

Luca Antonio Caloiaro

Patti sulla patologia contrattuale



Giappichelli

PREMESSA

Sempre più di frequente l'autonomia privata incontra la patologia del contratto: dal risalente interesse per la condizione risolutiva di inadempimento al meno esplorato patto di scindibilità delle clausole nulle (da lungo tempo impiegato nelle contrattazioni collettive sindacali ed oggi tornato alla ribalta per effetto dell'importazione di modelli contrattuali esteri, ove il patto è noto come *severability clause*) sino alla più recente attenzione per il patto di irrisolubilità.

L'approccio allo studio di queste figure è stato per lo più atomistico e disorganico, muovendo esclusivamente dall'analisi del singolo patto o di singole norme.

Si ritiene, però, che un simile approccio non assicuri adeguata spiegazione al problema di fondo: l'individuazione del punto di incontro tra una disposizione dell'autonomia privata e la patologia del contratto, al fine di comprendere come possa atteggiarsi la prima nei riguardi della seconda.

L'unico itinerario percorribile al riguardo pare essere quello di una rilettura sistematica della patologia contrattuale, il cui concetto deve essere delineato muovendo dal confronto con le categorie tradizionali dell'invalidità e dell'inefficacia in stretto, al fine di illuminare le ombre sotto le quali si è celato il tratto innovativo del concetto di patologia. Là dove emerge la patologia del contratto, si scorderà senz'altro un vizio genetico o funzionale che, com'è stato icasticamente detto, «per lo stesso può rivelarsi mortale», ma si scorderà anche un modo per prendersene cura. Si vuol dire che, per il diritto, non esistono patologie incurabili: se non c'è la cura, non c'è neppure la patologia ed il contratto è espunto senza mezzi termini dall'ordinamento («è già morto!»). All'inverso, se c'è la patologia, allora si può rinvenire anzitutto un contratto, al quale si attribuirà il predicato di patologico, senza possibilità di confinamento nell'irrelevanza giuridica, come si è a lungo ritenuto a proposito del contratto invalido.

Il concetto di patologia consentirà, allora, di svelare la complessità della situazione giuridica precaria in cui il contratto, reputato difforme, è posto dall'ordinamento: si allude alla condizione di obiettiva incertezza degli effetti che affligge il contratto patologico, soggetto alla drastica alternativa della caeducazione o della conservazione.

Si tratterà, allora, di stabilire se la situazione effettuale, complessa e precaria, in cui versa il contratto patologico possa essere incisa dall'autonomia privata con le sue disposizioni e di esaminarne alcuni possibili risvolti ed applicazioni.

Il compito si profila alquanto arduo in ragione del peso delle autorevoli opinioni con le quali occorrerà confrontarsi. L'auspicio di queste pagine è offrire al lettore un diverso angolo di osservazione della complessa e delicata materia in continua evoluzione.

Capitolo I

IL CONCETTO GIURIDICO DI PATOLOGIA

Sommario: 1. La patologia nel linguaggio giuridico. – 2. La patologia: il concetto. – 3. La patologia e le categorie giuridiche tradizionali: emersione del concetto di patologia. – 4. *Segue.* Patologia e inesistenza giuridica. La nullità come irrilevanza ed inqualificazione: critica. La patologia presuppone un contratto esistente, cioè giuridicamente rilevante. – 5. *Segue.* Invalidità ed inefficacia in senso stretto: superamento della distinzione tradizionale. La patologia come qualificazione negativa del contratto. Rilevanza giuridica ed irrealizzabilità. – 6. Patologia ed illecito. Atto e comportamento. Patologia come negazione della rilevanza: critica – 7. Patologia genetica e patologia funzionale.

1. La patologia nel linguaggio giuridico

Si può agevolmente riscontrare nella letteratura giuridica l'impiego frequente e trasversale del termine "patologia". In ogni settore dell'ordinamento, si possono rinvenire ampi studi sulla patologia del contratto, del negozio giuridico, del provvedimento amministrativo, dell'atto processuale civile e penale, dell'atto tributario e via discorrendo. Talvolta, il termine "patologia" è promiscuamente impiegato in luogo di "invalidità", senza preoccuparsi di precisarne il significato ed i rapporti reciproci. In alcune branche del diritto, invece, si predilige il secondo vocabolo e lo si impiega in via tendenzialmente esclusiva (ad es., negli studi sulla validità delle norme giuridiche).

La varietà di impiego dell'espressione "patologia" impone di fissarne preliminarmente la latitudine e la capacità semantica e, solo successivamente, di assegnare ad essa un significato specifico per il presente oggetto di studio, il contratto. Tale indagine preliminare è, in particolare, funzionale all'individuazione di un concetto giuridico di patologia del contratto, il quale consentirà di isolare, nell'ambito dell'ordinamento giuridico, le norme sulla patologia contrattuale e di precisarne struttura e funzione, al fine di vagliarne i margini di disponibilità per l'autonomia privata.

Il compito si profila alquanto arduo; tuttavia, appare necessario cimentar-

si nel tentativo di tratteggiare quelle che paiono le coordinate essenziali del fenomeno. Tentativo che sembra giustificarsi anche alla luce della tendenza della letteratura giuridica moderna a prediligere il riferimento – sebbene non sempre pienamente consapevole – al concetto di patologia, svincolandosi dalle rigide barriere concettuali delle categorie tradizionali, rappresentate dall’invalidità e dall’inefficacia in senso stretto.

Un corretto inquadramento del tema deve, allora, muovere dai significati di patologia propri del linguaggio extragiuridico, al fine di comprendere in che limiti ed in quali modi sia possibile trasporre correttamente tali significati sul piano giuridico.

A tale precipuo fine, occorre considerare che la patologia, in termini generali, può assumere due significati – l’uno empirico, l’altro speculativo – entrambi riconducibili alla radice etimologica del termine.

In senso empirico, la patologia indica lo *stato di alterazione* che interessa un fenomeno di cui è possibile delineare un andamento normale o una forma di manifestazione tipica¹. Tale significato è ricavato, in via figurata, muovendo dalla sua radice etimologica (si allude al greco “πάθος”, nel senso di “malattia”) ed amplificandone per astrazione i contenuti; la patologia, sul piano empirico, allude così ad uno *stato* anomalo del fenomeno osservato. E proprio tale significato ne individua il nucleo concettuale prevalente ed ineliminabile: l’anomalia, la deviazione, la difformità, la discordanza dell’entità osservata da un modello di riferimento.

Tale accezione empirica di patologia fa la sua graduale comparsa nel linguaggio giuridico, ove è trasposta ed adattata in relazione alle categorie proprie di questo sistema: nella realtà giuridica, infatti, il fenomeno osservato è cristallizzato in un modello normativo che ne delinea la struttura tipica di riferimento. La patologia, in quest’ottica, vuole indicare la discordanza del fatto concreto dalla norma che lo disciplina², ma il punto verrà approfondito meglio nel prosieguo.

Orientiamo, ora, lo sguardo all’altro significato, quello speculativo, del termine “patologia”, anch’esso desumibile dalla sua etimologia (dal greco πάθος, “malattia”, e λόγος, “studio” o “discorso”) e correntemente impiegato in me-

¹ Nei vocabolari di lingua italiana più diffusi, in corrispondenza del lemma “patologia”, essa è definita, in senso figurato, come “l’insieme delle condizioni atipiche o degenerate rispetto alla norma nel funzionamento di un ente, nel comportamento di una persona e sim.” (*Il nuovo Zingarelli*, XI ed., Bologna, 1988), ovvero come “insieme di condizioni anomale nel funzionamento di un ente, di un organismo e simili” (*Garzanti linguistica – Dizionario italiano*, Milano, 2005), o ancora come “complesso di condizioni che generano il cattivo funzionamento di un ente o di un organismo” (A. GABRIELLI, *Grande dizionario italiano*, IV ed., Milano, 2020).

² Per un primo riscontro, cfr. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, Milano, 1941, 46.

dicina. La patologia, in tale accezione, indica lo studio della malattia nella duplice fase dell'osservazione dei sintomi e dei segni che si manifestano nel corso di essa, fino ad estendersi alla spiegazione deterministica degli stessi (eziopatogenesi)³.

Anche nell'accezione che si è definita speculativa la patologia è trasposta nella scienza giuridica ed indica lo studio e la classificazione teorica delle deviazioni tipiche di un modello normale di atto giuridico, allo scopo di edificare un sistema razionale e completo delle cause patologiche e del loro trattamento giuridico⁴: una tassonomia dei mali e dei correlativi rimedi. Al momento, si è preferito il generico riferimento ad un atto giuridico, sebbene sia opportuno precisare – per poi esaminarne le ragioni – che il concetto di patologia è emerso in correlazione all'approfondimento sistematico del negozio giuridico.

Anzi, proprio tale considerazione mette in luce un fondamento comune ed interdisciplinare nell'approccio speculativo allo studio delle “anomalie” condotto sotto il nome di patologia. In medicina, la patologia nasce come lo studio di un'entità originariamente inesplorata (l'organismo umano, di cui si aveva inizialmente una conoscenza meramente esteriore e superficiale) attraverso l'indagine delle sue deviazioni e disfunzioni⁵. Anche nella scienza giuridica la patologia nasce come studio di un'entità che, per sua natura, sfugge al controllo dei sensi: si allude alla volontà, quale imperscrutabile fatto psichico che contraddistingue il negozio giuridico, mediante l'individuazione e la classificazione delle sue deviazioni e dei suoi difetti.

Non è secondario notare, al riguardo, che nel silenzio del codice civile del 1865, la dottrina elaborò le teorie dell'errore ostativo⁶, dell'incapacità di in-

³ M.A. RUSSO, *Patologia*, in *L'universo del corpo*, in *Enciclopedia italiana Treccani*, Roma, 2000, *ad vocem*.

⁴ Cfr., al riguardo, V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, II ed., Padova, 1990, 25, il quale, nella sua ampia e profonda indagine, parimenti rileva che la funzione della classificazione delle varie anomalie del volere è propriamente quella di determinarne il trattamento giuridico.

⁵ Può osservarsi, inoltre, con parallelismo anatomico, che, così come in medicina la patologia generale si articola nello studio dei singoli elementi dell'organismo umano (organi, tessuti, tipi molecolari o cellulari, *etc.*), nel diritto civile la patologia si articola in relazione all'elemento oggetto di studio, che rimane pur sempre un atto giuridico (patologia del contratto, del testamento, del matrimonio, del riconoscimento di figlio, della confessione, della rinuncia all'eredità, *etc.*).

⁶ Cfr., per tutti, F. MESSINEO, *Teoria dell'errore ostativo*, Roma, 1915, 59 ss., 163 ss., ove sono vagliate le due principali concezioni dell'errore ostativo, entrambe comunque idonei a giustificare la nullità del contratto. Si allude alla concezione francese dell'*erreur obstacle*, che impedisce la formazione del consenso fra le parti per mancato incontro delle due volontà, assumendo, dunque, come punto di riferimento il contratto; e alla concezione pandettistica del-

tendere e di volere⁷, della simulazione⁸, della violenza fisica come cause di nullità del negozio giuridico, enucleandole dal requisito della volontà, che – si affermava – essendo prevista dal legislatore tra gli *essentialia negotii*, doveva altresì essere esente da anomalie⁹.

Il quadro sommario che si è tracciato è valso ad illustrare i confini problematici del concetto, che ora si cercherà di meglio puntualizzare per poi raccordarlo alle categorie giuridiche tradizionali.

l'errore ostativo come causa di divergenza (involontaria) della volontà dalla dichiarazione, assumendo come punto di osservazione il negozio giuridico. Le due concezioni, chiaramente, muovono entrambe da premesse volontaristiche, in linea con lo spirito del tempo.

⁷ Cfr. la puntuale indagine di M. GIORGIANNI, *La c.d. incapacità naturale nel Primo Libro del Nuovo Codice Civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, 398 ss., il quale rileva che erano ritenute norme di natura singolare le disposizioni del codice civile previgente che stabilivano l'annullabilità (si allude all'art. 112 c.c. abr., relativo al matrimonio dell'interdetto per infermità di mente, cioè ad una ipotesi di incapacità legale, nonché all'art. 336 c.c. abr., con riguardo specifico agli atti anteriori all'interdizione, annullabili se al tempo dell'atto già sussisteva la causa d'interdizione e risultasse, per il grave pregiudizio, la qualità del contratto o altrimenti, la mala fede dell'altro contraente). In particolare, la peculiarità del rimedio dell'annullabilità per gli atti anteriori al giudizio d'interdizione era giustificata dal fine di facilitare la prova a favore dell'incapace. Proprio il regime speciale dell'art. 336 c.c. abr., invece, confluirà, come causa generale di annullabilità del contratto concluso dall'incapace naturale, nell'attuale art. 428 c.c.

⁸ Si allude alla nota teoria (di origine pandettistica) che vede la simulazione come divergenza volontaria tra volontà e dichiarazione, ripresa e sviluppata da F. FERRARA sr., *Della simulazione dei negozi giuridici*, V ed., Roma, 1922, 35 ss., secondo cui la simulazione assoluta comportava la nullità del negozio simulato per assenza della volontà. Giungeva, parimenti, alla conseguenza della nullità, seppur muovendo dal diverso postulato della simulazione come contrasto tra due dichiarazioni, G. MESSINA, *La simulazione assoluta*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, I, 493 ss. e 507, in virtù del rilievo che nel negozio simulato non poteva ravvisarsi un negozio, bensì un mero fatto.

Con l'entrata in vigore del codice del 1942, è ancora diffusa l'opinione che assegna alla simulazione rilevanza patologica, mentre la dottrina prevalente tende – opportunamente – ad espungere la simulazione dal quadro della patologia del procedimento di formazione del contratto, per includerla nella disciplina degli effetti del contratto concluso. Sul punto si tornerà *infra*, sub § II.10, ove ulteriori citazioni.

⁹ Approccio, oggi, aspramente criticato (cfr., P. TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, 191 ss.), ma che pone in luce la stretta correlazione concettuale tra la volontà e la patologia: correlazione riconosciuta, con particolare riferimento ai vizi del consenso, in relazione ai quali vi è stata tradizionalmente maggiore ritrosia ad abbandonare la concezione volontaristica, anche dagli studiosi successivi, mossi dalla diversa consapevolezza teorica che la patologia del consenso debba spiegarsi in corrispondenza dei limiti posti alla rilevanza del vizio nell'ottica del destinatario della dichiarazione (cfr., V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., 5).

2. La patologia: il concetto

Il significato empirico di patologia – intesa come stato anomalo, deviazione, vizio, difetto, anormalità del fenomeno osservato – consente di delinearne il concetto.

La patologia è un concetto relazionale, in quanto implica necessariamente la previa individuazione e fissazione di un modello ideale di riferimento, che rappresenta il parametro per individuare l'anomalia rilevante. Non vi è patologia senza l'identificazione del fenomeno fisiologico.

La patologia – *rectius*, lo stato patologico (il cd. vizio) – è uno dei due possibili esiti del giudizio di conformità dell'oggetto osservato e ne indica la difformità; l'altro esito è lo stato fisiologico, che all'inverso ne sancisce la conformità: *tertium non datur*.

Pertanto, all'esito della formulazione del giudizio di conformità, attribuiamo il predicato di "patologico" a ciò che risulta *difforme* dal modello prescelto; il predicato di "fisiologico" a ciò che risulta *conforme* ad esso.

Inteso in questi termini, il concetto di patologia è inevitabilmente segnato dai limiti logici del giudizio di conformità, il quale si ascrive ai giudizi di fatto¹⁰. È, dunque, un concetto empirico, che consente di individuare uno stato patologico, il fatto *difforme*. Tale concetto empirico di patologia si è presto rivelato insufficiente – anticipando così alcune delle conclusioni che si raggiungeranno nel secondo capitolo – a spiegare la giuridicità del fenomeno cui si suole riferirsi con l'espressione patologia allorché la si impieghi in relazione all'atto di autonomia privata, sebbene esso sia stato inizialmente impiegato dalla dottrina più risalente proprio in questo significato empirico, per alludere ad un ciclo irregolare del perfezionamento della fattispecie negoziale (sul punto ampiamente *infra*, nel prossimo paragrafo).

Nell'accezione empirica delineata, il concetto è parimenti adoperato nelle trattazioni di teoria generale della norma giuridica, pur dovendo precisare che alla nozione di patologia è preferito il concetto di invalidità, cui si attri-

¹⁰ Cfr. B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964 (rist., 2012), 85, il quale, nel determinare il significato giuridico di nullità, precisa che «la situazione di nullità nasce da un confronto tra due fatti, uno dei quali è posto come *regola*. Si dice che l'atto è nullo, ossia *quid facti*, quando il fatto, confrontato alla regola, si mostra *inadeguato* a compiere in sé i presupposti di applicabilità della regola. Al *quid facti*, fino a questo punto della ricerca, non sembrava adeguato nessun aggettivo, proprio per l'assenza apparente di una sua fisionomia precisa. Ora l'aggettivo che si mostra adeguato al *quid facti* è questo: *inadeguato* (in quanto *difforme*)». E continua: «L'atto inadeguato [...] è 'incompleto' (e incompletabile) nella sua struttura, è, come si dice, 'viziato', 'imperfetto', fino al punto da rimanere fermo in sé stesso, nella propria negatività: perciò *nullo*. Ma 'vizio', 'imperfessione', risultano da un mero confronto logico tra due fatti, uno dei quali è assunto come regola» (tutti i corsivi sono dell'A.).

buisce parimenti natura relazionale, alludendo ad un giudizio di conformità dell'oggetto osservato ad un modello astratto¹¹, dunque – pur sempre – ad un giudizio di fatto¹².

In alcuni studi di teoria generale, il concetto di patologia riemerge, seppure implicitamente, allorché si abbia di mira l'ordinamento giuridico nel suo complesso. Una volta attribuita natura qualificante ed ordinante al principio di completezza dell'ordinamento, vi è chi discorre di “difetti del testo legislativo” o di “diritto difettoso”, per inquadrare in un'unica categoria superiore – quella, appunto, dei “difetti” – i concetti di lacuna dell'ordinamento, da un lato, e di inesattezza dell'ordinamento (per alludere alle antinomie di norme), dall'altro¹³.

L'impiego trasversale del concetto consente di apprezzarne, anche solo in virtù dei precedenti sommi rilievi, la sua notevole duttilità, ove lo stesso si intenda come giudizio di conformità di natura binaria (conformità-difficoltà).

La duttilità, però, inizia a mostrare i suoi limiti ove l'oggetto osservato sia scomponibile in parti o elementi, qualitativamente o quantitativamente differenti, idonei a fungere da oggetto di un autonomo giudizio di conformità,

¹¹ F. MODUGNO, voce *Validità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 1 ss., secondo il quale la qualità della validità-invalidità è un concetto di “relazione” tra l'oggetto o fatto, di cui essa è predicata, e uno schema o modello di riferimento in cui l'oggetto o fatto individuato può o non riconoscersi; tra l'oggetto o fatto individuato e un principio (o schema o modello) che si assume come qualificante; ossia – in definitiva – tra esso e una norma o regola che lo disciplina e rispetto alla quale può, o può non, essere conforme.

¹² Cfr., N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 35 ss., secondo cui ogni norma giuridica può essere sottoposta a tre distinte valutazioni, indipendenti l'una dall'altra: la giustizia, la validità e l'efficacia. Alla prima valutazione (giustizia) attribuisce natura deontologica, attenendo al contrasto tra mondo ideale e mondo reale (tra ciò che deve essere e ciò che è) ed implicando, dunque, un giudizio di valore (relativo alla determinazione di ciò che deve essere); alla seconda valutazione (validità) attribuisce natura ontologica, trattandosi semplicemente di valutare se una certa norma giuridica esista o meno come regola giuridica, ascrivendosi tale valutazione ai giudizi di fatto; alla terza valutazione (efficacia) attribuisce natura fenomenologica, alludendo alla verifica del tasso di osservanza spontanea oppure coattiva delle norme giuridiche tra i consociati.

¹³ Cfr. K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. a cura di A. Baratta e F. Giuffrida Repaci dall'edizione tedesca, Milano, 1970, 217 ss., per il quale il difetto consistente nella lacuna viene eliminato mediante un procedimento di integrazione (l'analogia) ad opera del giudice *praeter legem, supplendi causa*, ed il difetto consistente in un'inesattezza (alludendo con tale locuzione alle antinomie di norme) viene eliminato attraverso un procedimento di correzione sempre ad opera del giudice ma *contra legem, corrigendi causa*. L'impiego del concetto di “difetti” sottende il ricorso al concetto relazionale di patologia: può notarsi infatti che assume, da un lato, carattere *qualificante* il principio di completezza dell'ordinamento e, dall'altro, che l'oggetto *qualificato*, in termini di difficoltà, è rappresentato dalla lacuna dell'ordinamento (che ne indica, appunto, l'incompletezza) e, per altro verso, dall'antinomia di norme (che indica la contraddizione interna all'ordinamento giuridico, minandone la completezza).

nella misura in cui – chiaramente – è lo stesso schema o modello di riferimento ad essere scomponibile in corrispondenti parti o elementi (cfr., ad es., la struttura dell'enunciato normativo di cui all'art. 1419 c.c.). In tali casi, si prospetta il grave problema logico di stabilire se la patologia che investe una singola parte comporta – per necessità – la difformità dell'oggetto valutato dallo schema complessivo¹⁴. Ebbene, non deve indulgersi nella inesorabile logica binaria, per cui, da un lato, la conformità postula l'assenza di qualsivoglia difformità e, dall'altro, la patologia l'assenza di totale conformità (dunque: la parziale difformità implicherebbe ineluttabilmente la patologia); la risposta al problema dipende, invece, dalla logica di preferenza (proairetica)¹⁵ imposta dallo stesso modello normativo (e dal giudizio di valore ad esso sotteso). In definitiva, si tratta di comprendere, nella struttura del modello normativo, i margini di frazionabilità del giudizio di conformità ed, in particolare, il nesso o la relazione che lega la parte o l'elemento al tutto (emblematica, al riguardo, la diversa incidenza della clausola condizionale viziata sull'intero contratto o sul singolo patto, cfr. art. 1354 c.c.).

Ipotesi diversa è quella in cui l'oggetto del giudizio di conformità è costituito esclusivamente dalla singola parte, considerata come entità semplice o elementare, cioè non composta: con riferimento a tale ipotesi, il giudizio di conformità resta strettamente binario e non occorre interrogarsi sui rapporti tra la parte ed il tutto. Solo allorché la parte o l'elemento sia ricompreso all'interno di un'entità complessa, ove è assunta come riferimento di un diverso schema o modello, occorre indagare il nesso che lega la parte al tutto (cfr. la diversa considerazione riservata al patto di limitazione della responsabilità negli artt. 1229 e 1341, comma 2, c.c.: nel secondo caso la clausola di limitazione di responsabilità contenuta nelle condizioni generali di contratto è considerata come singola parte di un'entità più ampia ed occorre porsi la questione della sorte del regolamento complessivo nell'ottica della disposizione normativa, sebbene sia da risolvere nel senso della conservazione del regolamento negoziale; nel primo caso, invece, è isolatamente considerata e non occorre porsi la questione dell'incidenza della nullità del patto sul restante assetto di interessi contrattuale o, comunque, sulla permanenza del vincolo obbligatorio, se di fonte non contrattuale).

I segnalati limiti devono, allora, indurci alla prudenza nell'uso del concet-

¹⁴ Con riferimento al giudizio di validità, cfr. ancora F. MODUGNO, voce *Validità (teoria generale)*, cit., 3 ss. Per i rapporti tra il giudizio di validità ed il concetto di patologia, v. *infra* nel testo.

¹⁵ Cfr., ancora, per tale decisivo rilievo, ID., *op. cit.*, 1 ss. secondo cui si tratterà di un giudizio di conformità in senso debole (testualmente, di “validità in senso debole”) come “non (rilevante) difformità”.

to empirico di patologia, che – a dispetto della sua versatilità e duttilità di impiego – mostra altresì le rigidità insite nella natura binaria del giudizio di conformità in cui esso, in sostanza, consiste. Tali considerazioni devono orientarci nell'indagine successiva, al fine specifico di comprendere l'emersione del concetto della patologia nella teoria del negozio giuridico, emersione che ne ha – senza dubbio – segnalato la fortuna.

3. La patologia e le categorie giuridiche tradizionali: emersione del concetto di patologia

Sinora i termini “invalidità” e “patologia” sono stati usati nello stesso significato: intesi parimenti in senso empirico, come giudizi di difformità, secondo quanto indicato nel precedente paragrafo, nulla sarebbe di ostacolo all'impiego dell'uno in luogo dell'altro¹⁶ anche con riferimento al negozio giuridico,

¹⁶ F. MODUGNO, voce *Validità (teoria generale)*, cit., 3 ss. il quale rileva che l'indagine compiuta in sede di teoria generale sulla validità delle norme, dei fatti produttivi di norme, dei meri fatti o degli atti normativi, degli enunciati in essi contenuti e dello stesso ordinamento (come insieme di norme), potrebbe essere estesa – in quanto paradigmatica – per altre trattazioni generali della validità di altre prescrizioni o di altri fatti o atti comunemente ritenuti non normativi, sebbene teoreticamente prescrittivi.

L'assimilazione proposta non implica alcuna adesione alla teoria normativa del negozio (la quale vanta illustri sostenitori: cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, 136 ss.; e, nella civilistica italiana, L. FERRI, *Norma e negozio nel quadro dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 38 ss.); muove soltanto dalla constatazione pragmatica che il regolamento di interessi posto da un atto di autonomia privata condivide, con la norma giuridica, la funzione prescrittiva in senso lato, quella cioè di orientare e modificare il comportamento di un soggetto (sulla funzione prescrittiva, cfr. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 79 e 82 ss.). Del resto, la funzione prescrittiva del negozio emerge nitidamente nella teoria precettiva dell'atto di autonomia privata (il cui più autorevole sostenitore è E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., rist. corretta, Torino, 1952, 156 ss.), ove si rileva che il negozio “*prescrive* un regolamento impegnativo” (corsi-vo aggiunto). Vero è, tuttavia, che l'atto di autonomia privata pone – di norma – imperativi (o prescrizioni o disposizioni) *autonomi*, cioè che si contraddistinguono per la coincidenza tra il soggetto (o i soggetti) che pone (pongono) la regola per il componimento di un conflitto di interessi ed il soggetto (o i soggetti) tenuto(i) ad eseguirla o attuarla: in altri termini, gli imperativi autonomi sono sì improntati alla *pariordinazione* del soggetto che pone la regola e di quello che la esegue, il che tuttavia non elide la funzione prescrittiva della disposizione negoziale, la quale è condivisa con gli imperativi *eteronomi* (tra cui si annoverano le norme giuridiche, ma non solo), ove l'alterità dei due soggetti (colui che pone la regola e colui che la esegue) implica invece un rapporto di *sovraordinazione* tra gli stessi.

La distinzione tra imperativi autonomi ed eteronomi, come noto, risale a E. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, 1785, nella trad. it. di V. Mathieu, Milano, 1994, 171 ss., il quale sulla base di essa fonda l'autonomia della morale dal diritto, retto dall'eteronomia.

se la risalente e possente tradizione giuridica civilistica non avesse attribuito all'invalidità una rigida identificazione concettuale, riservando cioè quest'ultima qualifica ad alcune *species* di patologia del negozio giuridico – a quelle che, come noto, si riferiscono ad un vizio o difetto genetico dell'atto negoziale (tradizionalmente, nullità e annullabilità, ma più di recente alcuni studiosi vi includono altresì la rescindibilità) –, impedendo di utilizzarlo per indicare il *genus*, il quale invece si estende sino a comprendere i cd. vizi o difetti funzionali (sulla distinzione tra i primi e i secondi e sulla possibilità di inquadrarli in un'unica categoria superiore, ci si soffermerà *infra*, §§ I.5 e I.7).

Già da questi rilievi preliminari, si avverte subito che il riferimento appena formulato alla patologia del negozio giuridico non coincide con il significato empirico tratteggiato nel precedente paragrafo; la patologia si colora di quell'accezione che si è definita speculativa, la quale vuole indicare un approccio ordinante alle deviazioni e alle anomalie dell'atto di autonomia privata al fine di stabilirne il trattamento giuridico.

In questo specifico senso, l'impiego del concetto di patologia è relativamente moderno, essendo stato inaugurato nella metà del secolo scorso. La patologia così intesa designa – mutuando l'efficace espressione di un autorevole dottrina – lo studio delle categorie nelle quali, secondo il codice civile, può manifestarsi un impedimento all'efficacia del negozio, la cui trattazione «con terminologia, direi, quasi surrealista chiameremo *patologia del negozio*», ove «la deviazione dalle regole di vita del negozio porta un difetto che può essere mortale»¹⁷.

Si tratta di un impiego del concetto di patologia piuttosto innovativo¹⁸, per le ragioni che ci apprestiamo ad esaminare.

¹⁷ Con queste parole apre l'indagine sul tema A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XIII ed., Padova, 1962 (ma, prima ed., 1943), 185 ss., innovando la rigida bipartizione di matrice pandettistica della materia, articolata tra invalidità ed inefficacia in senso stretto. L'A. assegnava alla patologia una precisa cornice normativa, richiamando i cinque capi del libro IV, dal X al XIV del titolo II, artt. 1414 ss. (cioè includendo la simulazione nella patologia del contratto: sul punto, oltre alla nota 8, v. *infra*, § II.10, testo e note).

¹⁸ Si consideri che le opere dell'epoca erano, invece, ancora legate all'accezione empirica del concetto di patologia, inteso quale discordanza del fatto dalla norma che lo regolava. Cfr. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 26 e 41. Cfr., altresì, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit. (ma prima ed. 1943), 468, il quale rilevava l'opportunità di tenere distinti i due ordini di problemi concernenti, per un verso, «la diagnosi delle anomalie (la patologia)» e, per altro verso, «il loro trattamento giuridico», criticando la scelta codicistica di «trattare promiscuamente delle anomalie insieme con le forme d'invalidità e inefficacia del contratto (artt. 1418-1448)», atteso che «non sempre il diritto può tenersi pago di ricollegare alla anomalie del negozio la invalidità come conseguenza costante ed esclusiva».

Che la patologia di un atto non possa essere dissociata dal suo trattamento giuridico è acquisizione dottrina successiva: seppur con riferimento alla sola invalidità, cfr. R. SCO-

Si consideri, infatti, che la dottrina prevalente e gli studi sul negozio giuridico dell'epoca erano per lo più fedeli alla rigida dicotomia, di matrice pandettistica¹⁹, tra invalidità (*Ungültigkeit*) ed inefficacia in senso stretto (*Unwirksamkeit im engeren Sinne*)²⁰. Entrambe comportavano l'inefficacia del negozio giuridico (per queste venivano accomunate nella figura descrittiva dell'inefficacia in senso lato), tuttavia solo l'invalidità assurgeva a categoria qualificante; l'inefficacia in senso stretto veniva determinata negativamente in relazione alle singole ipotesi di inefficacia escluse dall'ambito dell'invalidità. Per questa ragione, l'illustre giurista al quale si deve la dicotomia precisava che il concetto di invalidità è più ristretto di quello di inefficacia: il negozio giuridico può essere inefficace anche senza che da tale suo difetto resti paralizzata la sua potenza, nel qual caso non può più parlarsi di invalidità, ma di inefficacia che colpisce l'effetto senza toccare il negozio. Invalido è quel negozio che, non rispondendo a tutti i requisiti di diritto, *non vale* per il diritto-

GNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, II ed., 1969 (I ed., 1950), rist. 2008, 368 ss.; G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, ma rist. 1972, 55 ss.

¹⁹ A porre le basi della distinzione tra invalidità ed inefficacia in senso stretto è, come noto, B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, IX ed., Frankfurt, 1906, 423 ss., nella trad. it., *Diritto delle Pandette*, I, a cura di Fassa e Bensa, Torino, 1925, 264 ss.

Il concetto di invalidità (*Ungültigkeit*) era già emerso nell'opera di F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, IV, Berlin, 1841, 536 ss., nella trad. it., *Sistema del Diritto Romano Attuale*, IV, a cura di V. Scialoja, Torino, 1889, 611 ss., il quale distingueva l'invalidità a seconda che fosse completa o incompleta (*vollständig oder unvollständig*): l'invalidità completa, o nullità (*Nichtigkeit*), consiste nella pura e semplice negazione di efficacia dell'atto, mentre quella incompleta, o impugnabilità (*Anfechtbarkeit*), riunisce i diversi modi in cui l'efficacia dell'atto può essere contrastata ed impedita. L'A. elabora ulteriori distinzioni all'interno dell'invalidità: nel senso che essa possa essere certa o incerta (*entschieden oder unentschieden*), in quanto dipendente da fatti futuri ed incerti (ad es., la decisione di farla valere o l'avveramento di una condizione), oppure contemporanea o non contemporanea (*gleichzeitig oder ungleichzeitig*) rispetto all'atto invalido, cioè originaria o sopravvenuta. L'autorevole esponente della Scuola Storica, tuttavia, includeva nell'invalidità anche ipotesi che la successiva elaborazione dottrinale avrebbe inquadrato nell'inefficacia in senso stretto (come l'avveramento della condizione risolutiva, inquadrata tra le invalidità incerte sopravvenute).

M. BRUTTI, voce *Invalidità (storia)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 562, infatti, registra la tendenza del Savigny a considerare la fattispecie invalida non dal punto di vista (che diremmo strutturale) della sua difformità rispetto ai presupposti stabiliti dall'ordinamento, ma piuttosto dal punto di vista (funzionale) della mancata produzione degli effetti perseguiti.

L'itinerario storico dell'invalidità è stato recentemente ripercorso con ragionata indagine da M. RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015, 1 ss.

²⁰ L'approccio è diffusissimo nelle opere della metà del secolo scorso: cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 241 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 467 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 59 ss.; L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., 328 ss.

to²¹ (sul peso che queste affermazioni hanno avuto sulla dottrina successiva per la costruzione della categoria si tornerà più avanti).

Posta la distinzione, la dottrina più accorta, tuttavia, si avvede che il concetto di inefficacia in senso stretto non è definibile finché si ha soltanto riguardo al profilo funzionale – ossia, effettuale – della fattispecie (stante la sostanziale identità della conseguenza giuridica, appunto l'inefficacia), poiché quest'ultimo non è altro che il riflesso della composizione strutturale di essa, cui deve pervenirsi attraverso l'esame della situazione di fatto concreta in rapporto allo schema normativo che la concerne²². Ma tale esame altro non è che il giudizio di conformità del fatto volto a stabilire l'esistenza di uno stato patologico: tale passaggio segna la genesi del concetto empirico di patologia, che l'autorevole dottrina impiega consapevolmente²³ in rapporto alla sua valenza sistematica.

Il punto è che il concetto empirico di patologia, se inteso esclusivamente come discordanza del fatto concreto dallo schema normativo astratto (fattispecie), si sovrappone al concetto di perfezionamento della fattispecie; lo stato patologico, allora, non farebbe altro che indicare un fatto imperfetto, ovvero mancante di alcuno dei suoi elementi o di alcuna delle sue parti, senza apportare alcuna reale innovazione nel sistema. Il fatto affetto da una patologia, in quanto imperfetto, è, come tale, improduttivo di effetti, in omaggio al tradizionale principio della causalità giuridica²⁴, secondo cui gli effetti giuridici conseguono esclusivamente ad una fattispecie perfetta.

L'assimilazione dello stato patologico di un atto invalido alla fattispecie imperfetta poneva, però, due ordini di problemi.

²¹ B. WINDSCHEID, *op. loc. ult. cit.*

²² A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 39 s., il quale critica il procedimento logico tradizionale seguito dalla dottrina, in forza del quale si perviene *a posteriori* alla definizione del negozio come inefficace, invalido, nullo, *etc.*, argomentando dall'essersi realizzata o no la situazione effettuale, dall'essere o no quest'ultima definitivamente esclusa, dall'essere o no soggetta a venir meno in seguito ad impugnativa.

²³ *Id.*, *op. loc. ult. cit.*, ove si legge chiaramente: «Tecnicamente deve designarsi come inefficace l'atto giuridico in cui la mancata produzione degli effetti *non deriva da uno stato patologico della fattispecie*, ma dalla attuale mancanza di una concausa della efficacia: cioè l'atto giuridico meramente rilevante» (enfasi aggiunta).

²⁴ Il principio della causalità giuridica, come noto, si fonda su una semplicistica assimilazione con la causalità naturale: così come in forza le leggi della natura è possibile risalire da ogni conseguenza alla propria causa, anche le leggi umane le conseguenze giuridiche come l'effetto di una precisa causa, individuata nella fattispecie. Sul punto si avrà modo di tornare, cfr., per ampia ed argomentata revisione critica del principio di causalità giuridica, ritenuto insufficiente a spiegare la dinamica giuridica, A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 926 ss., al quale si deve un analitico esame delle concezioni più diffuse del concetto sia nella dottrina italiana che straniera.

Occorreva, in primo luogo, distinguere le ipotesi in cui l'inefficacia dell'atto giuridico imperfetto derivava dalla attuale mancanza di una concausa (o coelemento) di efficacia piuttosto che da uno *stato* patologico della fattispecie²⁵. Nel primo caso, a parità di inefficacia²⁶, vi sarebbe piena concordanza del fatto con la norma che lo disciplina, nel secondo essa farebbe difetto. Da ciò nasceva l'esigenza di isolare due distinti momenti logici per la produzione dell'effetto giuridico: da un lato, la causa dell'efficacia, individuata nel numero chiuso degli elementi essenziali della fattispecie, che segnava il discrimine tra la perfezione e l'imperfezione della fattispecie; dall'altro lato, le concause dell'efficacia, individuate negli elementi marginali o inessenziali²⁷, che incidevano sul momento dell'efficacia o dell'inefficacia.

La cesura logica tra i due momenti era rafforzata dal ricorso al concetto di rilevanza giuridica: alla fattispecie perfetta, data dalla perfetta corrispondenza del fatto agli elementi essenziali dello schema normativo, seguiva sempre la rilevanza giuridica, che designa l'idoneità alla produzione di effetti (efficacia potenziale)²⁸, non necessariamente l'efficacia. Quest'ultima conseguì-

²⁵ Cfr., ancora, A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 40 ss., il quale, come anticipato, ritiene non definibile il concetto di inefficacia in senso tecnico finché si ha soltanto riguardo al profilo funzionale – ossia, effettuale – della fattispecie, poiché quest'ultima non produce effetti sia quando manca un elemento accidentale sia quando manca un elemento costitutivo, essendo invece delineabile ove venga definito in rapporto all'atto.

In termini non dissimili, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1966 (rist. 2012), 241, 259, secondo cui l'inefficacia in senso stretto è ricavabile solo in negativo rispetto all'invalidità: discendendo quest'ultima da un vizio del negozio, l'inefficacia in senso stretto postula l'integrità del negozio, essendo dipendente da un fatto a questo estraneo. Si conferma, ad ogni modo, che l'inefficacia in senso stretto è definibile solo in rapporto all'atto.

²⁶ Teoricamente problematico è il riferimento agli effetti colpiti da inefficacia: D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 121 ss., scomponendo la fattispecie produttiva degli effetti, distingue gli effetti preliminari (scaturenti da una frazione della fattispecie) dagli effetti definitivi e riferisce l'inefficacia a questi ultimi; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 40, nota 31, si riferisce agli effetti giuridici tipici dell'atto, atteso che gli effetti giuridici preliminari discendono da una distinta norma "ausiliaria"; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 263 ss., distinguendo l'effetto negoziale, come situazione effettuale in cui si rispecchia l'esistenza del negozio come atto di autonomia, dagli effetti finali, corrispondenti alle disposizioni (e, dunque, all'intento) delle parti, intende il riferimento a questi ultimi; più di recente, A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, IV ed., Torino, 2014, 327, con riguardo al contratto, predilige il riferimento all'inefficacia come mancanza degli "effetti suoi propri", potendo produrne altri.

²⁷ A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 18 ss.; ID., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 483.

²⁸ ID., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 26 s. e 40, secondo cui la rilevanza giuridica designa l'idoneità di un atto a provocare mutamenti nella sfera delle effettualità giuridiche, esprimendosi come *efficacia potenziale*: indica, cioè, una situazione di fatto

va allorché la fattispecie si fosse arricchita altresì di elementi inessenziali previsti dal congegno normativo. Solo in presenza di questi ultimi, alla fattispecie perfetta, sempre giuridicamente rilevante, conseguivano altresì effetti immediati²⁹.

Per questa via, attraverso il concetto della rilevanza giuridica la dottrina riusciva a puntualizzare l'inefficacia in rapporto all'atto e al suo stato patologico, dunque non più solo sul piano funzionale (dell'inefficacia), ma su quello strutturale: l'invalidità è intesa come una categoria qualificante le forme di inefficacia del negozio derivanti da una fattispecie irrilevante, che – dunque – non si è perfezionata e, per tale ragione, non vale per il diritto; l'inefficacia in senso stretto, invece, presuppone una fattispecie rilevante, come tale potenzialmente efficace, e si pone, perciò, come concetto contrapposto all'irrilevanza dell'atto³⁰. La contrapposizione dell'invalidità rispetto all'inefficacia in senso stretto è così realizzata mediante il ricorso al concetto di rilevanza giuridica, che attribuisce autonomia giuridica ai due concetti: la fattispecie invalida è la fattispecie irrilevante, invalido è dunque quel negozio il quale (riprendendo le celebri parole) *non vale* per il diritto³¹. La fattispecie inefficace presuppone una fattispecie valida, in relazione alla quale, giusta la sua potenziale efficacia, ha senso formulare un giudizio di inefficacia, che non avrebbe alcun senso formulare in relazione ad una fattispecie irrilevante.

L'elaborazione del concetto di invalidità come identificazione logica del concetto di irrilevanza giuridica poneva, come si anticipava, un secondo ordine di problemi: la difficoltà di giustificare la categoria normativa (e, prima ancora, dottrinarica)³² dell'annullabilità nell'ambito dell'invalidità. L'annullabilità, infatti, designa la condizione di un atto che produce effetti "precarî", in

concreta costituita da tutti gli elementi richiesti dalla norma affinché l'atto venga riconosciuto dal diritto e reso *capace* di produrre effetti giuridici (cd. legge dell'interessa della fattispecie). Così intesa, la rilevanza ha, come logico contrario, il concetto di irrilevanza giuridica o inesistenza: il diritto non interviene con la sua attività qualificativa e non sorge, dunque, alcun problema di efficacia (la quale, invece, postula un atto giuridicamente *rilevante*).

Cfr., altresì, N. IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968 (rist. 1982), 1106 ss., il quale, con riferimento al concetto di *rilevanza esterna* delineato dall'A., considera *giuridicamente rilevante* il fatto che riceve un predicato giuridico ed *irrilevante* il fatto che non riceve un predicato giuridico, in quanto non si palesa omogeneo con il contenuto della descrizione normativa.

²⁹ A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 25 ss.

³⁰ L'itinerario giuridico che ha condotto alle indicate distinzioni è ripercorso puntualmente da V. SCALISI, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 323 ss. con dozzina di citazioni di letteratura italiana e straniera.

³¹ B. WINDSCHEID, *op. cit.*, 423 (trad. it., 264).

³² Cfr., ancora, il percorso storico dell'invalidità tracciato da M. RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, cit., 14 ss.

quanto suscettibili di successiva ed integrale rimozione retroattiva. Risultava, dunque, molto difficile affermare, muovendo dal postulato logico dell'irrilevanza, che l'atto annullabile fosse invalido, nel senso – cioè – di irrilevante, se ad esso venivano ricollegati effetti, seppur precari e rimuovibili *ex tunc*³³. Infatti, in proposito, si sono registrate le più disparate opinioni³⁴, al punto che il negozio annullabile è stato persino considerato (provvisoriamente) valido da autorevole dottrina³⁵.

Sino a che, difatti, non si è fatto ricorso al concetto tecnico di rilevanza giuridica, la fattispecie invalida era considerata semplicemente inefficace (in senso lato) e lo stato patologico della fattispecie annullabile comportava l'inefficacia dell'atto nel diverso senso che essa non produceva gli effetti suoi propri, limitandosi a produrre effetti precari, i quali erano pur sempre diversi dagli effetti definitivi della fattispecie perfetta: l'inefficacia dell'atto annullabile era così intesa come mancanza di effetti definitivi.

Tuttavia, tale esito non appariva accettabile una volta elaborato il concetto di rilevanza-irrilevanza giuridica, fondato sul compiuto o mancato perfezionamento della fattispecie: si scorgono, allora, le prime crepe nel concetto di invalidità. Se lo stato patologico della fattispecie invalida la rendeva imperfetta, dunque giuridicamente irrilevante, non vi era più alcun sostegno logico per attribuire effetti, seppur precari, ad essa. Non poteva, dunque, essere accettato il collegamento di effetti di alcuna sorta ad una fattispecie giuridicamente irrilevante, giacché quest'ultima indicava pur sempre l'inidoneità della fattispecie alla produzione degli effetti.

³³ Non a caso, il più significativo tentativo di giustificare l'invalidità (*recte*, la nullità) su basi esclusivamente logiche, attribuendogli i predicati dell'irrilevanza e dell'inqualificazione, prende in considerazione la sola nullità: si allude al pensiero di B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, cit., *passim*.

³⁴ Le variegate opinioni sulla natura dell'atto annullabile in punto di validità-invalidità ed efficacia-inefficacia sono tutte riportate da V. SCALISI, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., 372, con ampie citazioni di dottrina italiana e straniera. Il negozio annullabile è stato così variamente ritenuto dalla dottrina come invalido ed inefficace, valido ma inefficace, provvisoriamente efficace ma invalido, provvisoriamente valido ed efficace.

³⁵ Senza alcuna pretesa di completezza, limitandoci ad una voce autorevole, cfr. F. MES-SINEO, voce *Annullabilità e annullamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, II, 1958, 470, proprio muovendo dalla prospettiva secondo cui l'annullabilità si ricollega ad una imperfezione del negozio (emergente dalla presenza di un vizio), afferma che il negozio giuridico annullabile «è *provvisoriamente valido* o, con altre parole, ha una *validità pendente* risolutivamente; ciò nel senso che, esercitata vittoriosamente l'azione di annullamento, il negozio diviene nullo. Se ne induce che, sino a quando il negozio annullabile non sia annullato, è valido; ed è anche efficace (ove non sia inefficace per altra causa: perché, ad esempio, sottoposto a condizione sospensiva o a termine iniziale e simili); onde la parte è tenuta (o le parti sono tenute) a rispettarlo e, se del caso, ad eseguirlo».

Per questa ragione, parte della dottrina³⁶ inizia a discorrere di una crisi del concetto di invalidità, altra parte della dottrina³⁷ – muovendo da profonde premesse sistematiche – propone invece di costruire l'invalidità su basi nuove, muovendo dall'elaborazione del diverso concetto di qualificazione negativa e confinando l'irrilevanza nell'ambito dell'inesistenza giuridica del negozio.

Prima di esaminare gli esiti e le implicazioni di questa diversa prospettiva, di fondamentale importanza per lo sviluppo del moderno concetto di patologia, occorre muovere dall'esame delle ragioni che spingevano alcuni autori a rifiutare l'opinione, dominante nella metà del secondo scorso, che segregava l'atto invalido nell'irrilevanza giuridica.

4. Segue. Patologia ed inesistenza giuridica. La nullità come irrilevanza ed inqualificazione: critica. La patologia presuppone un contratto esistente, cioè giuridicamente rilevante

Si sono illustrate le ragioni per le quali si è ritenuto che un negozio invalido, in quanto imperfetto, non vale per il diritto, è cioè irrilevante. L'irrilevanza, per definizione, indica l'inesistenza nella realtà giuridica: il negozio – a causa della sua imperfezione – rimane un *quid facti*, cioè mero fatto in senso materiale, come tale giuridicamente inqualificato³⁸.

Ma un concetto di invalidità, così logicamente rigoroso, sembra scontrarsi contro un rilievo di carattere elementare attinto dalla comune esperienza che ciascuno può fare della realtà giuridica: il negozio invalido postula pur sempre un negozio, cioè un'entità esistente; l'invalidità è pur sempre un predicato dell'essere, presuppone l'esistenza del negozio che si qualifica come invalido, sia nella figura della nullità³⁹ che in quella dell'annullabilità. Tale convinzione ha spinto autorevole dottrina a distinguere la nozione di inesistenza giuridica dall'invalidità, ed in particolar modo dalla nullità⁴⁰: non si allude, è bene preci-

³⁶ G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 12 ss.

³⁷ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 327 ss.

³⁸ B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, cit., 18 ss. Dal punto di vista storico, occorre precisare che l'equiparazione del negozio *nullum* al negozio inesistente nell'esperienza giuridica romana, cfr. per tutti, S. TONDO, voce *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1965, 996. Più di recente, su tale origine storica della nullità, cfr. M. RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, cit., 1 ss., spec. 4.

³⁹ È, infatti, affermazione comune quella secondo cui il negozio nullo è "come se non fosse" (*tamquam non esset*), ma ciò implica che il negozio nullo è tale proprio perché è.

⁴⁰ Nella nostra dottrina, R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 329 ss., richiamandosi anche alla dottrina straniera (ivi citata).

sarlo per non cadere in fraintendimenti, ad un concetto di inesistenza su un piano puramente empirico, cioè all'inesistenza del fatto materiale (che non pone, com'è ovvio, problemi di sorta), ma all'ipotesi in cui ricorre una figura o una parvenza del fatto negoziale tale da legittimare il problema qualificatorio⁴¹.

Ai presenti fini, tuttavia, non appare utile ripercorre puntualmente l'esposizione di ogni singola opinione relativa alla configurazione del concetto di inesistenza giuridica del negozio e alla corrispondente critica, atteso che un tale sforzo è stato già mirabilmente compiuto⁴². Si limiterà, dunque, l'analisi ai principali aspetti critici del concetto di inesistenza giuridica (in particolare, alla distinzione dalla nullità) e agli aspetti costruttivi del fenomeno che serviranno al corretto inquadramento del concetto di patologia.

Quanto alla prima direttiva segnalata, occorre muovere dalle ragioni che hanno indotto una cospicua parte della dottrina a negare autonomia concettuale all'inesistenza giuridica, per ritenerla assorbita nella nullità⁴³. Al ri-

⁴¹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 473; R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 338 ss. È ampiamente noto, del resto, che l'inesistenza giuridica del negozio è concetto impiegato dalla dottrina per risolvere il problema pratico della disciplina applicabile a quei negozi, affetti da un vizio talmente grave da non poter giustificare il trattamento riservato al negozio nullo, che in alcune ipotesi può produrre effetti giuridici. Il riferimento è in particolare alla disciplina del matrimonio putativo (art. 128 c.c.) e alla confermabilità del testamento nuncupativo (art. 590 c.c.).

Rileva, in particolare, R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 329 ss. che la figura dell'inesistenza giuridica è stata elaborata dai giuristi francesi in un sistema ispirato al principio *pas de nullité sans texte*, per giustificare così l'inesistenza giuridica dell'atto matrimoniale affetto da gravissimi vizi non previsti però dalla legge a pena di nullità.

⁴² R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 329 ss., cui si rinvia per l'ampia letteratura citata.

Più di recente, hanno ripercorso le varie opinioni sul tema, G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 14 ss.; F. VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, I, *Nullità e inesistenza del contratto*, Milano, 2004, 18 ss.

⁴³ S. PUGLIATTI, *Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 17 ss.; C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, 1934, 277 ss.; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., 83 s. (il quale distingue, però, tra elementi rilevanti solo per la produzione dell'effetto ed elementi rilevanti anche per la specificazione del contenuto dell'effetto); A. FALZEA, *Condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 36 s.; A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, 31 ss. e 75, per il quale nullità indicava una condizione di "non essere", non potendo indicare la qualità di qualcosa, con conseguente esclusione della configurabilità logica dell'inesistenza negoziale.

Cfr., in precedenza, già F. FERRARA *sr.*, *Teoria del negozio illecito*, cit., 17, il quale discorreva di «aborto di negozio», «negozio informale», «negozio non venuto a completamento e perfezione» per indicare il negozio contrario a norme ordinarie, distinto dal negozio illecito, il quale – ad avviso dell'A. – era solo quello contrario a norme proibitive. Sul negozio illecito, torneremo *infra*, cap. II.

Più di recente, N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, Napoli, 1973, 100 ss., spec. 102 s., per il quale validità e invalidità sono posizioni logiche dell'atto di fronte allo sche-

guardo, occorre notare che tale dottrina muove – a ben vedere – da una concezione analitica della fattispecie⁴⁴, cioè dalla sua scomposizione in elementi primi, a ciascuno dei quali viene assegnato valore costitutivo. Per effetto di tale postulato, l'esistenza giuridica della fattispecie (perfezione) risulta – in sostanza – solo dalla sommatoria dei suoi elementi primi, ritenuti costitutivi ed essenziali.

La mancanza degli elementi costitutivi, ricavati dall'analitica della fattispecie, per un verso, impedisce di ravvisare un negozio nel fatto concreto considerato, che rimane un *quid facti*, un nudo fatto inqualificato giuridicamente; si conclude così che il negozio nullo non è un negozio (*recte*, è un *non-negozio*), cioè non è oggetto di possibile qualificazione giuridica come negozio giuridico, da cui l'inqualificazione. Per altro verso, la mancanza degli elementi costitutivi, consistendo nell'imperfezione della fattispecie negoziale, ne comporta l'assoluta irrilevanza giuridica, quale radicale inettitudine del negozio nullo a porsi come presupposto di applicabilità della norma che collega effetti al negozio⁴⁵. Il negozio nullo, inqualificato ed irrilevante, è dunque giuridicamente inesistente⁴⁶. Non vi è, allora, alcuna possibile autonomia concettuale dell'inesistenza rispetto alla nullità, entrambe indicano un fatto giuridicamente irrilevante, cioè un fatto che non può essere definito negozio⁴⁷.

Questi autori istituiscono, così, una relazione logica di esclusione tra ne-

ma, «dire che la donazione è valida significa, *non già aggiungere alla donazione il predicato della validità*, ma affermare che la donazione è», e conclude: «l'aggettivo 'valido' nulla aggiunge al sostantivo 'donazione', poiché, se la donazione è, in essa si ritrovano tutte le note della fattispecie legale; il 'valido' non accresce il nostro sapere, ma esplica un sapere già acquisito. L'essere della donazione è la conformità al modello; o, se si vuole, *la validità è l'essere stesso della donazione*». L'A., dunque, conclude nel senso che l'invalidità non ha alcuno spazio autonomo e si risolve nell'irrilevanza giuridica (*op. cit.*, 112). Tali posizioni sono ribadite recentemente in ID., *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1053 ss.

⁴⁴ Dal greco “ἀνάλυσις”, derivato di “ἀναλύω”, scomporre. Per la critica della concezione analitica della fattispecie contrattuale, cfr. A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 32 s. testo e note; ID., voce *Fattispecie*, cit., 938; nonché, più di recente, E. DEL PRATO, *Requisiti del contratto – art. 1325*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2013, 15 s.

⁴⁵ Il più preciso affinamento teorico della nullità come irrilevanza ed inqualificazione si deve a B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, cit., *passim*.

⁴⁶ Cfr., con la consueta chiarezza, A. FALZEA, *Condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 36, il quale precisa che la rilevanza «ha come logico contrario il concetto di irrilevanza o inesistenza giuridica, o, come anche si dice, di *nullità assoluta* della fattispecie» (enfasi dell'A.).

⁴⁷ Che, all'inverso, costituiva proprio la definizione più diffusa di negozio giuridico inesistente, proposta da alcuni autorevoli sostenitori dell'autonomia concettuale della categoria, cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 242 s., cui aderisce L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 336 ss.

gozio rilevante (giuridicamente esistente) e negozio nullo (giuridicamente inesistente), il primo concetto è l'opposto logico dell'altro.

In tal modo, però, si attribuiscono alla categoria della nullità i predicati logici dell'irrelevanza e dell'inqualificazione, con i loro corollari – del pari – logicamente necessari. Si vuol dire che all'atto nullo, in quanto irrilevante e inqualificato, non possono logicamente attribuirsi effetti di sorta: in termini più precisi, per la fondazione della nullità come irrilevanza e inqualificazione, l'*inefficacia necessaria* è condizione obbligatoria di impiego del concetto di nullità⁴⁸.

Si pone, a questo punto, la difficoltà di spiegare come possa il negozio nullo essere, eccezionalmente, efficace; e l'ostacolo logico viene superato con il principio di relatività delle qualificazioni giuridiche⁴⁹, cioè della duplice (o molteplice) qualificazione giuridica di cui lo stesso fatto è suscettibile. Vi sarà, allora, una fattispecie rispetto alla quale il fatto è irrilevante (nullo), un'altra fattispecie (di cd. sanatoria) rispetto alla quale il fatto giuridico imperfetto assume significato e valore giuridico, cioè rilevanza giuridica, in virtù di elementi ulteriori⁵⁰.

Questa spiegazione teorica del fenomeno, logicamente ineccepibile, si rivela però ingabbiante: il negozio nullo è fatalmente destinato alla giuridica irrilevanza, cioè esso resta una situazione di fatto difettosa che neppure può qualificarsi come negozio⁵¹. E tale conclusione, a ben vedere, sembra contraria al significato che la nullità assume nell'ordinamento per due ordini di ragioni.

Per un verso, essa opera una riduzione concettuale della nullità, nella misura in cui riesce a spiegare convincentemente le sole ipotesi di nullità cd. strutturale (art. 1418, comma 2, prima parte, c.c.), cioè per mancanza dei requisiti indicati nell'art. 1325 c.c. La nullità, se intesa sempre come irrilevanza ed inqualificazione, si rivela inadeguata a spiegare anche le ipotesi di illiceità negoziale – cioè di contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon

⁴⁸ Lo rileva, in assoluta coerenza, B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, cit., 65 ss.

⁴⁹ Cfr., A. FALZEA, *Condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 38 s.; G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 35 s.; B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, cit., 60 s.

⁵⁰ G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 32 ss. Nel medesimo senso, B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, cit., 59 ss., quando viene prevista una sanatoria, gli eventuali effetti non si ricollegano mai all'atto nullo, ma ad una diversa fattispecie denominata "atto nullo confermato", che non ha niente a che fare con l'atto nullo in quanto tale.

⁵¹ Cfr., ancora, A. FALZEA, *op. loc. ult. cit.*, il quale precisa che «la nullità indica la posizione di indifferenza, nei confronti del diritto, in cui si trova una situazione di fatto difettosa di un elemento essenziale; essa, quindi, non designa una qualità giuridica dell'atto [...] poiché, non essendosi completata la serie di elementi previsti da uno schema normativo, il diritto non interviene con la sua attività qualificativa».

costume della causa, dell'oggetto, del motivo comune esclusivamente determinante (art. 1418, comma 2, seconda parte, c.c.) e della condizione (art. 1354, comma 1, c.c.) – nonché di nullità virtuale per contrarietà a norme imperative (art. 1418, comma 1, c.c.), così come di nullità testuale (art. 1418, comma 3, c.c.). Ebbene, in forza del principio di equivalenza degli elementi ai fini della produzione degli effetti⁵², il procedimento logico che si verrebbe a compiere è quello di ampliare l'analitica della fattispecie di ulteriori elementi essenziali corrispondenti alle singole fattispecie patologiche: esemplificando, elementi essenziali non sarebbero solo la causa e l'oggetto, quanto piuttosto una causa lecita e un oggetto possibile, lecito e determinabile; elemento essenziale del negozio sarebbe altresì la conformità dello stesso a tutte le norme imperative, e così via.

L'ampliamento dell'analitica della fattispecie conduce, però, a risultati paradossali: in quest'ottica anche la condizione *lecita* andrebbe qualificata come elemento essenziale, giacché il suo difetto (condizione illecita) comporta nullità, cioè irrilevanza della fattispecie per deficienza di un suo elemento costitutivo⁵³. In questo modo, tuttavia, si verrebbe a contraddire la stessa costruzione logica che distingue gli elementi essenziali, incidenti sull'irrilevanza, dagli elementi accidentali o inessenziali, incidenti solo sull'efficacia in quanto coelementi⁵⁴: la condizione, se lecita, sarebbe un coelemento di efficacia, il cui difetto non incide sulla rilevanza del contratto cui è apposta; se illecita, la condizione diverrebbe un elemento essenziale e costitutivo, il cui difetto comporta la nullità, cioè la radicale irrilevanza del contratto cui è apposta. È evidente, allora, che il piano logico conduce ad aporie giuridiche.

Ci si avvede allora che le ipotesi di nullità diverse dalla nullità strutturale non riescono ad essere spiegate, al confronto con i dati normativi, dalla prospettiva logica dell'irrilevanza: quanto meno le ipotesi di nullità diversa dalla nullità strutturale non possono assolutamente prescindere dal riferimento ad un contratto esistente, cioè giuridicamente rilevante, sebbene venga poi a qualificarsi come nullo perché illecito, contrario a norme imperative e così via. Ma, per questa via, la tesi criticata dell'irrilevanza opera una riduzione concettuale della categoria normativa della nullità.

Già questo assunto parrebbe sufficiente ad una diversa configurazione del

⁵² Che la concezione analitica della fattispecie si fondi sul principio di equivalenza degli elementi ai fini della produzione degli effetti è opinione pacifica: cfr., per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 356; A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, cit., 940 e dottrina ivi citata.

⁵³ Così, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 475, nota 5.

⁵⁴ Cfr. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 21 e 27, il quale espunge la condizione dagli elementi essenziali, includendola tra quelli accidentali, costituenti coelementi dell'efficacia e presupponenti una fattispecie rilevante.

fenomeno, ma veniamo al secondo ordine di ragioni, ancor più pregnanti di quelle appena considerate.

Si è detto che la concezione della nullità come irrilevanza considera assolutamente eccezionali le ipotesi in cui l'ordinamento ricollega effetti al negozio nullo, ricorrendo per la loro spiegazione al principio di relatività: si è detto, infatti, che la condizione logica di impiego della nullità come irrilevanza ed inqualificazione è l'inefficacia necessaria.

Assumendo, però, un approccio che raccolga altresì le indicazioni normative dell'ordinamento, la tesi dell'eccezionalità poteva giustificarsi sino a che le ipotesi – ritenute eccezionali – in cui si collegavano effetti al negozio nullo potevano contarsi sulla punta delle dita delle mani⁵⁵ (artt. 128, 590, 799, 1424, 2035, 2126 e 2332 c.c.; ma anche effetti diversi, art. 1338 c.c.; o effetti riflessi, artt. 2652 n. 6 e 2690 n. 3 c.c.). Ciò, peraltro, a voler prescindere (altrimenti non basterebbero due mani) dalla clausola di salvezza dell'art. 1423 c.c., che – con formulazione immutata – ammette, nei casi previsti dalla legge, la convalidabilità del contratto nullo⁵⁶.

Oggi, invece, è proprio quella eccezionalità a venire in discussione a causa della proliferazione delle ipotesi⁵⁷ in cui vengono ricollegati effetti giuridici

⁵⁵ Non può qui celarsi la correttezza e la piena condivisione del rilievo metodologico secondo cui non si possa costruire su una eccezionalità il carattere normale di un concetto giuridico, B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, cit., 6, 41 s. e 45.

⁵⁶ Rileva autorevolmente F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 248, che la regola della insanabilità della nullità, in linea di pura logica, dovrebbe essere tassativa, eppure non lo è. Parimenti, cfr. G. GIACOBBE, voce *Convalida*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 482 s.: «se un principio vale come espressione di logica assoluta, esso non può ammettere deroga alcuna: ché se la deroga vi sia, ciò significa che il principio non ha i caratteri di assolutezza che gli si vogliono attribuire, ma è solo espressione di un criterio di prevalenza di certe esigenze su altre», cioè un criterio di prevalenza della insanabilità della nullità.

Nello stesso senso, più di recente, cfr. S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, 16, il quale ribadisce che l'art. 1423 c.c. proprio «per il fatto di contemplare delle eccezioni, sembra indicare un criterio di prevalenza della c.d. insanabilità, non un principio logico assoluto» (enfasi dell'A.); nonché, M. RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, cit., 41.

⁵⁷ Senza alcuna pretesa di completezza: cfr. gli artt. 30, comma 4-*bis*, e 46, comma 4, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, i quali prevedono una “conferma”, anche unilaterale, quale integrazione successiva di una fattispecie contrattuale strutturalmente incompleta; parimenti, l'art. 40, commi 2 e 3, L. 28 febbraio 1985, n. 47, nonché l'art. 29, commi 1-*bis* e 1-*ter*, L. 27 febbraio 1985, n. 52; l'obbligo dell'assicuratore di pagare l'indennizzo anche quando il contratto di assicurazione sia nullo, perché stipulato in assenza di autorizzazione all'esercizio dell'impresa assicurativa ex art. 167, comma 2, cod. ass. priv.; l'art. 2379-*bis*, comma 2, c.c. in tema di invalidità delle deliberazioni assembleari di società per azioni; gli artt. 2500-*bis*, 2504-*quater* e 2506-*ter* c.c., con riguardo all'invalidità della trasformazione, fusione o scissione societaria, che a seguito della pubblicità dell'atto di trasformazione, fusione o scissione non può

ad atti di autonomia privata nulli⁵⁸ e sul piano metodologico non è consentito ignorare questo fenomeno⁵⁹.

A ben vedere, è l'asfittica prospettiva dell'irrelevanza e dell'inqualificazione della fattispecie, imposta da una concezione analitica della stessa, a rivelare i suoi limiti. Senza gli elementi costitutivi non c'è fattispecie e mai potrà essere recuperata. Questa prospettiva si rivela troppo rigorosa e limitante, al punto da osservare gli istituti normativi con lenti deformate, che non sembrano adeguatamente dar conto dell'esigenza che sottende all'efficacia di un contratto nullo, quella del principio di conservazione (su cui, *infra*, cap. II)⁶⁰.

Appartiene al medesimo ordine di ragioni (cioè, quello della non più eccezionale efficacia del negozio nullo), il peso sistematico che ha assunto la nullità a legittimazione relativa nel nostro sistema (specialmente sotto l'influsso del diritto europeo)⁶¹. Là dove la nullità non può essere fatta valere da tutte le parti del contratto, ma solo dai soggetti nel cui interesse è prevista la nullità, si verifica una situazione nella quale, a dispetto dell'inefficace originaria che ad essa consegue, in caso di mancato rilievo della nullità ad opera dell'interessato, la controparte si trova esposta all'esecuzione di un contratto nullo, come se il contratto fosse pienamente efficace: riprendendo le parole di autorevole dottrina, «vale come avvenuto ciò che non è avvenuto»⁶².

essere più pronunciata. Poi ci sono i principi giurisprudenziali: secondo Cass. civ., Sez. Un., 9 ottobre 2017, n. 23601, la nullità del contratto di locazione di un immobile per omessa registrazione ai sensi dell'art. 1, comma 346, L. 30 dicembre 2004, n. 311, è sanabile con efficacia retroattiva, facendo produrre al contratto i suoi effetti con decorrenza *ex tunc*, a seguito della registrazione tardiva contemplata dalle norme tributarie.

⁵⁸ Il dato è ormai acquisito in dottrina: cfr. G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 13, 70 s., 181; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 503, il quale conseguentemente non esclude l'interpretazione analogica del modello europeo di nullità.

⁵⁹ A pena di scadere nel concettualismo, secondo i rilievi metodologici indicati dallo stesso B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, cit., 29 s., nota 20.

⁶⁰ Di recente, M. RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015, 13, avverte che qualsiasi ragionamento sulla sanatoria degli atti nulli presuppone che sia acquisita la distinzione fra nullità ed inesistenza.

⁶¹ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 489 ss., spec. 500 ss., sul carattere dirompente dell'avvento delle nullità europee nel nostro sistema e con riferimento al concetto della nullità tradizionale posta a presidio dell'irregolare venuta ad esistenza della fattispecie.

Cfr. M. RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, cit., 49 ss. per l'analisi della diffusione delle nullità relative nel nostro ordinamento, anche in assenza di espresse previsioni normative europee (che si limitavano a formulare obblighi di condotta delle parti del contratto, senza, però, specificare la sanzione) e, in svariati casi, anche al di fuori di ambiti disciplinati dal diritto europeo, come scelta di politica del diritto esclusivamente interna.

⁶² L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 346 s., rileva

Le insanabili contraddizioni cui la teoria della nullità, intesa come irrilevanza ed inqualificazione, è esposta a confronto con i dati normativi⁶³, impingono di fondare la patologia su altre basi.

Il dato di partenza da considerare è che il contratto nullo, inteso come fattispecie inqualificata ed irrilevante, è un *non*-contratto; il che già evidenzia come, all'inverso, lasciando in disparte la logica formale, l'ordinamento non lo consideri tale. Un contratto può definirsi nullo, solo se lo si possa innanzi tutto definire un contratto, cioè una fattispecie identificabile come tale e per ciò stesso rilevante.

Ed ecco dunque spiegata la necessità di costruire l'autonomia concettuale dell'esistenza⁶⁴: l'esistenza giuridica è una qualificazione giuridica positiva,

che una «nullità che esiste per l'uno e non per l'altro è concetto falso o assurdo; l'essere e il non essere sono termini contrapposti: il negozio [nullo] non può produrre effetti, ed invece questi devono valere come prodotti per tutti, se la parte che sola ha diritto alla pronunzia di nullità non crede di chiederla, ossia vale come avvenuto ciò che non è avvenuto».

In termini analoghi, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 247, che ritiene inconcepibile un negozio claudicante come quella fulminato da una nullità relativa.

Contra, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 483, secondo cui non sussiste incompatibilità logica tra i due concetti di nullità e di relatività, giacché «la relatività delle qualifiche e situazioni giuridiche è un fenomeno che si può considerare acquisito».

⁶³ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., 502, riconosce l'assoluta incompatibilità ed inspiegabilità del principio dispositivo *ex uno latere* proprio delle nullità a legittimazione relativa con la logica della nullità come strumento a garanzia della rispondenza della fattispecie, cioè alla nullità intesa come irrilevanza ed inqualificazione. Il diritto europeo dei contratti dimostra, ad avviso dell'A., tutto il relativismo insito in consolidate equazioni della nostra dogmatica: la nullità non è irrilevanza; la nullità presuppone anzi la rilevanza e come tale può comportare anche la produzione di effetti, sebbene eliminabili. La nullità europea si presenta, appunto, come qualificazione negativa (non inqualificazione) di un negozio rilevante, capace in quanto tale anche di conseguenti effetti più o meno ampi, più o meno estesi, più o meno eliminabili o transitori (*op. cit.*, 506).

Per la diversa posizione sostenuta in passato dall'A., cioè per l'invalidità come irrilevanza giuridica della fattispecie, cfr. ID., voce *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., 324 ss., 332 s., 372 ss.

⁶⁴ La dottrina assolutamente dominante è concorde nel conferire autonomia concettuale all'inesistenza giuridica, distinguendola dalla nullità. Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 242 s., cui aderisce L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 336 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 329 ss.; T. ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 61 ss.; R. TOMMASINI, voce *Nullità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 871 ss.; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., 32 s., là dove si rileva che l'atto nullo, in quanto presupposto di disciplina, non può considerarsi giuridicamente irrilevante; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., 506; ID., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 1, 205 ss., il quale rileva che la validità e l'invalidità costituiscono il *quid medium* tra la rilevanza (nozione da preferire rispetto a quella di esistenza) e l'efficacia ovvero, rispettivamente, l'inefficacia, ma comunque ribadisce che l'invalidità non compromette in

che coincide con la rilevanza giuridica; la nullità è una qualificazione giuridica negativa⁶⁵. Le due affermazioni devono essere però precisate.

L'inesistenza giuridica non è una categoria autonoma dalla rilevanza giuridica, di cui rappresenta semplicemente il contrario logico: inesistenza giuridica equivale, dunque, ad irrilevanza giuridica. L'inesistenza giuridica, allora, designa l'assenza (*recte*, l'impossibilità) di una qualificazione positiva, individuando – essa sì – una forma di inqualificazione⁶⁶.

L'inesistenza giuridica, come forma di inqualificazione, è categoria autonoma dalla nullità (e dalle altre forme di patologia), che designa una qualificazione negativa di una fattispecie rilevante.

La peculiarità della nullità (al pari delle altre forme di patologia) è che essa costituisce una forma di qualificazione *essenzialmente* negativa. Di ciò si ha dimostrazione considerando che nel nostro sistema giuridico non è possibile rinvenire l'opposto logico della nullità. Quest'ultimo non può identificarsi con il contratto valido: esistono, infatti, contratti *non* nulli che possono comunque essere invalidi (ad es., perché annullabili). La ragione di ciò è proprio nel sistema plurale della patologia, che si cercherà di approfondire nel capitolo seguente. E per tale ragione possiamo estendere tale conclusione alle altre figure di patologia genetica e funzionale.

Possiamo, allora, concludere che nel nostro sistema giuridico la patologica è una qualificazione giuridica *essenzialmente* negativa, in quanto non è rinvenibile nel sistema il suo contrario logico di segno positivo. Quest'ultimo non riesce ad ottenersi neppure attraverso la negazione della qualifica negativa: il contratto *non*-nullo (negazione della nullità), si è detto, non è necessariamente un contratto valido. Diverso è il discorso con riferimento all'inesistenza giuridica: quest'ultima non è concepibile disgiuntamente dal suo contrario logico, di segno positivo, l'esistenza giuridica⁶⁷, cioè la rilevanza giuridica.

Ma ora occorre soffermarci su un ultimo punto: quale sia il materiale costruttivo della rilevanza giuridica, cioè come si identifica un contratto giuridicamente rilevante.

alcun caso la rilevanza dell'atto (*ivi*, 211); C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, III ed., Milano, 2019, 569; ROPPO V., *Il contratto*, II ed., in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 711 ss.; A. DI MAJO, *La nullità*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, XIII, 7, Torino, 2002, 49 ss. Sulla questione, inoltre, A. BELVEDERE, *L'inesistenza negoziale tra dogmatica e semantica*, in *Diritto privato*, 1999-2000, Padova, 2001, 5 ss. e 20 ss.; F. VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, cit., 185 ss.

⁶⁵ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 344.

⁶⁶ In tal senso, già, R. TOMMASINI, voce *Nullità (diritto privato)*, cit., 873 s.

⁶⁷ Questo profilo è stato adeguatamente messo in luce già da R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 338, il quale limpidamente sottolineava che l'idea di inesistenza acquista un suo rilievo ed una ragione di essere, ove la si ponga in relazione con l'altra positiva di esistenza.