalla *Relazione al Re-Imperatore del Ministro Guardasigilli al Libro del Codice Civile «Delle obbligazioni»*, Torino, 1941, n. 8, VI-VII.

³²¹ A. GUARNERI, *op. cit.*, p. 343.

³²² G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961 (rist.), p. 29, nota 1.

³²³ G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, T. 1, Milano, 1954, p. 220.

³²⁴ Si veda l'efficace sintesi di A. GUARNERI, *op. cit.*, p. 344.

³²⁵ Sulle quali, puntualmente, A. GUARNERI, *op. cit.*, pp. 344 ss.

venne ravvisata ora in contratti contrastanti con lo sviluppo della persona umana³²⁶, ora in accordi squilibrati a favore di una parte³²⁷; non mancarono nemmeno riferimenti ai parametri costituzionali, quale l'art. 41, comma 2 Cost.³²⁸.

Questa nuova serie di proposte interpretative suscitò critiche analoghe a quelle già mosse all'interpretazione "originaria" dell'art. 1322, comma 2 c.c.: in particolare, si rimarcarono l'inaccettabile ampiezza del potere di controllo così attribuito al giudice³²⁹ e la sovrapposizione del concetto di meritevolezza a quello di liceità ai sensi dell'art. 1343 c.c.³³⁰. Su questa scia si pose la giurisprudenza, che risolse il vaglio del primo parametro citato in quello del secondo³³¹.

Tuttavia, recentemente, gli interpreti hanno rinnovato il loro interesse per l'art. 1322, comma 2 c.c., complici alcune pronunce giurisprudenziali in materia di clausole assicurative *claims made*³³². La Suprema Corte ha affermato esplicitamente una differenza tra il vaglio di meritevolezza e quello di liceità, poiché «secondo la Relazione al Codice civile, la meritevolezza è un giudizio [...] e deve investire non il contratto in sé, ma il risultato con esso perseguito [...] Tale risultato dovrà dirsi immeritevole quando sia contrario alla coscienza civile, all'economia, al buon costume od all'ordine pubblico»³³³. Per precisare i casi in cui si verifica questo contrasto, le sentenze citate hanno

³²⁶ A. LENER, *Ecologia, persone, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1974, pp. 339 ss.

³²⁷ U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, pp. 487 ss.

³²⁸ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 413.

³²⁹ G. B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, pp. 324-325.

³³⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 402 ss., che conclude per l'inutilità della norma; R. SACCO, *Il contratto*, T. 1, cit., p. 852, che identifica l'unica possibile funzione dell'art. 1322, comma 2 c.c. nella repressione di contratti atipici stipulati in frode a divieti applicabili, di per sé, solo a contratti tipici; A. GUARNERI, op. cit., p. 353, che propone di usare il rasoio di Occam: «per il quale "entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem o pluralitas non est ponenda sine necessitate o frustra fit per plura quod fieri potest per pauciora". In conseguenza si conclude per una lettura abrogativa della regola in questione o, a tutto concedere, per una lettura ispirata a grande cautela». Contra P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III Ed., Napoli, 2006, pp. 346 ss. spec. 354, che intende la meritevolezza come controllo positivo di conformità del contratto ai valori dell'ordinamento, da svolgersi secondo proporzionalità, ragionevolezza, adeguatezza agli interessi in gioco. Recentemente, si vedano anche G. B. FERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, pp. 331 ss.; M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, pp. 789 ss.; G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contr. Impr.*, 2004, pp. 545 ss.

³³¹ Cass. civ. 2288/2004; Cass. civ. 3142/1980, in *Rep. Foro It.*, 1980; Cass. civ. 325/1970, in *Giur. It.*, 1970, I, 1, p. 264. Come già menzionato para., 3.4., nella valutazione di meritevolezza di contratti atipici "alieni" incide anche l'opportunità di non isolare il nostro ordinamento dal commercio internazionale.

³³² A. GUARNERI, op. cit., pp. 352-353 annovera anche l'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. nel 2005 tra i fattori che hanno comportato un ritorno alla ribalta dell'art. 1322, comma 2 c.c.

³³³ Cass. civ. 10506/2017, §§ 3.2. ss.; Cass. civ. 10509/2017, §§ 2.4. ss. L'elaborazione è ritenuta un «bel passo in avanti» da S. MONTICELLI, *Il giudizio d'immeritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola*, in *Danno resp.*, 2017, p. 454, specie rispetto all'argomentazione apodittica delle Sezioni Unite del 2016. Le sentenze affermano poi che «Affinché dunque un patto atipico possa dirsi 'immeritevole', ai sensi dell'art. 1322 c.c., non è necessario che contrasti con norme positive: in tale ipotesi sarebbe infatti di per sé nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c.». S.

richiamato alcuni precedenti, da cui sono state ricavate tre ipotesi di immeritevolezza³³⁴: l'attribuzione «*ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra*»³³⁵, la collocazione di «*una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra*»³³⁶; la costrizione di «*una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti*»³³⁷. Così, si è concluso che la clausola *claims made* c.d. “impura” inserita nei contratti di assicurazione è un patto atipico immeritevole di tutela perché comporta un «*ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore e pone l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione*»³³⁸. Recentemente, anche le Sezioni Unite hanno seguito questa

MONTICELLI, op. cit., pp. 455 ss., nota opportunamente che è vero che il vaglio di meritevolezza è diverso da quello di liceità; tuttavia, è falso che ogni contrasto con norme *positive* comporti nullità, poiché questa conseguenza deriva solo dal conflitto con norme inderogabili. Il contrasto con norme derogabili, invece, può essere un indice di immeritevolezza.

In precedenza, Cass. civ. 22891/2015, in NGCC, 2015, I, pp. 361 ss., con nota di M. FERMEGLIA, *Quando la clausola claims made è vessatoria? Finalmente una risposta della Cassazione*, aveva ritenuto atipico l'intero contratto di assicurazione. È noto come le successive Cass. civ. SSUU 22437/2018 abbiano riconosciuto natura tipica al contratto di assicurazione con clausola *claims made*. Tuttavia, in questa sede interessa non tanto l'esito della vicenda specifica, quanto la ricostruzione del giudizio di meritevolezza operata dalle sentenze del 2017. Sul problema specifico, si vedano gli Autori citati *supra*, Cap. I, note 156 e 160.

³³⁴ Si segnala critica di F. GAZZONI, *Introduzione alla ristampa integrata di Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, Frosinone, 2017 pp. XVII ss., che critica le sentenze gemelle del 2017 in quanto trasformerebbero la meritevolezza in una «*sorta di giudizio universale*», che assorbirebbe in chiave causale «*qualsivoglia altro criterio che conduca al giudizio di disfavore per il contratto o per una sua clausola, quale è quello dell'arbitrarietà o della irragionevolezza o della assenza di solidarietà o della scorrettezza*». Per U. CARNEVALI, *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, in *Contr.* 2017, p. 389, l'elencazione dei tre parametri per il giudizio di meritevolezza non sarebbe tassativa, perché «*funzionali alla valutazione della specifica categoria di clausole in relazione alle quali si è pronunciata la Corte*».

³³⁵ Cass. civ. 22950/2015; Cass. civ. 19559/2015.

³³⁶ Cass. civ. SSUU 4222/2017, in *Foro it.*, 2017, pp. 2007 ss., con nota di A. M. GAROFALO, *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, pp. 2017 ss.; Cass. civ. 3080/2013, in *Foro it.*, 2014, annotata da S. TONETTI, *Intesa anticoncorrenziale e giudizio di meritevolezza*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 1301 ss.; Cass. civ. 12454/2009; Cass. civ. 1898/2000; Cass. civ. 9975/1995, con nota di G. COTTINO, *Anche la giurisprudenza canonizzata i sindacati di voto?*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, pp. 164 ss., che, rispettivamente, hanno ritenuto immeritevoli: la clausola, inserita in una concessione di derivazione di acque pubbliche, che imponeva al concessionario il pagamento del canone anche nel caso di mancata fruizione della derivazione per fatto imputabile alla p.a. concedente, per contrarietà al principio di cui all'art. 41 Cost., comma 2; il contratto atipico stipulato tra farmacisti che impegnava le parti a non aprire al pubblico il proprio esercizio commerciale nel giorno di sabato, in quanto contrastante con l'effettiva realizzazione di un assetto concorrenziale del mercato; la clausola, inserita in un mutuo di scopo per l'acquisto di un bene materiale, che obbligava il mutuante al pagamento delle rate persino nel caso di mancata consegna del bene da parte del venditore; il contratto fiduciario in virtù del quale ad una banca, presso cui il cliente aveva depositato somme di denaro su un libretto di risparmio ed aperto un conto corrente, di compensare l'attivo del primo con il passivo del secondo; il patto parasociale in virtù del quale i soci firmatari si obbligavano, in occasione delle deliberazioni assembleari di nomina degli amministratori e dei sindaci, a votare in conformità alle indicazioni formulate da uno di essi.

³³⁷ Cass. civ. 14343/2009.

³³⁸ Cass. civ. 10506/2017, §§ 3.4.1. ss., che ritiene anche che la clausola possa «*costringere l'assicurato a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti*»; Cass. civ. 10509/2017. Nella prima sentenza citata, quanto alla sottoposizione dell'assicurato in una posizione di soggezione, si afferma che la clausola «*fa dipendere la prestazione dell'assicuratore della responsabilità civile non solo da un evento futuro ed incerto ascrivibile a colpa dell'assicurato, ma altresì da un ulteriore evento futuro ed incerto dipendente dalla volontà del terzo danneggiato: la richiesta di risarcimento. L'avveramento di tale condizione, tuttavia, esula del tutto dalla sfera di dominio, dalla volontà e*

particolare articolazione del vaglio di meritevolezza³³⁹. Da queste sentenze si possono ricavare alcuni spunti utili per un'indagine circa i limiti di validità della clausola di rinuncia all'azione di annullamento³⁴⁰.

Anzitutto, risulta confermata la possibilità di svolgere un vaglio *ex art.* 1322, comma 2 c.c. sulla singola clausola atipica³⁴¹.

In secondo luogo, si deve approfondire il parametro di meritevolezza consistente nella «condizione di indeterminata e non controllabile soggezione» in cui la clausola atipica colloca un contraente rispetto all'altro. Se, infatti, la pattuizione che attribuisca «a una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra» è viziata da assenza di causa, più che da immeritevolezza³⁴², il secondo parametro citato pare avere un autonomo ambito di applicazione. In effetti, l'ipotesi ivi contemplata non riguarda un caso di contrasto con norme

dall'organizzazione dell'assicurato, che non ha su essa alcun potere di controllo. Ciò determina conseguenze paradossali, che l'ordinamento non può, ai sensi dell'art. 1322 c.c., avallare. La prima è che la clausola in esame fa sorgere nell'assicurato l'interesse a ricevere prontamente la richiesta di risarcimento, in aperto contrasto col principio secolare (desumibile dall'art. 1904 c.c.) secondo cui il rischio assicurato deve essere un evento futuro, incerto e non voluto. La seconda conseguenza paradossale è che la clausola claim's made con esclusione delle richieste postume pone l'assicurato nella seguente aporia: sapendo di avere causato un danno, se tace e aspetta che sia il danneggiato a chiedergli il risarcimento, perde la copertura; se sollecita il danneggiato a chiedergli il risarcimento, viola l'obbligo di salvataggio di cui all'art. 1915 c.c.».

Si sono conformate a questa lettura Corte d'appello Roma, 7 novembre 2017, n. 7009, che tuttavia è stata cassata da Cass. civ. 29365/2019, sulla base della natura tipica riconosciuta al contratto di assicurazione *claims made* da Cass. civ. SSUU 22437/2018, sulla quale *supra*, Cap. I, note 156 e 160; Trib. Napoli, 22 luglio 2019, n. 7357; Trib. Lecce, 20 maggio 2019, n. 1696; Trib. Napoli, 17 gennaio 2018, n. 524, che tuttavia ha ritenuto meritevole la clausola sottoposta al suo vaglio; Trib. Benevento, 11 dicembre 2017, n. 2221; Trib. Napoli, 4 maggio 2017, n. 5156, tutte consultabili in *DeJure*, Trib. Udine, 3 maggio 2017, consultabile in *Leggi d'Italia*. Le sentenze citate applicano per lo più meccanicamente i principi delle sentenze gemelle del 2017: emblematica Trib. Udine, 3 maggio 2017, che afferma che «le clausole assicurative *claims made c.d. impure* sono presuntivamente nulle in quanto clausole atipiche e non meritevole di tutela, fino a prova contraria». Trib. Napoli, 17 gennaio 2018, n. 524, invece, valorizza la circostanza che «la riduzione del periodo di efficacia della copertura assicurativa risulta ampiamente bilanciata dalla previsione di retroattività biennale della copertura assicurativa».

³³⁹ Cass. civ. SSUU 5657/2023, in materia di meritevolezza della clausola atipica “rischio cambio” in un contratto di *leasing* avente a oggetto un immobile.

³⁴⁰ In questa sede non si intende prendere posizione in alcun modo sulla correttezza del ragionamento seguito dalla Suprema Corte per negare la meritevolezza delle clausole *claims made impure*. Piuttosto, si vuole verificare se uno degli “indici” di immeritevolezza elaborati possa essere proficuamente impiegato per elaborare un limite di validità delle clausole di rinuncia all'azione di annullamento. Per una critica alle sentenze “gemelle” del 2017, si veda, per es., N. DE LUCA, *Richieste postume e immeritevolezza delle claims made. Nomofilachia o disorientamento?*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, pp. 687 ss. e M. CAMPOBASSO, *Evoluzioni e rivoluzioni*, cit., pp. 143 ss. Si vedano poi gli Autori citati *supra*, Cap. I, note 156 e 160, cui *adde* A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Claims made, “code lunghe” e ostracismi giudiziari*, in *Danno e resp.*, 2017, pp. 445 ss., che notano (p. 451) che, semmai, la clausola porrebbe l'assicurato in soggezione rispetto *al terzo* e non all'assicuratore: fermo che questo è comunque sufficiente a integrare un «*innegabile ulteriore profilo di immeritevolezza*» (p. 459), la constatazione varrebbe a privare di forza persuasiva le conseguenze paradossali elencate dalla sentenza (p. 451).

³⁴¹ Cass. civ. SSUU 9140/2016, cit., §17 afferma che «è approdo pacifico della teoria generale del contratto la possibilità di estendere il sindacato al singolo patto atipico, inserito in un contratto tipico»; similmente anche Cass. civ. 10506/2017. In dottrina segue questo approccio, per es., F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., pp. 253 ss., per le clausole “di minimo garantito”.

³⁴² A. GUARNERI, op. cit., p. 351: «la nullità per asserita immeritevolezza dell'interesse è, invece, da ricondursi alla mancanza di causa e di necessaria corrispettività tra premio pagato dall'assicurato e copertura completa del rischio da parte dell'assicuratore».

imperative, l'ordine pubblico o il buon costume, né una fattispecie di assenza di causa. Non un conflitto con norme imperative, dato che non si rinvengono disposizioni dell'ordinamento con quel contenuto. L'ordine pubblico economico, invece, non rileva, anche considerate le difficoltà nel precisare la relativa nozione³⁴³, e lo stesso vale per il buon costume³⁴⁴. Da ultimo, la soggezione di una parte all'altra non sembra portare nemmeno a un caso di assenza di causa o di causa illecita, considerato che è tale la causa contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

La clausola di rinuncia all'azione di annullamento per dolo, violenza e incapacità naturale si può ritenere immeritevole di tutela in quanto pone il *deceptus*, la vittima di violenza o l'incapace in una «condizione di indeterminata e non controllabile soggezione»³⁴⁵.

6.2.b.i. Dolo, violenza, incapacità naturale e legale: immeritevolezza della clausola

Nei casi di dolo e violenza, stipulata la clausola di rinuncia all'azione di annullamento, l'autore dell'inganno o della minaccia potrebbe concludere un contratto profondamente diverso da quello voluto dall'altra parte; ove quest'ultima lo eseguisse – per esempio, perché il raggiro era stato talmente ben congegnato da non farle sospettare alcunché – la prestazione resterebbe definitivamente acquisita nel patrimonio del *deceptor*. La clausola in esame priva le parti dello strumento previsto dall'ordinamento per rimediare a contratti non voluti e stipulati sotto l'influenza della condotta altrui, le espone al rischio dell'inganno e della violenza e, così, le colloca in una condizione di soggezione incompatibile con il giudizio di meritevolezza *ex art. 1322, comma 2 c.c.* Quanto all'incapacità naturale, l'art. 428, comma 2 c.c. subordina l'annullamento del contratto alla mala fede della controparte: quindi, anche in questo caso la rinuncia alla relativa azione sottoporrebbe un contraente al rischio di stipulare un accordo non voluto a causa dell'abuso che la controparte abbia fatto del suo stato di incapacità.

³⁴³ Ne dà conto A. GUARNERI, voce *Ordine pubblico*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, 1995, pp. 160 ss., dopo averne riportato la definizione quale «nozione-sintesi di norme e principi contenuti nella legislazione speciale in tema di prezzzi, trasporti, lavoro, assicurazioni, locazioni, programmazione economica, politica monetaria». SI veda poi G. B. FERRI, voce *Ordine pubblico (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXX, Milano, 1980, spec. pp. 1051 ss. Recentemente, si segnala il saggio di M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, in *Eur. Dir. priv.*, 2020, pp. 925 ss., spec. 941 ss.

³⁴⁴ A. TRABUCCHI, voce *Buon costume*, in *Enc. dir.*, Vol. V, Milano, 1959, p. 705: «il più gran numero di atti considerati contrari al buon costume sarà sempre collegato alla violazione degli obblighi di decenza, di libertà sessuale di osservanza e rispetto del vincolo coniugale; ma non c'è ragione per restringere a quel campo il rispetto dovuto alla essenziale moralità, che si oppone parimenti agli atti di costrizione, di corruzione, di sfruttamento, ecc.»; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXIV Ed., Milano, 2020, p. 631, più recentemente, definisce il buon costume in riferimento al pudore sessuale, alla decenza e, in generale, alla morale sociale, citando anche Cass. civ. 9441/2010.

³⁴⁵ Anche se sono più difficili da immaginare casi in cui l'incapacità naturale e la violenza non affliggano anche la clausola di rinuncia all'azione di annullamento, come visto *supra*, para. 4.1.c.

L'effetto di assoggettamento che rende il patto immeritevole appare ancora più evidente e intollerabile se si considera che la stipulazione di un contratto nei casi di dolo, violenza e incapacità naturale integra tendenzialmente altrettante fattispecie criminose, quali la truffa (art. 640 c.p.)³⁴⁶, l'estorsione (art. 629 c.p.)³⁴⁷ e la circonvenzione di incapace (art. 643 c.p.)³⁴⁸. Infatti, in tali casi la clausola di rinuncia all'azione di annullamento priverebbe la persona offesa del rimedio azionabile per fare venir meno le conseguenze civilistiche del reato.

Quanto all'incapacità legale, la clausola di rinuncia all'azione di annullamento va ritenuta immeritevole in quanto l'art. 1425 c.c. non tiene in nessuna considerazione l'affidamento della controparte e, quindi, testimonia l'assoluta irrilevanza dei suoi interessi. Il patto in esame rappresenterebbe una maniera surrettizia per esentare la controparte dell'incapace dalla consultazione degli appositi registri; inoltre, qualora la controparte fosse in malafede, lascerebbe l'incapace privo di tutele di fronte a un contratto non voluto stipulato per effetto dell'approfittamento altrui – e ferma la configurabilità del reato di cui all'art. 643 cp.

³⁴⁶ Almeno per i casi di raggio commissivo, perché la rilevanza dei comportamenti omissivi è dubbia sia a livello civilistico (v. di *supra*, nota 46) che penalistico: per una tesi, i reati a forma vincolata – quale è la truffa – non possono essere commessi tramite comportamenti omissivi rilevanti ex art. 40 cp. In generale sugli effetti civilistici della truffa, si vedano M. MANTOVANI, *Dolo, truffa, annullabilità del contratto*, in *NGCC*, 1987, I, pp. 271 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, T. 1, cit., pp. 421 ss.; in giurisprudenza, recentemente, Cass. civ. 20801/2018; Cass. civ. 18930/2016; Cass. civ. 13566/2008: «il contratto stipulato a seguito di truffa non è nullo ex art. 1418 c.c., ma annullabile ex art. 1439 c.c., dal momento che il dolo costitutivo del delitto di truffa non è ontologicamente diverso da quello che vizia il consenso negoziale».

³⁴⁷ In dottrina, V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, cit., p. 92; P. GALLO, *I rimedi, la fiducia, l'apparenza*, cit., p. 193. In giurisprudenza, Cass. civ., 17523/2011; Cass. civ. 25222/2010; Cass. civ. 12484/2007; Cass. civ. SSUU 4844/1994. Per un orientamento più recente, il contratto concluso a causa di estorsione è nullo e non già solo annullabile: questo sulla base della natura plurioffensiva del delitto di estorsione, che tutela anche la libertà personale e non solo il patrimonio: Cass. civ. 17568/2022, in *Giur. it.*, 2022, pp. 1783 ss., con nota di A. GENOVESE, *Contratto concluso in violazione di una norma penale: quale vizio?*; Cass. civ. 6271/2022; Cass. civ. 1221/2022; Cass. civ. 17959/2020, con nota di G. DE CRISTOFARO, *Nullità del contratto ex art. 1418 c.c. e "reati in contratto": l'evoluzione della più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Studium Iuris*, 2021, pp. 1030 ss. tutte consultabili in *DeJure*. Per un approfondito inquadramento del dibattito, che interseca il problema della definizione di "norma imperativa", si vedano A. SPATUZZI, *Norma imperativa e sua violazione. Interferenze ed effetti civili dell'infrazione della norma penale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1014, ove un ricco apparato bibliografico, G. D'AMICO, voce *Nullità non testuale*, in *Enc. dir. Annali*, Vol. IV, 2011, pp. 808 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, spec. pp. 142 ss.

³⁴⁸ G. VILLA, op. ult. cit., pp. 144 ss.; R. MOSCHELLA, *La rilevanza civile della circonvenzione di incapaci*, in *Foro It.*, 1980, I, pp. 2862 ss.; E. RAGANELLI, *Circonvenzione di incapace e nullità o annullabilità del contratto*, in *Giust. civ.*, 1980, I, pp. 947 ss. Mentre per l'estorsione è sufficiente che la persona offesa «*versi in una situazione soggettiva di fragilità psichica derivante dall'età, dall'insorgenza o dall'aggravamento di una patologia neurologica o psichiatrica anche connessa a tali fattori o dovuta ad anomale dinamiche relazionali che consenta all'altrui opera di suggestione ed induzione di privare il personale potere di autodeterminazione, di critica e di giudizio*», l'incapacità naturale ex art. 428 c.c. «*richiede che le facoltà intellettive e volitive del soggetto siano diminuite in modo tale da impedire od ostacolare una seria valutazione dell'atto e la formazione di una volontà cosciente*»: Cass. civ. 10329/2016. Tuttavia, per la giurisprudenza il contratto stipulato dalla vittima del delitto di cui all'art. 643 cp è nullo, osservando che la fattispecie criminosa tutela la libertà di autodeterminazione dell'incapace: tra le ultime, Cass. civ. 7081/2017, in *Contr.*, 2017, pp. 655 ss., con nota di G. PETTI; Cass. civ. 7785/2016, in *Giur. it.*, 2017, pp. 39 ss., con nota di A. MENDOLA, *Circonvenzione di incapaci e violazione di norme imperative*, ivi, pp. 43 ss., e I. RIVA, *Sulla sorte del contratto concluso per effetto di circonvenzione d'incapace*, ivi, pp. 50 ss.; Cass. civ. 1427/2004. Critica questo orientamento C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 574.

6.2.b.ii. Valutazione differenziata per il conflitto di interessi

Per il conflitto di interessi si devono compiere considerazioni più articolate.

Come visto, l'art. 1395 c.c. permette al rappresentato di autorizzare «*specificatamente*» il rappresentante a concludere il contratto in conflitto di interessi. Di questa possibilità si deve tenere conto nell'analizzare la meritevolezza della clausola di rinuncia all'azione di annullamento per conflitto di interessi³⁴⁹. Al riguardo, si possono ipotizzare i seguenti scenari.

In primo luogo, potrebbe accadere che il contratto rappresentativo includa una clausola *generica* di rinuncia all'azione di annullamento. Ove ritenuto valido, questo patto priverebbe il rappresentato della possibilità di impugnare il contratto concluso in conflitto di interessi, a prescindere dalle caratteristiche dell'interesse incompatibile con il suo.

Una clausola di questo tipo potrebbe sembrare valida anche se generica: infatti, il requisito di specificità dell'autorizzazione *ex art.* 1395 c.c. potrebbe essere richiesto perché l'autorizzazione stabilizza completamente il contratto rappresentativo, un effetto ben più ampio di quello che consegue alla clausola di rinuncia. I minori effetti della clausola di rinuncia ne giustificerebbero la validità a prescindere dal rispetto del requisito di specificità richiesto per l'autorizzazione, che dovrebbe ritenersi inapplicabile.

Tuttavia, una clausola del genere lascerebbe il rappresentato in balia del rappresentante, che potrebbe aver concluso un contratto anche gravemente lesivo dei suoi interessi. Il massimo livello di pregiudizio si potrebbe verificare nel caso, estremo, di collusione, ossia l'intesa segreta e fraudolenta stretta da rappresentante e terzo a danno del rappresentato³⁵⁰. Pertanto, la clausola generica di rinuncia all'azione di annullamento per conflitto di interessi è immeritevole *ex art.* 1322, comma 2, c.c., poiché pone il rappresentato in una «*condizione di indeterminata e non prevedibile soggezione*» rispetto all'interesse incompatibile presente in capo al rappresentante, o, nel caso di collusione, rispetto all'accordo fraudolento tra questi e il terzo.

La conclusione non cambia anche ipotizzando che il rappresentato conferisca al rappresentante il potere di includere la clausola nel contratto: questa circostanza, infatti, non muta lo stato di soggezione in cui il *dominus* finirebbe per trovarsi. Peraltro, ove il procuratore l'avesse sottoscritta eccedendo il limite dei suoi poteri, al profilo dell'immeritevolezza si

³⁴⁹ Come visto *supra*, para. 4.2.b., l'autorizzazione e la clausola di rinuncia all'azione di annullamento sono figure nettamente diverse.

³⁵⁰ G. STELLA, *op. cit.*, pp. 886 ss.

aggiungerebbe quello dell'inefficacia³⁵¹. Ove poi la clausola fosse stata stipulata per avvantaggiare il terzo o, peggio, per eseguire l'accordo collusivo, a questi aspetti si sommerebbe la sua annullabilità per conflitto di interessi. Il rappresentato potrebbe scegliere se agire per l'accertamento della nullità *ex art.* 1322, comma 2, c.c., per l'annullamento *ex art.* 1394 e 1395 c.c. o per la declaratoria di inefficacia *ex art.* 1398 c.c.³⁵².

Ci si deve ora interrogare sulla sorte della clausola di rinuncia all'azione di annullamento per conflitto di interessi che sia formulata con *specifico* riferimento a un certo conflitto. Al riguardo, si deve distinguere a seconda che la stipulazione fosse stata consentita dal rappresentato, oppure sia stata frutto dell'iniziativa del rappresentante.

Partendo dalla prima sotto-ipotesi, il *dominus* potrebbe aver attribuito al procuratore anche il potere di sottoscrivere la clausola in esame. Trattandosi di un patto che elimina un'azione esperibile proprio per rimediare a una condizione del rappresentante, si deve ritenere che la procura debba essere inequivoca nel conferire anche tale potere. Lo scopo di una clausola del genere sarebbe rendere più appetibile il contratto per il terzo, sottraendolo al rischio di venire convenuto per il suo annullamento. A queste condizioni, ci sembra che il patto sia valido *ex art.* 1322, comma 2, c.c.: la possibilità di adottare un'autorizzazione specifica *ex art.* 1395 c.c. costituisce un indice affidabile della meritevolezza della clausola – altrettanto specifica - di rinuncia all'azione di annullamento per conflitto di interessi. Inoltre, se al rappresentante è permesso autorizzare il procuratore a concludere un contratto in conflitto di interessi – così precludendo ogni rimedio per tale conflitto -, sembra logico permettergli di conferire il potere a stipulare una clausola, parimenti specifica, con effetti molto più ridotti. Lo stesso dovrebbe dirsi qualora la clausola fosse uno dei termini del contratto predeterminati dal rappresentato.

La conclusione cambierebbe qualora il procuratore avesse stipulato la clausola eccedendo i poteri conferitigli. In questo caso, il patto sarebbe certamente inefficace *ex art.* 1398 c.c. e il rappresentante potrebbe agire per la dichiarazione dell'inefficacia e l'annullamento del contratto ai sensi degli artt. 1394 e 1395 c.c. Inoltre, ove la clausola fosse stata inserita per

³⁵¹ Come noto, il superamento da parte del rappresentante dei limiti del suo potere comporta l'inefficacia del contratto rappresentativo o della clausola sottoscritta. Questa opinione è pressoché unanime nella dottrina recente: V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 281-284; C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pp. 94 ss.; G. STELLA, op. cit., pp. 935 ss., spec. 943 ss.; G. VISINTINI, op. cit., pp. 314 ss.; V. DE LORENZI, op. cit., pp. 469 ss. Per un caso riguardante una clausola (nella specie, di deroga alla competenza territoriale), si veda Cass. civ. 2313/1995, in *Mass. Foro it.*, 1995.

³⁵² Ferma la rilevanza d'ufficio dell'immeritevolezza del patto *ex art.* 1421 c.c. Sul rilievo d'ufficio della nullità, si veda la sintesi operata *infra*, Cap. III, para. 3.1.c.

avvantaggiare il terzo contraente, essa stessa sarebbe viziata da conflitto di interessi: in tal caso, il rappresentato potrebbe scegliere se agire per l'accertamento della sua inefficacia o per l'annullamento del patto.

6.2.b.iii. *Meritevolezza della clausola di rinuncia all'azione di annullamento per errore*

Per la clausola di rinuncia all'azione di annullamento per errore non ricorre nessun indice di immeritevolezza e, al contrario, si possono individuare diversi elementi che devono condurre alla conclusione opposta.

Dal primo punto di vista, la sua previsione non comporta alcun assoggettamento di un contraente all'altro, poiché l'errore sorge a prescindere da una condotta della controparte. Al più, si potrebbe discutere della validità della clausola di rinuncia all'azione di annullamento per errore *ricosciuto*, in considerazione del fatto che, in tal caso, alla controparte è imputabile l'omesso avvertimento dell'errante. Tuttavia, nemmeno in questo caso ricorre la «*condizione di indeterminata e non prevedibile soggezione*» da cui dipende il giudizio di immeritevolezza. In secondo luogo, per l'errore non ricorre l'indice di immeritevolezza consistente nella qualificazione come delittuosa della condotta della controparte³⁵³.

Passando all'esame degli indici che depongono a favore della meritevolezza del patto, anzitutto non vanno trascurati i significativi argomenti sistematici già messi in luce per sostenere la validità della clausola di rinuncia all'azione di annullamento per errore: la sua coerenza con l'esigenza di limitare la facoltà di scelta del legittimato all'azione di annullamento e con la possibilità di escludere convenzionalmente la garanzia per vizi della cosa compravenduta³⁵⁴.

In secondo luogo, è significativo il fatto che vari progetti di normative uniformi permettono espressamente la possibilità di rinunciare ai rimedi esperibili in caso di errore:

³⁵³ Va ricordato, per la sua collocazione in uno degli studi più approfonditi sulla clausola in esame, un ulteriore argomento speso da F. PADOVINI, op. cit., p. 198 per sostenere la validità della clausola di rinuncia all'azione di annullamento per errore: «*non vi sono [...] ragioni capaci di ostacolare l'esercizio dell'autonomia, una volta che sia riconosciuto alla parte di un contratto la facoltà di attribuire al negozio natura aleatoria*». Tuttavia, l'osservazione non persuade del tutto: i contratti aleatori sono tali se l'*an* o il *quantum* di una prestazione dipendono da un evento *futuro e incerto*, mentre il contratto che include una clausola di rinuncia all'azione di annullamento per errore ha sì un elemento di incertezza, ma derivante dall'errore in cui il contraente versava al momento della trattativa, e non da un evento futuro e incerto. Sulla nozione di contratto aleatorio, si veda *infra*, Cap. III, nota 267.

³⁵⁴ *Supra*, para. 5.

così all'art. 4.118 dei PECL elaborati dalla Commissione Lando³⁵⁵, il § 7:215 dei DCFR³⁵⁶ e l'art. 56 della proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita (CESL)³⁵⁷.

In definitiva, il giudizio di meritevolezza *ex art.* 1322, comma 2 c.c., svolto con riferimento a clausole atipiche e declinato nel senso esposto, permette di ritenere nulla la clausola di rinuncia all'azione di annullamento per dolo determinante, violenza e incapacità naturale e legale. Quanto al conflitto di interessi, essa è valida solo se formulata con riferimento a un conflitto di interessi specificatamente individuato. Alla nullità del patto seguirà il giudizio *ex art.* 1419 c.c.³⁵⁸. La clausola è senz'altro valida con riferimento all'errore: le parti potranno rinunciare all'azione di annullamento per questo vizio della volontà, così stabilizzando il contratto in risposta all'esigenza di non rimettere in discussione l'assetto negoziale raggiunto una volta intervenuta l'esecuzione.

³⁵⁵ Art. 4.118 PECL, Esclusione o limitazione dei rimedi: «*le tutele concernenti l'errore e le informazioni inesatte possono essere escluse o limitate salvo che l'esclusione o la limitazione sia in contrasto con la buona fede e la correttezza*». Nel commento di accompagnamento all'edizione italiana a cura di C. CASTRONOVO, Milano, 2001, pp. 316 ss., l'Autore osserva come questa soluzione sia pacifica in Francia e Germania. Lo nota F. PADOVINI, op. cit., p. 200-201.

³⁵⁶ § 7:215, Exclusion or restriction of remedies: «(1) *Remedies for fraud, coercion, threats and unfair exploitation cannot be excluded or restricted* (2) *Remedies for mistake may be excluded or restricted unless the exclusion or restriction is contrary to good faith and fair dealing*». Lo nota sempre F. PADOVINI, op. cit., p. 200-201.

³⁵⁷ Art. 56 CESL, Esclusione o limitazione dei rimedi: «(1) *I rimedi previsti in caso di dolo, minacce e iniquo sfruttamento non possono essere esclusi né limitati direttamente o indirettamente.* (2) *Nei rapporti tra professionista e consumatore le parti non possono, a danno del consumatore, escludere né limitare, direttamente o indirettamente, i rimedi previsti in caso di errore*».

³⁵⁸ Sul quale si veda *infra*, Cap. III, para. 3.1.b. U. CARNEVALI, op. ult. cit., pp. 389 ss., critica le pronunce che hanno modificato le clausole *claims made* nulle senza limitarsi all'applicazione dell'art. 1419 c.c.

CAPITOLO III

I PATTI SULLA NULLITÀ PARZIALE DEL CONTRATTO

SOMMARIO: **1.** Introduzione: la pluralità di modelli negoziali — 1.1. Clausole di salvezza e clausole di essenzialità — 1.2. Clausole che ricollegano effetti ulteriori alla nullità parziale — 1.3. Clausole “*omnibus*” e clausole specifiche — **2.** Funzione dei patti sulla nullità parziale: i contratti internazionali e il rischio della nullità di singole clausole — **3.** Nullità e autonomia: validità ed efficacia delle clausole di salvezza e dei patti di essenzialità — 3.1. L’art. 1419, comma 1 c.c. — 3.1.a. La causa di nullità — 3.1.b. Il giudizio di estensione della nullità: tesi soggettive e oggettive — 3.1.c. Il riparto dell’onere probatorio — 3.2. L’art. 1419, comma 2 c.c.: cenni — 3.3. Validità ed efficacia dei patti sulla nullità parziale con riferimento al comma 1 dell’art. 1419 c.c. — 3.3.a. Tesi che ritengono validi i patti sulla nullità parziale — 3.3.b. Tesi che ritengono invalidi, ma comunque rilevanti, i patti sulla nullità parziale — 3.3.c. La tesi preferibile: nullità della clausola per contrasto con l’art. 1419, comma 1 c.c... — 3.3.d. ...e sua rilevanza probatoria — 3.4. Validità ed efficacia dei patti sulla nullità parziale con riferimento al comma 2 dell’art. 1419 c.c. — **4.** Patti sulla nullità parziale dotati di meccanismi di sostituzione della clausola nulla — 4.1. Generalità — 4.2. Obbligo di rinegoziare la clausola nulla — 4.2.a. Validità dell’obbligo di rinegoziazione — 4.2.b. Obbligo di rinegoziare la clausola nulla e art. 1419 c.c. — 4.2.c. Contenuto dell’obbligo di rinegoziazione e conseguenze del suo inadempimento — 4.2.d. Vicende processuali: l’eccezione di mancata rinegoziazione; la rinegoziazione sopravvenuta — 4.3. Patti “di riserva” — **5.** Clausole “*omnibus*”, clausole di stile — **6.** Contratti stipulati da consumatori — **7.** Interferenze — 7.1. Interferenze tra i patti sulla nullità parziale e la disciplina legale delle patologie contrattuali — 7.2. Interferenze tra i patti sulla nullità parziale e altre clausole sulla patologia contrattuale — **8.** Conclusione. Deroghe alla disciplina della nullità?

1. Introduzione; pluralità di modelli negoziali

La seconda clausola su cui ci si sofferma è il patto con cui le parti intendono predeterminare l’esito di un eventuale giudizio di nullità parziale, esprimendo la volontà di circoscrivere la causa di nullità alla sola parte del contratto interessata o, al contrario, di estenderla a tutto l’accordo. Ove clausole di questo tipo siano inserite in un contratto regolato dalla legge italiana, sorge anzitutto il problema dei loro rapporti con l’art. 1419 c.c. che, rubricato “nullità parziale”, prevede che *«la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell’intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità (comma 1). La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative*

(comma 2)». Il profilo è già stato affrontato dagli studi che si sono occupati di queste clausole, ma sembra meritare un'ulteriore riflessione¹. Successivamente, si affronteranno i diversi problemi che si pongono con riferimento a queste pattuizioni, cercando di proporre una soluzione. Ci si soffermerà soprattutto sugli aspetti non trattati dalla dottrina, tra i quali si segnala il problema delle interferenze tra i patti sulla nullità parziale e la disciplina legale o convenzionale di altre patologie contrattuali.

Oltre a questi interrogativi generali se ne pongono numerosi altri che, tuttavia, riguardano solo alcune delle forme che i patti in esame possono assumere. Il primo aspetto di cui dare conto, allora, è la grande varietà di modelli negoziali rinvenibili nella prassi, che rende necessaria un'opera di catalogazione.

1.1. Clausole di salvezza e clausole di essenzialità

La prima distinzione da menzionare intercorre tra i patti con i quali, in vario modo, si prevede che la nullità di una clausola non comporti la nullità della restante parte del contratto e quelli che, al contrario, dispongono che la nullità di una clausola pregiudichi gli altri termini dell'accordo. Come si vedrà meglio nel prosieguo, questa è la distinzione principale perché, in un ordinamento dove vige il canone ermeneutico dell'art. 1367 c.c. e la norma sulla nullità parziale prevede una presunzione di inessenzialità, una clausola che operi nel senso di travolgere l'intero contratto suscita riflessioni diverse da quelle da svolgere con riferimento a un patto coerente con il principio di conservazione. Ancora, la distinzione rileverà quando si valuterà la possibilità di qualificare come "clausole di stile" i patti "*omnibus*", ossia riferiti indistintamente a tutte le pattuizioni dell'accordo².

All'interno di questa *summa divisio*, si deve distinguere ulteriormente tra patti che si limitano a fare presente l'"essenzialità" o "inessenzialità/marginalità" di una o più clausole del contratto e patti che, invece, dispongono che la nullità di una o più di esse comporterà o non comporterà la nullità di tutto il resto dell'accordo³.

¹ Si veda *infra*, para. 3.

² Si veda *infra*, para 5.

³ Per esempio, la licenza *software* di iOS prevede, al punto 12, questa clausola: «questa Licenza sarà regolata e interpretata in conformità con la legislazione dello Stato della California, a esclusione dei conflitti legislativi. Questa Licenza non sarà regolata dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di merci, la cui applicazione viene esclusa espressamente. Se siete dei consumatori residenti nel Regno Unito, la presente Licenza sarà regolata dalle leggi del Vostro paese di residenza. Se per qualsiasi ragione un tribunale competente dovesse ritenere inapplicabile una o più clausole o parti di clausole di questa Licenza, le altre clausole o parti di clausole rimarranno valide e applicabili». Come chiaro, la regolazione

Ferma la grande varietà dei termini adoperati dalla dottrina, che impone una certa attenzione nell'approcciarsi ai contributi materia, le prime clausole si potrebbero denominare “patti di (in)essenzialità”, mentre le seconde “patti di (in)scindibilità”, o di “(non) estensione della nullità”, o, per le sole clausole che impediscono alla nullità di una parte del contratto di ripercuotersi sul resto del negozio, clausole “di salvezza”. Tuttavia, non sembra che la differenza terminologica comporti una diversità di disciplina, poiché, in entrambi i casi, la clausola intende influenzare il giudizio di nullità parziale: nella prima formulazione, affermando che una certa clausola è (o non è) essenziale, ponendo le basi per circoscriverne o estenderne la nullità; nel secondo caso, predeterminando le conseguenze della patologia, superando qualsiasi valutazione dell'interprete. Una ricostruzione fondata esclusivamente sul dato terminologico trascurerebbe che, in entrambi i casi, i contraenti intendono vincolare il giudizio di estensione della nullità e rischierebbe di favorire facili elusioni, poiché basterebbe variare la formulazione per sfuggire ai limiti di validità di cui si dirà. Pertanto, nel presente lavoro, le clausole che operano in senso conservativo si chiameranno preferibilmente clausole di “inessenzialità”, o di “marginalità”, o di “scindibilità”, o “di salvezza” o, ancora “di non estensione della nullità”, o “di *severability*”, termine che si spiega alla luce della dottrina anglosassone della *severance* del contratto⁴; le clausole che operano in senso inverso, invece, si chiameranno clausole di “essenzialità” o “inscindibilità”, o “di estensione della nullità” o “di *inseverability*”, senza distinguere a seconda del modo in cui le parti cercano di ottenere l'obiettivo prescelto.

1.2. Clausole che ricollegano effetti ulteriori alla nullità parziale

della nullità parziale è concepita come strettamente correlata al problema della legge applicabile al contratto. Similmente anche al punto 11 della licenza iTunes per computer Windows.

Un altro esempio: *«if any provision of these Terms is held invalid or unenforceable by an arbitrator or a court of competent jurisdiction, that provision will be enforced to the maximum extent permissible and the other provisions of these Terms will remain in full force and effect»*, tratta dalle condizioni generali di contratto di un noto programma di editing fotografico.

L. DI MATTEO, *International Contracting: Law and Practice*, V Ed., L'Aia, 2021, p. 260, riporta una clausola che recita *«each clause, paragraph and subparagraph of this Contract is severable, and if one or more of them are declared invalid, the remaining provisions of this Contract will remain in full force and effect»*.

Una clausola particolarmente semplice è segnalata da M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, cit., p. 83: *«la nullità di singole clausole non si estende alle altre»*.

⁴ Sulla quale si veda F. ZICCARDI, “Severance” e nullità parziale del contratto, op. cit., pp. 1142 ss., spec. 1144 ss.: *«gli inglesi, ed in parte anche gli americani, denominano la nullità parziale severance, facendosi ovviamente riferimento con tale termine, con una non inconsueta accentuazione del profilo di prassi giudiziale dell'istituto, al momento del «taglio» delle parti nulle rispetto a quelle valide, logicamente successivo rispetto all'accertamento della nullità di alcune parti o clausole del contratto; per altri riferimenti, si veda infra, p. 175.*

All'interno delle clausole di *severability*, si segnalano alcuni patti che non si limitano a circoscrivere la nullità alla singola pattuizione coinvolta, ma le ricollegano conseguenze ulteriori.

In primo luogo, si rinvencono clausole che impongono ai contraenti di negoziare in buona fede per sostituire la clausola invalida con un'altra il più aderente possibile a quella caducata, eventualmente curandosi anche di esplicitare le conseguenze del fallimento della trattativa⁵. In questi casi si è di fronte a una clausola di *severability* assistita da un obbligo di rinegoziazione, che pone problemi ulteriori rispetto a quelli derivanti dal semplice patto di scindibilità⁶.

In secondo luogo, si ritrovano clausole con le quali le parti non solo stabiliscono che la nullità di una pattuizione non travolga il resto del contratto, ma prevedono che, al suo verificarsi, la clausola nulla sia sostituita da un'altra appositamente redatta, oppure dispongono che altre pattuizioni dell'accordo siano modificate retroattivamente, in modo da riequilibrare il venir meno di una di esse. Anche questi patti pongono problemi legati al meccanismo di sostituzione e alla pattuizione che ne risulta.

Da ultimo, nella prassi si rinvencono clausole che attribuiscono solo a un contraente il diritto di domandare l'accertamento della nullità totale del contratto o di invocare la nullità parziale, eventualmente all'esito di un tentativo infruttuoso di negoziazione.

1.3. Clausole “*omnibus*” e clausole specifiche

⁵ Ad es., «*if any of the provisions of this Agreement is or becomes invalid, illegal or unenforceable under the laws of any jurisdiction, the validity, legality or enforceability of the remaining provisions shall not in any way be affected or impaired. The Parties shall nevertheless negotiate in good faith in order to agree the terms of mutually satisfactory provisions, achieving as closely as possible the same commercial effect, to be substituted for the provisions so found to be void or unenforceable*». La clausola è riportata come esempio paradigmatico da E. LUCCHINI GUASTALLA, op. cit., p. 738 che, a sua volta, la trae da A. BUSANI, *Introduzione ai contratti commerciali internazionali B2B e alle joint ventures*, Padova, 2012, p. 286.

G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement*, cit., p. 285, riporta questa clausola: «*if any of the provisions of this Agreement is or becomes invalid, illegal or unenforceable under the laws of any jurisdiction, the validity, legality or enforceability of the remaining provisions shall not in any way be affected or impaired. The parties shall nevertheless negotiate in good faith in order to agree the terms of mutual satisfactory provisions, achieving as closely as possible the same commercial effect, to be substituted for the provisions so be void or unenforceable*».

In L. DI MATTEO, op. cit., p. 16 si legge la seguente clausola: «*if any one or more of the provisions contained in this Agreement or in any other document delivered pursuant hereto shall, for any reason, be held to be invalid, illegal or unenforceable in any other respect, the parties shall amend that provision or those provisions in such reasonable manner as achieves their intention (without invalidity, illegality or unenforceability), or at the discretion of Party A that provision or those provisions may be severed from this Agreements*».

Come si vede, il concreto contenuto dell'obbligo di rinegoziazione varia da clausola a clausola: su questi profili, si veda meglio *infra*, para. 4.2.

⁶ *Infra*, para. 4.2.

Con riferimento all'ambito di applicazione, vanno distinte le clausole che contemplano la nullità di una specifica pattuizione dell'accordo da quelle che si riferiscono indistintamente a tutti i patti ivi inclusi. Le clausole del secondo tipo sono molto più diffuse nella prassi e pongono, come si intuisce, un interrogativo circa la possibilità di ritenerle "clausola di stile" e, pertanto, nulle. Seguendo la terminologia già utilizzata da una dottrina, tali patti si indicheranno con la dicitura di clausole (di scindibilità o inscindibilità) *omnibus*⁷.

2. Funzione dei patti sulla nullità parziale: i contratti internazionali e il rischio della nullità di singole clausole

Anche l'analisi dei problemi suscitati da queste clausole può trarre giovamento da una breve esposizione delle ragioni che spingono i contraenti ad adottarle. Pertanto, come si è fatto per la clausola di rinuncia all'azione di annullamento, alla disamina dei vari interrogativi sollevate dai patti sulla nullità parziale pare opportuno anteporre una riflessione sulla loro funzione.

Mentre il patto di rinuncia all'azione di annullamento è diffuso in contratti *tailor made* che regolano operazioni economiche di grande importanza, dove viene inserito per rispondere all'esigenza di stabilità del vincolo negoziale⁸, le clausole alle quali è dedicato questo capitolo si rinvencono più spesso in contratti internazionali "di massa", destinati a istituire rapporti in serie con un insieme indefinito a priori di controparti⁹.

In questo contesto, spesso, la conclusione del contratto avviene aderendo alle condizioni predisposte da uno dei contraenti, che ritiene opportuno inserire clausole di *severability* e *inseverability* per gestire il rischio che alcune pattuizioni siano dichiarate nulle. Questa necessità si comprende se si considera da un lato, la propensione all'uniformità dei modelli contrattuali mostrata dalle imprese multinazionali¹⁰ e, dall'altro, che tali contratti potrebbero essere

⁷ E. CARBONE, *Clausola di salvezza e patto di essenzialità. Note a margine dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1223.

⁸ Si veda *supra*, Cap. I, para. 3.2.c. In questo contesto, lo stile redazionale "completo" serve a proteggere il contratto dalle ingerenze della legge applicabile, specie per quanto riguarda i rimedi, e a garantire la stabilità del vincolo negoziale.

⁹ Per un'analisi delle peculiarità di questi rapporti, si veda *supra*, Cap. I, para. 3.2.a.

¹⁰ Per maggiori dettagli, si veda sempre *supra*, Cap. I, para. 3.2.c. Come si ricorderà, in questi accordi la completezza del regolamento contrattuale è funzionale all'uniformità che, a sua volta, è funzionale all'efficienza della contrattazione di massa. Si vedano anche le interessanti considerazioni di R. K. LIVELY, *Microsoft Windows Vista: the beginning or the end of end-user license agreements as we know them?* in *St. Mary's Law Journal*, Vol. 39, fasc. 2, 2007, pp. 339-370, che confronta le condizioni generali di contratto di Windows Vista, ove mancava una *severability clause*, e quelle di Windows XP, che invece la includevano. Per un altro contributo americano incentrato sull'analisi di modelli concreti, U. BENOLIEL, *Contract Interpretation Revisited: The Case of Severability*

sottoscritti da controparti collocate ovunque nel mondo e, quindi, venire a contatto con leggi le più disparate¹¹. Si pensi, per esempio, a un contratto di licenza *software* stipulabile *on-line*, accedendo al sito *web* della licenziante: in un'ipotesi del genere, l'accordo potrebbe essere concluso da chiunque, consumatore, professionista, residente in un Paese ove vigono normative ispirate a tradizioni giuridiche anche molto distanti da quelle tenute in considerazione da chi ha redatto il modello negoziale¹². La natura internazionale dell'accordo moltiplica il rischio che sue pattuizioni si trovino in contrasto con la normativa applicabile¹³: vuoi perché il contratto non includeva una clausola di scelta della legge applicabile ed è risultato regolato da una legge che prevede alcune cause di nullità, vuoi per la presenza di norme di applicazione necessaria che prevedano la nullità di certe clausole, espressamente oppure in combinazione con disposizioni simili all'art. 1418 c.c.¹⁴. Pertanto, a meno di non voler predisporre un modello per ogni sistema giuridico di appartenenza delle potenziali controparti – rinunciando, quindi, all'uniformità delle condizioni contrattuali – il modo più efficiente per gestire il rischio della nullità di singole clausole è inserire patti sulla nullità parziale.

Queste clausole potrebbero trovare uno spazio anche in contratti *tailor-made*. Il patto di inessentialità è funzionale alla conservazione del contratto, valore spesso tenuto in grande considerazione da chi stipula un contratto di questo genere¹⁵, mentre il patto di essenzialità

Clauses, in *Business & Finance Law Review*, Vol. 3, fasc. 1, p. 90-112, basato sull'analisi di 500 contratti commerciali oggetto di comunicazione alla Securities and Exchange Commission, dei quali il 71% includeva una *severability clause*.

¹¹ È appena necessario sottolineare quanto possano variare ed essere difficili conoscere le cause di nullità previste dalle diverse legislazioni. Alcuni elenchi di clausole vietate sono stati elaborati da G. DE NOVA, per esempio: ID. (a cura di), *Clausole a rischio di nullità*, Milano, 2009, che tratta, tra le altre, la clausola di rinuncia alla garanzia fideiussoria da parte dell'acquirente di immobili da costruire, la previsione, a favore del preponente, del diritto di modificare discrezionalmente la provvigione spettante all'agente, le clausole di "cessione" di concessioni e autorizzazioni amministrative nei contratti di cessione di azienda; ID., *Nuove tutele e nuovi rimedi in materia contrattuale*, cit., pp. 90 ss., che riporta, tra gli altri, gli artt. 2744 e 2698 c.c.; ID., *Il contratto alieno e le norme materiali*, cit., pp. 57 ss.; ID., *I contratti di oggi e la necessità di un elenco condiviso di divieti e di clausole vietate: a proposito di armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, in G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., pp. 305 ss.

¹² Per es., le licenze *software* che includono le clausole di *severability* riportate *supra* alla nota 3.

¹³ Questo rischio è messo in evidenza, tra gli altri, da F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali*, cit., p. 69, che raccomanda di accertare, ove possibile, la presenza di cause di nullità.

¹⁴ Come noto, si tratta di «disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrano nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto» secondo le norme di conflitto», come recita l'art. 9, comma 1 del Regolamento (CE) n. 593/2008, il Regolamento Roma I. Per alcuni riferimenti, si veda *supra*, Cap. I, nota 54.

¹⁵ Si rimanda ai rilievi già svolti *supra*, Cap. I, para. 3.2.c. Per es., questa considerazione dà ragione della *severability clause* contenuta nel modello di contratto di *leasing* di aerei elaborato da D. P. HANLEY, *Aircraft operating*

potrebbe servire per evitare di rimanere vincolati a un accordo non più rispondente all'assetto negoziale originario, a causa della caducazione di una o più clausole. Nemmeno si può trascurare che, a volte, la complessità dell'operazione non permette un preciso accertamento della legge applicabile¹⁶. Quindi, anche in questo diverso contesto, le clausole in esame potrebbero svolgere un ruolo significativo, indirizzando l'esito del giudizio di nullità parziale.

Ancora, l'utilità delle clausole sulla nullità parziale è incrementata dall'incertezza insita nel giudizio di "estensione" (*rectius*, di essenzialità)¹⁷ che, nel nostro ordinamento, è previsto dall'art. 1419 c.c.¹⁸. Stabilendo l'essenzialità o inessenzialità di una clausola, o prevedendo direttamente che la nullità parziale comporterà o non comporterà il travolgimento dell'intero contratto, le parti non solo si "esentano" dal compiere costose ricerche circa la presenza di norme imperative, ma, per il caso in cui tale nullità effettivamente si verifichi, cercano di predeterminare l'esito del giudizio di nullità parziale, altrimenti incerto¹⁹. Osservati da questo punto di vista, i patti sulla nullità parziale appaiono perfettamente coerenti con lo stile

leasing. A Legal and Practical Analysis in the Context of Public and Private International Air Law, III Ed, L'Aia, 2021, p. 298: «if a provision of this Agreement is or becomes illegal, invalid or unenforceable in any jurisdiction, that will not effect:

(a) the legality, validity or enforceability in that jurisdiction of any other provisions of this Agreement;

(b) the legality, validity or enforceability in that jurisdiction of that or any other provisions of this Agreement». Per la rinunciabilità al giudicato sulla nullità, si veda S. MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 2018, pp. 1031 ss.

¹⁶ Per la considerazione di questo aspetto, si veda *supra*, Cap. I, nota 51.

¹⁷ Sull'imprecisione di termini quali "estensione", si veda M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, fasc. 1, p. 114, che costituisce la prima parte di uno studio che prosegue sul numero successivo della Rivista. Per adesso, si conceda un uso solo descrittivo e atecnico della locuzione.

¹⁸ La considerazione della funzionalità di questi patti a rimediare alle incertezze del giudizio *ex art. 1419 c.c.* è comune agli Autori che si sono dedicati al loro studio: per es., G. LENER, *Note minime intorno alla clausola di inscindibilità*, in *Danno e resp.*, 2011, p. 1108, specie nel contesto di «operazioni economico-negoziarie assai articolate e complesse»; nello stesso G. DE NOVA, *Nuove tutele e nuovi rimedi in ambito contrattuale*, cit., p. 95; G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003, p. 263: «è dunque proprio per prevenire il dubbio circa il legame che unisce le diverse pattuizioni, che le parti si premurano di indicare nell'apposita clausola la sussistenza, tanto dal profilo genetico che funzionale, del vincolo di inscindibilità». Per mostrare la razionalità del patto di inscindibilità, l'Autore ne riporta un esempio suggestivo, tratto da un avviso d'asta del regno Lombardo-Veneto del 1832, trovato affisso in un'antica locanda in provincia di Treviso: «tutte le condizioni del presente capitolato deggiono riguardarsi come costituenti un medesimo e unico contratto di guisa che l'inosservanza ed alterazioni di una, condurrebbe alla caducità di tutte le altre».

¹⁹ Così, per es., E. LUCCHINI GUASTALLA, op. cit., p. 739 e G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., pp. 94-95. L'incertezza ricorre anche ove il contratto sia sottoposto alla legge di un ordinamento di *Common law* dove vige la dottrina della *severance*: per alcuni riferimenti si veda *supra*, nota 4 e *infra*, p. 175.

Il tentativo di ridurre le incertezze circa il diritto applicabile e limitare l'intervento interpretativo del giudice o dell'arbitro è alla base anche di altre clausole diffuse nei contratti internazionali: le clausole di *No Oral Modifications* (NOM), quelle di *non-waiver* e di *force majeure*, considerato che non tutti gli ordinamenti conoscono quest'ultimo istituto: così M. FONTAINE – F. DE LY, op. cit., p. 795. Per alcuni riferimenti sui patti citati, si veda *supra*, p. 39.

“completo” di redazione dei contratti internazionali, strumentale a ridurre al minimo le ingerenze della legge applicabile²⁰.

Per completare l’analisi dell’aspetto funzionale, si può ricordare che la nullità di singole clausole è un problema particolarmente attuale, come testimoniano le recenti pronunce a Sezioni Unite relative alle clausole *claims made*²¹ e alle clausole delle fideiussioni *omnibus* riprodotte dello schema ABI giudicato idoneo a falsare la concorrenza nel mercato bancario²². Non è da escludere che queste novità giurisprudenziali incentivino l’adozione dei patti in esame anche in contratti regolanti rapporti esclusivamente interni al nostro ordinamento, nel tentativo di gestire il rischio della nullità parziale. Il problema della loro idoneità a raggiungere questo scopo è, quindi, particolarmente rilevante.

3. Nullità e autonomia: validità ed efficacia delle clausole di salvezza e dei patti di essenzialità

Il principale problema che si pone per i patti sulla nullità parziale, qui considerati nella loro manifestazione più semplice²³, riguarda la loro validità ed efficacia e, dunque, il loro grado di incidenza nel contesto di un giudizio *ex art. 1419 c.c.* Il quesito è delicato perché la norma è dettata in tema di nullità, la forma di invalidità che pone un limite invalicabile all’autonomia privata: gli spazi per un legittimo intervento delle parti non possono che apparire estremamente ridotti. D’altra parte, però, è lo stesso art. 1419 c.c. ad attribuire un ruolo alla volontà dei contraenti, poiché la nullità totale del contratto ricorre solo ove risulti

²⁰ Per esempio, M. FONTAINE – F. DE LY, op. cit., p. 806, ricordano che la redazione di contratti estesi serve per evitare lacune della normativa nazionale o precisarne la portata e, a conferma di questa affermazione, portano proprio l’esempio della clausola di *severability*. In generale, sullo stile di redazione dei contratti internazionali si veda *supra*, Cap. I, para. 3.2.b.

²¹ Sulle prime, si veda *supra*, Cap. I, note 156 e 160 e Cap. II, para. 6.2.

²² Cass. civ. SSUU 41994/2021, che ha affermato la nullità parziale delle clausole riprodotte dello schema ABI giudicato quale intesa restrittiva della concorrenza dalla Banca d’Italia. La pronuncia ha, quindi, preso posizione circa la *vexata quaestio* delle conseguenze della nullità *ex art. 2 l. n. 287/1990* delle intese anticoncorrenziali sui c.d. “contratti a valle”. La dottrina ha dedicato molti contributi al tema: tra questi, si vedano R. CALVO, *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell’intesa vietata (contributo allo studio dei Folgeverträge)*, in *Contr.*, 2005, pp. 181 ss.; E. CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008; F. DENOZZA, *I principi di effettività, proporzionalità ed efficacia dissuasiva nella disciplina dei contratti a valle di intese ed abusi*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, fasc. 6, pp. 354 ss.; ID., *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del “solo risarcimento” per le vittime di intese e abusi*, in *NGCC*, 2020, pp. 406 ss.; ID., *Principle vs. Policy: spunti sui contratti a valle e sulla nullità virtuale “regolatoria”*, in *NGCC*, 2022, pp. 670 ss.; A. GENTILI, *La nullità dei “contratti a valle” come pratica concordata anticoncorrenziale (Il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giust. civ.*, 2019, pp. 675 ss.; M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2022, fasc. 1, pp. 13 ss.; M. MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, in *NGCC*, 2020, pp. 415 ss.; M. MORESCO, *Fideiussioni omnibus su moduli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, pp. 85 ss.

²³ Vale a dirsi, priva di clausole di rinegoziazione o meccanismi sostitutivi della clausola nulla.

che essi «non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità»²⁴. Né si possono trascurare le ragioni che conducono alla frequente adozione di queste clausole, come rilevate nel paragrafo precedente. Per arrivare a una conclusione il più possibile coerente con il dato positivo, è necessario indagare il contenuto delle disposizioni sulla nullità parziale previste ai due commi dell'art. 1419 c.c.

3.1. L'art. 1419, comma 1 c.c.

3.1.a. La causa di nullità

L'art. 1419, comma 1 c.c. prevede che «la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità». La norma regola la nullità parziale c.d. “oggettiva”, contrapposta alla nullità parziale “soggettiva” di cui all'art. 1420 c.c.²⁵, e rappresenta una novità, poiché il codice del 1865 conosceva solamente singole ipotesi di nullità parziale, sebbene gli interpreti avessero comunque elaborato una regola generale sulla scorta del brocardo *utile per inutile non vitiatur*²⁶. Tramite l'art. 1419 c.c., il legislatore introduce un elemento di flessibilità nella disciplina della nullità, scegliendo di non far discendere *tout court* l'invalidità dell'intero accordo dal vizio di singole sue clausole²⁷; a livello sistematico, la disposizione mostra, dunque, come il giudizio di disvalore che sta alla base della nullità si atteggi in modi diversi, per contemperare i valori tutelati dalla causa di nullità con le peculiarità del singolo rapporto²⁸. Inoltre, adottando come regola generale la limitazione della nullità, l'art. 1419 c.c. esprime un principio di conservazione del contratto, rispettoso dell'atto

²⁴ Si vedano gli analoghi rilievi di V. DI GRAVIO, *Clausola che regola le conseguenze dell'invalidità del contratto*, in M. CONFORTINI, *Clausole negoziali*, Vol. 1, UTET, Torino, 2017, p. 669, che richiama anche l'art. 1424 come «prova evidente» dell'attenzione del legislatore alla volontà delle parti nel momento in cui si tratta di determinare le conseguenze derivanti dalla nullità. Alle intersezioni tra autonomia e invalidità è dedicato un cenno anche da R. TOMMASINI, voce *Invalidità*, cit., pp. 585-586: «è dubbia la configurabilità di una invalidità convenzionale alla quale, peraltro, non potrebbe applicarsi integralmente il regime della invalidità (ad esempio, la conversione)».

²⁵ P. GALLO, *I rimedi, la fiducia, l'apparenza*, cit., pp. 1953, 1963.

²⁶ G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, pp. 8 ss., ove un'ampia ricognizione che coinvolge anche il diritto romano; M. TAMPONI, op. cit., p. 107; M. RABITTI, sub *Art. 1419 c.c.*, cit., p. 590; A. D'ADDA, *Invalidità dei patti abusivi, correzione legale del contratto e disciplina della nullità parziale*, in *Obbl. contr.*, 2008, pp. 487-488 osserva che la scelta del codice è innovativa rispetto al §139 del BGB, che pone come regola l'estensione della nullità al resto del contratto.

²⁷ A. D'ADDA, op. ult. cit., p. 488, afferma che l'art. 1419 c.c. introduce «profili di duttilità in uno statuto della nullità, invece, piuttosto rigido e volto ad “assicurare” la caducazione del contratto inficiato dalla nullità». In passato, la possibilità di un contratto nullo solo in parte aveva destato perplessità, poiché, per la tradizione pandettistica, o il contratto produce effetti conformi alla volontà delle parti, o non ne produce, non essendo concepibile un contratto che ne produca di diversi: così A. FEDELE, op. cit., p. 153, riportato da D'ADDA, *ibidem*.

²⁸ R. TOMMASINI, voce *Nullità*, cit., p. 903.

di autonomia compiuto dai contraenti e conforme a un canone di impiego economico dei mezzi giuridici²⁹.

La fattispecie regolata è la nullità di una parte del contratto o di “singole clausole”, che sembrerebbero essere due concetti separati e accomunati dal costituire entrambi «*part[i] del contenuto del contratto*». Tuttavia, la norma non chiarisce quando si verifichi una nullità parziale, né è immediata la ricostruzione della nozione di “clausola”. Sul punto, ai fini della nostra analisi è sufficiente ricordare come alla posizione di chi ha giudicato equivalenti i due termini³⁰ se n’è contrapposta un’altra, che ha ritenuto possibile attribuire loro due significati distinti. Così, per “clausola” ci si deve riferire alla c.d. “clausola-precetto”, ossia all’«*imperativo giuridico inscindibile*», alla «*determinazione contrattuale unitaria [...], precetto dell’autonomia privata munito dei requisiti dell’individualità rispetto al contenuto complessivo del negozio, e della inscindibilità in più “parti” isolatamente dotate di una qualche rilevanza giuridica*»³¹; il concetto di “parte”, invece, rilevarebbe nei casi in cui «*l’entità di una prestazione o la durata di un determinato effetto superano la misura fissata dalla legge, ed il negozio è invalido per l’eccedenza*»³²: in tali ipotesi non ricorre tecnicamente la nullità di una clausola, ma la nullità per parte del contratto e il termine “nullità

²⁹ G. CRISCUOLI, op. cit., pp. 105 ss.; C. GRASSETTI, voce *Conservazione (principio di)*, cit., p. 172; G. STELLA RICHTER, op. cit., p. 413; M. C. CATAUDELLA, *Contratti di lavoro e nullità parziale*, Milano, 2008, p. 5, per il principio di economia giuridica. Come visto *supra*, nota 26, diversamente dal §139 BGB, che rende regola generale la nullità totale del contratto, salvo che risulti una volontà conservativa delle parti. Critico verso questa lettura V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 717: all’ordinamento non interessa tanto la conservazione dei contratti, quanto impedire arricchimenti e impoverimenti ingiustificati; il principio di conservazione, poi, vale solo sul piano ermeneutico, dove presuppone un dubbio sul significato. Critico anche G. FILANTI, voce *Nullità*, in *Enc. giur.*, 1990, p. 7: sarebbe la nullità parziale ad essere eccezionale deroga alla nullità totale del contratto, esito che sarebbe connaturato alla sua contrarietà con norme imperative.

³⁰ V. ROPPO, op. ult. cit., p. 690, nota 12, parla di «*sostanziale fungibilità*»; G. CRISCUOLI, op. cit., pp. 184-185, sulla base dell’uso della particella disgiuntiva “o”. L’Autore, però, osserva che la distinzione è utile a chiarire il testo legislativo: per “nullità parziale” si dovrebbero intendere i casi di nullità relative al contenuto essenziale del negozio, quale la nullità della posizione di un soggetto nella parte plurisoggettiva, o di una “disposizione oggettiva”; per “nullità di singole clausole” si alluderebbe alla nullità di clausole secondarie ed eventuali. Si veda però *infra*, nota 37.

³¹ Così M. TAMPONI, op. cit., pp. 129 ss., spec. 145, all’esito di un’ampia ricognizione delle accezioni con cui il termine viene utilizzato dalla legge e constatata l’assenza, nell’art. 1419 c.c., di un’ipotesi di nullità parziale di una clausola. L’Autore aderisce così alle conclusioni formulate da C. GRASSETTI, voce *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, Vol. VII, p. 185. La nozione di “clausola-precetto” si contrappone a quella di “clausola-proposizione”, ossia «*ciascuna delle proposizioni di cui consta il negozio*», che sta alla clausola precetto come l’articolo di legge sta alla disposizione legislativa: C. GRASSETTI, op. cit., p. 184 e M. TAMPONI, op. cit., p. 142. Recentemente, si vedano i rilievi di G. ANDREOTTI, *Le metaclausole*, Milano, 2021, pp. 5 ss., spec. 13 ss.

³² M. TAMPONI, *Contributo all’esegesi dell’art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, fasc. 2, p. 506, aderendo alla tesi di A. FEDELE, *Della nullità del contratto*, in M. D’AMELIO – E. FINZI (a cura di), *Commentario del codice civile, Libro delle obbligazioni*, T. 1, Firenze, 1948, p. 682. L’Autore porta gli esempi degli artt. 771, 1500, comma 2 e di un contratto di compravendita di più beni, ove per alcuni soltanto ricorra il divieto dell’art. 1471, nn. 1 e 2 c.c. Invece, per gli artt. 658, 1501, 1566, 1573, 1815, comma 2 (ora superato dalla novella del 1996), 1865, 1941, comma 3 c.c., che pure configurano casi di nullità parziale, l’art. 1419, comma 1 c.c. è inapplicabile, dato che tali norme escludono implicitamente un’indagine sulla volontà delle parti. Si vedano poi le pp. 120 ss. di TAMPONI per l’analisi delle varie posizioni espresse dalla dottrina sul punto.

parziale” assume, quindi, un significato pregnante³³. In definitiva, l’art. 1419, comma 1 c.c. disciplina i casi in cui una clausola-precetto o una parte del negozio, nel senso precisato, sono nulle e prevede che tale nullità comporti la caducazione dell’intero accordo solo ove risulti che le parti non lo avrebbero concluso senza la parte del contenuto viziata.

Precisati i contorni della fattispecie alla base della norma in commento, ci si deve concentrare sulla sua disciplina. Al riguardo, va puntualizzato un aspetto cruciale per il tema che ci occupa, vale a dirsi la circostanza che l’art. 1419, comma 1 c.c. prevede due forme di nullità, l’una parziale e l’altra totale³⁴. Infatti, accanto all’ipotesi in cui la nullità infici singole clausole del contratto o una sua parte, entrambe non essenziali per la sua conclusione, la norma regola una peculiare causa di nullità totale, che ricorre quando una clausola o parte del contratto sono nulle e risulta che le parti non lo avrebbero concluso senza di esse. Questa forma di nullità integra uno degli «*altri casi stabiliti dalla legge*» ai sensi dell’art. 1418, comma 3 c.c.³⁵. La sua particolarità risiede nella sua subordinazione a due presupposti: l’uno oggettivo, ossia la nullità di una singola clausola o di una parte del contratto, e l’altro “valutativo”, ossia

³³ M. TAMPONI, op. cit., p. 508, perché «non è nulla una “porzione” del contratto; è nullo piuttosto l’intero contratto, e dunque ogni sua clausola, ma in relazione al tempo od alla quantità eccedente [...]». È da scartare la tesi, sostenuta sporadicamente in giurisprudenza (Cass. civ. 2123/1979; Cass. civ. 3294/1958, in *Foro it.*, 1958, I, p. 1603), che ritiene che la nullità parziale ricorra quando sono nulle più clausole del contratto che formano un insieme distinguibile dalle altre. Tale tesi, infatti, non aggiunge nulla al disposto dell’art. 1419, comma 1 c.c.; se il concetto di “parte del contratto” fosse veramente questo, sarebbero senz’altro condivisibili le posizioni dottrinali che hanno ritenuto pleonastica la distinzione tra “singole clausole” e “parte del contratto”, per es.: P. GALLO, *I rimedi, la fiducia, l’apparenza*, cit., p. 1954.

³⁴ M. TAMPONI, op. cit., pp. 114-116.

³⁵ *Ibidem*. Ci pare riduttivo, quindi, leggere l’art. 1419, comma 1 c.c. come una norma che disciplina l’onerare della prova dell’essenzialità della clausola per i contraenti, prospettiva accentuata dall’analisi di E. CARBONE, op. cit., pp. 1213 ss.

Coerentemente con la sua impostazione soggettiva, G. CRISCUOLI, op. cit., pp. 116 ss. ritiene che la nullità totale derivi dall’assenza di volizione del contratto ridotto, ex artt. 1325 e 1418 c.c. La spiegazione è condivisa anche da R. SACCO, *Il contratto*, T. 1, cit., p. 545, ma criticata efficacemente da V. ROPPO, op. ult. cit., p. 700, nota 47: la non-volizione del contratto privo della clausola nulla riguarda «un fenomeno psicologico (e per di più puramente negativo) [...] assai difficile da individuare e, più ancora, da provare dinanzi al giudice»; soprattutto, se è vero, come ritiene G. CRISCUOLI, che il consenso per la totalità del contratto implica sempre dissenso sul negozio privato della sua parte invalida, allora questo dissenso ricorrerebbe sempre per ogni caso di negozio nullo in parte e renderebbe inconfigurabile la nullità parziale: nulla una clausola, si potrebbe sempre ravvisare il dissenso al mantenimento del contratto ridotto.

Per A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., pp. 1559-1560, la nullità totale deriva dalla mancanza di causa in concreto del contratto privo della clausola essenziale. Si tratterebbe di nullità non rilevabile d’ufficio, alla quale è legittimata solo la parte interessata: pertanto, potrebbe invocarla solo la parte che riceveva, dalla clausola dichiarata nulla, l’utilità perseguita con il contratto. La tesi è suggestiva; tuttavia, ci sembra che, in questo modo, l’art. 1419 c.c. verrebbe reso irrilevante: la nullità per assenza di causa, infatti, è già prevista dagli artt. 1325 e 1418 c.c. e la presunzione di inessentialità discenderebbe già dall’art. 2697 c.c. che onera chi vuole avvalersi di un effetto (nullità totale) di provare la fattispecie da cui scaturisce (assenza di causa in concreto).

la circostanza che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza di essa³⁶. La norma, dunque, non serve tanto a definire la nullità parziale, che ricorre quando una singola clausola è inficiata da una causa di nullità di cui all'art. 1418 c.c.; piuttosto, essa configura un'ulteriore causa di nullità totale. In assenza dell'art. 1419 c.c., sarebbe più arduo affermare la nullità totale di un contratto di cui sia viziata una clausola soltanto³⁷.

Da quanto precede emerge l'imprecisione delle formule che descrivono il meccanismo dell'art. 1419 c.c. in termini di "estensione", "propagazione" e simili, poiché, ove ricorrano i due presupposti sopra menzionati, il contratto è invalido *ab origine* in virtù della causa di nullità totale ivi prevista³⁸. Si tratta, insomma, di formule utili solo a fini descrittivi, che potranno essere impiegate con questa consapevolezza.

3.1.b. Il giudizio di estensione della nullità: tesi soggettive e oggettive

Una volta puntualizzato il contenuto della norma in commento, ci si deve chiedere in cosa consista il presupposto valutativo ivi previsto, ossia, ci si deve domandare quale sia l'indagine da compiere per arrivare, eventualmente, a constatare l'"essenzialità" della clausola nulla e, quindi, a ritenere integrata la causa di nullità totale *ex* art. 1419 c.c. La dottrina e la giurisprudenza hanno assunto varie posizioni nel corso del tempo, che si possono schematizzare come segue³⁹.

³⁶ La dinamica è descritta suggestivamente da A. DI MAJO, *La nullità*, in A. DI MAJO – G. B. FERRI – M. FRANZONI, *Il contratto in generale*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Vol. XIII, T. 7, Torino, 2002, pp. 102-103: «il giudice [...], investito della (questione della) nullità del contratto, non potrà limitarsi ad accertare se sussistono o meno i presupposti per dichiarare la nullità e ciò ai sensi dell'articolo 1418, ma dovrà anche esaminare se la nullità investa o meno l'intero contratto o invece se è limitata ad una parte di esso o ad una singola clausola oppure se il contratto sia destinato a produrre gli effetti di un contratto diverso. La nullità, insomma, non può essere definita a bocce ferme, essa è tale anche in relazione al suo modo di atteggiarsi in situazioni di conflitto. Un tale angolo visuale non può che confermare la scarsa tenuta di una dottrina «organicistica» della nullità, la quale, in base al semplice metodo deduttivo, pretenda di desumere dalle «cause di nullità» la inevitabile conseguenza (naturale e logica) della invalidazione dell'intero contratto. Così non è, perché l'accertamento delle cause di nullità non fa che mettere in moto regole giuridiche, per così dire, seconde che vanno a comporre, secondo il noto linguaggio «Bettiano», il «trattamento del contratto e/o negozio nullo».

³⁷ Ma si vedano le tesi di G. CRISCUOLI, *op. cit.*, pp. 116 ss., e di A. GENTILI, *Le invalidità*, *cit.*, p. 1559, riportate alla nota 33. Anche seguendo la tesi qui preferita, la nullità totale sarebbe inevitabile in due casi: il primo è quello di c.d. "clausola-negoziato", che si verifica quando il contratto è costituito solo da una clausola-precetto (es.: "Tizio garantisce a Caio l'adempimento dell'obbligazione di Sempronio", che integra un contratto di fideiussione); il secondo ricorre quando, in un contratto costituito da più clausole-precetto, a essere nullo è il patto che rappresenta il contenuto contrattuale di carattere essenziale (es.: è nulla proprio la clausola con cui il fideiussore presta garanzia, poiché l'obbligazione principale non è valida): si veda M. TAMPONI, *op. cit.*, pp. 147-148, 483. Si può allora affermare che la funzione dell'art. 1419, comma 1 c.c. è sancire la nullità totale del contratto nei casi in cui a essere nulla è una clausola "secondaria" (ossia, che non ricade nei due casi appena menzionati), la cui adozione era tuttavia condizione, almeno per una parte, per concludere il contratto.

³⁸ M. TAMPONI, *op. cit.*, p. 114.

³⁹ Per una rapida sintesi, P. GALLO, *I rimedi, la fiducia, l'apparenza*, *cit.*, pp. 1956-1957.

Procedendo secondo un grado crescente di oggettivizzazione del giudizio, una prima tesi ha ritenuto necessario ricostruire la volontà reale delle parti al momento della stipulazione⁴⁰. Ciò sulla scorta di una concezione prettamente volontaristica del contratto⁴¹. Questa lettura, però, è stata criticata per le difficoltà di accertare un simile dato psicologico, senza contare che, verosimilmente, le parti non avevano considerato l'ipotesi che una certa clausola fosse nulla, venendo meno, allora, lo stesso oggetto del giudizio⁴². Ancora, se il giudizio *ex art.* 1419 c.c. consistesse effettivamente nell'interpretazione di una volontà reale, la norma sarebbe sostanzialmente superflua⁴³.

Proprio sulla scorta della possibilità che le parti non abbiano previsto l'evenienza della nullità parziale del contratto, l'indagine è stata spostata dal piano della volontà reale a quello della volontà ipotetica: la norma richiederebbe, quindi, di ricostruire quale sarebbe stata la loro volontà se nel contratto non fosse stata inclusa la clausola nulla⁴⁴. Al riguardo, si è ritenuto sufficiente a provocare la caducazione totale del contratto che l'intenzione di non concluderlo ricorra anche per uno solo dei contraenti e, per compiere questa verifica, si è fatto ricorso agli artt. 1362 ss. c.c. in quanto compatibili. Per esempio, l'art. 1362, comma 2 c.c. potrebbe dare rilevanza a qualunque elemento idoneo oggettivo o soggettivo, interno o esterno al contratto; l'art. 1363 c.c. permetterebbe di ricavare la non-volizione del contratto

⁴⁰ L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1952, p. 365; più recentemente, si vedano le osservazioni di G. GANDOLFI, *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, pp. 1058 ss., spec. 1067 ss. Per ulteriori riferimenti, si veda la sintesi di S. POLI, *Appunti in tema di nullità parziale e di clausole di non concorrenza*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, pp. 37 ss.

⁴¹ M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in A. GENTILI (a cura di), *Rimedi-1*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, Vol. IV, II Ed., Milano, 2023, p. 112: l'orientamento in esame era «strettamente fedele al dogma della volontà».

⁴² Per tutti, V. ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 700, ove ulteriori riferimenti.

⁴³ V. ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 700.

⁴⁴ Per es., G. CRISCUOLI, *op. cit.*, pp. 236 ss.: l'Autore distingue a seconda che i contraenti, all'epoca della stipulazione dell'accordo, avessero concordato o meno di ritenerlo come mai concluso qualora una certa clausola si fosse rivelata nulla. In caso positivo, si tratterà di interpretare tale manifestazione di volontà, ricorrendo agli artt. 1362 ss. c.c.; in caso negativo, «la soluzione del problema della nullità parziale, che è sempre rimessa all'intenzione delle parti, non dipenderà da una volontà effettivamente avuta, bensì dal probabile e presumibile intento del dichiarante o dei contraenti, tenuto conto dell'*id quod plerumque accidit*, se avessero saputo che una parte del negozio che stavano procreare era prima di efficacia [...] Ed, all'uopo, non si possono nascondere le difficoltà di questa dimostrazione: non si tratterà, infatti, di interpretare, ma, più precisamente, di costruire in abstracto la circostanza, determinante per la vita del negozio, che questo non sarebbe stato creato». Dello stesso autore, si veda però anche ID., *Clausola illecita, scindibilità oggettiva del regolamento negoziale, essenzialità soggettiva della parte nulla, mancanza unilaterale di volontà ed automatica inserzione sostitutiva di norme imperative nel contratto secondo la disciplina della nullità parziale*, in *Giur. It.*, 1966, I, 1, pp. 1158 ss. Su questa posizione si tornerà *infra*, para. 3.3., nella parte dedicata all'efficacia dei patti sulla nullità parziale. In giurisprudenza, Cass. civ. 8970/2000, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2782; *Mass. Giur. it.*, 2000, *Corr. Giur.*, 2001, pp. 1499 ss.: «è necessaria una valutazione della potenziale volontà delle parti, che non è la volontà manifestata, ma quella obiettivamente ricostruibile sulla base del concreto regolamento di interessi»; Cass. civ. 321/1988, in materia di collegamento negoziale, che ha anche affermato la rilevabilità d'ufficio della nullità totale nel giudizio promosso per la nullità parziale; Cass. civ. 986/1967, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 926.

dall'interpretazione complessiva delle sue clausole; da ultimo, il canone della buona fede ex art. 1366 c.c. impedirebbe la propagazione della nullità sulla base della sola volontà negativa del contraente che, in precedenza, avesse fatto sorgere nella controparte un affidamento circa la marginalità della clausola nulla⁴⁵. Tuttavia, la tesi della volontà ipotetica è stata criticata perché, in definitiva, finisce per nascondere quello che è un vero e proprio approccio obiettivo, che prescinde dalla ricostruzione di una volontà potenziale per concentrarsi su considerazioni di ragionevolezza, di compatibilità del contratto privo della clausola nulla con lo scopo perseguito dalle parti, come risultante dalle circostanze concrete del caso⁴⁶.

Le critiche mosse alle tesi soggettivistiche, in uno con il più generale ridimensionamento del dogma della volontà⁴⁷, hanno portato all'elaborazione di tesi improntate a un approccio oggettivo.

Procedendo al loro esame, un primo insieme di ricostruzioni ha incentrato il vaglio ex art. 1419, comma 1 c.c. su un giudizio di compatibilità tra l'assetto di interessi originario e quello risultante dal contratto privo della clausola nulla, avuto riguardo alle dichiarazioni delle parti, ai loro comportamenti e alle circostanze complessive. In questo modo, il giudizio verrebbe reso più coerente con una concezione moderna del contratto e meno incerto⁴⁸. Il riferimento dell'art. 1419, comma 1 c.c. alla volontà delle parti indicherebbe semplicemente *«il punto di vista dal quale va considerata l'importanza dell'elemento colpito da nullità: che è quello rappresentato dai contraenti, nel quadro degli interessi in conflitto»*⁴⁹.

All'interno delle tesi oggettiviste, va segnalata una lettura che ha inteso il vaglio di essenzialità quale integrazione del contratto basata sul canone di buona fede, che

⁴⁵ G. CRISCUOLI, op. cit., pp. 237-239.

⁴⁶ V. ROPPO, op. cit., p. 701: parlare di volontà ipotetica sarebbe, quindi, *«mistificatorio»*.

⁴⁷ M. MANTOVANI, op. cit., p. 113.

⁴⁸ R. TOMMASINI, voce *Nullità*, cit., p. 903; E. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 473; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 249; più recentemente C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 596, con riferimento a un vaglio incentrato sulla causa concreta del contratto: *«In realtà, pur nella diversità di formule, il criterio normativo è lo stesso [dell'art. 1420 c.c.]. Il riferimento a ciò che le parti avrebbero voluto non è il riferimento ad un dato reale ma solo una congettura, che sfugge ad ogni obiettivo accertamento, e dalla quale non può quindi dipendere la validità o invalidità del contratto. Il senso [dell'art. 1419, comma 1 c.c.] si spiega piuttosto in considerazione della sua ragione, che è quella di conservare il contratto salvo che la modifica del contenuto sia tale da non giustificare obiettivamente il mantenimento. Ciò che si richiede è quindi una valutazione di compatibilità della modifica del contratto con la causa concreta di esso, dovendosi in definitiva accertare se la modifica abbia o no importanza determinante tenuto conto dell'interesse delle parti [...]»*; M. MANTOVANI, op. cit., pp. 113-114; A. D'ADDA, *Invalidità dei patti abusivi*, cit., p. 489, che mette in guardia dal rischio di effettuare un giudizio in astratto e non in concreto e ID., *Nullità parziale e tecniche di adattamento*, cit., pp. 57 ss.; S. MONTICELLI, *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, fasc. 14-4, pp. 103 ss.; F. PIRAINO, *Contro l'uso della nullità parziale in chiave di conformazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1571; E. RABITTI, op. cit., p. 596; E. ZERELLA, *La nullità parziale*, in *Giust. civ.*, 1985, II, p. 389, con note.

⁴⁹ M. TAMPONI, op. cit., p. 116; A. CATAUDELLA, *Sul concetto del contratto*, cit., p. 206; E. LUCCHINI GUASTALLA, cit., p. 736.

chiamerebbe il giudice a un'operazione integrativa e non già interpretativa della volontà delle parti, reale o ipotetica⁵⁰. Così, sulla scorta di un'accurata rassegna della giurisprudenza e dei risultati ottenuti dalla dottrina tedesca, si è ritenuto che l'art. 1419 c.c. imponga l'estensione della nullità ogniqualvolta ciò sia funzionale a prevenire gli abusi derivanti dal mantenimento di un contratto ormai non più rispondente all'assetto di interessi originario. Correlativamente, la nullità dovrebbe restare solo parziale ove tale conformità permanga e, quindi, la domanda di caducazione totale nasconda un pentimento circa la convenienza del contratto⁵¹. Per condurre questo giudizio, si dovrebbe avere riguardo agli interessi concretamente in gioco, da interpretarsi secondo parametri oggettivi di ragionevolezza, normalità, compatibilità tra l'esecuzione della parte valida e «rispetto del significato economico attribuito dalle parti al contratto»⁵², avuto riguardo al suo equilibrio generale⁵³. All'obiezione che un simile approccio contrasterebbe con l'autonomia privata⁵⁴, si è replicato che, al contrario, il giudizio di nullità parziale così configurato permette di apprezzare il senso dell'operazione compiuta dalle parti, assicurando esiti conformi alle loro intenzioni⁵⁵.

La lettura oggettiva del giudizio di essenzialità *ex* art. 1419 c.c. è ora nettamente prevalente in dottrina e in giurisprudenza, che la adotta specialmente nella variante priva del richiamo ai principi di buona fede e correttezza⁵⁶. In giurisprudenza, pur con una certa

⁵⁰ V. ROPPO, op. ult. cit., pp. 707 ss., che, a p. 710, definisce questo modo di procedere «una soluzione che, comunque, implica una scelta in favore di modelli di valutazione rigorosamente oggettivi, che non concedono alcun margine a suggestioni psicologico-volontaristiche». Al rilievo che si dovrebbe parlare di “integrazione” solo per i fenomeni di arricchimento del contratto, e non di suo ridimensionamento, l'Autore risponde che il concetto va inteso in senso ampio, abbracciando anche «il profilo della modifica del contenuto del contratto». Anche a seguire la tesi restrittiva, comunque, l'integrazione si potrebbe immaginare *sub specie* di aggiunta, da parte del giudice, di una clausola che ricollegghi alla nullità di alcune clausole la nullità totale del contratto: si veda p. 709, nota 76, dello scritto citato. A. DI MAJO, op. ult. cit., p. 105, definisce questo indirizzo «iper oggettivistico».

⁵¹ V. ROPPO, op. ult. cit., p. 709, si veda anche la sintesi operata da A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, pp. 65 ss.

⁵² V. ROPPO, op. ult. cit., p. 703 e 710 ss. La necessità di considerare gli “interessi in gioco” e leggerli alla luce di parametri oggettivi si basa su un'interpretazione sistematica degli artt. 1420, 1446, 1455, 1459, 1464, 1466 e 1467, comma 2 c.c. (quest'ultimo, per il suo riferimento all'alea “normale” del contratto), che disciplinano tutti casi dove, come nell'art. 1419 c.c., si verifica uno «scarto tra interesse perseguito e interesse che il regolamento, così com'è, può di fatto realizzare».

⁵³ Sempre V. ROPPO, op. cit., p. 708, ove si richiamano le conclusioni tratte dall'analisi della giurisprudenza in materia riportata alle pp. 702 ss.

⁵⁴ Questo rilievo è stato mosso successivamente, per esempio, da G. GANDOLFI, op. cit., p. 1067, che aggiunge che l'approccio soggettivo sarebbe l'unico efficace qualora la nullità parziale non dipendesse da un eccesso “quantitativo” della prestazione.

⁵⁵ V. ROPPO, op. cit., pp. 702-703.

⁵⁶ Si vedano gli autori citati *supra*, note 48 e 49. Sottolinea la maggiore diffusione di questa tesi, per esempio, M. MANTOVANI, op. cit., p. 113. Si segnalano però le posizioni di C. CONSOLO, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Eur. Dir. priv.*, 2010, p. 979, che, stemperata la rilevanza del contrasto tra tesi volontaristiche e tesi oggettivistiche, dichiara la «prevalenza del criterio oggettivo della buona fede [che implica] l'impiego di un ragionamento controfattuale, che prende le mosse dall'agire di quello che definiremmo “il contraente economicamente ragionevole”», con

ambiguità, si rinvencono due filoni di pronunce⁵⁷: il primo, che ritiene necessario valutare se la clausola viziata riguardi un «*elemento essenziale del contratto*» o se ricorra un rapporto di inscindibilità o «*interdipendenza*» con il resto dell'accordo⁵⁸; il secondo, che afferma la necessità di valutare «*con criterio oggettivo, la perdurante utilità del contratto rispetto agli interessi con esso perseguiti*», senza menzionare in alcun modo il canone di buona fede⁵⁹.

Tentando di formulare un giudizio conclusivo alla luce della rassegna delle tesi varie, sembra condivisibile la posizione di chi, rigettata la lettura in chiave di ricerca della volontà reale dei contraenti⁶⁰, ha stemperato la differenza tra le tesi della volontà ipotetica e le tesi oggettive⁶¹. Seguendo la prima teoria, infatti, la ricostruzione della volontà ipotetica avverrà necessariamente a partire dalle caratteristiche dell'operazione economica sottesa al contratto e da elementi quali, ad esempio, la corrispondenza o le minute eventualmente scambiate

l'avvertenza che resteranno irrilevanti «*considerazioni attinenti al personali inclinazioni e al carattere della parte, che non trovino alcuna rispondenza nel comportamento che avrebbe tenuto un ragionevole allocatore di risorse. Insomma, non rileva l'agire dell'homo fobicus, ma solo dell'homo aeconomicus*»; ancora, si può ricordare il favore per le tesi soggettive mostrato da G. GANDOLFI, op. cit., ed E. CALÒ, *Nullità parziale e autonomia privata*, in *Vita Not.*, 1981, pp. 1165 ss.

In giurisprudenza, l'unico cenno alla buona fede che si è rinvenuto riguarda le celebri Cass. civ., SSU 26243/2014 che, analizzando il problema della rilevanza d'ufficio della nullità totale in un giudizio proposto per la dichiarazione della nullità parziale, ai §§ 6.16.4 e 6.16.5 hanno ritenuto che sia l'impiego del canone della volontà ipotetica, che il ricorso alla teoria incentrata sulla buona fede «*assegnerebbero al giudice un compito assai arduo, sovente inattuabile*». A dire il vero, la critica sembra formulata in generale, e non solo con riferimento al canone della buona fede; né è del tutto chiaro il significato del richiamo di queste due teorie nel contesto dell'argomentazione volta a sostenere la tesi della rilevanza officiosa della nullità totale.

⁵⁷ Così M. MANTOVANI, op. cit., p. 114, che segnala anche l'ambiguità di alcune motivazioni: si vedano le pronunce riportate *infra*, nota 59, che richiedono, a volte, un accertamento della “volontà ipotetica delle parti” accanto a quello della “perdurante utilità” del contratto.

⁵⁸ Tra le più recenti, Cass. civ. 2314/2016 e Cass. civ. 10536/2002: «*il principio di conservazione del negozio giuridico affetto da nullità parziale, nel sistema del codice civile, è la regola, mentre l'estensione all'intero negozio degli effetti di tale nullità costituisce l'eccezione che si verifica quando la nullità è relativa ad un elemento essenziale del negozio o ad una pattuizione legata alle altre da un rapporto di interdipendenza ed inscindibilità*». Si vedano poi le pronunce citate da M. MANTOVANI, op. cit., p. 114, nota 18.

⁵⁹ Cass. civ. 2340/1995, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2348; Cass. civ. 2411/1982, in *Mass. Foro it.*, 1982 (in un contratto di cessione di azienda, nullità della clausola di cessione della licenza a esercitare una certa attività); Cass. civ. 7214/2009; Cass. civ. 11749/2012 (in un preliminare di compravendita immobiliare, nullità della clausola che vincolava le parti a indicare, nel definitivo, un corrispettivo inferiore a quella reale; nella motivazione, il riferimento alla “perdurante utilità” si accompagna a quello alla “interdipendenza” tra le clausole); Cass. civ. 8970/2000, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 1499 (relativo alla clausola di estensione della garanzia in un contratto costitutivo di pegno, ove però si fa anche riferimento alla necessità di una «*valutazione della potenziale volontà delle parti, che non è la volontà manifestata, ma quella obiettivamente ricostruibile sulla base del concreto regolamento di interessi*»); Cass. civ. 7871/1998 (citata da Cass. civ. 8970/2000, seppure nella pronuncia del 1998 manchi il riferimento alla volontà ipotetica). Più recentemente, nella giurisprudenza di merito, Corte appello Brescia, sez. I, 21 ottobre 2021, n. 1329 (clausola anatocistica in contratto di conto corrente, ove tuttavia si legge anche un fugace riferimento all'accertamento della volontà ipotetica, omissis nella massima curata dalla Redazione Giuffrè consultabile in *DeJure*); Trib. Roma, Sez. V, 27 maggio 2021 (in questo caso, la motivazione include sia un rapido cenno alla volontà ipotetica, omissis dalla massima redazionale, che un riferimento ai concetti di “interdipendenza e inscindibilità”). Tutte le sentenze citate sono rinvenibili in *DeJure*.

⁶⁰ Sulle critiche mosse a tale tesi, si veda *supra*, p. 160.

⁶¹ R. SACCO, *Il contratto*, cit., pp. 546-547 e ID., voce *Nullità e annullabilità*, cit., pp. 300-301; A. DI MAJO, op. ult. cit., pp. 105-106; M. MANTOVANI, op. cit., p. 116.

durante le negoziazioni⁶²; né va trascurata la difficoltà di immaginare casi nei quali la ricostruzione della volontà ipotetica dei contraenti porti alla luce elementi che testimonino un favore per una soluzione eccentrica, economicamente irragionevole. Condivisibilmente, allora, si è osservato che il richiamo di una “volontà ipotetica” finisce per essere solo un’apparenza che nasconde una verifica di resistenza del regolamento negoziale originario⁶³.

Secondo l’approccio oggettivo, invece, il giudice dovrà trovare la soluzione più compatibile con l’assetto di interessi concordato dalle parti; tuttavia, per comprendere in cosa consistesse tale assetto di interessi – e, quindi, l’importanza della clausola nulla –, egli non potrà non considerare i dati rilevanti anche nel contesto dell’indagine sulla volontà ipotetica (es.: un’eventuale minuta, poi superata) e le eventuali valutazioni soggettive circa l’importanza della clausola nulla. Ricostruita esattamente l’operazione economica avuta di mira dalle parti, il giudicante dovrà individuare la soluzione più ragionevole. Se questo è il procedimento richiesto dall’art. 1419, comma 1 c.c., il concetto di “ragionevolezza” sembra doversi declinare, allora, in un’accezione “relativa”, perché tiene conto di tutte le caratteristiche del caso di specie⁶⁴. Dunque, il conflitto tra conservazione e caducazione «non può non essere risolto che avendo riguardo a criteri oggettivi, ma rispetto ai quali quelli soggettivi non sono antitetici [...], ma di supporto e verifica», venendo così a ricomporsi il quadro⁶⁵. D’altronde, la ridotta distanza tra le due impostazioni è testimoniata anche dalla frequente sovrapposizione dei due profili

⁶² Il riferimento all’operazione economica è tratto da A. DI MAJO, op. cit., p. 105. È interessante notare che questi elementi sono ritenuti valorizzabili sia da G. CRISCUOLI, op. cit., pp. 237-239, uno degli autori che meglio rappresenta la tesi della volontà ipotetica, che da C. CONSOLO, op. cit., p. 981, che predilige la teoria oggettivistica incentrata sulla buona fede.

⁶³ V. ROPPO, op. ult. cit., pp. 699, 701, che osserva come le declamazioni dei fautori della tesi volontaristica siano contraddette «dall’utilizzazione di tecniche e moduli di giudizio orientati in senso obiettivo»; A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1559 per la qualifica della tesi in esame come una mera apparenza; M. MANTOVANI, op. cit., p. 116.

⁶⁴ Sul canone della ragionevolezza in diritto privato, si veda G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015; ID., *Sul criterio di ragionevolezza*, in AA. VV., *L’incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, pp. 29 ss. e, in una versione in parte integrata, in *Annali SISDiC*, 2017, 1, pp. 25 ss.; S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, pp. 1 ss.; N. LIPARI, voce *Contratto e principio di ragionevolezza*, in *Enc. dir. I tematici. Il contratto*, T. 1, Milano, 2021, pp. 356 ss.; S. TROIANO, voce *Ragionevolezza (diritto privato)*, in *Enc. dir. Annali*, Vol. VI, 2013, pp. 763 ss.

⁶⁵ A. DI MAJO, op. cit., p. 106. Il contrasto tra volontà ipotetica e impostazione oggettiva potrebbe esasperarsi nei casi in cui una parte abbia manifestato, per esempio durante le trattative, convincimenti eccentrici, attribuendo a una certa clausola, nulla, un valore abnorme: mentre l’adozione della tesi soggettiva porterebbe alla nullità totale, maggiori problemi potrebbero sorgere aderendo all’opzione oggettivistica. Tuttavia, anche in questo frangente, non sembra possibile sovrapporre una valutazione astratta di efficienza alla valutazione di quel contraente e, quindi, ove quella clausola fosse nulla, la nullità si potrebbe estendere. *Contra* C. CONSOLO, op. cit., p. 979, citato *supra*, nota 56, che ritiene necessario espungere le personali inclinazioni dal novero degli elementi da considerare nel giudizio *ex art.* 1419 c.c.

presente in giurisprudenza, ove non sono rare sentenze che motivano con riferimento ad entrambi i profili⁶⁶.

3.1.c. Profili processuali: cenni sul riparto dell'onere probatorio e la rilevabilità d'ufficio

Da ultimo, è opportuno accennare al trattamento processuale della nullità parziale, concentrandosi sul riparto dell'onere della prova dell'essenzialità della clausola nulla e sulla rilevabilità d'ufficio della nullità parziale o totale del contratto⁶⁷.

Come visto, la norma in esame prevede come regola generale la nullità parziale, mentre la nullità totale è subordinata alla verifica dell'“essenzialità” della clausola nulla⁶⁸. In questo aspetto si manifesta l'adesione dell'art. 1419, comma 1 c.c. al principio di conservazione del contratto⁶⁹. Ne deriva, per giurisprudenza unanime, che incombe su chi vuole ottenere una pronuncia di nullità totale l'onere di provare il nesso di interdipendenza che unisce la clausola nulla al resto del contratto⁷⁰. L'orientamento è sostanzialmente avallato dalla dottrina⁷¹.

Il problema del coordinamento tra art. 1419, comma 1 c.c. e art. 1421 c.c. è decisamente più complesso e, in questa sede, è possibile darne conto solo per brevissimi cenni, limitandosi a quanto strettamente funzionale all'analisi dei patti sulla nullità parziale.

In sintesi, l'art. 1421 c.c. prevede che la nullità è rilevabile d'ufficio dal giudice, salvo diversa disposizione di legge. A lungo, dalla natura eccezionale della nullità totale “da propagazione” e dal principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato la giurisprudenza desumeva l'impossibilità di rilevare d'ufficio la nullità completa del contratto, proposta domanda di nullità parziale⁷². La conclusione, tuttavia, non era così pacifica in dottrina, ove

⁶⁶ Alcune sentenze vagliano la «*perdurante utilità del contratto*» e menzionano anche l'esigenza di ricostruire la «*volontà ipotetica*» delle parti: si veda *supra*, nota 59.

⁶⁷ Proposta, rispettivamente, domanda di nullità totale o parziale.

⁶⁸ *Supra*, para. 3.1.a.

⁶⁹ Si veda *supra*, para. 3.1.

⁷⁰ *Ex multis*, Cass. civ. SSUU 41994/2021, Cass. civ. 2314/2016; Cass. civ. 1189/2003, in *Mass. Giur. It.*, 2003; Cass. Civ. 10536/2002, in *Mass. Giur. It.*, 2002 e *Arch. Civ.*, 2003; Cass. Civ. 6036/1995: «*la parte interessata è tenuta a dimostrare che la clausola colpita da invalidità non ha esistenza autonoma e non persegue un suo risultato distinto, ma è in correlazione inscindibile con il resto*»; Cass. civ. 2340/1995; Cass. civ. 5675/1987, in *Foro It.*, 1988; nella giurisprudenza di merito, tra le più recenti Corte d'Appello Brescia, 31 gennaio 2019, n. 189. Tutte le pronunce citate sono consultabili accedendo alla banca dati *OneLegale*.

⁷¹ Per es., R. SACCO, *Il contratto*, T. 1, cit., p. 550, osserva come l'art. 1424 c.c. porti, nel dubbio, alla nullità, mentre l'art. 1419, comma 1 c.c. porti, nel dubbio, alla conservazione; P. GALLO, op. ult. cit., pp. 1959-1960, che parla di una tendenza «*a presumere la conservazione del contratto*», A. DI MAJO, op. cit., p. 104, M. MANTOVANI, op. ult. cit., p. 110, ove ampi riferimenti di giurisprudenza; E. RABITTI, op. cit., pp. 592-593.

⁷² Cass. civ. 16017/2008, in *Mass. Giur. it.*, 2008 e consultabile accedendo alla banca dati *OneLegale*: «*l'effetto estensivo della nullità della singola clausola o del singolo patto all'intero contratto, avendo carattere eccezionale rispetto alla regola della conservazione, non può essere dichiarato d'ufficio dal giudice ed è onere della parte che assume l'anzidetta estensione di allegare*

si registravano voci favorevoli all'iniziativa officiosa⁷³. Era stata invece ammessa la rilevanza d'ufficio della nullità parziale qualora fosse stato domandato l'accertamento della nullità totale, poiché, in tal caso, il giudice si sarebbe pronunciato nei limiti della domanda⁷⁴.

La questione ha avuto un punto di svolta con le note sentenze gemelle a Sezioni Unite nn. 26242 e 26243 del 2014, che hanno affermato espressamente la rilevanza d'ufficio della diversa estensione oggettiva della nullità invocata in giudizio⁷⁵. L'argomentazione si è basata sull'assenza di preclusioni nel tenore letterale dell'art. 1421 c.c. e sulla differenza tra rilievo d'ufficio e dichiarazione d'ufficio della nullità: se il rilievo d'ufficio consiste nell'ampiamiento delle questioni controverse tra le parti, non sussiste alcuna ragione per impedire al giudice di indicare loro la diversa estensione della nullità, ex art. 101, comma 3 cpc. Si vengono a creare, così, i seguenti scenari⁷⁶.

Proposta domanda di nullità parziale e rilevata d'ufficio la nullità totale, il giudice solleciterà le parti a prendere posizione sul punto. Queste potranno domandare l'accertamento della nullità totale o insistere nel domandare la declaratoria della sola nullità

tempestivamente, e di provare con ogni mezzo idoneo, l'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dal patto inficiato da nullità»; Cass. civ. 1189/2003, in Mass. Foro it., 2003, Cass. civ. 1306/1995, e si vedano le pronunce più risalenti citate da M. MANTOVANI, op. cit., p. 110. Contra, Cass. civ. 321/1988, che aveva ritenuto rilevabile d'ufficio la nullità di un contratto collegato ad altro nullo.

In dottrina, approvano l'orientamento, per esempio, A. DI MAJO, op. cit., p. 104: «ciò significa che, anche su questo terreno, la regola della rilevanza d'ufficio della nullità (art. 1421 c.c.) soffre eccezione. Occorre rispettare il principio della domanda, naturalmente supportata da prova, per risolvere il dilemma nullità parziale o totale»; M. MANTOVANI, op. ult. cit., p. 110; P. GALLO, op. ult. cit., p. 1960.

⁷³ Per es., C. M. BIANCA, op. ult. cit., p. 584, ma già così nelle edizioni precedenti de *Il contratto* (es.: la II Ed., Milano, 2000, p. 640), G. FILANTI, op. cit., p. 8; R. SACCO, op. ult. cit., p. 548, che osserva come, negando il rilievo officioso, si finisce sostanzialmente per affermare l'annullabilità del contratto nullo ex art. 1419, comma 1 c.c.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 813, dopo aver espresso perplessità in ID., *I poteri del giudice ex art. 1421 c.c. e la nullità parziale del contratto*, in *Foro pad.*, 1971, I, pp. 1099 ss.; 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. 49.

⁷⁴ Così espressamente Cass. civ. 16017/2008, cit. che, tuttavia, non solo ha rilevato d'ufficio la questione, ma ha dichiarato, in assenza di domanda, la sola nullità parziale.

⁷⁵ Tra i molti contributi dedicati ai due arresti delle SSUU, si vedano A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevanza officiosa a tutto campo (o quasi)*, in *Foro it.* 2015, I, pp. 916 ss.; S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: «quid iuris»?», in *ivi*, pp. 928 ss.; F. DI CIOMMO, *La rilevanza d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, in *ivi*, pp. 922 ss.; S. MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *ivi*, pp. 931 ss.; A. PROTO PISANI, *Rilevanza d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, in *ivi*, pp. 944 ss.; M. ADORNO, in *ivi*, pp. 911 ss.; S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *NGCC*, 2015, II, pp. 185 ss. e ID., «Parigi val bene una messa»? *Le Sezioni unite sul rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito*, in *Il giusto proc. civ.*, 2015, pp. 137 ss.; C. CONSOLO - F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, pp. 225 ss.; I. PAGNI, *Nullità del contratto. Il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.* 2015, pp. 72 ss.; M. COCCO, *Rilevanza d'ufficio della nullità negoziale*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 2319 ss.; C. CAVALLINI, *Il principio della domanda e la «giustizia della decisione». Verso una nuova iurisprudenza?* in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 302 ss.*

⁷⁶ In particolare, si veda Cass. civ. SSUU 26242/2014 ai §§ 6.16 ss.

parziale. Nel primo caso, il giudice pronuncerà sulla domanda, dandone atto nel dispositivo; nel secondo, rigetterà la domanda di nullità parziale, in modo da non attribuire alcuna efficacia a un atto nullo⁷⁷.

Nel secondo scenario, una parte ha agito in giudizio per l'accertamento della nullità totale, ma il giudice ha rilevato la nullità solo parziale. Sottoposta la questione alle parti, davanti a una domanda di nullità parziale, il giudice potrà accoglierla dandone atto nel dispositivo; qualora, invece, la parte insista sulla domanda di nullità totale, il giudice non potrà pronunciare la nullità parziale e dovrà rigettare la domanda, pena una inammissibile «*sovrapposizione del proprio decisum alla valutazione e alle determinazioni dell'autonomia privata espresse in seno al processo*»⁷⁸.

Il nuovo orientamento risulta accolto dalla giurisprudenza successiva, che pratica il rilievo d'ufficio della diversa estensione della nullità⁷⁹. Di questi profili si dovrà tenere conto per ricostruire le vicende scaturenti dall'adozione di un patto sulla nullità parziale.

3.2. L'art. 1419, comma 2 c.c.: cenni

Mentre per il primo comma della norma in esame si è resa necessaria un'indagine abbastanza ampia, volta a precisarne il funzionamento, per il suo capoverso sembra sufficiente limitarsi ad alcuni cenni.

⁷⁷ Naturalmente, ove ritenga fondato il proprio sospetto circa la nullità totale del contratto, nonostante l'interlocuzione delle parti sul punto.

⁷⁸ Così Cass. civ. SSUU 26242 e 26243/2014, § 6.17.1. Chiaramente, ove non ritenga provato il nesso "di interdipendenza" tra la clausola nulla e il resto del contratto invocato dalla parte che ha agito per la nullità totale.

⁷⁹ Per es., Cass. civ. 16051/2018, in un contenzioso conclusosi con il rigetto della domanda di nullità totale relativa a un contratto che la Corte d'appello aveva ritenuto viziato solo con riferimento a una clausola, assente la domanda di nullità parziale; Cass. civ. 2910/2016, che ha cassato la sentenza d'appello che aveva ritenuto inammissibile la domanda di nullità parziale proposta per la prima volta in appello. Tuttavia, va sottolineato un *obiter* contenuto nella recente Cass. civ. SSUU 41994/2021, che hanno stabilito la nullità parziale delle clausole delle fideiussioni conformi allo schema ABI giudicato integrante un'intesa restrittiva della concorrenza: al § 2.15.1. si legge che «*la regola dell'art. 1419 c.c., comma 1 [...] enuncia il concetto di nullità parziale ed esprime il generale favore dell'ordinamento per la "conservazione" [...] degli atti di autonomia negoziale [...]. Da ciò si fa derivare il carattere eccezionale dell'estensione della nullità che colpisce la parte o la clausola all'intero contratto, con la conseguenza che è a carico di chi ha interesse a far cadere in toto l'assetto di interessi programmato fornire la prova dell'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dalla parte nulla, mentre resta precluso al giudice rilevare d'ufficio l'effetto estensivo della nullità parziale all'intero contratto*». Al successivo § 2.20.2., si afferma che «*il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale. E tuttavia, qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa non potendo inammissibilmente sovrapporsi alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo (Cass. Sez. U., 12/12/2014, nn. 26242 e 26243; Cass., 18/06/2018, n. 16501)*» (enfasi nostre). Si può insinuare il dubbio che le SSUU del 2021 abbiano confermato il rilievo d'ufficio della nullità parziale, mentre abbiano smentito il rilievo d'ufficio della nullità totale.

L'art. 1419, comma 2 c.c. prevede che «*la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative*». La norma ha sollevato numerosi interrogativi ed è stata oggetto di una grande elaborazione da parte della dottrina⁸⁰; tuttavia, ai fini della discussione circa la validità dei patti sulla nullità parziale ci si può limitare a sottolineare la sua totale indifferenza rispetto all'evenienza che la sostituzione porti a un esito confliggente con lo scopo perseguito dalle parti tramite il loro regolamento contrattuale. Se l'art. 1419, comma 1 c.c. reca una disciplina rispettosa dell'autonomia privata, il secondo comma, al contrario, prevede una regola «*diretta a comprimerla*»⁸¹, mostrando così una «*completa inversione della prospettiva politica*» rispetto a quella che anima il primo capoverso dell'articolo⁸². Così, la dimostrazione che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità, elemento centrale del comma 1, è radicalmente irrilevante⁸³. Il combinarsi degli effetti dell'art. 1339 e 1419, comma 2 c.c. porta al mantenimento di un contratto non più del tutto riferibile a quello voluto dalle parti⁸⁴, per effetto di un fenomeno che, più che afferire alla nullità, deve configurarsi in termini di integrazione legale⁸⁵. Queste caratteristiche saranno decisive quando si analizzerà il problema della validità dei patti sulla nullità parziale incidenti su clausole interessate dal meccanismo degli artt. 1339 e 1419, comma 2 c.c., specie ove le parti abbiano previsto una clausola sostitutiva di quella nulla⁸⁶.

3.3. Validità ed efficacia dei patti sulla nullità parziale con riferimento al comma 1 dell'art. 1419 c.c.

⁸⁰ Per es., ci si è interrogati sui rapporti tra l'art. 1419, comma 2 c.c. e l'art. 1339 c.c., sul significato del termine "clausola", sulla nozione di "norma imperativa", sulla disciplina da riservare qualora la legge vieti una clausola (nullità testuale) senza però prevederne la sostituzione, sull'applicabilità dell'art. 1419, comma 2 c.c. in caso di contrasto del patto con norme imperative e sul connesso problema della possibilità di desumere natura sostitutiva della norma imperativa in via interpretativa, sulla rilevanza dell'eventuale sopravvenienza di una norma imperativa. Per tutti questi profili, di indubbio interesse ma esorbitanti dall'ambito di questa trattazione, si rinvia a A. DI MAJO, op. ult. cit., pp. 107 ss.; P. GALLO, op. ult. cit., pp. 1964 ss.; M. MANTOVANI, op. ult. cit., pp. 116 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, cit., pp. 552 ss.; V. FRANCESCHELLI, op. cit., pp. 175 ss.; R. TOMMASINI, op. ult. cit., pp. 905 ss., tutti con ampio apparato bibliografico.

⁸¹ M. MANTOVANI, op. cit., p. 117; R. TOMMASINI, voce *Nullità*, cit., p. 907, che parla di una funzionalizzazione della norma a «*precise scelte di programmazione ed intervento*».

⁸² V. ROPPO, op. ult. cit., p. 717.

⁸³ Si vedano gli Autori citati nelle note precedenti, ai quali *adde* R. SACCO, *Il contratto*, cit., pp. 553-554, ove un'interessante analisi delle ragioni sottese alla scelta di mantenere il contratto con la clausola imposta anziché sancirne la nullità totale; A. DI MAJO, op. cit., p. 108.

⁸⁴ M. MANTOVANI, op. cit., p. 116.

⁸⁵ V. ROPPO, op. ult. cit., p. 718, ritiene insensato parlare di nullità in questo caso; similmente anche M. MANTOVANI, op. cit., p. 117, ove ulteriori riferimenti.

⁸⁶ Si veda *infra*, para. 4.3.a.

Conclusa l'analisi all'art. 1419 c.c., è possibile procedere ad esaminare le posizioni espresse dalla dottrina circa il problema della validità dei patti sulla nullità parziale, per poi effettuare alcune osservazioni.

A beneficio della chiarezza del discorso, è necessario premettere alcune avvertenze. Innanzitutto, il panorama dei contributi dottrinali è molto vario e non sempre gli Autori si attestano su posizioni nette, rendendo più difficile un'opera di sintesi e confronto⁸⁷. Inoltre, le conclusioni divergono a seconda che il problema sia affrontato dall'angolo di visuale del primo o del secondo comma dell'art. 1419 e, nel contesto del primo comma, a seconda della tesi, soggettiva od oggettiva, ritenuta preferibile per compiere il giudizio di essenzialità. Un ultimo fattore rilevante è la circostanza che il patto si riferisca specificamente ad alcune clausole del contratto oppure indifferentemente a tutte. Pertanto, in questa prima parte, ragioni di chiarezza suggeriscono di analizzare solo le ricostruzioni elaborate con riferimento ai rapporti tra i patti sulla nullità parziale "specifici" e il comma 1 dell'art. 1419 c.c. Successivamente, si esaminerà il problema nella prospettiva del secondo comma e, da ultimo, si prenderanno in considerazione le clausole *omnibus*. Le varie tesi si raggrupperanno in due categorie: da una parte, gli autori che ritengono che le clausole vincolino l'interprete; dall'altra,

⁸⁷ Per es., A. D'ADDA, *Invalidità dei patti abusivi*, cit., p. 489, afferma che «che si dica che il patto di essenzialità metta tout court fuori gioco la regola dell'art. 1419 c.c., ovvero semplicemente renda agevole il giudizio di nullità parziale – perché l'interprete avrà chiara la percezione del "peso" della clausola – poco rileva: quel che ai nostri fini pare sicuro è che la regola di nullità parziale, pur aperta alla conservazione, non consente di salvare il contratto contro la volontà delle parti, anche laddove ciò appaia razionale». Resta dubbio, quindi, se la clausola deroghi all'art. 1419, comma 1 c.c., oppure agisca solo in sede di prova dell'essenzialità del patto nullo.

S. PAGLIANTINI, *La responsabilità disciplinare del notaio tra nullità parziale, relatività della legittimazione e nullità inequivoca*, in *Contr.*, 2011, p. 932, critica l'impostazione che ritiene necessario esercitare un vaglio di non-abusività della clausola (su cui *infra*) e rigetta «la logica liberalizzante di una volontà ipotetica»; alla nota 83, la validità delle clausole in esame viene argomentata proprio in quanto esse esprimono una «reale volontà contrattuale» e non già una «voluntas hypothetica presunta iuris tantum». La nota 83 si conclude con la citazione di G. DE NOVA, *Nuove tutele*, cit., p. 95, che segue la tesi che ritiene che i patti sulla nullità parziale facilitino, senza escluderlo, il giudizio *ex art.* 1419 c.c.

Per P. GALLO, op. ult. cit., pp. 1962-1963, le clausole di inscindibilità sarebbero valide «salvi ovviamente i normali limiti dell'autonomia privata» quali «le norme imperative che prevedono la sostituzione legale della clausole nulle, e così via». Quanto alle clausole di scindibilità, esse «non potrebbero peraltro a loro volta porsi in contrasto con i principi dell'ordinamento o consentire in qualche misura di sanare un contratto nullo». Tuttavia, non viene precisato quali limiti dell'autonomia privata e a quali principi dell'ordinamento vengano in rilievo.

G. DE NOVA, *The Law which governs this agreement*, cit., p. 41, afferma che la clausola di *severability* "omnibus" è sicuramente nulla", se considerata come deroga all'art. 1419 c.c., e che l'unica possibilità di ritenerla valida è leggerla come una «clausola con cui le parti dichiarano che il contratto è composto di precetti inscindibili: ma una dichiarazione così generica convince poco». Non è del tutto chiaro se la perplessità sorga in relazione alla genericità della clausola o alla possibilità di ritenerla una dichiarazione di inscindibilità. Resta, poi, il dubbio circa la sorte di un'eventuale clausola di (in)scindibilità specificamente riferita ad alcuni patti del contratto che la include.

Da ultimo, denuncia la difficoltà di precisare i contorni del discorso il fatto che, secondo noi, G. LENER, op. ult. cit., pp. 1105 ss. sia da ascrivere agli autori che, in certi limiti, reputano vincolante la clausola, mentre R. TUCCILLO, op. cit., p. 1291, nota 26, ritiene che, per questo autore, le clausole abbiano solo una «rilevanza probatoria». Per un'analisi di entrambe le tesi, si veda *infra*, para. 3.3.a. e 3.3.b.

quelli che, invece, attribuiscono loro un valore solo indicativo. Ciascuna di esse sarà corredata da un breve commento, in cui si esporranno alcuni rilievi relativi alla tesi in sé considerata, senza, cioè, confrontarla con le altre. Una volta conclusa l'esposizione critica dello stato della dottrina, si enuncerà la tesi che si ritiene preferibile.

3.3.a. Tesi che ritengono validi i patti sulla nullità parziale

Una prima elaborazione prende le mosse dall'impostazione che ritiene che il vaglio di essenzialità *ex art. 1419, comma 1 c.c.* debba avvenire ricercando la volontà reale dei contraenti⁸⁸. Coerentemente, ove le parti abbiano concordato che il contratto si consideri «*non voluto se colpito da nullità parziale e, quindi, come se non concluso*», l'unica operazione da compiere sarà interpretare *ex artt. 1362 ss. c.c.* la relativa clausola. Qualora tale volontà venga accertata, il contratto dovrà essere ritenuto totalmente nullo⁸⁹.

Questa ricostruzione, dunque, ritiene valide e vincolanti le clausole sulla nullità parziale. Essa è senz'altro coerente con le premesse ed è apprezzabile, nella parte in cui si premura di indicare all'interprete quali operazioni compiere davanti a una clausola di (in)scindibilità. Tuttavia, si è visto come la lettura dell'*art. 1419, comma 1 c.c.* operata in chiave di ricostruzione di una volontà reale sia superata dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti⁹⁰. Inoltre, non viene precisato se e come possa accadere che un'operazione ermeneutica giunga a esiti opposti da quelli previsti dalla clausola sulla nullità parziale.

Una seconda teoria si muove nell'alveo della tesi della "volontà presunta" e ritiene «*vincolanti per l'interprete*» le clausole di *severability* e *inseverability* formulate specificamente. Premesso che l'*art. 1419, comma 1 c.c.* impone di ricostruire a posteriori la volontà ipotetica delle parti, ove i contraenti abbiano dichiarato una volontà espressa e dato un'interpretazione "autentica" al contratto non residuerà alcuno spazio per affermare una volontà diversa⁹¹.

⁸⁸ G. CRISCUOLI, *op. ult. cit.*, pp. 232 ss.

⁸⁹ Alle pp. 234 ss. si aggiungono poi alcune precisazioni: tale manifestazione di volontà può essere anche tacita ed è sufficiente la "non-volizione" di uno solo dei contraenti per fare cadere l'intero accordo; la clausola di inscindibilità non è valida (pare) qualora le parti fossero consapevoli della nullità del patto a cui si riferisce perché, stipulandolo ugualmente, l'hanno contraddetta; l'*art. 1366 c.c.* impone di ritenere irrilevanti le manifestazioni di volontà sorte «*esclusivamente sulla base dell'interesse individuale ed egoistico*»; l'*art. 1367 c.c.* è inapplicabile in quanto derogato dall'*art. 1419, comma 1 c.c.*, che costituisce norma speciale.

⁹⁰ *Supra*, para. 3.1.b.

⁹¹ V. DI GRAVIO, *Clausola che regola le conseguenze dell'invalidità*, *cit.*, pp. 680-681; similmente anche A. D'ADDA, *op. ult. cit.*, p. 489, che però non assume una posizione netta circa il meccanismo giuridico tramite cui si espliciti questa vincolatività. Non a caso, S. PAGLIANTINI, *La responsabilità disciplinare del notaio*, *cit.*, p. 932, parla di «*logica liberalizzante della volontà ipotetica*».

La tesi non pare convincente: a differenza della prima ricostruzione, non viene dato spazio alla possibilità di interpretare la clausola; in secondo luogo, non si precisa quale sia la sua incidenza, che si potrebbe esplicitare a tre livelli diversi: il patto potrebbe essere una valida deroga alla necessità di un giudizio di essenzialità *ex art. 1419, comma 1 c.c.*, che sarebbe reso inoperante; oppure, il patto potrebbe essere valido e rilevante a fini probatori, costituendo una prova insuperabile dell'(in)essenzialità della clausola nulla; ancora, si potrebbe concludere che esso è invalido per contrasto con l'art. 1419, comma 1 c.c., ma, tuttavia, in grado di svolgere l'efficacia probatoria appena citata⁹². Da ultimo, come visto, la tesi preferibile ritiene che il vaglio di essenzialità ivi previsto debba svolgersi a livello oggettivo⁹³.

Altri Autori, infatti, hanno approcciato il problema seguendo un'impostazione più vicina alle interpretazioni oggettive del giudizio di essenzialità *ex art. 1419, comma 1 c.c.*, giungendo, tuttavia, a conclusioni simili. La clausola di inscindibilità è stata valutata alla stregua di una dichiarazione della natura essenziale delle pattuizioni, che non solo non deroga alla norma citata, ma è perfettamente coerente con la sua *ratio*, ossia la salvaguardia dell'idoneità del contratto a perseguire gli scopi delle parti. La clausola di inscindibilità dimostrerebbe che i contraenti non «*considererebbero realizzati gli scopi avuti di mira ove una o più determinazioni fossero colpite da nullità*» e, pertanto, la sua previsione renderebbe «*superflua l'indagine di cui all'art. 1419, comma 1 c.c., [poiché] surrogata da un'espressa manifestazione di volontà*»⁹⁴. Considerare invalido il patto in esame sarebbe una «*conclusione che tradisce profondamente lo spirito della norma*»⁹⁵.

Tuttavia, l'espressione «*l'indagine di cui all'art. 1419, comma 1, c.c. è resa superflua, e viene surrogata da un'espressa manifestazione di volontà*» pare solo descrittiva, perché non precisa effettivamente i rapporti tra questa disposizione e i patti in commento. In secondo luogo, non vengono affrontate le interferenze tra le clausole sulla nullità parziale e l'eventuale materiale extratestuale che deponga, invece, per attribuire al patto nullo una rilevanza

⁹² Un'ambiguità di questo tipo ci pare ravvisabile anche in A. D'ADDA, *Invalidità dei patti abusivi*, cit., p. 489, su cui *supra*, nota 87.

⁹³ *Supra*, para. 3.1.b.

⁹⁴ M. TAMPONI, op. cit., p. 156, ove ulteriori precisazioni circa l'accezione oggettiva in cui deve essere riguardata la clausola in esame. Similmente, seppure dubitativo, G. SICCHIERO, op. ult. cit., p. 261: «*risultando espressamente la volontà delle parti circa l'inscindibilità del vincolo, verrebbe addirittura precluso il rinvio al criterio della buona fede quale elemento di valutazione della corrispondenza del residuo regolamento all'interesse delle parti, avendo le stesse provveduto a superare ogni dubbio sulla valenza, nell'economia del loro accordo, della parte residua del contratto*» e anche V. ROPPO, op. ult. cit., p. 700, seppure fugacemente: «*il problema della nullità parziale, che la norma mira a risolvere, non si pone se non quando gli interessati abbiano mancato di prevedere e/o disciplinare l'eventualità di siffatta ipotesi*»: si dovrebbe concludere che le parti potrebbero validamente pattuire una clausola di (in)scindibilità, in grado di rendere inoperante il giudizio *ex art. 1419, comma 1 c.c.*

⁹⁵ M. TAMPONI, op. cit., p. 155.

opposta a quella dichiarata nella clausola di (in)essenzialità. Da ultimo, interpretare le pattuizioni in esame come semplici «dichiarazioni [...] che ciascuna delle clausole è reputata essenziale dai contraenti» sembra riduttivo, perché, loro tramite, le parti intendono sostituire il proprio apprezzamento all'indagine di cui all'art. 1419, comma 1 c.c., e non già solo fare presente la natura essenziale della clausola viziata⁹⁶.

Un altro contributo è giunto a ritenere valida una *inseverability clause* “omnibus”, lasciando, però, spazio per eventuali limitazioni della sua portata⁹⁷. Il percorso seguito è articolato. La pattuizione è stata ritenuta valida e vincolante per l'interprete, ma si è ritenuto possibile circoscriverla in via interpretativa alle sole clausole risultanti effettivamente di importanza primaria. A questo scopo, premesso che il patto di inscindibilità è una clausola come le altre, si è fatto ricorso agli artt. 1362 e 1363 c.c. che, dettando il canone ermeneutico «della totalità», permetterebbero di leggere la clausola di essenzialità *omnibus* come riferita solo a patti di rilevanza effettivamente primaria, la cui inscindibilità verrebbe, quindi, definitivamente confermata⁹⁸. In caso di operazioni economiche complesse, poi, sarebbe estremamente arduo ricostruire il ruolo svolto dalla pattuizione nulle: un eventuale patto di inscindibilità, anche *omnibus*, apparirebbe allora di «assoluta razionalità» e, quindi, il giudice dovrebbe sempre decidere conformemente ad esso, per non «rischiare di imporre alle parti scelte non volute»⁹⁹. In conclusione, un esito difforme dalla portata precettiva della clausola potrebbe essere sostenuta soltanto dietro una «adeguata dimostrazione, avvalendosi dei canoni ermeneutici previsti dall'ordinamento».

⁹⁶ Si veda *infra*, para. 3.3.c.

⁹⁷ G. LENER, op. ult. cit., prendendo le mosse da un caso reale, dove la clausola era contenuta in un contratto relativo a una complessa operazione societaria. La rilevanza e l'originalità di questa tesi ne suggeriscono l'esame in questa sede, seppure la clausola fosse “*omnibus*”. Il contratto era l'accordo Formenton/CIR del dicembre 1988, comprendente una permuta di azioni e un patto di sindacato di gestione. La clausola disponeva: «La Famiglia Formenton e la CIR si danno atto che le pattuizioni della presente Convenzione costituiscono un insieme inscindibile ed equilibrato di diritti e di doveri, e vanno di conseguenza considerate e attuate nella loro interezza». Domandata la caducazione totale del contratto per effetto della nullità del patto di sindacato ivi incluso, il collegio arbitrale aveva ritenuto superabile l'art. 9 e confinato la nullità al solo sindacato di voto; la Corte d'appello di Roma, invece, aveva esteso la nullità. La significatività della pronuncia della Corte, tuttavia, è sminuita dalla condanna in via definitiva per corruzione del giudice relatore.

⁹⁸ Si aggiunge poi che la clausola di inscindibilità dovrebbe essere ritenuta valida tanto quanto la clausola risolutiva espressa, che esclude un vaglio circa l'effettiva importanza dell'obbligazione ivi prevista. Né varrebbe affermare la natura di “clausola di stile” della clausola di *inseverability* generica: su questo profilo, si veda *infra*, para. 5. Al confronto con la clausola risolutiva espressa, si può replicare che la disciplina della risoluzione del contratto è derogabile e l'art. 1456 c.c. prevede espressamente il patto in esame; al contrario, la disciplina della nullità è inderogabile e la clausola di inscindibilità non è espressamente prevista. Il paragone, dunque, non pare probante; al più, vale solo per illustrare la funzione della clausola, che evita le incertezze del giudizio.

⁹⁹ G. LENER, op. ult. cit., p. 1108.

Questa lettura è apprezzabile per due aspetti: la valorizzazione del contesto in cui si colloca la clausola di inscindibilità e il tentativo di ancorare a norme di legge ben individuate il procedimento seguito per negarle valore vincolante. Restano, tuttavia, alcune perplessità: ipotizzando una clausola di inscindibilità specifica che, tuttavia, si riferisca a un patto di importanza secondaria, l'interpretazione *ex artt.* 1362 e 1363 c.c. potrebbe neutralizzarla del tutto? In secondo luogo, la clausola viene fundamentalmente resa inutile, poiché ribadirebbe gli esiti a cui già si perverrebbe effettuando il vaglio *ex art.* 1419, comma 1 c.c. In terzo luogo, non viene dato risalto al fatto che l'art. 1419, comma 1 c.c., nel dubbio, fa prevalere la conservazione del contratto¹⁰⁰.

3.3.b. Tesi che ritengono non decisivi, ma comunque rilevanti, i patti sulla nullità parziale

Per la tesi maggioritaria, il patto sulla nullità parziale non vincola l'interprete, anche ove esso indichi specificamente le clausole alle quali si riferisce. Tuttavia, le argomentazioni spese per raggiungere questa conclusione sono diverse, come varia anche il livello di significatività attribuito ai patti.

Un primo contributo ha posto alla base del ragionamento il dato incontrovertibile che una clausola non è una norma giuridica e, quindi, al di là di formulazioni suggestive, non può instaurare un dialogo diretto con l'interprete¹⁰¹. Piuttosto, l'autonomia delle parti può fornire al giudice il criterio *«per indicare elementi di fatto che successivamente dovranno essere interpretati»*. Dunque, la clausola di *severability* *«non deve essere intesa come sostitutiva dell'art. 1419, comma 1°, c.c.»*, ma come guida fornita all'interprete per effettuare il giudizio *ex art.* 1419, comma 1 c.c.: *«in presenza di questa disposizione, è verosimile pensare che nessuna parte del contenuto del contratto colpita*

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 1108-1109, ove si legge che nella clausola *«si sarebbe dovuta ravisare una deroga al principio cardine dell'art. 1419 c.c.»*. Piuttosto, si dovrebbe dire che il giudizio *ex art.* 1419 c.c. dovrebbe comunque portare alla conclusione dell'inscindibilità. Inoltre, il discorso prosegue mostrando. Tuttavia, il contributo si chiude ribadendo la tesi riportata nel testo: *«quanto rilevato non implica l'adozione del solo criterio di interpretazione letterale [...], ma riafferma l'esigenza [...] che chi sostiene che una clausola abbia una portata precettiva difforme da quella risultante dal suo tenore letterale ne dia adeguata dimostrazione, avvalendosi dei canoni ermeneutici previsti dall'ordinamento»*. Forse, il riferimento alla clausola risolutiva espressa vale come argomento *ad abundantiam*, svolto per rimarcare la cautela con cui deve essere svolto il giudizio *ex art.* 1419, comma 1 c.c.

¹⁰¹ M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, cit., pp. 83-84: *«per [la clausola di scindibilità], le parti sembrano volere instaurare un dialogo diretto con il giudice, al di fuori della mediazione della norma giuridica; sembra quasi che le parti abbiano voluto elevare la clausola contrattuale al livello della norma giuridica. È certo, tuttavia, che [...] non è possibile che una clausola contrattuale sia una norma giuridica [...]. L'attività [negoziale] appartiene all'autonomia contrattuale, dunque al fatto (il contratto), non al valore (la norma giuridica)»*.

dalla nullità sia stata determinante»¹⁰². La tesi è interessante e condivisibile nei risultati. Tuttavia, ci pare di poter dire che la clausola non può vincolare direttamente il giudice solo qualora sia nulla¹⁰³, che è esattamente la tesi che si deve dimostrare: la clausola conforme alla legge, infatti, deve essere rispettata.

Ancora, nel contesto di un altro studio dedicato alla clausola di *severability*, la sua natura non vincolante è stata fatta discendere dall'inderogabilità dell'art. 1419, comma 1 c.c. Tuttavia, alla pattuizione è stato riconosciuto un valore probatorio: richiamato l'orientamento unanime della giurisprudenza in materia di onere della prova della nullità totale, si è affermato che la sua presenza renderebbe più difficile dimostrare l'interdipendenza tra la parte nulla e il resto del contratto¹⁰⁴. A differenza della prima tesi riportata, quindi, la clausola non costituirebbe una prova incontestabile della scindibilità del contratto¹⁰⁵. Tuttavia, non viene descritto compiutamente il ragionamento che conduce a negare la vincolatività della clausola.

Un'altra voce è giunta ad esiti simili, sulla scorta, tuttavia, di un ragionamento diverso, imperniato sulla qualificazione dei patti in esame quali dichiarazioni di scienza¹⁰⁶. Anche in questo caso si sono prese le mosse dalla natura imperativa dell'art. 1419, comma 1 c.c. «*che il giudice interno ha sicuramente il compito di riaffermare contro ogni espressione difforme dell'autonomia privata*». Per sottrarre la clausola dalla nullità per contrasto con questa disposizione, si è ritenuto necessario intenderla non come un'inammissibile deroga convenzionale al giudizio di essenzialità, ma come una dichiarazione della natura (in)scindibile dei patti che compongono il contratto: «*qualcosa [...] di più simile a una dichiarazione di scienza, rilevante a fini ermeneutici, che non a una previsione di carattere propriamente negoziale*»¹⁰⁷. Così ricostruita, nel contesto del giudizio *ex art.* 1419, comma 1 c.c. la clausola non potrà certamente essere

¹⁰² L'Autore, *ivi*, propone lo stesso ragionamento anche per le clausole di qualificazione, definizione e intero accordo. Ferma la premessa comune incentrata sulla differenza tra clausola e norma giuridica, si afferma che «è più logico pensare che quelle stesse clausole, apparentemente rivolte all'interprete, siano un modo per chiarire il contenuto del contratto, nel senso che costituiscono il criterio scelto dalla parti per indicare elementi di fatto che successivamente dovranno essere interpretati. Ciò comporta che l'interprete del contratto non può prescindere dal contenuto della clausola non perché questa si sostituisca alla norma, ma perché attraverso di questa si chiarisce "quale sia stata la comune intenzione delle parti" (art. 1362, comma 1°, c.c.)».

¹⁰³ Con le parole dell'Autore, «*instaurare un dialogo diretto con il giudice, al di fuori della mediazione della norma giuridica*».

¹⁰⁴ R. TUCCILLO, *op. cit.*, p. 1291. L'Autore precisa che la clausola non può spostare l'onere della prova; tuttavia, l'avvertenza sembra superflua, poiché, come visto *supra*, para. 3.1.c., l'onere di provare l'essenzialità della parte nulla grava già sulla parte che domandi l'accertamento della nullità totale.

¹⁰⁵ V. DI GRAVIO, *op. ult. cit.*, p. 681.

¹⁰⁶ E. LUCCHINI GUASTALLA, *op. cit.*, p. 740.

¹⁰⁷ *Ibidem*. L'Autore riprende un'analoga osservazione di G. DE NOVA, voce *Contratti di impresa*, in *Enc. dir.*, *Ann.* Vol. IV, Milano, 2011, p. 248.

ritenuta vincolante, ma nemmeno irrilevante, poiché indice della circostanza che le parti ritengono raggiungibile lo scopo del contratto anche qualora fosse nulla la clausola interessata dalla previsione di scindibilità¹⁰⁸. Inoltre, la clausola svolgerà un'apprezzabile funzione in termini di economia processuale, semplificando il giudizio di essenzialità.

Rispetto alla tesi riportata all'inizio del presente paragrafo, questa opera, per così dire, "a monte": la prima tesi ritiene che i patti sulla nullità parziale siano nulli per contrasto con l'art. 1419, comma 1 c.c., ma reputa comunque possibile attribuire loro una rilevanza probatoria; la teoria in commento, invece, proprio per salvare il patto dalla nullità lo interpreta come una semplice dichiarazione di scienza, altrettanto non vincolante, ma sempre rilevante a fini probatori. Al riguardo, sembra che l'Autore in commento operi, sostanzialmente, un'interpretazione conservativa ex art. 1367 c.c. del patto sulla nullità parziale. L'elaborazione ha il pregio di fornire una soluzione equilibrata e di farlo sulla scorta di un ragionamento giuridico chiaro, che richiama la natura imperativa dell'art. 1419 c.c. e prova a risolvere il contrasto attribuendo alla clausola la natura di dichiarazione di scienza. Tuttavia, anche in questo caso si deve dare conto di alcune perplessità.

Com'è stato rilevato, le parti non dichiarano semplicemente di riconoscere la natura marginale o essenziale di un certo patto, ma lo fanno poiché vogliono che questa circostanza determini l'eventuale giudizio di nullità parziale: pertanto, non di dichiarazione di scienza si tratta, ma di vera e propria manifestazione di volontà¹⁰⁹. Questo dovrebbe valere anche per i patti con cui le parti si limitano ad affermare la natura scindibile di una certa clausola, senza affermare direttamente che la sua nullità si estenderà o meno al resto: infatti, anche in questo caso la dichiarazione di scienza nasconde la volontà di determinare la sorte del contratto. Né pare possibile ridurre, in via interpretativa, una manifestazione di volontà a dichiarazione di scienza: il divario tra le due categorie è troppo ampio e, inoltre, l'art. 1367 c.c. opera solo «*nel dubbio*», requisito che non pare ricorrere in queste situazioni.

Più di recente, è stata proposta una terza ricostruzione che è pervenuta anch'essa alla conclusione del valore solo indiziario dei patti sulla nullità parziale. L'elaborazione si segnala

¹⁰⁸ O, in caso di *inseparability clause*, perché indice della circostanza che le parti ritengono irraggiungibile lo scopo del contratto senza il patto nullo: si veda E. LUCCHINI GUASTALLA, op. cit., p. 740, nota 19.

¹⁰⁹ E. CARBONE, op. cit., pp. 1219-1220; G. DE NOVA, *The law which governs this agreement*, cit., p. 16, citato da E. LUCCHINI GUASTALLA, si mostra perplesso rispetto alla possibilità di intendere i patti in esame come dichiarazioni di scienza: «una dichiarazione così generica [quella avente a oggetto la natura scindibile dei precetti che compongono il contratto] convince poco».

per essere la più articolata e argomentata tra quelle finora avanzate dalla dottrina e il suo percorso si snoda attraverso quattro passaggi¹¹⁰.

In primo luogo, ci si è domandati quale valore abbiano i patti in esame negli ordinamenti anglosassoni di origine. Ripercorsa la dottrina della *severance*, dalla sua variante originaria «*meramente grammaticale*» della *blue pencil rule* fino all'ammissibilità delle *extrinsic evidences*, si è dato conto del fatto che, coerentemente con tale evoluzione e con il fondamento volontaristico della teoria, le (*in*)*severability clauses* manifestano una volontà demolitoria o conservativa, che tuttavia resta superabile qualora elementi extratestuali testimonino una differente intenzione¹¹¹. In questo contesto, le clausole vengono impiegate per circoscrivere l'intervento giudiziale qualora venga ravvisata una causa di nullità parziale.

Giunti a questa conclusione, si è analizzato l'art. 1419, comma 1 c.c., attribuendogli natura di «*regola presuntiva*». Rigettate le tesi che leggono il giudizio di essenzialità in chiave interpretativa o integrativa¹¹², è stato sottolineato l'utilizzo del verbo “risultare”, che attribuisce alla norma un «*tenore probatorio*». Si è così concluso che, tramite la disposizione in esame, la legge alloca l'onere della prova della nullità totale, gravando chi voglia fare cadere l'intero contratto della prova di dimostrare l'inscindibilità della clausola nulla. L'art. 1419, comma 1 c.c. non regola l'interpretazione dell'essenzialità della clausola nulla ma l'onere di provarla e, nel farlo, ne presume l'inessenzialità¹¹³.

Il terzo passaggio è consistito nell'interrogarsi circa i criteri da adottare per comprendere se la clausola nulla sia essenziale. Il problema è stato risolto applicando le norme generali che regolano l'interpretazione del contratto, con la precisazione che, nel dubbio, la presunzione di inessenzialità dovrà condurre ad affermare la marginalità del patto nullo¹¹⁴.

¹¹⁰ E. CARBONE, op. cit., pp. 1205 ss.

¹¹¹ Si rimanda a E. CARBONE, op. cit., pp. 1206-1210 e agli autori ivi citati. In particolare, si segnala il lavoro di F. ZICCARDI, “Severance” e nullità parziale del contratto, cit., pp. 1143 ss. Per alcune interessanti considerazioni di stampo pratico, si veda R. K. LIVELY, op. cit., pp. 339-370, che confronta le condizioni generali di contratto di Windows Vista, ove mancava una *severability clause*, e quelle di Windows XP, che invece la includevano.

¹¹² Su cui *supra*, para. 3.1.b. L'Autore in commento ritiene che «*leggere la disposizione dell'art. 1419, comma 1°, c.c. in ottica interpretativa o integrativa significa privarla di valenza concreta, giacché essa, quale regola interpretativa, nulla aggiungerebbe alle regole interpretative generali ex artt. 1362-1371 c.c. e, quale regola integrativa, nulla aggiungerebbe all'integrazione ordinaria ex artt. 1374-1375 c.c.*».

¹¹³ L'opinione in esame, a p. 1214, dà conto di alcune ricostruzioni che hanno connotato l'art. 1419, comma 1 c.c. in senso presuntivo, quali la tesi della “volontà presunta”, o della “scindibilità presunta” o della “nullità parziale presunta”. Tuttavia, «*presunta non può essere la volontà ipotetica, atteso il divieto di praesumere de praesumpto; non può essere la nullità parziale, che è una qualità giuridica, non un fatto presumibile; non può essere la scindibilità, che è un dato neutro rispetto all'operazione economica, a questa potendo risultare essenziale anche una clausola scindibile*».

¹¹⁴ Si noti la somiglianza *in parte qua* tra questa tesi e quella della volontà ipotetica, sulla quale *supra*, para. 3.1.b.

Da ultimo, i risultati dell'analisi appena svolta sono stati applicati al problema della validità delle clausole, declinato nel senso di domandarsi quale rapporto intercorra tra di esse e la presunzione di inessenzialità *ex art. 1419, comma 1 c.c.* Così, se la disposizione regola l'onere della prova dell'essenzialità, e l'essenzialità deve essere valutata alla stregua degli artt. 1362 ss. c.c., i patti sulla nullità parziale entrano a far parte degli elementi da vagliare ai fini del giudizio. In questo contesto, gli artt. 1362, comma 2 e 1363 c.c. permetteranno di comprendere l'importanza della clausola viziata, eventualmente anche in contrasto con il tenore del patto sulla nullità parziale. In questo modo, si delinea una dinamica rispettosa della natura probatoria dell'art. 1419, comma 1 c.c. e coerente con le suggestioni provenienti dagli ordinamenti di *Common law*. In caso di dubbio, l'art. 1367 c.c. dovrà determinare la prevalenza della *severability clause*, poiché assicura «*il massimo effetto del contratto cui partecipa*»¹¹⁵; al contrario, in caso di *inseverability clause*, ove il procedimento ermeneutico non giungesse a una conclusione certa, il medesimo art. 1367 c.c. dovrebbe portare a fare prevalere la soluzione conservativa, giungendo a un esito difforme dalla clausola¹¹⁶.

Come accennato, questa elaborazione è la più articolata e argomentata tra quelle finora proposte dalla dottrina¹¹⁷. Sui risultati ai quali essa perviene si prenderà posizione nel paragrafo successivo.

3.3.c. *La tesi preferibile: nullità della clausola per contrasto con l'art. 1419, comma 1, c.c....*

Ora che si sono espone le varie teorie elaborate dalla dottrina circa la validità dei patti in esame, si può procedere ad illustrare la posizione che sembra preferibile. Per dare una soluzione rigorosa è necessario richiamare le conclusioni che si sono formulate circa il

¹¹⁵ E. CARBONE, op. cit., p. 1220.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 1224.

¹¹⁷ Per completezza, si deve dare conto anche della tesi di A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, pp. 170 ss.: l'Autore ritiene che il patto di scindibilità serva a fornire una base negoziale alla presunzione relativa di marginalità della clausola nulla. Tuttavia, come rileva E. CARBONE, op. cit., p. 1219, in questo modo, il patto sarebbe pleonastico.

Si ricorda anche l'interpretazione di S. PAGLIANTINI, op. ult. cit., p. 932: posta l'irrilevabilità d'ufficio della nullità totale, la clausola di *severability* sarebbe valida perché, tramite essa, le parti anticiperebbero una scelta che potrebbe essere compiuta nel processo. Tuttavia, come visto, le Sezioni Unite del 2014 hanno sancito la rilevabilità d'ufficio della nullità totale, facendo venire meno la premessa del ragionamento in esame; in secondo luogo, come osserva E. LUCCHINI GUASTALLA, op. cit., p. 741, «*un conto è la volontà delle parti nella fase precontrattuale e in quella fisiologica del rapporto, mentre ben diverso potrà essere il loro atteggiamento nella fase patologica del rapporto, quando ogni possibile argomentazione potrà rivelarsi utile per scardinare l'assetto negoziale a suo tempo programmato, così da caducarlo per l'interos*»; da ultimo, come già riportato *supra*, nota 87, la tesi in esame non ci pare del tutto chiara.

contenuto dell'art. 1419, comma 1 c.c. e la sua adesione al principio di conservazione del contratto, con la connessa conseguenza in punto di onere della prova¹¹⁸.

Anzitutto, si deve tenere presente che il primo comma dell'art. 1419 c.c. non si limita a distribuire l'onere della prova dell'essenzialità della clausola nulla, sancendo una presunzione di inessenzialità¹¹⁹: prima ancora, la disposizione prevede una causa di nullità totale a carico del contratto di cui sia nulla una parte soltanto, ove tale parte risulti, tuttavia, essenziale per la sua stipulazione¹²⁰. La particolarità di questa causa di nullità è la sua subordinazione a un presupposto oggettivo, ossia la nullità parziale, e uno valutativo, ossia il fallimento della c.d. "prova di resistenza", avente a oggetto la circostanza che le parti avrebbero stipulato ugualmente il contratto anche senza quella parte del suo contenuto¹²¹. La norma, dunque, impone al giudice di verificare sempre l'essenzialità del patto nullo, con le modalità precisate dalla dottrina¹²²; tale verifica, inoltre, deve necessariamente basarsi su tutte le circostanze del caso di specie, pena un esito falsato¹²³.

Se l'art. 1419, comma 1 c.c. prevede una causa di nullità, ne deriva che la disposizione è inderogabile dalla volontà delle parti, nei suoi due risvolti consistenti nella necessità di svolgere sempre il vaglio di essenzialità della clausola nulla e di porre sempre alla base di tale valutazione tutte le circostanze del caso di specie. Se questo è vero, ne consegue la nullità dei patti che dispongano che la nullità di una singola clausola si estenda o non si estenda al resto dell'accordo, o che ne affermino l'importanza essenziale o marginale o, ancora, che prevedano, per esempio, che il vaglio di essenzialità debba basarsi solo su alcuni elementi (es.: i preamboli del contratto e non, invece, le trattative). Quanto ai primi due gruppi, clausole del genere mirano a scavalcare la prova di resistenza *ex* art. 1419, comma 1 c.c., sancendo *tout court* l'esito conservativo o demolitorio, mentre, come visto, la disposizione impone di effettuare questa verifica; quanto ai secondi, essi si scontrano con il rilievo che l'art. 1419, comma 1 c.c. impone una verifica senza limiti, per poter valutare se, effettivamente «risulta» che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza la parte del contenuto colpita da nullità. Dunque, la natura inderogabile dell'art. 1419, comma 1 c.c. osta a clausole con le quali le parti predeterminino l'esito di un giudizio che deve avere

¹¹⁸ *Supra*, para. 3.1.a. e 3.1.c.

¹¹⁹ Questo aspetto è particolarmente valorizzato da E. CARBONE, op. cit., pp. 1213 ss.

¹²⁰ M. TAMPONI, op. cit., pp. 114 – 116.

¹²¹ *Supra*, para. 3.1.a.

¹²² Cfr. *supra*, para. 3.1.b.

¹²³ Si veda ancora *supra*, para. 3.1.b., con il riferimento agli artt. 1362 ss. c.c. per la tesi soggettiva della volontà reale e gli analoghi richiami effettuati dalle tesi oggettive.

necessariamente luogo e deve necessariamente tenere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie.

Da ultimo, va osservato che ritenere vincolanti i patti sulla nullità parziale li porterebbe a contrastare con l'art. 1462 c.c., che prevede la nullità della clausola di rinuncia all'eccezione di nullità. Questo profilo non è stato messo in luce dalla dottrina che, prevalentemente, si è occupata della vessatorietà *ex art. 33, comma 2, lett. t), cod. cons. delle clausole di (in)scindibilità* contenute nei contratti stipulati da consumatori, in quanto integranti una rinuncia all'eccezione di nullità, rispettivamente, parziale e totale¹²⁴. Infatti, seguendo la tesi che ne afferma la validità, proposta la domanda di accertamento della nullità solo parziale e presente una clausola di *severability*, il convenuto non potrebbe sollevare eccezione di nullità totale; viceversa, richiesta la declaratoria della nullità totale e presente una clausola di *inseverability*, il convenuto non potrebbe opporre la nullità solo parziale del contratto.

3.3.d. ...e sua rilevanza probatoria

Ciò non significa, però, che l'adozione di patti sulla nullità parziale debba ritenersi irrilevante. Al contrario, come messo in luce dagli Autori appartenenti al secondo gruppo, essi costituiscono un importante indizio da considerare nel contesto del giudizio di essenzialità *ex art. 1419, comma 1 c.c.*¹²⁵. Tramite la loro previsione, le parti manifestano di ritenere che lo scopo del contratto possa – o non possa – conseguirsi senza la clausola colpita da nullità. Questa indicazione entrerà nel circolo ermeneutico¹²⁶ messo in moto dal primo comma della norma citata, con diversi livelli di rilevanza probatoria: il problema dei patti sulla nullità parziale diventa, quindi, il problema del grado di vincolatività “in fatto” da attribuire alla loro previsione¹²⁷. Al riguardo, sembra possibile dare risalto a tre ordini di considerazioni.

In primo luogo, il contesto in cui è stato stipulato il contratto. A questo proposito, la circostanza che l'accordo sia stato stretto tra professionisti, magari assistiti da uno o più legali deve far propendere per una particolare significatività del patto sulla nullità parziale; nella

¹²⁴ Si veda *infra*, para. 6 e E. CARBONE, *Clausola di salvezza*, cit., p. 1226: «sicché le tesi assertive della validità di tali clausole si intendono limitate alla negoziazione paritaria, tolti i contratti asimmetrici, esposti alla unconscionability doctrine».

¹²⁵ *Supra*, para. 3.3.b.

¹²⁶ L'espressione è di E. CARBONE, *op. cit.*, pp. 1219, 1224.

¹²⁷ In linea di massima, dunque, si concorda con la tesi proposta da R. TUCCILLO, *op. cit.*, p. 1291 c.c., che, tuttavia, si ritiene necessario precisare quanto al meccanismo che permette di “degradare” il patto sulla nullità da clausola vincolante a elemento – pur importante – tra quelli da considerare nel giudizio di essenzialità.

stessa direzione depone la constatazione di una particolare complessità dell'operazione economica intrapresa dalle parti, che deve mettere in guardia il giudicante dal rischio di sostituire la propria valutazione, magari non supportata da una completa padronanza delle dinamiche proprie del settore in cui si colloca il contratto, a quella formulata da operatori professionali¹²⁸. Al contrario, la previsione della clausola in un contratto tra consumatori o tra consumatori e professionisti potrebbe deporre per una sua minore pregnanza¹²⁹.

Sempre con riferimento al contesto, una particolare importanza va attribuita alla clausola che sia contenuta in un contratto internazionale *standard*¹³⁰: richiamando le osservazioni effettuate nell'apertura del presente capitolo, si deve ricordare che tali caratteristiche aumentano esponenzialmente il rischio che una pattuizione si trovi in contrasto con la legge applicabile al contratto e, quindi, diventa particolarmente ragionevole prevedere clausole che cerchino di indirizzare l'esito del giudizio di nullità parziale¹³¹. Le clausole di *severability* manifesteranno la preferenza per un esito conservativo (es.: per non dover procedere a restituzioni nei confronti di una pluralità di contraenti sparsi per tutto il globo), mentre le clausole di *inseverability* verranno impiegate ove l'impresa predisponente ritenga preferibile il travolgimento dell'intero accordo, piuttosto che il suo mantenimento con un assetto non più rispondente alla convenienza originaria. Si può ipotizzare che questa seconda evenienza sia più probabile nel contesto di contratti internazionali *tailor-made*, ove queste considerazioni sembrano più probabili.

Il secondo aspetto a cui si deve dare rilievo per valutare il grado di significatività dei patti sulla nullità parziale è la loro specificità. Salvo quanto si dirà più avanti con riferimento alla problematica delle c.d. "clausole di stile", non si può nascondere che una clausola di *severability* formulata genericamente, con riferimento a tutti i patti del contratto a cui accede, sembra poco probante. È irrealistico, infatti, che tutte le clausole abbiano la stessa rilevanza per i contraenti: a prendere alla lettera un patto del genere, infatti, «*ci si troverebbe [...] a dover giungere ad una conclusione non lontana dall'assurdità, posto che, se nessuna clausola è dalle parti ritenuta essenziale nell'economia del contratto, potrebbe dubitarsi della stessa serietà dell'accordo unitariamente inteso*»¹³².

¹²⁸ Lo nota G. LENER, op. ult. cit., p. 1108, nel contesto dell'analisi di un patto di inscindibilità incluso nel contratto regolante una complessa operazione societaria: «*il vero è che ricostruire la rilevanza, primaria o secondaria, di clausole contenute in operazioni economico-negoziati assai articolate e complesse è estremamente difficile e rischia di imporre alle parti scelte non volute*».

¹²⁹ Sulla possibilità di qualificare la clausola "omnibus" come clausola di stile, si veda *infra*, para. 5.

¹³⁰ Sulla nozione di contratto internazionale, si veda *supra*, Cap. I, para. 3.2.

¹³¹ Si veda *amplius supra*, para. 2.

¹³² E. LUCCHINI GUASTALLA, op. cit., p. 739.

Peraltro, la dottrina ha da tempo messo a fuoco la differenza tra clausole “principali” e “accessorie”¹³³: se è ben possibile che le seconde, in concreto, assumano importanza determinante per il consenso di una parte, non sembra concepibile che la nullità delle prime possa realmente essere indifferente nell’economia dell’operazione, con il ch  una clausola di scindibilit  che si riferisca indistintamente a tutte le parti del contratto sembra destinata a perdere peso nel contesto del giudizio globale *ex art. 1419, comma 1 c.c.*

Considerazioni in parte diverse si potrebbero fare per le clausole di *inseverability*, in quanto non sembra impossibile ipotizzare a priori casi in cui un contraente non desidera essere vincolato a un contratto “ridotto” a causa della nullit  di una qualsiasi delle pattuizioni che lo compongono. Ad ogni modo, tuttavia, la conclusione della limitazione o dell’estensione della nullit  non potr  che derivare dalla valutazione globale che l’art. 1419, comma 1 c.c. impone.

Un terzo e ultimo elemento che potrebbe influenzare il giudizio di significativit  del patto di (in)essenzialit    l’importanza della clausola che, con la sua nullit , fa scattare il meccanismo della nullit  parziale e attiva il patto di (*in*)*severability*. Il punto   estremamente delicato, perch  attribuire un peso eccessivo a questo indice legittimerebbe il giudice a sostituire la propria valutazione circa l’importanza della clausola nulla a quella effettuata dalle parti, cos  vanificando il patto sulla nullit  parziale. Al riguardo, si pu  distinguere a seconda che il patto di (in)essenzialit  sia riferito specificamente alla clausola nulla oppure sia un patto “*omnibus*”.

Qualora la (non) estensione della nullit  di una certa clausola sia prevista da un patto di (in)essenzialit  specifico, il giudice, chiamato a valutare l’incidenza del patto di (in)essenzialit  sul giudizio *ex art. 1419, comma 1, c.c.*, dovr  astenersi dal soppesare l’importanza della clausola nulla nell’economia del contratto, poich  le parti hanno indicato specificamente che quella clausola (non)   essenziale. Qualora, invece, il contratto contenga un patto *omnibus*, il giudice, quando dovr  valutarne il ruolo nel contesto del giudizio *ex art. 1419, comma 1, c.c.*, potr  soffermarsi a verificare l’importanza della clausola nulla. Solo in questa seconda ipotesi,

¹³³ La dottrina ha elaborato distinzioni raffinate su questo tema: si vedano, per es., G. SICCHIERO, op. ult. cit., pp. 216 ss.; M. TAMPONI, op. cit., pp. 145 ss., spec. 147: le clausole principali «costituiscono il contenuto contrattuale di carattere essenziale, poich  senza di esse il contratto non esisterebbe»; le clausole secondarie o accessorie «configurano il regolamento particolare al quale gli autori dell’atto intendono sottoporre il negozio [...] anche tra le clausole accessorie   per  possibile una bipartizione: da un lato, quelle il cui inserimento era condizione, almeno per una delle parti, per la conclusione del contratto; dall’altro, quelle prive di tale carattere, e quindi non determinanti del consenso. Ai sensi dell’art. 1419, comma 1 c.c., l’invalidit  delle prime travolge l’intero contratto; l’invalidit  delle seconde importa l’applicazione della regola utile per inutile non vitiatur»; R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 547.

dunque, l'importanza della clausola nulla contribuirà a formare il giudizio di pregnanza del patto di (in)essenzialità.

Pertanto, provando a stilare una sorta di “graduatoria” di significatività delle clausole di nullità parziale, il massimo livello di pregnanza dovrà essere riconosciuto ai patti formulati in maniera specifica e contenuti in contratti stipulati in circostanze dove apparisse particolarmente ragionevole predisporre una gestione convenzionale del rischio di una nullità parziale. Questa evenienza sembra ricorrere anzitutto per le clausole di *severability* contenute in contratti internazionali “di massa”: in tali ipotesi, infatti, ricorre l'esigenza di prevenire la caducazione di molteplici rapporti, che porterebbe con sé numerosi contenziosi e l'obbligo di restituire quanto già ricevuto in esecuzione del contratto nullo. Ancora, si dovranno ritenere particolarmente significativi i patti di *(in)severability* specifici contenuti in contratti *tailor-made*: la complessità di queste operazioni deve portare a prestare la massima attenzione alla volontà, manifestata tramite il patto sulla nullità parziale, di (non) restare vincolati al contratto privo della clausola nulla¹³⁴.

All'estremo opposto, il più basso livello di significatività sarà attribuito ai patti formulati genericamente con riferimento a tutte le clausole del contratto e previsti in contratti conclusi in circostanze che non facessero apparire particolarmente forte l'esigenza di predisporre una regolamentazione pattizia della nullità parziale. Tra questi due poli si potranno verificare diverse situazioni intermedie, per esempio aventi a oggetto patti generici contenuti in contratti internazionali, o patti specifici contenuti in contratti tra due consumatori. In ogni caso, al giudice sarà richiesto un vagli prudente di tutte le circostanze del caso, onde pervenire a un esito equilibrato e rispettoso di tutti i fattori in gioco.

Ponendo in relazione quanto appena detto con la ripartizione dell'onere della prova dell'essenzialità della clausola nulla¹³⁵, sarà gravata da un onere particolarmente difficile da assolvere la parte che sostenga la nullità totale di un contratto contenente una clausola di *severability*, specie se formulata specificamente e contenuta in un contratto internazionale. La sua posizione sarà, invece, facilitata, qualora le parti si siano espresse in termini generici o, soprattutto, abbiano previsto una clausola di *inseverability*, magari redatta con riferimento precipuo a singole parti del contratto. La previsione di un patto sulla nullità parziale, dunque,

¹³⁴ Nell'attribuire una particolare rilevanza alle clausole contenute in accordi complessi si concorda con anche G. LENER, op. ult. cit., p. 1108 che, tuttavia, come visto *supra*, conclude per la vincolatività di queste clausole.

¹³⁵ Si veda *supra*, para. 3.1.c. Come si ricorderà, grava sulla parte che voglia ottenere un accertamento della nullità totale l'onere di provare l'essenzialità della clausola nulla.

aggrava o allevia l'onere della prova in capo al contraente che intenda dimostrare che i paciscenti non avrebbero concluso il contratto senza la clausola nulla¹³⁶.

Impostato il problema in questi termini, si potrebbe ipotizzare un'interferenza tra le clausole in esame e l'art. 2698 c.c., che sancisce la nullità delle modifiche convenzionali all'onere della prova che rendano a una parte eccessivamente difficile l'esercizio del diritto¹³⁷. Tuttavia, come si è appena visto, a nostro giudizio i patti sulla nullità parziale sono già nulli per contrasto con l'art. 1419, comma 1, c.c.; piuttosto, quindi, si deve verificare se l'art. 2698 c.c. impedisca di attribuire loro la rilevanza probatoria di cui si è detto, interpretando la sanzione della nullità ivi prevista nel senso di una più generica "irrilevanza". Al riguardo, ci sembra che l'ampia possibilità di invocare in giudizio indici idonei a contrastare la presenza di un patto di *severability* o *inseverability* debba far concludere nel senso che i patti sulla nullità parziale non rendono eccessivamente difficile ottenere la pronuncia, rispettivamente, di nullità totale o di nullità parziale.

Qualora il giudizio di essenzialità non pervenga a esiti certi e si verta in uno stato di dubbio, l'art. 1419, comma 1 c.c. impone di dare prevalenza alla conservazione del contratto, poiché non «risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità». Ove il contratto contenesse una clausola di *severability*, tale esito sarà in sintonia con quanto indicato dalle parti; ove, invece, includesse una clausola di *inseverability*, invece, la conclusione sarà difforme da essa. Questa soluzione può apparire in contrasto con l'autonomia privata, ma è l'unica rispettosa della natura inderogabile dell'art. 1419, comma 1 c.c.; ad essa il giudice perverrà solo qualora le circostanze del caso di specie e la valutazione del grado di specificità del patto di inscindibilità siano in grado di contrastare la presenza di quest'ultimo, dando luogo a uno stato di incertezza che faccia reputare non provato che i contraenti «non avrebbero concluso» il contratto senza la clausola nulla, nonostante il patto di inscindibilità. Si tratta dello scenario più delicato, a cui il giudicante dovrà pervenire solo all'esito di un'accurata valutazione di tutte le circostanze del caso di specie. Una conclusione

¹³⁶ R. TUCCILLO, op. cit., p. 1291 con riferimento al patto di inessenzialità, che rende più difficile dimostrare la nullità totale del contratto.

¹³⁷ In generale, si vedano S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (diretto da), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1987, pp. 181 ss.; ID., voce *Prove (disponibilità delle)*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, Agg. IX, 2014, pp. 513 ss.; L. P. COMOGLIO, *Le prove*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di Diritto Privato*, Vol. XIX, Torino, 1997, pp. 250-251; M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Vol. XIII, Torino, 1995, pp. 74 ss.; M. AMBROSOLI, *Le clausole che regolano l'onere della prova*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, pp. 1400 ss.; C. BECHIS, *Tenuta processuale delle clausole probatorie nei rapporti consumeristici*, in *Giur. it.*, 2021, pp. 236-240; F. TOMMASEO, sub *Art. 2698 c.c.*, in P. CENDON (diretto da), *Commentario al codice civile*, Vol. VI, Torino, 1991, e si veda anche il cenno presente in G. DE NOVA, *Accordi delle parti e decisione*, in *Quaderno 11 della Riv. trim. dir. proc. civ.*, e ora in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., p. 143.

analoga è stata raggiunta da uno degli Autori che si sono citati in precedenza, che l'ha raggiunta a partire dall'art. 1367 c.c.¹³⁸. A noi sembra, tuttavia, che in caso di dubbio non si ricada in un problema di interpretazione del patto sulla nullità parziale, quanto in un problema di applicazione dell'art. 1419, comma 1 c.c.: è dunque sufficiente – e, ci pare, più corretto – richiamare la circostanza che, in caso di dubbio, questa disposizione prescrive l'esito conservativo.

3.4. Validità ed efficacia dei patti sulla nullità parziale con riferimento al comma 2 dell'art. 1419 c.c.

Esaurita l'indagine circa la validità e l'efficacia dei patti sulla nullità parziale con riferimento al primo comma dell'art. 1419 c.c., è necessario interrogarsi sui rapporti che intercorrono tra queste clausole e l'art. 1419, comma 2 c.c.

Il problema si pone ogni qual volta una clausola, la cui nullità sia regolata da un patto sulla nullità parziale, venga sostituita «*di diritto da una norma imperativa*», ai sensi del secondo comma della disposizione citata. Si può portare l'esempio di un contratto di locazione di immobile stipulato per una durata inferiore ai limiti minimi di durata previsti dall'art. 27 della l. n. 392/1978 e che includa una clausola di *inseverability*: nulla la clausola che prevede la durata inferiore al minimo legale e sostituita tale clausola con la norma imperativa che prevede una durata maggiore, ci si deve domandare che rilevanza abbia la pattuizione di inscindibilità.

Il problema si risolve richiamando quanto detto quando si è esaminato in generale l'art. 1419, comma 2 c.c. In quella sede si è dato conto del fatto che la norma è animata da una *ratio* completamente opposta a quella del suo primo comma: se quest'ultimo adotta come parametro lo scopo avuto di mira dai contraenti, il secondo comma prescinde completamente dalla volontà delle parti, pena la consegna di un meccanismo integrativo cogente alla libera disponibilità delle parti¹³⁹. Il comma 2 dispone imperativamente che alla sostituzione della clausola nulla non segua il giudizio di essenzialità ai sensi del comma 1 e, quindi, impedisce di pervenire alla nullità totale del contratto. Com'è stato detto, «*il mantenimento del contratto integrato non può essere convenzionalmente escluso*»¹⁴⁰.

Da quanto precede deriva che il patto di inscindibilità che preveda la nullità totale del contratto in dipendenza della nullità della clausola sostituita da norma imperativa è senz'altro

¹³⁸ E. CARBONE, op. cit., p. 1224.

¹³⁹ Così A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento*, cit., p. 116. Si veda *amplius supra*, para. 3.2.

¹⁴⁰ E. CARBONE, op. cit., p. 1221.

nullo per contrasto con la norma imperativa costituita dal secondo comma dell'art. 1419, comma 2 c.c.¹⁴¹. Non varrebbe nemmeno lamentare che, in tal modo, si finirebbe per attribuire a questa disposizione la capacità di imporre un obbligo di contrarre, poiché essa contraddirebbe la preferenza, manifestata dalle parti, per la caducazione del contratto¹⁴²: si è visto, infatti, come l'art. 1419, comma 2 c.c. prescindere completamente dalla volontà dei contraenti e come il suo *proprium* sia esattamente imporre il mantenimento del contratto modificato dalla sostituzione automatica di clausole, precludendo loro di invocare che «*non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità*»¹⁴³. Ferma, comunque, la possibilità di risolvere consensualmente il contratto *ex post*¹⁴⁴.

Il patto di scindibilità che preveda che la nullità della clausola sostituita da norma imperativa non comporti nullità dell'intero contratto è, invece, semplicemente pleonastico, in quanto ribadisce un esito già imposto dalla legge¹⁴⁵.

¹⁴¹ La dottrina è concorde: V. DI GRAVIO, op. ult. cit., pp. 681-682; E. CARBONE, op. cit., p. 1221, per il quale, però, la clausola è nulla per illiceità della causa. In giurisprudenza, il problema si è posto esattamente con riferimento alle locazioni stipulate per un numero di anni inferiore al minimo legale *ex art. 27 l. n. 392/1978*, ove il contratto prevedesse anche una clausola di inscindibilità: correttamente, si è affermato che «*in tema di locazione, la nullità della clausola che limita la durata di un contratto soggetto alle disposizioni dell'art. 27 l. 392 del 1978, ad un tempo inferiore al termine minimo stabilito dalla legge determina l'automatica etero integrazione del contratto, ai sensi del secondo comma dell'art. 1419 c.c., con conseguente applicazione della durata legale prevista dal quarto comma del citato art. 27, risultando irrilevante l'aver le parti convenuto che l'invalidità anche di una sola clausola contrattuale comporti il venir meno dell'intero negozio*»: così Cass. civ. 24843/2014 e Cass. civ. 7927/2004, seppure *in obiter*; Cass. civ. 6308/1991, con riferimento a un contratto ove era stato previsto che «*le pattuizioni contenute nel contratto sono le uniche in funzione delle altre e costituiscono un tutto inscindibile per cui, in caso di invalidità o impossibilità di esecuzione anche di una sola delle pattuizioni convenute, l'intero contratto si risolverà di diritto*»: la Corte ha ritenuto corretta la dichiarazione di nullità della clausola operata dalla Corte d'appello, affermando che «*trattasi, con ogni evidenza, di un'ipotesi di automatica eterointegrazione del contratto, che giustifica la limitazione dell'autonomia contrattuale in vista di un'esigenza sociale ritenuta meritevole di tutela preferenziale*». Cass. civ. 20974/2018 ha statuito nello stesso senso, con riferimento al patto di inscindibilità relativo a una clausola (nulla), di rinuncia preventiva all'indennità di avviamento, che disponeva che: «*il conduttore dichiara di rinunciare al termine del contratto a qualsiasi indennità titolo di perdita di avviamento (art. 13); i contraenti dichiarano che il presente contratto è favorevole ad entrambi ed espressamente si confermano soddisfatte dell'accordo raggiunto (art. 15); le parti danno atto che si sono determinate alla stipulazione del presente contratto unicamente sul presupposto che i patti in deroga al contenuto della L. n. 392 del 1978, sono possibili e leciti anche nell'ambito delle locazioni ad uso diverso dall'abitativo. Pertanto, essi dichiarano che le eventuali nullità di patti in deroga sopra indicati per l'inapplicabilità della L. n. 359 del 1992, art. 11, comma 2, alle locazioni a uso diverso, importa la nullità dell'intero contratto ai sensi dell'art. 1419 c.c., comma 1, che non sarebbe stato concluso senza quella parte del suo contenuto affetta dalla nullità. Comunque, le parti dichiarano di voler considerare risolto e non più produttivo di nessun effetto il presente contratto qualora venga dichiarata la nullità dei patti derogati per il motivo indicato (art. 16)*». La Suprema Corte ha concluso che «*il ritenere, come ha deciso la Corte di Appello, che la nullità della clausola travolgerebbe l'intero contratto, consentirebbe al locatore con un accordo preventivo nullo di eludere la normativa vigente e di privare il conduttore di quei diritti inderogabili che il legislatore del '78 ha inteso tutelare con la nullità di cui alla L. n. 392 del 1978, art. 79*». Tutte le pronunce citate sono rinvenibili in *DeJure*.

¹⁴² C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in E. GABRIELLI (a cura di) *I contratti in generale*, T. 2, in P. RESCIGNO – E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato contratti*, Vol. II, Torino, 2006, pp. 1163 ss.

¹⁴³ E. CARBONE, op. cit., p. 1222; V. DI GRAVIO, op. cit., pp. 681-682.

¹⁴⁴ Così E. CARBONE, op. cit., pp. 1221-1222.

¹⁴⁵ E. CARBONE, op. cit., p. 1221; R. TUCCILLO, op. ult. cit., p. 1294, che osserva che «*non per questo, secondo un orientamento, [la clausola meramente riproduttiva di una norma di legge è] necessariamente priva di effetti giuridici, potendosi riconoscere rilevanza ermeneutica alla previsione convenzionale, con specifico riferimento all'art. 1363 c.c.*».

4. Patti sulla nullità parziale dotati di meccanismi di sostituzione della clausola nulla/che ricollegano effetti ulteriori alla nullità di una singola clausola

4.1. Generalità

A volte, le parti concordano non solo l'importanza da attribuire a una clausola per il caso in cui questa sia nulla, ma prevedono, altresì, meccanismi in grado di colmare la lacuna causata dalla sua invalidità¹⁴⁶. Al riguardo, si può distinguere a seconda che il sistema congegnato dai contraenti sia imperniato su un obbligo di rinegoziazione¹⁴⁷, oppure consista nella previsione di una clausola che potremmo chiamare “di riserva”, in quanto la sua efficacia è condizionata sospensivamente alla nullità della clausola “principale”. All'interno di questo secondo insieme, si possono ulteriormente differenziare i casi dove l'intervento sostitutivo comporta l'aggiunta di un nuovo patto al contratto oppure ammonta a una modifica retroattiva di altre condizioni contrattuali (es.: il prezzo, o la durata del contratto).

A livello funzionale, la previsione di un obbligo di rinegoziazione comporta un esito “aperto”; al contrario, le clausole di riserva o di modifica retroattiva delle condizioni negoziali danno vita a meccanismi sostitutivi “rigidi”, o “chiusi”. Questa differente dinamica rende verosimile ipotizzare che le clausole del secondo tipo siano incluse, prevalentemente, in contratti dove è possibile valutare in anticipo il rischio che una certa pattuizione sia nulla e l'opportunità di sostituirla con un'altra o di modificare retroattivamente altri punti dell'accordo. Pertanto, sembra più probabile che i patti con meccanismi sostitutivi “chiusi” siano più frequenti in contratti *tailor-made*, stipulati all'esito di una ricognizione della legge applicabile, oppure in contratti “di massa” dove l'impresa predisponente abbia comunque valutato le varie leggi alle quali potrebbero essere soggetti ed elaborato diversi modelli

¹⁴⁶ A rigor di logica, questa possibilità ricorre solo per le clausole di *severability*, poiché non avrebbe senso prevedere la caducazione totale e, al contempo, istituire meccanismi per introdurre una nuova clausola in un contratto che, ormai, non esisterebbe più. Semmai, è possibile rinvenire casi in cui si ricollega alla nullità della clausola un obbligo di rinegoziare e si prevede, in caso di suo fallimento, che la nullità si estenderà a tutto il contratto. Sul punto si tornerà *infra*, para. 4.2.a.

Un altro effetto che le parti possono pattuire è la rinuncia a fare valere in altre giurisdizioni il giudicato sulla nullità parziale del contratto: in D. P. HANLEY, *Aircraft operating leasing. A Legal and Practical Analysis in the Context of Public and Private International Air Law*, III Ed, L'Aia, 2021, p. 298, si legge questa clausola: «*if a provision of this Agreement is or becomes illegal, invalid or unenforceable in any jurisdiction, that will not effect:*

(a) *the legality, validity or enforceability in that jurisdiction of any other provisions of this Agreement;*

(b) *the legality, validity or enforceability in that jurisdiction of that or any other provisions of this Agreement*». Per la rinunciabilità al giudicato sulla nullità, si veda S. MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 2018, pp. 1031 ss.

¹⁴⁷ In questo caso, potrà accadere che la nullità totale sia ricollegata al fallimento della rinegoziazione e non direttamente alla nullità della singola clausola: si veda *infra*, para. 4.2.a., pp. 188-189.

contrattuali per ognuna di esse¹⁴⁸. In ogni caso, questa breve panoramica conferma la grande varietà di modelli negoziali ai quali le parti ricorrono per gestire il rischio della nullità di singole clausole del contratto.

Tutte queste clausole pongono problemi di validità relativi ai vari meccanismi sostitutivi previsti, dei quali si darà conto nei paragrafi che seguono. In via generale, si può affermare che non pare in sé asistemático ricollegare alla nullità di un patto una modifica del contratto, poiché la dinamica ricorda, in un certo senso, la conversione del contratto nullo regolata dall'art. 1424 c.c.: «*Il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità*». A livello descrittivo, si potrebbe dire che i meccanismi sostitutivi “rigidi” danno vita a una conversione convenzionale del contratto, predisposta già al momento della sua stipulazione.

4.2. Obbligo di rinegoziare la clausola nulla

Una prima strategia per affrontare il rischio della nullità di una o più clausole consiste nel sancire che l'invalidità non si estenderà al resto del contratto e, in aggiunta, prevedere un obbligo di rinegoziare la clausola nulla¹⁴⁹. Generalmente, tale obbligo viene precisato con l'indicazione che la clausola rinegoziata dovrà permettere di conseguire un risultato economico il più possibile analogo a quello perseguito dal patto nullo¹⁵⁰.

Questo sistema “aperto” ha il vantaggio di essere più flessibile degli altri due meccanismi di cui si dirà più avanti; inoltre, si presta a essere incluso anche in patti di scindibilità “*omnibus*”, poiché l'obbligo di rinegoziare può risultare efficace virtualmente con riferimento

¹⁴⁸ Sull'importanza di studiare la legge applicabile prima di stipulare un contratto internazionale, si veda *supra*, Cap. I, nota 51.

¹⁴⁹ In una delle clausole riportate *supra*, nota 5, si attribuisce a una parte la facoltà di scegliere se dichiarare nullo tutto il contratto o rinegoziare. Fermo che la nullità non è certo un effetto nella disponibilità delle parti, la clausola si deve intendere come un'attribuzione della facoltà se intraprendere la trattativa oppure adire immediatamente l'autorità giudiziaria.

¹⁵⁰ Per es.: «*if any of the provisions of this Agreement is or becomes invalid, illegal or unenforceable under the laws of any jurisdiction, the validity, legality or enforceability of the remaining provisions shall not in any way be affected or impaired. The Parties shall nevertheless negotiate in good faith in order to agree the terms of mutually satisfactory provisions, achieving as closely as possible the same commercial effect, to be substituted for the provisions so found to be void or unenforceable*». La clausola è riportata come esempio paradigmatico da E. LUCCHINI GUASTALLA, op. cit., p. 738 che, a sua volta, la trae da A. BUSANI, op. cit., p. 286.

Una *severability clause* che gestisce in maniera particolare la nullità parziale è riportata da J. M. KLOTZ, *International sales agreements: an annotated drafting and negotiation guide*, L'Aia, 2018, p. 250: oltre a prevedere la limitazione della nullità alla singola clausola, si aggiunge che «*in the event that any court strikes down any provision of this Agreement, it will attempt to substitute a provision as near as possible so as to effectuate the will of the parties*». Il patto attribuisce al giudice la facoltà (certamente non il dovere) di elaborare la clausola sostitutiva.

a qualsiasi clausola. Tuttavia, queste caratteristiche espongono anche ad alcuni problemi: la validità, il contenuto e le sanzioni per l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione; il suo coordinamento con l'art. 1419 c.c., l'identificazione delle vicende processuali innescate dall'eccezione di mancata rinegoziazione della clausola nulla. Si tratta di problemi largamente inesplorati, ai quali si cercherà di rispondere nei paragrafi che seguono.

4.2.a. Validità dell'obbligo di rinegoziazione

Il primo problema riguarda la validità dell'obbligo di rinegoziazione.

Anzitutto l'impegno potrebbe apparire nullo per indeterminatezza dell'oggetto, *ex* artt. 1346 e 1418 c.c., poiché la rinegoziazione di una clausola invalida potrebbe portare a un numero infinito di esiti, compreso lo scioglimento consensuale del contratto. Per scongiurare questo rischio, sembra necessario aggiungere, come spesso accade, che la rinegoziazione avrà come obiettivo pervenire a un risultato economico il più possibile simile a quello conseguibile tramite la clausola dichiarata nulla¹⁵¹.

L'impegno a rinegoziare i termini del contratto si espone, poi, a un secondo possibile profilo di invalidità, che deriva proprio dalla precisazione che la trattativa dovrà sfociare in un patto che assicuri un risultato economico analogo a quello dichiarato nullo. Un impegno del genere appare in sospetta violazione dell'art. 1344 c.c., in quanto sembra costituire il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa¹⁵². Tuttavia, è stato osservato che un conto è assumere un obbligo volto a raggiungere un risultato *negoziale* analogo a quello vietato – certamente nullo *ex* art. 1344 c.c. – e un altro è l'impegno a raggiungere «*condizioni economiche equivalenti*», scopo che ben potrebbe essere raggiunto tramite accorgimenti leciti. Per esempio, questo potrebbe accadere qualora la fattispecie contemplata dalla norma che prevede la causa di nullità sia costruita secondo un elenco chiuso e non applicabile per analogia: in tal caso, le parti potrebbero negoziare una clausola di valore economico pari a quella nulla, ma che sfugga lecitamente alla comminatoria di nullità. Al riguardo, si è ipotizzato il caso in cui «*nell'ambito di un più ampio accordo commerciale, al fine di equilibrare le rispettive posizioni economiche, una parte si obblighi a somministrare all'altra dei beni la cui commercializzazione sia vietata da norme comunitarie; dichiarata l'invalidità di tale clausola, le parti ben potrebbero – in esecuzione del patto di rinegoziazione – pattuire un obbligo di somministrare una diversa*

¹⁵¹ Si vedano le clausole riportate alla nota precedente.

¹⁵² Analizza il problema E. LUCCHINI GUASTALLA, *op. cit.*, p. 741.

*merce di equivalente valore, la cui commercializzazione sia consentita dalla legge*¹⁵³. In sintesi, il patto di rinegoziazione è, in sé, neutro, in quanto potrebbe portare anche alla previsione di una clausola lecita¹⁵⁴.

Un terzo aspetto, particolarmente problematico, riguarda le clausole che impegnano le parti a rinegoziare la pattuizione nulla e, per il caso in cui la trattativa fallisca, stabiliscono che la nullità si dovrà estendere all'intero contratto¹⁵⁵.

Al riguardo, è appena necessario ricordare che la disciplina della nullità è inderogabile, poiché limita l'autonomia privata a tutela di interessi sovraindividuali, e non è in potere delle parti stabilire cause convenzionali di nullità¹⁵⁶; pertanto, le clausole di *inseverability* "condizionate" alla trattativa infruttuosa sono senz'altro nulle, ove formulate nel senso di sancire una sorta di nullità totale di origine pattizia.

L'ostacolo costituito dall'inderogabilità della disciplina della nullità si potrebbe superare immaginando una clausola che impegni le parti a trattare per sostituire il patto nullo e stabilisca la *risoluzione* del contratto qualora la rinegoziazione fallisca. In pratica, un patto di rinegoziazione dove l'esito infruttuoso delle trattative è dedotto in una condizione risolutiva. Anche immaginando una pattuizione del genere, però, va considerato che la nullità totale *ex art. 1419, comma 1 c.c.* è un vizio genetico e, quindi, la prova di resistenza prevista dall'art. 1419, comma 1 c.c. avviene prendendo a riferimento il momento in cui è stato concluso l'accordo comprensivo della clausola nulla. Dunque, un patto di *inseverability* come quello in esame non sarebbe in grado di salvare il contratto da una nullità totale *ab origine*, dipendente dalla natura essenziale della clausola invalida¹⁵⁷. Invece, l'ipotetico patto di inscindibilità "condizionata" potrebbe essere utile per il caso in cui le trattative fallissero, ma la clausola nulla risultasse marginale nell'economia del contratto: in tal caso, l'accordo resterebbe valido

¹⁵³ E. LUCCHINI GUASTALLA, op. cit., p. 742.

¹⁵⁴ *Ibidem*. In una delle clausole riportate *supra*, nota 5, si prevede espressamente che la clausola rinegoziata non debba essere anch'essa nulla.

¹⁵⁵ Di patti di questo genere dà conto S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. Impr.*, 2016, p. 197.

¹⁵⁶ R. TOMMASINI, voce *Nullità*, cit., p. 586, che aggiunge che, senz'altro, tale ipotetica nullità "convenzionale" non avrebbe la disciplina della nullità "legale". Per alcuni riferimenti in materia di forma convenzionale, si veda la bibliografia citata dall'Autore. Si noti, in ogni caso, che la possibilità di impegnarsi ad adottare una forma convenzionale è prevista dalla legge: pertanto, la causa di nullità consistente nella violazione di tale forma avrebbe, comunque, un fondamento legale. Si veda altresì S. LANDINI, op. cit., p. 197.

¹⁵⁷ Per fare sì che la rinegoziazione prevista dalla clausola di *inseverability* "condizionata" produca un effetto di stabilizzazione del contratto nullo analogo a quello sperato, si dovrebbe immaginare che l'accordo sulla clausola sostitutiva implichi anche la rinnovazione della restante parte del contratto nullo, per es., tramite un suo recepimento *per relationem*; tuttavia, questa costruzione pare artificiosa. Ancora, si potrebbe ipotizzare che le parti dotino la clausola rinegoziata di efficacia retroattiva, attributo che permetterebbe di considerarla da sempre prevista nel contratto.

ex art. 1419, comma 1 c.c., ma verrebbe risolto retroattivamente giusta l'avveramento della condizione risolutiva. Tuttavia, in concreto, sarà difficile considerare secondaria la clausola nulla, ove le parti abbiano stabilito che il fallimento nel rinegoziarla porti alla risoluzione totale del contratto.

4.2.b. Obbligo di rinegoziare la clausola nulla e art. 1419 c.c.

Riprendendo un aspetto a cui si è già accennato, ci si deve interrogare circa il coordinamento tra l'art. 1419 c.c. e l'eventuale obbligo di rinegoziare la clausola nulla previsto dal patto di *severability*. Il quesito da porsi riguarda l'idoneità della rinegoziazione a scongiurare la nullità totale del contratto.

Con riferimento al primo comma dell'art. 1419 c.c., l'aspetto cruciale da tenere in considerazione è, come anticipato, il fatto che la nullità totale è un vizio genetico, che sorge contemporaneamente alla stipulazione del contratto – seppure, naturalmente, il suo accertamento possa seguire a distanza di molto tempo. Se si considera questo aspetto, si comprende che la rinegoziazione della clausola nulla, ove quest'ultima sia essenziale, non è in grado di scongiurare la nullità totale del contratto, che si è ormai già prodotta. Per ottenere un esito del genere, è necessario ipotizzare che le parti adottino la clausola rinegoziata con effetto retroattivo: in questo modo, il contratto risulterebbe *ab origine* privo della clausola nulla, sostituita da una valida. Non si pone nessun problema, invece, ove la clausola nulla inizialmente prevista non sia essenziale: in tal caso, la nullità resta parziale e la parte nulla potrà certamente essere sostituita da altra concordata successivamente dai contraenti, eventualmente all'esito di negoziazioni che si erano preventivamente impegnate a intraprendere a questo scopo.

Uno scenario più complesso si verifica qualora la clausola nulla sia sostituita di diritto da norme imperative *ex art. 1419, comma 2 c.c.* Come si ricorderà, la disposizione citata impone il mantenimento del contratto comprendente la clausola imposta, prescindendo del tutto dalla volontà delle parti¹⁵⁸. Il problema diventa allora comprendere se, in questo caso, la sostituzione coattiva *ex artt. 1339 e 1419, comma 2 c.c.* prevalga su qualsiasi meccanismo congegnato dall'autonomia privata, quale l'obbligo di rinegoziare il patto nullo. La risposta deve essere affermativa, proprio in considerazione dell'irrelevanza della volontà delle parti: dunque, la rinegoziazione potrà senz'altro avvenire, ma non avrà ad oggetto la clausola nulla,

¹⁵⁸ *Supra*, para. 3.2.

bensì quella inserita imperativamente, o altre pattuizioni¹⁵⁹. Ovviamente, la clausola sostitutiva dovrà rispettare i limiti previsti dalla disciplina cogente, pena un'ulteriore intervento eteronomo¹⁶⁰.

4.2.c. *Contenuto dell'obbligo di rinegoziazione e conseguenze per il suo inadempimento*

È noto come l'obbligo di rinegoziazione sia al centro di una discussione molto vasta avente a oggetto la possibilità di configurarlo anche in assenza di un'apposita pattuizione delle parti e le conseguenze del suo inadempimento; la soluzione di quest'ultimo problema, poi, dipende dal contenuto che gli viene attribuito¹⁶¹.

Nel contesto che ci occupa, il primo quesito è risolto dalla previsione espressa dell'obbligo di rinegoziare la clausola nulla. Tuttavia, resta aperta la seconda domanda, riguardante l'identificazione del contenuto dell'obbligo di "rinegoziare" e i rimedi per il rifiuto di trattare.

Non è questa la sede per una disamina approfondita di questi temi, per la quale si rimanda alla copiosa letteratura specialistica in materia. Basterà solo ricordare che le elaborazioni proposte dalla dottrina si dividono tra chi ravvisa in tali clausole un mero obbligo di intraprendere trattative e chi, invece, ritiene che da esse derivi un obbligo di addivenire alla stipulazione del contratto rinegoziato¹⁶². Quanto alle conseguenze dell'inadempimento, gli studi che si sono dedicati al tema non sono giunti a conclusioni univoche¹⁶³. Condivisibilmente, allora, si è suggerito ai redattori delle clausole di esplicitare il contenuto

¹⁵⁹ Per esempio, le parti potranno modificare la durata del contratto, inserire una clausola di indicizzazione e, in generale, adeguare gli altri termini dell'accordo alla presenza della clausola inserita da norme imperative.

¹⁶⁰ L'imposizione di clausole contrattuali *ex artt.* 1339 e 1419, comma 2 c.c., infatti, lascia impregiudicata la possibilità di risolvere *a posteriori* consensualmente il contratto o di intervenire sulla clausola nulla, negli spazi permessi dalla norma imperativa che ne ha sancito la sostituzione.

¹⁶¹ Il tema è estremamente dibattuto e i contributi in materia sono numerosissimi: oltre a quelli citati *supra*, Cap. I, nota 32, si veda P. GALLO, voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, 2011, § 7 e ID., voce *Revisione del contratto ed equilibrio sinallagmatico*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, XII, Torino, 2019, pp. 365 ss.

¹⁶² Sul punto si veda E. DEL PRATO, *Sulle Clausole Di Rinegoziazione Del Contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3, pp. 801 ss., con note; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit. C. MARCHETTI C., *Premi per l'adempimento del contratto ed obblighi di rinegoziazione*, in *I Quaderni di Rassegna Forense*, 2009, p. 127 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. Impr.*, 2003, pp. 708 e ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, pp. 3 ss.

¹⁶³ A. GENTILI, *ibidem*, p. 721, per una responsabilità limitata al solo interesse negativo. *Contra* L. CASTELLI, *L'obbligo di rinegoziazione*, in *Contr.*, 2, 2016, per la commisurazione del risarcimento all'interesse positivo. Si veda anche G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio contrattuale*, Padova, 2006, p.177-178. Per F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 403 sarebbe possibile ottenere una sentenza costitutiva degli effetti del contratto rinegoziato *ex art.* 2932 c.c. Così anche V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 973. Per A. FICI, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005, pp. 213 ss. il giudice potrebbe determinare il contenuto del contratto rinegoziato in applicazione analogica dell'art. 1349, comma 1, c.c.

dell'obbligo di rinegoziazione e di sanzionarne la violazione tramite una clausola penale, al fine di superare i dubbi circa la giuridicità dell'impegno assunto e garantire un ristoro monetario per la sua violazione - considerata la difficoltà di provare le conseguenze dannose dell'inadempimento¹⁶⁴.

Provando a confrontare i risultati ai quali è pervenuta la dottrina con le clausole citate nei paragrafi precedenti, il loro tenore vincolante sembra sufficiente a dissipare dubbi circa la giuridicità dell'obbligazione ivi prevista¹⁶⁵; quanto alle conseguenze dell'inadempimento, meritano una menzione il patto che attribuisce espressamente al giudice il potere di elaborare la pattuizione sostitutiva¹⁶⁶ o che prevedono la risoluzione del contratto¹⁶⁷.

4.2.d. *Vicende processuali: l'eccezione di mancata rinegoziazione; la rinegoziazione sopravvenuta*

Un ultimo problema a cui si vuole accennare riguarda le conseguenze processuali dell'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare la clausola nulla o del sopraggiungere di una trattativa fruttuosa.

Il primo interrogativo sorge qualora una parte agisca in giudizio per chiedere l'accertamento della nullità totale *ex art. 1419*, comma 1 c.c. o della nullità di una clausola contemplata da un patto di *severability* assistito da clausola di rinegoziazione, senza aver prima instaurato trattative per sostituire la parte nulla. Davanti all'eccezione basata sulla violazione della clausola di rinegoziazione, quali conseguenze si possono ipotizzare? Per abbozzare un inizio di risposta si deve distinguere a seconda che la cognizione della controversia spetti al giudice ordinario oppure a un arbitro, a cui è stata devoluta grazie alla stipulazione di una clausola arbitrale.

Nel primo caso, non è ipotizzabile una sorta di tutela "reale" dell'obbligo di rinegoziazione comportante, per esempio, una dichiarazione di inammissibilità della domanda o improcedibilità del giudizio finché la rinegoziazione non sia stata almeno tentata.

¹⁶⁴ G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, fasc. 1, 2002, p. 813; S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. Impr.*, fasc. 1, 2016, para. 4.

¹⁶⁵ Per es.: «[...] parties shall nevertheless negotiate in good faith in order to agree the terms of mutually satisfactory provisions, achieving as closely as possible the same commercial effect, to be substituted for the provisions so found to be void or unenforceable». La clausola è riportata da E. LUCCHINI GUASTALLA, op. cit., p. 738 che, a sua volta, la trae da A. BUSANI, op. cit., p. 286.

¹⁶⁶ Citata da J. M. KLOTZ, *International sales agreements*, cit., p. 250: oltre a prevedere la limitazione della nullità alla singola clausola, si aggiunge che «in the event that any court strikes down any provision of this Agreement, it will attempt to substitute a provision as near as possible so as to effectuate the will of the parties».

¹⁶⁷ *Supra*, para. 4.2.a.

Infatti, i casi in cui la domanda è sottoposta a condizioni di procedibilità e le cause di improcedibilità sono tassativi e, tra di essi, non figura la violazione di un impegno a rinegoziare una clausola nulla. Al più, il giudice potrà rinviare la trattazione della causa per dare spazio allo svolgimento di trattative.

Diversamente si deve dire qualora la controversia sia devoluta ad arbitri. La *potestas iudicandi* arbitrale, infatti, si fonda sull'autonomia privata delle parti, che ben potrebbero subordinare il ricorso a questo metodo di risoluzione delle controversie allo svolgimento di negoziazioni amichevoli, ad esempio, proprio ove la lite riguardasse la nullità di una clausola. In tali casi, la clausola arbitrale prenderebbe le forme di una c.d. *multi-tiered dispute resolution clause* (“clausole multifasiche di risoluzione delle controversie”)¹⁶⁸, che pone il problema della tutela invocabile avverso il comportamento della controparte che cerchi di eludere una o più delle fasi previste, agendo direttamente in giudizio¹⁶⁹.

Il problema è complesso ed è possibile soltanto accennarvi, rimandando ai diversi studi monografici in materia. In questa sede, si può fare presente che la casistica internazionale adotta come criterio dirimente la formulazione della clausola: accanto a sentenze e lodi in cui il tribunale o il collegio arbitrale non hanno declinato la propria competenza e ordinato l'espletamento della “fase” mancante a causa della «*vaghezza*» della pattuizione, tale da rendere dubbia la sua idoneità a dare vita ad obbligazioni¹⁷⁰, se ne registrano altri in cui, davanti ad una clausola chiara nel delineare le fasi e le procedure da rispettare e nell'attribuire loro una portata vincolante, il collegio arbitrale ha imposto il previo esperimento delle varie ADR previste, dichiarando l'azione inammissibile poiché «*prematura*»¹⁷¹. Pertanto, ove un contratto includa sia una clausola arbitrale *multi-tiered*, formulata come detto, che una clausola di

¹⁶⁸ Questo tipo di clausole sono molto diffuse nell'ambito del commercio internazionale e sono chiamate anche “*escalation*” o “*multi-step*” o “*ADR - first*” clauses. Molte camere arbitrali ne hanno elaborato vari modelli, come la AAA (*American Arbitration Association*), la LCIA (*London Court of International Arbitration*) e anche la Camera Arbitrale di Milano; la ICC (*International Chamber of Commerce*) di Parigi ne ha redatte addirittura 4 diverse, con livello crescente di formalità e di obbligatorietà dei passaggi ivi disciplinati.

¹⁶⁹ Non solo per il caso in cui siano previste negoziazioni amichevoli. *Ex multis*: D. KAYALI, *Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, in *Journ. Int. Arb.*, 2010, Vol. 27, fasc. 6, pp. 551 ss.; G. BORN, *International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2014, pp. 278 ss.; J. D. M. LEW – L. A. MISTELIS – S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2003, pp. 182-183; C. OETIKER – C. WALZ, *Non-Compliance with Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in Switzerland*, in *ASA Bulletin*, 2017, Vol. 35, fasc. 4, pp. 872 ss.

¹⁷⁰ In particolare, suscita dubbi il riferimento alla buona fede: si veda D. KAYALI, *ibidem*.

¹⁷¹ Per esempio: ICC Case no. 6276, dove l'attore non aveva devoluto la disputa ad un ingegnere esperto.

severability, non si può escludere che il collegio arbitrale adito senza avere prima tentato la negoziazione dichiarò inammissibile l'azione di accertamento della nullità¹⁷².

Un diverso problema riguarda il raggiungimento di un accordo sulla clausola sostitutiva, a giudizio di nullità ormai instaurato. L'interrogativo ha ragione di porsi solo qualora la clausola nulla non sia essenziale, oppure sia stata sostituita retroattivamente dalla nuova pattuizione¹⁷³, ed ha natura processual-civilistica. Proposta una domanda di accertamento della nullità parziale o della nullità totale *ex art. 1419 c.c.*, il sopraggiungere della clausola rinegoziata, dichiarato all'interno del processo o risultante dagli atti, causerebbe la cessazione della materia del contendere oppure, ricorrendone le condizioni, l'estinzione del processo per inattività delle parti *ex art. 307 cpc*¹⁷⁴.

4.3. Patti “di riserva”

Le *severability clauses* possono presentarsi anche come patti con i quali le parti dichiarano che una certa clausola ha un ruolo marginale e, per il caso in cui questa sia nulla, stabiliscono l'entrata in vigore di un'altra clausola, che chiameremo “sostitutiva”. Ancora, può accadere che alla nullità di una clausola venga ricollegata la modificazione retroattiva di altri termini del contratto¹⁷⁵. Entrambe le varianti verranno esaminate di seguito.

4.3.a. Sostituzione convenzionale di clausole nulle o dichiarate nulle

Nel primo caso, la clausola sostitutiva è sospensivamente condizionata alla nullità della clausola principale. La *severability clause*, quindi, si compone di tre elementi: la previsione che la nullità parziale non comporterà la caducazione dell'intero negozio, la clausola sostitutiva e il patto con le quali le parti decidono di sostituire la seconda alla clausola principale, per il caso in cui quest'ultima sia nulla o venga dichiarata nulla. Questo “patto di sostituzione”

¹⁷² Probabilmente, però, non rispetterebbe il requisito di “chiarezza” una clausola di *severability* che includesse un obbligo di rinegoziare il patto nullo e, separatamente, una clausola arbitrale, che non qualificasse tale rinegoziazione come “condizione di procedibilità” da rispettare a pena di inammissibilità della domanda.

¹⁷³ Vale a dirsi, gli unici due casi in cui il patto di rinegoziazione può scongiurare il rischio di una nullità totale: si veda *supra*, para. 4.2.c.

¹⁷⁴ Non diversamente da quanto accade in caso di intervenuta transazione tra le parti: Cass. civ. 8034/2020; Cass. civ. 3598/2015. Si veda C. MANCUSO, *Il rilievo della transazione nel processo: il punto della giurisprudenza*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2021, pp. 471 ss. e 477 ss. per il problema della rilevanza d'ufficio. In generale, sulla pronuncia della cessazione della materia del contendere, B. SASSANI, voce *Cessazione della materia del contendere*, I, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.

¹⁷⁵ In L. DI MATTEO, *op. cit.*, p. 225, si riporta anche una *severability clause* che prevede come «*gap-filler that the voided terms will be replaced by statutory rules*»: nel nostro ordinamento, la conclusione è ovvia qualora la clausola nulla sia sostituita *ex art. 1419, comma 2 c.c.*; altrimenti, le norme dispositive interverranno solo qualora il contratto non si da ritenere totalmente nullo *ex art. 1419, comma 1 c.c.*

consiste di una condizione sospensiva apposta alla clausola sostitutiva, in cui è dedotta in condizione la nullità della clausola principale oppure la dichiarazione della nullità. La prima accezione potrebbe essere particolarmente utile qualora sussista un dubbio effettivo sulla nullità di una certa clausola, ad esempio, a causa di incertezze giurisprudenziali.

4.3.a.i. Validità

Una dottrina ha esaminato i casi in cui il patto di sostituzione contempra la dichiarazione di nullità della clausola principale e ha indicato questo particolare meccanismo negoziale come “sostituzione automatica convenzionale di una clausola nulla”¹⁷⁶. I patti di sostituzione sono stati ritenuti validi a condizione che la clausola sostitutiva conformi la pattuizione invalida alla *ratio* della norma che sancisce la causa di nullità e non integri, invece, un ostacolo a fare valere diritti inderogabili attribuiti a una parte a pena di nullità del patto contrario o ad agire per l'accertamento della nullità. Per illustrare la conclusione si sono portati tre esempi.

In primo luogo, si è ipotizzata una clausola che privi il conduttore di un immobile locato a uso abitativo del diritto di recedere dal contratto per gravi motivi e attribuisca al locatore, per il caso di dichiarazione della nullità della clausola, un'opzione di vendita del bene al conduttore a prezzo predeterminato. Il diritto di recesso è previsto inderogabilmente in favore del conduttore di immobili a uso abitativo dall'art. 4, comma 2 della l. n. 392/1978¹⁷⁷. Porre quest'ultimo nella posizione di soggezione all'esercizio dell'altrui diritto di opzione lo ostacolerebbe nell'esercizio di un diritto indisponibile previsto dalla legge e, dunque, non sarebbe consentito, a prescindere da ogni altra valutazione. Il patto di sostituzione sarebbe quindi nullo *ex* artt. 4, comma 2 l. n. 392/1978 e 1344 c.c.

Si è poi fatto l'esempio di un contratto di mutuo che preveda il trasferimento della proprietà di un bene del debitore al creditore, in caso di inadempimento del primo, e che, per il caso di dichiarazione della nullità di questa clausola, conferisca al mutuante un mandato a vendere il bene *in rem propriam*, con facoltà di trattenere il prezzo fino a soddisfazione del credito vantato. La prima clausola è chiaramente invalida per violazione dell'art. 2744 c.c.; invece, il patto sostitutivo si conforma alla *ratio* del divieto e opera come un correttivo della clausola nulla. Pertanto, la clausola sostitutiva e il patto di sostituzione sarebbero validi.

¹⁷⁶ V. DI GRAVIO, op. ult. cit., pp. 674 ss., che ha esaminato i casi in cui

¹⁷⁷ Che dispone che «*indipendentemente dalle previsioni contrattuali il conduttore, qualora ricorrano gravi motivi, può recedere in qualsiasi momento dal contratto con preavviso di almeno sei mesi da comunicarsi con lettera raccomandata*».

Da ultimo, si è immaginato un contratto di mutuo a interessi usurari in cui si disponga, per il caso di dichiarazione della nullità della clausola feneratizia, che l'interesse applicabile sia il più alto consentito dalla legge. Tuttavia, l'art. 1815, comma 2 c.c. non solo commina la nullità della clausola che preveda interessi usurari, ma impone altresì il mantenimento del mutuo senza interessi. L'ipotizzata clausola sostitutiva contrasterebbe con la seconda parte della norma e, quindi, il patto sostitutivo sarebbe senz'altro «*in frode alla legge*» poiché tendente ad eludere le conseguenze legali della nullità¹⁷⁸.

La dottrina appena riportata è, al momento, l'unica che si è occupata di questo problema e offre diversi spunti interessanti¹⁷⁹. Sul punto, sembra appena necessario precisare che, in realtà, il patto di sostituzione potrebbe dedurre in condizione non la dichiarazione della nullità della clausola principale, ma direttamente la sua nullità.

Qualora il patto assumesse questa particolare configurazione, si dovrebbero considerare due fattori: il primo, che la nullità è una patologia genetica che ricorre a prescindere dall'esperimento di un'azione volta al suo accertamento; il secondo, che l'avveramento della condizione sospensiva ha effetto retroattivo. Pertanto, la condizione si avvererebbe con efficacia *ex tunc* nello stesso momento in cui il contratto venisse concluso e, quindi, l'accordo nascerebbe immediatamente privo della clausola nulla e munito del patto sostitutivo. Detto in altre parole, la condizione subordinerebbe l'entrata in vigore della clausola sostitutiva a un evento che non è né futuro – poiché la nullità è coeva al contratto – né incerto – perché, generalmente, le norme che stabiliscono cause di nullità lo fanno incondizionatamente.

Applicando pianamente queste premesse, immaginando un patto di sostituzione del secondo tipo citato, il contratto di locazione del primo esempio sarebbe *ab origine* privo della rinuncia al diritto di recesso e munito del patto di opzione. L'art. 4, comma 2 l. n. 392/1978 permetterebbe ugualmente al conduttore di recedere, mentre resterebbe valido ed efficace il patto di opzione: la disposizione, a differenza dell'art. 1815, comma 2 c.c., non sancisce nessuna conseguenza ulteriore alla nullità della rinuncia al recesso, né l'opzione a vendere incontra, in sé considerata, qualche limite di validità. Il patto di sostituzione che subordinasse l'efficacia della clausola sostitutiva alla nullità della clausola principale si risolverebbe, sostanzialmente, in una sorta di raggiro ai danni del locatore: a causa del combinarsi degli effetti di nullità e retroattività della condizione, il contratto attribuirebbe immediatamente al locatore il diritto di opzione. Il conduttore potrebbe certamente recedere oppure domandare

¹⁷⁸ V. DI GRAVIO, op. ult. cit., p. 677.

¹⁷⁹ Se si eccettuano due fugaci riferimenti in R. TUCCILLO, op. cit., pp. 1288 e 1290.

l'annullamento della singola clausola per errore o dolo, invocando il proprio errore di diritto circa l'immediata operatività del diritto di opzione¹⁸⁰.

Diversamente avverrebbe ipotizzando che l'evento dedotto in condizione non sia la nullità della clausola principale, ma la *dichiarazione* della sua nullità¹⁸¹. In questo caso, si avrebbe una clausola sostitutiva che pregiudica il conduttore (assoggettandolo all'esercizio del diritto di opzione) e diviene efficace all'esito dell'azione per la dichiarazione della nullità della rinuncia a un diritto attribuitogli inderogabilmente dalla legge. Il patto sostitutivo mirerebbe evidentemente a disincentivare l'esercizio del diritto di recesso e, quindi, dovrebbe essere dichiarato nullo *ex artt.* 1344 e 4, comma 2 l. n. 392/1978¹⁸².

Venendo al secondo esempio¹⁸³, se il patto di sostituzione contemplasse direttamente la nullità della clausola, si avrebbe una conseguenza simile a quella appena vista: il contratto di mutuo nascerebbe da subito privo del patto commissorio e munito del mandato a vendere *in rem propriam*. Qualora, invece, l'evento dedotto in condizione fosse la dichiarazione di nullità del patto commissorio, il debitore avrebbe la scelta tra rispettare il patto commissorio oppure impugnarlo, ottenere la dichiarazione di nullità e rendere operante il mandato *in rem propriam*. Considerati il maggior favore per il debitore e la validità della clausola sostitutiva così congegnata, il contratto sopravviverebbe munito della clausola sostitutiva¹⁸⁴.

L'ultimo esempio riguarda il contratto di mutuo a interessi usurari in cui si disponga, per il caso di dichiarazione della nullità della clausola feneratizia, che l'interesse applicabile sia il più alto consentito dalla legge. Ipotizzando che il patto di sostituzione operi per il caso di nullità della clausola principale, il mutuo diverrebbe ugualmente gratuito *ex art.* 1815, comma 2 c.c., poiché la norma non si limita a sancire la nullità della clausola che prevede interessi usurari, ma impone la conservazione del mutuo senza interessi.

4.3.a.ii. Rapporti con l'art. 1419 c.c.

¹⁸⁰ Sull'annullabilità parziale, si veda *supra*, Cap. II, para. 4.1.c.

¹⁸¹ È il caso affrontato da V. DI GRAVIO, op. cit., pp. 674 ss. La "dichiarazione di nullità" potrebbe ricorrere sia qualora fosse il giudice, adito dal conduttore, ad accertare il vizio, sia, forse, qualora il conduttore recedesse dal contratto facendo valere in via stragiudiziale la nullità della rinuncia.

¹⁸² V. DI GRAVIO, op. cit., p. 675.

¹⁸³ Ossia, un contratto di mutuo che preveda il trasferimento della proprietà di un bene del debitore al creditore in caso di inadempimento del primo e che, per il caso di accertamento della nullità di questa clausola, conferisca al mutuante un mandato a vendere il bene *in rem propriam*, con facoltà di trattenere il prezzo fino a soddisfazione del credito vantato.

¹⁸⁴ Sempre che il giudice non abbia ritenuto recessiva la clausola di *severability* e non abbia dichiarato la nullità totale del contratto. Tuttavia, la presenza di un patto sostitutivo lecito dovrebbe rendere più significativa la clausola di scindibilità.

Si è visto che le clausole in esame costituiscono un'elaborazione dei normali patti di scindibilità formulati specificamente poiché, in aggiunta alla dichiarazione che la nullità parziale non si estenderà a tutto l'accordo, prevedono un patto di sostituzione e una clausola sostitutiva. Anche in questo contesto ci si deve interrogare sui rapporti tra queste forme di esercizio dell'autonomia privata e l'art. 1419 c.c. Il quadro sembra doversi ricostruire come segue.

Ove il patto di sostituzione contempli la nullità della clausola, questa verrà da subito rimpiazzata retroattivamente dalla clausola di riserva e, quindi, non si potrà più parlare di nullità parziale. Instaurato il giudizio *ex art. 1419 c.c.*, il convenuto potrà sostenere l'infondatezza della domanda. Il patto di sostituzione svolge la sua funzione, ferma l'esperibilità di altri rimedi¹⁸⁵.

Qualora il patto di sostituzione deduca in condizione la dichiarazione di nullità di una certa clausola, si aprirà uno spazio per il giudizio *ex art. 1419, comma 1 c.c.* e il giudice dovrà valutarne la rilevanza. In questo contesto, la presenza di un patto di sostituzione dovrà deporre ancora di più per la conservazione del negozio, che costituisce un chiaro indice della perdurante utilità del contratto contenente la pattuizione sostitutiva. Ove il giudice ritenga comunque che la nullità si propaghi all'intero accordo, non gioverà invocare la clausola sostitutiva, che si inserirebbe in un contratto di cui è stata accertata la nullità totale.

L'ultimo scenario riguarda il caso in cui la clausola nulla sia sostituita di diritto da norme imperative. In questo caso, la completa indifferenza dell'art. 1419, comma 2 c.c. per la volontà delle parti conduce a ritenere prevalente la clausola imposta dalla legge su quella "di riserva" elaborata dalle parti, pena la consegna all'autonomia privata del meccanismo di integrazione cogente previsto dalla norma.

4.3.b. Adeguamento convenzionale del contratto in caso di nullità parziale

Un altro strumento di gestione convenzionale della nullità parziale è la modifica automatica e retroattiva di altre condizioni del contratto, subordinata alla dichiarazione della nullità di una o più clausole predeterminate. La dottrina che si è occupata di questa particolare variante di clausola di *severability* ha parlato di "patti correttivi" della nullità parziale¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Per es., l'annullamento del meccanismo sostitutivo per errore di diritto o dolo, avendo il contraente ignorato l'immediata efficacia della clausola sostitutiva: si veda *supra*, para. 4.2.c.

¹⁸⁶ V. DI GRAVIO, op. ult. cit., pp. 678 ss.

La razionalità di questo sistema si coglie se si considera che il contratto costituisce un insieme equilibrato di diritti e di obblighi, che potrebbe venire compromesso dalla dichiarazione della nullità di una sola delle sue clausole¹⁸⁷. Prevedendo una modifica retroattiva di alcuni termini dell'accordo, le parti predispongono un mezzo per ristabilire l'armonia nel regolamento contrattuale. È necessario, tuttavia, vagliare la validità di questi patti.

Sul punto, riprendendo gli esempi fatti in precedenza con alcuni aggiustamenti, si è messo in luce il rischio che la modifica retroattiva pregiudichi la parte tutelata dalla causa di nullità (es.: il conduttore che abbia rinunciato al diritto di recesso *ex art. 4, comma 2 l. cit.*, o il debitore in un mutuo assistito da patto commissorio, ove la correzione consista in un incremento *ex tunc* del canone o del tasso di interesse). In tal caso, il patto correttivo renderebbe gravoso fare valere l'invalidità e, dunque, dovrebbe ritenersi indirettamente vietato dalla norma che sancisce la causa di nullità¹⁸⁸. Né varrebbe invocare che la clausola correttiva rappresenterebbe una sorta di conversione convenzionale del contratto nullo, permettendo di addivenire all'accordo che, avuto riguardo allo scopo perseguito, le parti avrebbero stipulato se avessero conosciuto la causa di nullità (art. 1424 c.c.). Infatti, l'art. 1424 c.c. presuppone l'ignoranza della causa di nullità¹⁸⁹ e, in ogni caso, cadono al di fuori della sua *ratio* conservativa i patti correttivi volti a ostacolare l'esperimento dell'azione di nullità e ad attribuire un vantaggio alla parte che aveva ottenuto la stipulazione della clausola nulla¹⁹⁰. Uno spazio per il patto correttivo nel contesto della conversione del contratto nullo si potrebbe individuare qualora le parti avessero nutrito un dubbio circa la nullità di una clausola e avessero previsto un patto correttivo ma, nonostante questo, il contratto fosse stato ritenuto completamente nullo *ex art. 1419 c.c.*: a quel punto, si potrebbe adottare come criterio il contenuto del meccanismo convenzionale per individuare il «*contratto diverso*» che sarebbe stato concluso dalle parti qualora avessero conosciuto la nullità.

5. Clausole “*omnibus*”, clausole di stile

¹⁸⁷ Naturalmente, si allude al caso in cui la clausola venga ritenuta scindibile; altrimenti, il contratto sarà nullo per l'intero e non si potrà fare questione di un suo equilibrio.

¹⁸⁸ V. DI GRAVIO, op. cit., pp. 679 ss.

¹⁸⁹ La conversione può operare solo se le parti al momento della stipulazione ignoravano l'esistenza della causa di invalidità: C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 589; L. BIGLIAZZI – GERI, voce *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962 p. 532; *contra* R. SACCO, *Il contratto*, T. 1, cit., p. 551. In giurisprudenza: Cass. civ. 899/1980; Cass. civ. 923/1972.

¹⁹⁰ V. DI GRAVIO, op. cit., pp. 685-686.

Si è già menzionato che i patti sulla nullità parziale possono essere redatti o con specifico riferimento alla nullità di una certa clausola del contratto, oppure genericamente con riguardo a tutte le sue pattuizioni: in questo secondo caso, si parlerà di clausola “*omnibus*”¹⁹¹. Il problema principale che sorge con riferimento a questo genere di patti riguarda la possibilità di qualificarli come “clausole di stile” e, quindi, di ritenerli inefficaci o nulli.

Innanzitutto, è bene precisare che il problema si stempera nel contesto di questa trattazione, poiché si è visto che anche le clausole formulate specificamente non possono essere ritenute valide e vincolanti, sebbene svolgano un ruolo importante nel contesto del giudizio di essenzialità *ex art. 1419, comma 1, c.c.*¹⁹². Tuttavia, è opportuno affrontarlo ugualmente, trattandosi di un profilo esaminato da tutti gli autori che si sono occupati del tema e che tornerebbe rilevante qualora si ritenesse di non aderire alla tesi qui seguita circa il valore solo indicativo dei patti sulla nullità parziale.

Si definisce “clausola di stile” la «*clausola inserita in un contratto scritto solo ed esclusivamente per rispettare una corrispondente abitudine, e senza un vero intento di dar vita ad una corrispondente regola contrattuale*»¹⁹³. Patti di questo tipo vengono ritenuti inefficaci *ex officio*, senza che la parte che intende sostenere che una certa clausola è “di stile” debba dimostrare l’assenza di volontà della sua stipulazione¹⁹⁴. Esempi classici di clausole di stile sono la clausola risolutiva espressa che contempra tutte le obbligazioni previste nel contratto, il patto con il quale l’acquirente di un immobile dichiara di accettarlo «*nello stato di fatto e di diritto in cui si trova, con tutte le servitù*

¹⁹¹ La terminologia è di E. CARBONE, *op. cit.*, p. 1223.

¹⁹² *Supra*, para. 3.3.d. Come visto, anche le clausole *omnibus* influenzano il giudizio di essenzialità, seppure in maniera meno incisiva.

¹⁹³ R. SACCO, voce *Clausola di stile*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ., Agg.* 2010, p. 258. La letteratura in materia è ampia: si vedano, per es., G. BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, pp. 1190-1265; G. IORIO, *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 657 ss., che si segnala anche per l’accurata ricostruzione storica, ID. *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative. La prassi contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, pp. 50 ss.; E. CARBONE, *Le clausole di stile nei negozi giuridici. Interpretazione utile e vizio oggettivo*, in *NGCC*, 2015, II, pp. 68 ss.; G. CAVALIERI, *Le clausole di stile*, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, pp. 939 ss.; N. COVIELLO JR., *Appunti sulla clausola di stile nei contratti*, in *Foro it.*, 1963, IV, pp. 116 ss.; A. DE CUPIS, *Clausola di stile e vizio della volontà*, in *Giur. it.*, 1987, IV, pp. 319 ss.; F. MESSINEO, *Considerazioni sulle clausole contrattuali di stile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, pp. 27ss.; G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, *cit.*, p. 277; R. TRIOLA, *Le clausole di stile*, in *Vita not.*, 2003, pp. 648 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, pp. 161 ss.

In giurisprudenza, Cass. civ. 19104/2009, che cita testualmente Cass. civ. 15380/2000, in *Contr.* 2001, p. 543, con nota di C. CAVAJONI; per Cass. civ. 5266/1997, in *Foro it.*, 1997, I, 2914, con nota di E. BRUNETTI, «*clausola di stile può essere definita solo quella che si esaurisce in espressioni generiche che, per l’indefinita ampiezza e l’indeterminata genericità che le caratterizza, rivelano la funzione di mero completamento formale dell’atto e la carenza di un concreto contenuto volitivo riferibile al negozio posto in essere dalle parti [...], onde la connotazione che la contraddistingue è la sua sostanziale irrilevanza ai fini dell’intento negoziale perseguito dalle stesse parti*».

¹⁹⁴ *Ibidem*. L’Autore cita però Cass. civ. 965/1980 che ha onerato la parte che sosteneva l’inefficacia di una clausola della dimostrazione della sua non volontarietà. Per C. GRASSETTI, voce *Clausola contrattuale*, *cit.*, p. 186, le clausole in esame non costituirebbero «*efficace espressione di privata autonomia*».

attive e passive» e quello che recita che «il possesso legale ed il godimento materiale dei beni venduti si intendono cominciare a favore dell'acquirente con oggi»¹⁹⁵. Altri casi sono più dibattuti, come la clausola «visto e piaciuto»¹⁹⁶.

Il patto sulla nullità parziale *omnibus* sarebbe, dunque, una clausola di stile, poiché inserito solo per prassi, senza che la sua adozione sia sorretta da un'effettiva volontà in tal senso¹⁹⁷; per un'altra lettura, la qualificazione come clausola di stile deriverebbe dal fatto che questa categoria è caratterizzata dall'indeterminatezza e indeterminabilità del contenuto del patto, elementi rinvenibili nella clausola di (in)essenzialità *omnibus*¹⁹⁸. La conclusione è poi sorretta dalla constatazione che, negli ordinamenti di origine, i patti di (*in*)*severability* sono generalmente annoverati tra le clausole c.d. “*boilerplate*”, pattuizioni dal contenuto standardizzato, adottate «a prescindere dalla natura ed oggetto del contratto e ampiamente utilizzate nella pratica commerciale internazionale»¹⁹⁹: in alcuni casi, le *boilerplate clauses* sono state ritenute *unenforceable*, sulla base di considerazioni assimilabili a quelle alla base della teoria delle clausole di stile²⁰⁰.

In realtà, la tradizionale elaborazione delle clausole di stile è stata oggetto di diverse critiche, che ne hanno censurato l'incerto fondamento²⁰¹ e hanno mostrato come anche la giurisprudenza abbia, in diverse occasioni, richiesto la dimostrazione dell'assenza di volontà delle parti²⁰². Non è questa la sede per prendere posizione in questo articolato dibattito, anche se non si nasconde che le obiezioni mosse dalla dottrina appaiono solide; inoltre, è

¹⁹⁵ G. IORIO, op. cit., p. 51, ove ulteriori esempi.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 51.

¹⁹⁷ E. LUCCHINI GUASTALLA, op. cit., p. 739; V. DI GRAVIO, op. ult. cit., pp. 673, nota 3, 680-681; R. TUCCILLO, op. cit., p. 1286, nota 9.

¹⁹⁸ E. CARBONE, *Clausola di salvezza*, cit., pp. 1209, 1220, secondo il quale la clausola sarebbe nulla per queste ragioni.

¹⁹⁹ La definizione è di E. BETTO – D. SALUZZO, *Mind the gap - 2: clausole penali e di liquidated damages nel diritto inglese e nelle principali giurisdizioni di civil law*, in *Riv. comm. int.*, 2012, p. 13. Per un inquadramento preliminare, si vedano E. PEEL, *The common law tradition: application of boilerplate clauses under English law*, in G. CORDERO – MOSS (a cura di), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge, 2011, pp. 129 ss.; G. DE NOVA, *The Romanistic Tradition. Application of Boilerplate Clauses under Italian Law*, *ivi*, pp. 230 ss.; H. E. SMITH, *Modularity in Contracts. Boilerplate and Information Flow*, in *104 Michigan law rev.*, 2006, pp. 1194 ss.

²⁰⁰ Si veda per es. M. L. MOVSESIAN, *Severability in Statutes and Contracts*, in *Georgia Law Review*, Vol. 30, fasc. 1, 1995, pp. 75-76: «a court will sometimes refuse to give effect to boilerplate language in a contract on the theory that such language reflects the absence of true agreement between the parties».

²⁰¹ Per es., G. BONILINI, op. cit., conclude per la validità ed efficacia delle clausole di stile, salvo dimostrazione di una comune volontà contraria delle parti; già F. MESSINEO, op. cit., pp. 28 ss., notava la stranezza insita nel ritenere inefficaci clausole frutto di prassi secolari, quando, semmai, la ricorrenza di una clausola sarebbe indice della sua utilità; così, l'Autore concludeva che «tutto, allora, si riduce a una questione di fatto intesa ad assodare se, in concreto, [la pattuizione] fu voluta dalle parti».

²⁰² Si vedano i riferimenti contenuti in R. SACCO, op. ult. cit.

significativo che la giurisprudenza più recente ritiene nulla la clausola risolutiva espressa “*omnibus*” per indeterminatezza dell’oggetto, e non in quanto clausola di stile²⁰³. Piuttosto, in questo paragrafo interessa sottolineare che la possibilità di qualificare i patti sulla nullità parziale *omnibus* come clausole di stile sembra da escludere, anche ove si ritenga di aderire all’orientamento che prescinde dalla prova dell’assenza di volontà per attribuire la natura di “clausola di stile”.

L’aspetto cruciale è che i patti sulla nullità parziale sono funzionali a rispondere a un’esigenza reale, quale quella di disporre di un sistema di gestione convenzionale del rischio, concreto, che una delle pattuizioni del contratto incorra nella nullità comminata da una disposizione della legge applicabile.

Come visto, nei contratti internazionali “di massa”, spesso l’impresa predisponente non conosce la legge che regolerà il contratto in virtù delle norme di conflitto di diritto internazionale privato, poiché la controparte potrebbe trovarsi ovunque nel globo; qualora, invece, sia prevista una clausola di scelta della legge applicabile, potrebbe venire comunque in rilievo una norma di applicazione necessaria che sancisca una causa di nullità²⁰⁴.

Anche nei contratti *tailor-made* potrebbe accadere che le parti rinuncino o falliscano nell’accertare compiutamente la presenza di cause di nullità nella legge applicabile e preferiscano cautelarsi dal rischio della nullità parziale adottando una clausola di *in(severability) omnibus*. Qualora, poi, il patto *omnibus* includa anche un impegno a rinegoziare l’eventuale clausola nulla, esso vincola anche l’impresa predisponente e, quindi, sembra poco verosimile ipotizzare che lo stesso sia stato incluso nel contratto solo per abitudine, senza un reale intento in tal senso.

Al contrario, non si nasconde una certa perplessità davanti a patti di *severability omnibus* privi di clausole di rinegoziazione, poiché non è secondario il rilievo che «*ci si troverebbe [...] a dover giungere ad una conclusione non lontana dall’assurdità, posto che, se nessuna clausola è dalle parti ritenuta essenziale nell’economia del contratto, potrebbe dubitarsi della stessa serietà dell’accordo unitariamente inteso*»²⁰⁵. Ancora, qualche dubbio può sorgere per i patti sulla nullità parziale

²⁰³ Per es., Cass. civ. 29487/2019; Cass. civ. 4796/2016; Corte d’appello Bologna, 13 giugno 2018, n. 1600; Trib. Torino, sez. VIII, 26 marzo 2021, n. 1501 «*la clausola risolutiva espressa disciplinata dall’ art. 1456 c.c. introduce una forma di risoluzione stragiudiziale che opera di diritto. Tale clausola deve ritenersi nulla per indeterminatezza dell’oggetto qualora non contenga l’indicazione specifica delle obbligazioni contrattuali dal cui inadempimento le parti abbiano inteso far discendere la risoluzione ipso iure del contratto ex art. 1456 c.c.*». Per A. LUMINOSO, *Vitalizio alimentare e clausole risolutive per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, pp. 495 ss. l’inefficacia deriva dalla difformità della clausola dal tipo legale previsto nell’art. 1456 c.c., che richiede il riferimento a una «*determinata obbligazione*».

²⁰⁴ Si veda *supra*, Cap. I, nota 54.

²⁰⁵ E. LUCCHINI GUASTALLA, *op. cit.*, p. 739;

omnibus previsti nel contesto di contratti regolanti situazioni meramente interne, ove, quindi, sembra legittimo dubitare che siano stati inclusi solo in virtù di una certa tendenza a reiterare l'uso di modelli tratteggiati.

In definitiva, un'adeguata considerazione delle circostanze che hanno portato alla conclusione del contratto munito del patto *omnibus* permette di orientare meglio il vaglio circa la sua natura di clausola di stile, anche qualora si ritenga di prestare adesione all'indirizzo che attribuisce questa qualifica a prescindere dalla dimostrazione dell'assenza di volontà.

6. Contratti stipulati da consumatori: cenni

Alcuni problemi particolari si pongono nel caso, frequente, in cui le clausole di (in)scindibilità si trovino in contratti in cui una parte è un professionista e l'altra è un consumatore.

Va premesso che ogni dubbio di validità connesso alla qualifica consumeristica di uno dei contraenti è reso meno rilevante dal fatto che, in questo studio, i patti sulla nullità parziale sono stati ritenuti in generale nulli e rilevanti solo a livello probatorio. Il problema diventerà rilevante, invece, qualora si ritenga di seguire una delle tesi che ritiene valide e vincolanti tali pattuizioni²⁰⁶.

Ciò detto, se ritenute in generale valide e vincolanti, le clausole di *severability* e *inseverability* si potrebbero interpretare, rispettivamente, come rinunce all'azione e all'eccezione di nullità totale e parziale *ex art. 1419, comma 1 c.c.*²⁰⁷. Letti in questo modo, i patti si presumerebbero vessatori *ex art. 33, lett. t)* quanto all'eccezione di nullità²⁰⁸, e ferma la necessità di specifica sottoscrizione *ex art. 1341, comma 2 c.c.*²⁰⁹. Quanto all'azione, la clausola sfuggirebbe all'*art. 33, lett. t)*²¹⁰, ma dovrebbe comunque essere sottoposta all'accertamento della vessatorietà disciplinato dall'*art. 34 cod. cons.*²¹¹.

²⁰⁶ Per le quali si veda *supra*, para. 3.3.a.

²⁰⁷ Sulla disponibilità dell'azione di nullità, per tutti S. MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 2018, pp. 1029 ss. Sui rapporti tra questi patti e l'*art. 1462 c.c.*, si veda *supra*, para. 3.3.c.

²⁰⁸ Fuori dall'ambito consumeristico, se intesi in senso vincolante, i patti incorrerebbero nel divieto di rinuncia preventiva all'eccezione di nullità previsto dall'*art. 1462 c.c.*: si veda *supra*, para. 3.3.c.

²⁰⁹ Esattamente E. CARBONE, *Clausola di salvezza*, cit., p. 1226: «sicché le tesi assertive della validità di tali clausole si intendono limitate alla negoziazione paritaria, tolti i contratti asimmetrici, esposti alla unconscionability doctrine».

²¹⁰ Si veda *supra*, Cap. II, para. 4.2.c.i.

²¹¹ Può essere interessante rilevare che, negli ordinamenti di *Common law*, i patti sulla nullità parziale possono essere considerate *unfair* e, quindi, *unconscionable*: si veda O. BEN SHAHAR, *Fixing unfair contracts*, in *Stanford Law Review*, Vol. 63, fasc. 4, 2011, pp. 886-887, citato da E. CARBONE, *Clausola di salvezza*, cit., p. 1210.

Permarrebbe il potere di rilievo officioso della nullità *ex artt. 33 e 34 cod. cons.*, che, per le nullità di protezione, quale quella in esame (art. 36, comma 3 cod. cons.), si atteggia nel senso che, rilevata la nullità di una singola clausola e indicatala come possibile causa 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 giudice rigetterà o accoglierà la domanda «*pronunciandosi soltanto su questa: pur avendo rilevato la nullità di protezione in corso di giudizio, non la dichiar[erà] in motivazione, limitandosi a rigettare la domanda, ove ne ricorrano i presupposti, per altro motivo, ovvero ad accoglierla, se fondata*»²¹². In presenza di una clausola di scindibilità o inscindibilità ritenuta valida e vincolante, il giudice potrebbe senz'altro rilevare la nullità della pattuizione vessatoria, ma l'attore non potrebbe domandare la nullità totale, nel primo caso, la nullità parziale, nel secondo²¹³.

Non pare rilevante, invece, l'art. 34, comma 3 cod. cons., che prevede che «*non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge [...]*»: le clausole di *severability* non riproducono l'art. 1419 c.c., poiché non richiedono di effettuare il giudizio di essenzialità quanto, piuttosto, lo presuppongono e cercano di indirizzarne l'esito²¹⁴.

Da ultimo, ai sensi dell'art. 36, comma 1 cod. cons., «*la nullità delle clausole vessatorie non comporta nullità del resto del contratto*». L'imperatività della norma, che configura uno dei casi principali di «nullità parziale necessaria»²¹⁵, comporta la nullità della clausola di *inseverability*

²¹² Cass. civ. SSUU 26242/2014, cit., para 3.15 e 7.3.(3). Per un commento su questo specifico aspetto, S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità*, cit., pp. 928 ss.

²¹³ Per effetto dell'art. 33, lett. t) dovrebbe poterlo fare, invece, il convenuto, ponendo la *quaestio nullitatis* alla base di un'eccezione riconvenzionale.

²¹⁴ Almeno di regola: in L. DI MATTEO, op. cit., p. 33, si legge una clausola che recita: «*if any provision of the Contract is invalid or unenforceable, or deemed to be illegal, the remainder of the Contract shall continue in full force and effect, unless it is determined that the invalidated provision(s) destroys the essence of the Contract*». La clausola replica sostanzialmente gli esiti più moderni della *severance doctrine* e sembra sovrapponibile all'art. 1419, comma 1 c.c., interpretato nella sua accezione oggettiva. Un patto del genere stipulato da un consumatore sarebbe nullo con riferimento a una clausola vessatoria (art. 36, comma 1 cod. cons.), mentre potrebbe valere per indirizzare il giudizio di estensione della nullità di quelle non tali; in questo contesto, però, la clausola sarebbe pleonastica, appunto perché si sovrappone all'art. 1419, comma 1 c.c. In generale, sulla circolazione di regole straniere tramite la loro incorporazione in clausole, M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, cit., p. 79.

²¹⁵ L'espressione è stata coniata da A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, p. 151, come segnalato da V. BACHELET, *La decodificazione giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fattispecie*, in *Eur. Dir. priv.*, 2021, pp. 565 ss. Il primo caso di nullità parziale necessaria è l'art. 1419, comma 2 c.c. In generale, oltre a questi due Autori, si vedano S. MONTICELLI, *Considerazioni in tema di nullità parziale*, cit., pp. 103 ss.; A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contr.* 2013, pp. 22 ss.; F. DI MARZIO, *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Giust. civ.*, 2000, II, pp. 474-475.

che pretenda di estendere l'invalidità di singole clausole vessatorie al resto del contratto²¹⁶. Se ritenuto vincolante, il patto di inscindibilità comporterebbe comunque la caducazione totale ove una singola clausola fosse nulla per ragioni diverse dalla sua vessatorietà.

7. Interferenze

Nei paragrafi precedenti abbiamo analizzato i patti sulla nullità parziale sotto vari profili: si sono illustrate le diverse varianti con le quali si presentano, la loro funzione, i rapporti con i due commi dell'art. 1419 c.c. e alcune dinamiche processuali. Tutta l'esposizione ha adottato come punto di vista la clausola singolarmente considerata o, al più, la sua validità alla luce della disciplina comune e consumeristica sulla nullità parziale.

In questo paragrafo, si mostreranno alcune dinamiche ulteriori che si possono verificare quando il contratto include patti sulla nullità parziale, poiché la dichiarazione che una certa clausola è (o non è) essenziale può interferire con diversi istituti del diritto dei contratti²¹⁷. Questo profilo non è stato mai affrontato dalla dottrina ed è di grande rilevanza, in quanto i rapporti tra le clausole di (in)scindibilità e la disciplina legale e, soprattutto, convenzionale di altre patologie contrattuali influenzano in maniera decisiva la funzionalità della regolamentazione pattizia adottata dai paciscenti. L'analisi sarà divisa in due parti: la prima, relativa alle interferenze che possono verificarsi tra diverse clausole del medesimo contratto; la seconda, dedicata alle relazioni che possono instaurarsi tra le clausole sulla nullità parziale e la disciplina legale delle patologie contrattuali. La conclusione a cui si perverrà sarà l'opportunità di una particolare cautela in sede di redazione del contratto, per non incorrere in aporie tra le sue clausole o effetti secondari indesiderati derivanti dall'applicazione della disciplina generale²¹⁸.

²¹⁶ Si intende, qualora la clausola non sia ritenuta già di per sé nulla.

²¹⁷ Un chiaro esempio di interferenza tra disciplina convenzionale (una clausola risolutiva espressa) e legale (art. 1419, comma 1 c.c.) si trova in Cass. civ. 11749/2012, cit., che ha negato l'estensione della nullità della clausola del contratto preliminare di vendita che obbligava le parti ad indicare nel contratto definitivo, a fini fiscali, il valore catastale dell'immobile in luogo del corrispettivo, nonostante l'obbligazione fosse assistita da una clausola risolutiva espressa: «*a nulla rileva il fatto che, in caso di inadempimento di tale clausola, fosse stata espressamente prevista la risoluzione del contratto, in quanto la clausola risolutiva espressa non è in grado di rafforzare una pattuizione contraria alla legge, consentendo a chi sia rimasto fedele ad essa di invalidare il contratto, a meno che egli non privi che, in assenza della clausola medesima, il contratto avrebbe perso la propria ragione giustificativa ed utilità per le parti*». Ci pare che la sentenza, mossa dalla preoccupazione di non dare alcun effetto al patto nullo, abbia trascurato che la clausola risolutiva espressa era un indice chiarissimo della sua rilevanza essenziale.

²¹⁸ Già P. BERNARDINI, *La patologia*, cit., p. 1122, avvertiva che «*le varie clausole con le quali viene regolamentata tale ripartizione del rischio contrattuale, anche se formalmente distinte, sono tra loro collegate e devono quindi trovare una intima armonia per realizzare quell'equilibrio dei rispettivi interessi in gioco che meglio possa servire la finalità della continuazione del rapporto contrattuale*».

7.1. Interferenze tra i patti sulla nullità parziale e la disciplina legale delle patologie contrattuali

Il primo problema da esaminare consiste nelle interferenze tra la dichiarazione di (in)essenzialità di una o più clausole e l'operatività di tre istituti che regolano vicende patologiche del contratto, quali l'annullamento per errore e dolo determinante e la risoluzione per inadempimento.

L'annullamento per errore è possibile qualora questo sia essenziale e riconoscibile (art. 1428 c.c.). Il primo requisito ricorre nei casi previsti dall'art. 1429 c.c., tra i quali si segnalano il n. 2), ossia l'errore che cade sull'identità dell'oggetto della prestazione o su una sua qualità che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso, e il n. 4), ossia l'errore di diritto che sia stato la ragione unica o principale del contratto.

Ebbene, la clausola di scindibilità che riguardi il patto con cui il venditore ha promesso una certa qualità della propria prestazione costituirà un ostacolo non da poco per il compratore che voglia ottenere l'annullamento del contratto per errore determinante sulla qualità del bene promesso, poiché questi dovrà sostenere che l'errore è stato determinante, in contrasto con l'espressa dichiarazione dell'importanza marginale della clausola asseritamente viziata. Al contrario, l'attore sarà facilitato qualora la clausola interessata dall'errore sia contemplata da un patto di inscindibilità, che depone a favore della sua essenzialità. Lo stesso vale a dirsi per il caso di errore di diritto che cada, per esempio, sull'efficacia di una clausola: sarà difficile sostenere che la falsa rappresentazione sia stata «*la ragione unica o principale del contratto*» quando la clausola stessa era stata definita inessenziale da un patto di scindibilità²¹⁹.

Per il dolo valgono considerazioni analoghe, con la differenza che, per l'orientamento prevalente e condivisibile, i raggiri rilevano anche se cadano su elementi diversi da quelli elencati dall'art. 1429 c.c. e, quindi, il problema potrebbe porsi con più facilità: *fraus omnia corrumpit*²²⁰. L'annullamento per dolo è possibile solo quando «*i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato*»: si deve essere in presenza di un

²¹⁹ Sembra più difficile ipotizzare interferenze tra i patti sulla nullità parziale e gli errori *ex art. 1429, nn. 1) e 3)*, poiché i relativi contenuti non appaiono traducibili in clausole che potrebbero essere contemplate da una *(in)severability clause*.

²²⁰ *Supra*, p. 135, nota 315, spec. Cass. civ. 4065/2014.

dolus causam dans, che ricorre quando i raggiri hanno interessato circostanze essenziali del negozio, determinanti per la prestazione del consenso della vittima.

Anche per l'annullamento per dolo sarà difficile argomentare la natura determinante del raggiro che abbia interessato una clausola definita inessenziale da un patto di *severability*. Si potrebbe portare l'esempio di un preliminare di compravendita immobiliare che preveda l'impegno delle parti a dichiarare un prezzo inferiore in sede di definitivo, in modo da risparmiare parte delle imposte, e che includa una clausola di *severability*²²¹. Ove il compratore si fosse determinato a stipulare il contratto sulla base delle rassicurazioni del venditore circa la validità della clausola, poi rivelatasi nulla, gli sarebbe difficile liberarsi del contratto indesiderato lamentando che il raggiro del venditore aveva determinato il suo consenso, poiché la rilevanza essenziale della clausola sarebbe smentita dalla *severability clause*. L'assolvimento dell'onere della prova circa l'efficacia determinante del dolo sarebbe invece facilitato dalla presenza di un patto di essenzialità, specie se riferito proprio a quella clausola.

Da ultimo, l'art. 1455 c.c. subordina la risoluzione per inadempimento al requisito della non scarsa importanza della violazione, avuto riguardo all'interesse del creditore. Il concreto atteggiarsi del giudizio di rilevanza dell'inadempimento è un tema molto dibattuto e le pronunce della giurisprudenza non si prestano a una facile sistematizzazione, al punto che si è affermato che la formulazione operativa della regola appare «*prolissa e fumosa, quando non parolaia e tautologica*»²²². Ai limitati fini di questa analisi, basterà tenere presente che, per la giurisprudenza prevalente, la norma impone al giudice di tener conto di tutte le circostanze, oggettive e soggettive, che rivelino l'alterazione dell'equilibrio contrattuale²²³; tra le

²²¹ Un caso analogo era stato esaminato da Cass. civ. 11749/2012, cit., dove però l'interferenza si era verificata con la clausola risolutiva espressa posta a presidio dell'adempimento del patto: la Corte aveva negato l'estensione della nullità del patto nonostante che la presenza della clausola risolutiva espressa dovesse fare deporre per la particolare importanza di quell'obbligazione: «*la clausola non può essere considerata "essenziale", se il contraente (che ne pretendeva l'adempimento) non dimostra che, in assenza di essa, il contratto di vendita avrebbe perso la propria originaria utilità; a nulla rileva il fatto che, in caso di inadempimento di tale clausola, fosse stata espressamente prevista la risoluzione del contratto, in quanto la clausola risolutiva espressa non è in grado di rafforzare una pattuizione contraria alla legge, consentendo a chi sia rimasto fedele ad essa di invalidare il contratto, a meno che egli non privi che, in assenza della clausola medesima, il contratto avrebbe perso la propria ragione giustificativa ed utilità per le parti*». Sulla pronuncia si tornerà nel prosieguo.

²²² R. SACCO, *Il contratto*, T. 2, cit., p. 632: l'Autore ritiene grave l'inadempimento «*tale per cui, secondo un criterio di normalità, il contraente, se avesse previsto, non avrebbe stipulato*». Si vedano anche V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 900 e, M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 2012, pp. 85 ss. per una rassegna globale della giurisprudenza; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in P. SCHLESINGER (fondato da) – F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2007, pp. 544 ss.; G. SCALFI, voce *Risoluzione*, cit., p. 6; G. VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, Milano, 1999, p. 171 per il contratto plurilaterale.

²²³ *Ex multis*, Cass. civ. 8220/2021; Cass. civ. 15052/2018; Cass. civ. 10995/2015. Tuttavia, a volte, la lettura completa delle sentenze rivela come dietro alla condivisa terminologia dei criteri "oggettivi" e

circostanze oggettive va annoverata l'incidenza astratta dell'inadempimento, avuto riguardo alla sua entità, e quella concreta, da valutarsi alla luce del pregiudizio causato al creditore²²⁴. La non scarsa importanza dell'inadempimento sarebbe addirittura *in re ipsa*, ove la violazione interessasse le obbligazioni essenziali del contratto²²⁵.

Si intuisce l'interferenza che si crea tra il giudizio di gravità dell'inadempimento e la dichiarazione della rilevanza *ex art. 1419 c.c.* della clausola che prevede l'obbligazione violata: l'affermazione dell'essenzialità del patto, contenuta in una *inseverability clause*, facilita il creditore attore in risoluzione, mentre accadrebbe il contrario in presenza di una *severability clause* che attribuisse alla clausola, fonte dell'obbligazione inadempita, una rilevanza marginale nell'economia complessiva del negozio. Entrambi gli elementi influenzerebbero il vaglio oggettivo di gravità della violazione, rispettivamente aumentandone o diminuendone l'importanza.

7.2. Interferenze tra i patti sulla nullità parziale e altre clausole sulla patologia contrattuale

Il paragrafo precedente ha mostrato tre possibili interferenze tra la dichiarazione di (in)essenzialità di una certa clausola e la disciplina legale delle patologie contrattuali. Il quadro si complica ulteriormente ove il contratto preveda, accanto ai patti sulla nullità parziale, altre clausole che dispongono una regolamentazione convenzionale di alcune vicende patologiche.

7.2.a. Conflitto tra clausole

La clausola di *severability*, in qualunque modo sia formulata, esprime l'importanza marginale attribuita dalle parti a un certo patto. Un'affermazione del genere contrasta frontalmente con un'eventuale clausola risolutiva espressa riferita all'obbligazione prevista dalla pattuizione definita "marginale" dalla *severability clause*. Si può fare l'esempio della

“soggettivi” si nascondano variazioni di contenuto, o addirittura concetti diversi da quelli qui utilizzati. Per esempio, Cass. civ. 9800/2000 e Cass. civ. 3668/1995 sembrano cumulare nell'elemento oggettivo l'entità della inesecuzione e l'importanza astratta della prestazione nell'economia del contratto, per poi correggere questo giudizio astratto con la considerazione concreta dell'interesse del creditore all'adempimento. Invece, Cass. civ. 1773/2001 intende il criterio oggettivo come «*la verifica che l'inadempimento abbia inciso in modo apprezzabile nell'economia complessiva del rapporto (in astratto, per la sua entità e, in concreto in relazione al pregiudizio effettivamente causato all'altro contraente)*», dando rilievo in un unico criterio “oggettivo” anche agli aspetti altrove definiti come soggettivi; invece, il criterio soggettivo permetterebbe di dare rilievo a «*un atteggiamento incolpevole o una tempestiva riparazione, ad opera dell'una, un reciproco inadempimento o una protratta tolleranza dell'altra*». Ancora diversa, per un criterio solamente oggettivo, Cass. civ.1046/1990.

²²⁴ Per es., Cass. civ. 6548/2010; Cass. civ. 1708/2010; Cass. civ. 3851/2008.

²²⁵ Cass. civ. 22521/2011; Cass. civ. 1227/2006.

clausola, contenuta in un contratto di licenza di brevetto, che impegni l'ex dipendente, ora licenziatario, a non intraprendere un'attività in concorrenza, in violazione dei limiti previsti a pena di nullità dall'art. 2125 c.c. Ipotizzando che l'adempimento del patto di non concorrenza sia assistito da una clausola risolutiva espressa e contemplato da una clausola di *severability*, si assisterebbe alla contraddizione insita nel declamare l'inessenzialità della relativa clausola e, al contempo, l'importanza dell'adempimento della relativa obbligazione. Se il creditore agisse contro il debitore per ottenere una pronuncia di accertamento dell'avvenuta risoluzione del contratto, si dovrebbe comprendere se il convenuto possa eccepire l'inoperatività della clausola risolutiva espressa, contraddetta dal patto di inessenzialità. Ancora, davanti alla domanda di declaratoria della nullità del solo patto di non concorrenza, corroborata dal riferimento alla clausola di *severability*, la controparte potrebbe proporre in via riconvenzionale la domanda di nullità totale, invocando che il patto era, in realtà, essenziale, come testimoniato dalla clausola risolutiva espressa.

Viceversa, la clausola di *inseverability* esprime l'essenzialità di una o più clausole, poiché la loro nullità deve comportare la caducazione dell'intero accordo. Questa affermazione è inconciliabile con un'eventuale clausola di irrisolubilità, che impedisca la risoluzione per inadempimento dell'obbligazione prevista nella clausola definita essenziale²²⁶. La clausola di irrisolubilità, infatti, viene adottata perché le parti avvertono una particolare esigenza di stabilità del vincolo negoziale e ritengono che la violazione di un certo impegno non sia sufficientemente importante da giustificare la risoluzione²²⁷. Un apprezzamento di questo tipo contrasta con l'affermazione, contenuta nel patto di inscindibilità, dell'essenzialità della clausola che prevede l'obbligazione "irrisolubile". Proposta la domanda di nullità parziale, il convenuto sarebbe in difficoltà nell'invocare il patto di inscindibilità per ottenere la nullità totale, poiché dovrebbe fare i conti con la marginalità dell'inadempimento dell'obbligazione prevista dalla clausola nulla, testimoniata dalla clausola di irrisolubilità. Correlativamente, proposta la domanda di risoluzione per inadempimento, l'eccezione di irrisolubilità sollevata dal convenuto incontrerebbe l'ostacolo derivante dall'apprezzamento, contenuto nell'*inseverability clause*, circa la rilevanza cruciale della clausola che stabiliva l'obbligazione inadempita.

Si rende necessario elaborare un criterio per affrontare queste situazioni.

²²⁶ Sulla clausola di irrisolubilità, si veda *supra*, Cap. I, para. 4.1.a.

²²⁷ Per tutti, F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., pp. 11 ss.

Innanzitutto, una reale antinomia ricorre quando entrambe le clausole in contrasto sono di per sé valide: ove una di esse sia nulla, un'interferenza si potrà porre solo in sede probatoria, come si dirà tra poco²²⁸.

Qualora ricorra il requisito di validità, si deve procedere a interpretare le clausole tramite il riferimento agli artt. 1362 ss. c.c., onde verificare se, effettivamente, entrambe abbiano lo stesso campo di applicazione e il contrasto permanga²²⁹. Per esempio, l'antinomia sarà risolta non solo qualora si riesca a individuare per ciascuna clausola un distinto ambito di operatività, ma anche ove una norma istituisca una sorta di rapporto gerarchico tra le due, superando il conflitto in favore di quella ritenuta prevalente: è il caso dell'art. 1342 c.c., che sancisce la precedenza delle clausole aggiunte su quelle del modulo o formulario predisposto²³⁰, o dell'art. 1370 c.c., che fa prevalere la clausola più favorevole per l'aderente²³¹.

Se nemmeno l'interpretazione *ex artt.* 1362 ss. c.c. è in grado di mostrare la natura solo apparente del conflitto di clausole, si apre un'alternativa. Per una prima tesi, in tal caso ricorre una c.d. "volontà perplessa"²³², difetta l'accordo *ex artt.* 1325 e 1418 c.c. e, dunque, entrambi i patti sono nulli. Per una ricostruzione più recente, gli artt. 1366 e 1367 c.c. permetterebbero al giudice di far prevalere la clausola «che soddisfi meglio l'interesse di entrambe le parti». Più precisamente, l'art. 1367 c.c. imporrebbe la conservazione di almeno uno dei patti in conflitto

²²⁸ Per es., Cass. civ. 19140/2005, in *Obbl. e contr.*, 2006, pp. 219 ss., con nota di S. MAJO, *Antinomie ed interpretazione nel contratto concluso mediante moduli o formulari*, innanzitutto ha verificato la presenza della sottoscrizione della clausola vessatoria confliggente con altra compresa nelle condizioni particolari del contratto di assicurazione. Naturalmente, un conflitto sorge in assenza di clausole che stabiliscano la prevalenza di un patto sull'altro.

²²⁹ È quanto avviene qualora un contratto contenga una clausola compromissoria e una clausola di elezione del foro: in questi casi, si ritiene *ex art.* 1362, comma 1 c.c. (comune intenzione delle parti), 1363 (interpretazione complessiva) e 1367 (conservazione del contratto) c.c. che la seconda valga solo a radicare la competenza di quel dato Tribunale per le controversie non devolvibili ad arbitri e per l'emanazione di misure che non possono essere adottate da un Collegio arbitrale. In questo modo, la contraddittorietà viene meno e si preserva il *favor arbitrati* mostrato dall'art. 808-*quater* cpc: si veda Cass. civ. 20880/2016, con nota di C. E. MEZZETTI – M. D. TORO, *La coesistenza nel medesimo contratto di una clausola compromissoria e di una clausola di elezione del foro al vaglio della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. arb.*, 2017, pp. 101 ss. Cass. civ. 19140/2005, cit., ha risolto l'antinomia tra una clausola vessatoria specificamente sottoscritta e una compresa tra le condizioni particolari di un contratto di assicurazione tramite il ricorso all'art. 1370 e all'interpretazione *contra stipulatorem*. Più in generale, si veda G. PETTI, *Clausole contraddittorie del contratto e del testamento tra conservazione e interpretazione di buona fede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, pp. 426 ss.

²³⁰ S. MAJO, op. cit., p. 227.

²³¹ Si veda Cass. civ. 19140/2005, citata *supra* alla nota 228 di questo capitolo.

²³² F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 372: «una clausola in contrasto con altra porterebbe, semmai, alla conclusione che ci si trova di fronte a un caso di volontà perplessa, onde le clausole contrastanti verranno ad elidersi vicendevolmente, se non risulti appunto che l'una di esse è di stile».

e l'art. 1366 c.c. permetterebbe di scegliere quello che, dei due, risultasse più conforme al canone ermeneutico dell'interpretazione secondo buona fede²³³.

Cercando di risolvere il problema in esame alla luce di queste regole, va subito notato che l'antinomia consiste nella diversa rilevanza attribuita alla clausola che prevede l'obbligazione inadempita: una pattuizione la ritiene essenziale (clausola di *inseverability*) o marginale (clausola di *severability*) ai fini del giudizio *ex art.* 1419, comma 1 c.c.; un'altra, ritiene l'inadempimento dell'obbligazione ivi contenuta irrilevante (clausola di irrisolubilità) o fondamentale (clausola risolutiva espressa) ai fini dell'attivazione del rimedio risolutorio. Naturalmente, la nullità e la risoluzione del contratto sono istituti profondamente diversi; tuttavia, sono accomunati da alcuni profili che permettono di ravvisare la citata antinomia: entrambe portano alla caducazione del contratto, entrambe operano *ex tunc* e comportano l'obbligo di restituire le prestazioni eseguite²³⁴e, quindi, non sembra che questo basti a scongiurare il contrasto tra le due opposte valutazioni circa l'importanza di una certa clausola, operate dal patto sulla nullità parziale e da quello sulla risoluzione per inadempimento.

Provando ad applicare le regole che presiedono la soluzione dei contrasti tra due pattuizioni, si constata che le clausole di (*in*)*severability* sono nulle, non vincolano l'interprete e hanno solo una rilevanza probatoria indicativa²³⁵. Pertanto, manca il primo presupposto per poter rilevare un'antinomia.

Tuttavia, le clausole nulle rilevano comunque a livello probatorio, per la loro portata di fatto²³⁶ e, in effetti, la contraddizione che si sta esaminando si riverbera proprio su questo

²³³ G. PETTI, op. cit., pp. 435 ss., che esamina Cass. civ. 2773/1996, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce «*Contratto in genere*», n. 308. Il caso riguardava un contratto di assicurazione dove due clausole regolavano diversamente l'ipotesi di aggravamento del rischio. L'antinomia è stata risolta applicando l'art. 1367 c.c., poiché sarebbe conforme alla volontà delle parti che almeno una delle due clausole regolanti il medesimo fatto sia efficace; la scelta dovrebbe cadere su quella tra le due che «*che soddisfi (meglio) l'interesse di entrambe le parti*». Per l'Autore, il canone ermeneutico della buona fede non andrebbe interpretato in senso soggettivo, ossia come funzionale alla tutela il ragionevole affidamento riposto circa il significato da attribuire alle espressioni contenute nel contratto, ma in senso oggettivo, in modo da fare rilevare considerazioni di ragionevolezza, pena l'irrelevanza della clausola: si vedano le pp. 432 ss., ove si richiama l'elaborazione di L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.* Vol. II, Torino, 1988, pp. 180 ss.

²³⁴ Una differenza, in grado di scongiurare il conflitto, si potrebbe ritrovare ove il contratto fosse a esecuzione continuata o periodica: salvo patto contrario, in questo caso la risoluzione non avrebbe effetti retroattivi e, quindi comporterebbe conseguenze meno gravi (art. 1458 c.c.). Questo potrebbe dare ragione della compresenza di una clausola di *severability* e di una clausola risolutiva espressa, altrimenti in contrasto: le parti vogliono scongiurare la nullità, che travolgerebbe ogni effetto del contratto, ma non anche impedire la risoluzione per inadempimento di una certa obbligazione, prevista da una clausola contemplata dal patto di scindibilità.

²³⁵ *Supra*, para. 3.3.c. e 3.3.d.

²³⁶ R. SACCO, *Il contratto*, T 1, cit., p. 393: «*il significato rilevante non è quello di una singola frase; anche la frase univoca e chiara deve essere verificata alla stregua del testo contrattuale visto nel suo insieme. Questo valore verificante appartiene al «testo»*

piano²³⁷: per esempio, la clausola di irrisolubilità rende difficile dimostrare l'essenzialità del patto nullo che contempla quell'obbligazione. In altre parole, l'antinomia non si verifica sul piano dell'efficacia vincolante delle due clausole, poiché una delle due è nulla, ma si sposta sul piano probatorio. È allora necessario cercare un criterio di soluzione del conflitto intercorrente tra gli opposti significati probatori delle due clausole: le une, che declamano l'importanza del patto nullo (*inseverability clause* e la clausola risolutiva espressa), le altre, che la sminuiscono (la *severability clause* e la clausola di irrisolubilità).

A questo proposito, si può immaginare di adottare una sorta di criterio di specialità, che faccia prevalere, a livello probatorio, il patto sulla patologia contrattuale formulato specificatamente per una certa clausola sul patto che, invece, è riferito indistintamente a tutte quelle contenute nell'accordo. Per esempio, immaginando un contratto in cui è presente una clausola di *severability* "omnibus" e una clausola risolutiva espressa accessoria a una certa obbligazione, qualora fosse domandata la nullità totale *ex art.* 1419, comma 1 c.c. sulla base della nullità della clausola che prevede quell'obbligazione, la domanda dovrebbe essere accolta, riconoscendo il peso maggiore della clausola risolutiva espressa specifica rispetto alla clausola di scindibilità generica²³⁸. Il contrario dovrebbe avvenire qualora il contratto prevedesse una *inseverability clause* "omnibus" e una clausola di irrisolubilità specifica: la domanda di nullità solo parziale dovrebbe avere successo, per la prevalenza del secondo patto, formulato specificamente e testimoniante la scarsa rilevanza dell'obbligazione.

Qualora l'applicazione del criterio di specialità non dovesse risolvere il contrasto, si dovrebbe ritenere che le due opposte valutazioni circa la rilevanza della clausola interessata si neutralizzino a vicenda. In questo caso, il giudice dovrà svolgere il giudizio *ex art.* 1419,

nella sua integrità: entrano in gioco anche le clausole inoperanti perché nulles; A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, Torino, 2015, pp. 561-562, *contra* E. CARBONE, «*Le une per mezzo delle altre*»: l'interpretazione coerenziale delle clausole contrattuali, in *Giust. civ.*, 2016, fasc. 1, p. 28: «*la clausola della quale sia emersa l'insignificanza, o addirittura l'invalidità, non può rientrare nel calcolo interpretativo, giacché questo postula effetti negoziali, alla cui sistemazione è invero deputato*». Si potrebbe replicare che è vero che l'interpretazione serve a chiarire gli effetti di una clausola; tuttavia, da ciò deriva l'impossibilità di interpretare la clausola nulla, ma non pure l'impossibilità di interpretare le altre clausole, valide, anche considerando il disposto della clausola invalida.

²³⁷ Ossia, la contraddizione tra l'essenzialità/marginalità di una clausola enunciata ai fini del giudizio di nullità parziale e l'irrilevanza/importanza della relativa obbligazione affermata ai fini della risoluzione per inadempimento.

²³⁸ In questo modo, si applica a un caso particolare quanto detto *supra*, para. 5 per le clausole *omnibus*: non sono nulle perché clausole di stile, ma il loro valore probatorio è molto ridotto.

comma 1 c.c. prescindendo da entrambe le indicazioni pattizie²³⁹ e dare, nel dubbio, prevalenza all'esito conservativo, come richiesto dalla norma²⁴⁰.

Assente un'antinomia quanto agli effetti giuridici delle pattuizioni, la clausola risolutiva espressa e la clausola di irrisolubilità restano valide ed efficaci e legittimano la risoluzione stragiudiziale del contratto e il rigetto della domanda di risoluzione. Accadrebbe diversamente qualora si ritenessero legittimi i patti sulla nullità parziale: in tal caso si verificherebbe un'antinomia tra clausole valide, che si dovrebbe risolvere facendo applicazione dei principi già indicati²⁴¹. Ove i patti in conflitto si riferissero alle medesime clausole e, quindi, esprimessero valutazioni divergenti circa la loro importanza, si dovrebbe scegliere se seguire la tesi della nullità per assenza di consenso circa la rilevanza da attribuire loro, oppure quella che ritiene possibile scegliere quale clausola debba restare efficace, ricorrendo agli artt. 1367 e 1366 c.c. Sul punto, la tesi tradizionale sembra preferibile, in quanto più rigorosa; la seconda, invece, apre a una discrezionalità giudiziale troppo ampia. Dichiarati nulli entrambi i patti, il giudizio circa la loro rilevanza si sposterebbe sul piano probatorio e si dovrebbe svolgere secondo i criteri appena esposti.

Prima di passare al prossimo paragrafo, si può menzionare anche l'interferenza tra la clausola di rinuncia all'azione di annullamento per errore e la clausola risolutiva espressa o di *inseverability*, ove tutte queste si riferiscano al medesimo patto. La clausola di rinuncia all'azione di annullamento esprime l'irrilevanza dell'errore che colpisca una certa pattuizione e, quindi, si troverebbe in conflitto con le opposte valutazioni di essenzialità formulate dalle altre due. L'antinomia andrebbe risolta a seconda che a confrontarsi siano clausole entrambe valide oppure l'una valida e l'altra invalida, secondo quanto si è già illustrato.

7.2.b. *Coerenza tra clausole*

Oltre all'evenienza patologica rappresentata dal contrasto tra le clausole sulla patologia contrattuale, può anche accadere che l'accordo sia perfettamente coerente e manifesti una chiara volontà conservativa o demolitoria. Nel primo senso, potrebbero essere previste una

²³⁹ L'equiparazione tra il valore probatorio di una clausola nulla e quello di una clausola valida sembra paradossale, ma è solo la piana conseguenza di quanto detto *supra*, nota 236, circa la rilevanza interpretativa delle clausole nulle.

²⁴⁰ *Supra*, para. 3.1.c.

²⁴¹ In questo caso, si dovrebbe valutare la possibilità di qualificare i patti *omnibus* quali clausole di stile, considerato anche che, per una dottrina, la contraddittorietà con altre clausole del contratto è un di tale natura: E. CARBONE, *Le clausole di stile*, cit., §8; G. IORIO, *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative. Profili generali*, cit., p. 669.

severability clause e una clausola di irrisolubilità; nel secondo, accanto a una clausola di *inseverability* si potrebbe trovare una clausola risolutiva espressa accessoria alle principali obbligazioni²⁴².

In entrambi i casi, non si porrebbero i delicati problemi di cui al paragrafo precedente e, anzi, sarebbe facilitato l'eventuale giudizio di estensione della nullità parziale o di risoluzione per inadempimento di un'obbligazione non assistita da clausola risolutiva espressa²⁴³, perché si potrebbe adottare come criterio di massima la generale tendenza manutentiva o caducatoria manifestata nel contratto²⁴⁴.

8. Conclusione. Deroghe alla disciplina della nullità del contratto?

Lo scopo di questo studio è stato indagare quale sia il grado di resistenza opposto dal sistema giuridico italiano alle clausole atipiche di deroga alla disciplina dell'invalidità contrattuale: patti "alieni", perché concepiti e redatti sulla base del quadro giuridico degli ordinamenti di *Common law*, ma regolati dalla legge italiana. Pertanto, l'analisi delle clausole sulla nullità parziale ha posto al centro l'interrogativo circa la loro validità e i loro rapporti con l'art. 1419 c.c.

Una volta dato conto della pluralità di modelli negoziali adottati allo scopo di gestire il rischio della nullità di una singola clausola, si è esaminata la disposizione citata e sottolineato come essa preveda, accanto alla nullità parziale, una fattispecie di nullità totale, che ricorre qualora «risult[ì]» che le parti non avrebbero concluso l'accordo senza la pattuizione o la parte nulla. Quanto all'art. 1419, comma 2 c.c., si è rimarcato come la norma prescindendo completamente dalla considerazione della volontà dei contraenti e degli scopi perseguiti tramite il patto sostituito da una norma imperativa.

Terminata l'analisi del quadro normativo di riferimento, si sono illustrate le varie teorie elaborate dalla dottrina in merito al problema della validità delle (*in*)*severability clauses*. All'esito di questo studio, si è concluso che l'art. 1419, comma 1, c.c. esige di affermare la nullità dei patti di scindibilità e inscindibilità, perché impone di verificare, alla luce di tutti i fattori del caso, se le parti avrebbero concluso ugualmente il contratto privo della clausola viziata.

²⁴² Questo sempre sulla base dell'assunto che anche le clausole nulle rilevino a livello interpretativo: *supra*, nota 236. Cass. civ. 11749/2012, cit. *supra*, nota 221, tuttavia, ha negato valore a una clausola risolutiva espressa nel contesto del giudizio *ex art.* 1419, comma 1 c.c. scaturito dalla nullità del patto che prevedeva l'obbligazione assistita dalla clausola risolutiva.

²⁴³ O assistita da clausola risolutiva espressa "*omnibus*" e, quindi, nulla.

²⁴⁴ Naturalmente, fermo il *favor conservationis* mostrato dal comma 1 dell'art. 1419 c.c.

Quanto al secondo comma della disposizione, l'irrilevanza della volontà dei contraenti ha comportato senz'altro l'invalidità delle pattuizioni in commento. Dunque, una risposta intermedia al quesito iniziale è che i patti sulla nullità parziale interferiscono con l'art. 1419 c.c. e, non potendolo derogare, devono essere ritenuti nulli.

Tuttavia, si è rilevato come anche le clausole nulle rivestano un ruolo interpretativo: pertanto, il problema della loro validità si è trasformato in quello della loro rilevanza in sede di giudizio di estensione della nullità *ex art. 1419, comma 1, c.c.* In questo contesto, si sono elaborati alcuni indici in grado di guidare il giudice nel vaglio circa l'importanza della clausola, quali il grado di specificità della sua formulazione e lo scenario negoziale nel quale è stata pattuita. In caso di dubbio, si è proposto di favorire l'esito conservativo, ritenendo assente la prova che le parti non avrebbero concluso il contratto senza la parte nulla. Così facendo si è pervenuti a un esito coerente con il dato normativo e il più possibile rispettoso delle indicazioni dei contraenti circa l'essenzialità o la superfluità del patto nullo; al contempo, ci si è sforzati di dettagliare il ragionamento attraverso il quale sia possibile pervenire a esiti contrari a quelli auspicati dalle parti: un punto su cui, spesso, la dottrina si è mostrata imprecisa.

L'analisi si è poi incentrata sulle clausole che prevedano conseguenze ulteriori rispetto all'estensione o circoscrizione della nullità parziale.

Da ultimo, si sono messi in luce alcuni aspetti del tutto trascurati, vale a dirsi le interferenze tra i patti sulla nullità parziale e la disciplina legale delle patologie contrattuali. Infatti, le clausole di scindibilità attribuiscono una rilevanza secondaria al patto a cui si riferiscono, mentre le clausole di inscindibilità gli riconoscono un'importanza essenziale. Pertanto, la loro previsione interferisce con il giudizio circa l'importanza dell'inadempimento *ex art. 1453 c.c.*, la natura determinante del dolo *ex art. 1439 c.c.* e l'essenzialità dell'errore *ex art. 1429 c.c.* Ancora, per le stesse ragioni si possono verificare antinomie tra le clausole di (in)scindibilità e le clausole risolutive espresse, le clausole di irrisolvibilità e la rinuncia all'azione di annullamento. La conclusione a cui si è pervenuti è che la compresenza di clausole che si contraddicono circa la rilevanza di una pattuizione dà luogo a problemi complessi, che rendono opportuna la massima cura in sede di redazione del contratto. Ove sorga un conflitto, sarà necessario soppesare il livello di significatività delle clausole contraddittorie, per comprendere l'importanza che un certo patto, e l'obbligazione ivi prevista, rivestono nell'economia complessiva dell'operazione.

Dunque, all'esito del percorso compiuto, gli interrogativi circa i rapporti tra i patti sulla nullità parziale e l'art. 1419 c.c. hanno trovato una risposta conclusiva: le clausole di (in)scindibilità interferiscono con la disposizione codicistica, la cui natura imperativa ne comporta la nullità. La volontà conservativa o demolitoria espressa dalle parti potrà essere rispettata solo nei limiti degli esiti ai quali condurrà il giudizio di essenzialità, condotto alla stregua di tutte le circostanze del caso concreto, inclusa la presenza del patto. Quindi, i patti di (in)scindibilità non comportano alcuna deroga alla disciplina dell'invalidità, coerentemente con la natura imperativa delle norme che stabiliscono cause di nullità, ma operano nel contesto del vaglio richiesto dall'art. 1419 c.c. Il grado di resistenza che il nostro sistema giusprivatistico oppone a queste clausole è, dunque, elevato; tuttavia, l'art. 1419, comma 1, c.c. riconosce importanza agli scopi perseguiti dai contraenti e, così, permette di attribuire ai patti sulla nullità parziale un ruolo rilevante nel giudizio di essenzialità.

Preso atto dei limiti che incontra l'autonomia privata quando provi a operare direttamente in materia di nullità, ci si può chiedere, tuttavia, se esistano ipotesi nelle quali si possa concepire una deroga indiretta alla disciplina della nullità.

A questo proposito, merita un cenno l'art. 1472, comma 2, c.c., che dispone che «*nella vendita che ha per oggetto una cosa futura, l'acquisto della proprietà si verifica non appena la cosa viene ad esistenza. Se oggetto della vendita sono gli alberi o i frutti di un fondo, la proprietà si acquista quando gli alberi sono tagliati o i frutti sono separati* (comma 1). *Qualora le parti non abbiano voluto concludere un contratto aleatorio, la vendita è nulla, se la cosa non viene ad esistenza* (comma 2)». L'interrogativo sorge perché il secondo comma della disposizione sembra permettere alle parti di escludere l'operatività di una causa di nullità, attribuendo natura aleatoria al loro accordo.

Come noto, l'art. 1472 c.c. disciplina la compravendita di cosa futura, che si può presentare o come *emptio rei sperata*, ove il compratore non assume il rischio della mancata venuta ad esistenza della cosa, o come *emptio spei*, detta anche “vendita a sorte”, ove il compratore è gravato del rischio della mancata produzione del bene²⁴⁵.

Concentrandosi sui profili più rilevanti in questa sede²⁴⁶, si può ricordare come la natura del contratto sia stata al centro di un vasto dibattito, che ha inciso anche sulla configurazione

²⁴⁵ C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in F. VASSALLI (fondato da), *Trattato di diritto civile italiano*, Vol. VII, T. 1, II Ed., Torino, 1993, p. 391.

²⁴⁶ La fattispecie ha suscitato numerosi problemi, quali la possibilità di concepire genericamente una vendita di “diritti” futuri, la trascrivibilità del contratto in esame, l'opponibilità dell'acquisto, l'esperibilità dei rimedi edilizi. Su tutti questi profili si rimanda alla letteratura in materia: C. M. BIANCA, op. cit., pp. 372 ss.; A. LUMINOSO, *La vendita*, cit., pp. 217 ss.; P. GRECO – G. COTTINO, op. cit., pp. 73 ss.; D. RUBINO, *La compravendita*,

della comminatoria di nullità prevista dal comma 2 per il caso in cui la cosa non venga ad esistenza.

Una prima tesi ha qualificato la vendita di cosa futura quale negozio dove, eccezionalmente, il consenso è anticipato rispetto alla venuta ad esistenza dell'oggetto del contratto²⁴⁷. Identificato l'oggetto della compravendita con la cosa, l'art. 1472 c.c. è stato letto come una norma che, in deroga all'art. 1348 c.c., attribuisce validità a una fattispecie incompleta. Ancorché in via di formazione, il negozio produrrebbe effetti preliminari, che svolgerebbero una «*funzione meramente transitoria*»: sancire l'irrevocabilità del consenso prestato e fare sorgere un'obbligazione relativa alla nascita del diritto venduto²⁴⁸. In questo contesto, la nullità *ex art.* 1472 c.c. andrebbe intesa quale espressione della definitiva e irrimediabile incompiutezza della fattispecie, che resterebbe improduttiva di effetti *ab origine*²⁴⁹.

A questa ricostruzione se ne sono contrapposte altre, che hanno ritenuto che la vendita di cosa futura costituisca un negozio perfetto già prima del sorgere del diritto. Questo sulla scorta di una diversa nozione di oggetto del contratto, inteso nel senso di “bene dovuto”, di “programma contrattuale”, e non quale termine della realtà materiale sul quale si producono gli effetti negoziali²⁵⁰. Fermo questo dato comune, le diverse ricostruzioni differiscono tra di loro circa l'efficacia da riconoscere a questa figura.

Da una parte, la fattispecie in esame è stata interpretata come negozio *ex lege* sospensivamente condizionato alla venuta ad esistenza del bene²⁵¹; una diversa lettura, invece, ha ritenuto che siano subordinati a una *condicio iuris* non retroattiva solo l'effetto traslativo e

cit., pp. 173 ss.; E. RUSSO, *Della vendita. Disposizioni generali. Delle obbligazioni del venditore*, Milano, 2013, pp. 56 ss.; S. TROIANO, *La vendita di cosa futura*, in D. VALENTINO (a cura di), *I contratti di vendita*, in P. RESCIGNO – E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Vol. VII, T. 1, Milano/Fiori Assago, 2007, pp. 473 ss.; F. GALGANO, voce *Vendita*, in *Enc. dir.*, Vol. XLVI, Milano, 1993, p. 498; F. SANGERMANO, *La mancata venuta ad esistenza della cosa nella vendita di cosa futura*, nota a Cass. civ. 14461/2011, in *Contr.*, 2012, p. 273.

²⁴⁷ D. RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 178 ss. e G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1934, pp. 245 ss.

²⁴⁸ D. RUBINO, op. cit., pp. 181-182. La seconda obbligazione viene declinata in un'accezione negativa, ossia nell'impegno a non impedire la nascita del diritto, e una positiva, ossia agire in modo da conseguire la nascita e, quindi, provocare l'acquisto da parte del compratore. Questo secondo profilo è, però, solo eventuale, poiché ricorre solo quando, di fatto, il diritto richiede un'attività per sorgere.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 184: «*qui la situazione non è quella della nullità in senso proprio, la quale per la sua natura è originaria [...] a differenza che nella nullità vera e propria, sono sorti medio tempore gli effetti preliminari anzidetti*». Ove l'inesistenza della cosa dipendesse dall'inadempimento imputabile di questa obbligazione “preliminare”, il venditore risponderebbe per avere «*impedito il completarsi di un negozio in formazione*» e il risarcimento del danno dovrebbe essere commisurato al solo interesse negativo: *ibidem*, pp. 185-186.

²⁵⁰ Per un esame delle diverse nozioni di “oggetto” del contratto, con riferimento al problema della natura della compravendita di cosa futura, C. M. BIANCA, op. ult. cit., pp. 379 ss.; S. TROIANO, op. cit., pp. 505 ss.

²⁵¹ Questa ricostruzione era diffusa nel vigore del codice del 1865: per alcuni riferimenti, si veda D. RUBINO, cit., p. 179, con note; P. PERLINGIERI, *La compravendita di cosa futura*, in *I negozi su beni futuri*, T. 1, Napoli, 1962, p. 183.

le obbligazioni che presuppongono la nascita della cosa, come quella di consegnarla²⁵². La situazione creatasi tra la stipulazione del contratto e la venuta ad esistenza della cosa sarebbe disciplinata, dall'art. 1476, n. 2, c.c., che obbliga il venditore a adoperarsi per fare acquistare il diritto al compratore, e dalle norme dettate in materia di condizione. Tra queste, rivestirebbe una particolare importanza l'art. 1358 c.c., che impegna le parti a comportarsi secondo buona fede durante lo stato di pendenza. Seguendo la prima impostazione, la mancata venuta ad esistenza del bene comporterebbe il non avveramento della condizione e l'inefficacia del negozio; aderendo alla seconda tesi, si verificherebbe una sorta di risoluzione di diritto, che porterebbe con sé «inevitabilmente la inutilità del contratto»: l'espressione “nullità” contenuta nell'art. 1472, comma 2, c.c. andrebbe intesa in questo senso²⁵³.

La tesi della *condicio iuris* ha avuto alcuni riscontri in giurisprudenza²⁵⁴, ma è stata criticata. Infatti, la vendita di cosa futura «obbliga alla realizzazione del risultato finale»: la venuta ad esistenza del diritto e il suo acquisto da parte del compratore non costituiscono eventi futuri e incerti, ma esiti che il venditore si è impegnato a conseguire²⁵⁵.

In dottrina e giurisprudenza prevale, dunque, questa ulteriore interpretazione, che attribuisce alla fattispecie in esame la natura di contratto a effetti obbligatori, come confermato dall'art. 1476, n. 2, c.c.: la vendita di cosa futura è una vendita obbligatoria, che impegna immediatamente l'alienante a compiere l'attività necessaria affinché il diritto venga ad esistenza, attività di contenuto negativo e, eventualmente, anche positivo²⁵⁶. Si tratta di

²⁵² È la tesi di P. PERLINGIERI, op. cit., pp. 183 ss.

²⁵³ P. PERLINGIERI, op. cit., p. 179; Per l'inefficacia, senza ulteriormente dettagliare, F. GALGANO, voce *Vendita*, cit., p. 499.

²⁵⁴ Per es., Cass. civ. 14461/2011: «nell'ipotesi di emptio rei speratae, a norma dell'art. 1472 comma 2 c.c., la vendita è soggetta alla condicio iuris della venuta ad esistenza della cosa alienata, la cui mancata realizzazione comporta non già la risoluzione del contratto per inadempimento, bensì la sua nullità per mancanza dell'oggetto», cit., con nota contraria di F. SANGERMANO, op. cit., pp. 272 ss.

²⁵⁵ Così C. M. BIANCA, op. ult. cit., p. 101, 380; A. LUMINOSO, op. ult. cit., p. 220; S. TROIANO, op. cit., p. 517.

²⁵⁶ C. M. BIANCA, op. ult. cit., pp. 379 ss.; A. LUMINOSO, op. ult. cit., p. 220. S. TROIANO, op. cit., p. 525, sottolinea che questa obbligazione è «strumentale a un risultato a cui la parte è già attualmente impegnata, la cui realizzazione non è cioè subordinata ad un evento incerto: ciò spiega perché l'inadempimento dell'obbligazione strumentale debba essere valutato già come inadempimento dell'obbligazione finale di trasferire».

F. CUTINO, sub *Art. 1472*, in P. CENDON (diretto da), *Commentario al codice civile*, Vol. IV, Torino, 1991, pp. 880 ss., ritiene ridotta la distanza tra la tesi della *condicio iuris*, operante con riferimento alla sola prestazione traslativa, e quella del contratto a effetti obbligatori: anche la prima, infatti, riconosce l'impegno del venditore a fare sì che la cosa venga ad esistenza e ricollega al suo inadempimento imputabile una responsabilità contrattuale estesa all'interesse positivo. Per una critica, S. TROIANO, op. cit., pp. 520 ss.: il dovere di «comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte», previsto dall'art. 1358 c.c., non potrebbe arrivare a ricomprendere anche un'obbligazione la cui esecuzione è necessaria per realizzare il risultato traslativo a cui tende il contratto.

un'obbligazione di non fare o di fare²⁵⁷, che non va confusa con un impegno a compiere un ulteriore negozio traslativo del diritto, poiché è il contratto di vendita a produrre automaticamente tale effetto²⁵⁸.

Così intesa la fattispecie, la mancata venuta ad esistenza del bene potrebbe derivare da un inadempimento dell'obbligazione del venditore, a lui imputabile, al quale il compratore potrebbe reagire avvalendosi dei rimedi *ex art.* 1453 c.c.²⁵⁹; invece, qualora l'inesistenza della cosa fosse dovuta a una causa non ascrivibile all'alienante, si verificherebbe una risoluzione di diritto per impossibilità non imputabile, che non comporterebbe anche il sorgere di una responsabilità in capo al venditore. Quindi, il riferimento operato dall'art. 1472, comma 2 c.c. alla "nullità" andrebbe letto come un caso di inefficacia automatica derivante da una risoluzione operante di diritto, ricorrente nelle ipotesi in cui la mancata esistenza del bene non sia imputabile al venditore²⁶⁰. La tesi dell'efficacia obbligatoria della vendita di cosa futura è la più diffusa in dottrina e vanta anche significative adesioni in giurisprudenza²⁶¹, seppure non siano mancate voci contrarie, anche recenti²⁶².

²⁵⁷ Per P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 86, è un'obbligazione di fare che va oltre un contegno solo negativo.

²⁵⁸ Lo osserva P. PERLINGIERI, op. cit., p. 171, ripreso da S. TROIANO, op. cit., p. 523, nota 125.

²⁵⁹ Il risarcimento del danno andrebbe commisurato all'interesse positivo, poiché causato dalla «violazione dell'interesse all'esecuzione del contratto»: C. M. BIANCA, op. cit., p. 388. Il compratore potrebbe anche avvalersi dei rimedi edilizi *ex artt.* 1490 ss. c.c., ove i vizi fossero imputabili al venditore: C. M. BIANCA, op. cit., pp. 389 ss.; S. TROIANO, op. cit., p. 532; in giurisprudenza, Cass. civ. 5202/2007.

²⁶⁰ C. M. BIANCA, op. ult. cit., pp. 387 ss.: «l'ambigua formula normativa che dichiara nulla la vendita quando la cosa non venga ad esistenza (art. 1472² cod. civ.), deve appunto essere spiegata tenendo presente la sicura iniziale validità del contratto e l'operatività del vincolo che impegna il venditore a procurare il diritto al compratore. La certezza che il bene non possa venire ad esistenza rileva [...] in sede di esecuzione del rapporto. Ciò significa che il contratto si risolve ma che, trattandosi di una impossibilità che colpisce la prestazione, la responsabilità del venditore è esclusa solo in quanto tale impossibilità non sia a lui imputabile secondo la regola dell'inadempimento (art. 1218 cod. civ.)»; similmente G. FURGIUELE, *Vendita della cosa futura e aspetti della teoria del contratto*, Milano, 1974, p. 414 e N. LIPARI, *Note in tema di compravendita di cosa futura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, I, pp. 852 ss. Per S. TROIANO, op. cit., p. 531: «la norma non di nullità avrebbe dovuto parlare bensì di risoluzione, ossia di scioglimento del contratto conseguente ad un fatto sopravvenuto che abbia inciso sulla realizzazione del sinallagma funzionale». Segue questa tesi anche P. GALLO, sub *Art. 1472 c.c.*, in D. VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1470-1547*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Milanofiori Assago, 2011, p. 159. Nella manualistica, F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, cit., p. 1099 parla di «terminologia [...] certamente impropria».

²⁶¹ Si vedano gli Autori citati alle note precedenti. In giurisprudenza, Cass. civ., 20998/2009: «la vendita di cosa futura non consiste in un contratto a formazione progressiva non ancora completo di tutti i suoi elementi, i cui effetti siano destinati a prodursi in un momento successivo a quello in cui la cosa venga ad esistenza, bensì costituisce un negozio perfetto "ab origine", con contenuto ed effetti obbligatori, di cui il principale per il venditore è quello di osservare un comportamento necessario perché la cosa venga ad esistenza. Ne consegue che la mancata consegna della cosa stessa (nella specie, bene immobile) nel termine contrattualmente stabilito determina a carico del venditore l'insorgere del rischio per il ritardo nell'adempimento». Si veda anche Cass. civ. 10239/1996; Cass. civ. 11840/1991. Per la lettura della nullità in termini di inefficacia derivante da risoluzione di diritto, Cass. civ., 459/1967, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 904.

²⁶² In dottrina, E. RUSSO, op. cit., pp. 55 ss.: il chiaro riferimento alla "nullità" del contratto per mancata venuta ad esistenza del bene permette di affermare che l'art. 1472, comma 2, c.c. «*sottrae l'insuccesso contrattuale agli ordinari rimedi sulla responsabilità contrattuale*»; inoltre, la norma prescinde da una valutazione del comportamento del debitore ai fini di affermarne una responsabilità risarcitoria. Pertanto, essa «*costituisce una*

Da quanto precede risulta come il termine “nullità”, utilizzato dalla disposizione per definire la sorte della vendita di cosa futura in cui il bene non sia venuto ad esistenza, abbia perso la sua pregnanza. Infatti, salve le posizioni minoritarie a cui si è appena accennato²⁶³, solo una delle teorie espone un significato preciso alla locuzione, mentre le altre fanno riferimento all’inefficacia, derivante dal non avveramento della *condicio iuris* o dalla risoluzione di diritto per impossibilità sopravvenuta. Pertanto, la rilevanza dell’interrogativo circa la presenza, nell’art. 1472, comma 2, c.c., di una deroga convenzionale “indiretta” alla nullità va essere necessariamente ridimensionata.

Al riguardo, riprendendo quanto si ricordava all’inizio di questa analisi, basta ricordare che la vendita di cosa futura si può presentare sia come contratto commutativo, la c.d. *emptio rei sperata*, sia come accordo aleatorio, la c.d. vendita a sorte, o *emptio spei*²⁶⁴. In questa seconda ipotesi, le parti pattuiscono espressamente²⁶⁵ che il compratore sopporti il rischio della mancata venuta ad esistenza del bene – ossia, dell’impossibilità sopravvenuta della prestazione del venditore -, poiché, in tal caso, egli rimarrà ugualmente tenuto al pagamento

disposizione di ius singulare», da interpretarsi restrittivamente. L’Autore, conformemente alla tradizione romanistica, propone allora di limitarne l’applicazione alle sole vendite di beni che possano venire ad esistenza senza richiedere in alcun modo un’attività da parte del venditore, ossia ai soli beni frutto di procedimenti naturali; inoltre, l’*emptio rei speratae* ricorrerebbe nei soli casi in cui la nascita del bene abbia una notevole probabilità di verifica, rientrando nell’ordine naturale degli accadimenti: ove, invece, la cosa avesse scarse probabilità di venire ad esistenza, si verserebbe in un’ipotesi di *emptio spei*. In tutti i casi in cui fosse implicata un’attività positiva del venditore, si applicherebbe la normale disciplina della vendita. Per la tesi della nullità è anche A. ANGIULI, *Vendita di frutti del fondo tra emptio spei e emptio rei speratae*, nota a Cass. civ., 26022/2011, in *Contr.*, 2012, p. 250.

In giurisprudenza, Cass. civ. 4772/1989 aveva affermato che: «*a differenza della vendita di cosa futura, la quale ha per oggetto beni prodotti dalla natura, come i frutti di un fondo, i parti degli animali od altre cose la cui venuta ad esistenza è considerata dai contraenti come incerta e non dipendente in modo esclusivo dalla volontà dell’uomo, ed in cui se la cosa non viene ad esistenza il contratto è nullo, nella vendita di cosa da costruire il venditore assume l’obbligazione di prestare l’attività necessaria per la produzione del bene e pertanto risponde per l’inadempimento contrattuale nel caso in cui non dimostri che la prestazione promessa è venuta a mancare per causa a lui non imputabile*». Cass. civ. 14461/2011, cit., ha attribuito all’*emptio rei speratae* natura di contratto sospensivamente condizionato, salvo poi concludere per la sua nullità in caso di mancata venuta ad esistenza del bene. Così anche Cass. civ. 21739/2010; Cass. civ. 1623/2007, tutte consultabili in *DeJure*.

²⁶³ Si veda la nota precedente, a cui *adde* la tesi di D. RUBINO, op. cit., pp. 178 ss., riportata *supra*, p. 216.

²⁶⁴ I contributi dedicati a questa figura sono numerosi: si veda, per es.: C. M. BIANCA, op. ult. cit., pp. 391 ss.; D. RUBINO, op. ult. cit., pp. 212 ss.; A. LUMINOSO, op. ult. cit., pp. 225 ss.; P. GRECO – G. COTTINO, op. ult. cit., pp. 80 ss.; P. PERLINGIERI, op. ult. cit., pp. 161 ss.; S. TROIANO, op. cit., pp. 535 ss.; P. GALLO, op. ult. cit., p. 160.

²⁶⁵ Per la giurisprudenza, la clausola di assunzione del rischio della mancata venuta ad esistenza del bene deve essere espressa, poiché deroga alla generale ripartizione dei rischi: si veda Cass. civ. 26022/2011, che ritiene dimostrabile per presunzioni soltanto la stipulazione di una *emptio rei sperata* e non anche la conclusione di un’*emptio spei*. Similmente anche C. M. BIANCA, op. ult. cit., p. 392 e D. RUBINO, op. ult. cit., p. 220.

del prezzo²⁶⁶. Il contratto, così, diventa aleatorio, come confermato dalla lettera della norma e riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza²⁶⁷.

Rinviando alla letteratura in materia per l'analisi dei numerosi profili problematici che la fattispecie presenta²⁶⁸, in questa sede è sufficiente menzionare che l'art. 1472, comma 2, c.c. contempla proprio tale ipotesi quando sottrae alla comminatoria di nullità la compravendita aleatoria per volontà delle parti. Dunque, pattuendo che il compratore sia tenuto a

²⁶⁶ Qualora la mancata venuta ad esistenza del bene sia dovuta a una causa imputabile al venditore, questi sarà tenuto al risarcimento del danno: così C. M. BIANCA, op. cit., p. 395.

²⁶⁷ C. M. BIANCA, op. ult. cit., p. 393; A. LUMINOSO, op. ult. cit., p. 226; P. GRECO – G. COTTINO, op. ult. cit., p. 80; P. GALLO, op. ult. cit., p. 160; D. RUBINO, op. ult. cit., p. 214. In giurisprudenza, per es., Cass. civ. 26022/2011.

La qualificazione della vendita a sorte come contratto aleatorio presuppone la definizione di questa nozione, che tuttavia, il codice civile non fornisce. Il problema è molto discusso tra gli interpreti e in questa sede se ne può dare conto solo sommariamente, rinviando agli studi in materia. Le diverse tesi elaborate si possono dividere in teorie “funzionali” e teorie “strutturali”. Le prime definiscono come “aleatorio” il contratto nel quale sia impossibile valutare, al momento della stipula, i vantaggi e le perdite reciproche che deriveranno all'una o all'altra parte: in questo modo, l'accento viene posto sul risultato finale. Le teorie strutturali criticano la genericità delle teorie funzionali, che falliscono nel distinguere il contratto aleatorio da quello con alea normale “estesa”, e definiscono come “aleatorio” l'accordo dove un evento incerto incide sull'esistenza o la determinazione di una prestazione, pur con una certa diversità di sfumature. In entrambi i casi, l'*emptio spei* è indicata come ipotesi paradigmatica. Per le prime teorie, si veda L. CARIOTA FERRARA, op. cit., p. 209; le tesi funzionali sembrano anche le più diffuse in giurisprudenza: per es., Cass. civ. 948/1993, anche se la recente Cass. civ. SSUU 5657/2023, al § 2.5.1., ha riconosciuto l'esigenza di distinguere l'alea economica da quella giuridica, argomento che, come si dirà immediatamente, è utilizzato dalle tesi “strutturali”. Per queste, si veda T. ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, pp. 438 ss., che, appunto, osserva come un certo rischio economico sia presente in molti contratti non aleatori, come quelli associativi. Seguono la teoria strutturale anche R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, pp. 1028 ss.; G. SCALFI, voce *Alea*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Vol. I, Torino, 1987, pp. 256 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 422 ss.; ma si considerino anche i rilievi critici di R. SACCO, *Il contratto*, cit., T. 2, p. 478, che sottolinea la sottile differenza tra alea giuridica e alea economica, intesa come incertezza sul valore delle prestazioni. Si ricorda anche la particolare posizione di A. PINO, *Contratto aleatorio, contratto commutativo e alea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1250, che conclude che «la nozione di alea è teoricamente e praticamente inidonea alla determinazione dei contratti aleatori, sia per quanto concerne la natura giuridica, sia per quanto concerne la struttura».

Tra le opere monografiche, si segnalano le attente e ampie ricostruzioni di G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, spec. pp. 189 ss., che aderisce alla teoria funzionale, ID., *La categoria dei contratti aleatori*, in G. DI GIANDOMENICO – D. RICCIO, *I contratti speciali. I contratti aleatori*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di Diritto privato*, Vol. XIV, Torino, 2005, pp. 59 ss. e L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000, spec. pp. 113 ss., spec. p. 122: il *proprium* dei contratti aleatori è che i contraenti «non esprimono un giudizio di valore se non in modo tutto affatto incompleto, dovendo quel giudizio essere integrato da un evento incerto, che esse hanno dedotto nel contratto ma rispetto al quale sono impossibilitate ad intervenire [...]. Occorrerà stabilire, alla stregua delle regole ermeneutiche, se il giudizio di valore espresso dalle parti sia o meno completo»; G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004; E. GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto: studi*, Napoli, 1997. Si vedano anche A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 2010, pp. 519 ss., ove si predilige la teoria strutturale; P. GALLO, *La formazione*, cit., pp. 219 ss., per una rassegna delle varie elaborazioni; E. GABRIELLI, voce *Alea*, cit., pp. 1 ss.; ID., *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, pp. 570 ss. Si ricordano infine i contributi di P. CORRIAS, *I contratti aleatori: rivisitazione di una categoria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, pp. 666 ss.; e M. FRANZONI, *L'assicurazione tra i contratti aleatori*, in *Contr. Impr.*, 2011, pp. 417 ss.; G. CAPALDO, *Dai contratti aleatori all'alea: attualità di una categoria*, in *Obbl. contr.*, 2006, pp. 296 ss.

²⁶⁸ Per esempio, l'oggetto del contratto, in passato identificato nella speranza o nell'alea dell'acquisto, la natura tipica o atipica di questa figura, l'applicabilità della garanzia per vizi e mancanza di qualità: per tutti questi profili, si rimanda agli Autori citati *supra*, nota 246.

pagamento del prezzo nonostante la non venuta ad esistenza del bene, i contraenti possono evitare la nullità della compravendita per il caso in cui tale evenienza si concretizzi. In questo profilo si può ravvisare una deroga convenzionale “indiretta” alla patologia contrattuale, con l’avvertenza che, però, alla luce di quanto detto circa l’interpretazione maggioritaria della nullità prevista dall’art. 1472, comma 2, c.c., si tratterà di deroga alla disciplina della risoluzione per impossibilità sopravvenuta, e non a quella della nullità²⁶⁹.

²⁶⁹ Inoltre, considerata la natura aleatoria della vendita a sorte, la clausola di assunzione del rischio della non venuta ad esistenza del bene implicherà anche l’impossibilità di risolvere il contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta o rescinderlo per lesione enorme *ex* art. 1448, comma 4, c.c.: lo fanno presente C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, pp. 395-396, che fa salvo il caso in cui il compratore abbia promesso un prezzo più che doppio rispetto a quello medio forfettario realizzabile sul mercato, e D. RUBINO, *op. ult. cit.*, p. 219.

Più in generale, una deroga indiretta a questi due rimedi si può immaginare ogni qual volta le parti stipulino un contratto convenzionalmente aleatorio, avvalendosi della possibilità loro offerta dall’art. 1469 c.c., che cita il contratto aleatorio *«per volontà delle parti»*. Il contenuto di questa categoria risente delle incertezze circa il concetto di “alea”, caratterizzante i contratti aleatori; generalmente, vengono ascritti alla categoria *l’emptio spei*, la vendita a rischio e pericolo *ex* art. 1488, comma 2 c.c., i c.d. “vitalizi atipici” e i contratti dove la condizione è apposta a una sola prestazione; ancora, per F. DELFINI, *Dell’impossibilità sopravvenuta*, in P. SCHLESINGER (fondato da) – F. D. BUSNELLI (diretto da) *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2003, pp. 78 – 79, la clausola di irrisolvibilità per impossibilità sopravvenuta il contratto convenzionalmente aleatorio. Per alcuni riferimenti e, in particolare, la distinzione dalle fattispecie “ad alea normale estesa”, si vedano L. BALESTRA, *op. cit.*, pp. 149 ss.; G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l’alea*, cit., pp. 74 ss.; G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, cit., pp. 163 ss.; A. RICCIO, *op. cit.*, pp. 537 ss.; R. SACCO, *op. ult. cit.*, pp. 481-482; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 424-425, ove diversi esempi e un’interessante sintesi delle modalità attraverso le quali le parti possono rendere aleatorio un contratto commutativo; R. NICOLÒ, *op. cit.*, pp. 1029-1030; E. GABRIELLI, voce *Alea*, cit., pp. 2-4; U. SALANITRO, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2003, *passim*. In giurisprudenza, si veda la recente Cass. civ. SSUU 5657/2023, spec. § 2.5.1.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., STUDIO TREVISAN&CUONZO, *Proprietà industriale, intellettuale e IT*, II Ed., Milano, 2017, p. 1311.

ADDIS F., *Clausola Limitativa Della Proponibilità Di Eccezioni*, In CONFORTINI M. (a cura di), *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, Vol. I, Milano Fiori Assago, 2017, pp. 781 ss.

ADDIS F., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013.

ADDIS F., *Inattuazione e risoluzione. I rimedi*, in ROPPO V. (a cura di), *Rimedi-2*, in ROPPO V. (diretto da), *Trattato del contratto*, Milano, 2006, Vol. V, p. 490.

ADDIS F., (a cura di), *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, Milano, 2006.

ADORNO M., nota a Cass. civ., Sezioni Unite, 12 dicembre 2014, nn. 26242 - 26243 2014 *Foro it.* 2015, I, pp. 911 ss.

AGOSTINIS B., *La garanzia per i vizi della cosa venduta*, in SCHLESINGER P. (fondato da) - BUSNELLI F. D. (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2012, pp. 51 ss.

AIELLO G. F., *L'applicabilità del rimedio risolutorio al difetto sopravvenuto della presupposizione in un recente revirement della Cass.*, in *NGCC*, 2011, fasc. 6, pp. 305 – 317.

ALPA G., *I contratti di «engineering»*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di Diritto privato*, Vol. XI, Torino, 1983, pp. 71 ss.

ALPA G., *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *NGCC*, 2020, III (suppl.), da p. 57.

ALPA G., voce *Contratto nei sistemi di Common Law*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Vol. IV, Torino, 1989, pp. 153 ss.

AMADIO G., *Inattuazione e risoluzione: le fattispecie*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi-2*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, Milano, 2006, pp. 6 ss.

AMADIO G., *La condizione di inadempimento*, Verona, 1996, pp. 20 ss.

AMADIO G., *Le deroghe convenzionali alla disciplina della risoluzione per inadempimento*, Studio n. 160 2020/C del Consiglio Nazionale del Notariato.

AMBROSINI L., *L'interesse creditorio nell'emergenza covid tra rimedi estintivi e tensione conservativa*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, da p. 1352.

AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002.

AMBROSOLI M., *Le sopravvenienze*, in GAMBARO A. –MORELLO U. (diretto da), *Lezioni di Diritto Civile – Casi, questioni e tecniche argomentative*, Milano, 2012, p. 345.

AMBROSOLI M., *Presupposizione e gravità della turbativa*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2014, 2, pp. 437 ss.

AMORTH G., *Errore e inadempimento nel contratto*, Milano, 1967, pp. 49 ss.

ANDREOLI M., *La rendita vitalizia*, in VASSALLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Vol. VIII, T. 3, Torino, 1958, pp. 68 ss.

ANDREOLI M., *La cessione del contratto*, Padova, 1951, p. 61.

ANDREOTTI G., *Le metaclausole*, Milano, 2021, pp. 5 ss., spec. 13 ss.

ANGELONI F., voce *Autonomia contrattuale*, in F. GALGANO (diretto da), *Dizionario enciclopedico del diritto*, Vol. I, Padova, 1996.

ANGIULI A., *Vendita di frutti del fondo tra emptio spei e emptio rei speratae*, nota a Cass. civ. n. 26022/2011, in *Contr.*, 2012, p. 250.

ANSON'S, *Law of contract*, XXX Ed., 2016, Glasgow, pp. 10 ss.

ASCARELLI T., *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, pp. 438 ss.

ASCARELLI T., *In tema di vendita di pacchetto di azioni*, nota Cass. civ. 29 marzo 1935 e Corte d'appello di Milano, 1° maggio 1934, in *Foro it.*, 1935, pp. 1027 ss.

ASCARELLI T., *Riflessioni in tema di titoli azionari e società per azioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1952, I, pp. 385 ss., ora anche in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, pp. 219 ss.

ASTONE A., *Il trasferimento del credito. Artt. 1260 – 1267*, in SCHLESINGER P. (fondato da) – BUSNELLI D. (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2014, p. 242.

ASTONE F., *sub Art. 1469-bis, terzo comma*, in ALPA G. –PATTI S. (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in SCHLESINGER P. (fondato da) –BUSNELLI F. D. (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2003, pp. 207 ss.

ATTYAH P. S., *Rise and Fall of Freedom of Contract*, Londra, 1980.

AULETTA G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, pp. 352 ss.

AUSTEN -BAKER R., *Comprehensive Contract Theory: A Four-Norm Model of Contract Relations*, in *Journal of Contract Law* (Australia), 25, 2009, pp. 216 ss.

AUSTEN-BAKER R., *A relational law of contract? In Journal of Contract Law* (Australia), 20, 2004, pp. 125 ss.

- AUSTEN-BAKER R., *A Relational Law of Contract?*, 2004, 20 *Journal of Contract Law*, pp. 125 ss.
- AZZARO A. M., voce *Frazionamento contrattuale*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., agg. III, 2007.
- BACHELET V., *Clausole "aliene" nell'ordinamento italiano: il caso delle assicurazioni claims made*, in GRANELLI C. (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cass. civile*, Milano 2017, pp. 399 ss.
- BACHELET V., *Il fine giustifica i mezzi? polizze claims made tra «primo», «secondo» e «terzo» contratto*, in *Eur. Dir. priv.*, 2018, fasc. 2, p. 592.
- BACHELET V., *La decodificazione giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fattispecie*, in *Eur. Dir. priv.*, 2021, pp. 565 ss.
- BALESTRA L., *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000, spec. pp. 113 ss., spec. p. 122.
- BALESTRA L., *Pandemia, attività d'impresa e solidarietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, da p. 1153.
- BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, III Ed., Vol. I, Torino, 1950, p. 322.
- BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. Dir. priv.*, 2003, pp. 469 ss.
- BARCELLONA M., *Ordine pubblico e diritto privato*, in *Eur. Dir. priv.*, 2020, pp. 925 ss.
- BARCELLONA M., *Trattato del danno e della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 475.
- BARCELLONA P., *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, pp. 182 ss.
- BARGELLI E., *Sinallagma rovesciato e ripetizione dell'indebito: l'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*. in *Riv. Dir. Civ.* 2008, p. 89.
- BARNETT R. E., *Conflicting visions. A critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract*, in *Virginia Law Review*, 78, 1992, pp. 1197 ss.
- BARTALENA A., *Le prestazioni accessorie*, in COLOMBO G. – PORTALE G. B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 2004, Vol. 1, T. III, pp. 803 ss.
- BELLANTUONO G., *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, pp. 71 – 72.
- BEN SHAHAR O., *Fixing unfair contracts*, in *Stanford Law Review*, Vol. 63, fasc. 4, 2011, pp. 886-887.

BENATTI F., *Contratto e covid-19: possibili scenari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2020, fasc. 2, pp. 198 – 211.

BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 15.

BENEDETTI A. M., *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460 – 1462*, in SCHLESINGER P. (fondato da) –BUSNELLI F. D. (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2011, p. 128.

BENOLIEL U., *Contract Interpretation Revisited: The Case of Severability Clauses*, in *Business & Finance Law Review*, Vol. 3, fasc. 1, p. 90-112.

BERNARDINI P., *Hardship e force majeure*, in BONELL M. J. –BONELLI F. (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997.

BERNARDINI P., *La forza maggiore nella giurisprudenza arbitrale internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2021, fasc. 4, pp. 861 - 914.

BERNARDINI P., *La patologia dei contratti internazionali*, in *Giur. Comm.*, 1984, I, pp. 1111 – 1129.

BERNARDINI P., *La patologia dei contratti internazionali*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 1122.

BERTINO L., *Sulla validità di una clausola di irrisolvibilità del contratto per inadempimento*, in *NGCC*, 2013, fasc. 2, pp. 536 ss.

BERTOLINI A., *Il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *NGCC*, 2010, II, pp. 435 ss.

BERTOLOTTO A., *Rimedi contrattuali e non*, in IRRERA M. (diretto da), *Le acquisizioni societarie*, Bologna, 2011, pp. 693 ss.

BESOZZI F., *La condizione di inadempimento*, nota a Cass. civ. Sez. II, 24 novembre 2003, n. 17859, in *Contr.*, 2004, pp. 667 ss.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, I Ed., Torino, 1943, pp. 43 ss.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, II ed., Torino, 1950, p. 364.

BETTI E., voce *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. It.*, Torino, 1981, Vol. 2, p. 1559.

BETTO E. –SALUZZO D., *Mind the gap - 2: clausole penali e di liquidated damages nel diritto inglese e nelle principali giurisdizioni di civil law*, in *Riv. comm. int.*, 2012, p. 13.

BETTO E., *Mind the gap - Battle of forms, entire agreement e no waiver clauses in Inghilterra: alcune recenti lezioni*, in *Dir. comm. Int.*, 2011, pp. 618-625.

- BIANCA C. M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, Vol. III, Milano, 2019, III Ed.
- BIANCA C. M., *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, Vol. IV, Milano, 2019, p. 461.
- BIANCA C. M., *La responsabilità*, in *Diritto civile*, Vol. V, III Ed., Milano, 2021.
- BIANCA C. M., *La proprietà*, in *Diritto civile*, Vol. VI, II Ed., Milano, 2017, p. 352.
- BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, in F. VASSALLI (fondato da), *Trattato di diritto civile italiano*, Vol. VII, T. 1, II Ed., Torino, 1993, p. 391.
- BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, in VASSALLI F. (diretto da), *Trattato di Diritto civile italiano*, II Ed., Torino, 1993, Vol. VII, T. 2, p. 904.
- BIANCA M., *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, pp. 789 ss.
- BIGLIAZZI GERI L., *Della risoluzione per inadempimento*, in SCIALOJA A. –BRANCA G. (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna – Roma, 1988, T. 2, p. 90.
- BIGLIAZZI GERI L., voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.* Vol. II, Torino, 1988, pp. 180 ss.
- BIGLIAZZI L.– GERI, voce *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962 p. 532.
- BIGLIAZZI GERI L., voce *Procura*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 1006
- BIN M., *La circolazione internazionale dei modelli contrattuali*, in *Contr. Impr.*, 1993, p. 476 e p. 480.
- BOERO P., *La somministrazione*, in COTTINO G., *Contratti commerciali*, in GALGANO F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. XVI, Padova, 1991, p. 331.
- BONELL M. J., *Il diritto europeo dei contratti e gli sviluppi del diritto contrattuale a livello internazionale*, in *Eur. Dir. priv.*, 2007, fasc. 3, pp. 628 ss.
- BONELL M. J., voce *Contratti internazionali (principi dei)*, in *Enc. Giur.*, Vol. IX, Roma, 1996, pp. 2 ss.
- BONELL M. J., voce *Contratti internazionali (tecnica di redazione dei)*, in *Enc. Giur.*, Vol. IX, Roma, 1996.
- BONELLI F., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, in *Dir. comm. int.*, 2007, p. 322.

BONELLI F., *Giurisprudenza e dottrina su acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, in BONELLI S. –DE ANDRÉ M., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, Milano, 1990, p. 24.

BONILINI G., *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, pp. 1190-1265.

BONOMI A., *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurigo, 1998, pp. 285 ss.

BORN G., *International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2014, pp. 278 ss.

BORTOLOTTI F., *Diritto dei contratti internazionali. Manuale di diritto commerciale internazionale*, Padova, 1997, p. 72..

BORTOLOTTI F., *Diritto dei contratti internazionali. Manuale*, cit., pp. 69 ss.

BORTOLOTTI F., *Manuale di diritto commerciale internazionale, Vol. I, Diritto dei contratti internazionali*, III ed., Padova, 2009, pp. 123 ss.

BOZZI A., voce *Rinunzia* (diritto pubblico e privato), in *Noviss. Dig. It.* Vol. XV, Torino, 1968, p. 1140.

BRAVO F., *La clausola solve et repete tra autonomia privata e giustizia contrattuale*, Milano, 2021, pp. 39 ss.

BRECCIA U., *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *I Contratti*, 2018, 1, p. 15.

BRUNETTI E., nota a Cass. civ. 5266/1997, in *Foro it.*, 1997, I, 2914.

BRUNNER C., *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2008.

BUDA E., *Condizione di inadempimento e interpretazione del contratto*, nota a Cass. civ. Sez. II, 2 ottobre 2014, n. 20854, in *Contr.*, 2015, pp. 465 ss.

BUSANI A., *Introduzione ai contratti commerciali internazionali B2B e alle joint ventures*, Padova, 2012, p. 286.

BUSSANI M., *Contratti moderni. Factoring, franchising, leasing*, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di Diritto civile, I singoli contratti*, Vol. IV, Torino, 2004, pp. 54-55.

BUTTARO L., voce *Assicurazione sulla vita*, in *Enc. dir.*, Vol. III, Milano, 1958, p. 637.

CAGNASSO O., *Eccezioni dilatorie e risoluzione del contratto per inadempimento nel contratto di somministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, pp. 419 ss.,

CAGNASSO O., *Trasferimento delle partecipazioni sociali, contratto aleatorio e rescissione per lesione*, nota a Trib. Milano, 27 febbraio 1992, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, pp. 601 ss.

- CALASSO F., voce *Autonomia* (storia), in *Enc. Dir.*, Vol. IV, Varese, 1959, pp. 349 ss.
- CALÒ E., *Nullità parziale e autonomia privata*, in *Vita Not.*, 1981, pp. 1165 ss.
- CALVO R., *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa vietata (contributo allo studio dei Folgeverträge)*, in *Contr.*, 2005, pp. 181 ss.
- CALVO R., *I nessi tra errore sulle qualità e rimedi per vizi e difetti*, in DE CRISTOFARO G. - CALVO R., *La vendita di opere d'arte*, in DELFINI F. - MORANDI F. (a cura di), *I contratti del turismo, dello sport e della cultura*, Torino, 2010, pp. 598 ss.
- CAMILLERI E., *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008.
- CAMPIONE R., *Il Covid-19 nei contratti commerciali internazionali tra force majeure, material adverse change/effect e hardship*, in *Contr.*, 2021, fasc. 1, pp. 75 – 83.
- CAMPOBASSO M., *Evoluzioni e rivoluzioni nella giurisprudenza in tema di assicurazioni claims made*, nota a Cass. civ. SSUU 22437/2018, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, pp. 152 ss.
- CAPALDO G., *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004.
- CAPALDO G., *Dai contratti aleatori all'alea: attualità di una categoria*, in *Obbl. contr.*, 2006, pp. 296 ss.
- CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, IV Ed. a cura di FERRUCCI A. – FERRENINO C., T. 1, Giuffrè Editore, Milano, 2015, pp. 44 ss.
- CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, T. 2, II Ed., Milano, 2002, p. 708.
- CARBONE E., «Le une per mezzo delle altre»: *l'interpretazione coerenziale delle clausole contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2016, fasc. 1, p. 28.
- CARBONE E., *Clausola di salvezza e patto di essenzialità. Note a margine dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, pp. 1205 ss.
- CARBONE E., *Clausola di salvezza e patto di essenzialità. Note a margine dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1223.
- CARBONE E., *Le clausole di stile nei negozi giuridici. Interpretazione utile e vizio oggettivo*, in *NGCC*, 2015, II, pp. 68 ss.
- CARBONE P. L., *La vendita di opere d'arte non autentiche*, nota a Cass. civ. 7299/1993, in *Giur. it.*, 1994, pp. 1169 ss.
- CARBONE S. M. – LUZZATTO R., *I contratti del commercio internazionale*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Vol. XI, Torino, 1984, p. 117.

- CARBONE S. M., *Autonomia privata e contratti internazionali*, in NGCC, 1992, II, p. 291.
- CARBONE V., *Raggiri e artifici nella compravendita di azioni non quotate in borsa*, in *Società*, 1992, pp. 763 ss.
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, pp. 365 ss.
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1952, p. 365.
- CARNELUTTI F., *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, pp. 327 ss.
- CARNELUTTI F., *Errore o inadempimento?*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, pp. 258 ss.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 108.
- CARNEVALI U., *Brevi note in tema di disponibilità convenzionale della disciplina della risoluzione per inadempimento*, in *Contr.*, 2021, pp. 521 ss.
- CARNEVALI U., *Emergenza Covid-19: un anno dopo*, in *Contr.*, 2021, da p. 145.
- CARNEVALI U., *Gli effetti della risoluzione*, in CARNEVALI U. - GABRIELLI E. - TAMPONI M., *La risoluzione*, in BESSONE M. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Vol. XIII, T. 8**, Torino, 2011, pp. 192 ss.
- CARNEVALI U., *La clausola claims made e le Sezioni Unite: bis in idem, nota a Cass. civ. SSUU 22437/2018*, in *I Contratti*, 2018, pp. 639 ss.
- CARNEVALI U., *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, in *Contr.* 2017, p. 389.
- CARNEVALI U., *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI–M. TAMPONI, *La risoluzione*, in *Il contratto in generale*, Vol. VIII**, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2011, pp. 3 ss.
- CARNEVALI U., *Le eccezioni dilatorie*, in CARNEVALI U. –GABRIELLI E. –TAMPONI M., *Il contratto in generale. La risoluzione*, in BESSONE M. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Vol. XIII, T. 8**, Torino, 2011, pp. 263-264.
- CARRABBA A. A., *Donazioni*, in PERLINGIERI P. (diretto da), *Trattato di diritto civile del CNN*, Napoli, 2009, pp. 541 ss., spec. 544.
- CARRESI F., *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 372.
- CARRESI F., *Il contratto*, in CICU A. –MESSINEO F. (diretto da) – MENGONI L. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. XXI, T. 1, Milano, 1987, p. 230. p. 715.

- CARRESI F., *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, pp. 457 ss.
- CARRESI P., *La cessione del contratto*, Milano, 1950 pp. 114-115.
- CARULLO G., *Osservazioni in tema di vendita della partecipazione sociale*, nota a Cass. civ. 26690/2006, in *Giur. comm.*, 2008, II, pp. 954 ss.
- CASTELLI LAURA., *Opera d'arte priva di autenticità: rimedi a disposizione dell'acquirente e disciplina della prescrizione*, nota a Cass. civ. 996/2022, in *Contratti*, 2022, pp. 417 ss.
- CASTELLI LAURA., *Prescrizione e impedimenti di fatto*, Varese, 2018
- CASTELLI LAURA., *Vendita di opera contraffatta, responsabilità e prescrizione*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, pp. 1477 ss.
- CASTELLI LUCIANO., *L'obbligo di rinegoziazione*, in *Contr.*, 2016.
- CASTRONOVO F., *Autonomia contrattuale e disponibilità dell'integrazione: la merger clause dal diritto americano a quello italiano*, Torino, 2017, p. 11 ss.
- CASTRONOVO F., *International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith*, in *Global Jurist*, fasc. 1, 2007.
- CASTRONOVO F., *Tecniche di redazione del contratto dal common law statunitense al diritto italiano: conseguenze sul piano della prova del contratto nel nostro ordinamento*, in *Contr. impr.*, 2019, fasc. 2, p. 774.
- CASTRONOVO F., *The Americanization of contract law: the merger clause in the European perspective*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2017, pp. 617 ss.
- CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, pp. 161 ss.
- CATAUDELLA M. C., *Contratti di lavoro e nullità parziale*, Milano, 2008, p. 5.
- CATERINA M., voce *Solve et repete*, in *Enc. Dir.*, Vol. XLII, Milano, 1990, p. 1260.
- CAVAJONI C., nota a Cass. civ. 15380/2000, in *Contr.* 2001, p. 543.
- CAVALIERI G., *Le clausole di stile*, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, pp. 939 ss.
- CAVALLINI C., *Il principio della domanda e la «giustizia della decisione». Verso una nuova iurisprudenzia?* in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 302 ss.
- CAVALLINI C., *Perpetua ad excipiendum, variazioni in tema di giudicato e motivazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, pp. 621 ss.

- CAVAZZUTI F., voce *Engineering*, in *Enc. Giur*, Vol. XII, Roma, 1989, p. 1.
- CENINI M., *La proprietà della terra inquinata. Responsabilità, circolazione e garanzie*, Milano, 2017, pp. 193 ss.
- CENINI M., *Vendita di terra inquinata: quali garanzie per il compratore?*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 2637 ss.
- CESÀRO E., *Condizioni generali di contratto ed elencazione delle clausole vessatorie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 60.
- CHECCHINI L., *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Milano, 1977, p. 304.
- CHIANALE A., *La rappresentanza*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, T. 2, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 1999, p. 1145
- CHINÉ G., *Contrattazione standardizzata*, in ALPA G. –CHINÉ G. – GAZZONI F. – REALMONTE F. – ROVELLI L. (a cura di), *Il contratto in generale*, in BESSONE M. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Vol. XIII, T. 2, pp. 518-520.
- CHITTY, *On contracts*, XXI Ed., Vol. I, Londra, 2012, pp. 21 ss.
- CIAN G., *Alcune riflessioni in tema di rettifica*, in *Riv. Dir. Civ.* 2018, 1..
- CIAN G., *Tutela della controparte di fronte all'annullamento o alla ratifica del negozio*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 538.
- CICCONI E., *Disponibilità ed esclusività dei rimedi contro l'inadempimento contrattuale*, Milano, 2020, spec. pp. 243 ss.
- CICERO C., *La transazione*, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Milano, 2014, pp. 162 – 165.
- CLARIZIA R., *La cessione del contratto. Artt. 1406-1410*, in SCHLESINGER P. (fondato da) – BUSNELLI D. (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, p. 57.
- COCCO M., *Rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 2319 ss.
- COLOSIMO B., *La condizione risolutiva di inadempimento*, nota a Cass. civ. Sez. II Sent., 15 novembre 2006, n. 24299, in *Obbl. e Contr.*, 2008, fasc. 3, pp. 215 ss.
- COMMANDATORE C., *L'avalimento: un alieno collegamento tra contratto e procedimento amministrativo*, in *NGCC*, 2015, I, pp. 594 ss.
- CONFORTINI M., *Clausola di completezza*, in CONFORTINI M. (a cura di), *Clausole negoziali*, Vol. 1, Torino, 2017, pp. 973 ss.

CONFORTINI M., *Clausole negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, Vol. I, Torino, 2017 e Vol. II, Torino, 2019.

CONSOLO C. - GODIO F., *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, pp. 225 ss.

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. 49.

CONSOLO C., *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Eur. Dir. priv.*, 2010, p. 979.

COPPOLA C., *La rinunzia ai diritti futuri*, Milano, 2005, pp. 137-138.

CORDERO G. – MOSS in ID (a cura di), *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*, Cambridge, 2011, p. 5.

CORRIAS P., *I contratti aleatori: rivisitazione di una categoria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, pp. 666 ss.

COSTANZA M., *Annullamento del contratto concluso in conflitto di interessi*, in *Le società*, 2, 2019, pp. 165 ss.

COTTINO G., *Anche la giurisprudenza canonizza i sindacati di voto?*, nota a Cass. civ. 9975/1995, in *Riv. dir. comm.*, 1996, pp. 164 ss.

COTTINO G., *Del contratto estimatorio e della somministrazione. Art. 1556 – 1570*, in SCIALOJA A. –BRANCA G., *Commentario del codice civile*, Bologna – Roma, 1970, p. 148.

COTTINO G., nota a Cass. civ. 18181/2004 e Cass. civ. 3370/2004, in *Giur. it.*, 2004, pp. 997 ss.

COTTINO G., *Noterelle in tema di cessione di quote (o azioni), di discrepanze di valori e di presupposizione*, nota a Trib. Milano, 17 ottobre 2002, in *Giur. it.*, 2003, pp. 297 ss.

COVIELLO N. JR., *Appunti sulla clausola di stile nei contratti*, in *Foro it.*, 1963, IV, pp. 116 ss.

CRESPI REGHIZZI Z., *La «presa in considerazione» di norme straniere di applicazione necessaria nel regolamento Roma I*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2021, 2, pp. 291 ss.,

CRISCUOLI G., *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, pp. 8 ss.

CRISCUOLI G., *Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi della volontà*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, pp. 364 ss.

CRISCUOLI G., *Clausola illecita, scindibilità oggettiva del regolamento negoziale, essenzialità soggettiva della parte nulla, mancanza unilaterale di volontà ed automatica inserzione sostitutiva di norme imperative nel contratto secondo la disciplina della nullità parziale*, in *Giur. It.*, 1966, I, 1, p. 1158.

CRISCUOLO F., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di Diritto civile del CNN*, Napoli, 2008, pp. 5 ss.

CUFFARO V. (a cura di), *Codice del consumo*, III Ed., Milano, 2012, p. 267.

CUTINO F., sub *Art. 1472*, in P. CENDON (diretto da), *Commentario al codice civile*, Vol. IV, Torino, 1991, pp. 880 ss.

D'ADDA A., *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contr.* 2013, pp. 22 ss.

D'ADDA A., *Invalidità dei patti abusivi, correzione legale del contratto e disciplina della nullità parziale*, in *Obbl. contr.*, 2008, pp. 487-488.

D'ADDA A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, pp. 65 ss.

D'ALESSANDRO C., *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, Milano, 2003, pp. 13 ss.

D'AMICO G., *La responsabilità precontrattuale*, in ROPPO V. (a cura di), *Rimedi-2*, in ROPPO V. (diretto da), *Trattato del contratto*, Vol. V, Milano, 2006, p. 1033.

D'AMICO G., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, pp. 17, 37, 62 ss.

D'AMICO G., *Verwirkung ed esercizio abusivo del diritto di credito*, in *Contr.*, 2022, pp. 129 ss.

D'AMICO G., voce *Nullità non testuale*, in *Enc. dir. Annali*, Vol. IV, 2011, pp. 808 ss.

D'AVANZO W., *Rappresentanza (Diritto Civile)*, in *Noviss. dig. it.*, Vol. XIV, Torino, 1967, p. 826

DALMARTELLO A., *Questioni in tema di annullabilità del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, pp. 16 ss.

DALMARTELLO A., voce *Risoluzione del contratto*, in *Nov. Dig. it.*, Vol. XVI, Torino, 1969, p. 127.

DALMARTELLO A., voce *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Noviss. Dig. It.*, Vol. XVII, Torino, 1970, pp. 854-855.

DE CRISTOFARO G., *Nullità del contratto ex art. 1418 c.c. e "reati in contratto": l'evoluzione della più recente giurisprudenza di legittimità*, nota a Cass. civ. 17959/2020, in *Studium Iuris*, 2021, pp. 1030 ss.

DE CUPIS A., *Clausola di stile e vizio della volontà*, in *Giur. it.*, 1987, IV, pp. 319 ss.

DE LORENZI V., *La rappresentanza*, in P. SCHLESINGER (fondato da) – F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2012

DE LUCA N., *Richieste postume e immeritevolezza delle claims made. Nomofilachia o disorientamento?*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, pp. 687 ss.

DE MARTINIS P., *Rinunzia, rifiuto e prelazione volontaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, pp. 691-692.

DE NOVA G. (a cura di), *Clausole a rischio di nullità*, Milano, 2009.

DE NOVA G. (a cura di), *Clausole a rischio nullità*, Milano, 2009, pp. 79 ss.

DE NOVA G., *I contratti di oggi e la necessità di un elenco condiviso di divieti e di clausole vietate: a proposito di armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, in G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, II Ed., Torino, 2010, pp. 305 ss.

DE NOVA G., “The law which governs this agreement is the law of the Republic of Italy”: *il contratto alieno*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, pp. 7 ss.

DE NOVA G., *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, pp. 533 ss.

DE NOVA G., *I contratti di oggi e la necessità di un elenco condiviso di divieti e di clausole vietate: a proposito di armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 307.

DE NOVA G., *Il contratto alieno*, II Ed., Torino, 2010.

DE NOVA G., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2010, pp. 31 ss.

DE NOVA G., *The Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2021, pp. 5 ss.

DE NOVA G., *La cessione del contratto*, in SACCO R. – DE NOVA G., *Il contratto*, T. 2, Torino, 2004, pp. 755 - 756.

DE NOVA G., *Nuove tutele e nuovi rimedi in ambito contrattuale*, in DE NOVA G., *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., p. 93 e già in *Riv. dir. priv.*, 2003, pp. 453 ss.

DE NOVA G., *Nuove tutele e nuovi rimedi in materia contrattuale*, in DE NOVA G., *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2010, pp. 93 ss.

DE NOVA G., *The Romanistic Tradition. Application of Boilerplate Clauses under Italian Law*, in G. CORDERO – MOSS (a cura di), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge, 2011, pp. 230 ss.

DE NOVA G., *Validità ed effetti in diritto italiano di alcune clausole del commercio internazionale: merger clause, sole remedy clause, no waiver clause*, in *Riv. comm. int.*, 2022, 2, pp. 231 ss.

DE NOVA G., voce *Contratti di impresa*, in *Enc. Dir., aggiornamento*, Vol. IV, Milano, 2011, pp. 244-249.

DE NOVA G., voce *Contratti di impresa*, in *Enc. dir., Ann.* Vol. IV, Milano, 2011, p. 248.

DE NOVA G., voce *Contratto alieno*, in, *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Agg. IV*, 2009, pp. 140 ss.

DE NOVA G., voce *Engineering* (contratto di), in *Dig. Disc. Priv., sez. comm.*, Vol. V, Torino, 1990, p. 241.

DE NOVA G., voce *Factoring*, in *Dig. Disc. Priv., sez. comm.*, Vol. V, Torino, 1990, p. 359.

DE NOVA G., voce *Recesso*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Vol. XVI, 1997, p. 319.

DE NOVA G., *La conclusione per altri*, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, T. 2, Torino, 2004.

DE NOVA G., *Controversie contrattuali*, Torino, 2022. p. 1, 23, 31.

DE POLI M., *Servono ancora i “raggiri” per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, pp. 911 ss.

DEL MORAL DOMÍNGUEZ L. F., *La somministrazione di cose*, in BOCCHINI R. – GAMBINO A. M. (a cura di) *I contratti di somministrazione e di distribuzione*, in RESCIGNO P. – GABRIELLI E. (diretto da), *Trattato dei contratti*, Vol. XVII, Trento, 2011, p. 604.

DEL PRATO E., *Ai confini della risoluzione per inadempimento*, in *Contr.*, 2013, 7, pp. 653 ss.

DEL PRATO E., *Covid-19, Act of God, Force Majeure, “hardship clauses”, performance and nonperformance*, in *NGCC 2020*, fasc. 3, suppl., pp. 64 – 67.

DEL PRATO E., *Le annullabilità*, in GENTILI A. (a cura di), *Rimedi-1*, in ROPPO V. (diretto da), *Trattato del Contratto*, Vol. IV, I Ed., Milano, 2006, pp. 177 ss.

DEL PRATO E., *Sulle Clausole Di Rinegoziazione Del Contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3, pp. 801 ss.,.

DELBONO F. – ZAMAGNI S., *Microeconomia*, Bologna, 1997, p. 692.

DELFINI F., *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, NLCC 3 2014 pp. 569 ss.

DELFINI F., *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, in NLCC, 2014, fasc. 3, pp. 570 ss.

DELFINI F., *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in P. SCHLESINGER (fondato da) – F. D. BUSNELLI (diretto da) *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2003, pp. 78 – 79.

- DELFINI F., *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998, I Ed., pp. 42 ss.
- DELFINI F., *Il controllo sulle polizze claims made tra primo e secondo comma dell'art. 1322 c.c.*, in NGCC, 2021, 2, pp. 371 ss.
- DELFINI F., *Le Sezioni Unite e le claims made: l'ultima sentenza e la "Big Picture"*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 30 ss.
- DENOZZA F., *I principi di effettività, proporzionalità ed efficacia dissuasiva nella disciplina dei contratti a valle di intese ed abusi*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, fasc. 6, pp. 354 ss.
- DENOZZA F., *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del "solo risarcimento" per le vittime di intese e abusi*, in NGCC, 2020, pp. 406 ss.
- DENOZZA F., *Principle vs. Policy: spunti sui contratti a valle e sulla nullità virtuale "regolatoria"*, in NGCC, 2022, pp. 670 ss.
- DI BITONTO C., *Diritto statutario di covendita, cessione di nuda proprietà azionaria e cambio di controllo - il commento*, nota a Cass. civ. 3951/2018, in *Società*, 2018, pp. 1118 ss.
- DI CIOMMO F., *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, *Foro it.* 2015, I, pp. 922 ss.
- DI GIANDOMENICO G., *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, spec. pp. 189 ss.,
- DI GIANDOMENICO G., *La categoria dei contratti aleatori*, in DI GIANDOMENICO G. – RICCIO D., *I contratti speciali. I contratti aleatori*, in BESSONE M. (diretto da), *Trattato di Diritto privato*, Vol. XIV, Torino, 2005, pp. 59 ss.
- DI GRAVIO V., *Clausola che regola le conseguenze dell'invalidità del contratto*, in CONFORTINI M. (a cura di), *Clausole negoziali*, Vol. 2, Torino, 2019, pp. 667 ss.
- DI GRAVIO V., *Clausola che regola le conseguenze dell'invalidità del contratto*, in M. CONFORTINI, *Clausole negoziali*, Vol. 1, UTET, Torino, 2017, p. 669.
- DI GRAVIO V., *Clausola di unico rimedio*, in CONFORTINI M. (a cura di), *Clausole negoziali*, Vol. I, Torino, 2017, pp. 1063 ss.
- DI MAJO A., *La nullità*, in A. DI MAJO – G. B. FERRI – M. FRANZONI, *Il contratto in generale*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Vol. XIII, T. 7, Torino, 2002, pp. 102-103.
- DI MAJO A., *La responsabilità contrattuale. Modelli e rimedi*, Torino, 2002, p. 150 ss.
- DI MARZIO F., *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Giust. civ.*, 2000, II, pp. 474-475.

- DI MATTEO L., *International Contracting: Law and Practice*, V Ed., L'Aia, 2021, p. 260.
- DOGLIOTTI M., *Comunione e condominio*, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto civile. I diritti reali*, Vol. VII, Milano, 2006, pp. 141 – 142.
- DOLMETTA A., voce *Cessione dei crediti*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Vol. II, Torino, 1988, p. 322.
- DONATIVI G., *Il dolo tra vizi del consenso ed elemento soggettivo della responsabilità per inadempimento*, nota a Cass. civ. 16031/2007, in *Giur. it.*, 2007.
- DONISI C., *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, pp. 118 ss.
- DONISI C., *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1982, pp. 261 ss.
- DORIA G., *La novazione dell'obbligazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu – Messineo*, Milano, 2012, pp. 164 ss.
- DRAETTA U., *Il diritto dei contratti internazionali: la patologia dei contratti*, in *Studi e pubblicazioni della Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1988.
- ECHENBERG D., *Negotiating international contracts: does the process invite a review of standard contracts from the point of view of national legal requirements?*, in CORDERO– MOSS G. (a cura di), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge, 2011..
- EISENBERG M. A., *Relational contracts*, in BEATSON J. –FRIEDMANN D. (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995, pp. 294-295.
- EISENBERG M. A., *Why There is No Law of Relational Contracts*, *Northwestern University Law Review*, 94, 2000, pp. 805 ss.
- ERKAL N. –WU S. –ROE B. E., *Putting relational contract theory to the test: experimental evidence*, in *Experimental Economics*, 25, 2022, pp. 111 ss.
- ESPOSITO M., *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003.
- FARNETI M., *Quali rimedi contrattuali in caso di vendita di opera d'arte di paternità controversa*, in *NGCC*, 2011, II, p. 499.
- FARNETI M., *Quali rimedi contrattuali in caso di vendita di opere d'arte di paternità controversa*, in *NGCC*, 2011, II, pp. 485 ss.
- FEBBRAJO T., *La clausola “merce vista e piaciuta” nella vendita ordinaria e nei contratti con il consumatore*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, pp. 356 ss.
- FEDELE A., *Dell'annullabilità del contratto*, in D'AMELIO G. - FINZI E. (diretto da), *Commentario del Codice civile*, Firenze, 1948, p. 708.

FEDELE A., *Della nullità del contratto*, in D'AMELIO M. – FINZI E. (a cura di), *Commentario del codice civile, Libro delle obbligazioni*, T. 1, Firenze, 1948, p. 682.

FEDELE A., *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, p. 151.

FERCIA R., voce *Accertamento* (negozio di), in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., agg. VII, 2012, p. 44.

FERMEGLIA M., *Quando la clausola claims made è vessatoria? Finalmente una risposta della Cass., aveva ritenuto atipico l'intero contratto di assicurazione*, nota di Cass. civ. 22891/2015, in *NGCC*, 2015, I, pp. 361 ss.

FERRARIO P., *The Adaptation of Long-Term Gas Sale Agreements by Arbitrators*, in *International Arbitration Law Library*, Vol. 41, 2017, pp. 157 ss.

FERRERI S., *Il giudice italiano e l'interpretazione del contratto internazionale*, Padova, 2000, pp. 417 ss.

FERRI G. B., *La vendita in generale*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di Diritto privato*, Vol. XI, T. 3, Torino, 2000, pp. 561 ss.

FERRI G. B., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, pp. 324-325.

FERRI G. B., *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, pp. 331 ss.

FERRI G. B., voce *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., Vol. IV, 1989, pp. 347-348.

FERRI L., *L'autonomia privata*, Milano, 1959.

FERRI L., *Nozione giuridica di autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1957, pp. 129 ss.

FEZZA F. – IVONE V., *Somministrazione e permuta*, in CICU A. – MESSINEO F. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2017, pp. 90 ss.

FICI A., *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005, pp. 32 ss., 213 ss.

FICI A., voce *Contratto incompleto*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., 2007, pp. 415 ss.

FILANTI G., voce *Nullità*, in *Enc. giur.*, 1990, p. 7.

FOGLIA M., *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, Torino, 2015.

FONDRIESCHI A., *Annulabilità parziale dell'oggetto della prestazione e adeguamento del contratto*, in *Osservatorio del Diritto civile e commerciale*, fasc. 1, 2014, p. 50.

FONDRIESCHI A., *Contratti relazionali e contrattazione ripetuta in Giappone e Europa*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2016, 2, pp. 483 ss.

FONDRIESCHI A., *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017.

FONDRIESCHI A., *In tema di errore sul valore economico di quote*, nota a Cass. civ. 5773/1996, in *Contr.* 1997, pp. 231 ss.

FONTAINE M. –DE LY F., *La redazione dei contratti internazionali a partire dall'analisi delle clausole*, Milano, 2008.

FRANZONI M., *Dell'annullabilità del contratto. Artt. 1425-1426*, in SCHLESINGER P. (fondato da) –BUSNELLI F. D. (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, II Ed., Milano, 2005, pp. 2 ss.

FRANZONI M., *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. Impr.*, 2013, fasc. 1, pp. 78-79.

FRANZONI M., *Il Covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021.

FRANZONI M., *L'assicurazione tra i contratti aleatori*, in *Contr. Impr.*, 2011, pp. 417 ss.

FRANZONI M., sub *Art. 1444 c.c.*, in GALGANO F. (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna, 1998, p. 529.

FRANZONI M., *Vizi del consenso: l'errore rilevante*, in DI MAJO A. –FERRI G. B. –FRANZONI M. (a cura di), *Il contratto in generale*, in BESSONE M. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Vol. XIII, Tomo VII, Torino, 2002, p. 262

FRIGNANI A. –TORSELLO M., *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, II ed., in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2010, pp. 357 ss.

FRIGNANI A., voce *Hardship clause*, in *Dig. Disc. Priv., sez. comm.*, Vol. VI, Torino, 1991.

FURGIUELE G., *Vendita della cosa futura e aspetti della teoria del contratto*, Milano, 1974, p. 414.

FUSARO A., *Una convenzione aliena per regolare i rapporti patrimoniali tra coniugi?*, in *NGCC*, 2013, II, pp. 614 ss.

G. PETTI, nota a Cass. civ. 7081/2017, in *Contr.*, 2017, pp. 655 ss.

GABRIELLI E. – ORESTANO A., voce *Contratti del consumatore*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, agg. I, 2000, p. 256.

GABRIELLI E., *Alea e rischio nel contratto: studi*, Napoli, 1997.

GABRIELLI E., *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali (brevi spunti di riflessione sulla clausola di exclusive remedy)*, *Riv. dir. comm.*, 2018, pp. 215 ss.

- GABRIELLI E., *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, pp. 570 ss.
- GABRIELLI E., *Contratto completo e clausola di arbitraggio*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, pp. 291 ss.
- GABRIELLI E., *Vendita di opera d'arte, violazione dell'impegno traslativo e nullità del contratto per illiceità del suo oggetto*, nota a Cass. civ. 19509/2012, in *Corr. giur.*, 2013, pp. 464 ss.
- GABRIELLI G., *Causa in concreto e patti parasociali*, in *Giur. It.*, 2014 pp. 1614 ss.
- GABRIELLI G., *Temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 713
- GABRIELLI G., *Il requisito di specificatezza dell'autorizzazione a contrarre in conflitto di interessi: un eccesso di rigore moralistico*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 547. ss.
- GABRIELLI G., *Il conflitto di interessi autorizzato*, in *Contr. Impr.*, 2007, pp. 115 ss.
- GALGANO F., *Cessione di partecipazioni sociali e superamento dell'alterità soggettiva fra socio e società*, in *Contr. Impr.*, 2004, pp. 543 ss.
- GALGANO F., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. Impr.*, 2000, fasc. 1, p. 198.
- GALGANO F., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. Impr.*, 2000, p. 199.
- GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2009, p. 59.
- GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. Impr.*, 1997, p. 417 ss.
- GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, II ed., Vol. II, Padova, 2010.
- GALGANO F., voce *Vendita*, in *Enc. dir.*, Vol. XLVI, Milano, 1993, p. 498.
- GALLARATI A., *Il contratto irrisolvibile o quasi. Profili di sostenibilità della clausola «exclusive remedy» nell'economia delle parti*, in *Contr. Impr.*, 2016, pp. 1029 ss.
- GALLETTI D., *Brevi note in tema di vendita di quota sociale ed errore sui motivi*, nota a Cass. civ. 5773/1996, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, pp. 18 ss.
- GALLO P., *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, II Ed., Torino, 2008, pp. 254 ss.
- GALLO P., *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, spec. pp. 668 ss.
- GALLO P., *Contratto, rinegoziazione, adeguamento*, in *Giur. It.*, 2020, fasc. 11, pp. 2433 – 2445.

- GALLO P., *Emergenza Covid e revisione del contratto*, in *Giur. it.*, 2020, da p. 2439.
- GALLO P., *La formazione*, in *Trattato del contratto*, Vol. I, Torino, 2010, pp. 816-817.
- GALLO P., *I rimedi, la fiducia, l'apparenza*, in *Trattato del contratto*, Vol. III, Torino, 2010, p. 193.
- GALLO P., *La responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, pp. 311 ss.
- GALLO P., *Soppravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992.
- GALLO P., sub *Art. 1472 c.c.*, in VALENTINO D. (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1470-1547*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Milanofiori Assago, 2011, p. 159.
- GALLO P., voce *Nullità e annullabilità in diritto comparato*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Agg. X, 2019, §8.
- GALLO P., voce *Restituzioni contrattuali e inadempimento*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Agg. XII, 2012.
- GALLO P., voce *Revisione del contratto ed equilibrio sinallagmatico*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., XII, Torino, 2019, pp. 365 ss.
- GALLO P., voce *Revisione del contratto*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., Vol. XVII, Torino, 1998, pp. 431 ss.
- GALLO P., voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, 2011.
- GALLO P., voce *Vizi del consenso e risarcimento del danno*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Agg. XI, 2022.
- GAMBARO A. - SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, IV Ed., Vicenza, 2018, pp. 3 ss.
- GAMBARO A., *Common law ed Equity in Inghilterra*, in GAMBARO A. -SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, III Ed., 2018, Vicenza, pp. 47 ss.
- GAMBARO A., *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, pp. 9-10.
- GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, pp. 3 ss.
- GANDOLFI G., *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, pp. 1058 ss., spec. 1067 ss.
- GAROFALO A. M., *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, nota a Cass. civ. SSUU 4222/2017, in *Foro it.*, 2017, pp. 2017 ss.

GAZZONI F., *Introduzione alla ristampa integrata di Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, Frosinone, 2017 pp. XVII ss.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, XIX Ed., 2019, pp. 1011 ss.

GENNARI G., *La risoluzione della transazione novativa*, Milano, 2005.

GENOVESE A., *Contratto concluso in violazione di una norma penale: quale vizio?*, nota a Cass. civ. 17568/2022, in *Giur. it.*, 2022, pp. 1783 ss.

GENTILI A., *La nullità dei “contratti a valle” come pratica concordata anticoncorrenziale (Il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giust. civ.*, 2019, pp. 675 ss.

GENTILI A., *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. Impr.*, 2003, pp. 708 e ss.

GENTILI A., *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, p. 97.

GENTILI A., *Le invalidità*, in RESCIGNO P. (a cura di), *I contratti in generale*, T. 2, II Ed., Milano, 2006, p. 1628.

GENTILI A., *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, Torino, 2015, pp. 561-562.

GIACOBBE G., voce *Convalida* (diritto privato) in *Enc. Dir.*, Vol. X, 1962, p. 481.

GIAMPICCOLO G., *La dichiarazione recettizia*, Napoli, 2011 (rist.), p. 94.

GITTI G. –DELFINI F. –MAFFEIS D. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio De Nova: prospettive e limiti dell'autonomia privata*, Milano, 2015.

GITTI G., *La disciplina e gli strumenti alternativi allo scioglimento del contratto di engineering*, in DE NOVA G. (a cura di) *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994, pp. 536 ss.

GOETZ C. J. –SCOTT R. E., *Principles of relational contracts*, in *Virginia Law Review*, 67, 1981, p. 1091.

GOLDBERG V. P., *Relational contract*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, Vol. III, Frome, 1998, p. 289.

GORLA G., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, T. 1, Milano, 1954.

GORLA G., *La compravendita e la permuta*, in VASSALLI F. (diretto da), *Trattato di dir. civ. it.*, Torino, 1937, p. 142, 245 ss.

GOUNARI Z., *Developing a relational law of contracts: striking a balance between abstraction and contextualism*, in *Legal Studies*, 41, 2021, pp. 177–193.

GRANELLI M., *Gli obblighi informativi nella formazione dell'accordo contrattuale*, in *NGCC*, 2018, pp. 1200 ss.

GRANIERI M., *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, p. 57.

GRASSETTI C., *Verità errore ed opinione circa la paternità dell'opera d'arte compravenduta*, nota a Trib. Milano, 12 giugno 1947, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, pp. 193 ss.

GRASSETTI C., voce *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, Vol. VII, p. 185.

GRASSETTI C., voce *Conservazione* (principio di), in *Enc. dir.*, Vol. IX, Milano, 1961, p. 172.

GRAZIANO F., *Il mutuo bancario*, Padova, 2013, p. 618.

GRECO P. –COTTINO G., *Della vendita, Art. 1497*, in SCIALOJA A. –BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna – Roma, 1972, p. 305.

GRECO P., *Le società di comodo e la vendita delle loro azioni*, nota a Cass. civ. 27 luglio 1933, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, pp. 128 ss.

GRISI G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.

GRISI G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, pp. 57 ss. e 164 ss.

GROSSI P., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, 5, pp. 151 ss.

GUARNERI A., voce *Meritevolezza dell'interesse* (primo aggiornamento), in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Torino, 2018.

GUARNERI A., voce *Ordine pubblico*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, 1995.

GUERINONI E., *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007.

GUERRINI L., *Le restituzioni contrattuali*, in BUSNELLI F. D. –PATTI S. –SCALISI V. –ZATTI P. (collana diretta da), *Studi di Diritto Privato*, Torino, 2012, pp. 196 ss.

HANLEY D. P., *Aircraft operating leasing. A Legal and Practical Analysis in the Context of Public and Private International Air Law*, III Ed, L'Aia, 2021, p. 298.

HENKE A., *Alcune considerazioni sulla legge applicabile alla validità formale e sostanziale di una convenzione arbitrale per arbitrato estero*, in *Riv. com. int.*, 2018, p. 627.

- IORIO G., *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 657 ss.
- IORIO G., *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative. La prassi contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, pp. 50 ss.
- IORIO G., *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, Milano, 2006, pp. 76 ss.
- IUDICA G., *Globalizzazione e diritto*, in *Contr. Impr.*, 2008, pp. 867 ss.
- KAYALI D., *Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, in *Journ. Int. Arb.*, 2010, Vol. 27, fasc. 6, pp. 551 ss.
- KELSEN H., *Dottrina generale del diritto e dello Stato*, Torino, 1952, pp. 139 ss.
- KLESTA DOSI L., *La clausola "visto e piaciuto" nella vendita di beni mobili usati*, nota a Trib. Casale Monferrato, 31 luglio 2000, in *NGCC*, 2001, I, pp. 111 ss.
- KLOTZ J. M., *International sales agreements: an annotated drafting and negotiation guide*, L'Aia, 2018, p. 250.
- KNIFFIN M. N., *Contract interpretation and the parol evidence rule: is the emperor wearing someone else's clothes?*, in *Rutgers Law Review*, 62, 2009, pp. 107 ss.
- KREPS D. M., *A Course in Microeconomic Theory*, Princeton, 2021, pp. 743 ss.
- LA ROSA E., in TOMMASINI R. –LA ROSA E., *Dell'azione di annullamento*, in SCHLESINGER P. (fondato da) –D. BUSNELLI F. (diretto da) *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2009, pp. 210 – 211.
- LANDINI S., *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. Impr.*, 2016, p. 197.
- LANDINI S., *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. Impr.*, fasc. 1, 2016.
- LASCIALFARI M., *Osservazioni sulla "trattativa individuale" avente ad oggetto clausole vessatorie di un contratto preliminare immobiliare*, nota a Cass. civile sez. VI, 14/01/2021, n.497 in *GiustiziaCivile.com*, 1 novembre 2021.
- LENER A., *Ecologia, persone, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1974, pp. 339 ss.
- LENER G., *La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 619.

- LENER G., *Note minime intorno alla clausola di inscindibilità*, in *Danno e resp.*, 2011, p. 1108.
- LENOCI V., *La divisione*, in CENDON P. (diretto da), *Giurisprudenza critica*, Milano, 2006, p. 102.
- LENZI R., *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela. L'adempimento dedotto in condizione*, Milano, 1996, I Ed., pp. 8 ss.
- LEW J. D. M. –MISTELIS L. A. –KRÖLL S. M., *Comparative International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2003, pp. 182-183.
- LIBERTINI M., *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cass. civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2022, fasc. 1, pp. 13 ss.
- LIPARI N., *Note in tema di compravendita di cosa futura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, I, pp. 852 ss.
- LIVELY R. K., *Microsoft Windows Vista: the beginning or the end of end-user license agreements as we know them?* in *St. Mary's Law Journal*, Vol. 39, fasc. 2, 2007, pp. 339-370.
- LUCCHESI F., sub *Art. 33, comma 2*, in VETTORI G. (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Bologna, 2007, p. 315.
- LUCCHI C., voce *Solve et repete* (patto o clausola del), in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Vol. XVIII, Torino, 1998, p. 586.
- LUCCHINI GUASTALLA E., *Riflessioni sulla severability clause*, in *NGCC*, 2015, 12, pp. 735 ss.
- LUMINOSO A., *Divisione e sistema dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, p. 18.
- LUMINOSO A., *La vendita*, in CICU A.–MESSINEO F. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2014, pp. 484 ss.
- LUMINOSO A., *Vitalizio alimentare e clausole risolutive per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, pp. 495 ss.
- LUPONE A., voce *Diritto internazionale privato (disposizioni generali)*, in *Enc. dir., Agg. V*, 2001, pp. 395-396.
- MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.
- MACARIO F., *CoViD-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, *N. giur. civ.*, 2020, III (suppl.), da p. 80.
- MACARIO F., voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. Dir., Annali*, Vol. II, T. 2, 2008, p. 1035.

MACARIO F., voce *Vendita I, Profili Generali*, in *Enc. Giur.*, Vol. XXXII, Roma, 1994, pp. 27-28.

MACDONALD E. –ATKINS R., *Law of contract*, VIII Ed., 2014, Oxford, p. 3.

MACIOCE F., voce *Rinuncia* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, Vol. XL, Milano, 1989, p. 939, 941.

MACNEIL I., *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law* 1978, 72 *Northwestern University Law Review*, pp. 340 ss.

MAFFEIS D., *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Milano, 2002, pp. 370 ss.

MAFFEIS D., *I requisiti di validità del contratto con se stesso*, commento a Cass. civ. 14982/2002, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, pp. 288 ss.

MAFFEIS D., *Homo oeconomicus, homo ludens: l'incontrastabile ascesa della variante aliena di un tipo marginale, la scommessa legalmente autorizzata (art. 1935 c.c.)*, in *Contr. Impr.*, 2014, pp. 835 ss.

MAIORCA S., *sub Art. 1441 c.c.*, in CENDON P. (diretto da), *Commentario del Codice civile*, Torino, 1991, p. 792.

MAJELLO U., *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, pp. 487 ss.

MAJELLO U., *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 340 ss.

MAJO S., *Antinomie ed interpretazione nel contratto concluso mediante moduli o formulari*, nota a Cass. civ. 19140/2005, in *Obbl. e contr.*, 2006, pp. 219 ss.

MANCUSO C., *Il rilievo della transazione nel processo: il punto della giurisprudenza*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2021, pp. 471 ss. e 477 ss.

MANIACI A., *La clausola di incontestabilità nei contratti di assicurazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, pp. 440 ss.

MANTOVANI M., *Dolo, truffa, annullabilità del contratto*, in *NGCC*, 1987, I, pp. 271 ss.

MANTOVANI M., *Le nullità e il contratto nullo*, in A. GENTILI (a cura di), *Rimedi-1*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, Vol. IV, II Ed., Milano, 2023.

MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio contrattuale*, Padova, 2006, p.177-178.

MARCHETTI C., *Premi per l'adempimento del contratto ed obblighi di rinegoziazione*, in *I Quaderni di Rassegna Forense*, 2009, p. 127 ss.

MARENGO R. in BRIGUGLIO A. - FAZZALARI E. - MARENGO R., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994.

MARINELLI F., *La responsabilità dell'appaltatore*, in CUFFARO V. (a cura di) *I contratti di appalto privato*, in RESCIGNO P. – GABRIELLI E. (diretto da), *Trattato dei contratti*, Vol. XVIII, Trento, 2011, pp. 328 – 329.

MARINI G., *Il contratto annullabile*, in GENTILI A. (a cura di), *Rimedi-1*, in ROPPO V. (diretto da), *Trattato del contratto*, Vol. IV, II Ed., Milano, 2023, pp. 418-419.

MARTINETTI C., *Le «garanzie» delle garanzie*, in IRRERA M. (diretto da), *Le acquisizioni societarie*, Bologna, 2011.

MARTINO M., *Risoluzione del contratto e retrocessione dell'azienda ceduta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, pp. 730 e 741-742..

MARTONE L., *Condizione risolutiva d'inadempimento*, in *NGCC*, 2008, fasc. 3, pp. 71 ss.

MASCARELLO C., *Il contratto di appalto*, in CENDON P. (a cura di) *Il diritto privato oggi*, Milano, 2002.

MATTEI U., *Common law. Il diritto anglo-americano*, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, 1992, Torino.

MAUGERI M., *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, in *NGCC*, 2020, pp. 415 ss.

MCKENDRICK E., *Contract law*, XI Ed., 2015, Croydon, p. 45.

MCKENDRICK E., *The regulation of Long-term Contracts in English Law*, in BEATSON J. – FRIEDMANN D. (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995, p. 309.

MEMMO D., *La patologia del contratto di transazione: il regime della nullità e dell'annullabilità*, in ANDREOLI M., *La transazione nella prassi interna e internazionale*, Padova, 2000, 21 ss.

MENCHINI S., *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, *Foro it.* 2015, I, pp. 931 ss.

MENDOLA A., *Circonvenzione di incapaci e violazione di norme imperative*, nota a Cass. civ. 7785/2016, in *Giur. it.*, 2017, pp. 43 ss.

MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, P. 365.

MESSINEO F., *Considerazioni sulle clausole contrattuali di stile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, pp. 27ss.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Vol. III, Milano, 1959, IX Ed., p. 642.

- MESSINEO F., voce *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 469.
- MESSINEO F., voce *Contratto* (dir. priv. – teoria generale), in *Enc. Dir.*, VI. IX, Milano, 1961, pp. 959 ss.
- MICHLER J. D. –WU S. Y., *Relational contracts in Agriculture: Theory and Evidence*, in *Annual Review of Resource Economics*, 2020, 12, pp. 111-127.
- MINERVINI E., *I contratti dei consumatori*, in GENTILI A. (a cura di), *Rimedi-1*, in ROPPO V. (diretto da), *Trattato del contratto*, Vol. IV, Milano, 2006, p. 494
- MIOTTO G., *Dalle Sezioni Unite alla Legge Gelli: la claims made dalla atipicità alla tipizzazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, pp. 1390 ss.
- MIRAGLIA C., *La divisione ereditaria*, Padova, 2006, p. 157.
- MIRAGLIA C., voce *Solve et repete*, in *Enc. dir.*, 1990. Vol. XLII, p. 1265.
- MIRAGLIA G., voce *Solve et repete*, in *Enc. dir.*, Vol. XLII, Milano, 1990, p. 1258.
- MOCCIA L., voce *Contract*, in *Enc. Giur.*, Vol. VIII, 1988.
- MONATERI P. G., *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 499 ss.
- MONATERI P. G., *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, pp. 411 ss.
- MONTANARI A., *Garanzia autonoma e autonomia privata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, pp. 353-354.
- MONTICELLI S., *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 2018, pp. 1029 ss.
- MONTICELLI S., *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, fasc. 14-4, pp. 103 ss.
- MONTICELLI S., *Il giudizio d'immeritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola*, in *Danno resp.*, 2017, p. 454.
- MORESCO M., *Fideiussioni omnibus su moduli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, pp. 85 ss
- MORINI A., *Prestazioni accessorie ad azioni o quote di società: appunti sulla propagazione di un modello legislativo*, in *Riv. dir. soc.*, 2015, fasc. 4, pp. 700 ss.
- MOSCARINI L. V., voce *Rinunzia*, in *Enc. Giur.*, Vol. XXVII, Roma, 1991, p. 5.

MOSCHELLA R., *La rilevanza civile della circonvenzione di incapaci*, in *Foro It.*, 1980, I, pp. 2862 ss.

MOTTA A., *Sono valide le clausole di incontestabilità contenute nelle polizze dei contratti di assicurazione?*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, II, pp. 4 ss.

MOVSESIAN M. L., *Severability in Statutes and Contracts*, in *Georgia Law Review*, Vol. 30, fasc. 1, 1995.

MUNARI A., voce *Leasing* in *Enc. Dir.*, agg. VI, 2002, p. 663.

MUSY A. M., *Responsabilità precontrattuale (culpa in contraendo)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Vol. XVII, Torino, 1998, pp. 404-405.

NATOLI U., voce *Rappresentanza*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXVIII, p. 467

NATUCCI A., *L'annullabilità parziale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 575.

NAVARRETTA E., *Covid – 19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, *NGCC 2020*, fasc. 3, suppl., pp. 87 – 93.

NAVARRETTA E., *Il Garantievertrag contratto alieno di impresa*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2012, 2, pp. 221 ss.

NICOLÒ R., *Il controllo sulle condizioni di validità di una dichiarazione negoziale da parte del suo destinatario*, nota a Trib. Roma, 14 aprile 1947, in *Foro It.*, 1948, p. 562.

NICOLÒ R., voce *Alea*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, pp. 1028 ss.

OETIKER C. –WALZ C., *Non-Compliance with Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in Switzerland*, in *ASA Bulletin*, 2017, Vol. 35, fasc. 4, pp. 872 ss.

PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, II Ed., Bologna, 2016, pp. 221-237 e 395 ss.

PADOVINI F., *Art. 1469-quinquies, comma 2*, in ALPA G. –PATTI S. (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in SCHLESINGER P. (fondato da) – BUSNELLI F. D. (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2003, p. 1061.

PADOVINI F., *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, in G. VETTORI (a cura di), *Remedies in contract. The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008.

PAGLIANTINI S., «Parigi val bene una messa»? *Le Sezioni unite sul rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito*, in *Il giusto proc. civ.*, 2015, pp. 137 ss.

PAGLIANTINI S., *La responsabilità disciplinare del notaio tra nullità parziale, relatività della legittimazione e nullità inequivoca*, in *Contr.*, 2011, p. 932.

PAGLIANTINI S., *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: «quid iuris»?*, *Foro it.* 2015, I, pp. 928 ss.

PAGLIANTINI S., *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *NGCC*, 2015, II, pp. 185 ss.

PAGNI I., *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, pp. 276-277, spec. nota 153.

PAGNI I., *Nullità del contratto. Il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.* 2015, pp. 72 ss.

PALADINI M., *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, in BUSNELLI F. D. –PATTI S. –SCALISI V. –ZATTI P. (diretto da), *Studi di diritto privato*, Torino, 2013, p. 262.

PALMIERI A. - PARDOLESI R., *Claims made, “code lunghe” e ostracismi giudiziali*, in *Danno e resp.*, 2017, pp. 445 ss.

PALMIERI A. –PARDOLESI R., *Nullità negoziale e rilevanza officiosa a tutto campo (o quasi)*, in *Foro it.* 2015, I, pp. 916 ss.

PARDOLESI P., voce *Errore e raggio nei contratti in diritto comparato*, in *Dig.disc. priv.*, sez. civ., agg. VII, p. 496.

PATTI G., in PATTI G. – PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in SCHLESINGER P. (fondato da) –BUSNELLI F. D. (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 1993, p. 162.

PATTI S., *Il controllo delle condizioni generali di contratto: alcune recenti tesi dottrinali e la direttiva comunitaria*, in *Scritti in Onore di Sacco*, Vol. II, Torino, 1994, pp. 839 ss.

PATTI S., voce *Vervirkung*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. siv., Vol. XIX, Torino, 1999.

PEEL E. –TREITEL G., *The law of contract*, XII Ed., Londra, 2007, p. 223..

PEEL E., *The common law tradition: application of boilerplate clauses under English law*, in CORDERO G. – MOSS (a cura di), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge, 2011, pp. 129 ss.

PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

PERLINGIERI G., *Sul criterio di ragionevolezza*, in AA. VV., *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, pp. 29 ss. e in *Annali SISDiC*, 2017, 1, pp. 25 ss.

PERLINGIERI P., *Della cessione del credito*, in SCIALOJA A. –BRANCA G., *Commentario del codice civile, Artt. 1260 – 1267*, Bologna – Roma, 1982, pp. 215 ss.

PERLINGIERI P., *Della novazione*, in SCIALOJA A. – BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna – Roma, 1975.

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III Ed., Napoli, 2006, pp. 346 ss.

PERLINGIERI P., *La compravendita di cosa futura*, in *I negozi su beni futuri*, T. 1, Napoli, 1962, p. 183.

PERLINGIERI P., voce *Cessione dei crediti*, in *Enc. Giur.*, Vol. VI, Roma, 1988, p. 15.

PETRONE L. M., *Recenti orientamenti in tema di presupposizione e sopravvenienze*, in *Obbl. e Contr.*, 2005, fasc. 2, pp. 163 ss.

PIAZZA G., *La convalida nel diritto privato. La convalida tacita*, Napoli, 1980, pp. 6 ss.

PIAZZA G., *La convalida nel diritto privato. La convalida espressa*, Milano, 1973, pp. 105 ss.

PIETRANGELI F., *Clausole di individuazione della legge applicabile*, in CONFORTINI M. (a cura di), *Clausole negoziali*, Vol. I, Milano, 2017, pp. 1108 ss.

PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, pp. 412-413.

PINO A., *Contratto aleatorio, contratto commutativo e alea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1250.

PIRAINO F., *Contro l'uso della nullità parziale in chiave di conformazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1571.

PIRAINO F., *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura claims made*, in *Eur. Dir. priv.*, 2019, pp. 1045 ss.

PIRAINO F., *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, in *Eur. Dir. priv.*, 2013, p. 1148.

PIRAINO F., *La protratta inerzia nell'esigere il credito tra remissione tacita, Verwirkung e divieto di abuso del diritto*, in *Eur. Dir. priv.*, 2022, pp. 204 ss.

PISANI MASSAMORILE A. –DI GIROLAMO F. (a cura di), *I conferimenti nelle società per azioni. Acquisti "pericolosi". Prestazioni accessorie. Artt. 2342 – 2345*, in SCHLESINGER P. (fondato da) – BUSNELLI F. D. (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, II Ed., Milano, 2015, p. 560.

PISU A., *Pandemia, locazioni commerciali e giustizia contrattuale: l'incerta avanzata dell'obbligo legale di rinegoziare*, nota a Trib. Roma, Sez. VI, 27 agosto 2020, in *Resp. civ. prev.*, 2021, pp. 1295 ss.

- POLETTI D., voce *Solve et repete* (clausola del), in *Enc. giur.*, Vol. XXIX, Roma, 1999, p. 3.
- POLI S., *Appunti in tema di nullità parziale e di clausole di non concorrenza*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, pp. 37 ss.
- POLIDORI S., *Appalto*, in PERLINGIERI P. (diretto da), *Trattato di diritto civile del CNN*, Napoli, 2015, pp. 293 ss.
- PONGELLI G., *La transazione novativa*, in GALGANO F. (diretta da), *Le monografie di Contratto e impresa*, Milano, 2020, pp. 84 ss. spec. 99.
- POOLE J., *Textbook on Contract law*, XII Ed., Oxford, 2014, p. 199.
- PORCHI P., *Errore, inadempimento, vizi di diritto e contratto preliminare di vendita*, nota a Cass. civ. 21681/2014, in *Contratti*, 2015, p. 348.
- PORTALE G. B., *Azioni con prestazioni accessorie e clausole di riscatto*, in *Riv. dir. soc.*, 1982, pp. 763 ss.
- PROSPERETTI M., *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Milano, 1973, pp. 15 ss.
- PROTO PISANI A., *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, *Foro it.* 2015, I, pp. 944 ss.
- PUGLIATTI S., voce *Autonomia privata*, in *Enc. Dir.*, Vol. IV, Varese, 1959, pp. 366 ss.
- PUNZI C., voce *Arbitrato*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995.
- PUTTI P. M., voce *Negoziio fiduciario*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, agg. II, 2003.
- QUADRI E., *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, pp. 119 ss.
- RABITTI G. L., *Project finance e collegamento contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1996, 1, p. 225.
- RABITTI M., sub *Art. 1419 c.c.*, cit., p. 590.
- RABITTI M., sub *Art. 1419 c.c.*, in NAVARRETTA E. - ORESTANO A. (a cura di), *Dei contratti in generale. Art. 1387 - 1424*, in GARIELLI E. (diretto da), *Commentario del codice civile*, Milano, 2012, p. 597.
- RAGANELLI E., *Circonvenzione di incapace e nullità o annullabilità del contratto*, in *Giust. civ.*, 1980, I, pp. 947 ss.
- RANIERI F., *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova, 1971.
- RANIERI F., voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Vol. VII, Torino, 1991, § 4.

- RAVAZZONI A., *La formazione del contratto. Le regole di comportamento*, Milano, 1974, p. 45.
- RESCIGNO P., *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, 1, p. 23.
- RICCI F., voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. Dir., Annali*, Vol. V, 2012, p. 376.
- RICCIO A., *Dell'eccessiva onerosità*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 2010, pp. 519 ss.
- RIVA I., *A proposito della condizione risolutiva unilaterale di adempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, fasc.1, pp. 203 ss.
- RIVA I., *Sulla sorte del contratto concluso per effetto di circonvenzione d'incapace*, nota a Cass. civ. 7785/2016, in *Giur. it.*, 2017, pp. 50 ss.
- ROMEO C., *Consegna di cosa usata e responsabilità del venditore*, commento a Cass. civ. 10728/2001 in *I contratti* 2002, 2 pp. 177 ss.
- ROMEO C., *La novazione*, in MAFFEIS D. – FONDRIESCHI A. – ROMEO C., *I modi di estinzione delle obbligazioni*, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto civile. Le obbligazioni*, Vol. IV, p. 71, Torino, 2012.
- ROPPO V., *I poteri del giudice ex art. 1421 c.c. e la nullità parziale del contratto*, in *Foro pad.*, 1971, I, pp. 1099 ss.
- ROPPO V., *Il contratto*, in IUDICA G. – ZATTI P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, p. 943.
- ROPPO V., *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 717
- ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul 'terzo contratto')*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 683.
- ROSBOCH A., voce *Outsourcing* (diritto privato), in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, agg. 2003, T. 2, pp. 992 ss.
- ROSSELLO C., *L'errore nel contratto*, in SCHLESINGER P. fondato da) – BUSNELLI F. D. (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, II Ed., Milano, 2019, pp. 189 ss.
- ROSSETTI M., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 2012, pp. 85 ss.
- ROVERSI R., *I contratti di «outsourcing» della manutenzione*, in *I Contratti*, 1997, pp. 522 ss., spec. p. 529.
- RUBINO D. – IUDICA G., *Dell'appalto. Art. 1655 – 1677*, GALGANO F. (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 2007, p. 432.

RUBINO D., *La compravendita*, in CICU A. –MESSINEO F. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. XXIII, II Ed., Milano, 1971, p. 990.

RUSSO E., *Della vendita. Disposizioni generali. Delle obbligazioni del venditore*, Milano, 2013, pp. 56 ss.

RUSSO T. V., *Il project financing*, in PERLINGIERI P. (diretto da), *Trattato di diritto civile del CNN*, Napoli, 2007, pp. 249 e ss.

RUSSO T. V., *La gestione delle sopravvenienze nelle operazioni di project financing tra adeguamento e rinegoziazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2021, pp. 679 ss.

SACCO R. – DE NOVA G., *Il contratto*, T. 1 e T. 2, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di Diritto Civile*, III ed., Torino, 2004.

SACCO R. – ROSSI P., *Introduzione al diritto comparato*, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, VII Ed., Vicenza, 2019, pp. 55 ss.

SACCO R., *Antropologia giuridica. Contributo a una macrostoria del diritto*, Bologna, 2009, p. 42.

SACCO R., *L'errore sulla paternità del quadro*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, II, pp. 142 ss.

SACCO R., voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Torino, 1987, p. 517.

SACCO R., voce *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Vol. II, Torino, 1989, pp. 367 ss.

SACCO R., voce *Clausola di stile*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ., Agg.* 2010, p. 258.

SACCO R., voce *Dolo omissivo e obbligo di informazione*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ., Agg.* VI, Torino, 2011, pp. 356 ss.

SACCO R., voce *Nullità e annullabilità*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Vol. XII, Torino, 1995, p. 300.

SACCO R., voce *Responsabilità per conclusione di contratto invalido*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Agg. VII, 2012, pp. 866-867.

SACCO R., voce *Scindibilità della dichiarazione contrattuale*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ., agg.* VII, 2012, p. 915.

SALANITRO U., *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2003.

SALANITRO U., *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2003.

SALATINO G., *Compravendita di partecipazioni sociali. Garanzia legale e business warranty*, nota a Cass. civ. 17977/2021, in *Notariato*, 2021, pp. 1222 ss.,.

SALATINO G., *Il “patto di garanzia” nei contratti di compravendita di partecipazioni sociali: prassi ed evoluzione*, in *Giur. comm.*, 2021, I, pp. 996 ss.,

SALATINO G., *La “clausola indennitaria” nel contratto di acquisizione (Sale Purchase Agreement)*, in *Riv. Not.*, 2017, pp. 295 ss.

SALVATORE ROMANO, *Autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 1956, fasc. 6, p. 843.

SANGERMANO F., *La mancata venuta ad esistenza della cosa nella vendita di cosa futura*, nota a Cass. civ. 14461/2011, in *Contr.*, 2012, p. 273.

SANGIOVANNI V., *Compravendita di partecipazione sociale e garanzie del venditore*, in *Not.*, 2012, fasc. 2, p. 208.

SANTI ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, II Ed., p. 14.

SANTI ROMANO, voce *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.

SASSANI B., voce *Cessazione della materia del contendere*, I, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.

SBISÀ G., *La prima norma in tema di rinegoziazione nel contesto del dibattito sulle sopravvenienze*, in *Contr. Impr.*, 2022, fasc. 1, pp. 15 – 26.

SCALFI G., voce *Alea*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., Vol. I, Torino, 1987, pp. 256 ss.

SCALFI G., voce *Risoluzione del contratto*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, Vol. XXXI, p. 6. G. VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, Milano, 1999, p. 171.

SCALISI V., *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, 6.

SCHMIDT J., *preliminary agreements in international contract negotiation*, in *Houston Journal of International Law*, 1983, fasc. 6, pp. 37-62.

SCHWENZER I., *Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship*, in *Revue de droit uniforme*, Vol. 24, fasc. 1, 2019, pp. 149 – 174.

SCIANCELEPORE G., *Della transazione. Artt. 1965 – 1976*, in SCHLESINGER P. (fondato da) –BUSNELLI D. (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2018, pp. 250 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2008 (rist.), pp. 249 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Dei contratti in generale: disposizioni preliminari, dei requisiti del contratto. Art. 1321-1352*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA, *Commentario del codice civile*, Bologna – Roma, 1970, pp. 220 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *L'integrazione*, in GABRIELLI E. (a cura di) *I contratti in generale*, T. 2, in RESCIGNO P. –GABRIELLI E. (diretto da), *Trattato dei contratti*, Vol. II, Torino, 2006, pp. 1163 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, II Ed., Napoli, 2008, pp. 83 ss.

SCOTT E. S. –SCOTT R. E., *Marriage as relational contract*, in *Virginia Law Review*, 84, 1998, pp. 1225 ss.

SICCHIERO G., *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.?*, in *Giur. it.*, 2020, da p. 2435.

SICCHIERO G., *La clausola contrattuale*, Padova, 2003, p. 263.

SICCHIERO G., *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contr. Impr.*, 2004, pp. 545 ss.

SICCHIERO G., *La rinegoziazione*, in *Contr. Impr.*, 2002, fasc. 2, pp. 774 – 815.

SICCHIERO G., *La rinegoziazione*, in *Contr. Impr.*, fasc. 1, 2002, p. 813.

SICCHIERO G., *La risoluzione per inadempimento*, in P. SCHLESINGER (fondato da) –BUSNELLI F. D. (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2007, pp. 544 ss.

SICCHIERO G., *La risoluzione per inadempimento*, in SICCHIERO G. –D'AURIA M. – GALBUSERA F., *Risoluzione dei contratti*, in PERLINGIERI P. (diretto da), *Trattato di Diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato, Sez. IV*, T. Vol. 11, Napoli, 2013, p. 32.

SICCHIERO G., voce *Clausola contrattuale*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., agg. II, 2003, p. 248, nota 258.

SICCHIERO G., voce *Rinuncia*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., Agg. IX, 2014, p. 612.

SINISCALCHI A. M., *Clausola «visto e piaciuto» nella vendita*, in CONFORTINI M. (a cura di), *Clausole negoziali*, Vol. 1, Torino, 2017, p. 892.

SIRENA P., *Il contratto alieno del diritto comune europeo della vendita (CESL)*, in *NGCC*, 2013, II, pp. 608 ss.

SIRENA P., *La scelta dei Principles of European Contract Law (PECL) come legge applicabile al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, fasc. 3, pp. 608-621.

SIRENA P., *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid – 19*, *NGCC* 2020, fasc. 3, suppl., pp. 73 – 79.

SIRGIOVANNI B., *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, Milano, 2019.

SMITH H. E., *Modularity in Contracts. Boilerplate and Information Flow*, in 104 *Michigan law rev.*, 2006, pp. 1194 ss.

SPATUZZI A., *Norma imperativa e sua violazione. Interferenze ed effetti civili dell'infrazione della norma penale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1014.

SPERANZIN M., *Compravendita «non convenzionalmente garantita» di partecipazioni sociali di "controllo"*, in *Giur. comm.*, 2019, I, pp. 468 ss.

SPERANZIN M., *Le clausole relative all'oggetto «indiretto» (il patrimonio sociale). garanzie sintetiche e garanzie analitiche*, in IRRERA M. (diretto da), *Le acquisizioni societarie*, Bologna, 2011, pp. 198 ss.

SPERANZIN M., *Una criticabile sentenza della Cass. in materia di garanzie legali e convenzionali nel caso di trasferimento di partecipazioni sociali*, in *Corr. Giur.*, 2020, pp. 512 ss.

SPERANZIN M., *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, 2006, pp. 8 ss. e 71 ss.

SPERANZIN M., *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 288 ss.

STELLA RICHTER G., *Il principio di conservazione nel negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, pp. 411 ss., spec. 413.

STELLA G., *La rappresentanza*, in C. GRANELLI (a cura di) *Formazione*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, Vol. I, II Ed., Milano, 2023

STOLFI G., *Colpa «in contrabendo» e prescrizione*, nota a Trib. Modena, 25 maggio 1972, in *Giur. it.*, 1974, I, 2, pp. 432 ss.

STOLFI G., *Sulla responsabilità del terzo contraente che abbia colluso col rappresentante*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 66 ss.

STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961 (rist.), p. 29.

TAMPONI M., *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, fasc. 1, p. 114.

TAMPONI M., *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, fasc. 2, p. 506.

TERRANOVA C., *La garanzia per vizi e difetti di qualità della cosa venduta*, in VALENTINO D. (a cura di), *I contratti di vendita*, T. 2, in RESCIGNO P. –GABRIELLI E. (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2007, p. 1124 ss.

TINA A., *Compravendita di partecipazioni societarie nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Giur. comm.*, 2020, I, pp. 735 ss.

TINA A., *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007, pp. 79 ss., 169 ss., 482 – 483.

TINA A., *La natura giuridica delle clausole di garanzia nel trasferimento di partecipazioni societarie*, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 1023 ss.

TINA A., *Trasferimento di partecipazioni societarie e annullamento del contratto*, in *Giur. comm.*, 2008, II, pp. 110 ss., spec. 124 ss.

TINA A., *Trasferimento di partecipazioni societarie: risoluzione del contratto per mancanza di qualità, aliud pro alio e annullamento del contratto per dolo*, nota a Trib. Cagliari, 18 marzo 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, pp. 565 ss.

TOMMASINI R., sub *Art. 1441: legittimazione*, in TOMMASINI R. –LA ROSA E., *Dell'azione di annullamento. Artt. 1441-1446*, in SCHLESINGER P. (fondato da) –BUSNELLI F. D. (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2009, pp. 42 ss. e 105 ss.

TOMMASINI R., *Art. 1441: legittimazione*, in TOMMASINI R. –LA ROSA E., *Dell'azione di annullamento*, in SCHLESINGER P. (fondato da) - BUSNELLI F. D. (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2009, p. 67.

TOMMASINI R., voce *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. giur.*, Vol. II, Roma, 1988, p. 3.

TOMMASINI R., voce *Invalidità*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXII, 1972, p. 577, 586.

TOMMASINI R., voce *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 1978, XXVIII, p. 903.

TOMMASINI R., voce *Sanatoria (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, Vol. XXXVI, p. 237.

TONETTI S., *Intesa anticoncorrenziale e giudizio di meritevolezza*, nota a Cass. civ. 3080/2013, in *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 1301 ss.

TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, XXIV Ed., Milano, 2019, p. 631.

TRABUCCHI A., voce *Buon costume*, in *Enc. dir.*, Vol. V, Milano, 1959, p. 705.

TRIMARCHI P., *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, pp. 191 ss.

TRIMARCHI P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, pp. 73-74.

TRIMARCHI P., *Istituzioni di Diritto Privato*, XXIII ed., Milano, 2020.

TRIOLA R., *Le clausole di stile*, in *Vita not.*, 2003, pp. 648 ss.

TROIANO S., *La vendita di cosa futura*, in D. VALENTINO (a cura di), *I contratti di vendita*, in RESCIGNO P. –GABRIELLI E. (diretto da), *Trattato dei contratti*, Vol. VII, T. 1, Milanofiori Assago, 2007, pp. 473 ss.

TUCCARI E., *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Milano, 2018, I Ed..

TUCCI A., *Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole*, in *Contr. e impr.* 3, 2017, pp. 936 ss.

TUCCILLO R., *Clausole volte a escludere l'estensione della nullità parziale*, in CONFORTINI M. (a cura di) *Clausole negoziali*, Vol. 1, 2017, pp. 1281 ss.

TURCI M., *Basta la meritevolezza? I trust nella vita reale*, in *Trusts*, 2019, 1, pp. 22 ss.

VALENTI F., *Il dolo omissivo incidente nel prisma della responsabilità precontrattuale*, in *Contr.*, 2012, spec. pp. 895-896.

VALENTINO D., *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, fasc. 3, pp. 509 – 545, spec. pp. 518 ss. e 539 ss.

VALESCCHI E., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in CICU A. – MESSINEO F. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. XXXVII, T. 2, II Ed., 1986, pp. 430 Ss.

VARONE S., *La rinegoziazione del contratto successiva all'aggiudicazione: fra capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni, patologie negoziali e questioni di riparto di giurisdizione*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1, pp. 14 ss.

VASQUES L., *Cessione di quote di s.r.l. e consistenza patrimoniale della società*, nota a Cass. civ. 5773/1996, in *Foro it.*, 1996, I, 3382.

VASQUEZ L., nota a Cass. civ. 2843/1996, in *Foro it.*, 1996, I, 3382.

VERNIZZI M., *Brevi note in materia di diritto al risarcimento per l'acquirente di partecipazioni societarie*, nota a Cass. civ. 23207/2012, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1, pp. 202 ss.

VETTESE M. C., *Multinational companies and national contracts*, Cambridge, 2011, p. 20.

VIALE M., nota a Cass. civ. SSUU 7341/1987, in *Foro it.*, 1988, I, c. 106.

VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, spec. pp. 142 ss.

VILLA G., *Danno e risarcimento contrattuale*, in ROPPO V. (a cura di), *Rimedi-2*, in *Trattato del contratto*, Vol. V, Milano, 2023, pp. 1234 ss.

VILLA G., *Errore riconosciuto, annullamento del contratto ed incentivi alla ricerca di informazioni*, in *Quadr.*, 1988, pp. 286 ss., specie 297 ss.

VISINTINI G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.

VISINTINI G., *Della rappresentanza*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1993, pp. 290 ss.

VITALI A., *Restituzione d'azienda e rapporti pendenti*, in *Contr.*, 2018, pp. 493 ss.

VITUCCI P., *La prescrizione*, in VITUCCI P. –ROSSELLI F., *La prescrizione*, T. 1, in SCHLESINGER P. (fondato da) –BUSNELLI F. D. (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, II Ed., Milano, 2012, pp. 100 ss.

VITUCCI P., *Ogni ritardo sarà considerato di scarsa importanza*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, pp. 577 ss.

VITUCCI P., *Tant dure l'action tant dure l'exception*, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, pp. 245 ss.

VOLPE F., voce *Contratto giusto*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., agg. III, 2007, p. 393.

WIGHTMAN J., *Intimate relationships, relational contract theory, and the reach of contract*, in *Feminist Legal Studies*, 93, 2000, pp. 93 ss.,

WILLIAMSON O. E., *The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach*, in *American Journal of Sociology*, 1981, vol. 87, fasc. 3, pp. 548 – 577, spec. pp. 553 – 554.

WILLIAMSON O. E., *Transaction-Cost Economics: the Governance of Contractual Relations*, in *Journal of Law & Economics*, 1979, Vol. 22, fasc. 2, pp. 233-262, spec. 235 ss.

XING TAN Z., *Disrupting doctrine? Revisiting the doctrinal impact of relational contract theory*, *Legal Studies*, 2019, 39, pp. 98-119.

ZACCHEO M., voce “*Soppravvenienza*”, in N. IRTI (promosso da), S. MARTUCELLI – PESCATORE V. (a cura di), *Dizionari del diritto privato*, Milano, 2011, I Ed., p. 1638.

ZERELLA E., *La nullità parziale*, in *Giust. civ.*, 1985, II, p. 389.

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione d'arbitrato*, in GRAZIOSI A. - SALVANESCHI L., *L'arbitrato*, Milano, 2020, pp. 111 ss., spec. 135 ss.