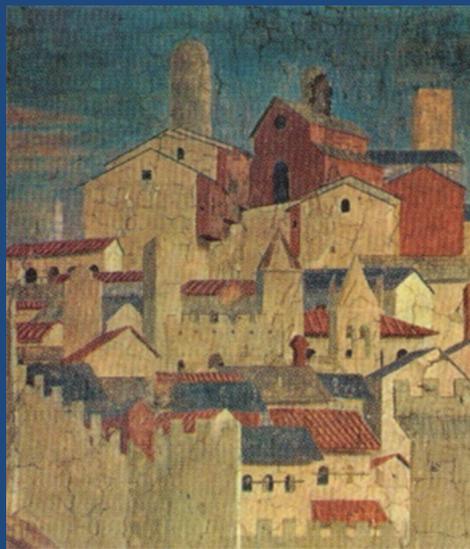


PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2020 – Numero 2

Saggi

- The politics of justice in European private law, an introduction, di Hans Wolfgang Micklitz p. 3
- Il trattamento dei dati inerenti alla salute nell'epoca della pandemia: cronaca dell'emergenza, di Dianora Poletti p. 65
- Le tutele dei diritti durante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?, di Carlo Pilia p. 77
- Flussi informativi e doveri degli amministratori di società per azioni ai tempi dell'intelligenza artificiale, di Maria Lillà Montagnani p. 86

Note e commenti

- L'obbligazione "con falsa alternativa" quale sanzione convenzionale atipica?, di Ivan Libero Nocera p. 109
- "Dai diamanti...non nasce niente?". Rischio e responsabilità nelle operazioni di investimento in beni rifugio, di Federico Pistelli p. 131

Osservatorio

- Diritto e nuove tecnologie. Rubrica di aggiornamento dell'OGID * p. 151

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Direzione:
Giuseppe Vettori

Comitato di direzione:
Fabio Addis; Giuseppina Capaldo; Ernesto Capobianco; Massimo Confortini; Giovanni Di Rosa; Pasquale Femia; Massimo Franzoni; Carlo Granelli; Stefan Grundmann; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Hans W. Micklitz; Emanuela Navarretta; Fabio Padovini; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Antonio Rizzi; Pietro Sirena; Massimo Zaccheo.

Comitato dei revisori:
José Luis Argudo Periz; Vincenzo Barba; Elena Bargelli; Giovanni Francesco Basini; Ettore Battelli; Carmelita Camardi; Raffaele Caterina; Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla; Giovanni D'Amico; Matteo Della Casa; Rocco Favale; Giancarlo Filanti; Massimo Foglia; Arianna Fusaro; Cecilia Gomez Salvago Sanchez; Mauro Grondona; Freddy Andrés Hung Gil; Eva Leccese; Antonio Palmieri; Leonardo Perez Gallardo; Valerio Pescatore; Maddalena Rabitti; Antonio Saccoccio; Massimo Proto; Vincenzo Putorti; Andrea Renda; Claudio Scognamiglio; Anna Maria Siniscalchi; Vincenzo Verdicchio.

Segreteria di redazione:
Mario Mauro

Redazione:
Antonio Gorgoni; Daniele Imbruglia; Mario Mauro; Serena Meucci; Salvatore Orlando; Carlo Pilia; Fabrizio Piraino; Alberto Venturelli

E-mail:
info@personaemercato.it

Web:
www.personaemercato.it

Persona e Mercato è testata registrata in data 9/10/2000 al n. 4995 dell'elenco della stampa periodica curato dal Tribunale di Firenze.

ISSN 2239-8570

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

Tutti i contributi pubblicati su questo numero sono stati oggetto di valutazione positiva e anonima da parte di un membro del Comitato dei revisori.

* Contributo non sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 9, V co., del Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, approvato con Delibera del Consiglio Direttivo n. 42 del 20.02.2019.

L'OBBLIGAZIONE “CON FALSA ALTERNATIVA” QUALE SANZIONE CONVENZIONALE ATIPICA?

Di Ivan Libero Nocera

| 109

L' obbligazione “ con falsa alternativa” quale sanzione convenzionale atipica?
(Ivan Libero Nocera)



SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tipologia dell'obbligazione alternativa e i suoi elementi caratterizzanti. - 3. Le “deviazioni” dall'obbligazione alternativa: la “falsa alternativa”. - 4. La sorte dell'obbligazione subordinata in ipotesi di nullità dell'obbligazione principale. - 5. L'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione principale. - 6. I riverberi della “falsa alternativa” sul profilo rimediale e il divieto di patto commissorio. - 7. Obbligazione “con falsa alternativa” e clausola penale. - 8. Obbligazione “con falsa alternativa” quale sanzione convenzionale atipica. - 9. Sanzioni civili atipiche, autonomia privata e valori costituzionali.

ABSTRACT. Muovendo dall'analisi delle obbligazioni alternative, il presente saggio, dopo aver analizzato la categoria delle obbligazioni “con falsa alternativa” e le problematiche presentate dalle sue applicazioni giurisprudenziali, si concentra sui rapporti tra tale categoria e la clausola penale, per poi indagare la possibilità di configurare nell'ordinamento sanzioni convenzionali atipiche dell'inadempimento.

Moving from the analysis of alternative obligations, this essay, after analysing the category of obligations “with false alternative” and the problems presented by its jurisprudential applications, focuses on the relationship between this category and the penal clause and then investigates the possibility of setting up atypical conventional sanctions for non-compliance in our legal system.

1. Premessa.

Nel diritto delle obbligazioni è nota la categoria caratterizzata dall'oggetto del rapporto indeterminato che include - oltre alle obbligazioni derivanti da contratti nei quali l'oggetto sia determinabile - le obbligazioni generiche, facoltative e alternative¹.

Meno indagata è, invece, la tipologia dell'obbligazione "con falsa alternativa", coniata dalla dottrina² e attestata in sporadiche pronunce della giurisprudenza³, al fine di designare le ipotesi

in cui si prevede che, in caso di mancata esecuzione della prestazione dovuta per una qualsiasi ragione (inadempimento o impossibilità sopravvenuta non imputabile) il debitore sia tenuto ad eseguire una prestazione subordinata.

La presente indagine si propone, dunque, prendendo l'abbrivio dalla distinzione tra tale tipologia e quella tipica delle obbligazioni alternative, di esaminarne le peculiarità e i riflessi sul profilo strutturale, per poi tentare di verificarne la configurabilità quale sanzione convenzionale atipica dell'inadempimento.

2. La tipologia dell'obbligazione alternativa e i suoi elementi caratterizzanti

Le obbligazioni alternative - alle quali il codice dedica una peculiare disciplina (artt. 1285-1291 c.c.)⁴ - sono connotate da un oggetto parzialmente indeterminato in quanto le plurime prestazioni tutte dedotte in un'unica obbligazione, precisamente individuate e ontologicamente differenti, sono poste in alternativa tra loro⁵. Di conseguenza, il debitore si libera adempiendo in maniera disgiuntiva solo ad una delle prestazioni incluse fin dall'origine nell'oggetto del rapporto obbligatorio⁶, secondo l'adagio *duae (vel plures) res sunt in obligatione, una autem in solutione*⁷. Si marca così la distinzione con l'obbligazione facoltativa in cui è dedotta un'unica prestazione ma il debitore può liberarsi ef-

¹ In merito alle differenti categorie suggerite dalla dottrina si vedano E.A. EMILIOZZI, *Obbligazioni alternative, in solido divisibili e indivisibili, Commentario del codice civile, Scialoja-Branca, Libro IV, Delle Obbligazioni, Artt. 1285-1320*, Bologna - Roma, 2019, p. 7; F. GAMBINO, *Le obbligazioni, I, Il rapporto obbligatorio*, 2015, Milano p. 180; S. CHERTI, *Delle obbligazioni alternative*, in V. Cuffaro (a cura di) *Delle obbligazioni. Artt. 1277 - 1320*, in E. Gabrielli (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino, 2013, p. 144; ID., *L'obbligazione alternativa e le classificazioni delle obbligazioni*, in S. Patti e L. Vacca (a cura di) *Le figure speciali*, Padova, 2010, p. 635; A. RICCIO, *Le obbligazioni alternative*, in M. Franzoni (a cura di), *Le Obbligazioni, I. L'obbligazione in generale (1173-1320 C.C.)*, Torino, 2004, p. 1187; A. GORASSINI, *Alternatività nell'oggetto della obbligazione*, Napoli, 1999, p. 169; R. CECCHETTI, *Le obbligazioni alternative*, Padova, 1997, p. 2; C.M. BIANCA, *Diritto civile. IV. L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 107; M. CANTILLO, *Le obbligazioni, in Giur. sistematica di diritto civile e comm. fondata da W. Bigiavi*, III, Torino, 1992, p. 1481; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in G. Iudica e P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991, p. 6; M. GIORGIANNI, *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 598; D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile, Scialoja-Branca, Libro IV, Delle Obbligazioni, Artt. 1285-1320*, Bologna-Roma, 1961, p. 1; G.B. FUNAIOLI, *Diritto Civile. L'obbligazione in generale e le sue fonti con speciale riguardo al contratto*, Pisa, 1947, p. 99; nonché, con riferimento al codice civile del 1865, R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, III, Messina, 1935, p. 36; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, IV, Torino, 1930, p. 518; N. COVIELLO, *Della Trascrizione*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, già diretto da P. Fiore, II, Napoli-Torino, 1924, p. 166.

² Si vedano E.A. EMILIOZZI, *Obbligazioni alternative, in solido divisibili e indivisibili*, cit., p. 275; R. CALVO, *Le obbligazioni oggettivamente complesse*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2018, p. 34; S. CHERTI, *Delle obbligazioni alternative*, cit., p. 211; ID., *L'obbligazione alternativa. Nozione e realtà applicativa*, Torino, 2008, p. 107; F. GIRINO, voce *Obbligazione III) Obbligazioni alternative e facoltative*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 2009, p. 5; A. ZACCARIA, *Delle obbligazioni alternative*, in G. Cian - A. Trabucchi (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2002, p. 1345; M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, cit., p. 1484; C.M. MAZZONI, *Le obbligazioni alternative*, in P. Rescigno (a cura di), *Trattato di diritto privato*, IX, Torino, 1986, p. 727; N. DISTASO, *Le obbligazioni in generale, in Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1970, p. 924; D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 17.

³ Si rintraccia unicamente in Cass., 20 marzo 2018, n. 6984, in *Foro it.*, 2018, 9, 1, p. 2797; Cass., 30 dicembre 2013, n. 28725, in *LeggidItalia.it*; Cass., 12 febbraio 1993, n. 1787, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 64, con nota di A. MORACE PINELLI, *Trasferimento a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto di patto commissorio*; Cass., 24 maggio 1969, n. 1848, in *Mass. Giur. it.*, 1965.

⁴ In continuità con il codice Pisanelli che, seguendo la tradizione del *code* napoleonico, disciplinava l'obbligazione alternativa agli artt. 1177 - 1183, sebbene il tenore letterale dell'art. 1177 c.c. («chi ha contratta un'obbligazione alternativa si libera prestando si libera prestando una delle cose disgiuntamente comprese nell'obbligazione; ma non si può costringere il creditore a ricevere parte dell'una e parte dell'altra cosa») potesse far sorgere il dubbio di escludere la legge quale fonte di tale tipologia di obbligazione.

⁵ Secondo D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 9, «non sarebbe tecnicamente impossibile che un rapporto giuridico rimanga senza oggetto determinato per un certo tempo dopo la sua nascita, sarebbe impossibile solo se l'oggetto fosse anche indeterminabile oltre che indeterminato e in tal caso il negozio sarebbe nullo».

⁶ A tal proposito, si suole individuare tra i dati caratterizzanti l'obbligazione alternativa la pluralità dell'oggetto e l'unicità dell'adempimento. Si vedano in proposito A. ZACCARIA, *Delle obbligazioni alternative*, cit., p. 1241; G. STELLA RICHTER, *Delle obbligazioni alternative*, in C. Ruperto - V. Sgroi (diretta da), *Nuova rassegna di giur. sul cod. civ.*, IV, Milano, 1994, p. 456; A. GIAQUINTO, *Delle obbligazioni alternative*, in M. D'Amelio - E. Finzi (diretto da), *Codice Civile. Commentario*, I, Firenze, 1948, p. 234; C. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni con riguardo al nuovo codice civile*, Napoli, 1948, p. 251.

⁷ Sull'idoneità definitoria di tale brocardo si vedano le riflessioni di A. GORASSINI, *Delle obbligazioni alternative*, in G. Perlingieri (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 4, I, Napoli, 2010, p. 285.





fettuando un'altra prestazione la quale non entra mai nel rapporto obbligatorio: *una res in obligatione, duae autem in facultate solutionis*.

Pertanto, l'obbligazione alternativa è caratterizzata dalla presenza di almeno due prestazioni - normalmente di diversa natura - tutte parimenti idonee a soddisfare l'interesse creditorio, nonché dall'unicità dell'adempimento, atteso che l'estinzione dell'obbligazione esige l'esecuzione, per intero, di una delle prestazioni previste nel rapporto obbligatorio, senza possibilità per il debitore di liberarsi eseguendo porzioni delle prestazioni dedotte in obbligazione.

L'interesse al ricorso a tale figura - fatte salve alcune ipotesi tipiche⁸ - riposa su una situazione d'incertezza in cui può versare sia il creditore, in relazione all'interesse da soddisfare e alla migliore modalità per soddisfarlo, sia il debitore con riferimento al minor sacrificio che potrebbe richiedere, a parità di corrispettivo, una certa prestazione o un'altra⁹. Tuttavia, nonostante l'elemento dell'incertezza, l'obbligazione alternativa si distingue dall'obbligazione condizionale in quanto l'incertezza non colpisce l'esistenza del vincolo ovvero la persistenza dell'obbligazione, bensì il momento esecutivo del rapporto, nella misura in cui è incerta quale delle prestazioni promesse sarà adem-

piuta¹⁰. Il nesso di alternatività tra le prestazioni incluse nell'oggetto del rapporto obbligatorio comporta solo una parziale indeterminatezza del contenuto, senza incidere sulla sussistenza del vincolo obbligatorio¹¹.

Il debitore, dunque, è tenuto ad adempiere una soltanto delle prestazioni dovute al momento del sorgere del rapporto, la quale sarà individuata in modo definitivo unicamente in seguito ad una scelta riservata al debitore, salvo che non sia stato convenuto dalle parti di attribuirlo al creditore o ad un terzo¹²: si determina così una semplificazione del rapporto definita "concentrazione" dell'obbligazione sulla prestazione non estromessa in esito all'esercizio della facoltà di scelta¹³.

L'atto della scelta, pur non influenzando sulla fonte dell'obbligazione ma sulla sua esecuzione, è di peculiare momento all'interno del rapporto, valendo a qualificare la struttura medesima dell'obbligazione alternativa. Invero, l'atto con cui il soggetto legittimato esercita il diritto potestativo di scelta¹⁴ (al pari della sopravvenuta impossibilità di tutte le prestazioni meno una) è idoneo a trasformare un'obbligazione oggettivamente complessa in ob-

⁸ Basti pensare, ad esempio, all'art. 665 c.c. in materia di legato alternativo; all'obbligazione di prestare una garanzia ai sensi dell'art. 1179 c.c.; all'art. 1492, comma 1°, c.c. in ipotesi di vendita di cosa viziata; l'art. 1538, comma 2, c.c. sulla vendita di un bene a corpo. Meno univoca risulta la configurazione quale obbligazione alternativa dell'obbligazione alimentare ai sensi dell'art. 443 c.c. (per S. CHERTI, *L'obbligazione alternativa. Nozione e realtà applicativa*, cit., p. 21; C.M. BIANCA, *Diritto civile II. La famiglia-Le successioni*, Milano, 2005, p. 485; G. TAMBURRINO, voce *Alimenti (Diritto civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 45, può essere ricondotta nell'alveo dell'art. 1286 c.c.; mentre T.A. AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984, 156, note 33 e 34 e C.M. MAZZONI, *Le obbligazioni alternative*, cit., p. 727, sostengono che in tale figura vi sia un'alternativa tra semplici modalità della prestazione); della collazione ex art. 746 c.c. (per R. CALVO, *Le obbligazioni oggettivamente complesse*, cit., p. 173, rappresenta un'obbligazione alternativa mentre per A. ALBANESE, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, in *Commentario Schelsinger*, Milano, 2009, p. 263 configura un'obbligazione facoltativa, nonché del risarcimento del danno da responsabilità extracontrattuale ai sensi degli artt. 2043 e 2058 c.c. (secondo E.A. EMILIOZZI, *Obbligazioni alternative, in solido divisibili e indivisibili*, cit., p. 59, la richiesta di risarcimento in forma specifica è manifestazione della facoltà di scelta della prestazione, mentre per A. DI MAJO - B. INZITARI, voce *Obbligazioni alternative*, cit., p. 212 e S. CHERTI, *L'obbligazione alternativa. Nozione e realtà applicativa*, cit., p. 166, la scelta compiuta ha la funzione di determinare la nascita di una o dell'altra obbligazione).

⁹ Una valutazione complessiva degli scopi astrattamente perseguibili attraverso lo schema dell'obbligazione alternativa si rintraccia in F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, Padova, 2007, p. 30 e A. DI MAJO - B. INZITARI, voce *Obbligazioni alternative*, cit., p. 212.

¹⁰ In proposito si vedano S. CHERTI, *Delle obbligazioni alternative*, cit., p. 211; R. CECCHETTI, *Le obbligazioni alternative*, cit., p. 7; P.M. VECCHI, *Sub art. 1285 cod. civ.*, in P. Cendon (diretto da), *Commentario al codice civile*, IV, Torino, 1991, p. 346; A. SMIRLOLDO, voce *Obbligazioni alternativa e facoltativa*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 629; A. FALZEA, *La condizionale e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 226.

¹¹ In un remoto arresto (Cass., 20 febbraio 1942, n. 473, in *Foro it.*, Rep., 1942, *Obbl. contr.*, n. 322) la Corte di Cassazione ha evidenziato l'esigenza di non confondere l'obbligazione alternativa con altre tipologie giuridiche «come quella dell'obbligazione condizionale in cui una prestazione sia dovuta a condizione che non ne venga prestata un'altra, e quella in cui l'obbligo di prestare una somma di denaro invece di altra cosa sia l'effetto della impossibilità in cui il debitore si trovi di eseguire, nella sua integrità, l'obbligazione stabilita. In questa ultima ipotesi non vi è neppure vera e propria sostituzione di una ad altra obbligazione, con estinzione di quest'ultima, ma unicamente diverso modo di adempimento dell'unica obbligazione principale del debitore».

¹² Si vedano in proposito F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, p. 350; D. SINESIO, *Le obbligazioni alternative e facoltative*, in N. Lipari - P. Rescigno (diretto da) e A. Zoppini (coordinato da), *Diritto civile, III, L'obbligazione, I, Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, p. 435; S. CHERTI, *Delle obbligazioni alternative*, cit., p. 173; V. CALDERAI, *Prefazione*, in L. Bigliazzi Geri, *L'interpretazione del contratto*, in *Commentario Schelsinger*, Milano, 2013 p. 66.

¹³ Sul punto si rinvia alle riflessioni di A. ZACCARIA, *Delle obbligazioni alternative*, cit., p. 1345; C.M. BIANCA, *Diritto Civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1992, p. 123; L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F.D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto Civile, III, Obbligazioni e Contratti*, Torino, 1989, p. 39; M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, cit., p. 1481; D. RUBINO, *Delle obbligazioni alternative*, cit., p. 8.

¹⁴ In tal senso si vedano U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 212 e C.M. BIANCA, *Diritto Civile, IV, L'obbligazione*, cit., p. 128, nota 70.

bligazione oggettivamente semplice con un'unica prestazione eseguibile, mediante l'espunzione di una o più prestazioni comprese *in obligatione* dal perimetro dell'adempimento¹⁵. L'atto di scelta, oltre ad essere un diritto potestativo, configura altresì un dovere giacché è funzionale all'adempimento dell'obbligazione, di talché non è attribuito nell'interesse esclusivo del soggetto chiamato a compierlo¹⁶.

A decorrere dall'esercizio della facoltà di scelta assumono rilevanza ai fini del rapporto obbligatorio esclusivamente le vicende che riguardano la prestazione scelta, senza alcuna possibilità che riviva la prestazione (o le prestazioni) originariamente previste come alternative. Pertanto, se la prestazione scelta diviene impossibile per una causa non imputabile al debitore successivamente alla scelta, l'obbligazione si estingue in forza dell'art. 1256 c.c. e il creditore non può domandare l'adempimento di una delle prestazioni originariamente dedotte nel rapporto obbligatorio come alternative¹⁷. Se invece l'impossibilità sopravvenuta di una delle prestazioni avviene prima dell'esercizio della scelta, il legislatore modula diversamente le conseguenze in relazione al soggetto cui spetta il potere di scelta e a colui al quale sia imputabile l'impossibilità sopravvenuta della prestazione (artt. 1288 - 1290 c.c.).

3. Le "deviazioni" dall'obbligazione alternativa: la "falsa alternativa"

¹⁵ In tema si richiamano le acute considerazioni di R. CALVO, *Le obbligazioni oggettivamente complesse*, cit., p. 17 e A. DI MAJO - B. INZITARI, voce *Obbligazioni alternative*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 218.

¹⁶ In proposito si veda D. RUBINO, *Delle obbligazioni alternative*, cit., p. 14.

¹⁷ In merito, giova rammentare la vicenda decisa da Cass., 4 maggio 2012, n. 6772, in *CED Cassazione*, 2012. Un testatore, in segno di gratitudine per l'assistenza che un terzo gli aveva prestato, abitando con lui in un immobile oggetto di un lascito, aveva onerato il legatario di un'obbligazione alternativa a scelta del terzo beneficiario, il quale avrebbe potuto scegliere tra la permanenza nell'abitazione del *de cuius* e l'ottenimento di una somma di denaro. Una volta scelto dal beneficiario il godimento del diritto di abitazione, era stato notificato un'ordinanza di sgombero per pericolo di crollo dell'edificio, nel quale non aveva potuto fare ritorno perché non ristrutturato dal legatario, l'obbligazione è stata ritenuta estinta per impossibilità sopravvenuta non imputabile. Invero, secondo la Suprema Corte, nel momento in cui l'obbligazione alternativa, con la morte del testatore, era divenuta esigibile, la scelta operata dal beneficiario per la permanenza nell'immobile aveva determinato la concentrazione della prestazione unicamente sul godimento del bene; pertanto, allorché tale permanenza era divenuta impossibile in conseguenza dell'emissione dell'ordinanza di sgombero, l'unica prestazione alla quale era ormai tenuto il legatario era divenuta impossibile *ex art. 673, comma 2, c.c.* essendosi resa necessaria la demolizione dell'immobile con conseguente perimento della cosa legata.

Il codice contempla un'ipotesi "tipica" di deviazione dallo schema proprio dell'obbligazione alternativa allorché l'art. 1288 c.c. disciplina il caso in cui una o più delle prestazioni dovute non possa *ab origine* entrare a far parte del rapporto obbligatorio perché illecita, impossibile, indeterminata o indeterminabile, oppure diventi impossibile per caso fortuito prima del compimento della scelta, facendo venir meno la pluralità dell'oggetto¹⁸. In tali fattispecie - al pari di quella in cui il fatto previsto per provocare la concentrazione si sia già verificato all'insaputa delle parti - si realizzerà la concentrazione *ope legis* dell'obbligazione nei confronti della prestazione "superstite", equiparandosi dunque il rapporto obbligatorio a quello che si realizza in ipotesi di obbligazione semplice per quanto concerne gli effetti¹⁹.

In queste fattispecie, come in quella in cui il proponente offre di stipulare un'obbligazione alternativa e l'altra parte accetta solo per una delle due prestazioni, difetta il meccanismo che permette ai diversi interessi dei soggetti di cristallizzarsi successivamente al momento in cui sorge il rapporto, atteso che in realtà, consapevolmente o meno, anteriormente alla formazione del titolo e alla nascita dell'obbligazione questa è già limitata ad una sola prestazione, rendendosi irrilevante il momento della scelta.

Si distinguono dalle menzionate tipologie - benché come queste si collochino parimenti fuori dal solco delle obbligazioni alternative - le fattispecie in cui il vincolo che si costituisce tra le parti coinvolte contempla due rapporti obbligatori collegati ovvero un'unica obbligazione con più prestazioni in cui il soddisfacimento dell'interesse creditorio riposa soltanto su una delle due, mentre la seconda sia incerta e in posizione accessoria rispetto alla prima.

Invero, si è esposto come l'obbligazione alternativa implichi l'originario concorso di due o più prestazioni in posizione di reciproca parità, dedotte in modo disgiuntivo, ciascuna delle quali può essere adempiuta solo dopo la scelta rimessa alla volontà di una delle parti (o di un terzo)²⁰. In altri termini, nell'obbligazione alternativa le prestazioni dedotte

¹⁸ In proposito si veda l'elenco sviluppato da D. RUBINO, *Delle obbligazioni alternative*, cit., p. 14.

¹⁹ Come osserva A. GORASSINI, *Alternatività nell'oggetto della obbligazione*, cit., p. 291, l'art. 1288 c.c. stabilisce che nel caso di impossibilità di una delle prestazioni l'obbligazione «si considera semplice» ma non diviene semplice. In proposito si richiamano altresì le riflessioni di R. CALVO, *Le obbligazioni oggettivamente complesse*, cit., p. 116.

²⁰ In tal senso si vedano Cass., 23 agosto 2011, n. 17512, in *CED Cassazione*, 2011; Cass., 16 agosto 2000, n. 10853, in *Mass. Giur. it.*, 2000; Cass., 17 novembre 1995, n. 11899, in *Mass. Giur. it.*, 1995.





in obbligazione sono collocate *ab origine* sullo stesso livello, funzionalmente equivalenti alla realizzazione dell'interesse del soggetto cui è stata attribuita la facoltà di scelta e, fino al momento della concentrazione, tutte idonee ad essere eseguite ma non esigibili contemporaneamente: di conseguenza, l'esigibilità caratterizzerà unicamente la prestazione scelta (a differenza dell'obbligazione cumulativa dove tutte le prestazioni devono essere adempiute).

Di conseguenza, difetta il presupposto dell'alternatività qualora una delle prestazioni sia dovuta in ogni caso mentre sia incerto se oltre a questa sarà eseguita anche un'altra prestazione, accessoria o meno alla prima²¹. Si pensi alla fattispecie in cui l'acquirente si obbliga ad acquistare un immobile corrispondendo il prezzo in un'unica soluzione ovvero in maniera dilazionata concedendo, tuttavia, un'ipoteca²²: in tale ipotesi l'obbligo di costituire una garanzia è subordinato solo alla scelta in ordine alla modalità di esecuzione dell'obbligazione di pagamento cui il debitore è comunque tenuto.

Allo stesso modo, si colloca al di là del perimetro delle obbligazioni alternative la fattispecie in cui a una prestazione sia attribuita valenza preminente rispetto all'altra in ordine al dovere di esecuzione, prevedendosi, per legge o per convenzione, che in caso di mancata esecuzione di una prestazione per una qualsiasi ragione (inadempimento o impossibilità sopravvenuta non imputabile), il debitore sia tenuto ad eseguire una prestazione subordinata.

A tal proposito, al fine di tracciare una distinzione con la categoria dell'obbligazione alternativa qualora il rapporto fra le prestazioni dedotte in obbligazione non sia di parità ma di subordinazione graduale, il formante dottrinale ha introdotto la categoria delle obbligazioni "con falsa alternativa"²³.

In questa categoria, dunque, il rapporto obbligatorio sorge con una unica prestazione, tuttavia, allorché si verifichi l'inadempimento ovvero una situazione impeditiva dell'adempimento che il debitore non è in grado di superare o di prevenire con l'impiego della dovuta diligenza, non si produrrà l'effetto estintivo ai sensi dell'art. 1256 c.c. bensì,

derogandosi pattiziamente al meccanismo previsto da tale norma, il debitore dovrà adempiere ad una diversa prestazione, che non era originariamente dedotta quale oggetto dell'adempimento.

È evidente come in questa ipotesi venga meno l'elemento precipuo delle obbligazioni alternative costituito dalla scelta da parte del debitore (o del creditore o di un terzo) tra differenti prestazioni, prevedendosi un regime convenzionale degli effetti dell'impossibilità sopravvenuta diverso da quello legale²⁴. Pertanto, la giurisprudenza ha ritenuto che non si configuri un'obbligazione alternativa nell'ipotesi in cui sia stata pronunciata una condanna al risarcimento in forma specifica e, in caso d'inadempimento alla prima prestazione, all'equivalente pecuniario²⁵.

La tipologia di obbligazioni "con falsa alternativa" si distingue altresì dalle obbligazioni facoltative. Invero, sebbene in entrambe vi sia un'unica prestazione dedotta nell'obbligazione e una graduazione tra due prestazioni, nelle prime al debitore non è attribuita la facoltà di liberarsi con l'esecuzione di una prestazione diversa da quella originariamente dovuta, bensì la prestazione secondaria è dovuta a titolo di "sanzione" per l'inadempimento o l'impossibilità sopravvenuta della prestazione principale, senza che vi sia spazio per una determinazione volitiva del debitore²⁶.

4. La sorte dell'obbligazione subordinata in ipotesi di nullità dell'obbligazione principale

Alla categoria puramente dottrinale dell'obbligazione "con falsa alternativa" non corrisponde un'apposita regolamentazione normativa, di talché il suo inquadramento sistematico resta affidato all'interprete il quale può individuare le caratteristiche precipue che emergono dalla sparuta produzione giurisprudenziale²⁷.

Una prima problematica ha riguardato i termini del rapporto tra la prestazione principale originaria

²¹ In proposito, si rinvia all'analisi di D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 14.

²² Sul punto si veda M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, cit., p. 1484.

²³ Si vedano E.A. EMILIOZZI, *Obbligazioni alternative, in solido divisibili e indivisibili*, cit., p. 275; R. CALVO, *Le obbligazioni oggettivamente complesse*, cit., p. 34; S. CHERTI, *Delle obbligazioni alternative*, cit., p. 211; ID., *L'obbligazione alternativa. Nozione e realtà applicativa*, cit., p. 107; F. GIRINO, voce *Obbligazione III) Obbligazioni alternative e facoltative*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 2009, p. 5; A. ZACCARIA, *Delle obbligazioni alternative*, cit., p. 1345; M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, cit., p. 1484; C.M. MAZZONI, *Le obbligazioni alternative*, cit., p. 727; N. DISTASO, *Le obbligazioni in generale*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1970, p. 924; D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 17.

²⁴ Sul punto si veda Cass., 8 marzo 1950, n. 588, in *Foro it.*, 1950, I, p. 129.

²⁵ In tal senso due remote pronunce di App. Messina, 31 marzo 1959, in *Giust. civ. Rep.*, 1959, v. *Danni*, n. 170; App. Reggio Calabria, 18 ottobre 1957, *ivi*, 1958, v. *Obbl. contr.*, n. 443.

²⁶ In proposito si veda Cass., 24 maggio 1969, n. 1848, in *Mass. Giur. it.*, 1965, secondo cui «Le parti, oltre che creare un'obbligazione alternativa (*plures res sunt in obligatione, una autem in solutione*) ovvero con facoltà alternativa (*una res est in obligatione, plures in facultate solutionis*), possono dar vita ad una falsa alternativa, che si realizza, tra l'altro, quando la seconda delle due prestazioni è dovuta soltanto in caso d'inadempimento della prima e principale, rispetto alla quale l'altra si colloca in posizione subordinata».

²⁷ Si rinvia alle sentenze citate sopra alla nota 3.

e la prestazione succedanea - vale a dire dovuta solo in sostituzione della prestazione principale rimasta inadempita - con riferimento ai riflessi della nullità della prima sulla seconda.

In proposito, la Corte di Cassazione si è pronunciata su una fattispecie che riguardava un contratto preliminare di vendita avente ad oggetto degli appartamenti da realizzare sul lotto di terreno di proprietà del promissario acquirente e la cui individuazione era rimessa a quest'ultimo. Il negozio prevedeva che in caso d'inadempimento o di impossibilità della prestazione dedotta in via principale (il trasferimento degli immobili) il promissario venditore avrebbe versato al promissario acquirente una somma di denaro²⁸.

La Suprema Corte ha stabilito che, poiché era risultato indeterminato e indeterminabile l'oggetto della prestazione principale di trasferimento degli immobili, con conseguente nullità del contratto preliminare, non poteva ritenersi integrato il presupposto per l'adempimento dell'obbligazione subordinata di pagamento di una somma di denaro, atteso che tale obbligazione presupponeva l'inadempimento o l'impossibilità di adempiere un'obbligazione che non era neppure sorta in quanto nulla.

In tale sentenza si precisa che il contratto - là dove contempla che la prestazione avente ad oggetto il pagamento del controvalore degli immobili in ipotesi di impossibilità del trasferimento - non configura una fattispecie di obbligazione facoltativa, stante il difetto del carattere paritario delle prestazioni in concorso nella medesima obbligazione che nella specie erano invece poste in rapporto di subordinazione l'una all'altra.

Tentando di astrarre dalla specifica decisione della Corte di Cassazione su menzionata, un tratto saliente dell'obbligazione con falsa alternativa, si evidenzia come in tale categoria si riproduca uno schema condizionale²⁹, di talché la prestazione succedanea posta in posizione subordinata sarà dovuta solo se e quando la prestazione principale sia inadempita o divenga impossibile. In questa tipologia - ravvisandosi in ciò un ulteriore distinguo rispetto alle obbligazioni alternative - le prestazioni poste in rapporto di subordinazione tra loro possono essere contenute anche in due differenti rapporti obbligatori posti in collegamento, in cui uno è soggetto alla condizione sospensiva negativa della non attuazione totale o parziale dell'altro.

Qualora, invece, l'obbligazione avente ad oggetto la prestazione principale sia dichiarata nulla,

²⁸ Si veda, in merito, Cass., 2 dicembre 2013, n. 26988, in *CED Cassazione*, 2013.

²⁹ Sul punto si richiamano le riflessioni di L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F.D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto Civile*, cit., p. 40 e di M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, cit., p. 1502.

l'obbligazione da eseguirsi in via gradata non viene travolta da tale invalidità in ragione della sanzione del disvalore dell'assetto negoziale, bensì non sorge *ab imis*, in quanto non si realizza l'evento dedotto quale condizione, ovvero l'inadempimento dell'obbligazione principale.

Attesa la nullità del contratto per indeterminazione dell'oggetto, giova soffermarsi sulla possibilità di mantenerlo limitatamente alla prestazione subordinata (avente ad oggetto la somma di denaro in luogo dei beni) in forza del principio di conservazione³⁰.

È noto che in caso di nullità di una singola clausola (intesa come unità elementare ed inscindibile del contenuto contrattuale) o di una parte del contratto (alla stregua di insieme di clausole coordinate, che non esauriscano l'intero contenuto del contratto) l'ordinamento mira a conservare il contratto per le restanti clausole o la restante parte (*utile per inutile non vitiatur*), a condizione che ciò non stravolga la funzione che le parti abbiano ragionevolmente attribuito allo stesso.

Tale valutazione inerente alla complessiva operazione negoziale obiettivamente considerata deve essere effettuata in senso oggettivo³¹, con riguardo al rapporto funzionale tra la clausola o la parte del contratto colpite dalla nullità, da un lato, e il contenuto principale del negozio dall'altra. Non si riconosce quindi alcun rilievo all'ipotetica volontà delle parti se non manifestato nel contratto, acclarando, invece, l'oggettivo equilibrio di interessi ivi cristal-

³⁰ Il principio di conservazione del contratto, avente un carattere meramente descrittivo, si giustifica con la finalità di riconoscere valore ed efficacia alle iniziative delle parti che mantengano una validità pratico-giuridica. In proposito, si veda in generale G. STELLA RICHTER, *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 410 e, più recentemente, F. VOLPE, *L'interpretazione autentica del contratto tra esigenze di accertamento e principio di conservazione*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 3, p. 583; P. PERLINGIERI, *La nullità del contratto fra esigenze protettive e principio di conservazione*, in *Annali Facoltà Economia Benevento*, 2000, p. 205; S. MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 1097. Tale principio, cardine della scienza interpretativa civilistica (*Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat*, Iul. I. 12 D. *de rebus dubiis* 34, 5), è codificato anche in diversi ordinamenti nazionali e sovranazionali, infatti si rinviene, oltre che nell'art. 1367 c.c. e nei corrispondenti artt. 1157 del *Code civil* e 1284 del *Código civil* spagnolo, anche all'art. 5.101 dei *Pecl*, all'art. 4.1 degli *Unidroit Principles*, e all'art. II - 8:101 del *Draft Common Frame of Reference*.

³¹ Reputa invece necessario ricercare la volontà delle parti G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, p. 62.





lizzato e la sua eventuale alterazione a seguito del venir meno della parte affetta da nullità³².

Pertanto, vi sarà la conservazione del contratto se si ritiene che la clausola o la parte “amputate” dal contratto non rivestono carattere essenziale per le parti contraenti, rimanendo inalterato l’assetto d’interessi realizzato con l’originario programma contrattuale³³. Tale concetto di essenzialità della prestazione - che è espressamente menzionato nella norma successiva relativa alla nullità del contratto plurilaterale di cui all’art. 1420 c.c. - è, dunque, ricostruito facendo riferimento a criteri di natura oggettiva, attraverso la verifica dell’indipendenza fun-

zionale tra le differenti prestazioni e l’eventuale turbamento che la mancata esecuzione di una causerebbe all’attuazione del contratto³⁴.

Nell’ipotesi di nullità della prestazione principale nell’ambito di un’obbligazione “con falsa alternativa”, nel caso in cui si siano verificati i presupposti per il sorgere della prestazione subordinata, potrebbe verificarsi un’ipotesi di nullità parziale ai sensi dell’art. 1419 c.c. Non è invero peregrino che sia ritenuta sussistente la compatibilità tra l’assetto di interessi perseguito con il contratto affetto parzialmente da nullità (nella fattispecie esaminata, il preliminare di vendita) e quello realizzato dalla restante parte (il pagamento della somma di denaro), mantenendo così la funzione complessiva dell’operazione economica programmata dalle parti.

Questa evenienza potrebbe verificarsi allorché le parti abbiano convenuto come dovuta la prestazione subordinata anche in ipotesi d’invalidità della prestazione principale. In tale ipotesi, una volta dichiarata la nullità della prestazione principale, questa non comporterebbe la caducazione dell’intero contratto, applicandosi il giudizio di essenzialità previsto dall’art. 1419, comma 1, c.c., atteso che si realizzerebbe il presupposto pattuito dalle parti perché sia dovuta la prestazione subordinata: il negozio, dunque, manterrebbe la propria utilità in relazione all’assetto di interessi che le parti hanno inteso con esso perseguire³⁵.

Invero, in questo caso, il giudizio di essenzialità appurerebbe la compatibilità tra il regolamento contrattuale residuo e il rispetto sostanziale del disegno originario dei contraenti che contemplava la doverosità della prestazione subordinata finanche in ipotesi di invalidità di quella principale: in tale eventualità si può ragionevolmente affermare che la parte del contenuto negoziale contenente la prestazione subordinata risponderebbe comunque all’assetto d’interessi voluto dalle parti, di talché il contenuto

³² Si vedano in proposito le considerazioni di R. TOMMASINI, *Il rimedio della nullità parziale e la ricostruzione del sistema*, in Id. (a cura di), *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, 2013, p. 55; A. D’ADDA, *Invalità dei patti abusivi, correzione legale del contratto e disciplina della nullità parziale*, in *Obbl. e contr.*, 6, 2008, p. 487; V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 686. Giova in merito rammentare le acute riflessioni di C.M. BIANCA, *Diritto civile III. Il Contratto*, Milano, 2000, p. 639, secondo cui «il senso della norma sulla nullità parziale oggettiva si spiega piuttosto in considerazione della sua ragione, che è quella di conservare il contratto salvo che la modifica del contenuto sia tale da non giustificarne obiettivamente il mantenimento [...]. Ciò che si richiede è quindi una valutazione di compatibilità della modifica del contratto con la causa concreta di esso, dovendosi in definitiva accertare se la modifica abbia o no importanza determinante tenuto conto dell’interesse delle parti». In giurisprudenza, la Corte di Cassazione ha stabilito che «in caso di nullità parziale, l’indagine diretta a stabilire se la pattuizione nulla debba ritenersi essenziale va condotta con metodo oggettivo, con riferimento alla perdurante utilità del contratto rispetto agli interessi con esso perseguiti (Cass., 19 aprile 1982, n. 2411; Cass., 1 marzo 1995, n. 2340): occorrendo procedere ad un confronto fra lo scopo pratico sotteso al programma originariamente divisato e il diverso assetto d’interessi che risulta dal contratto, depurato della clausola colpita da nullità, e valutare se quest’ultimo è ragionevolmente compatibile, in termini di causa in concreto e di buona fede, con il primo. Ciò non significa, beninteso, mettere fuori gioco la volontà privata e la ricerca della comune intenzione delle parti, fedelmente espressa dal significato delle parole usate nel contratto e del loro comportamento complessivo, anche successivo, dal giudizio di nullità; ma vuoi dire attribuire alla volizione delle parti rilevanza se ed in quanto essa disegna e concretizza l’operazione che, in termini oggettivi ed economici, le parti hanno inteso realizzare (cfr. Cass., 11 agosto 1998, n. 7871), e non quando essa pretende di prefigurare la disciplina “normativa” degli effetti sul tutto derivanti dalla nullità del segmento». (così, in termini, Cass., 11 luglio 2012, n. 11749, in *Not.*, 2012, p. 586, analogo principio è stato recentemente ribadito da Cass., 9 aprile 2019, n. 9905, *ivi*, 2019, p. 266).

³³ Come osserva lucidamente F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 736: «si comprende bene perché la migliore dottrina e la giurisprudenza più condivisibile fondino il giudizio di nullità parziale sull’esame oggettivo del contratto. E rilevano la volontà dei contraenti alla permanenza del regolamento di interessi pur mutilato di qualche sua parte non già indagandola in concreto (nella sua effettività o nella sua potenzialità) e (anche) al di fuori di quanto si evince dal contratto, ma verificandola e appurandola nei limiti in cui risulta esteriorizzata nel testo dell’accordo».

³⁴ In generale, sul concetto di essenzialità della prestazione si vedano A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 133; L. CABELLA PISU, *Impossibilità sopravvenuta*, in F. Galgano (a cura di), in *Commentario del codice civile, Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, 2002, p. 178; F. DELFINI, *Il Codice Civile Commentato, artt. 1463-1466, dell’impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2010, p. 168; ed in giurisprudenza, fondamentalmente, Cass., 17 aprile 1980, n. 2546, in *Giust. civ.*, 1980, p. 1111, e Cass., 29 maggio 1980, n. 3547, *ivi*, 1980, p. 1536.

³⁵ Sul punto, Cass., 21 maggio 2007, in *Mass. Giur. it.*, 2007, afferma che «In materia di contratti, agli effetti dell’interpretazione della disposizione contenuta nell’art. 1419 c.c., vige la regola secondo cui la nullità parziale non si estende all’intero contenuto della disciplina negoziale se permane l’utilità del contratto in relazione agli interessi con esso perseguiti, secondo quanto emerge dall’attività ermeneutica svolta dal giudice; per converso, l’estensione all’intero negozio degli effetti della nullità parziale costituisce eccezione che deve essere provata dalla parte interessata».

dispositivo del negozio, privo della parte nulla, resta idoneo a realizzare una delle finalità cui la conclusione del contratto era preordinata.

Pertanto, secondo la funzione manutentiva che permea l'art. 1419, comma 1°, c.c., nell'ipotesi in cui la prestazione subordinata sia condizionata (anche) all'invalidità della prestazione principale, la salvezza dell'operatività della prestazione succedanea servirebbe proprio ad evitare che fossero frustrati gli scopi perseguiti dalle parti³⁶.

Concludendo in punto di estensione della nullità della prestazione principale sulla prestazione subordinata, nello schema dell'obbligazione "con falsa alternativa", pur rispondendo entrambe le prestazioni ad unico regolamento d'interessi, non sono avvinse da alcun rapporto d'interdipendenza. Si giustifica così la mancata operatività del principio *simul stabunt, simul cadent*, tradizionalmente richiamato con riferimento al collegamento negoziale in cui le parti danno vita ad una fattispecie composta da contratti autonomi ma teleologicamente coordinati³⁷. Nell'obbligazione "con falsa alternativa", invece, la prestazione succedanea sarà dovuta unicamente al verificarsi dell'inadempimento (o dell'impossibilità sopravvenuta o della nullità) della prestazione posta in posizione preminente, la quale esaurisce il contenuto dell'obbligazione originaria.

³⁶ Giova richiamare come, pur con riferimento alle nuove invalidità speciali, U. BRECCIA, *Il contratto in generale. Causa*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, III, Torino, 1999, p. 87, inviti alla «massima cautela di fronte all'indiscriminato rifugio nelle demolizioni assolute» preferendo «strumenti correttivi i quali consentano di difendere in maniera effettiva quel che è difendibile nella regola contrattuale autonoma, in modo che la salvaguardia dell'interesse più esposto non si ritorca alla fine in danno degli stessi soggetti "protetti"».

³⁷ Valga rammentare in proposito come nel collegamento negoziale le parti non possono tuttavia incidere allorché si manifesti un evento patologico in uno dei due contratti, giacché la connessione che caratterizza i singoli negozi, determina che, nel caso in cui uno sia affetto da una patologia, anche l'altro contratto, compreso nel collegamento, risulta inficiato dalla medesima vicenda, con una riverzione degli effetti patologici di un contratto sull'altro, indipendentemente dall'accertamento della volontà delle parti. Per una prospettazione compiuta e generale dell'argomento, si rinvia a F. CARPI (a cura di), *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007; F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2000; A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 279; F. MESSINEO, voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 48; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, p. 375; U. NATOLI, *In tema di collegamento funzionale fra contratti*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1943, II, 1, p. 328.

5. L'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione principale

Un'ulteriore questione agitata in giurisprudenza è quella relativa al diritto del creditore di esigere coattivamente, ai sensi dell'art. 2932 c.c., l'esecuzione della prestazione principale quantunque le parti abbiano concordato il sorgere di una obbligazione diversa e subordinata in ipotesi di mancata esecuzione della prestazione principale.

In proposito, in una recente pronuncia, il Supremo Collegio si è confrontato con una fattispecie in cui, in sede di separazione consensuale tra coniugi, il marito si era impegnato a trasferire alla figlia la nuda proprietà di un appartamento gravato dal diritto di abitazione in favore della moglie, prevedendosi, in caso d'inadempimento, l'obbligo di garantire in altro modo le esigenze abitative della figlia e della ex moglie anche mediante la locazione a sue spese di un'altra abitazione con caratteristiche predefinite³⁸.

La Corte di Cassazione si è pronunciata negativamente rispetto alla domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligazione principale, valorizzando il programma negoziale delle parti. Invero, l'assetto contrattuale attribuiva al debitore non già una facoltà di scelta bensì l'obbligo di adempiere alla prestazione secondaria (consistente nel sopportare gli oneri di locazione di un altro appartamento) in ipotesi di mancato adempimento della prestazione principale (la vendita di un immobile gravato da diritto di abitazione). Dunque, l'assetto di interessi assunto dalle parti contemplava già la condotta che sarebbe stata dovuta in capo al debitore qualora non avesse adempiuto alla prestazione principale, tuttavia, le creditrici non avevano richiesto l'adempimento dell'obbligazione subordinata.

Pertanto, in un'obbligazione "con falsa alternativa", attesa la predeterminazione della conseguenza dell'inadempimento della prestazione principale, si comprende come il creditore possa pretendere l'esecuzione coattiva unicamente della prestazione secondaria, la quale costituisce la "sanzione" convenzionalmente pattuita per l'ipotesi di mancato adempimento di quella principale, la quale invece non è suscettibile di esecuzione in forma specifica.

È esclusa, dunque, l'applicazione allo schema dell'obbligazione "con falsa alternativa" dei rimedi previsti per le obbligazioni alternative.

Invero, nell'ambito delle obbligazioni alternative l'art. 1287 c.c. stabilisce che, qualora la parte legittimata dal titolo dell'obbligazione a realizzare la concentrazione dell'obbligazione mediante

³⁸ Si fa riferimento al caso deciso da Cass., 20 marzo 2018, n. 6984, in *Foro it.*, 2018, 9, 1, p. 2797.





l'esercizio del potere di scelta non vi provveda, la possibilità di determinare il contenuto dell'obbligazione passa in capo all'altra parte, permettendo così l'adempimento di una delle due prestazioni dedotte nell'obbligazione³⁹.

La previsione di tale meccanismo rimediabile in ipotesi di inerzia del soggetto obbligato a compiere la scelta della prestazione configura una sorta di "sanzione" a carico della parte inadempiente⁴⁰, sebbene il passaggio del potere di compiere la concentrazione a favore della parte *in bonis* prescinda dall'imputabilità del mancato esercizio da parte del titolare⁴¹.

Il rimedio di cui all'art. 1287 c.c. ruota attorno all'assegnazione o meno di un termine entro il quale deve avvenire la concentrazione dell'obbligazione alternativa, pena l'effetto traslativo del potere di scelta, rappresentando tale norma una specificazione dell'art. 1183, comma 1°, c.c. circa il tempo dell'adempimento⁴². Qualora alla costituzione del vincolo obbligatorio non sia stato fissato un termine per effettuare la scelta e questa competa al debitore che rimanga inerte, il creditore deve adire il giudice per ottenere la condanna alternativa del debitore alle prestazioni previste entro un termine fissato: lo spirare infruttuoso di tale termine giudiziale consentirà al creditore di scegliere una delle prestazioni che sarà suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica, stante la sentenza di condanna alternativa⁴³.

Viceversa, nell'ipotesi in cui le parti abbiano stabilito un termine al momento della costituzione del rapporto obbligatorio, attribuendogli espressamente una funzione sanzionatoria oltre a quella di termine per l'adempimento, non occorre che il cre-

ditore domandi all'autorità giudiziaria la condanna del debitore alternativamente alle due prestazioni, in quanto alla scadenza di tale termine il debitore decadrà dal potere di scelta che sarà trasferito all'altra parte⁴⁴.

Come anticipato, tale disciplina rimediabile non può trovare applicazione nel caso in cui le parti abbiano convenuto un'obbligazione falsamente alternativa, prevedendo una prestazione principale e, per il caso di mancato adempimento, una prestazione subordinata.

Invero, in seguito alla propria inerzia, il debitore non decade dalla facoltà di scegliere la prestazione secondaria semplicemente perché non è mai stato titolare di tale situazione giuridica trattandosi, appunto, di un'obbligazione "con falsa alternativa", in cui per definizione – come anticipato – difetta qualsiasi facoltà di scelta che rappresenta, invece, l'elemento precipuo dell'obbligazione alternativa⁴⁵. Il debitore, se non adempie spontaneamente alla prestazione principale rimanendo inerte, è obbligato ad adempiere all'obbligazione secondaria. In ipotesi di perdurante inerzia anche con riferimento a tale prestazione succedanea o subordinata, il creditore potrà esigerne l'adempimento.

Tantomeno nello schema dell'obbligazione "con falsa alternativa" può operare il descritto meccanismo di cui all'art. 1287, comma 1°, c.c. che, oltre a presupporre la condanna del debitore "alternativamente a due prestazioni", condiziona il passaggio della facoltà di scelta in capo al creditore alla circostanza che il debitore condannato alternativamente a due prestazioni non ne abbia adempiuta alcuna nel termine assegnato dal giudice.

6. I riverberi della "falsa alternativa" sul profilo rimediabile e il divieto di patto commissorio

³⁹ Sul punto si vedano le osservazioni di D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 84 e di S. CHERTI, *Delle obbligazioni alternative*, cit., p. 187.

⁴⁰ In tal senso espressamente U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 221; C.M. MAZZONI, *Le obbligazioni alternative*, cit., p. 723; A. DI MAJO – B. INZITARI, voce *Obbligazioni alternative*, cit., p. 220; R. CECCHETTI, *Le obbligazioni alternative*, cit., p. 113.

⁴¹ Reputa che il trasferimento della scelta alla controparte configuri non già una sanzione ma un meccanismo di chiusura per superare la fase di stallo ed eseguire il rapporto obbligatorio P.M. VECCHI, *Sub art. 1285 cod. civ.*, cit., p. 362.

⁴² Così, secondo E.A. EMILIOZZI, *Obbligazioni alternative, in solido divisibili e indivisibili*, cit., p. 156 e D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 85.

⁴³ In proposito, si vedano S. CHERTI, *Delle obbligazioni alternative*, cit., p. 188; ID., *L'obbligazione alternativa. Nozione e realtà applicativa*, cit., p. 91; A. ZACCARIA, *Delle obbligazioni alternative*, cit., p. 1243; D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 86. Giova, tuttavia, segnalare l'alternativo orientamento sostenuto da C.M. BIANCA, *Diritto civile. IV. L'obbligazione*, cit., p. 132, secondo il quale qualora il debitore sia inerte nella scelta della prestazione il creditore potrebbe agire in via stragiudiziale tramite l'invio di una diffida in cui sia indicato il termine entro cui il debitore deve adempiere, trascorso inutilmente il quale, il diritto di scelta si trasferisce al creditore in via automatica.

⁴⁴ Il termine per l'adempimento entro il quale il debitore deve eseguire la propria prestazione e il termine di decadenza entro il quale il titolare del potere di scelta deve dar luogo alla concentrazione dell'obbligazione possono anche coincidere. In tal caso si verificherebbero contemporaneamente le due more e i danni per mora nella scelta saranno assorbiti in quelli per la mora relativa all'adempimento dell'obbligazione (in tal senso D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 88).

⁴⁵ Una non recente pronuncia della Suprema Corte ha stabilito che «la facoltà di scelta, elemento caratteristico delle obbligazioni alternative, che appartengono alla categoria delle obbligazioni a contenuto parzialmente indeterminato ma determinabile, per la sua stessa natura, non può essere esercitata nella fase della costituzione del rapporto, ma va esercitata nella fase di esecuzione cui attiene» (così Cass., 26 gennaio 1963, n. 106, in *Giust. civ.*, 1964, I, 456, con nota di G.E. LONGO, *Affitto e vendita nell'interpretazione di un negozio indiretto*).

L'obbligazione "con falsa alternativa", avendo come contenuto una prestazione determinata dovuta in via principale, non presenta la peculiare indeterminatezza che connota, invece, l'obbligazione alternativa nell'arco temporale compreso tra la costituzione del vincolo e la concentrazione. Le conseguenze sul rapporto obbligatorio derivanti dalle circostanze che possono alterare il sinallagma successivamente alla nascita dell'obbligazione "con falsa alternativa" seguono, pertanto, una disciplina differente da quella applicabile alle obbligazioni alternative.

Da ciò discende che, in ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta concernente la prestazione dedotta in via principale, il debitore è legittimato a richiedere la risoluzione dell'intero rapporto, salvo che l'esigibilità della prestazione succedanea prevista in via gradata non sia subordinata proprio al verificarsi di una sopravvenienza qualificata, consistente in un'onerosità eccessiva che pregiudica significativamente l'interesse del debitore attraverso l'aggravamento della prestazione che ha assunto o la riduzione dell'utilità recata dalla prestazione della controparte⁴⁶.

Analogamente, atteso che l'obbligazione con "falsa alternativa" nasce già semplice, avendo ad oggetto una prestazione principale, unica e determinata fin dall'origine, qualora questa si riveli impossibile, non si farà applicazione della puntuale disciplina prevista per l'obbligazione alternativa agli artt. 1288 - 1290 c.c.⁴⁷, né si produrrà l'effetto estin-

tivo di cui all'art. 1256 c.c. Invero, nello schema dell'obbligazione "con falsa alternativa", le parti prevedono pattiziamente che in ipotesi di impossibilità sopravvenuta dell'unica prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio il debitore sia tenuto ad adempiere la prestazione subordinata dovuta in via succedanea.

Per quanto attiene alla mora, nell'obbligazione alternativa il debitore che non effettua la scelta tra le due o più prestazioni dedotte è automaticamente in mora fin dal momento in cui la parte *in bonis* adisce il giudice affinché questi fissi un termine per la scelta o da prima, se vi è stato un precedente atto stragiudiziale di costituzione in mora⁴⁸.

La struttura dell'obbligazione "con falsa alternativa" comporta, invece, che non sia necessaria la costituzione in mora, atteso che a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione principale il debitore è automaticamente assoggettato all'obbligazione subordinata, al pari di quanto avviene qualora il contratto contempli una clausola penale⁴⁹.

Invero, nelle obbligazioni c.d. "querables" la costituzione in mora persegue la finalità di informare il debitore che il creditore non intende tollerare ritardi nell'adempimento, sì da superare la presunzione di tolleranza ricavabile dal silenzio⁵⁰. Nel caso in cui le parti abbiano convenzionalmente stabilito che in ipotesi di ritardo nell'adempimento il debitore sia assoggettato a te-

⁴⁶ Viceversa, nell'ipotesi di obbligazione alternativa se l'eccessiva onerosità sopravvenuta riguarda tutte le prestazioni dedotte in alternativa, il debitore potrà domandare la risoluzione dell'intero rapporto; se invece l'eccessiva onerosità sopravvenuta concerne una soltanto delle prestazioni dovute si potrà agire per la risoluzione del rapporto solo se, al momento della concentrazione, la scelta sia caduta sulla prestazione divenuta eccessivamente onerosa, altrimenti il vincolo tra le parti resterà efficace (si vedano in proposito le osservazioni di S. CHERTI, *L'obbligazione alternativa. Nozione e realtà applicativa*, cit., p. 57).

⁴⁷ Se l'impossibilità (originaria o sopravvenuta) di una delle prestazioni non è imputabile ad alcuna delle parti l'obbligazione si considera semplice (art. 1288); se concerne entrambe, l'obbligazione si estingue. Se l'impossibilità di una delle prestazioni si verifica per colpa del debitore (art. 1289), occorre distinguere a seconda del soggetto cui spetta la facoltà di scelta: se il titolare è il debitore l'obbligazione si semplifica concentrandosi sulla prestazione residua, qualora invece la scelta spetti al creditore, questi può scegliere l'altra prestazione ed esigere il risarcimento del danno. Nell'ipotesi in cui l'impossibilità sia, invece, imputabile al creditore, ove la facoltà di scelta spetta al debitore, quest'ultimo è liberato dell'obbligazione, salvo che preferisca eseguire la prestazione residua e domandare il risarcimento del danno; al contrario, qualora il titolare della facoltà di scelta sia il creditore, egli può esigere l'altra prestazione e risarcire il danno. Nel caso in cui l'impossibilità sopravvenuta colpisca entrambe le prestazioni, ma il debitore debba rispondere riguardo a una di esse, se la scelta spettava a lui, è tenuto a

pagare l'equivalente di quella che è divenuta impossibile per ultima, mentre se la scelta spettava al creditore, questi può domandare l'equivalente dell'una o dell'altra.

⁴⁸ Si vedano in tal senso E.A. EMILIOZZI, *Obbligazioni alternative, in solido divisibili e indivisibili*, cit., p. 158 e D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 86. *Contra* C.M. MAZZONI, *Le obbligazioni alternative*, cit., p. 721 e S. CHERTI, *L'obbligazione alternativa. Nozione e realtà applicativa*, cit., p. 60, i quali reputano che, poiché prima della concentrazione difetta una prestazione determinata che deve essere adempiuta e dunque una prestazione esigibile, il debitore sarà in mora per l'inadempimento dell'obbligazione principale solo dalla scadenza del termine giudizialmente stabilito per la scelta.

⁴⁹ Si veda in proposito Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2000, I, p. 507, con nota di U. STEFINI; Cass., 4 marzo 2005, n. 4779, in *Contratti*, 2006, p. 5; Cass., 20 luglio 2000, n. 9532, *ivi*, 2001, p. 335. In dottrina si rinvia a F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, p. 43; A. RAVAZZONI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1957, p. 44; V.M. TRIMARCHI, *Penale per il caso di ritardo nell'adempimento e mora del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, p. 445.

⁵⁰ Quando si tratta di obbligazioni "portables", l'atto di costituzione in mora non è necessario in forza dell'art. 1219, comma 2, n. 3), c.c., versandosi in una ipotesi di mora "ex re", per cui la mora ed il ritardo risultano del tutto coincidenti in seguito alla scadenza del termine di adempimento (si veda in tal senso Cass., 17 dicembre 1976, n. 4664, in *Mass. Giur. it.*, 1976). In proposito, si veda F. GAMBINO, *Le obbligazioni, I, Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 355.





nere una seconda prestazione, ciò significa che esse, fin dal sorgere dell'obbligazione, hanno manifestato l'intenzione che non sarebbero stati tollerati ritardi nell'adempimento, sicché la costituzione in mora sarebbe ultronea. In altri termini, se le parti hanno convenuto che, spirato inutilmente un certo termine, il debitore sia tenuto ad adempiere ad un'altra prestazione, l'esigibilità di quest'ultima non può dipendere da un'ulteriore manifestazione di volontà del creditore espressa dalla costituzione in mora del debitore, in quanto le parti hanno attribuito a quel termine un significato peculiare nell'ambito del complessivo assetto d'interessi delineato.

Nell'obbligazione "con falsa alternativa" la prestazione dovuta in via subordinata e succedanea in caso di mancata esecuzione di quella principale può avere ad oggetto il trasferimento al creditore di un diritto reale del debitore, ponendosi così un problema di frode alla legge in relazione al divieto di patto commissorio, nullo per violazione dell'art. 2744 c.c.

È noto che la fattispecie elusiva consiste nello sfruttamento «di tutti gli spazi di autonomia compatibili con un modello lecito fino a ridurlo al rango di un mezzo diretto a conseguire un risultato proibito»⁵¹. Con riferimento all'art. 2744 c.c., tuttavia - atteso che il nodo gordiano del patto commissorio avviluppa la *ratio* del divieto - la giurisprudenza ha adottato un approccio funzionale, sì da sanzionare patti che, pur non presentando lo schema del contratto di vendita a scopo di garanzia, conducano ai medesimi esiti, rendendo così ultronea l'applicazione della norma sulla frode⁵²: pertanto, ad esempio, è ritenuto nullo il patto commissorio a effetti meramente obbligatori⁵³.

Al fine di determinare l'esatta latitudine del divieto di cui all'art. 2744 c.c. la dottrina⁵⁴ ha identificato tre elementi la cui compresenza rivelerebbe la sussistenza di un patto commissorio: (i) il pericolo per il debitore-alienante di «lasciare nelle mani del creditore un bene di valore (anche di molto) superiore all'entità del credito da soddisfare»⁵⁵; (ii) l'insidia per il debitore di essere indotto a vincolare il bene al soddisfacimento del creditore spinto dalla speranza di riuscire ad estinguere il debito prima della scadenza; (iii) la preesistente o coesistente qualità di debitore in capo all'alienante e di creditore in capo all'acquirente, che fa presumere l'intento delle parti di realizzare un'alienazione a scopo di garanzia e non di vendita.

Nell'obbligazione "con falsa alternativa" di fonte negoziale sono certamente presenti gli ultimi due elementi. Invero, ricorre l'eccessiva pressione psicologica sul debitore atteso che la prestazione succedanea e subordinata all'inadempimento è stipulata prima della scadenza del debito oggetto della prestazione principale⁵⁶. Al pari, sussiste sempre la preesistenza o coesistenza di un rapporto obbligatorio. Meno scontato - e perciò da acclarare *in casibus* - è, invece, la sussistenza del rischio per il debitore di perdere un bene di valore sproporzionato rispetto al credito, con conseguente ingiustificato arricchimento conseguito dal creditore che acquista il cespite (oggetto della prestazione subordinata), rispetto all'eventualità dell'adempimento della prestazione dedotta in via principale.

Di conseguenza, valorizzando gli approdi offerti dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riferimento al patto marciano e al pegno irregolare⁵⁷ anche in

⁵⁴ Si rinvia alle acute riflessioni di A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 10; ID., *La vendita con riscatto. Artt. 1500-1509*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1987, p. 219.

⁵⁵ Così A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., p. 225.

⁵⁶ La Corte di Cassazione (Cass. 16 aprile 1996, n. 9675, in *Mass. Giur. it.*, 1996; Cass. 17 maggio 1990, n. 4283, in *Vita not.*, 1991, p. 535) ha invece escluso la configurazione di una violazione del divieto di patto commissorio in ipotesi di obbligazione alternativa con facoltà di scelta rimessa al creditore in quanto la prestazione da adempiere è individuata solo in seguito alla concentrazione, di talché non si può parlare d'inadempimento fino a quando non sia stata esercitata la facoltà di scelta.

⁵⁷ Si vedano, tra i tanti, L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale»*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2018, p. 1857; N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119, ivi*, 2017, p. 995; ID., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000; A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1398; A.A. DOLMETTA, *Alla scoperta del «marciano utile»*, ivi, 2017, p. 811; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il «pasticcio» di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un man-*

⁵¹ Così, U. BRECCIA, *Frode alla legge*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIII, III, Torino, 1999, p. 267.

⁵² Sul punto si vedano, tra le tante, Cass., 9 ottobre 2017, n. 23617, in *Mass. Giust. civ.*, 2018; Cass., 21 gennaio 2016, n. 1075, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, I, p. 911; Cass., 3 febbraio 2012, n. 1675, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 663, con nota di M. MARTINO, *Il divieto di patto commissorio: norma materiale e qualificazione del negozio*.

⁵³ In argomento si vedano A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 225; C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 177; ID., voce *Patto commissorio*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 716; U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 505. In giurisprudenza la nullità del patto commissorio con effetti obbligatori è da tempo riconosciuta da Cass., 16 agosto 1990, n. 8325, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 1208, con nota di G.M. PELLEGRINI, *In tema di alienazioni in garanzia e patto commissorio*; Cass., 4 ottobre 1988, n. 5555, in *Giur. agr. it.*, 1989, I, p. 89; Cass., 9 giugno 1986, n. 3815, in *Mass. Foro it.*, 1986, p. 649; Cass., 24 giugno 1957, n. 2402, in *Foro it.*, 1957, I, p. 1163.

seguito alle recenti nuove fattispecie di autotutela esecutiva del creditore⁵⁸, la questione della compatibilità tra lo schema dell'obbligazione "con falsa alternativa" e il divieto di patto commissorio - oltre a esigere un peculiare scrutinio della causa in modo da verificare se si determini un sostanziale rapporto di garanzia creando un vincolo sul bene del debitore oggetto della prestazione subordinata - richiede la sproporzione tra il valore di tale bene e il credito garantito oggetto della prestazione principale⁵⁹.

cato adempimento, in G. D'Amico - S. Pagliantini - F. Piraino - T. Rumi, *I nuovi marciiani*, Torino, 2017, p. 100. In giurisprudenza si vedano, *ex multis*, Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Il Fall.*, 2015, p. 795, con nota di M. SPADARO, *Sale and lease back, patto marciano e fallimento del venditore-utilizzatore*; Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, in *Imm. e propr.*, 2013, p. 463.

⁵⁸ Si fa riferimento in ordine cronologico a: (i) d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170 che all'art. 1, lett. d) ha disciplinato il "contratto di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia" prevedendo espressamente all'art. 6 che ad essi «non si applica l'art. 2744 del codice civile»; (ii) legge 2 dicembre 2005, n. 24 che all'art. 11-*quaterdecies*, commi da 12 a 12 *quater* ha introdotto il "prestito vitalizio ipotecario" con cui una banca o un intermediario finanziario concede un finanziamento a medio o lungo termine che qualora non sia rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi di determinati eventi «il finanziatore vende l'immobile ad un valore pari a quello di mercato, determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, utilizzando le somme ricavate dalla vendita per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento stesso»; (iii) d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72 che ha inserito nel T.U.B. il Capo I-*bis* intitolato «Credito immobiliare ai consumatori» che viene descritto dall'art. 120-*quinquies* T.U.B. come un finanziamento bancario ad un consumatore garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente ad oggetto beni immobili residenziali o finalizzato all'acquisto o alla conservazione della proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato. L'art. 120-*quinquiesdecies* stabilisce che «Fermo quanto previsto dall'art. 2744 c.c. le parti possono convenire, con clausola espressa al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso d'inadempimento del consumatore, l'acquisizione da parte della banca o il trasferimento (a terzi) dell'immobile oggetto di garanzia o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile o l'ammontare dei proventi sia inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'entità dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza»; (iv) legge 30 giugno 2016, n. 119 che ha inserito nel T.U.B. l'art. 48-*bis* che regola il «finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato» all'inadempimento dell'imprenditore debitore, sicché in caso d'inadempimento la banca finanziatrice «ha diritto di avvalersi degli effetti del patto - che non può avere ad oggetto immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado - purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del bene e l'ammontare del debito inadempito e delle spese del trasferimento».

⁵⁹ A proposito degli indici rilevatori del patto commissorio, la Suprema Corte (Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita Not.*, 2013, p. 719) confrontandosi con una fattispecie di vendita con patto di riscatto o di retrovendita stipulata fra il debitore ed il creditore ha affermato che «la sproporzione tra entità del debito e valore del bene alienato in garanzia, di regola presente nelle

Pertanto, analogamente a quanto previsto dai c.d. "nuovi marciiani"⁶⁰ - art. 48-*bis* e art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B. - non si dovranno sanzionare con la nullità ai sensi dell'art. 2744 c.c. quei negozi che espressamente prevedano un congegno che assicuri al debitore il diritto di ottenere l'eccedenza ove il valore del bene oggetto della prestazione subordinata superi quello oggetto della prestazione principale.

7. Obbligazione "con falsa alternativa" e clausola penale

La struttura dell'obbligazione "con falsa alternativa" è rintracciabile altresì qualora l'oggetto della prestazione succedanea e subordinata (in ipotesi d'inadempimento o impossibilità sopravvenuta della prestazione principale) sia la consegna di una determinata somma di denaro.

In proposito vale evidenziare che certa dottrina ha ravvisato un'applicazione dello schema dell'obbligazione "con falsa alternativa" nella clausola penale⁶¹. Invero, la prestazione oggetto della clausola penale è succedanea alla prestazione originaria, essendo dovuta solo in caso d'inadempimento o ritardo di quest'ultima: poiché il debitore è tenuto a tale prestazione solo in maniera indiretta, vale a dire non adempiendo alla prestazione principale, sarebbe pertanto possibile ritenere configurato un rapporto obbligatorio non già di alternativa - che, come detto, richiede l'iniziale parità di grado e libertà di scelta - ma di subordinazione graduale.

fattispecie in esame e costituente significativo segnale di una situazione di approfittamento della debolezza del debitore da parte del creditore, che tende ad acquisire l'eccedenza di valore, così realizzando un abuso che il legislatore ha voluto espressamente sanzionare. A conferma di ciò, deve considerarsi che l'illiceità è invece esclusa, pur in presenza di costituzioni di garanzie che postulano un trasferimento di proprietà, qualora queste siano integrate da schemi negoziali che il menzionato abuso escludono in radice, come avviene nel caso del pegno irregolare (art. 1851 c.c.), del riporto finanziario e del c.d. patto marciano, in virtù del quale al termine del rapporto si procede alla stima, ed il creditore, per acquisire il bene, è tenuto al pagamento dell'importo eccedente l'entità del credito». In senso contrario si veda l'analisi di E. CARBONE, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1108, il quale ritiene che la clausola di stima, incidendo esclusivamente sull'aspetto patrimoniale del negozio, è idonea ad escludere l'equivalenza al risultato coercitivo e insidioso del patto commissorio, pertanto anche il patto marciano, come ogni alienazione condizionata all'inadempimento, può integrare un'ipotesi di frode alla legge *ex art.* 1344 c.c.

⁶⁰ Si richiama l'espressione usata da G. D'AMICO - S. PAGLIANTINI - F. PIRAINO - T. RUMI, *I nuovi marciiani*, Torino, 2017.

⁶¹ In tal senso, C.M. MAZZONI, *Le obbligazioni alternative*, cit., p. 277 e D. RUBINO, *Delle obbligazioni alternative*, cit., p. 18.



In proposito, giova rammentare come da tempo sia riconosciuta alla clausola penale una funzionalità non riducibile ad unità ma tale da comprendere la creazione di una sanzione risarcitoria o a carattere satisfattivo in aggiunta ad altra predisposta dall'ordinamento, la liquidazione convenzionale del danno da risarcire nonché la creazione di una sanzione a carattere non satisfattivo ed assimilabile ad una pena privata⁶², tanto che la dottrina si è espressa in termini di "elasticità" del modello codicistico della penale⁶³.

Invero, in tale figura coesistono la funzione risarcitoria, là dove le parti concordano una preventiva e convenzionale liquidazione del danno, e quella sanzionatoria, qualora le parti decidano di comminare una sanzione per l'inadempimento consistente in una prestazione in capo alla parte inadempiente, a prescindere dal danno patito dalla controparte *in bonis*⁶⁴.

La flessibilità della clausola penale suggerisce, dunque, di non ambire a imbrigliare tale figura per mezzo di forzature teoriche, rinchiudendola in un unitario e astratto paradigma funzionale, bensì di procedere induttivamente mediante un'indagine empirica che aderisca maggiormente alle peculiarità

del singola previsione pattizia, segnatamente allo scopo che le parti intendono perseguire⁶⁵.

La funzione svolta dalla penale - compensativa, satisfattiva ovvero afflittiva⁶⁶ - varia a seconda della

⁶² In proposito si rinvia alle lucide riflessioni di G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Dig. Disc. Priv.*, 1988, p. 379 e di G. GORLA, *Il Contratto*, I, Milano, 1954, p. 250. Coerentemente con tale orientamento la nota sentenza delle Sezioni Unite sul potere di riduzione *ex officio* della penale (Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1534, con nota di A. DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*) ha affermato che «nel disciplinare l'istituto la legge ha ampliato il campo normalmente riservato all'autonomia delle parti, prevedendo per esse la possibilità di predeterminare, in tutto o in parte, l'ammontare del risarcimento del danno dovuto dal debitore inadempiente (se si vuole privilegiare l'aspetto risarcitorio della clausola), ovvero di esonerare il creditore di fornire la prova del danno subito, di costituire un vincolo sollecitatorio a carico del debitore, di porre a carico di quest'ultimo una sanzione per l'inadempimento (se se ne vuole privilegiare l'aspetto sanzionatorio), e ciò in deroga alla disciplina positiva in materia, ad esempio di onere della prova, di determinazione del risarcimento del danno, della possibilità di istituire sanzioni private». Per una approfondita analisi delle problematiche poste da tale pronuncia si veda V. PESCATORE, *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, p. 1379, anche in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 415.

⁶³ In tal senso S. MAZZARESE, *Clausola penale (artt.1382-1384 c.c.)*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il Codice civile, Commentario*, Milano, 1999, p. 193.

⁶⁴ In proposito E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, cit., p. 236 osserva che «clausola penale e pena privata hanno avuto vite parallele finendo per condizionarsi reciprocamente, tanto è vero che il rinnovato interesse per lo schema della clausola penale ha coinciso con il rilancio della problematica della pena privata». In senso contrario, si veda l'approfondita analisi di F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2016, p. 117.

⁶⁵ Per dirla con Santi Romano, «bisogna essere esatti e precisi, ma la esattezza e la precisione richiedono che non si irrigidisca ciò che è flessibile e non si solidifichi ciò che è fluido» (così S. ROMANO, *Glissez, mortels, n'appuyez pas*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 117). In proposito, rifugono un'impostazione pregiudiziale sulla natura della clausola penale C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Milano, 2019, p. 129; V. ROPPO, *Il contratto*, in G. Iudica e P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano 2011, p. 929; G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in V. Roppo (a cura di), *Trattato del contratto, V, Rimedi - 2*, Milano 2006, p. 965. Più in generale si rammenta come secondo F. GAMBINO, *L'obbligazione nel conflitto tra principi generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 51, «il rapporto obbligatorio non si risolve più in un insieme di posizioni definite nella loro individualità, ma diventa relazione nel suo dispiegarsi economico e sociale. Le situazioni soggettive, chiamate talora a realizzare nuove finalità, si riempiono, a seconda delle circostanze del caso, di ulteriori contenuti. Strutture flessibili, in grado di rispondere di volta in volta alla particolarità del fatto e alle sue contraddizioni; concetti non più dotati di stabilità, bensì variabili e incostanti».

⁶⁶ La tradizionale dottrina (su tutti U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 662; L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F.D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto Civile*, cit., p. 162; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 19; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, p. 131), riconosce alla clausola penale la valenza di meccanismo di liquidazione forfetaria e preventiva del danno. Tale impostazione è maggioritaria in giurisprudenza: Cass., 21 agosto 2018, n. 20840, in *CED Cassazione*, 2018; Cass., 18 gennaio 2018, n. 1189, in *LeggidItalia.it*; Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Resp. civ.*, 2007, p. 1890, con nota di L. CIARONI, *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e prospettive di riforma*. In posizione parzialmente differente A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 36 e E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 910 ne riconoscono una peculiare funzione "sanzionatoria", consistente nella determinazione anticipata e convenzionale di una sanzione a struttura obbligatoria quale conseguenza dell'inadempimento e/o del ritardo nell'inadempimento dell'obbligazione. Per contro, riconoscono alla clausola penale una funzione afflittiva: F. GALGANO, *Regolamenti contrattuali e pene private*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 512; V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, *passim*; ID., *Clausola penale*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino 1959, p. 351 e A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 186. Invece, per A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, p. 521, la clausola penale riveste una funzione essenzialmente risarcitoria e solo eventualmente sanzionatoria. Assegnano invece a tale figura una funzione insieme penale e risarcitoria G. DE NOVA, *Le clausole penali*, in R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2016, p. 1097; M. FRANZONI, *La clausola penale*, in N. Lipari - P. Rescigno (diretto da) e A. Zoppini (coordinato da), *Diritto civile, III, Obbligazioni, II, Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 675; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 160; S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Padova, 1990, p. 152; ID., *Clausola penale*, cit., p. 181; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. c.c.*, Torino, 1980, p. 335; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948, p. 481. Per una prospettiva compara-

volontà delle parti e dell'assetto di interessi che esse intendono realizzare nella specifica operazione negoziale rivelando, dunque, come tale clausola non possa ridursi a "componente elementare"⁶⁷ del complessivo regolamento negoziale.

Dalla configurazione della penale come negozio distinto con un proprio schema tipico relativamente elastico, benché collegato all'operazione cui accede o in cui è inserita, discende - per la dottrina prevalente⁶⁸ - l'autonomia causale della penale, la quale è funzionalmente caratterizzata dalle ragioni e dagli interessi concreti dei contraenti, quale espressione oggettivata delle finalità che i privati hanno voluto imprimere nel contratto⁶⁹. Tale figura, dunque, non costituisce un patto accessorio al contratto costitutivo dell'obbligazione ma presenta un carattere autonomo, di talché l'eventuale prescrizione del diritto

tistica si veda A. LAS CASAS, *Funzione e struttura della penale contrattuale. Riflessioni a margine della riformulazione della penalty rule da parte della UK Supreme Court*, in *Eur. e dir. priv.*, 2019, p. 141.

⁶⁷ Nell'analisi del contenuto del contratto sarebbe tale «la regola che ha una sua autonomia ed un suo compiuto significato ma che non è scomponibile in regole ulteriori» (così, A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000, p. 109).

⁶⁸ In tal senso si vedano A. ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, in P. Rescigno (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 2006, II, p. 1016; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del codice civile, Scialoja-Branca, Libro IV, Delle Obbligazioni, Artt. 1372-1386*, Bologna-Roma, 1993, p. 166; V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., p. 27; A. MAGAZZÙ, *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 186. Reputano invece che la clausola penale integri una semplice clausola negoziale G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 332; F. ROSELLI, *Clausola penale e caparra*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIII, V, Torino, 2002, p. 445; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1964, p. 219.

⁶⁹ La celebre sentenza della Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718, con nota di F. ROLFI *La causa come "funzione economico-sociale": tramonto di un idolum tribus?*, considera infatti la causa «funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale». Seguendo tale orientamento bisogna dunque individuare *in casibus* la presenza o meno della causa negoziale, con la conseguenza di giungere potenzialmente a ritenere nulli per illiceità della causa anche modelli contrattuali tipici. Per una puntuale analisi si rinvia alle acute riflessioni di U. BRECCIA, *Causa*, cit., p. 66; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 212; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008; C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, cit., p. 452. Tuttavia già F. CARNELUTTI, in *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, p. 151 sosteneva che «la causa è l'interesse che le parti mirano a soddisfare attraverso il negozio» e G.B. FERRI, in *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 405, evidenziava l'esigenza di valorizzare nell'ottica causale gli interessi dei contraenti.

del creditore a ricevere l'adempimento della prestazione principale non si estende alla penale e, viceversa, la nullità della clausola penale non si riverbera sulla validità del contratto cui accede, in forza dell'art. 1419 c.c., salvo che il contratto principale sia stato stipulato dal creditore, confidando nella tutela offerta dalla clausola penale⁷⁰.

Assunta la tesi del carattere autonomo della clausola penale che si regge su una propria causa concreta, ne deriva che tale figura può risolversi in un negozio avente quale proprio scopo pratico predisporre una sanzione per l'inadempimento o per il ritardo nell'adempimento⁷¹, idoneo a rafforzare qualsiasi obbligazione, anche di natura non negoziale, con l'effetto di limitare alla prestazione prevista il risarcimento del danno. Avvalendosi di questo istituto, pertanto, le parti possono prevedere l'obbligo di effettuare una determinata prestazione non solo in caso d'inadempimento contrattuale ma anche di responsabilità extracontrattuale, essendo ammessa per rafforzare qualsiasi tipo di obbligazione⁷².

La clausola penale e l'obbligazione "con falsa alternativa" (in cui una prestazione è dovuta soltanto in caso di mancata esecuzione della prestazione principale) sono, quindi, astrattamente sovrapponibili atteso che: (i) entrambe hanno carattere compulsorio ovvero di coazione all'adempimento⁷³; (ii) entrambe consentono una determinazione anticipata di quanto dovuto in caso d'inadempimento, sollevando il creditore dall'onere di provare il danno e inibendo al debitore di dimostrare di aver causato un pregiudizio inferiore; (iii) entrambe sono distinte dall'obbligazione alternativa in quanto

⁷⁰ In merito si rinvia alle osservazioni di A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., p. 213, e A. GIAMPIERI, *La clausola penale e la caparra*, in G. Alpa - M. Bessone (a cura di), *I contratti in generale*, III, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, Torino, 1991, p. 414. Peraltro, giova rammentare come il Codice del 1865 prevedesse all'art. 1210 che «la nullità della clausola penale non produce quella dell'obbligazione principale».

⁷¹ Circa tale distinzione, da ultimo, si richiama Cass., 3 settembre 2019, n. 22050, in *CED Cassazione*, 2019, secondo la quale «La penale stabilita per l'inadempimento è ontologicamente diversa da quella pattuita per il semplice ritardo, posto che quest'ultima, per espressa previsione di legge, concorre con l'adempimento dell'obbligazione - cui è collegata - in quanto avvenuto, benché in ritardo. Di conseguenza è necessaria un'apposita pattuizione per ciascuno dei due tipi di penale, posto che la funzione della stessa risulta essere la preventiva forfetizzazione del ristoro del danno in relazione alla puntuale ipotesi prevista dalle parti e, cioè, o per il ritardo o per l'inadempimento».

⁷² In tal senso G. DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in P. Rescigno (a cura di), *Trattato di diritto privato*, X, Torino, 1995, p. 409 e F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 166.

⁷³ In proposito, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1977, p. 99, afferma che l'istituzione di una clausola penale determina un «rafforzamento del rapporto».



nell'obbligazione cui accede la clausola penale la prestazione è unica; (iv) la penale costituisce una prestazione succedanea, vale a dire dovuta solo in ipotesi d'inadempimento della prestazione principale, rispetto alla quale la penale non è in rapporto di alternatività bensì di subordinazione graduale

Nondimeno, quantunque sussistano i menzionati punti di contatto, la figura di cui all'art. 1382 c.c. non può essere ascritta nello schema dell'obbligazione "con falsa alternativa".

Invero, pur riconoscendo alla clausola penale la valenza di autonomo schema negoziale, essa, quando rafforza un'obbligazione contrattuale, è necessariamente collegata al negozio cui accede, atteso che la sua funzione esige, quale inevitabile presupposto, un contratto principale⁷⁴. Anzi, proprio tale carattere "relazionale" della clausola penale implica la sussistenza di un collegamento necessario - non impedito dall'autonomia causale dei singoli negozi - tra la clausola penale e il contratto principale, con la conseguente influenza *ex uno latere* ovvero la subordinazione unilaterale della prima al secondo⁷⁵.

Tale connessione determina che, nel caso in cui l'obbligazione principale sia affetta da invalidità, anche la clausola penale che costituisce una prestazione accessoria necessariamente collegata alla prima risulterà inficiata dalla medesima vicenda⁷⁶, con una riversione degli effetti patologici in applicazione del principio *simul stabunt, simul cadent*, indipendentemente dall'accertamento della volontà delle parti (tuttavia, non vale il reciproco, come evidenziato sopra)⁷⁷.

⁷⁴ Riconducono al rapporto tra contratto e clausola penale al collegamento negoziale V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., p. 24; S. D'AVINO, *Clausola penale: profilo strutturale ed operativo*, in *Vita not.*, 1997, p. 1062; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., p. 209; A. MARINI, voce *Clausola penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, p. 4.

⁷⁵ Come affermato da Cass., 28 giugno 2001, n. 8844, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 113 e da Cass., 4 maggio 1989, n. 2065, in *Mass. Giur. it.*, 1989, «il collegamento negoziale, tuttavia, non comporta necessariamente un condizionamento reciproco, ben potendo accadere che uno soltanto dei contratti sia subordinato all'altro, e non anche viceversa».

⁷⁶ Espressamente sul punto si è espressa Cass., 10 giugno 1995, n. 6555, in *Giur. It.*, 1996, I, 1, p. 1516, secondo la quale la nullità del contratto per contrasto con norme imperative ne travolge tutte le clausole e, quindi, anche la clausola penale, della quale la validità del contratto costituisce presupposto logico e giuridico.

⁷⁷ La dottrina è solita distinguere tra collegamento volontario e collegamento necessario a seconda che esso trovi giustificazione nella volontà delle parti oppure nella natura stessa dei negozi. Per una prospettazione compiuta e generale in tema di collegamento contrattuale, preme segnalare R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, cit., p. 375; F. MESSINEO, voce *Contratto collegato*, cit., p. 48; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, cit., p. 279; G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in G. Alpa - M. Bessone (a cura di), *I contratti in generale*, III, Torino, 1991, p. 596; A. RAPPAZZO, *I contratti colle-*

Al contrario, come esposto sopra, nell'obbligazione "con falsa alternativa", se le parti hanno convenuto di reputare dovuta la prestazione subordinata, non solo in ipotesi d'inadempimento di quella principale, bensì anche in caso di nullità dell'obbligazione in cui questa è dedotta, l'invalidità non colpisce l'intero negozio.

Inoltre, è pacifico che la prestazione oggetto della clausola penale sia dovuta unicamente in presenza di un inadempimento suscettibile di fondare un diritto per il creditore (e uno speculare dovere in capo al debitore) al risarcimento del danno e, perciò, connotato dal carattere dell'imputabilità al debitore ai sensi dell'art. 1218 c.c., senza che possa rilevare una qualsivoglia mancata esecuzione della prestazione, anche se derivante da caso fortuito o forza maggiore⁷⁸.

Nell'obbligazione "con falsa alternativa", invece, in caso di mancata esecuzione della prestazione dovuta per una qualsiasi ragione, anche in ipotesi di impossibilità sopravvenuta non imputabile, il debitore è tenuto ad eseguire la prestazione subordinata:

gati, cit.; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit.; G. FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 127; F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, cit.; F. CARPI (a cura di), *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, cit.; C. CAMARDI, *Collegamento negoziale e contratto in frode alla legge. Un classico alla prova di esperienze recenti*, cit., p. 1044; U. NATOLI, *In tema di collegamento funzionale fra contratti*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1943, II, 1, p. 328; M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, p. 275. In giurisprudenza si vedano, Cass., 5 giugno 2007, n. 13164, in *Contratti*, 2007, p. 900; Cass., 27 marzo 2007, n. 7524, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce «Contratto in genere», n. 175; Cass., 24 maggio 2003, n. 8253, in *Riv. not.*, 2004, p. 201.

⁷⁸ In proposito, vale evidenziare che secondo la Corte di Cassazione «Connotato essenziale della clausola penale è la sua connessione con l'inadempimento colpevole di una delle parti e pertanto essa non è configurabile allorché sia collegata all'avverarsi di un fatto fortuito o, comunque, non imputabile alla parte obbligata; una siffatta pattuizione costituisce una condizione o clausola atipica che può essere introdotta dall'autonomia contrattuale delle parti, ma resta inidonea a produrre gli effetti specifici stabiliti dal legislatore per la clausola penale» (così, in termini, Cass., 23 maggio 2019, n. 13956, in *CED Cassazione*, 2019; Cass., 2 agosto 1984, n. 4603, in *Rep. Foro it.*, 1984, *Contratto in genere*, p. 186; Cass., 13 luglio 1959, n. 2258, in *Banca borsa tit. cred.*, 1959, II, p. 319). Nella fattispecie esaminata nella sentenza del 1984, la Suprema Corte ha ritenuto non costituire clausola penale la pattuizione, inserita in un contratto di appalto, in forza della quale la ditta appaltatrice avrebbe potuto riscuotere immediatamente, anziché quarantacinque giorni dopo la consegna dell'opera come stabilito in contratto, il prezzo concernente la parte dei lavori eseguiti ed il costo dei materiali, qualora i lavori stessi avessero subito un ritardo superiore a trenta giorni per causa non imputabile all'appaltatrice o per causa di forza maggiore. Nello stesso senso si veda Cass., 28 luglio 1947, n. 1203, in *Rep. Foro it.*, 1947, *Obbligazione e contratti*, p. 187.

in tale fattispecie l'impossibilità della prestazione dipendente da eventi di natura oggettiva non riconducibili alla condotta dei soggetti implicati nel rapporto obbligatorio rende automaticamente esigibile la prestazione dedotta in via subordinata.

Poiché la prestazione succedanea prevista in via subordinata nella configurazione "con falsa alternativa" può ben consistere in una prestazione di dare ed avere fonte negoziale, sarà essenziale interpretare la clausola che la prevede, in modo da ricostruire la volontà delle parti, sì da appurare se la prestazione in via subordinata sia dovuta non solo in mancanza di adempimento ma anche qualora questo sia divenuto impossibile per una causa non imputabile al debitore o anche in ipotesi di nullità.

8. Obbligazione "con falsa alternativa" quale sanzione convenzionale atipica

Si è visto che l'obbligazione "con falsa alternativa" si realizza quando una prestazione sia dovuta solo in caso d'inadempimento della prestazione prima e principale dedotta nell'obbligazione, rispetto alla quale l'altra si colloca in posizione subordinata. Pertanto, qualora tale tipologia di obbligazione abbia fonte negoziale, le parti nell'esercizio della loro autonomia privata - e dunque anche il debitore - convengono che se quest'ultimo è inadempiente sarà assoggettato alla prestazione succedanea di dare o di fare.

Nell'obbligazione "con falsa alternativa", dunque, le parti creano convenzionalmente una "sanzione" per l'ipotesi d'inosservanza di un comportamento dovuto, a prescindere da qualsiasi correlazione con un eventuale pregiudizio patito.

Poiché la prestazione subordinata prescinde dall'imputabilità dell'inadempimento, lo schema dell'obbligazione "con falsa alternativa" consente al soggetto *in bonis* di posizionarsi tendenzialmente su una curva d'indifferenza, assicurandogli un livello di utilità vicino a quello dell'adempimento della prestazione principale: l'utilizzo di tale tipologia obbligatoria permette di "internalizzare" le situazioni di esternalità negative di cui altrimenti si dovrebbe fare carico il creditore in seguito all'inadempimento⁷⁹.

Inoltre, affinché il debitore sia incentivato ad adempiere, la prestazione dedotta in via subordinata

⁷⁹ Le parti possono dunque avvalersi dell'obbligazione "con falsa alternativa" per incentivare il debitore ad adempiere allocando in capo ad esso in ipotesi d'inadempimento una prestazione succedanea e subordinata di dare o di fare nei confronti del contraente *in bonis* che, ad esempio, riponendo affidamento nel puntuale adempimento di quella specifica controparte, ha rifiutato di concludere il medesimo contratto con altri contraenti.

dovrà comportare per questi un costo pari o superiore a quello che lo stesso dovrebbe sopportare per adempiere diligentemente alla prestazione principale. Di conseguenza, la previsione della prestazione in via succedanea e subordinata risponde sia a una funzione coercitiva - ossia di coazione indiretta, giacché indurrebbe il debitore ad adempiere alla prestazione principale, dato il timore di dover altrimenti assolvere ad un'altra prestazione indipendente dalla sussistenza e dall'ammontare del danno reallizzato - sia a una funzione sanzionatoria o afflittiva per il caso d'inadempimento.

Pertanto, attesa la finalità preventiva e punitiva insita in tale schema obbligatorio, questo può configurarsi in termini di "pena privata negoziale", ascrivendosi nell'ambito delle c.d. sanzioni civili punitive⁸⁰.

Tale categoria comprende ipotesi estremamente variegata⁸¹ nelle quali le parti (c.d. pene negoziali)⁸²

⁸⁰ Sulle pene private si rinvia alle riflessioni di M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006, *passim*; G. PONZANELLI, voce *Pena Privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, p. 1; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 33; S. PATTI, voce *Pena Privata*, in *Dig. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 349; E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in F.D. Busnelli - G. Scalfi (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 235; ID., voce *Pena Privata (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 770;

⁸¹ Il fenomeno è presente anche nella legislazione speciale, toccando il diritto del lavoro, la legislazione valutaria, il diritto agrario e quello urbanistico, come lucidamente esposto da F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle «pene private»?*, in ID. - G. Scalfi (a cura di), *Le pene private*, cit., p. 3. In proposito, P. CENDON, *Responsabilità civile e pena privata*, in *Le pene private*, cit., p. 294, osserva come sia necessario «concepire il territorio della pena privata non già come un regno assoluto, bensì come una confederazione di sottoinsiemi distinti [...] senza l'illusione di riuscire a fondere tutti i frammenti che si riscontrano entro uno stampo unitario e ben preciso».

⁸² È possibile annoverare tra gli esempi di sanzioni punitive di carattere negoziale il potere disciplinare esercitato mediante sanzioni pecuniarie nell'ambito delle associazioni dagli organi della stessa nei riguardi dei soci-associati o, nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, quelle ricollegabili all'esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro nei confronti dei dipendenti di cui all'art. 7, comma 4, legge n. 300/1970 (in senso contrario si vedano sul punto le osservazioni di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 18 e p. 36), nonché le disposizioni testamentarie *poenae nomine* con le quali il testatore pone a carico dell'erede o del legatario inadempienti una certa prestazione a favore di un soggetto determinato, purché non si risolva in una condizione impossibile o illecita, o di un mezzo per il testatore per sottrarsi all'osservanza di norme di ordine pubblico (si veda in tema B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, Milano, 2004, p. 95). Come esposto al paragrafo precedente è invece controversa l'inclusione in tale categoria della clausola penale benché sia sostenuta da G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, cit., p. 2; G. BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ.*, 1984, p. 166; E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano 1982, p. 774; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 189; V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., p. 141. In proposito, E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, cit., p. 236 os-





o la legge (c.d. pene legali)⁸³ contemplano una sanzione che si distacca dal modello risarcitorio e da quello restitutorio, in quanto svincolata dalla ricorrenza di un pregiudizio economico in capo al soggetto leso, perseguendo finalità esclusivamente o prevalentemente deterrenti-punitiva⁸⁴. Anzi, se - per dirla con Bobbio - «è spesso difficile stabilire in concreto dove finisce il premio e dove comincia l'indennizzo; dove finisce il risarcimento e dove comincia la punizione»⁸⁵, il tratto precipuo della pena privata è rintracciabile proprio nella mancanza di corrispondenza tra il vantaggio pecuniario conseguito dal soggetto leso e il pregiudizio da questi effettivamente patito.

Il tentativo, tuttavia, di individuare «un'autonoma categoria giuridica», identificando «un preciso significato tecnico di "pena privata"»⁸⁶ è uno sforzo ostico che scontrerebbe peraltro un'eccessiva generalizzazione.

L'obbligazione "con falsa alternativa", oltre ad ascrivere alla categoria dagli incerti confini delle sanzioni convenzionali, rappresentando una misura deterrente-afflittiva volta a garantire la cogenza di un precetto negoziale, sarebbe, inoltre, chiaramente atipica.

La possibilità (la cui indagine meriterebbe ben altra trattazione) che nel nostro ordinamento trovi cittadinanza un rimedio punitivo privato e atipico diverso dal risarcimento del danno e, dunque, estraneo al perimetro della responsabilità civile⁸⁷

serva: «clausola penale e pena privata hanno avuto vite parallele finendo per condizionarsi reciprocamente, tanto è vero che il rinnovato interesse per lo schema della clausola penale ha coinciso con il rilancio della problematica della pena privata».

⁸³ Sulla dicotomia tra le pene negoziali e quelle legali si vedano le osservazioni di V. ZENO ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparativo ai "punitive damage" di "common law"*, in *Giur. it.*, 1985, IV, c. 12 e E. MOSCATI, *La pena nel diritto privato*, in *Fonti legali e fonti private delle obbligazioni*, Padova, 1999, p. 355

⁸⁴ Secondo S. PATTI, voce *Pena privata*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, XIII, Torino 1995, p. 360, le pene private, benché presentino alcuni profili di assonanza con i danni non patrimoniali - quali l'indipendenza dell'entità della prestazione pecuniaria posta a carico dell'autore della lesione rispetto al pregiudizio economico patito dal soggetto leso rivestendo, pertanto, una funzione prevalentemente deterrente-sanzionatorio - si differenzerebbero da questi in quanto mentre ai danni non patrimoniali corrisponde la lesione di un bene del danneggiato reputato particolarmente meritevole di tutela e «tale lesione costituisce il fondamento del risarcimento ed ad essa è ragguagliato il suo ammontare», le pene private non sono collegate in via principale alla lesione, ma dipendono dalle caratteristiche della condotta dell'autore dell'illecito e dal disvalore dell'offesa da questi posta in essere.

⁸⁵ Così, in termini, N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1980, p. 534.

⁸⁶ Così, in termini, F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle «pene private»?», cit.*, p. 5.

⁸⁷ Per un approfondimento della tematica si rinvia alle acute riflessioni contenute nel volume F.D. BUSNELLI - G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., *passim* nonché di E. MOSCATI, *La*

non pare trovare ostacolo nel principio di legalità di cui agli artt. 25, comma 2, Cost. e 1 c.p. ed espresso dalla formula di Feuerbach «*nulla poena sine lege*»⁸⁸. Tale requisito fondamentale dello Stato di diritto non può certo riguardare le pene private in quanto persegue la finalità di tutelare i consociati nei confronti del potere dello Stato, non già nei confronti di altri privati.

In proposito, la celebre sentenza delle Sezioni Unite n. 16601/2017⁸⁹ sul danno punitivo si è premurata di specificare che nel diritto interno tale pregiudizio esige necessariamente una previsione di legge, tenuto conto, da un lato, dell'art. 23 Cost, che pone una riserva di legge per ogni prestazione patrimoniale e, dall'altro, dell'art. 25, comma 2, Cost. che prevede parimenti la riserva di legge per ogni forma di "punizione". Invero, la stessa pronuncia ammonisce che solo la predeterminazione legislativa è in grado di precludere «un incontrollato soggettivismo giudiziario», come quello che altrimenti potrebbe verificarsi qualora il giudice, a suo arbitrio, attribuisse natura sanzionatoria a qualsivoglia figura di risarcimento del danno. Pertanto, affinché possa essere importata nel nostro ordinamento senza confliggere con i valori che presidiano la materia, occorre che la condanna straniera a "risarcimenti punitivi" rispetti i principi di "tipicità", nel senso di «precisa perimetrazione della fattispecie», e "prevedibilità", intesa come «puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili»⁹⁰.

Orbene, con riguardo al descritto schema di obbligazione "con falsa alternativa" avente fonte negoziale, le parti inciderebbero in via preventiva

pena nel diritto privato, cit., p. 343; P. BENAZZO, *Le "pene civili" nel diritto privato dell'impresa*, Milano, 2005 p. 51; P. CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 1989, p. 886.

⁸⁸ Imprescindibile in merito al principio di legalità nel diritto penale la celebre sentenza sul c.d. caso Taricco di cui alla Corte Cost., 31 maggio 2018, n. 115, di cui si vedano i commenti di G. COCCO, *Il «primato» della riserva di legge parlamentare in materia penale affermato da Corte Cost. n. 115/2018 e il diritto eurounitario*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, p. 1078 e D. PULITANO, *La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, p. 1289.

⁸⁹ Cass., sez. un., 5 luglio 2017 n. 16601, in *Foro it.*, 2017, 9, 1, p. 2613, in *Danno e Resp.*, 2017, p. 419, con nota di M. LA TORRE, G. CORSI, G. PONZANELLI e P.G. MONATERI; in *Corr. giur.*, 2017, p. 1042, con nota di C. CONSOLO; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2017, I, con nota di M. GRONDONA e *ibidem*, II, di A. GAMBARO, P.G. MONATERI e G. PONZANELLI, in *Foro it.*, 2017, I, 2613, con nota di A. PALMIERI - R.PARDOLESI, E. D'ALESSANDRO, R. SIMONE e P.G. MONATERI. In proposito, si veda altresì la lucida analisi di R. CARLEO, *Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 259 e, più diffusamente, ID., *Il risarcimento del danno con funzione non compensativa nell'ordinamento italiano*, in L. Parenti - M. Basilavvecchia (a cura di), *Scritti in ricordo di Giovanna Mancini*, Lecce, 2019, p. 193.

⁹⁰ *Ivi*.

sull'obbligazione risarcitoria conseguente all'inadempimento del contratto, puntualizzando sia l'evento che farebbe sorgere in capo al creditore il diritto a pretendere la prestazione prevista in via subordinata sia la prestazione prevista come sanzione, ponendosi nel solco, perciò, dei menzionati principi scolpiti dalle Sezioni Unite.

Pertanto, oltre ad essere opinabile, per quanto esposto sopra, l'applicazione al diritto privato del principio di legalità proprio del diritto penale⁹¹ nonché la sussistenza di un apodittico principio di "tipicità delle sanzioni civili" (privo di qualsiasi espresso aggancio normativo)⁹², l'ammissibilità dell'obbligazione "con falsa alternativa" sarebbe pienamente giustificata. Invero, la prestazione subordinata prevista in ipotesi d'inadempimento o di impossibilità sopravvenuta non imputabile della prestazione principale sarebbe comunque precedentemente disciplinata in un contratto avente "forza di legge tra le parti" ai sensi dell'art. 1372 c.c., norma di protezione del soggetto nel traffico giuridico⁹³.

Del resto, sotto il profilo sistematico, la possibilità per le parti di incidere in via negoziale rafforzando il regime legale di responsabilità contrattuale si ricava, *a contrario*, dal tenore dell'art. 1229 c.c. nonché dalla disciplina di contratti tipici quali l'art. 1785-*quater* c.c. per il deposito in albergo e l'art. 1681, comma 2, c.c. per il trasporto di persone, che reputano nulle le clausole di esonero della responsabilità imputata in via obiettiva al debitore. In particolare, l'art. 1229 c.c., reputando nullo il patto in forza del quale la responsabilità del debitore venga preventivamente esclusa o limitata per dolo o per

⁹¹ In proposito, si vedano le osservazioni di A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., p. 303, e di G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 283, il quale evidenzia che «[i]l trovarsi accomunate, pena pubblica e pena privata, nell'aspetto teleologico, non impone una trasposizione meccanica, alle seconde del principio di legalità».

⁹² In senso contrario, reputano sussistente tale principio S. MAZZARESE, *Clausola penale (artt.1382-1384 c.c.)*, cit., p. 200 e A. MARINI, *La clausola penale*, cit., p. 6, i quali richiamano la dottrina processual-civilistica di E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1952, p. 12, secondo il quale «tutte le sanzioni, siano penali o civili, non si possono pensare come applicabili, se non in quanto comminate (e quindi prevedute) da norme giuridiche».

⁹³ In tale norma di chiara impronta giusnaturalistica - benché secondo autorevole dottrina (L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 56) si persegua l'intento di equiparare ontologicamente l'atto di autonomia privata alla norma giuridica - il riferimento alla legge è invece funzionale ad affermare un principio di sicurezza nella circolazione giuridica, nel senso che le parti non possono sottrarsi al dovere di osservare il contratto una volta concluso né possono modificarlo unilateralmente. Si vedano sul punto le riflessioni di M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*. Artt. 1372 - 1373, in P. Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 1998, p. 3 e di F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.: teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 957.

colpa grave, risponde alla necessità di prevedere un minimo inderogabile di tutela per il creditore, che si sostanzia nell'impossibilità per il debitore di essere preventivamente esonerato per l'inosservanza di macroscopiche regole di comportamento⁹⁴.

Di conseguenza, ammettendo l'esercizio dell'autonomia privata per regolare l'eventuale fase patologica del rapporto obbligatorio, l'ordinamento riconosce alle parti la facoltà di escludere preventivamente la responsabilità del debitore in ipotesi di colpa lieve. Non si comprenderebbe, allora, l'inammissibilità di prevedere in via pattizia una tutela rafforzata del creditore, convenendo che il debitore sia tenuto a una seconda prestazione ove non adempia la prima, con un'imputazione della responsabilità in via obiettiva⁹⁵.

Pertanto, l'obbligazione "con falsa alternativa" può ben costituire una forma di autotutela dell'interesse creditorio attraverso la creazione di una sanzione a carico della parte inadempiente.

9. Sanzioni civili atipiche, autonomia privata e valori costituzionali

Giova osservare che, qualora non si riconoscesse carattere dispositivo alle norme che regolano la determinazione del danno contrattuale - fatti salvi i vincoli previsti dal regime tipico della clausola penale e per le clausole di limitazione della responsabilità - l'autonomia privata risulterebbe oltremodo

⁹⁴ Sul fondamento della nullità delle clausole di esonero della responsabilità di cui all'art. 1229 c.c. si vedano F. GAMBINO, *Le obbligazioni*, I, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 377 e A. D'ADDA, *Clausole di esonero da responsabilità*, in V. Cuffaro (a cura di) *Delle obbligazioni*. Artt. 1218 - 1276, in E. Gabrielli (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino, 2013, p. 345.

⁹⁵ Valga osservare come in dottrina si sia presentata la questione opposta ovvero quella relativa alla validità di clausole di esonero per l'ipotesi in cui il debitore sia per legge "oggettivamente" responsabile della mancata esecuzione dell'obbligazione. In proposito, C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 543, reputa che un siffatto patto di esonero in contrasto con scelte del legislatore volte a responsabilizzare il debitore imputandogli la responsabilità in via obiettiva potrebbe non essere meritevole di tutela. Si vedano, in proposito, altresì i rilievi di G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, Napoli, 1999, p. 73 e A. PLAIA, *Ambito operativo dell'art. 1229 c.c. e responsabilità ex recepto*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 838. In senso contrario, L. CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in P. Rescigno (a cura di), *Trattato di diritto privato*, IX, *Obbligazioni e contratti*, I, Torino, 1999, p. 288, ritiene, invece, pattizamente derogabili le previsioni legali di responsabilità imputata a titolo obiettivo, in assenza d'indicazioni circa il loro carattere imperativo.





frustrata⁹⁶. Del resto, le norme relative alla responsabilità riguardano interessi di carattere patrimoniale che si riflettono sull'allocazione del rischio connesso all'esecuzione del contratto, cui può corrispondere, nell'ambito del complessivo sinallagma negoziale, una differente entità del corrispettivo a favore della parte onerata⁹⁷.

La disposizione di cui all'art. 1322 c.c., canonizzando ciò che è di per sé desumibile dalla natura dispositiva delle norme civili, rompe il principio della necessaria tipicità negoziale. Scolpisce, dunque, l'esistenza di un potere normativo che costituisce la fonte determinante dell'effettualità giuridica, permettendo di derogare alle prescrizioni di legge, nel solo rispetto dei limiti posti dalle norme cogenti o da quelle imperative⁹⁸.

In proposito, si ritiene di non poter condividere la pur autorevole tesi che critica l'estensione dell'autonomia privata fino a consentire la configurazione di sanzioni civili atipiche, in forza di un affermato contrasto con il principio di uguaglianza⁹⁹. Secondo tale dottrina, l'ingresso nel nostro ordinamento delle sanzioni punitive previste da un atto negoziale contravverrebbe al precetto costituzionale, in quanto attribuirebbe a un soggetto privato il potere di punirne un altro, violando così la parità giuridica davanti alla legge e nei reciproci rapporti privati.

È senz'altro sostenibile che non sussiste una pre-sunzione di giustizia del contratto basata sul rilievo che la sua conformità al volere concorde delle parti

assicuri automaticamente un equilibrato assetto di interessi¹⁰⁰. Il contratto, infatti, non è più ritenuto latore di "naturale giustizia", secondo la celebre massima di Alfred Fouillée «*qui dit contractuel dit juste*»¹⁰¹, semplicemente perché non è detto che sia concluso tra soggetti "eguali" che possano concordare liberamente le regole¹⁰². Invero, in assenza di simmetria informativa o economica sono falsati "i blocchi di partenza"¹⁰³ e viene meno la premessa del sillogismo secondo il quale in condizioni di "equilibrio" la parte non acconsentirebbe mai ad un accordo destinato ad arrecarle più perdite che vantaggi¹⁰⁴.

Il dovuto riferimento ai precetti costituzionali, tuttavia, impone la valorizzazione del principio di libertà e consapevolezza della scelta desumibile dal limite della libertà posto all'iniziativa privata dall'art. 41, cpv., Cost.¹⁰⁵. Di conseguenza, occorre

¹⁰⁰ A tale proposito, R. SACCO, in R. SACCO - G. De Nova, *Il contratto*, I, Torino, 2004, p. 23, evidenzia come il contratto venga concluso «in un quadro economico dominato da cento strettoie», che, evidentemente, adulterano il corretto funzionamento del mercato, allontanandolo dal modello di mercato perfetto, postulato dalla concezione liberista.

¹⁰¹ Si veda A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Parigi, 1880, p. 410, citato in J. GHESTIN, *Le contrat*, in *Traité de droit civil*, II, *Les obligations*, I, II, Parigi, 1988, p. 20. Con riferimento al nostro codice F. FERRO LUZZI, *Prime riflessioni in tema di incompatibilità strutturale tra mercato concorrenziale e diritto del contraente finale a condizioni eque*, in G. Vettori (a cura di) *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, 2005, p. 554, rinviando a J. RAWLS, *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Milano, 2002, *passim*, osserva che nella legislazione del 1942 «così come per quanto concerne il prezzo, tutte le altre condizioni contrattuali sono considerate dall'ordinamento "giuste" in quanto e per il solo fatto di essere state liberamente individuate dai contraenti, indipendentemente dalla circostanza che siano o meno "eque" (ovviamente nel senso di "proporzionate alle esigenze")».

¹⁰² In proposito, si rinvia alle lucide riflessioni di G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Persona e Mercato*, 2015, p. 14.

¹⁰³ Così R. DWORKIN, *What is Equality? Part 2: Equality of Resources*, Princeton, 1981, p. 308, secondo il quale "the starting gate theory" comporta sì l'eguaglianza dei punti di partenza ma non riconosce il diritto al risarcimento per gli individui che successivamente patiscono una "sorte brutta" sopportando svantaggi che non dipendono da loro scelte.

¹⁰⁴ In proposito si vedano le approfondite considerazioni di G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 53; ID., *Diritto dei contratti e costituzione europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, p. 83; ID., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21; H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 659.

¹⁰⁵ Sull'art. 41, cpv., Cost. si vedano le osservazioni di G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in AA. VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990, p. 66; N. IRTI, *Concetto giuridico di mercato e doveri di solidarietà*, in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 115. In generale sulla problematica relativa alla tutela costituzionale dell'autonomia privata si rinvia a A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, Milano,

⁹⁶ Si vedano in proposito le lucide riflessioni di F. AZZARRI, *La prestazione penale unilateralmente determinata*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 161; C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, cit., p. 179; F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., p. 64; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 67; E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 595. Meno recentemente, la generale derogabilità delle norme sulla quantificazione del danno era già sostenuta da A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, cit., p. 511 e da R. SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1957, p. 18. Più in generale sul diritto dispositivo relativo alla disciplina del contratto si veda l'approfondita analisi di M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011.

⁹⁷ Sulla natura dispositiva delle norme inerenti la responsabilità nell'ordinamento tedesco e francese si veda F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., p. 67, nota 112.

⁹⁸ Considerando, tuttavia, che al soggetto privato non si riconosce una libertà bensì un'autonomia, al centro del sistema si riscontra l'ordinamento giuridico che tutela tale potere attraverso l'autorità giudiziale. Il principio di autonomia contrattuale sarebbe, infatti, una formula vuota se non incastonata in un confine normativo. Si vedano in argomento le illuminate riflessioni di U. BRECCIA, *Il contratto in generale. Causa*, cit., p. 192.

⁹⁹ Si veda in tal senso C.M. BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, Milano, 2012, p. 279.

assicurare la parità sostanziale dei contraenti, eliminando le situazioni di squilibrio strutturale in maniera compatibile con una concezione di libero mercato che - affrancato dalle asimmetrie che di fatto determinano vistose disparità contrattuali - rappresenta il luogo in cui i vari soggetti sono legittimati a competere, al fine di perseguire il proprio profitto, pur nel rispetto del quadro valoriale¹⁰⁶.

Pertanto, l'iniziativa economica, alla quale è riconducibile l'autonomia contrattuale, non può essere repressa, in assenza peraltro di espressi divieti di legge, impedendo ai privati la possibilità di configurare sanzioni giuridiche, la cui operatività sarebbe rimessa all'iniziativa degli stessi, altrimenti si violerebbe la medesima libertà di contratto¹⁰⁷. Invero, non sarebbe giustificato in forza di una rilettura ega-

litaristica dell'autonomia privata¹⁰⁸ l'intervento eteronomo su un negozio in cui - senza la concorrente presenza di perturbazioni della razionalità economica o di asimmetrie cognitive - la previsione di una sanzione convenzionale risponde, ad esempio, ad un peculiare valore affettivo attribuito alla prestazione dedotta in via principale. Allo stesso modo, non si comprenderebbe l'inammissibilità di una misura afflittiva qualora sia bilanciata da un più elevato corrispettivo a favore della parte assoggettata a tale previsione.

Un approccio alle sanzioni civili fondato sulla *Drittwirkung* del principio di uguaglianza genererebbe, perciò, un effetto che intaccherebbe il contenuto essenziale dell'atto di autonomia privata¹⁰⁹.

In conclusione, pertanto, dall'esplorazione compiuta si rileva la piena utilizzabilità dell'obbligazione "con falsa alternativa" quale ipotesi della possibilità di configurare nel nostro ordinamento sanzioni convenzionali atipiche dell'inadempimento, al fine di ampliare la latitudine dell'ordinario rimedio risarcitorio nella responsabilità contrattuale.

1971, *passim*, e L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 1. La Corte Cost. nella sentenza del 15 maggio 1990, n. 241, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2785, ha peraltro precisato che «il programma di eliminazione delle disuguaglianze di fatto additato dall'art. 3, comma 2°, Cost., (...) va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'economia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie». In merito alla rimozione degli ostacoli limitativi dell'uguaglianza si rinvia su tutti a G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 3; e A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, *ivi*, p. 5.

¹⁰⁶ Si vedano in proposito le acute analisi di G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 751; F.D. BUSNELLI, *Conclusioni*, in P. Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, p. 161 e di E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 529. Come opportunamente osserva N. IRTI, in *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 561: «Il mercato conosce, per sua intima logica, vincitori e vinti. Il contenuto del contratto non è, di per sé, né giusto né ingiusto, né equo né iniquo, ma quello voluto e deciso dalle parti. Soltanto specifiche norme costituzionali o ordinarie, diversamente conformando l'autonomia privata, possono violare questi confini».

¹⁰⁷ In proposito L. MENGONI, in *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 4, afferma che i principi costituzionali «possono vincolare la libertà di contratto solo con la mediazione della legge e nella misura in cui sono specificati dalla disciplina legale degli atti di autonomia». Più recentemente, sui rapporti tra autonomia privata e Costituzione si rinvia alle riflessioni di E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, p. 204; A.M. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere. Costituzione, solidarietà, libertà*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2019, p. 827; N. RIZZO, *Note minime sull'uso dei principi costituzionali nel diritto dei contratti, rileggendo Dworkin e Hart*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 920; F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in E. Navarretta (a cura di), *Effettività e Drittwirkung. Idee a confronto*, Torino, 2017, p. 97; F. PIRAINO, *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principi*, Napoli, 2017, p. 53.

¹⁰⁸ Sul dibattito relativo all'immediata precettività dell'art. 3, cpv., Cost., sugli atti di autonomia privata si vedano le acute riflessioni di E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, suppl. a *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 416; P. PERLINGIERI, *Eguaglianza, capacità contributiva e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, n. 3, p. 724; S. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, *passim*; N. LIPARI, *Diritto privato: una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974; P. RESCIGNO, *Ancora sul principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Persona e comunità*, Bologna, 1966, p. 364; A. GALOPPINI, *Osservazioni sul principio di parità di trattamento nel diritto privato*, in *Riv. giur. lav.*, 1965, II, p. 7.

¹⁰⁹ Sul punto conducono ad un alto livello di riflessione teorica i contributi di E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1264 e V. CALDERAI, voce *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., Ann., VII*, Milano 2014, p. 447.

