

DIRITTO CIVILE

diretto da NICOLÒ LIPARI e PIETRO RESCIGNO

coordinato da ANDREA ZOPPINI

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco ASTONE Francesco MACARIO

Emanuele BILOTTI Fausto CAGGIA Giacomo ROJAS ELGUETA
Maria Alessandra LIVI Stefano CHERTI Noah VARDI

Giulio ANGELONI Margherita COLANGELO Chiara MICARELLI
Francesco MEZZANOTTE Luigi NONNE M. Cecilia PAGLIETTI

PIANO DELL'OPERA

- **VOLUME I.** Fonti, soggetti, famiglia
Tomo I. Le fonti e i soggetti
Tomo II. La famiglia
- **VOLUME II.** Successioni, donazioni, beni
Tomo I. Le successioni e le donazioni
Tomo II. La proprietà e il possesso
- **VOLUME III.** Obbligazioni
Tomo I. Il rapporto obbligatorio
Tomo II. Il contratto in generale
Tomo III. I contratti
- **VOLUME IV.** Attuazione e tutela dei diritti
Tomo I. La concorrenza e la tutela dell'innovazione
Tomo II. L'attuazione dei diritti
Tomo III. La responsabilità e il danno

DIRITTO CIVILE

diretto da NICOLÒ LIPARI e PIETRO RESCIGNO

coordinato da ANDREA ZOPPINI

VOLUME III

OBBLIGAZIONI

II

IL CONTRATTO IN GENERALE

Andrea Maria AZZARO, Angelo BARBA,
Andrea BARENGHI, Giuseppe CHINÉ,
Gianpiero Paolo CIRILLO, Renato CLARIZIA,
Fabrizio DI MARZIO, Massimo FRANZONI,
Aurelio GENTILI, Emanuela GIACOBBE,
Giovanni GIACOBBE, Maria Alessandra LIVI,
Michele LOBUONO, Francesco MACARIO,
Enrico MOSCATI, Cristoforo OSTI, Ubaldo PERFETTI,
Pietro Maria PUTTI, Pietro RESCIGNO,
Claudio SCOGNAMIGLIO, Andrea ZOPPINI



GIUFFRÈ EDITORE

33. Il nesso causale fra violenza e consenso.

Affinché la violenza possa determinare l'annullamento del contratto si ritiene necessaria la sussistenza di un nesso di causalità fra la minaccia e la conclusione del contratto. In tale prospettiva occorre che la minaccia sia stata specificamente diretta al fine di estorcere il consenso per il contratto di cui venga richiesto l'annullamento (Cass., 23 gennaio 2003, n. 999; Cass., 4 maggio 1979, n. 2567).

Violenza
incidente

Più delicata appare la questione relativa alla possibilità di configurare, al pari di quanto accade in tema di dolo, una fattispecie di violenza "incidente". Si tratta, in sostanza, delle ipotesi in cui la minaccia non abbia influito sulla scelta di stipulare il contratto, ma abbia indotto la vittima a concludere un contratto diverso rispetto a quello voluto originariamente. A tale proposito si è prospettata l'applicazione analogica dell'art. 1440 c.c. alla violenza incidentale e quindi l'ammissibilità del risarcimento del danno piuttosto che l'annullamento del contratto (FEDELE, 152). Più opportunamente, invece, si afferma che il silenzio del legislatore e la maggiore gravità della violenza rispetto al dolo non consentono di accogliere tale soluzione, sicché l'ipotesi della violenza incidentale deve ritenersi comunque idonea a determinare l'annullamento del contratto (MIRABELLI, 553; CAVALLO BORGIA, 348).

Soluzioni
interpretative

34. Gli effetti della violenza.

Tutela
risarcitoria

La violenza, come si è detto, determina l'annullamento del contratto. Al tempo stesso questo vizio del consenso costituisce un illecito che consente alla vittima di agire per richiedere il risarcimento del danno. L'azione diretta a far valere l'invalidità del contratto può essere accompagnata, dunque, da quella volta ad ottenere tutela sul piano risarcitorio; d'altro canto, la vittima può limitarsi in astratto a chiedere solo il risarcimento. In ogni caso appare opportuno tenere distinto il profilo relativo al risarcimento del danno da quello meramente restitutorio. La restituzione della prestazione eseguita consegue all'annullamento; il risarcimento rappresenta la conseguenza dell'illecito civile e tende a porre rimedio al danno eventualmente subito dalla vittima.

Restitutio in
integrum

Capitolo XXXII

LA RESCISSIONE

1. Premessa generale; l'attualità di uno studio della rescissione ed i rapporti col tema della giustizia del contratto. 1.1. (*Segue*): ...fondamento e natura dell'istituto. — 2. La rescissione del contratto concluso in istato di pericolo: art. 1447 c.c. — 3. L'azione generale di rescissione per lesione (art. 1448 c.c.); 3.1. (*Segue*): e l'estremo della lesione *ultra dimidium*; 3.2. (*Segue*): rescissione e contratti aleatori; 3.3. (*Segue*): rescissione e transazione; 3.4. (*Segue*): rescissione e contratti usurari. La nuova formulazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815, co. 2, c.c. a seguito della l. 108/1996 e le varie ipotesi di usura; 3.4.1. (*Segue*): in particolare: l'usura di cui all'art. 644, co. 3, seconda parte, c.p. ed il problema della sopravvivenza dell'azione generale di rescissione per lesione; 3.5. (*Segue*): e la speciale disciplina della rescissione della divisione. — 4. La prescrizione dell'azione. — 5. La riduzione ad equità. — 6. Effetti rispetto ai terzi.

Bibliografia: ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955; ALPA, *Manuale di diritto privato*, Padova, 2005; G. AULETTA, *Istituzioni di diritto privato*, Napoli, 1946; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1946; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1960; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000; CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale. Contributo a una revisione della dottrina dell'eccessiva onerosità*, Milano, 1979; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Napoli (s.d. ma) 1947/1949; CARNELUTTI, *Transazione e eccessiva onerosità*, in *Riv. dir. proc.*, 1955; CARPINO, *La rescissione del contratto* (artt. 1447-1452), in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2000; CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000; CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto (studio preliminare)*, Perugia, 1979; D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, IV, Torino, 2004; DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1983; DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992; DI AMATO, *Contratto e reato, profili civilistici*, in *Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Not.*, sez. IV, *Autonomia negoziale*, Napoli, 2003; DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987; DI MAJO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e reductio ad aequitatem*, in *Corr. giur.*, 1992, 665; FERRONI, *La nuova disciplina civilistica del contratto di mutuo ad interessi usurari*, Napoli, 1997; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, II, t. 2, *I delitti contro il patrimonio*, Bologna, 1996; GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*,

Milano, 2002; GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963; GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004; GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001; GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999; LANZILLO, in LANZILLO-RICCIO, *Rescissione del contratto* (artt. 1447-1452), in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2005; LUCARELLI, *Solidarietà ed autonomia privata*, Napoli, 1970; MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995; MARINI, *Rescissione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 970; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952; MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *Contr. imp.*, 1999, 410 ss.; MINERVINI, *La rescissione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997; MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962; OPPO, *Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 544; PANUCCIO-DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, Milano, 1990; PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale ed interpretazione autentica*, in *Squilibrio ed usura nei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 2002; PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005; PICA, *Usura (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, 1140; PISU, *La sorte dei negozi usurari a seguito della riforma del reato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003; PROSDOCIMI, *La nuova disciplina del fenomeno usurario*, in *Studium iuris*, 1996; PROSPERETTI, *Mercato e rescissione*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 686; PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002; PUTTI, *Brevi note in tema di prova dello stato di bisogno nella rescissione per lesione*, in *Foro pad.*, 1995, I; QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973; QUADRI, *Usura e legislazione civile*, in *Corr. giur.*, 1999, 894 ss.; REALMONTE, *Stato di bisogno e condizioni ambientali: nuove disposizioni in tema di usura e tutela civilistica della vittima del reato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I; RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, 1950; RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1994; RICCIO, in LANZILLO-RICCIO, *Rescissione del contratto* (artt. 1447-1452), in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2005; RIZZO, *Sulla nozione di stato di bisogno nella rescissione*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 166; ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001; RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, in *Quaderni rass. dir. civ.*, Napoli, 2001; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966; SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, 2^a ed., Napoli, 1986; SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza negli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978; SESTA, *La rescissione del contratto*, in *N. giur. civ.*, 1991, II; TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti* (artt. 1467-1469), in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1995.

1. Premessa generale; l'attualità di uno studio della rescissione ed i rapporti col tema della giustizia del contratto.

La relativa modestia della disciplina della rescissione (cui il codice civile dedica sei articoli: dal 1447 al 1452), tale se confron-

tata con quella più consistente riservata, ad esempio, alla risoluzione, non deve far pensare ad una marginalità dell'istituto, nonché ad assenza di difficoltà disciplinari e di individuazione del suo fondamento.

Tra l'altro, essa è al centro di un rinnovato interesse trovandosi sulla direttrice di indagine di qualsiasi studio che affronti il problema della cd. giustizia del contratto; aspetto oggi del massimo interesse per teorici e pratici e che corrisponde al quesito se ed in quali termini è possibile un intervento dall'esterno sull'assetto economico delle prestazioni per rimediare a contrattazioni ingiuste.

La moderna sensibilità è sempre più lontana dall'idea che l'ordinamento non deve occuparsi del contenuto economico dei contratti, fedele al ruolo di spettatore laico del dispiegarsi incontrollato delle forze economiche in campo; al contrario, anche a causa di spinte provenienti da nuove normative di matrice, direttamente o indirettamente, comunitaria improntate all'esigenza di tutela del contraente debole (consumatore, subfornitore, ecc.), ma non solo comunitaria (come è il caso della nuova legge sull'usura, n. 108 del 1996), si va diffondendo l'idea che l'attenzione deve essere portata anche sul contenuto economico dell'assetto di interessi e che la sperequazione nei contratti non può passare inosservata.

In questa prospettiva, la discussione si incentra, in particolare, sulla tecnica di reazione contro lo squilibrio economico e sul se al contraente che lo subisca possa essere riconosciuta la facoltà di ripudiare il contratto, eventualmente in che modo, ovvero di ricondurlo ad equità; ed, ancor prima, se ad innescare il meccanismo di intervento sia sufficiente un'iniquità purchessia, ovvero se è necessario che la sproporzione raggiunga livelli di eccessività; infine, la discussione concerne la possibilità di estrapolare dalle sempre più numerose normative speciali che assegnano tutela al valore dell'equità, un principio di carattere generale applicabile a tutte le contrattazioni, quale che sia il contraente.

Soprattutto se ci si muove in quest'ultima direzione, è gioco-forza intersecare il tema della rescissione che rappresenta pur sempre una forma di reazione dell'ordinamento contro l'iniquità della contrattazione, seppur non in forma generalizzata.

Orbene, pur senza giungere all'estremo di chi ha ritenuto che essa fonda uno statuto dell'approfittamento (LUCARELLI, 56), è innegabile che la pluralità di note che la caratterizzano, subordinan-

Rescissione
e giustizia
del contratto

Strumento
eccezionale

do alla loro concomitante ricorrenza la possibilità di rescindere il contratto ed assegnando a quella dell'iniquità un ruolo concorrente e nemmeno prevalente (come si vedrà), giustifica l'affermazione che essa è uno strumento solo eccezionalmente messo a disposizione di chi abbia dovuto accettare una contrattazione iniqua. Tanto più eccezionale se si ha riguardo a quella sua declinazione che è l'azione generale di rescissione per lesione (art. 1448 c.c.) in cui l'iniquità non è fattore concomitante di rilevanza del fenomeno rescissorio se non è qualificata, se non determina, cioè, una lesione eccedente la metà del valore che la prestazione eseguita, o promessa, dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto (c.d. lesione *ultra dimidium*: art. 1448, co. 2, c.c.).

Cosicché, potrebbe apparire giustificata la conclusione che ciò costituisce un indice dell'atteggiamento agnostico, di sostanziale indifferenza dell'ordinamento per l'eventualità che i privati concludano cattivi affari (ALPA, 661) e della sua volontà di intervenire solo in casi eccezionali; questo, in linea con l'idea, fin qui saldamente radicata, che non esiste nel nostro sistema un principio di equivalenza delle prestazioni e che, per conseguenza, il loro squilibrio è di per sé irrilevante.

Giustizia del contratto

In tal senso, qualsiasi analisi che si misuri col tema della possibilità di salvaguardare il valore della giustizia del contratto e con quello, correlato, dell'individuazione delle tecniche di tutela di un simile valore, deve necessariamente farsi carico, quanto meno, di una nuova e diversa sistemazione dell'istituto della rescissione, o, se non altro, di una sua collocazione armonica all'interno del nuovo sistema di valori.

Questo spiega perché tutti i più recenti studi sull'istituto pongano da subito in evidenza il collegamento che esiste tra la sua disciplina ed il tema della giustizia del contratto e perché si dica che la rescissione ha bisogno di una completa rivisitazione e rielaborazione, con un impegno dell'interprete ad applicare le relative norme in modo estensivo per sfruttarne tutte le potenzialità alla luce del moderno atteggiarsi dei rapporti (LANZILLO, 64). Mentre, più è forte la tendenza a teorizzare l'esistenza di un generale principio di equità nelle contrattazioni che giustifica un intervento indifferenziato dell'ordinamento a prescindere dal tipo di contratto e di contraente, più ci si avvicina al limite di prospettare, persino, l'avvenuta abrogazione implicita dell'azione generale di rescissione per lesione (PROSPERI, 360; OPPO, 544. *Contra*, GAZZONI,

984); ciò, per la ritenuta incompatibilità sistematica tra l'idea che innerva l'istituto della rescissione e la nuova tendenza ad ammettere una tutela incondizionata del valore in sé dell'equità nelle contrattazioni.

In questa direzione va osservato che le perplessità, se non l'insofferenza, verso la rescissione non sono di oggi, essendosi manifestate già in precedenza come quando una dottrina di oltre quarant'anni fa, concludendone lo studio, aveva fatto notare che "(...) tutto quanto si può dire della rescissione del contratto si riduce ad una triplice sconcertante proposizione negativa: non si sa come sia nata, non si sa cosa sia, non si sa cosa ci stia a fare" (MIRABELLI, 413).

Lo studio della rescissione appare, pertanto, stimolante, ricco com'è di implicazioni attuali derivanti dal fatto che essa occupa un'area corrispondente ad uno snodo problematico centrale ed il cui scandaglio promette di riservare più di una sorpresa.

1.1. (Segue): ...fondamento e natura dell'istituto.

Le ipotesi di rescissione — rimedio invocabile esclusivamente per i contratti a prestazioni corrispettive e pertanto non applicabile, nemmeno in via analogica agli atti unilaterali e quindi, ad esempio, alle dimissioni del lavoratore (Cass., 20 novembre 1990, n. 11179) — sono due: *i*) l'una — quella dell'art. 1447 c.c. — riguarda il caso di obbligazioni assunte a condizioni inique per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona; *ii*) l'altra — prevista dall'art. 1448 c.c. (rubricata come azione generale di rescissione per lesione) — dà rilievo alla sproporzione tra le prestazioni dipendente dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, sempre che la lesione ecceda la metà del valore che la prestazione eseguita, o promessa, dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto (c.d. lesione *ultra dimidium*).

Vi è — dunque — una pluralità di note che improntano l'istituto, poiché rilevano contemporaneamente il dato dell'iniquità (sotto specie di sproporzione tra le prestazioni e, nel caso dell'art. 1448 c.c., di una sproporzione particolarmente qualificata, perché *ultra dimidium*), il pericolo ed il bisogno (rispettivamente, nel caso del-

Pluralità di note ed opinioni su fondamento e natura della rescissione...

l'art. 1447 c.c. e dell'art. 1448 c.c.), l'approffittamento di quest'ultimo, o la più semplice consapevolezza del primo.

È proprio da questa pluralità di note che nascono le prime difficoltà di inquadramento.

Infatti, se si subisce la suggestione di quella dell'iniquità e la si isola, assegnandole un rilievo preminente, è la proporzione tra prestazioni che viene a rappresentare il valore di riferimento tutelato dalla rescissione; e questa è la impostazione seguita da chi la considera una reazione ad un vizio genetico della causa che gliene impedisce lo svolgimento della funzione (SANTORO PASSARELLI, 169, 184-185, 262; RESCIGNO, 1950, 59, 62; CARIOTA FERRARA, 597). Ma l'opinione non convince, non solo e non tanto perché in tal modo si finisce con l'attribuire alla causa dei contratti a prestazioni corrispettive il requisito dell'adeguatezza, o proporzionalità, tra le attribuzioni, affermazione di per sé non sostenibile (PERFETTI, 24; conferma giurisprudenziale della fondatezza dell'obiezione è l'opinione che ricollega la nullità del contratto per mancanza di un requisito essenziale al solo caso in cui il corrispettivo sia simbolico e meramente apparente, non anche quando sia tenue, vile, o anche irrisorio: Cass. 28 agosto 1993, n. 9144), quanto perché si svaluta, senza plausibile motivo, la rilevanza degli altri elementi della fattispecie, come ad esempio il pericolo, o il bisogno; senza di essi, infatti, quale che sia la sproporzione ed anche fosse la più macroscopica, non vi è luogo a discutere di rescissione (GATTI, 439; MIRABELLI, 68; M. PROSPERETTI, 686).

Se invece si pone l'accento sulla coazione del volere indotta dal pericolo, o dal bisogno, sostenendo che un qualsiasi contraente, in condizioni di normalità e quindi non coartato da pericolo o bisogno, non avrebbe mai negoziato a condizioni inique, si giunge ad additare la prevalente funzione della rescissione quale rimedio ad un vero e proprio vizio del consenso, consistente nel pericolo o, rispettivamente, nel bisogno ed a teorizzare la sussistenza di un nuovo vizio in aggiunta a quelli tradizionali dell'errore, della violenza e del dolo (ALLARA, 205; CORSARO, 57; AULETTA, 126).

Ma se anche in linea generale può condividersi che il turbamento indotto da pericolo e bisogno può ricondursi ad una nozione ampia ed allargata di vizio della volontà — beninteso, se si ha riguardo ad una categoria idonea ad abbracciare tutte le turbative *lato sensu* dei procedimenti formativi della volontà negoziale incidenti sulla sorte del contratto, non anche quando per vizio

...vista come
rimedio ad
un vizio
genetico
della causa:
critica...

...o ad un
vizio del
consenso:
critica

della volontà si intenda quello che appare l'elemento unico, o determinante, per inficiare il contratto alla stregua dei classici vizi del consenso (CATAUDELLA, 94) — numerosi dati normativi escludono che si possa dar seguito a questa impostazione.

Intanto, l'art. 1451 c.c. esclude che il contratto rescindibile sia convalidabile e questo contrasta con la considerazione della convalida quale strumento di stabilizzazione degli effetti di qualsiasi contratto viziato da errore, violenza e dolo. L'art. 1448, co. 3, c.c., poi, esclude dall'area della rescindibilità i contratti aleatori; ma anche un contratto aleatorio può essere concluso in situazione riprodottrice la coazione volitiva di cui agli artt. 1447 e 1448 c.c., e, dunque, resta priva di plausibile giustificazione questa esclusione (GATTI, 430; SCOZZAFAVA, 393). Infine, l'art. 1450 c.c. consente al contraente contro il quale la rescissione è domandata, di evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità; se fosse vero che è il vizio del consenso a rivestire ruolo centrale nella dinamica del fenomeno rescissorio, si dovrebbe riconoscere che, quando la coazione ha determinato la persona a contrarre e non è stata, invece, elemento che ha condizionato la pattuizione del corrispettivo (è il caso di chi, spinto dal bisogno, aliena a condizioni lesionarie un bene di famiglia che, diversamente, non avrebbe mai venduto), la *reductio ad aequitatem*, elimina sì l'iniquità, ma non gli effetti della coazione del volere (PERFETTI, 28). Ed allora resta senza spiegazioni — nella prospettiva data — la previsione di un simile rimedio che veramente potrebbe apparire, come taluno sostiene, irragionevole e quindi incostituzionale, perché dà prevalenza alla volontà di mantenimento del contratto da parte del contraente profittatore (CORSARO, 644), solo quest'ultimo potendo innescare il meccanismo della sua modificazione.

Altri ha configurato la rescissione come sanzione civile per un comportamento illecito, avuto riguardo al modello di comportamento lecito descritto dall'art. 1337 c.c. (BARASSI, 1182; BIANCA, 682-683). Ma, se così fosse, non si spiegherebbe perché il contratto rescisso è rimosso dal mondo giuridico, mentre la violazione della regola dell'art. 1337 c.c. è fonte unicamente di obbligo risarcitorio. In più, non si spiegherebbe nemmeno perché, pur a fronte di un contratto frutto di comportamento illecito, l'ordinamento ne ammette il consolidamento attraverso il sistema della *reductio ad aequitatem* che non può essere considerata una forma,

Le previsioni
degli artt.
1447, 1448,
1450, 1451
c.c.

Rescissione
ed illecito ex
art. 1337
c.c.: critica

seppur indiretta, di risarcimento del danno non essendo commisurata all'entità di quello subito dal contraente svantaggiato (GATTI, 437-438).

La teoria eclettica da preferire

L'opinione preferibile è quella che ravvisa nella rescissione un fenomeno complesso nel quale assumono rilievo una serie di elementi, tutti necessari perché una contrattazione economicamente squilibrata possa giustificare l'intervento dell'ordinamento giuridico senza che alcuno di essi possa dirsi prevalente rispetto agli altri (BETTI, 465; SESTA, 76); opinione che è anche quella della consolidata giurisprudenza, ferma nel ritenere che i vari requisiti richiesti dalle due norme sulla rescissione devono ricorrere simultaneamente senza un ordine di prevalenza di alcuno sull'altro (Cass., 19 agosto 2003, n. 12116), per cui — con riguardo, ad esempio, all'azione generale di rescissione per lesione — proprio la mancanza di alcuna subordinazione fra gli elementi della fattispecie fa sì che, accertata la mancanza, o la mancata dimostrazione dell'esistenza, anche di uno solo di essi, diviene superflua qualsiasi indagine circa la sussistenza degli altri e l'azione deve essere senz'altro respinta (Cass., 23 settembre 2004, n. 19136).

Ma se questo è, deve ammettersi che la disciplina della rescissione è la dimostrazione dell'irrelevanza in sé e per sé dell'iniquità della contrattazione, dal momento che essa rende chiaro come non una qualunque sproporzione tra prestazioni assume rilievo per l'ordinamento, ma solo quella che, eventualmente facendo assumere alla lesione i contorni di quella *ultra dimidium*, si combini con una situazione di bisogno, o di pericolo, nella quale versi il contraente svantaggiato (CATADELLA, 311; PERFETTI, 31).

L'ulteriore conclusione è, da un lato, che non è possibile scorgere nella rescissione la rilevanza dell'abuso e della lesione nella formazione del contratto quale valore rilevante di per sé ai fini dell'invalidazione dell'operazione negoziale — appunto perché la lesione deve combinarsi con altre note — e, dall'altro, che la sua concreta disciplina smentisce l'opinione di che vorrebbe impegnato l'ordinamento a garantire la giustizia del contratto; infatti, quante volte manchi il bisogno, o il pericolo, altrettante non vi è ostacolo che impedisca alla parte di trarre il massimo vantaggio da una contrattazione, anche oltre il limite della metà del valore di ciò che ad essa è stato dato, o promesso.

Per cui, non si può nemmeno dire che la rescissione è uno strumento per la moralizzazione delle contrattazioni.

2. La rescissione del contratto concluso in istato di pericolo: art. 1447 c.c.

La prima delle due ipotesi di rescissione è quella del contratto concluso da una parte che abbia assunto obbligazioni a condizioni inique per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé od altri, dal pericolo attuale di un danno grave alla persona.

Il primo requisito è quello dell'iniquità del contratto; in questo caso, tuttavia, a differenza di quanto accade per l'ipotesi disciplinata dall'art. 1448 c.c., non è necessario che l'iniquità sia in qualche modo qualificata dal momento che non si richiede che la lesione superi un determinato livello quantitativo.

Essa andrà valutata, sia con riferimento al valore economico delle prestazioni — e perciò con l'utilizzo di parametri eminentemente quantitativi nel raffronto di quanto è stato oggetto di scambio — sia con riguardo ad un criterio qualitativo che tenga conto, cioè, anche della giustificabilità, ad una stregua sociale, dell'assunzione di quel tipo particolare di obbligazione (RICCIO, 76), sia, infine, avendo presente non il solo equilibrio delle prestazioni, ma anche modalità di queste che risultino particolarmente gravose (CARPINO, 29).

Il secondo requisito consiste nel fatto che la condizione di necessità (che spinge a contrarre in modo svantaggioso) deve essere nota alla parte che trae vantaggio dal contratto; la norma si accontenta del semplice riferimento ad una condizione subiettiva di *scientia* e, quindi, da un lato suppone qualcosa di meno di quanto richiede l'art. 1448 c.c. che discute di approfittamento (ma vedremo che anche quest'ultimo requisito è stato progressivamente svilito sino a ridursi a poco più della semplice consapevolezza dell'altrui condizione minorata), dall'altro sembra alludere ad una conoscenza effettiva della condizione di minorazione altrui (RICCIO, 74), per cui si dovrebbe ritenere irrilevante la pura riconoscibilità di tale situazione se non accompagnata dalla conoscenza effettiva (*contra*, GALGANO, 562).

Infine, elemento centrale è il pericolo attuale di un danno grave alla persona.

Il riferimento a quest'ultima non implica che nell'area operativa della norma debbano rientrare i soli casi in cui è in discussione un attentato all'integrità fisica; al contrario, rilevano anche le

Requisiti:
a) rilevanza della iniquità semplice

b) conoscenza della situazione di pericolo

c) il danno grave alla persona

situazioni in cui risultano esposti a lesione valori fondamentali dell'individuo, come l'onore, la libertà e più in generale i diritti della personalità (MARINI, 973; RICCIO, 72; CARPINO, 24).

Ma proprio per questo riteniamo che, se l'attentato al patrimonio del soggetto non attiva il meccanismo rescissorio, non è per questo possibile negare *a priori* rilevanza a situazioni che, seppur di stampo prettamente economico, sono in grado di produrre conseguenze ulteriori, anche di natura immateriale di vasta portata; com'è il caso di un danno grave consistente nel rischio del fallimento, idoneo di per sé a compromettere l'onore della persona, a restringere la sua capacità di relazione anche sociale, a comprimerne il diritto alla segretezza della corrispondenza, e così via.

Ma si imporrà, in questi casi, un'attenta valutazione delle singole e concrete ipotesi.

Poiché la norma aggettiva il danno alla persona come necessariamente grave, è fuor di dubbio che deve mettere in discussione in modo determinante il valore persona, con un diretto rapporto di causa ad effetto rispetto alla conclusione del contratto lesionario.

Ai fini della valutazione della gravità si potrà ricorrere all'analogia con l'art. 1435 c.c. laddove, per valutare i caratteri della violenza, si ha riguardo al sesso, all'età ed alla condizione della persona.

Lo stato di necessità deve corrispondere ad un pericolo effettivo e reale e non putativo (CARPINO, 27-28. *Contra*, per la rescindibilità anche in caso di pericolo putativo poiché anch'esso sarebbe in grado di menomare la libertà di contrattazione, BIANCA, 685).

Non si rinviene nell'art. 1447 c.c. quella condizione che in diverso ambito e tuttavia con descrizione dello stato di necessità sostanzialmente sovrapponibile alla presente, si riscontra nella disposizione dell'art. 2045 c.c.

Alludiamo al fatto che anche nell'art. 2045 c.c. lo stato di necessità è preso in considerazione per escludere l'obbligo risarcitorio da parte di chi abbia compiuto il fatto dannoso costretto dalla necessità di salvare sé, od altri, dal pericolo attuale di un danno grave alla persona; senonché, a differenza che nell'art. 1447 c.c., si richiede che il pericolo non sia stato da lui volontariamente causato, né che fosse altrimenti evitabile; cosicché, stante la non perfetta coincidenza delle due fattispecie e stante il minor ri-

Simmetria
parziale con
l'art. 2045
c.c.

gore (*in parte qua*) dell'art. 1447. c.c., si può affermare che il contratto resta rescindibile anche se sia stato il contraente vittima dell'approfittamento a porre le premesse del verificarsi della condizione di pericolo.

La formula linguistica, che fa riferimento all'assunzione di obbligazioni (inique) da parte del soggetto vittima dell'altrui azione profittrice, non deve trarre in inganno e far pensare che l'area operativa della rescissione *ex art.* 1447 c.c. sia ristretta ai soli contratti con effetti obbligatori, con esclusione degli altri ad effetti reali; a far ritenere non plausibile questa idea ed a vincere ogni dubbio è la norma dell'art. 2652, co. 1, n. 1) c.c. sulla trascrivibilità delle domande di rescissione la quale, non facendo distinzioni ed ipotizzando contemporaneamente la trascrivibilità della relativa domanda, rende chiaro che quella *ex art.* 1447 c.c. deve necessariamente poter riguardare anche un contratto ad effetti reali (CARPINO, 25).

La rescissione di cui si discute, infine, non riguarda un tipo particolare di contratto ed in special modo soltanto i contratti di fare, ma anche quelli corrispettivi di una prestazione di dare. L'opinione contraria si basa, anche qui, sulla formula della norma ed in particolare su quanto stabilisce il secondo comma dell'art. 1447 c.c. ove si prevede che, pronunciata la rescissione, il giudice può, secondo le circostanze, assegnare un equo compenso all'altra parte per l'opera prestata; da quest'ultimo inciso si è voluta trarre la conclusione della necessità della presenza di un'opera e quindi che il contratto rescindibile è solo quello d'opera (MIRABELLI, 262).

Ma l'inciso può essere letto anche nel senso che, se vi è stata un'opera, il giudice può assegnare un equo compenso ed al contrario non può quando un'opera non è stata prestata. L'ampiezza operativa dell'istituto va testata anche sulla base del primo comma dell'art. 1447 c.c. che fa riferimento al contratto rescindibile come quello che è stato lo strumento che ha impedito il concretizzarsi del pericolo e quindi consente di escludere che l'azione di rescissione si riferisca al solo contratto di salvataggio.

Ma se così è, non esistono ragioni per restringere l'area della disposizione che si applicherà a tutti i contratti aventi ad oggetto una prestazione di fare, o di dare, diversi, cioè, da quello classico di salvataggio (CARPINO, 25-26).

La
rescissione
riguarda
qualsiasi
contratto,
anche ad
effetti
reali ...

... e non
necessa-
riamente
d'opera

3. L'azione generale di rescissione per lesione (art. 1448 c.c.).

La seconda ipotesi di rescissione è quella in cui vi sia stata una sproporzione tra le prestazioni e ciò sia dipeso dallo stato di bisogno di una parte del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio (co. 1); l'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita, o promessa, dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto (c.d. lesione *ultra dimidium*: co. 2).

Stato di bisogno ed approfittamento rappresentano, assieme alla sproporzione qualificata (oltre la metà), i requisiti di questa seconda ipotesi di rescissione ed al loro riguardo va subito evidenziato che giurisprudenza e dottrina li hanno progressivamente sviliti riducendone, per così dire, la consistenza (MINERVINI, 774).

I requisiti: a)
stato di
bisogno
come
difficoltà
economica

Quanto al primo, infatti, il bisogno non deve necessariamente identificarsi con la condizione di indigenza assoluta, o con la totale incapacità patrimoniale, essendo sufficiente anche una più semplice difficoltà economica, o una contingente mancanza di liquidità che abbia costituito il concreto impulso alla conclusione del contratto svantaggioso (Cass., 23 settembre 2004, n. 19136; Cass., 8 giugno 2004, n. 10815; Cass., 28 maggio 2003, n. 8519) — la prova della cui sussistenza potrebbe anche trarsi dalla sproporzione tra le prestazioni (PUTTI, 1995, I, 134). In tal modo, ci si è progressivamente staccati dall'ancoraggio all'idea dello stato di bisogno quale veniva in considerazione nell'istituto dell'usura e cioè come mancanza di danaro ed incapacità di soddisfare i bisogni elementari della vita e, superando la concezione che ne valorizzava esclusivamente la dimensione economica, si propende ora per una idea più ampia (RIZZO, 166).

b)
approfittamento
come
conoscenza
dello stato di
bisogno...

Questa opinione, allo stato consolidata, ma da qualche dottrina ridimensionata col dire che vero e proprio stato di bisogno vi sarebbe solo quando il contraente cerca di conseguire un bene che è indispensabile per la soddisfazione di un interesse personale, o patrimoniale (CARPINO, 33), porta a ritenere che anche una situazione di obiettiva difficoltà economica indotta dalla momentanea mancanza di danaro liquido integra l'estremo dello stato di bisogno traducendosi in minorazione della capacità di contrarre (Cass., 5 aprile 1984, n. 2217), mentre non si richiede un estremo bisogno essendo sufficiente un disagio (RIZZO, 173).

Quanto all'approfittamento, non è necessaria un'attività del contraente avvantaggiato diretta a promuovere, o sollecitare, la conclusione del contratto; basta che la conoscenza di quello stato costituisca la spinta psicologica a contrarre e determini il consapevole proposito di avvantaggiarsi della situazione in cui versava la controparte (Cass., 22 dicembre 2003, n. 19625). L'estremo dell'approfittamento peraltro, può essere desunto anche dal contegno passivo (CARPINO, 39), integrato dalla realizzazione effettiva del vantaggio conseguito (Cass., 6 dicembre 1988, n. 6630; BIANCA, 687); per cui sussiste approfittamento anche quando è lo stesso contraente che subisce la lesione a proporre la stipula del contratto a condizioni inique (ROPPO, 91). In buona sostanza, l'approfittamento costituisce uno stato intellettuale e non volitivo nel senso che è irrilevante l'intento di trarre profitto, degradato a mero motivo che induce la parte profittratrice a concludere il contratto (CARPINO, 40).

... desumibile anche dal vantaggio realizzato

Alla fine si giunge ad ammettere che il giudice, ai fini della prova del requisito dell'approfittamento, può trarre elementi presuntivi di giudizio proprio dalla sussistenza ed entità della sproporzione (Cass., 30 marzo 1989, n. 1553); col che è dimostrata, per l'appunto, la perdita di specificità del requisito che, al pari di quello del bisogno, si è pian piano scolorito.

3.1. (Segue): e l'estremo della lesione *ultra dimidium*.

Il terzo elemento della fattispecie è la lesione *ultra dimidium* nel senso ben chiarito dalla norma; per determinarla, occorrerà tenere conto, da un lato, dei valori di mercato (Cass., 24 febbraio 1979, n. 1227), dall'altro, anche delle prestazioni accessorie previste nel contratto (RICCIO, 97).

c) la lesione *ultra dimidium*...

La chiarezza del dato normativo che, diversamente dall'ipotesi contemplata dall'art. 1447 c.c., non si accontenta di una generica iniquità, impedisce l'attivazione del meccanismo rescissorio quando la lesione non ha quella precisa dimensione economica normativamente stabilita.

Quella *infra dimidium* resta, pertanto, irrilevante — nonostante qualche opinione in contrario — sia sotto il profilo rescissorio, perché non sarà possibile agire per la rescissione, sia sotto ogni altro profilo ed in particolare anche in ordine all'eventuale possibilità di correggere l'assetto economico del contratto.

... e l'irrelevanza di quella *infra dimidium*

A tale proposito un'opinione sostiene che la norma dell'art. 1448 c.c. potrebbe essere impiegata in una doppia funzione, una prima, invalidante del contratto — nel senso della sua rimozione dal mondo giuridico — quando la lesione superi la soglia quantitativa indicata dalla legge, una seconda, correttiva del medesimo, quando l'iniquità si atteggi *infra dimidium*; in questo secondo caso al contraente svantaggiato dovrebbe essere comunque concesso di utilizzare, in via analogica, la facoltà di domandare la *reductio ad aequitatem* (art. 1450 c.c.), corrispondente ad una facoltà (come vedremo) attribuita a quello contro il quale l'azione è stata proposta e che gli consente evitare la rescissione (in presenza di una lesione *ultra dimidium*) offrendo una modificazione del contratto sufficiente a ricondurlo ad equità (GUIZZI, 120-121).

Questa opinione, sostenuta dall'idea che il limite quantitativo della lesione indicato dall'art. 1448 c.c., lungi dall'evidenziare l'indifferenza dell'ordinamento per la lesione *infra dimidium*, segna solo il confine al di là del quale il contratto può essere rimosso e sotto il quale, seppur irriscindibile, può essere corretto nel suo assetto economico, non può essere condivisa perché l'iniziativa correttiva accordata dall'art. 1450 c.c. è inserita all'interno di un sistema e di una logica rescissori; corrisponde, cioè, a meccanismo innescabile solo se ed in quanto una domanda di rescissione sia stata proposta e ne ricorrano i presupposti (tra cui quello della *lesione ultra dimidium*), per cui manca qualsiasi presupposto per una sua applicazione analogica tanto più che la *reductio ad aequitatem* è facoltà attribuita nell'interesse del contraente profittatore, non di quello svantaggiato.

Tuttavia, una diversa e più limitata rilevanza della lesione *infra dimidium* potrebbe essere riconosciuta — beninteso sempre su un terreno diverso da quello ove opera la rescissione — se si richiamasse l'operatività della norma dell'art. 1337 c.c.⁴

Poiché essa impegna i contraenti al rispetto del canone etico di buona fede non solo nelle trattative, ma anche nella fase formativa del contratto, potrebbe valutarsi comportamento scorretto quello di chi, negoziando nelle condizioni descritte dall'art. 1448 c.c., ottiene un vantaggio lesionario; cosicché, il fatto che la lesione si atteggi *infra dimidium*, non è di ostacolo ad una qualificazione in termini di scorrettezza del comportamento del contraente avvantaggiato, con conseguente applicazione della sanzione (risar-

⁴ Il richiamo all'art. 1337 c.c.

cimento del danno) correlata alla violazione della norma dell'art. 1337 c.c. (SCOZZAFAVA, 355; D'ANGELO, 305).

L'opinione, che direttamente, o indirettamente valorizza l'altra secondo cui l'incompletezza della fattispecie invalidante (nella specie, rescissoria) per difetto di uno dei suoi elementi costitutivi, non impedisce, nel contesto dell'affermata validità dell'atto (nella specie, per la sua irriscindibilità) di far derivare dal comportamento scorretto un obbligo risarcitorio (MANTOVANI, 17 e 287-291), può destare qualche perplessità in ordine soprattutto alla possibilità che una norma come quella dell'art. 1337 c.c. sia in grado di operare dopo la conclusione del contratto (U. PERFETTI, 250-277); tuttavia — per quanto qui interessa — essa conferma l'irrelevanza ai fini rescissori della lesione *infra dimidium*, perché muove dalla dichiarata premessa dell'incompletezza della fattispecie invalidante ed opera nel contesto della riconosciuta irriscindibilità del contratto.

Il requisito della lesione deve, per espressa previsione normativa (art. 1448, co. 3, c.c.), perdurare fino al tempo in cui è proposta la domanda di rescissione.

3.2. (Segue): *rescissione e contratti aleatori*.

L'art. 1448, co. 4, c.c. prevede espressamente l'irriscindibilità dei contratti aleatori; esclusione comprensibile se si pensa che la rescissione si giustifica quale reazione ad un'alterazione del sinalgma conseguente a vicende patologiche che in qualche modo alterano l'integrità della determinazione volitiva della parte che le subisce, per cui il rimedio non ha ragione di operare quando il possibile squilibrio tra prestazioni, anche rilevante, sia contemplato sin dall'inizio dai contraenti quale componente del contratto.

Se così è, l'irriscindibilità costituisce previsione valida per tutti i contratti aleatori e quindi anche per quelli che tali siano per volontà delle parti; ma in tal caso, essendo l'alea estranea allo schema negoziale, proposta una domanda di rescissione di un contratto a struttura normalmente commutativa, l'ostacolo all'accoglimento della domanda non potrà essere rilevato d'ufficio dal giudice (come sarebbe se il contratto fosse aleatorio per sua natura) ma dovrà costituire oggetto di eccezione in senso proprio (Cass., 4 gennaio 1993, n. 10).

Irrescindibilità per causa di lesione dei contratti aleatori...

... tali anche per volontà delle parti

3.3. (Segue): *rescissione e transazione.*

Irrescindibilità per causa di lesione della transazione

La previsione di irrescindibilità di cui al co. 4 in commento va integrata con quella di cui all'art. 1970 c.c. ove pure è prevista l'impossibilità di impugnare la transazione per causa di lesione; ma qui la giustificazione appare diversa e certamente non riconducibile ad una certa nota di aleatorietà che può caratterizzare anche la transazione avuto riguardo all'incertezza sull'esito della lite (per questa spiegazione, CARNELUTTI, 85).

Se così fosse, non si spiegherebbe la funzione dell'art. 1970 c.c. perché il relativo espresso divieto poteva ritenersi già contenuto in quello generale di cui all'art. 1448, co. 4, c.c. che riguarda tutti i contratti aleatori; se si desse questa spiegazione, la norma dell'art. 1970 c.c. apparirebbe del tutto inutile.

A parte ciò, è ben difficile scorgere nella transazione ciò che contrassegna il contratto aleatorio. Il che è senza dubbio vero se ci si misura con la concezione finalistica dell'alea, intesa quale incertezza circa il risultato economico del contratto al momento della sua stipulazione (per questa concezione, MESSINEO, 244, nt. 25), perché nessuna incertezza caratterizza un contratto transattivo costituendo le attribuzioni patrimoniali che in tal modo si realizzano il risultato della valutazione di una situazione preesistente di cui sono noti, a ciascuna parte, tutti i termini economici e giuridici, mentre l'incertezza non può riferirsi all'esito della lite perché essa riguarda quest'ultima, non già la situazione che risulta dalla composizione transattiva.

Ma la conclusione è identica se anche si assume dell'alea l'idea che costituisca un elemento, o modalità, della funzione del negozio (per questa concezione DI GIANDOMENICO, 189); infatti, se la causa della transazione è la composizione della lite, essa resta invariata pur nella varietà di contenuti che il contratto transattivo può assumere (SANTORO PASSARELLI, 201-202). Dunque, se il tipo transazione non è individuato sulla base del contenuto delle prestazioni, ma in relazione alla funzione che esse possono assumere, per cui è la transazione a costituire causa generica di attribuzione patrimoniale idonea ad improntare della propria funzione altri contratti (DEL PRATO, 2), potrà accadere che siano le prestazioni ivi dedotte ad esprimere, in concreto, una finalità di lucro incerto, senza che ciò impronti della stessa finalità la transazione,

tipizzata non dal modo d'essere particolare delle prestazioni, bensì dalla funzione di componimento.

Allora, la ragione dell'irrescindibilità va ricercata, prima ancora che in motivi di opportunità di politica legislativa — per i quali un ordinamento che mostra interesse alla pacifica conclusione delle controversie non potrebbe ammettere la possibile non impegnatività dell'accordo (MIRABELLI, 290) — nell'impossibilità di sindacare la ipotetica ingiustizia dell'assetto rinveniente dalla composizione conciliativa. Infatti, tra la situazione sostanziale e quella modificata dall'assetto transattivo, si inserisce la situazione litigiosa che della prima costituisce una proiezione attuata dagli interessati, non sempre coincidente con la realtà. Ora, se la composizione transattiva deve tenere conto della situazione litigiosa, non anche di quella sostanziale, perché è la lite che fornisce di supporto le attribuzioni patrimoniali disposte a titolo transattivo (DEL PRATO, 26), è, prima ancora che inutile, persino impossibile comparare — ai fini della formulazione del giudizio di possibile lesione — l'equilibrio di interessi che contrassegna la situazione sostanziale con quello realizzato dalla composizione transattiva, anche perché la considerazione dei reciproci vantaggi e sacrifici ha carattere eminentemente soggettivo (Cass., 22 aprile 1999, n. 3984).

La ragione dell'irrescindibilità

3.4. (Segue): *rescissione e contratti usurari. La nuova formulazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815, co. 2, c.c. a seguito della l. 108/1996 e le varie ipotesi di usura.*

Uno degli aspetti più problematici nello studio della rescissione è relativo al trattamento civilistico dei contratti usurari dopo che la l. 108/1996 ha configurato in modo nuovo il delitto di usura e modificato l'art. 1815, co. 2 c.c.

Infatti, per la nuova formula dell'art. 644 c.p., "chiunque (...) si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari, è punito (...)"; il co. 3, prima parte, del cit. art. 644 c.p., soggiunge che "la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari", limite individuato con decreto del Ministro del Tesoro, da pubblicarsi nella Gazzetta Ufficiale dopo un procedimento di rilevazione trimestrale del tasso effettivo globale medio (TEGM) degli interessi praticati dalle ban-

che e dagli intermediari finanziari. È usurario l'interesse che supera, della metà, quello medio rilevato per operazioni aventi la stessa natura di quella osservata. Lo stesso co. 3, seconda parte, avvisa che "sono altresì usurari gli interessi anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria".

Infine, la legge del 1996 ha modificato l'art. 1815 c.c. sostituendo al precedente secondo comma, per il quale "se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e gli interessi sono dovuti nella misura legale", il seguente: "se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi".

L'usura base: gli interessi (o altri vantaggi) superiori alla soglia del TEGM

Per effetto di queste modifiche è stata creata un'ipotesi criminosa di usura base (art. 644, co. 1, c.p.) in cui è eliminato qualsiasi riferimento alla situazione del soggetto passivo del reato e perde rilevanza la circostanza dell'approfittamento; affinché sia integrato il delitto, è ora sufficiente che gli interessi (o altri vantaggi) superino la soglia del TEGM, aumentato della metà. La tutela è apprestata per il semplice fatto in sé della sproporzione del sinallagma e perciò qui si apprezza un marcato carattere di oggettivazione della protezione accordata al contraente (PROSDOCIMI, *La nuova disciplina del fenomeno usurario*, in *Studium iuris*, 1996, 773).

La variante dell'usura reale

Secondariamente, la nuova formula consente di configurare — secondo i più — la c.d. usura reale, un'usura diversa da quella tipica, cioè quella prettamente pecuniaria; questo perché è stata soppressa la locuzione contenuta nel vecchio testo altra cosa mobile (specchio della comune concezione dell'usura, identificata in quella resa possibile dal solo prestito di denaro, o di altra cosa fungibile), sostituita con altra utilità, così ampia da far ritenere che la convenzione usuraria può essere integrata da qualsiasi contratto a prestazioni corrispettive (anche diverso da quello di credito) in cui la prestazione (mobili, immobili, o servizi) di una delle parti sia sproporzionata rispetto a quella dell'altra (REALMONTE, 773; RUSSO, 143; PISU, 903). Si è fatto l'esempio di un chirurgo che chiede compensi estremamente elevati per prestare la propria opera professionale, ovvero della richiesta di una esosa somma di denaro per l'affitto di un appartamento (FIANDACA-MUSCO, 213).

Tuttavia, per la configurabilità di un'usura reale si dovrà ricorrere alla seconda fattispecie di usura (di cui ora si dirà), caratterizzata dalla mancanza del riferimento al dato fisso costituito dalla soglia del TEGM, aumentato della metà, dato che tale limite non è qui evidentemente applicabile.

Un secondo tipo di usura è, appunto, quello che prospetta il co. 3, seconda parte, del cit. art. 644 c.p. caratterizzato dalla mancanza della previsione di un dato oggettivo, quale il TEGM aumentato della metà, sostituito da un concetto relativo che attinge alla valutazione di sproporzione della prestazioni; nella descrizione della fattispecie si inserisce, assumendo decisivo e pregnante rilievo per la configurazione del reato, l'elemento della condizione di difficoltà economica, o finanziaria, che deve contrassegnare la posizione del soggetto passivo.

Infine, si porge con caratteri di marcata novità la previsione del secondo comma dell'art. 1815 c.c. per il quale l'usurarietà degli interessi determina, a motivo della nullità della relativa clausola e del fatto che non è dovuto più alcun tipo di interesse, una trasformazione del mutuo, da oneroso in gratuito, attraverso un procedimento che, ad avviso di taluno, fa dell'inqualificazione della clausola la premessa della suddetta trasformazione (FERRONI, 41).

3.4.1. (Segue): in particolare: l'usura di cui all'art. 644, co. 3, seconda parte, c.p. ed il problema della sopravvivenza dell'azione generale di rescissione per lesione.

Le questioni che la nuova disciplina dell'usura pone sul fronte della rescissione non nascono tanto dalla c.d. usura base (primo comma dell'art. 644 c.p.) in relazione alla quale è d'uopo constatare che non rilevano comportamenti, o attività, collegati a situazioni di bisogno di cui profittare; ne risulta l'oggettivazione del dato dell'usurarietà nel senso che attualmente la norma penale misura l'illiceità del comportamento col metro del vantaggio ritratto, piuttosto che con quello del comportamento utilizzato per conseguirlo.

Simile processo di oggettivazione dell'usura fa sì che la norma penale trovi il suo omologo in quella civilistica dell'art. 1815, co. 2, c.c. per cui il comportamento ricadente nel recinto operativo di quest'ultima è quello stesso preso in considerazione dal pre-

La seconda ipotesi di usura: sproporzione e difficoltà economica o finanziaria

Art. 1815, co. 2, c.c. e nullità del patto di interessi

Oggettivazione dell'usura

petto penale e l'usurarietà diviene in questi casi concetto spendibile allo stesso modo, sia in sede civile, sia in sede penale. Infatti, tanto per il legislatore civile, come per quello penale, viene in rilievo il dato obiettivo in sé del profitto smodato (così considerato per valutazione legale tipica), avulso da un comportamento che lo permette e questa unificazione di obiettivi trova riscontro nel fatto che anche la modifica del secondo comma del citato art. 1815 c.c. risulta veicolata dalla stessa legge che ha provveduto ad oggettivare l'usura penale.

In questa prospettiva, la norma dell'art. 1815, co. 2, c.c. rappresenta lo specchio civilistico fedele dell'usura penale — salvo il dato dell'elemento psicologico del reato — in coerenza con l'idea tradizionale per cui l'usura si realizza, prevalentemente, col mutuo, o altre forme di finanziamento, alle quali è dedicata la previsione del co. 1 dell'art. 644 c.p. che presuppone un'operazione in cui il corrispettivo sia l'interesse, o un'utilità analoga (perché solo rispetto all'interesse è configurabile un discorso di tasso-soglia legale). Il tutto appare anche in linea con la perdita per l'usuraio del diritto a qualsiasi compenso, come risulta dalla nuova formulazione della norma civile che, in luogo di prevedere, come prima, la riduzione al saggio legale degli interessi usurari, stabilisce che essi non sono dovuti affatto; e questo rende chiaro come l'art. 1815, co. 2, c.c., equiparabile ad una sanzione civile (QUADRI, 893; MERUZZI, 477), abbia ora una funzione strettamente legata a quella penale e, perciò, similmente al modo di operare di quest'ultima, prescinde dal riferimento all'attività che permette di conseguire il vantaggio smodato.

Usurarietà
relativa

I problemi più complicati sono generati, invece, dalla disciplina del co. 3, seconda parte, dell'art. 644 c.p. che, come si è visto, introduce un concetto di usurarietà relativa, nel senso di un'usura derivante dalla pattuizione di interessi, o altri vantaggi, o compensi che, pur non superando il tasso-soglia legale, risultino sproporzionati rispetto alla prestazione del denaro, o di altra utilità "quando chi li ha dati o promessi si trova in condizione di difficoltà economica".

In relazione a quest'ultima ipotesi sorge il dubbio se la riforma abbia realizzato l'allineamento tra usura e rescissione; infatti, l'art. 1448 c.c. addita come coelemento della fattispecie rescissoria lo stato di bisogno di cui, al contrario, tace la norma penale ove si trova invece un riferimento alla condizione di difficoltà economi-

ca o finanziaria; la norma penale, d'altro canto, non condiziona la rilevanza della condotta alla dimostrazione di un approfittamento, che è invece coelemento della fattispecie rescissoria.

In sede penale, tuttavia, lo stato di bisogno torna in considerazione nella costruzione della circostanza aggravante di cui all'art. 644, co. 5, n. 3, c.p. che sussiste quando il "(...) reato è commesso in danno di chi si trova in stato di bisogno".

Tuttavia va considerato che, come abbiamo avuto modo di notare in precedenza, il concetto di stato di bisogno rilevante in sede rescissoria ha subito notevoli adattamenti, al punto che non è più identificato con la condizione di indigenza, bastando una deficienza di mezzi pecuniari che abbia costituito il concreto impulso alla conclusione del contratto svantaggioso. Perciò, anche una situazione di obiettiva difficoltà economica, cagionata dalla mancanza di denaro liquido, o comunque da deficienza di mezzi finanziari, può integrare lo stato di bisogno perché essa produce una compressione della libertà di contrattazione; per questa via è sufficiente ad integrare l'estremo anche un semplice disagio.

Il concetto
di stato di
bisogno

Ora, così inteso, lo stato di bisogno prospettato dall'art. 1448 c.c. è nozione che, se pur non coincide con quella espressa dall'art. 644, co. 3, seconda parte, c.p. che si riferisce alla condizione di difficoltà economica o finanziaria, è tuttavia in grado di conglobarla (MERUZZI, 498; OPPO, 539. *Contra*, PISU, 912), rappresentandone una particolare forma espressiva di maggiore intensità. Il che del resto collima con la costruzione dello stato di bisogno evocato dalla norma penale, come circostanza aggravante *ex art.* 644, co. 5, n. 3, c.p.

Da questo lato, pertanto, usura (nella previsione dell'art. 644, co. 3, seconda parte, c.p.) e rescissione sembrerebbero tendere ad un allineamento (*contra*, MINERVINI, 785).

La conclusione dovrebbe essere diversa per quanto ha tratto al concetto di approfittamento, requisito rispetto al quale la giurisprudenza (in sede di rescissione) ha operato, nel tempo, una costante limatura, o svilimento che dir si voglia; si è persino giunti a ritenere di poterlo desumere, in via presuntiva, dalla consapevolezza del soggetto attivo dell'altrui bisogno e dalla sproporzione tra le prestazioni (MERUZZI, 497).

In sede penale, tuttavia, trattandosi di delitto, è necessario il dolo (art. 42, co. 2, c.p.) e perciò la generica sproporzione tra prestazioni non assume alcun rilievo se non è sorretta dall'inten-

zionale sfruttamento di una condizione di debolezza di uno dei contraenti (PICA, 114), apparendo insufficiente la mera consapevolezza.

Usura e
rescissione

Sembra quindi di poter dire che la nuova normativa, da un lato avvicina, dall'altro separa usura e rescissione e questo rimanda subito ad una delle questioni tuttora più dibattute sull'argomento, quella se l'usura delineata dall'art. 644, co. 3, seconda parte, c.p. abbia, o no, determinato l'abrogazione implicita della disciplina rescissoria *ex art. 1448 c.c.*

Il problema ha ovviamente modo di porsi sul fronte della rescissione a proposito della cd. usura reale, quando, cioè, la proporzione abbia riguardo a rapporti in cui la prestazione consistente nel danaro, o in altra utilità (art. 644, co. 1, c.p.), si lega con il corrispettivo rappresentato, non più dall'interesse pecuniario, ma da altri vantaggi o compensi (art. 644, co. 3, seconda parte, c.p.).

Il punto è tra i più difficili da risolvere perché, mentre il trattamento civilistico della fattispecie di usura monetaria trova riscontro nell'art. 1815, co. 2, c.c., quello relativo all'usura cd. reale va ricavato dall'interprete; al riguardo, l'unico aspetto condiviso è che, a fronte della complessità della struttura del nuovo reato, è individuabile con chiarezza solo la sorte del contratto caratterizzato da usura pecuniaria, da considerarsi valido seppur non saranno dovuti interessi (DI AMATO, 220).

Le soluzioni che sono state proposte si muovono all'interno della forbice della nullità del contratto usurario ed, all'opposto, della sua validità seppur nei limiti dell'eventuale rescindibilità, sussistendone i presupposti.

La tesi della
nullità

La tesi della nullità è argomentata facendo riferimento all'illeceità dell'oggetto (PASSAGNOLI, 59), o della causa (RUSSO, 143; PROSPERI, 362), ovvero alla contrarietà a norme imperative (PISU, 904; DI AMATO, 221) del contratto usurario e si giustifica, soprattutto, considerando che sarebbe inappagante ed incoerente con le valutazioni dell'ordine giuridico ammettere che il limite della lesione *ultra dimidium*, in grado di attivare il rimedio rescissorio, escluda, quando non ricorresse, qualunque rilevanza privatistica dell'illecito penale (OPPO, 541). Così si evidenzia il paradosso dell'usurario che mentre paga il suo debito con la giustizia, in carcere, può nel frattempo pretendere di realizzare il proprio credito nei confron-

ti dell'usurato sul presupposto della perfetta validità civilistica del contratto.

Similmente sarebbe pure inammissibile pensare ad un contratto usurario, nullo quando la lesione fosse *infra dimidium*, e rescindibile quando quel limite risultasse superato; ciò, si dice, significherebbe comminare la più grave sanzione della nullità per un contratto meno lesivo degli interessi protetti dalla norma (DI AMATO, 221; PROSPERI, 373); sicché, una parte consistente degli Autori ritiene che il contratto usurario sia nullo come tale, a prescindere dal livello quantitativo della lesione che esso realizza e che dalla sua predicata nullità quando la lesione si atteggia *infra dimidium*, deriva l'effetto della tacita abrogazione per incompatibilità delle norme relative all'azione generale di rescissione per lesione (PROSPERI, 373; OPPO, 544; RUSSO, 142; DI AMATO, 222).

Osserviamo in contrario e preliminarmente che l'ipotetica nullità del contratto usurario integrante una lesione *infra dimidium* (ed a maggior ragione di quello in cui essa superi quel limite), sanzionerebbe irragionevolmente anche la posizione dell'usurato, costretto a restituire le utilità ricevute in conseguenza della dichiarata nullità (conforme CARPINO, 82). Quest'ultima, poi, in quanto integrale, non sarebbe in sintonia con la natura parziale di quella che affligge il contratto realizzante un'usura monetaria (art. 1815, co. 2, c.c.) laddove — come si è visto — la sanzione opera stralciando dal contenuto del contratto la sola clausola di interessi; non si spiegherebbe una tale asimmetria per cui si applicherebbe una conseguenza più grave ad un'ipotesi statisticamente meno frequente (CARPINO, 82) e quindi socialmente meno allarmante.

Queste considerazioni hanno indotto una parte della dottrina a mantenere ferma la conseguenza della nullità, ma a predicarne i caratteri della necessaria parzialità e relatività, riflesso della sua natura di nullità di protezione.

Nullità di
protezione

L'opinione non fa i conti con la ritenuta ampiezza dell'area di incidenza di tale forma di usura. Se infatti si condivide l'idea che la nuova formula della disposizione incriminatrice penale può essere riferita a qualunque contratto a prestazioni corrispettive (PROSPERI, 373; PISU, 903), sicché essa riguarda proprio il tradizionale ambito applicativo della rescissione (RUSSO, 143), viene da domandarsi come possa essere mai applicato, ad esempio, ad un

contratto di compravendita lo stralcio della parte avente ad oggetto il trasferimento della proprietà del bene (effettuato dall'usuraio), mantenendo ferma quella relativa al pagamento del corrispettivo (da parte dell'usuraio).

Si assisterebbe ad uno stravolgimento della struttura stessa del contratto, inammissibile e certamente non giustificabile col richiamo all'analogia soluzione dello stralcio della clausola degli interessi nel mutuo (art. 1815, co. 2, c.c.) dato che la struttura di quest'ultimo non risente dell'eventuale nota di gratuità; ed è questo che contraddice l'idea che la giustificazione normativa di tale parzialità sia rintracciabile nel cit. art. 1815, co. 2, c.c. di cui dovrebbe essere prospettata un'applicazione analogica, o comunque un'estensione (GENTILI, 375; CARPINO, 82).

Illiceità
dell'oggetto
o della causa

Se poi si sostiene che la nullità deriva da illiceità della causa, o dell'oggetto, non può ammettersi altro che una nullità integrale, considerato che essa attiene alla funzione stessa assolta dal contratto, o comunque ad un suo elemento essenziale.

Il che toglie automaticamente concretezza al discorso se la nullità possa, o no, atteggiarsi come relativa (OPPO, 543), perché, a prescindere dal se la proposta sia, o no, immotivata (come sostiene GAZZONI, 984), la restrizione della legittimazione in capo al solo usurato non elimina le distorsioni che la nullità di per sé genera sul piano della struttura del contratto quando se ne affermi la natura parziale, o, in alternativa, gli effetti negativi di rimbalzo in danno dell'usuraio che la sua natura di integrale comunque comporterebbe.

Mentre sul primo piano (quello della supposta necessaria parzialità della nullità) la restrizione della legittimazione al solo usurato non contraddice la verità della conclusione circa la sostanziale inconfigurabilità di una proposta di stralcio di un elemento fondamentale della struttura del contratto se nel contempo si pretende che questa resti integra, sul secondo, assodata la integralità della nullità, la predetta restrizione non contribuirebbe a risolvere i problemi per la cui soluzione, invece, si teorizza la sua natura necessariamente relativa (in quanto di protezione). Se infatti si dice che l'usuraio deve poter scegliere se subire, o no, il pregiudizio consistente nella restituzione di quanto ricevuto quale obbligo scaturente dalla nullità della cui declaratoria, perciò, deve restare unico arbitro, non può non osservarsi che il carattere di relatività della nullità, se non accompagnato dalla

concomitante parzialità, garantisce all'usuraio la scelta tra due pregiudizi ugualmente gravi e perciò, alla fine, non garantisce nulla.

L'usuraio sarebbe libero di scegliere, infatti, tra il pregiudizio consistente nel restituire quanto ricevuto (incardinando l'azione di nullità) e quello consistente nel subire l'usura; il che dimostra che il vero problema consiste nella nota della necessaria integralità della nullità che, a ben vedere, non può essere negata se si postula la prima.

Da questo punto di vista, pertanto, non sono le considerazioni *ab inconvenienti*, o la constatazione delle conseguenze aberranti ricollegabili a questa o a quella soluzione, che possono orientare nella direzione della nullità, perché uguali effetti sarebbe dato riscontrare anche a volerla predicare.

È dato, poi, considerare ulteriori aspetti di perplessità nelle soluzioni proposte. Non persuade, ad esempio, l'opinione che vorrebbe la nullità giustificata dall'esistenza di un contrasto tra norma penale e regola contrattuale perché — si afferma — ciò che la norma penale prende in considerazione è il contenuto stesso del contratto in esecuzione del quale una parte dà, o promette, interessi, o altri vantaggi usurari.

Ulteriori
aspetti di
perplessità

In contrario notiamo che, almeno per quanto ha tratto alla cd. usura reale dell'art. 644, co. 3, seconda parte, c.p., la norma, strutturata a guisa di delitto, richiede sicuramente un qualcosa in più *sub specie* dell'intenzionalità della condotta in relazione alla situazione di difficoltà finanziaria, o economica, dell'usuraio; il che rende difficile sostenere l'esistenza di un'automatica e necessaria simmetria tra contratto sproporzionato e comportamento usurario.

La conclusione della nullità del contratto usurario per contrarietà a norma imperativa è poi agevolmente contrastabile considerando che la diversa disposizione di legge richiesta dall'art. 1418, co. 1, c.c. al fine di escluderla, potrebbe essere ravvisata proprio nell'art. 1448 c.c. Non dovendo necessariamente corrispondere ad un preciso enunciato normativo, ma potendosi ricavare anche dal sistema, tale diversa disposizione consiste, per l'appunto, nella doppia e contemporanea previsione, in positivo, della rescindibilità (e non della nullità) del contratto usurario quando ricorra l'iniquità qualificata prevista dalla norma civile ed, in negativo, dell'irrelevanza civilistica (e quindi sia sotto il profilo della rescindibi-

lità, sia sotto quello della nullità) del contratto usurario non caratterizzato dalla lesione *ultra dimidium*.

In questa prospettiva, il requisito della lesione *ultra dimidium* posto dalla norma dell'art. 1448 c.c. segnalerebbe, contemporaneamente, la condizione concorrente per la sanzionabilità del contratto usurario ed il livello di rilevanza per l'ordinamento civilistico di detto contratto.

Non c'è
abrogazione
implicita
dell'azione
generale di
rescissione

In conclusione, sembra preferibile ritenere che la nuova normativa sull'usura non abbia avuto quale conseguenza quella di incidere sulla disciplina dell'azione generale di rescissione per lesione abrogandola implicitamente, restando il trattamento penale dell'usura distinto da quello civilistico del contratto lesionario sicché anche un regolamento negoziale usurario risulterà rescindibile se la sproporzione sarà qualificata nel modo voluto dall'art. 1448 c.c. e viceversa valido, ma tale da esporre l'usuraio all'azione *ex art. 2043 c.c. e 185 c.p.*, se la sproporzione è *infra dimidium*.

Tutto ciò tranne il caso dell'usura pecuniaria, a proposito della quale la normativa dell'art. 1815, co. 2, c.c. costituisce la esatta proiezione in sede civile dell'usura base e prospetta, con la nullità parziale (e non la rescissione), la protezione civilistica dell'usurato.

3.5. (Segue): e la speciale disciplina della rescissione della divisione.

A parte si situa la disciplina riservata alla rescissione della divisione per la quale la norma del co. 5 dell'art. 1448 c.c. rinvia alle esposte e specifiche previsioni.

Al riguardo delle quali va segnalato che, secondo quanto dispone l'art. 763, co. 1, c.c., la rescissione per lesione della divisione può essere domandata semplicemente adducendo la ricorrenza del requisito della lesione oltre il quarto; il che innova la disciplina generale della rescissione sin qui commentata, sia nel senso che non è richiesto lo stato di bisogno e l'altrui approfittamento, sia nel senso che la soglia di rilevanza della lesione è abbassata al quarto in luogo della metà.

Del pari speciale disciplina è quella dettata per la prescrizione dell'azione, il cui termine è aumentato a due anni in luogo di quello generale di un anno.

4. La prescrizione dell'azione.

La norma dell'art. 1449 c.c. sottopone l'azione di rescissione al termine di prescrizione particolarmente breve di un anno; ma anche in relazione a questo aspetto si ha modo di notare la specialità della disciplina dettata per la divisione perché l'art. 763, co. 3, c.c. raddoppia — come si è visto — il termine quando l'azione di rescissione si appunti su una divisione.

Prescrizione
annuale
dell'azione;
biennale
per la
rescissione
della
divisione ...

Senonché, una prima mitigazione delle conseguenze derivanti — sul piano della tutela del diritto del contraente svantaggiato — dalla brevità del suddetto termine, è dovuta alla previsione dell'ultima parte del primo comma dell'art. 1449 cit. secondo cui, se il fatto costituisce reato, si applica l'ultimo comma dell'art. 2947 c.c. con la conseguenza che, se per il reato è stabilita una prescrizione più lunga, questa si applica anche all'azione civile.

Ovviamente, se l'applicazione del più lungo termine previsto per il reato non richiede una sentenza penale di condanna, postula tuttavia l'accertamento del fatto reato e pertanto non sarà sufficiente la semplice allegazione (in sede civile) di elementi di fatto penalmente rilevanti, ma strutturalmente estranei al binomio *petitum, causa petendi* (Cass., 9 settembre 2004, n. 18169) e si richiederà anche che il giudice civile accerti, seppur *incidenter tantum*, la sussistenza dell'elemento soggettivo (Cass., 4 luglio 1998, n. 6554, con affermazione relativa al risarcimento in generale dei danni da fatto illecito configurabile come reato e tuttavia estensibile alla fattispecie in esame).

... e il più
lungo
termine
previsto per
il reato

Trova applicazione, poi, la generale previsione dell'art. 2935 c.c. per il quale la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere; ne deriva che nei contratti, ad esempio, sottoposti a condizione sospensiva, il termine annuale decorre solo dalla data in cui si è verificato l'evento condizionale che determina, per il contratto rescindibile, la concreta operatività delle condizioni inique (Cass., 30 maggio 1995, n. 6050 con riguardo alla rescissione *ex art. 1447 c.c.*).

Decorrenza
della
prescrizione
dall'avvera-
mento
dell'evento
condizionale ...

Parallelamente, nell'ipotesi in cui il prezzo della vendita non sia stato determinato al momento della conclusione del contratto, ma risulti determinabile successivamente, il termine di prescrizione dell'azione di rescissione per lesione inizia a decorrere, non dal giorno della conclusione del contratto, ma da quello successi-

... dalla
determina-
zione del
prezzo,
inizialmente
non deter-
minato ...

vo in cui il prezzo sia stato determinato, giacché solo da tale momento il pregiudizio patrimoniale del soggetto danneggiato diviene reale ed effettivo e sorge la possibilità giuridica di sperimentare l'azione (Cass., 4 gennaio 1993, n. 10).

... e dalla stipula del definitivo nel caso di preliminare

Questa organizzazione di pensiero trova particolare applicazione nella sequenza preliminare-definitivo; pur essendovi un indubbio legame logico e giuridico tra i due atti, essi vanno tuttavia considerati come convenzioni autonome, ciascuno con propri requisiti di validità ed efficacia e ciò anche e soprattutto con riferimento all'azione di rescissione. Cosicché la giurisprudenza ritiene che la prescrizione dell'azione comincia a decorrere dalla conclusione del contratto definitivo perché in quello preliminare la lesione *ultra dimidium* rimane allo stato potenziale e si traduce in pregiudizio concreto solo con la stipula del secondo, potendo sempre accadere che, per volontà delle parti, s'interrompa il procedimento destinato a concludersi nella convenzione definitiva (Cass., 6 novembre 1990, n. 10666).

L'ulteriore e conseguente applicazione del principio per cui il pregiudizio derivante dallo squilibrio delle prestazioni, che è allo stato potenziale nel contratto preliminare, diviene attuale solo quando la parte che vi ha interesse chiede che sia concluso alle stesse condizioni il contratto definitivo, porta a ritenere che quando quest'ultimo non ha luogo e la parte interessata esperisce il rimedio di cui all'art. 2932 c.c., al promittente venditore, convenuto nel relativo giudizio, non può essere negata la possibilità di difendersi sperando il rimedio rescissorio, anche se l'azione di rescissione del contratto preliminare non sia più ammissibile in quanto prescritta; anche in questo caso il pregiudizio concreto per il promittente venditore, prima soltanto potenziale, sorge e diventa attuale con la richiesta di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto (Cass., 23 novembre 2000, n. 15139) e pertanto il convenuto potrà chiedere in riconvenzione la rescissione del contratto preliminare anche in ipotesi di prescrizione maturata (Cass., 6 novembre 1990, n. 10666 cit.).

Rescissione in riconvenzione nel procedimento *ex art. 2932 c.c.*; esercitabilità pur se è prescritta l'azione...

... *temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*: inapplicabilità

Questa conclusione non deve tuttavia far pensare che operi per la rescissione la regola *quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum* altrove operante (ad esempio, artt. 1442, co. 4, 1495, co. 3, 1667, co. 3, c.c.) e qui invece espressamente esclusa (v. art. 1449, co. 2, c.c.).

5. La riduzione ad equità.

Secondo l'art. 1450 c.c., il contraente contro il quale è domandata la rescissione può evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità. Si tratta di un rimedio in sintonia con identica facoltà attribuita a colui contro il quale è proposta una domanda di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467, co. 3, c.c.) e, sotto certi aspetti, con la facoltà di mantenimento del contratto rettificato prevista dall'art. 1432 c.c. che impedisce alla parte in errore di domandare l'annullamento del contratto se, prima che ad essa possa derivarne pregiudizio, l'altra offra di eseguirlo in modo conforme al contenuto e modalità che quella intendeva concludere.

Si tratta di tre strumenti rimediali per il recupero di contrattazioni squilibrate che si caratterizzano per un loro peculiare modo di mirare alla conservazione del contratto (RESCIGNO, 1994, 720), attuata determinandone una significativa innovazione e che si diversificano da altri, come la convalida, i quali danno invece semplicemente luogo ad un apprezzamento positivo, da parte dell'ordinamento, degli effetti prodotti dal regolamento (TERRANOVA, 198). In tutti e tre i casi, oltre che l'identità dell'obiettivo (conservazione), è possibile osservare anche la sostanziale identità della tecnica utilizzata, incentrata sull'offerta proveniente dalla parte contro cui l'azione è proposta e sull'esercizio di uno *ius variandi* del contratto per atto unilaterale (QUADRI, 1973, 117-133).

La disputa circa la natura dell'offerta *ex art. 1450 c.c.*, incentrata sull'alternativa tra negoziabilità e carattere processuale (nel primo senso, QUADRI, 1973, 126-127 e PANUCCIO-DATTOLA, 151 ed in giurisprudenza Cass., 6 dicembre 1988, n. 6630; nel secondo, Cass., 25 maggio 1991, n. 5922), non ha, al presente, quella ricaduta pratica concreta che avrebbe se ad essa si collegasse in maniera netta l'alternativa — che ne costituisce proiezione consequenziale — tra necessità che l'offerta sia specifica, oppure possa essere indeterminata con largo spazio lasciato, in questo caso, all'intervento determinativo del giudice.

Ad una posizione dottrinale di maggioranza che concorda sulla necessità che l'offerta sia specifica (GAZZONI, 1970, 108; QUADRI, 1973, 127; MESSINEO, 519), corrisponde, infatti, un certo atteggiamento

Necessità di un'offerta specifica

giamento della giurisprudenza che, più o meno espressamente, è incline ad ammettere l'effetto normalizzatore del contratto ricollegabile anche ad un'offerta poco, o punto, determinata, ma determinabile.

Da un lato si avvisa, infatti, che essa non richiede l'esatta indicazione delle clausole da modificare e dei limiti della modifica, anche se è pur sempre necessario, quando manchi l'adesione dell'altra parte, che presenti un minimo di specificazione tale da permettere al giudice, sostituendosi alla parte, di valutarne l'adeguatezza (Cass., 23 aprile 1994, n. 3891); dall'altro si ammette che l'offerente può anche rimettersi al giudice per l'esatta individuazione delle modificazioni e ciò anche a mezzo di opportune indagini istruttorie (Cass., 25 maggio 1991, n. 5922).

Vanno poi segnalate talune affermazioni della giurisprudenza che, seppur maturate nell'ambiente della riduzione ad equità *ex art. 1467, co. 3, c.c.*, sono senz'altro utilizzabili anche per quella *ex art. 1450 c.c.* per la sostanziale affinità tra i due istituti.

A tal proposito si è riconosciuto che l'offerente può, dopo aver formulato un'offerta giudicata non adeguata, proporre una domanda subordinata con cui demandare al giudice la scelta del contenuto di quella da considerare più congrua (Cass., 18 luglio 1989, n. 3347) e che anzi proprio ciò costituisce il modo per consentire a quest'ultimo di intervenire quando la proposta di modifica sia inadeguata a normalizzare il contratto perché, altrimenti, sarebbe il divieto di pronunciare *ultra petita* (art. 112 c.p.c.) a rappresentare l'ostacolo per l'intervento del giudice (Cass., 11 gennaio 1992, n. 247).

Il rapporto tra contenuto dell'offerta ed intervento del giudice

Queste opinioni, da tenere in conto anche per il caso che l'offerta miri ad evitare la rescissione, piuttosto che la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, sembrerebbero risolvere la questione del rapporto tra contenuto dell'offerta ed intervento del giudice in modo nuovo e meno timoroso; in un senso, che sottolinea, cioè, sia l'esigenza di non gravare il convenuto dell'onere di un'offerta specifica e concreta — con il rischio di dare il via alla rescissione in caso di inidoneità — sia il correlativo potere-dovere del giudice di determinare, o integrare, l'offerta sulla base degli elementi già acquisiti al processo (TERRANOVA, 193-194), col risultato che il controllo giudiziale si specifica in un intervento solidale e non antagonistico con l'autonomia privata (CAGNASSO, 198).

Si tratta di una linea da condividere anche perché, rimettendosi al giudice, l'offerente sottopone una proposta il cui contenuto ed oggetto, salvo il limite della genericità, è determinabile *per relationem* allo stato degli atti (DI MAJO, 665) e salva, tanto l'esigenza di carattere sostanziale che prospetta la necessità di salvaguardia dell'autonomia privata, dato che la determinazione è rimessa al giudice dall'interessato, liberamente e volontariamente, quanto l'esigenza di carattere processuale che prospetta la regola della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, posto che, determinando il contenuto delle modifiche da apportare, il giudice si muove, pur sempre, all'interno di linee precostituite dalla parte con la domanda (PANUCCIO-DATTOLA, 183-185).

In pratica il diritto vivente delinea una soluzione della questione in un senso che, nei fatti, non è molto distante dalla posizione di quella parte della dottrina che, ammettendo la possibile indeterminatezza dell'offerta, traccia due binari di possibile intervento del giudice: *i*) un primo, in cui questi è chiamato ad esprimere una valutazione sull'idoneità dell'offerta a riportare il contratto ad equità esprimendo un'attività, non già di integrazione dell'offerta, bensì di valutazione, e ciò quante volte quest'ultima sia determinata; *ii*) un secondo, alternativo, in cui, a cospetto di un'offerta non compiutamente determinata ma determinabile, egli individua il contenuto dell'atto di esercizio ed emana una decisione determinativo-costitutiva che costituisce l'unica fonte dell'effetto; col risultato, sul piano dell'opportunità processuale, che in quest'ultimo caso il convenuto nell'azione di rescissione, scegliendo la via dell'offerta indeterminata, bilancia lo svantaggio di una possibile determinazione onerosa della sua prestazione col vantaggio costituito dalla certezza di escludere la pronuncia di rescissione (CARPINO, 99-101).

Il discorso sul contenuto dell'offerta conduce, poi, ad esaminare l'altro aspetto legato all'individuazione del risultato ottenibile con l'impiego dello strumento tecnico dell'equità ed a sciogliere anche qui un nodo problematico; è sufficiente che l'offerta assesti il contratto nell'area dell'irrelevanza lesionaria modificandolo di quel tanto che serve ad escludere la lesione *ultra dimidium*, o sarà necessario eliminare completamente qualsiasi squilibrio?

Questa seconda alternativa prevale (CARPINO, 104; Cass., 22 novembre 1978, n. 5458) e conduce a ritenere che l'offerta deve essere in grado di instaurare un rapporto oggettivo di adeguatezza.

È necessario eliminare qualsiasi squilibrio

za tra i contrapposti sacrifici patrimoniali (GATTI, 461), con valutazione effettuata al momento della prestazione, o in quello in cui è pronunciata la sentenza, per cui sarà necessario tenere conto della svalutazione monetaria verificatasi dopo la conclusione del contratto (CARPINO, 105; Cass., 8 febbraio 1983, n. 1046).

Per il raggiungimento di tale scopo, dovranno utilizzarsi parametri oggettivi attinti, sostanzialmente, dai prezzi di mercato e dalla valutazione economica della prestazione desunta dal contesto del regolamento negoziale (GAZZONI, 1970, 109-110).

Nell'esempio di un professionista che avesse estorto, approfittando di una situazione di pericolo del proprio cliente, un contratto di assistenza professionale contro pagamento di un corrispettivo iniquo, il giudice dovrebbe rifarsi alle tariffe professionali — se esistenti — sia per stabilire, anche parametricamente, se l'offerta *ex art. 1450 c.c.* è idonea a riequilibrare il rapporto, sia per riequilibrarlo effettivamente se, giudicata l'incongruità dell'offerta, esistesse una domanda subordinata dell'offerente con la quale lo si invita a stabilire i termini dell'equità.

Un diritto potestativo

Va detto infine che l'insofferenza verso l'istituto della rescissione trova qui un modo particolare di esprimersi osservando come il meccanismo dell'offerta di *reductio ad aequitatem* opera. Nel congegnare un rimedio conservativo del contratto, infatti, lo si è consegnato tutto nelle mani del contraente che ha profittato dell'altro, tanto vero che la relativa situazione giuridica soggettiva che a lui fa capo è qualificata come vero e proprio diritto potestativo (Cass., 22 novembre 1978, n. 5458, cit.).

È facile constatare, allora, come tale rimedio prevale sulla domanda di rescissione (l'offerta, se ritenuta congrua, può infatti paralizzarla) ed, impedendo che quest'ultima consegua i suoi effetti, può mortificare l'eventuale interesse dell'altra parte a sciogliersi da un contratto che potrebbe voler rifiutare anche per motivi diversi dallo squilibrio economico. In questo v'è chi ha colto due profili di possibile illegittimità costituzionale della norma: *i)* quello dell'irragionevolezza del disegno di mantenere un contratto per arbitrio del profittatore e *ii)* l'altro della violazione del principio solidaristico, finendosi col negare tutela allo sfruttato nel momento in cui la chiede e proprio in quei pochi casi in cui la legge gliela concede (CORSARO, 644). E proprio al profilo solidaristico si riallaccia chi sostiene (DEL FANTE, 155) che con l'entrata in vigore della Costituzione, avrebbe dovuto avere inizio

il processo di rinnovamento del sistema giuridico con l'abrogazione delle norme assolutamente incompatibili nei riguardi della nuova dimensione della solidarietà, tra le quali — si dice — spiccherebbe proprio quella dell'art. 1448 c.c.

Per espresso divieto normativo (art. 1451 c.c.) il contratto rescindibile non è soggetto a convalida, per cui nemmeno il comportamento consistito nella sua esecuzione volontaria è di ostacolo all'azione di rescissione giacché, a ragionare diversamente, si ammetterebbe comunque la convalida tacita (art. 1444, co. 2, c.c.).

L'inammissibilità della convalida

Dal divieto si è voluto trarre l'ulteriore conseguenza che il diritto di chiedere la rescissione del contratto non è disponibile e come tale non può essere oggetto di rinuncia e di transazione (BIANCA, 653. *Contra*, Cass. 15 aprile 1959, n. 110).

... ed indisponibilità del diritto a chiedere la rescissione

Conclusioni rispetto alle quali è legittimo, a nostro parere, manifestare un qualche dissenso in coerenza con le stesse perplessità che ingenerano le spiegazioni offerte a sostegno della ragionevolezza del divieto.

Si è detto che esse sono molteplici e tutte concorrenti; vanno dall'inopportunità di obbligare a riconoscere ufficialmente di essere stati vittima dell'altrui approfittamento, alla necessità di evitare una convalida contestuale alla conclusione del contratto, dalla netta differenza del contratto rescindibile rispetto a quello annullabile, alla brevità del termine di prescrizione (per queste spiegazioni, CARPINO, 111).

Le molteplici ragioni del divieto

Tuttavia, ciascun argomento ha la sua controindicazione; convalidare non è molto diverso dall'incardinare l'azione di rescissione se si dà peso al dato negativo consistente nel riconoscimento pubblico di essere stati vittima dell'altrui approfittamento, con la differenza che mentre la seconda è sempre pubblica, la prima può anche essere tacita.

Si è voluto scorgere il fondamento del divieto di una convalida contestuale alla conclusione del contratto nel fatto che la regola generale della sua soggezione agli stessi vizi dell'atto da convalidare non avrebbe qui modo di esprimersi perché, in quanto atto unilaterale, non sarebbe essa stessa rescindibile. Ma questo problema è risolto, a nostro parere, dall'ultimo comma dell'art. 1444 c.c. laddove si dice che la convalida non ha effetto se chi l'esegue non è in condizione di concludere validamente il contratto; applicato alla rescissione, il principio significa che potreb-

be essere esclusa l'efficacia della convalida di un contratto rescindibile sino a quando permane il bisogno, o il pericolo; con l'effetto di spostare la questione dal piano della rescindibilità della convalida (inammissibile) a quello della intrinseca inidoneità dell'atto a produrre i suoi effetti tipici.

L'obiezione, poi, centrata sulla brevità del termine prescrizione ci sembra agevolmente superabile perché se non genera problemi di alcun tipo quest'ultima, non si vede quali ne può far sorgere, sul piano dell'effettività della tutela del diritto, una convalida costretta — è vero — ad operare all'interno del medesimo, breve, arco temporale, ma non prima che bisogno o pericolo siano venuti meno.

Infine, pur concesso che rescindibilità ed annullabilità si muovano su piani diversi, una certa assonanza tra le due è comunque denunciata proprio dal divieto in commento, altrimenti incomprensibile e comunque inutile.

Restiamo pertanto convinti che, ad onta di ogni pur persuasiva argomentazione, il divieto resta effettivamente privo di giustificazione logica e sistematica (MIRABELLI, 389).

6. Effetti rispetto ai terzi.

La rescissione, una volta pronunciata, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi (art. 1452 c.c.), con ciò statuendosi il principio dell'irretroattività reale dell'estinzione del rapporto nei confronti di questi ultimi. La regola, peraltro, deve coordinarsi con la disciplina della trascrizione per cui la salvezza dei diritti dei terzi dipenderà, nel caso di atti soggetti a trascrizione, dall'antiorità di quella del contratto rispetto all'altra avente ad oggetto la domanda di rescissione.

Peraltro, pur nel caso di anteriorità cronologica della prima trascrizione rispetto alla seconda, non per questo viene meno la possibilità di agire in rescissione determinandosi, in tal caso, solo la modifica dell'utilità dell'azione, nel senso che chi agisce in rescissione potrà richiedere, se non la *res*, il pagamento di una somma che ne rappresenti il *tantundem* monetario.

Capitolo XXXIII

LA RISOLUZIONE

1. Nozione di risoluzione: considerazioni introduttive. — 2. Tentativi di classificazione. — 3. "Difetto sopravvenuto di presupposizione": una quarta causa di risoluzione elaborata dalla dottrina e mutuata dalla giurisprudenza. — 4. Efficacia della risoluzione: la posizione dei terzi aventi causa. — 5. (*Segue*): effetti della risoluzione tra le parti. — 6. Risoluzione giudiziale per inadempimento: presupposti. — 7. (*Segue*): il concetto di inadempimento. — 8. L'imputabilità dell'inadempimento al debitore. — 9. (*Segue*): la regola "*inadimplenti non est adimplendum*". — 10. La valutazione dell'inadempimento in ordine alla sua gravità. — 11. Rilevanza dell'adempimento tardivo. — 12. La risoluzione per parziale inadempimento. — 13. Adempimento, risoluzione e risarcimento del danno. — 14. Restituzione. — 15. La domanda giudiziale di risoluzione: effetti. — 16. La risoluzione per inadempimento nelle varie categorie di contratti. — 17. La risoluzione di diritto: diffida ad adempiere. — 18. Clausola risolutiva espressa. — 19. Il termine essenziale. — 20. Risoluzione per impossibilità sopravvenuta.

Bibliografia: ALOISIO, *Diffida ad adempiere*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988; AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Tratt. Roppo*, V, 2, Milano, 2006; BELFIORE, *Inattuazione dello scambio per causa imputabile al debitore e tecniche di tutela del creditore: la conversione della prestazione in natura, in prestazione per equivalente*, in *Riv. dir. priv.*, 1987; BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento ed obblighi restitutori*, in *Studi in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988; BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975; BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1995; BIGIAMI, *Risoluzione per inadempimento e alienazione di cosa litigiosa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954; CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d. (1949); CARNEVALI, *Risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990; CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000; COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948; COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997; DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, in *Nss. D.I.*, XVI, 1969; DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*,