

STUDI DI DIRITTO PRIVATO

Collana diretta da F.D. BUSNELLI - S. PATTI - V. SCALISI - P. ZATTI

MAURO PALADINI

L'ATTO UNILATERALE
DI RISOLUZIONE
PER INADEMPIMENTO



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

STUDI DI DIRITTO PRIVATO

Collana diretta da F.D. BUSNELLI - S. PATTI - V. SCALISI - P. ZATTI

MAURO PALADINI

L'ATTO UNILATERALE
DI RISOLUZIONE
PER INADEMPIMENTO



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2013 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-7810-1

Il presente volume è stato oggetto di procedura di doppio referaggio cieco da parte di due referees (double blind peer review), secondo un procedimento standard concordato dai Direttori della collana con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

pag.

INTRODUZIONE

1

CAPITOLO PRIMO

RISOLUZIONE E RECESSO PER INADEMPIMENTO: ORIGINI STORICHE

1. Le origini storiche della risoluzione per inadempimento: dalla *lex commissoria* alla condizione risolutiva tacita (art. 1184 *Code Napoléon*) 3
2. La condizione risolutiva tacita nel Codice Civile italiano del 1865 11
3. Il patto risolutivo espresso e la risoluzione automatica nel Codice Civile italiano del 1865 16
4. Il recesso per inadempimento e la caparra confirmatoria nel Codice Civile del 1865 21
5. La risoluzione del contratto nel Codice di Commercio del 1882: il divieto per il giudice di concedere dilazione 23
6. (*Segue*). Le ipotesi di risoluzione di diritto 26
7. La risoluzione automatica per inadempimento nel Codice Civile portoghese del 1857 30
8. La risoluzione nel Codice Civile spagnolo del 1889 31
9. Il recesso per inadempimento nel BGB del 1896 36

CAPITOLO SECONDO

LA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO COME ATTO UNILATERALE CON EFFETTI SOSTANZIALI

1. La natura costitutiva della risoluzione per inadempimento nella dottrina e nella giurisprudenza successive al Codice del '42 41

	<i>pag.</i>
2. Le tesi dottrinali favorevoli all'abbandono del modello giudiziale di risoluzione per inadempimento	44
3. Le critiche alla concezione «costitutiva» dell'azione di risoluzione	47
4. Il recesso per inadempimento <i>ex art.</i> 1385 c.c. nell'interpretazione successiva all'entrata in vigore del Codice del '42	48
4.1. Recesso per caparra confirmatoria e risoluzione per inadempimento nell'interpretazione delle Sezioni Unite n. 553/2009	56
4.2. Gli effetti del recesso per caparra confirmatoria e della risoluzione per inadempimento	63
5. Diffida ad adempiere e natura dichiarativa della risoluzione	65
6. Clausola risolutiva espressa e natura dichiarativa della risoluzione	68
7. Il termine essenziale	73
8. L'importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto. Il criterio generale di «non scarsa importanza» e le ipotesi di aggravamento dell'inadempimento rilevante	75
8.1. (<i>Segue</i>). Le figure normative di tipizzazione dell'importanza dell'inadempimento	88
9. Risoluzione per impossibilità sopravvenuta non imputabile della prestazione e recesso per impossibilità sopravvenuta parziale	92
9.1. Impossibilità non imputabile e inadempimento: come fermare il "pendolo" della natura automatica o giudiziale della risoluzione	97
10. Preclusione di adempimento successivo alla dichiarazione unilaterale di risoluzione	100
10.1. Rigetto, inammissibilità o estinzione del giudizio di risoluzione ed eventuale preclusione di successivo adempimento	103
11. La preclusione di adempimento successiva alla domanda di risoluzione (art. 1453, 3° comma, c.c.)	105
11.1. Il "diritto" del debitore di offrire la prestazione in difetto del requisito di non scarsa importanza dell'inadempimento	112
11.2. Preclusione di adempimento tardivo e previsioni eccezionali di termine "di grazia": il caso della locazione ad uso abitativo	114
11.3. (<i>Segue</i>). Il termine "di grazia" nel contratto di affitto agrario	119

CAPITOLO TERZO

L'ATTO UNILATERALE DI RISOLUZIONE
NEI SINGOLI CONTRATTI

1. L'atto unilaterale di risoluzione nella compravendita: la vendita di beni altrui e l'evizione	123
1.1. (Segue). Vizi, mancanza di qualità, <i>aliud pro alio</i>	129
2. La risoluzione della vendita di beni di consumo	134
3. Il contratto di appalto	138
4. I contratti di durata	144
5. La risoluzione per inadempimento della donazione modale	145
6. Il recesso impugnatorio come rimedio ordinario alle alterazioni anomale della vicenda contrattuale: gli esempi della successione nel contratto e della presupposizione	148

CAPITOLO QUARTO

I MODELLI EUROPEI DI RISOLUZIONE
PER INADEMPIMENTO

1. Gli ordinamenti europei e i progetti di diritto europeo dei contratti	153
2. La risoluzione costitutiva nel sistema francese. L'art. 1184 Code Civil ed il suo fondamento	155
2.1. Gli effetti della risoluzione (cenni)	160
3. La giurisprudenza sulle «clauses résolutoires»	163
4. Le fughe dalla risoluzione giudiziale. L'eccezione di inadempimento	166
4.1. (Segue). L'apertura alla risoluzione unilaterale	171
5. Il modello anfibologico di risoluzione nelle proposte di riforma del <i>Code Napoléon</i>	173
6. La risoluzione per recesso nell'ordinamento tedesco dopo la <i>Modernisierung</i>	177
7. La «declaration of avoidance» nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili	182
7.1. Gli effetti del recesso e la loro «disponibilità». La risoluzione senza «fundamental breach»	190
8. The «right to terminate the contract» nella Proposta di regolamento per un diritto europeo della vendita (<i>CESL</i>)	194
9. La risoluzione per atto unilaterale nei progetti di riforma del <i>Código Civil</i> spagnolo	198

CAPITOLO QUINTO

LA DISCIPLINA DELL'ATTO DI RISOLUZIONE

1. La negoziabilità dell'atto unilaterale di risoluzione	201
2. La formazione dell'atto	204
2.1. La volontà del creditore. Rappresentanza	204
2.2. L'atto risolutivo nella comunione legale	207
2.3. La ratifica dell'atto di risoluzione. L'apparenza	209
2.4. I vizi del consenso	213
2.5. Oggetto, causa e presupposti dell'atto risolutivo	218
2.6. Gli elementi accidentali	221
3. Gli effetti della risoluzione. Le restituzioni	225
3.1. (<i>Segue</i>). L'opponibilità della risoluzione ai terzi e la successione nel diritto controverso (art. 111 c.p.c.)	228
4. Forma dell'atto risolutivo	235
5. Pubblicità dell'atto risolutivo	238
6. La rinuncia agli effetti	244
6.1. Il confronto con la condizione di inadempimento	250
6.2. L'unilateralità della condizione e la rinuncia agli effetti	255
7. L'atto unilaterale di risoluzione nell'ipotesi di inadempimenti reciproci o di c.d. eccezione di risoluzione	260
8. L'atto unilaterale di risoluzione nell' <i>anticipatory breach</i> e come rimedio alla violazione di obblighi precontrattuali	264
9. Conclusioni	266

INTRODUZIONE

La concezione giudiziale della risoluzione per inadempimento è largamente prevalente in dottrina e, addirittura, unanime nella giurisprudenza. La formulazione letterale dell'art. 1453 c.c. – in particolare, il testuale richiamo all'alternativa “richiesta” di adempimento o di risoluzione del contratto – certamente agevola tale interpretazione e induce a ritenere che soltanto il giudice possa essere l'autorità preposta a sciogliere la “legge” che le parti si sono imposte attraverso la stipulazione del contratto (art. 1372 c.c.). La centralità del ruolo giudiziale è ritenuta, altresì, in relazione ai presupposti sostanziali (imputabilità e importanza) che consentono la risoluzione del contratto, i quali richiederebbero il necessario intervento costitutivo del giudice.

In tale prospettiva, i vari istituti, che – sia nella parte generale del contratto (artt. 1385, 1454, 1456 e 1457 c.c.), sia nell'ambito di specifiche discipline (ad es., art. 1662 c.c.) – prevedono lo scioglimento automatico del rapporto contrattuale, vengono configurati alla stregua di ipotesi speciali, dalle quali *a contrario* risulterebbe rafforzata la tesi della natura giudiziale della risoluzione in generale. In chiave di specialità sono interpretate, inoltre, le discipline contrattuali, che sanciscono la regola dello scioglimento per volontà unilaterale della parte non inadempiente (ad es., il contratto di lavoro subordinato).

Una siffatta caratteristica del sistema italiano di risoluzione per inadempimento rende, tuttavia, il nostro ordinamento un'anomalia nel contesto europeo, che è, invece, decisamente orientato – sia sul versante anglosassone sia su quello continentale – nella direzione della generalizzazione della risoluzione per inadempimento per atto unilaterale avente efficacia sostanziale. L'anomalia risulta ancor più stridente, ove si rifletta sull'identica derivazione delle norme del Codice civile e di quelle che, in ordinamenti come quello francese (art. 1184 *Code Napoléon*) e spagnolo (art. 1124 *Código Civil*), hanno indotto la dottrina e la giurisprudenza ad ammettere che lo scioglimento del rapporto contrattuale conseguente all'inadempimento di una delle parti possa realizzarsi per dichiarazione unilaterale della parte fedele.

Un'indagine dei principali dati normativi in materia di inadempimento, presenti nel Codice Civile, può consentire, dunque, una riflessione sulla possibilità di una diversa ricostruzione interpretativa anche all'interno del nostro ordinamento e sulla base delle norme vigenti. Già autorevole dottrina ha segnalato significativi aspetti che possono indurre a superare il dogma della natura giudiziale della risoluzione e la giurisprudenza, a sua volta, ha adottato indirizzi (in particolare, in tema di preclusione dell'adempimento tardivo) che sembrano condurre proprio nella direzione della natura potestativa del diritto sostanziale di risoluzione.

Esaminate, in primo luogo, le possibili ragioni storiche che possono aver condotto all'attuale disciplina degli artt. 1453 ss. c.c., occorre valutare i possibili elementi sistematici, che possano risultare coerenti od ostativi alla configurazione della risoluzione per atto unilaterale e interrogarsi, infine, sulla disciplina da applicare a un tale atto giuridico, affinché risulti effettivamente idoneo a sciogliere il rapporto contrattuale con le opportune cautele e prescrizioni, anche pubblicitarie, a tutela dell'incolpevole affidamento dei terzi.

CAPITOLO PRIMO
RISOLUZIONE E RECESSO
PER INADEMPIMENTO: ORIGINI STORICHE

SOMMARIO: 1. Le origini storiche della risoluzione per inadempimento: dalla *lex commissoria* alla condizione risolutiva tacita (art. 1184 *Code Napoléon*). – 2. La condizione risolutiva tacita nel Codice Civile italiano del 1865. – 3. Il patto risolutivo espresso e la risoluzione automatica nel Codice Civile italiano del 1865. – 4. Il recesso per inadempimento e la caparra confirmatoria nel Codice Civile del 1865. – 5. La risoluzione del contratto nel Codice di Commercio del 1882: il divieto per il giudice di concedere dilazione. – 6. (*Segue*). Le ipotesi di risoluzione di diritto. – 7. La risoluzione automatica per inadempimento nel Codice Civile portoghese del 1857. – 8. La risoluzione nel Codice Civile spagnolo del 1889. – 9. Il recesso per inadempimento nel BGB del 1896.

1. *Le origini storiche della risoluzione per inadempimento: dalla lex commissoria alla condizione risolutiva tacita (art. 1184 Code Napoléon)*

Secondo un orientamento diffuso tra gli studiosi del diritto romano¹, le origini storiche del moderno istituto della risoluzione per inadempimento devono essere rintracciate nella *lex commissoria*, clausola accessoria della compravendita, in virtù della quale la proprietà della cosa ritornava al venditore se il compratore non pagava il prezzo². La

¹ P. CERAMI, *Risoluzione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 1287, secondo cui «la *lex commissoria* assolveva, nell'ambito della compravendita, una funzione paragonabile, a grandi linee, a quella svolta dalla cosiddetta condizione risolutiva tacita, accolta dal nostro codice civile (art. 1453 c.c.)». La *lex commissoria* è definita un "surrogato convenzionale" della risoluzione per inadempimento da G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats (origines de l'article 1184 cod. civ.)*, Les presses universitaires de France, Parigi, 1924, p. 105 ss.

² Come, però, spiega diffusamente V. ARANGIO-RUIZ, (*Istituzione di diritto romano*, 14^a ed., Jovene, Napoli, 1983, pp. 89-90), in origine, la *lex commissoria* non operava come un patto risolutivo, bensì come clausola che manteneva la proprietà della

medesima dottrina³ sottolinea che la risoluzione degli effetti del contratto si verificava, tuttavia, soltanto in conseguenza dell'espressa dichiarazione del venditore di volersi avvalere della *lex commissoria*, secondo un modello di produzione dell'effetto estintivo del contratto non dissimile da quello accolto, nel sistema vigente, dall'art. 1456 c.c.

La sostanziale "estraneità" al diritto romano dell'istituto della risoluzione per inadempimento⁴ dipenderebbe, in particolare, dall'assenza della nozione di sinallagma contrattuale: la bilateralità del contratto, per i giuristi romani, non implicherebbe, infatti, la sua sinallagmaticità, con la conseguenza che, ancora in età diocleziana, l'*actio venditi* e l'*actio empti* potevano essere esperite, in caso di inadempimento, soltanto per ottenere la controprestazione e non già per risolvere il contratto e ripetere la prestazione.

Nella dottrina più moderna, però, tale tesi è stata oggetto di una motivata critica⁵, che ha ritenuto di evidenziare come, invero, una forma

cosa in capo al venditore nonostante la *traditio*. In virtù di ciò, a fronte del mancato pagamento del prezzo, il venditore, essendo ancora proprietario, poteva agire in rivendicazione nei confronti del compratore. In seguito, la *lex commissoria* fu interpretata come patto risolutivo aggiunto al contratto consensuale di compravendita in sé perfetto, con la conseguenza, però, che, verificatosi l'inadempimento, il venditore non poteva agire in rivendicazione, ma disponeva dell'azione contrattuale per la restituzione della *res*. Infine, nel diritto giustiniano, si afferma l'idea per cui, col verificarsi della condizione (l'inadempimento), la proprietà ritorna automaticamente al venditore, che può agire, pertanto, con l'azione di rivendicazione. In questa epoca si può parlare, pertanto, di "efficacia reale" della risoluzione, contrapposta all'efficacia obbligatoria che essa aveva in epoca classica.

³ Cfr. tra i romanisti, G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Piccin, Padova, 1986, p. 623; tra gli studiosi di diritto privato, G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1942, p. 24: Ritiene, invece, che la *lex commissoria* producesse la risoluzione di "pieno diritto", senza bisogno né di domandare al giudice la risoluzione né di manifestare all'altra parte l'intenzione di considerare il contratto risolto, E. DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Salamanca, 1981, p. 37.

⁴ Osserva CERAMI, *Risoluzione (dir. rom.)*, cit., p. 1287, che, nel linguaggio dei giuristi romani, il termine *resolvere* è usato con una pluralità di significato e non è riconducibile al concetto contemporaneo di risoluzione del contratto. In alcuni giuristi, il termine *resolvere* contrassegna il pagamento, la confusione, il perimento fortuito dell'oggetto dell'obbligazione; in altri, indica il negozio risolutivo aggiunto, il *contrarius consensus* o la morte di un contraente. In senso contrario all'esistenza di una nozione generale di sinallagma nel diritto romano, B. RODRIGEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 11 ss., a cui si rinvia per una puntuale ricostruzione storica.

⁵ L. VACCA, *Risoluzione e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza romana dell'età classica*, in AA.VV., *Il contratto inadempito - Realtà e tradizione del diritto*

“embrionale” del principio del sinallagma funzionale fosse già presente, nell’ambito della compravendita, a partire dalla giurisprudenza adrianea. Il concetto di sinallagma contrattuale – secondo questa tesi – sarebbe necessariamente implicato, infatti, dalle soluzioni casistiche, secondo le quali, ove la prestazione del venditore fosse divenuta impossibile, senza sua colpa, per evizione o per acquisto *ex alia causa*, non solo egli non poteva esperire efficacemente l’azione contrattuale diretta ad ottenere la prestazione corrispettiva, ma, nel caso in cui questa fosse stata già eseguita, il compratore poteva utilizzare l’azione contrattuale al fine di ottenere la condanna del venditore ad una somma di denaro equivalente al prezzo pagato, ripristinando così l’equilibrio patrimoniale in conformità alla buona fede⁶. Sennonché, l’istituto della risoluzione del contratto, consistente nella eliminazione dei suoi effetti con la ripetizione delle prestazioni già eseguite, sarebbe stato costruito dall’evoluzione della giurisprudenza romana soltanto in rapporto alla impossibilità della prestazione per fatto non imputabile «come strumento imposto dalla “buona fede” che regola il rapporto, che non “sopporta” che una parte di un contratto sinallagmatico sia tenuta ad eseguire una prestazione non giustificata da una “controprestazione”, o che la parte che non esegue la sua prestazione possa conseguire arricchimento ingiusto dalla controprestazione»⁷. Al contrario, il fondamento dell’attuale istituto della risoluzione per inadempimento avrebbe un fondamento diverso, da ricercarsi nella «recezione della concezione tradizionale di matrice francese sulla c.d. condizione tacita, sviluppata prevalentemente in rapporto alla teoria assorbente della rilevanza della volontà negoziale»⁸.

La contrapposizione tra i due orientamenti può risultare meno profonda, tuttavia, laddove si ritenga di cogliere una linea di continuità tra *lex commissoria* romana e condizione tacita francese. Una siffatta continuità è stata rilevata, in dottrina⁹, da quanti hanno ritenuto che la

contrattuale europeo, a cura di L. Vacca, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 23-59. Per una trattazione del complesso di figure, nelle quali assume rilievo il problema del sinallagma nel diritto romano, A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico nell’emptio venditio classica*, Cedam, Padova, 2004.

⁶ L. VACCA, *Risoluzione e sinallagma contrattuale*, cit., p. 32.

⁷ L. VACCA, *Risoluzione e sinallagma contrattuale*, cit., p. 57.

⁸ L. VACCA, *Risoluzione e sinallagma contrattuale*, cit., p. 58.

⁹ D. CAPORALI, *Teoria della condizione risolutiva tacita*, Firenze, 1885, p. 18 ss.; C. CROME, *Die Grundlehren del französischen Obligationenrechts*, Mannheim, 1894, p.

condizione tacita francese rappresenti nient'altro che il risultato della generalizzazione e della trasformazione dell'antica *lex commissoria* romana ad opera del diritto consuetudinario francese: *generalizzazione* nel senso di emancipazione del patto commissorio dalla sua inerenza al solo contratto di compravendita e ammissibilità della sua apposizione a tutti i contratti sinallagmatici; *trasformazione* come evoluzione della *lex commissoria* da patto "espresso" in clausola "sottintesa", la cui operatività, però, richiedeva l'intervento del giudice¹⁰.

Un più accentuato vincolo di interdipendenza funzionale tra le prestazioni sussiste, in diritto romano, nella *locatio conductio*, lo scioglimento della quale il locatore poteva ottenere nel caso in cui il conduttore danneggiasse la cosa od omettesse di pagare la mercede per un biennio. In tal caso, infatti, l'*actio locati* consentiva al locatore di ottenere la risoluzione del contratto per quella che è stata definita¹¹, con linguaggio moderno, la «emersione, nel corso dell'esecuzione del contratto, di carenza di causa, a danno esclusivo di una delle parti».

Secondo un'altra opinione¹², invece, l'origine della risoluzione per

184 (si segnala, peraltro, la stessa opera anche nella traduzione annotata, pubblicata da A. ASCOLI e F. CAMMEO, Società Editrice Libreria, Milano, 1906); M. PLANIOL-G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, vol. II, L.G.D.J., Parigi, 1926, n. 1310 e n. 1558; per una compiuta ricostruzione dottrinale della questione, A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 111 ss., secondo il quale la generalizzazione della condizione risolutiva tacita – dovuta, in particolare, alle opere di J. DOMAT (*Les lois civiles dans leur ordre naturel; le droit public, et legum delectus*, t. I, Parigi, Théodore Le Gras, 1777, tit. I, sect. VI, art. XI; tit. II, sect. XII, art. XIII) e R.J. POTHIER (*Traité du contrat de vente*, Bruxelles, chez H. Tarlier, 1831, n. 476) – «a considerazioni di carattere equitativo, oltre che [...] alla diffusione della clausola divenuta col tempo di stile e alla finzione, nei paesi di diritto consuetudinario, della esistenza di un patto tacito, condizionante la sussistenza del contratto all'adempimento degli obblighi, nei casi in cui le parti avessero omesso di inserire la clausola». La tesi è criticata, invece, da G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., p. 77 ss.

¹⁰ Mentre il patto commissorio divenne sottinteso nei paesi francesi di diritto consuetudinario, nei paesi di diritto scritto, che seguirono il diritto romano, per l'esercizio del diritto di risoluzione del contratto continuò a richiedersi che il patto commissorio fosse stipulato espressamente: cfr., *ex plurimis*, L. BELLAVITE, *Note illustrative e critiche al codice civile del Regno*, Padova, 1875, p. 26; R. DE RUGGIERO-F. MAROI, in *Istituzioni di diritto civile*, 10^a ed., a cura di A. De Cupis, vol. II, Principato, Milano, pp. 200-201.

¹¹ P. CERAMI, *Risoluzione*, cit., p. 1289.

¹² D. MAGNO, *Studi sul negozio condizionato*, Roma, 1930, par. 47; più recentemente, U. PETRONIO, *Risoluzione (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 1296-1298; nella dottrina francese, V. CASSIN, *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*, in *RTD civ.*, 1945, 162-165, la cui opinione è

inadempimento dovrebbe essere ricercata nel diritto canonico che ammise, per il caso di inadempimento di una corrispondente obbligazione, una condizione tacita della validità della promessa la quale, in quanto assunta con giuramento, doveva intendersi pronunciata anche dinanzi a Dio¹³. La risoluzione appariva, invero, conforme alla buona fede e la regola *fides non servanda est ei qui frangit fidem* costituiva la proporzionata sanzione nei confronti della parte inadempiente¹⁴. Ma, a differenza della *lex commissoria*, la condizione tacita di diritto canonico – secondo una tesi che, peraltro, non può considerarsi pacifica¹⁵ – non produceva l'estinzione dell'obbligazione né automaticamente né in conseguenza della dichiarazione di voler ritenere risolto il contratto, bensì esigeva il ricorso al giudice, che era titolare del potere discrezionale assoluto di pronunciare o negare la risoluzione.

Il sistema accolto dal Codice francese del 1804 si conformò ad entrambi i modelli – quello del diritto romano e quello del diritto canonico – sotto il fondamentale profilo della natura giudiziale della risoluzione. L'art. 1184 stabilì, infatti, che «la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti sinallagmatici nel caso in cui una delle parti non adempia la sua obbligazione», ma precisò immediatamente che “in tal caso” – e, cioè, a differenza, di quanto previsto dal precedente art. 1183 riguardante la condizione come elemento accidentale del contratto – «il contratto non può essere risolto di diritto. La parte non inadempiente può scegliere se costringere l'altra ad adempiere la prestazione possibile, oppure se domandare la risoluzione con i danni e gli interessi». Il ricorso al giudice per ottenere lo scioglimento del contratto era ineludibile in considerazione della contestuale previsione del potere giudiziale di concedere al debitore «una dilazione secondo le circostanze»¹⁶. Nel

ripresa e condivisa da J. GHESTIN, *La résolution pour inexécution (en droit français)*, in *Il contratto inadempito*, cit., p. 111. Per l'approfondimento delle caratteristiche e delle fonti della risoluzione per inadempimento nel diritto canonico, E. DELL'AQUILA, *La resolución*, cit., pp. 45-63.

¹³ BARTOLO: «Non enim iurando promitto parti, sed magis Deo».

¹⁴ A questa interpretazione “sanzionatoria” della risoluzione del contratto nel diritto canonico aderisce, in particolare, G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., p. 41 ss.

¹⁵ Sostengono la natura necessariamente giudiziale della risoluzione G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., p. 42; R.A. VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granata, 2003, pp. 26-27; *contra* G. BOYER, *Recherches historiques*, cit., p. 238.

¹⁶ Il terzo comma dell'art. 1184 cod. civ. fr. – ancora oggi vigente e su cui, *infra*, Cap. IV, par. 1 ss. – stabilisce, infatti che «la résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances».

momento in cui, infatti, nel c.d. “termine di grazia” il debitore poteva rimediare all'inesattezza della prestazione oppure sanare il proprio ritardo mediante l'adempimento tardivo, diveniva inevitabile che solo il giudice potesse sancire lo scioglimento del rapporto contrattuale dopo aver valutato le caratteristiche dell'inadempimento e l'eventuale opportunità di concedere al debitore una “dilazione”¹⁷.

Il *Code Napoléon* prevedeva, tuttavia, nell'ambito della disciplina della compravendita di beni immobili, una figura di patto commissorio espresso per l'ipotesi in cui le parti convenissero la risoluzione *de plein droit* in mancanza del pagamento del prezzo nel termine stabilito (art. 1656 c.c.)¹⁸. La norma contiene significative affinità con la clausola risolutiva espressa prevista dal Codice civile italiano del 1942 nella misura in cui stabilisce che l'adempimento tardivo del debitore, altrimenti consentito nonostante la scadenza del termine di adempimento, può essere impedito soltanto da un atto di intimazione da parte del venditore, che preclude, altresì, ogni potere giudiziale di concedere dilazioni¹⁹. Anche nell'art. 1656 c.c. francese, pertanto – come nella clausola risolutiva espressa *ex art.* 1456 c.c. – l'effetto risolutivo non consegue *ipso iure* all'inadempimento, ma presuppone una manifestazione di volontà espressa dal creditore della prestazione inadempita²⁰.

¹⁷ Il potere di concedere una dilazione per l'adempimento risale al diritto consuetudinario francese, nel quale il ricorso al giudice prevedeva una prima fase finalizzata alla fissazione di un termine per l'adempimento tardivo sotto la comminatoria della risoluzione, e una seconda istanza volta ad ottenere la pronuncia di risoluzione giudiziale previo accertamento del persistente inadempimento e della infruttuosa scadenza del termine. Il codice francese, pertanto, abolendo il doppio ricorso al giudice “semplificato” il procedimento di risoluzione del contratto, limitandosi a prevedere il potere giudiziale di concedere un termine al debitore nell'ambito del giudizio di scioglimento già instaurato dal creditore. Per tali riferimenti e per le relative puntuali citazioni, A. SMIRALDO, *Profili*, cit., pp. 257-258.

¹⁸ Stabilisce la norma che «s'il a été stipulé lors de la vente d'immeubles, que, faute du payement du prix dans le terme convenu, la vente serait résolue de plein droit, l'acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation; mais, après cette sommation, le juge ne peut pas lui accorder de délai».

¹⁹ La giurisprudenza francese ha precisato, però, che la norma non è di ordine pubblico ed è pertanto inderogabile, sicché le parti possono validamente prevedere che l'effetto risolutivo si produca senza bisogno dell'intimazione del venditore: Cass., 27 gennaio 1960, in *Bull. civ.* I, n. 61. *Amplius, infra*, Cap. IV, par. 2.

²⁰ All'istituto del termine essenziale (art. 1457 c.c.) – che parrebbe non presupporre, invece, a differenza della clausola risolutiva espressa, una manifestazione di volontà volta a conseguire l'effetto risolutivo – deve essere ricondotto il successivo

Un'analogha manifestazione di volontà idonea a sciogliere il contratto fu prevista nel *Code Napoléon* a proposito della caparra (art. 1590) data all'atto della stipulazione di una promessa di vendita. La norma stabilisce, infatti, il diritto di ciascuna parte di recedere dal contratto trattando la caparra o restituendo il doppio di quella ricevuta²¹.

La condizione risolutiva tacita non trovò accoglimento nel Codice Civile austriaco del 1812²², il cui par. 919²³ escludeva che l'inadempimento (o l'inesatto o ritardato adempimento) attribuisse alla controparte il diritto di chiedere lo scioglimento del contratto, ma faceva salvi i casi stabiliti dalla legge e l'espressa pattuizione volta a riconoscere il diritto alla risoluzione. Nell'ambito dei casi previsti dalla legge, però, ampia rilevanza

art. 1657 cod. civ. franc., che stabilisce la risoluzione di pieno diritto, senza intimazione, della vendita di derrate e beni mobili dopo la scadenza del termine convenuto per il ritiro delle cose. Il venditore può rinunciare, però, a valersi del diritto alla risoluzione in forma espressa (Cass. comm., 21 aprile 1950, in *Bull. civ.*, II, n. 133).

²¹ Invero, l'art. 1590 *Code Napoléon* non richiama testualmente il presupposto dell'inadempimento, essendo questo implicito nella violazione della *promesse de vente*. La clause *de dédit* attribuisce ad entrambi le parti il diritto di recedere dal contratto, il che comporta la mancata conclusione del contratto definitivo e, quindi, l'inadempimento del contraente che recede. In seguito alla pattuizione, «la volonté est à ce point libre qu'elle peut à la fois exprimer sa liberté en donnant son consentement une première fois pour entrer dans le contrat et jouer une seconde fois pour briser l'effet obligatoire» (M.-A. FRISON-ROCHE, *Unilatéralité et consentement*, in AA.VV., *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, a cura di C. Jamin-D. Mazeaud, Economica, Paris, 1999, p. 21 ss.). *Amplius*, sull'istituto, L. BOYER, *La clause de dédit*, in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, p. 41 ss.

La giurisprudenza francese, peraltro – al pari di quella italiana – ha ammesso che la caparra possa essere apposta anche come clausola di una compravendita definitiva (Cass., 6 ottobre 1965, in *Bull. civ.*, I, n. 516). A tal proposito, è stato osservato in dottrina che «dans la mesure où la promesse synallagmatique de vente est assimilée par l'article 1589 du code civil à la vente, on ne voit pas pourquoi on les séparerait ensuite pour faire produire aux arrhes des effets différents pour chacun d'eux. La pratique ne dément pas cette analyse. Souvent dans les ventes d'immeubles ou de fonds de commerce, les parties rédigent d'abord un acte sous seing privé, que l'on dénomme à tort un "compromis"; dans cet acte, les parties précisent les conditions de la vente, la chose et le prix et décident que la vente sera réalisée par un acte authentique notarié. Cependant, ce compromis peut prévoir une faculté de dédit pour chacune des parties ou seulement pour l'une d'elles» (J. DJOUD, *Arrhes*, in *Rep. civ.*, *Dall.*, 2008, pp. 6-7).

²² Il Codice austriaco entrò in vigore anche nelle province del Regno Lombardo-Veneto a far tempo dal 1° gennaio 1816.

²³ «Se una delle parti omette intieramente di adempiere il contratto, o non l'adempie nel tempo, nel luogo e nel modo convenuto, l'altra parte, eccettuati i casi determinati dalla legge o di una riserva espressa, non ha il diritto di chiedere lo scioglimento del contratto, ma soltanto l'esatto adempimento e l'indennizzazione».

ebbe il diritto di “recedere” dal contratto per effetto dell’inadempimento o dell’inesatto o ritardato adempimento della controparte. Oltre alla previsione generale di scioglimento per volontà unilaterale in seguito a dazione di caparra confirmatoria²⁴, il diritto di recesso fu riconosciuto, ad esempio, al locatore per il caso che il conduttore facesse della cosa un uso dannoso o non pagasse puntualmente il canone (par. 1118). Il medesimo diritto spettava, a sua volta, al conduttore nel caso di difetti che rendessero la cosa locata inadatta all’uso o in conseguenza dell’inadempimento del locatore all’obbligo di conservare la cosa in stato da poter servire al godimento del conduttore (par. 1117)²⁵. Il recesso costituiva, altresì, l’ordinario strumento per ottenere lo scioglimento del contratto ad opera del committente della locazione d’opera in presenza di «difetti essenziali che rendono l’opera inetta all’uso, o che fossero contrari all’espressa convenzione» (par. 1153)²⁶.

L’istituto della condizione risolutiva tacita fu accolto, invece, dalla maggioranza dei codici civili preunitari²⁷ e, in tal modo, giunse, pressoché in-

²⁴ Secondo il par. 908 *ABGB*, «ciò che nella conclusione del contratto si dà anticipatamente, deve, eccettuato il caso di un patto speciale, considerarsi soltanto come un contrassegno dello stabilito contratto, o come una cauzione del futuro adempimento di esso, e si chiama caparra. Se per colpa di una delle parti non si dà adempimento al contratto, la parte che non vi ha colpa può ritenersi la caparra ricevuta, o domandare il doppio di quella che ha data. E non essendo contenta di ciò, può pretendere l’adempimento della convenzione, e se questo non sia possibile, l’indennizzazione».

²⁵ Il conduttore disponeva, inoltre, del diritto alla riduzione del canone per la parziale privazione del godimento della cosa locata ovvero del recesso dal contratto se, per caso fortuito, una parte considerevole della cosa locata veniva meno per lungo tempo. I commentatori escludono, però, che il conduttore disponesse di una mera scelta tra recesso dal contratto e riduzione del canone; si riteneva, invece, che «secondo il codice austriaco il conduttore debba appigliarsi al competente rimedio, a seconda che l’uso sia tolto in una parte qualunque o sia tolto in una parte considerevole. La risoluzione del contratto non pare che debba razionalmente accordarsi per qualunque minimo incomodo del conduttore. Ed infatti la suprema decisione riferita nella Gazzetta dei tribunali del 31 gennaio 1851 n. 9 ha respinto la domanda di rescissione di affitto che si era proposta per la mancanza temporanea di acqua potabile, avendovi il locatore supplito come meglio poteva»: così, G. BASEVI, *Annotazioni pratiche al codice civile austriaco*, Milano, 1855, 6^a ed., p. 494.

²⁶ Il diritto di recesso spettava, infine, all’editore se l’autore non consegnava l’opera nel tempo stabilito o nel modo convenuto (par. 1166 *ABGB*).

²⁷ La norma dell’art. 1184 del Codice francese fu riprodotta, infatti, quasi alla lettera nell’art. 1137 del Codice del Regno delle Due Sicilie (1819); nell’art. 1275 del Codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna (1837); negli artt. 1235-1237 del Codice civile per gli Stati estensi (1851). Per una disamina dei testi dei codici preunitari, U. PETRONIO, *Risoluzione (dir. interm.)*, cit., 1295, ove si osserva che, «invece, la

tatto, fino alla codificazione italiana del 1865 (art. 1165). La risoluzione automatica della vendita immobiliare, a sua volta, fu oggetto, da una parte, di interpretazioni volte a ricondurla nell'ambito della risoluzione giudiziale²⁸, dall'altra, non fu accolta né nel Codice Civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna né in quelle per gli Stati estensi. In particolare, il Codice del Re di Sardegna (c.d. Codice albertino) escludeva espressamente la risoluzione della compravendita immobiliare per mancato pagamento del prezzo e sanciva la nullità dell'eventuale patto commissorio introdotto dalle parti²⁹.

2. La condizione risolutiva tacita nel Codice Civile italiano del 1865

Il Codice del 1865 mutuò dal modello francese l'istituto della condizione risolutiva tacita per inadempimento (art. 1165³⁰), escludendo, allo

condizione risolutiva tacita e la risoluzione per inadempimento restarono sconosciuti sia all'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* del 1794 sia al codice civile generale austriaco del 1811, [...] sia al codice civile per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla; questi codici rimasero legati, più di quello francese, al modello del diritto romano, che conosceva la condizione risolutiva d'inadempimento solo nella forma del patto commissorio espresso, mai in forma tacita».

²⁸ In questo senso, M. DURANTON, in A. DURANTON-G. MARRÈ-L. PARENTE, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, a cura di L. Parente, vol. IX, Napoli, 1855, n. 357, che contrappone la fattispecie della vendita immobiliare a quella di derrata o cose mobili, nella quale, invece, la risoluzione opererebbe *ipso iure* senza necessità della domanda giudiziale. Secondo LAURENT (*Principes de droit civil*, 3^a ed., vol. XXIV, Parigi, 1878, n. 344), al contrario, nell'art. 1656 la risoluzione doveva ritenersi automatica, ma richiedeva una intimazione formale per atto autentico, stante la solennità del regime di circolazione dei beni immobili.

²⁹ L'art. 1661 disponeva, infatti, che «il venditore di uno stabile non può chiedere la risoluzione della vendita, per il motivo che il prezzo non ne sia stato pagato. Ogni convenzione in contrario si avrà per non apposta». Il codice estense, invece, pur escludendo la risoluzione per mancato pagamento del prezzo, ammetteva la validità di un patto risolutorio «specifico ed espresso» (art. 1557). La soluzione rigorosa del codice albertino veniva giustificata – secondo le dichiarazioni del Guardasigilli – con l'esigenza che «interessa assai che la proprietà sia fissa»: sul punto, ampiamente, U. PETRONIO, *Risoluzione (dir. interm.)*, cit., p. 1296.

³⁰ «La condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfa alla sua obbligazione.

In questo caso il contratto non è sciolto di diritto. La parte verso cui non fu eseguita l'obbligazione, ha la scelta o di costringere l'altra all'adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandarne lo scioglimento, oltre il risarcimento dei danni in ambedue i casi.

La risoluzione del contratto deve domandarsi al giudizialmente, e può essere concessa al convenuto una dilazione secondo le circostanze».

stesso modo, lo scioglimento automatico del vincolo contrattuale e attribuendo al giudice, cui la parte non inadempiente avesse richiesto la risoluzione, il potere di concedere al convenuto una dilazione «secondo le circostanze».

Anche in tal caso, quindi, la scelta legislativa in favore del modello “giudiziale” di risoluzione appare ispirata all’intento di demandare alla discrezionalità del giudice sia la valutazione dei presupposti di opportunità per la pronuncia di scioglimento del contratto sia la liquidazione del risarcimento del danno conseguente all’inadempimento contrattuale.

La condizione risolutiva tacita fu oggetto di ampia riflessione e, talora, di aspre critiche da parte della dottrina. Con riguardo all’indeterminatezza dei presupposti per ottenere la risoluzione del contratto si osservò³¹ che «questa indeterminatezza» si spiegava «colla facoltà lasciata al giudice di comportarsi, nel pronunciare sulla domanda di risoluzione, secondo le circostanze». La stessa relazione governativa³² confermava la volontà del legislatore di attribuire alla risoluzione del contratto un ambito applicativo residuale rispetto alla domanda di adempimento dell’obbligazione e la necessità che la pronuncia di scioglimento intervenisse con la necessaria cautela della valutazione dei presupposti da parte del giudice.

In senso critico, si obiettò³³, sul piano dogmatico, che «il patto commissorio sottinteso dal legislatore [...] non è una vera e propria condizione risolutiva» e, inoltre, che «coi principi assoluti del diritto è impossibile giustificare il disposto dell’articolo in esame [art. 1165], dappoi- ché l’inadempimento di un’obbligazione non distrugge il vincolo giuridico in colui che l’ha contratto, e rimanendo questo vincolo, non v’ha motivo per dare all’altra parte il diritto di risolvere la sua obbligazione,

³¹ L. BELLAVITE, *Note illustrative*, cit., p. 29.

³² «Si comprende che nel caso in cui una delle parti, valendosi della condizione risolutiva sottintesa nelle convenzioni bilaterali, domandi la risoluzione del contratto per l’adempimento dell’obbligazione assunta dall’altra parte, possa la legge attribuire al giudice la facoltà di concedere a questa una dilazione per l’adempimento; imperocché la risoluzione può trarre seco gravissime conseguenze a danno della stessa parte, e d’altronde il diritto a chiedere la risoluzione procedendo dalla disposizione della legge, questa ha potuto sottoporlo a determinate modalità. Ma quando il creditore si limita a domandare l’esecuzione dell’obbligazione, la legge e il giudice non possono intervenire tra lui e il debitore per variare la condizione giuridica» (riportata in G. FOSCHINI, *I motivi del Codice Civile del Regno d’Italia*, Torino, 1868, p. 480).

³³ F. RICCI, *Indole e fonte delle obbligazioni e dei contratti*, Utet, Torino, 1892, p. 56; C. ZAPPULLI, *Condizione nei negozi giuridici*, in *Nuovo Dig. it.*, Utet, Torino, 1938, p. 733.

essendoché l'obbligazione di questa continua ad avere la sua causa nell'obbligazione assunta dalla parte inadempiente; onde è necessità ricorrere ai principii di equità e alla presunta intenzione delle parti per ispiegare la disposizione di che ci occupiamo».

Tale ultimo rilievo finì col risultare condiviso dalla maggior parte degli autori, che spiegavano, pertanto, la condizione risolutiva tacita dell'art. 1165 con l'esigenza di mitigare, attraverso l'equità, «il rigore dello stretto diritto comune, secondo il quale non era ammessa la risoluzione del contratto bilaterale, se non espressamente pattuita, ed in caso d'inadempimento alle assunte obbligazioni non vi era altro mezzo che la coazione per autorità di giudice con lunghe e dispendiose liti»³⁴. L'equità fu richiamata, altresì, per spiegare il potere del giudice di concedere, secondo le circostanze, una dilazione (*humanum est propter fortuitos casus dilationem accipi*): tale potere fu ritenuto, infatti, «un equo temperamento inteso a mitigare gli effetti del patto commissorio tacito»³⁵.

Nell'interpretazione e nell'applicazione dell'art. 1165 le più significative questioni, che coinvolsero la dottrina e la giurisprudenza, riguardarono, da un lato, i presupposti per la domanda di risoluzione e, dall'altro, i requisiti dell'inadempimento che il giudice avrebbe dovuto accertare e valutare sia al fine dell'eventuale dilazione per l'adempimento tardivo sia, infine, per la pronuncia costitutiva di risoluzione del contratto.

Per quanto riguarda i presupposti della domanda di risoluzione, era controverso, anzitutto, se fosse necessario che l'inadempimento dell'obbligazione fosse imputabile al contraente verso il quale la domanda di scioglimento venisse proposta. In dottrina³⁶ e in giurisprudenza³⁷ prevalse la soluzione contraria, affermando che l'imputabilità dell'inadempimento costituiva soltanto una circostanza da valutarsi ai fini della concessione del termine di grazia per l'adempimento tardivo.

³⁴ Così, ad esempio, G. LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in generale*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di P. Fiore, 2^a ed., pt. X, vol. I, Jovene, Napoli, 1906, p. 354.

³⁵ Così P. PARISI, *Obbligazioni (diritto commerciale)*, in *Dig. it.*, vol. XVI, Utet, Torino, 1908, p. 957.

³⁶ L. BELLAVITE, *Note illustrative*, cit., p. 30. Non mancarono, tuttavia, sul finire della vigenza del codice del 1865 autorevoli voci in senso contrario che, nel contesto della tesi sulla natura "sanzionatoria" della risoluzione del contratto, espressero ampia e motivata dimostrazione che l'azione di risoluzione presupponesse la colpevolezza dell'inadempimento: G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., pp. 412-416.

³⁷ App. Bologna, 26 marzo 1887, in *Riv. giur.*, Bologna, 1887, p. 139.

Era controverso, inoltre, se la condizione risolutiva tacita potesse operare nel caso di inadempimenti reciproci, se cioè una parte potesse invocare l'operatività della condizione qualora fosse, a sua volta, inadempiente. Prevalsa la soluzione contraria³⁸, sul presupposto che la risoluzione del contratto richiedesse la mora della parte inadempiente, mora che poteva sussistere in ipotesi di inadempimento reciproco.

Con significativa similitudine con dibattiti giurisprudenziali che si sarebbero svolti anche sotto il vigore del Codice civile del 1942, si pose il problema se la condizione risolutiva tacita operasse soltanto in riferimento a obbligazioni "essenziali", ovvero per l'inosservanza di tutte le obbligazioni sancite nel contratto³⁹. Neppure era consentito distinguere – secondo la giurisprudenza⁴⁰ – ai fini dell'ammissibilità della domanda

³⁸ Cass., Torino 4 marzo 1875, riportata ampiamente in F. RICCI, *Indole*, cit., p. 57: «come l'inadempimento dell'uno dei contraenti è di ostacolo a che possa instarsi contro l'altro per l'esecuzione, così lo è ben anco, e viemaggiormente all'effetto d'implorare che il contratto venga risolto. La condizione risolutiva, sia tacita, sia espressa, per l'inosservanza degli obblighi assunti, suppone di necessità la mora di colui che non li adempie, mora che non può compiersi quando l'altro dei contraenti è inadempiente anche esso».

Da questo punto di vista, si può affermare che, oggi, la giurisprudenza si trovi su posizioni opposte, essendo giunta ad affermare che, nel caso di domande reciproche di risoluzione, il giudice deve pronunciare la risoluzione anche nel caso in cui accertati che non sussiste l'inadempimento né dell'una né dell'altra parte, dando atto della comune volontà di non dare più attuazione al contratto (Cass., 29 aprile 1993 n. 5065, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 433).

³⁹ Sul punto G. PIOLA, *Obbligazioni (diritto civile)*, in *Dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1908, p. 714. In senso favorevole all'applicazione dell'art. 1165 a tutte le obbligazioni nascenti dal contratto, L. BELLAVITE, *Note illustrative*, cit., p. 30.

Contrasti si manifestarono, a tale proposito, circa il collegamento sistematico tra l'art. 1165 e l'art. 1595, secondo comma, che, per il contratto di locazione, stabiliva che «se una delle parti manca alle sue principali obbligazioni, si può dall'altra chiedere la risoluzione del contratto in conformità dell'articolo 1165». Infatti, il riferimento all'inadempimento delle "principali obbligazioni" poteva essere letto come una deroga alla previsione generale di risoluzione del contratto per l'inadempimento di obbligazioni anche accessorie. Prevalse, tuttavia, l'interpretazione secondo la quale «l'art. 1595 non fa che applicare al contratto di locazione la disposizione generale contenuta nell'art. 1165, [...] non apparendoci in alcun modo il motivo pel quale il principio, che regola la condizione risolutiva tacita in tutti i contratti bilaterali, dovesse ricevere una limitazione in ordine al contratto di locazione»: F. RICCI, in *Corso teorico-pratico di diritto civile*, a cura di F. Caire, vol. VIII, Utet, Torino, 1907, p. 243.

⁴⁰ Cass., Palermo 4 marzo 1875, in F. RICCI, *Indole*, cit., p. 57: «non si fa luogo in diritto a distinguere tra esecuzione intera e parziale; soltanto per quest'ultima sono autorizzate delle facilitazioni e delle agevolezze in pro dell'obbligato per dargli tempo ad eseguire per intero l'obbligazione, ciò che in specie praticarono i giudici del merito».

di risoluzione, tra inadempimento totale e inadempimento parziale: quest'ultimo poteva rilevare, infatti, soltanto sul piano della valutazione di importanza della violazione degli obblighi contrattuali e in funzione della concessione del termine di grazia per l'adempimento tardivo.

Nessun parametro forniva la legge circa il potere del giudice di concedere al debitore una dilazione per l'adempimento successivo alla proposizione della domanda di risoluzione⁴¹. Nella pratica, il giudice prendeva in considerazione tanto elementi di carattere oggettivo (come l'importanza dell'inadempimento, la possibilità di un soddisfacimento tardivo dell'interesse del creditore, ecc.) quanto elementi strettamente soggettivi (l'imputabilità dell'inadempimento, la tolleranza del creditore, la "meritevolezza" del debitore, ecc.).

Nel dibattito riguardante l'entità dell'inadempimento rilevante ai fini della risoluzione del contratto si può cogliere, infine, la lucida anticipazione dell'odierno criterio dell'art. 1455 c.c. Tanto la dottrina⁴² quanto la giurisprudenza⁴³, infatti, convennero sulla necessità che l'inadempimento dovesse presentare una significativa importanza per poter condurre alla pronuncia di risoluzione del contratto. Tuttavia, il contrasto si manifestò sul *momento* al quale fare riferimento per valutare siffatta importanza. Ad un primo orientamento⁴⁴ che, in coerenza con la concezione della risoluzione alla stregua di "condizione tacita" sottintesa dalle parti all'atto della conclusione del contratto, riteneva che l'entità dell'inadempimento idonea a giustificare la risoluzione del contratto dovesse essere valutata con riferimento alla presunta volontà delle parti al tempo della conclusione del contratto, si contrapposero altre pro-

⁴¹ Si veda, sul punto, la disamina di A. SMIRALDO, *Profili*, cit., pp. 260-263.

⁴² L. GALLAVRESI, *La condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali*, Rechiedei, Milano, 1878, p. 27; GUERRERA, *Della cosiddetta condizione risolutiva tacita nel diritto civile e commerciale italiano*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 1927, p. 28; G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., p. 416 e *ivi* ulteriori citazioni.

⁴³ Tra le pronunce più remote, Cass., Napoli 17 febbraio 1886, con ampi stralci di motivazione in F. RICCI, *Indole*, cit., pp. 62-63. Tra le più recenti, Cass., 23 novembre 1932, in *Rep. Foro it.*, 1932, voce «Obbligazione», n. 203; Cass., 14 aprile 1934, *ivi*, 1934, voce cit., n. 279, e numerose altre che si possono rinvenire anche nelle citazioni di G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., p. 419.

⁴⁴ Cass., 28 aprile 1931, in *Rep. Foro it.*, 1931, voce «Obbligazione», n. 236; Cass., 31 maggio 1938, *ivi*, 1938, voce cit., n. 365. Tale soluzione appariva conferme, del resto, al disposto dell'art. 1492 c.c., che – a proposito dell'evizione parziale della cosa – consentiva lo scioglimento del contratto di compravendita se la parte evitta era «relativamente al tutto di tale entità che non avrebbe comprato il tutto senza la parte colpita dall'evizione».

nunce⁴⁵ che ritennero di riferire l'importanza dell'inadempimento all'effettiva attuazione del rapporto contrattuale anche sulla base di possibili circostanze (oggettive e soggettive) sopravvenute.

3. Il patto risolutivo espresso e la risoluzione automatica nel Codice Civile italiano del 1865

A differenza del *Code Napoléon* il Codice Civile italiano del 1865 non disciplinò le modalità di conclusione e gli effetti di un patto risolutivo nella compravendita immobiliare, ma, pur ammettendo implicitamente che la risoluzione di tale tipo di compravendita potesse verificarsi in conseguenza di una condizione risolutiva espressa (oltre che tacita) per l'inadempimento degli obblighi del compratore, si limitò a regolare il problema della "retrocessione" dell'effetto reale, stabilendo che «nella vendita d'immobili la condizione risolutiva, espressa o tacita, che si verifica per l'inadempimento degli obblighi del compratore, non pregiudica ai terzi che hanno acquistato diritti sopra gli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di risoluzione» (art. 1511). Il contemporaneo Codice di Commercio del 1865, a sua volta, introdusse la risoluzione di diritto per la compravendita di beni mobili (art. 97)⁴⁶.

Pur mancando, quindi, una previsione di carattere generale, parte della dottrina⁴⁷ ammise che, oltre che nel caso di compravendita immobiliare, le parti avessero la facoltà di prevedere un patto risolutivo espresso, in grado di condurre allo scioglimento del contratto per inadempimento.

Le opinioni⁴⁸, tuttavia, risultarono assai diversificate circa gli effetti

⁴⁵ Cass., 31 maggio 1933, in *Rep. Foro it.*, 1933, voce «Obbligazione», n. 240; Cass., 4 dicembre 1936, in *Giur. it.*, 1937, I, 1, c. 136; Cass., 23 gennaio 1939, in *Rep. Foro it.*, 1939, voce «Obbligazione», n. 312.

⁴⁶ «Quando nel contratto è stabilito un termine per la consegna della merce venduta, e non è convenuto altro termine per il pagamento del prezzo, la parte che intende dare esecuzione al contratto, deve offrire all'altra la consegna della merce o il pagamento del prezzo prima della scadenza del termine. In questo caso il contratto si risolve di diritto col risarcimento dei danni in suo favore, se l'altra parte non adempie alla sua obbligazione nel termine convenuto. In mancanza di tali offerte, lo scioglimento del contratto non aver luogo che per effetto della clausola risolutiva espressa o tacita».

⁴⁷ G. LOMONACO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 354; F. RICCI, *Indole*, cit., p. 57.

⁴⁸ Si veda, sul punto, l'ampio quadro di dottrina e giurisprudenza contenuto in A. SMIROLDO, *Profili*, cit., pp. 139-144.

della stipulazione di un tale patto. Secondo una tesi assai restrittiva⁴⁹, il patto risolutivo espresso non consisterebbe in altro se non nell'esplicitazione della condizione tacita di cui all'art. 1165, con la conseguenza di rendere necessario in ogni caso il ricorso al giudice per la pronuncia di risoluzione, con l'ordinaria possibilità della concessione al debitore di un termine per l'adempimento tardivo. Ma fu correttamente obiettato⁵⁰ che, in tal modo, si sarebbe dovuta affermare l'"inutilità" della clausola, giacché volta a ribadire quanto già stabilito dalla legge; al contrario, l'applicazione delle norme sull'interpretazione del contratto (e, in particolare, l'art. 1137⁵¹), conduceva a privilegiare la volontà meramente confermativa della risoluzione soltanto in caso di ambiguità della clausola⁵², posto che la risoluzione per sentenza doveva considerarsi certamente «meno gravosa per l'onere»⁵³.

Nel senso della valorizzazione dell'intento delle parti di disciplinare autonomamente lo scioglimento del contratto in seguito all'inadempimento si espresse, già nei primi anni successivi all'entrata in vigore del Codice, parte della giurisprudenza⁵⁴, la quale ammise che, in caso di condizione risolutiva espressa, lo scioglimento del contratto non dovesse essere domandato al giudice ma operasse *ipso iure*, e, inoltre, che al

⁴⁹ L. BELLAVITE, *Note illustrative*, cit., p. 32.

⁵⁰ G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., p. 400.

⁵¹ «Nel dubbio il contratto si interpreta contro colui che ha stipulato, ed in favore di quello che ha contratto l'obbligazione».

⁵² La clausola risolutiva non poteva ritenersi, tuttavia, ambigua per il solo fatto che non contenesse l'espressione *risoluzione di pieno diritto*, «perciocché è ben ovvio che, essendo ormai finito il tempo delle formole sacramentali, non è mica necessario usare quella frase onde ottenere lo scopo cui si mira dai contraenti, bastando all'uopo che vengano adoperati dei termini chiari e precisi, che esplicitamente sul riguardo la volontà degli stessi, perché nel caso d'inadempimento, resti sciolta la loro convenzione» (così App. Catania, 27 novembre 1881, in F. RICCI, *Indole*, cit., pp. 66-67).

⁵³ G. AULETTA, *op. loc. ultt. citt.*

⁵⁴ Si legge, in particolare, in App. Perugia, 15 novembre 1888 (in F. RICCI, *Indole*, cit., p. 65) che «quando una delle parti accorda dall'altra un diritto che la legge non attribuisce, ma permette di stipulare, sarebbe contrario ad ogni presunzione di ritenere che i contraenti si riferirono a ciò che la legge sottintende, non presumendosi che s'inserisca in un contratto quello che è ozioso e superfluo, ma invece che si sia voluto quel più che la legge permette per garanzia e fedeltà delle obbligazioni, e per ristabilire l'uguaglianza alterata dalla violazione volontaria dei fatti, senza la lunghezza, lo strepito e le spese di un giudizio». Già nel 1888, pertanto, la via giudiziaria della risoluzione era valutata dai giudici come meno conveniente rispetto alla risoluzione giudiziale sotto una molteplicità di profili e, in particolare, in ragione della maggiore celerità della reazione all'inadempimento.

giudice eventualmente adito per l'accertamento dell'effetto risolutivo fosse precluso il potere di concedere al debitore un termine per l'adempimento tardivo⁵⁵.

Senonché, a fronte di un maggioritario orientamento favorevole ad ammettere, in caso di patto risolutivo espresso, l'operatività della risoluzione di diritto, senza dilazione e senza pronuncia giudiziale costitutiva, in senso diametralmente opposto si pose la prevalente interpretazione di quella norma (art. 1511) che, in tema di compravendita immobiliare, prevedeva, come si è detto, la condizione risolutiva espressa. Si affermò, infatti, per le ragioni di certezza della circolazione dei diritti e di tutela dei terzi acquirenti, la tesi secondo cui, nella vendita civile (compresa quella immobiliare cui si riferiva l'art. 1511, e a differenza di quella commerciale), la risoluzione non operasse mai di diritto e richiedesse la domanda giudiziale e la pronuncia costitutiva del giudice⁵⁶.

Col passare degli anni e con il consolidarsi degli orientamenti giurisprudenziali, tuttavia, il quadro dei rapporti tra condizione risolutiva tacita e patto risolutivo espresso si consolidò secondo linee anticipatrici del modello normativo che il legislatore avrebbe adottato con il Codice del 1942⁵⁷. Si affermò, infatti, la distinzione tra patto risolutivo *generico* – con il quale le parti stabilivano la risoluzione del contratto come conseguenza dell'inadempimento di tutte le obbligazioni contenute nel re-

⁵⁵ In questo senso G. LOMONACO, *Delle obbligazioni*, cit., p. 355.

⁵⁶ Così, *ex plurimis*, A. RAMELLA, *La vendita nel moderno diritto*, vol. I, Società Editrice Libreria, Milano, 1920, p. 310; A. ASCOLI, *Effetti della condizione risolutiva espressa nella vendita di immobili*, in *Riv. dir. civ.*, 1921, p. 293; N. COVIELLO, *Della trascrizione*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, diretto da P. Fiore e continuato da B. Brugi, 2^a ed., vol. II, Napoli-Torino, 1924, pp. 603-604, secondo cui la natura giudiziale della risoluzione emerge con certezza dall'art. 1933, n. 3, che prevede la trascrizione della domanda di risoluzione prevista nell'art. 1511, senza alcuna distinzione tra condizione risolutiva espressa e tacita. Secondo altra tesi, invece, quando il contratto trascritto contenesse il patto commissorio espresso, la risoluzione era opponibile al terzo subacquirente anche in mancanza della trascrizione della domanda, poiché la risoluzione si produceva di diritto e non per effetto della pronuncia giudiziale (O. BREGLIA, *Patto commissorio*, in *Diz. prat. dir. priv.*, a cura di V. Scialoja, vol. V, t. I, Milano, 1938, p. 329). Peraltro – come emerge dal testo della Relazione Governativa al Codice, la previsione dell'art. 1511 rappresentava una maggiore apertura rispetto al Codice albertino che, a tutela dei diritti acquistati dai terzi, aveva addirittura sancito la nullità del patto risolutivo nella compravendita immobiliare (*supra*, par. 1). Sulla *ratio* dell'art. 1511, G. FOSCHINI, *I motivi*, cit., p. 559.

⁵⁷ L'articolazione delle diverse soluzioni applicative si può leggere in A. DE GREGORIO, *Vendita*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. XII, Utet, Torino, 1940, p. 971.

golamento contrattuale – e patto risolutivo *specifico*, avente ad oggetto l'inadempimento di una determinata prestazione. Nel primo caso, per il suo contenuto generico, la clausola doveva ritenersi una mera enunciazione della volontà contrattuale che sarebbe stata ugualmente sottintesa dalla legge in forza dell'art. 1165: la risoluzione del contratto, pertanto, consegue alla pronuncia del giudice, cui è attribuita la facoltà di concedere una dilazione. Nel caso, invece, di patto risolutivo specifico, la risoluzione – salvo che nell'ipotesi prevista dall'art. 1511 – si produce di diritto e al giudice è preclusa la facoltà di concedere il termine di grazia.

In questo descritto contesto, si faceva rilevare⁵⁸, inoltre, l'ipotesi che la condizione risolutiva espressa e la condizione risolutiva tacita producessero i medesimi effetti: il caso in cui, cioè, la prestazione fosse dovuta in un termine considerato essenziale dalle parti o da ritenersi essenziale secondo la natura del contratto. L'essentialità del termine precludeva, infatti, il potere giudiziale di dilazione ed equiparava, in pratica, sul piano del *modus operandi*, la condizione risolutiva tacita al patto risolutivo espresso.

Una specifica fattispecie di risoluzione automatica era prevista nell'art. 1512, che stabiliva – in conformità all'analoga previsione dell'art. 1657 *Code Napoléon*⁵⁹ – che, «trattandosi di cose mobili, lo scioglimento della vendita ha luogo di diritto nell'interesse del venditore, ove il compratore, prima che sia scaduto il termine stabilito per la consegna della cosa, non siasi presentato per riceverla, od anche presentandosi per riceverla, non ne abbia contemporaneamente offerto il prezzo, salvo che pel pagamento di questo fosse stata convenuta una maggiore dilazione». La risoluzione automatica era prevista soltanto a favore del venditore, giacché si riteneva che soltanto il venditore, qualora avesse consegnato la cosa senza avere ancora ottenuto il prezzo, si sarebbe trovato esposto al duplice rischio di non ottenere il pagamento a causa della possibile insolvenza del compratore e di non poter riottenere la cosa, in seguito alla risoluzione giudiziale, qualora il compratore l'avesse trasferita nel frattempo ad altri⁶⁰.

⁵⁸ A. DE GREGORIO, *op. loc. ultt. citt.*

⁵⁹ «En matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement».

⁶⁰ F. RICCI, *Corso teorico-pratico*, cit., p. 354: «le cose mobili, per la rapidità colla quale passano da uno ad altro acquirente e per la facilità che si ha di consumarle,

A differenza del Codice francese, la norma non precisa che la risoluzione abbia luogo senza la necessità di un atto di intimazione (“sans sommation”), ma ciò poteva agevolmente ricavarsi dal contenuto della norma stessa che, facendo riferimento alla mancata presentazione del compratore (o alla presentazione senza offerta del prezzo), qualificava il comportamento del venditore di mancata consegna della cosa come volontà di far valere la risoluzione del contratto. La volontà di dichiarare la risoluzione si doveva desumere, pertanto, dal comportamento concludente della «mancata consegna della cosa»; così come, nell'opposto caso in cui il venditore avesse consegnato la cosa, si sarebbe verificata una tacita rinuncia alla risoluzione automatica del contratto, ma non alla facoltà del venditore di domandare successivamente la risoluzione stessa ai sensi della norma generale dell'art. 1165⁶¹.

La necessità di una dichiarazione espressa ai fini della risoluzione del contratto fu introdotta, invece, nell'art. 1517 del Codice del 1942, che alla previgente norma dell'art. 1512 appare manifestamente ispirato. Nel consentire la risoluzione automatica del contratto a ciascun contraente che, prima della scadenza del termine stabilito, abbia offerto all'altro, nelle forme d'uso, la consegna della cosa o il pagamento del prezzo, se l'altra parte non adempie la propria obbligazione (primo comma) – e, altresì, al venditore, nell'ulteriore ipotesi in cui, alla scadenza del termine stabilito per la consegna, il compratore, la cui obbligazione di pagare il prezzo non sia scaduta, non si presenta per ricevere la cosa

distruggerle o nasconderle, rendono il più delle volte senza pratico effetto la domanda in rivendicazione che le riguarda».

⁶¹ Inoltre, il venditore che aveva consegnato la cosa senza avere ottenuto il pagamento (o l'offerta del medesimo), poteva, prima di domandare la risoluzione del contratto, limitarsi a rivendicare le cose consegnate finché queste si trovavano in possesso del compratore (art. 1513), in modo da impedire la rivendita delle cose a terzi da parte del compratore e ripristinare la situazione ordinaria (prevista dall'art. 1469) nella quale il venditore era tenuto alla consegna della cosa soltanto ove il compratore ne pagasse contestualmente il prezzo (salvo che il contratto prevedesse una dilazione in favore del compratore). Tale previsione è stata riprodotta anche nel vigente codice (art. 1519), con la sostituzione – in accoglimento di un'analitica critica mossa alla norma precedente da W. BIGIAMI (*La rivendicazione del venditore*, Cedam, Padova, 1935, *passim*) e condivisa dalla successiva dottrina (v. A. DE GREGORIO, *Vendita*, cit., p. 974) – dell'azione di “rivendicazione” con quella di “ripresa del possesso”: ciononostante, l'istituto non ha avuto nella pratica pressoché alcuna applicazione, ma conserva intatto – come è stato specificamente osservato (P. GRECO-G. COTTINO, *Della vendita*, 2^a ed., in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1981, p. 409) – il suo interesse teorico.

preventivamente offerta, ovvero non l'accetta (secondo comma) – l'art. 1517 espressamente stabilisce che «il contraente che intende valersi della risoluzione [...] deve darne comunicazione all'altra parte entro otto giorni dalla scadenza del termine», secondo un meccanismo che non appare dissimile, pertanto, da quello previsto in tema di clausola risolutiva espressa. Il mancato esercizio della facoltà di ottenere la risoluzione automatica non preclude, inoltre – come già evidenziato dalla dottrina formata sotto il vigore del precedente Codice⁶² – il potere del contraente di agire con l'azione ordinaria di risoluzione del contratto.

4. *Il recesso per inadempimento e la caparra confirmatoria nel Codice Civile del 1865*

Al contrario del legislatore francese, il Codice del 1865 non disciplinò la caparra confirmatoria come un'ipotesi di risoluzione del contratto per recesso del contraente non inadempiente. L'art. 1590 *Code Napoléon* aveva stabilito, infatti, che «si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître de s'en départir»⁶³. Identica disposizione era stata accolta del Codice albertino all'art. 1596.

A sua volta il Codice austriaco aveva disciplinato in modo differente la caparra con funzione confirmatoria e quella con funzione penitenziale, stabilendo che, in mancanza di accordo contrario, la dazione anticipata di una cosa o di una somma di denaro, dovesse considerarsi soltanto come un «contrassegno dello stabilito contratto» ovvero come una «cauzione del futuro adempimento» (par. 908). Le parti potevano, però, espressamente stabilire che una certa quantità di cose dovesse es-

⁶² Si veda, in particolare l'ampia dimostrazione di F. RICCI, *Corso teorico-pratico*, cit., p. 391.

⁶³ Sulla *ratio* e gli effetti della norma, M. DURANTON, *Corso*, cit., pp. 47-52, il quale afferma che, nel caso di caparra simbolica «come una moneta, un suggello, una chiave», il contratto deve eseguirsi regolarmente, senza facoltà di recesso per ciascuna delle parti.

Chiarissima la definizione della caparra data da G. CORNU, *Vocabulaire juridique Capitaine*, 8^e éd., P.U.F., Paris, 2007: «Ainsi, on appelle arrhes «une somme d'argent (ou autre chose mobilière) qui, remise par une partie contractante à l'autre en garantie de l'exécution d'un marché conclu (secondairement pour preuve de l'accord) est destinée soit à s'imputer sur le prix, comme acompte, en cas d'exécution, soit (dans le cas où le versement d'arrhes vaut moyen de dédit) à être perdue par celui qui l'a versée, s'il se départit de l'opération ou à lui être restituée au double par l'autre, si le dédit vient de son fait».

sere consegnata in caso di recesso (penitenziale) dal contratto (par. 909), ma, nel caso in cui entrambe le pattuizioni si fossero congiunte nella medesima stipulazione, la caparra assumeva anche la funzione di corrispettivo del recesso penitenziale (par. 910)⁶⁴.

L'art. 1217 del Codice del 1865 privilegiò la funzione risarcitoria della caparra, stabilendo che «ciò che si dà anticipatamente nella conclusione del contratto, si considera come una cautela per il risarcimento dei danni in caso d'inadempimento della convenzione»⁶⁵. La parte non inadempiente, pertanto, a fronte del corrispettivo inadempimento, poteva agire per l'adempimento o per la risoluzione del contratto, trattando la caparra, ma senza alcuna facoltà di sciogliersi dal vincolo contrattuale con dichiarazione unilaterale⁶⁶. Rispetto al Codice francese, dunque, la norma presentava due significative differenze: in primo luogo, la caparra si presentava come un patto accessorio a qualsivoglia contratto (e non soltanto – come pareva ricavarsi dall'art. 1590 *Code Napoléon* – alla sola vendita); in secondo luogo, essa consentiva al contraente di preferire l'adempimento, laddove il testo francese attribuiva la sola facoltà di recedere dal contratto⁶⁷. La caparra poteva assolvere alla funzione di corrispettivo del recesso penitenziale dal contratto soltanto ove i contraenti avessero manifestato espressamente tale loro volontà, così come l'inciso iniziale dell'art. 1217 consentiva loro («quando non risulta una diversa volontà dei contraenti»).

L'applicazione concreta della norma ridusse, tuttavia, la distanza tra la

⁶⁴ Fu rilevato, sul punto, che la contestuale stipulazione di una caparra e di una facoltà di recesso dal contratto si presentava come un'apparente contraddizione «poiché la caparra ha lo scopo d'assicurare l'esecuzione del contratto, e la pena di recesso ha lo scopo di poterlo sciogliere», ma si osservò che «in tal caso sembra che le parti abbiano avuto l'intenzione di derogare alla legge intorno alla misura della pena da soffrirsi per l'inadempimento; e quando prima che sia giunto il tempo dell'esecuzione, uno de' contraenti voglia recedere dal contratto, pare che si possa sollevare da ogni più grave conseguenza, prestando la pena convenuta, cosicché possa anche ripetere l'eccedenza se la caparra data fosse maggiore»: G. BASEVI, *Annotazioni*, cit., p. 387.

⁶⁵ Alcuni Autori hanno ritenuto che, in tal modo, il Codice italiano si sarebbe «emancipato dal modello francese e da quello sardo, che assegnano alla caparra funzione penitenziale, e si è ispirato, invece, all'esempio del codice austriaco» (così, A. BOZZI, *Caparra*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. II, Utet, Torino, 1937, p. 790; P. GABBA, *La caparra nel diritto italiano*, Dante Alighieri, Città di Castello, 1927, p. 8).

⁶⁶ In questo senso si espressero, altresì, i commentatori della norma: A. SCEVOLA, *Caparra*, in *Dig. it.*, vol. VI, Utet, Torino, 1888, p. 727.

⁶⁷ Le due differenze sono analiticamente illustrate da G. LOMONACO, *Delle obbligazioni*, cit., pp. 460-461.

caparra francese e quella italiana. La preoccupazione del nostro legislatore appariva soprattutto quella di evitare una regolamentazione generale della caparra come istituto idoneo a derogare al vincolo contrattuale attraverso il riconoscimento di un'indiscriminata facoltà di recesso. Ma la funzione di liquidazione preventiva e convenzionale del danno finiva col risultare corrispondente a quella successivamente riconosciuta alla caparra confirmatoria dell'art. 1385 del Codice del 1942, allorché il contraente non inadempiente non pretendesse né l'adempimento del contratto né il risarcimento di quel maggior danno rispetto al quale, nella testuale configurazione, la caparra avrebbe dovuto svolgere la sola funzione di "cautela" (art. 1217, primo comma, c.c. abr.). A fronte dell'inadempimento della controparte, quella che aveva ricevuto la caparra poteva, da un lato, trattenere la caparra ricevuta e, dall'altra, evitare di eseguire l'adempimento corrispettivo. In tal modo, nonostante la mancata proposizione dell'azione di risoluzione *ex art. 1165 c.c. abr.*, il rapporto contrattuale non poteva essere attuato e la pronuncia giudiziale poteva soltanto eventualmente intervenire per l'iniziativa del debitore che ritenesse insussistente il proprio inadempimento e illegittima la ritenzione della caparra.

Nel dettare la nuova disciplina dell'art. 1385 c.c., il legislatore del 1942 provvide a distinguere nettamente le figure della caparra confirmatoria e della caparra penitenziale, ma riconoscendo in entrambi i casi il potere del contraente di ottenere lo scioglimento del contratto attraverso una mera dichiarazione unilaterale di recesso.

5. *La risoluzione del contratto nel Codice di Commercio del 1882: il divieto per il giudice di concedere dilazione*

La prima significativa novità del Codice di Commercio del 1882 in materia di risoluzione del contratto per inadempimento – destinata ad influenzare le scelte del successivo legislatore del 1942 – consiste nell'espresso divieto per il giudice di consentire al debitore l'adempimento tardivo entro un termine dilatorio (art. 42)⁶⁸.

Le ragioni di questa diversità furono individuate nei «caratteri speciali delle obbligazioni commerciali e nelle esigenze del commercio, il quale vive e fiorisce della sicurezza degli impegni assunti»⁶⁹. L'obbligazione

⁶⁸ «Nelle obbligazioni commerciali il giudice non può accordare la dilazione permessa nell'art. 1165 del codice civile».

⁶⁹ P. PARISI, *Obbligazioni (diritto commerciale)*, cit., p. 957.

commerciale, inoltre, era considerata «essenzialmente girabile», a differenza di quella civile «che tende a individualizzarsi fra le persone dei primi contraenti»⁷⁰; l'eventuale dilazione concessa a un debitore esporrebbe il creditore, che sia debitore a sua volta nei confronti di un terzo soggetto, al rischio dell'inadempimento e dell'obbligo di pagamento dei danni⁷¹. Stanti tali caratteristiche delle obbligazioni commerciali – si affermava⁷² – «le dilazioni accordate intralcerrebbero l'intrecciato e accelerato movimento del traffico; produrrebbero una serie infinita di danni; aprirebbero il varco a numerosi regressi per domande d'indennità».

L'analisi della riflessione dottrinale e dell'applicazione giurisprudenziale, che accompagnarono la vigenza dell'art. 42 del Codice di Commercio, si rivela di particolare interesse per l'assoluta assonanza di problematiche rispetto a quelle che si riproposero nel mutato contesto normativo conseguente all'entrata in vigore del Codice del 1942.

In primo luogo, si pose il problema se la parte inadempiente potesse sanare tardivamente il proprio ritardo o l'inesattezza (quantitativa o qualitativa) della prestazione con una tardiva esecuzione eseguita nel corso del giudizio instaurato dal creditore per la risoluzione del contratto.

La tesi negativa era concordemente in senso negativo nell'ipotesi di patto risolutivo espresso, posto che, in tal caso, la risoluzione si produceva automaticamente e la sentenza si limitava, pertanto, soltanto ad accertare l'avvenuto scioglimento del contratto⁷³. Al contrario, nell'ipotesi generale di condizione risolutiva tacita, l'adempimento successivo alla domanda poteva impedire – secondo la dottrina⁷⁴ – la pronuncia

⁷⁰ P. PARISI, *op. loc. ultt. citt.*

⁷¹ Così E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, III, Hoepli, Milano, 1893, p. 2422.

⁷² S. CASTAGNOLA, *Nuovo Codice di Commercio italiano, Libro I*, Utet, Torino, 1883, sub art. 42, p. 388.

⁷³ A. DE GREGORIO, *Vendita*, cit., 972, nota 2; GUERRERA, *Della cosiddetta condizione risolutiva* cit., p. 12.

⁷⁴ L. COVIELLO *sen.*, in *Foro it.*, 1904, I, c. 864; L. BOLAFFIO, *Delle obbligazioni commerciali in generale*, Utet, Torino, 1937, p. 231 (e già, in precedenza, in *Temi Veneta*, 1906, 609); C. VIVANTE, *La risoluzione nella vendita commerciale e il termine essenziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, p. 647. La possibilità di adempimento tardivo successivamente alla domanda di risoluzione è ritenuta inconciliabile con la teoria della condizione da G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., p. 484, nota 178, il quale critica la “soluzione di ripiego” consistente nell'argomentazione di A. ROCCO, secondo il quale «la condizione, cui è legata la risoluzione, è il non adempimento, vale a dire un fatto negativo, di cui non si può dire che *uno momento perficitur*, ma che invece non è perfetto se non quando l'adempimento non è più possibile per essere il contratto definitivamente risolto» (*Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Utet, Torino, 1903, p. 265).

costitutiva di scioglimento del rapporto contrattuale, posto che il giudice non si troverebbe più a giudicare la condotta di una parte “inadempiente”, bensì di una parte che, benché in ritardo, ha comunque eseguito la sua prestazione prima della pronuncia costitutiva di risoluzione.

In senso critico si osservò⁷⁵, tuttavia, che una siffatta interpretazione finiva col frustrare lo scopo dell’art. 42, consentendo alla parte inadempiente di usufruire, per propria decisione unilaterale, di un termine per l’adempimento tardivo, che il giudice stesso non avrebbe potuto concedergli.

La giurisprudenza assolutamente prevalente⁷⁶, tuttavia, aveva accolto l’orientamento contrario, negando che il debitore inadempiente potesse sanare tardivamente il proprio ritardo nell’adempimento o un precedente inadempimento inesatto, in virtù del principio secondo cui la durata del processo non può tradursi in un pregiudizio per l’attore, il quale può pretendere l’applicazione della regola normativa come se essa avvenga al momento della proposizione della domanda.

Ma la giurisprudenza – una volta affermato che la domanda giudiziale precludeva l’ammissibilità dell’adempimento tardivo – si pose anche l’ulteriore quesito se il debitore potesse adempiere, nonostante la scadenza del termine previsto nel contratto, prima della proposizione della domanda giudiziale. Con lucida anticipazione di argomenti che, molti decenni dopo, la Corte di Cassazione avrebbe adoperato per rinnegare l’opposto orientamento originariamente formatosi nell’applicazione dell’art. 1453, terzo comma, la giurisprudenza⁷⁷ affermò che l’adempimento tardivo non poteva essere concesso «nemmeno prima della domanda giudiziale di risoluzione», motivando ancora una volta con la specificità delle obbligazioni commerciali.

⁷⁵ A. DE GREGORIO, *op. loc. ultt. citt.*, il quale giudicava la soluzione privilegiata dalla prevalente dottrina come «un grave inconveniente da evitare in una riforma legislativa».

⁷⁶ Oltre alle numerosissime pronunce citate da G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., p. 483, nota 177, si veda Cass., Firenze 29 febbraio 1908, in *Giur. it.*, 1908, I, 1, c. 423, secondo la cui motivazione «sta bene che il contratto, finché non sia risolto *ministerium iudicis*, esiste, ma esiste violato, e appunto perché tale la parte adempiente può chiederne lo scioglimento».

⁷⁷ Si veda parimenti Cass., Firenze 29 febbraio 1908, cit., nelle cui motivazioni si coglie *in nuce*, dunque, la prospettazione – che sarà accolta dalla più recente giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. un., 9 luglio 1997, n. 6224) – secondo la quale l’inadempimento del contratto attribuisce alla parte non inadempiente il “diritto sostanziale” alla risoluzione del contratto, rispetto al quale irrilevanti si appalesano le eventuali condotte “riparatorie” della parte debitrice.

Infine, dottrina e giurisprudenza esaminarono la questione fondamentale concernente i limiti eventualmente apposti alla valutazione giudiziale di fronte alla proposizione della domanda di risoluzione in mancanza del potere del giudice di concedere una dilazione per l'adempimento tardivo.

Sul punto, la giurisprudenza⁷⁸ si consolidò nel senso di ritenere che l'impossibilità di concedere dilazione non precludeva, ma anzi imponeva al giudice di valutare la sussistenza, al momento della proposizione della domanda, di tutti i presupposti per la pronuncia di risoluzione del contratto. In particolare, il giudice aveva il dovere di accertare l'esistenza dell'inadempimento, l'imputabilità di quest'ultimo al debitore, la mancanza di colpa (esclusiva o anche soltanto concorrente) del creditore, la fondatezza di un'eventuale *exceptio inadimplenti non est adimplendum*, la sussistenza, infine, di qualunque altra circostanza idonea a rendere scusabile la mancata esecuzione della prestazione.

6. (Segue). *Le ipotesi di risoluzione di diritto*

L'altra caratteristica, che distingue nettamente la disciplina della risoluzione nel Codice di Commercio del 1882 da quella contenuta nel Codice Civile del 1865, consiste nel più ampio ambito operativo riconosciuto alla risoluzione di diritto.

L'art. 67 stabiliva che, «nella vendita commerciale di cosa mobile la condizione risolutiva ha luogo di diritto a favore della parte, che prima della scadenza del termine stabilito per l'adempimento del contratto abbia offerto all'altra parte, nei modi usati in commercio, la consegna della cosa venduta o il pagamento del prezzo, se questa non adempie la sua obbligazione». A differenza dell'art. 1512 del Codice del 1865, la norma riconosceva, pertanto, la risoluzione di diritto non soltanto in

⁷⁸ Si veda, ad esempio, Cass., Napoli 21 luglio 1902, in *Giur. it.*, 1902, I, 1, c. 1097; Cass., Firenze 16 giugno 1906, in *Cons. comm.*, 1906, p. 350, secondo cui «la prima e più importante funzione del giudice consiste in un dovere, quello di accertare nell'interesse della giustizia (dovuta anche al convenuto), se l'inadempimento si sia davvero verificato e se sia dipeso da colpa del convenuto soltanto o anche da colpa dell'attore eziandio, e se in ogni caso vi siano a favore del convenuto delle circostanze di riguardo. [...] Sicché non è vero che nelle materie commerciali basti la domanda di risoluzione per far ritenere il contratto come già risolto. No. Altresì nelle materie commerciali il giudice deve compiere il dovere suo, e perciò la risoluzione non può ritenersi come avvenuta, se prima egli non l'abbia pronunziata, una volta che ha la facoltà di pronunziarla, secondo che le circostanze riecheggiano».

favore del venditore, ma di ciascuno dei due contraenti che, prima della scadenza del termine, avesse offerto l'adempimento della propria prestazione. Appare evidente come, in tal caso, la legge intendesse tutelare, quindi, anche l'interesse del compratore ad ottenere la consegna della cosa che, nell'ambito delle relazioni commerciali, può essere indispensabile per il perfezionamento e l'esecuzione di successivi affari e relativi scambi.

Dal punto di vista dell'evoluzione dell'istituto della risoluzione per inadempimento, l'art. 67 rappresenta una previsione di particolare interesse perché da essa – secondo una tesi accuratamente motivata in dottrina⁷⁹ – avrebbe avuto origine l'odierna diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.). Dottrina e giurisprudenza, infatti, attribuirono all'"offerta" formulata da ciascuno dei due contraenti il significato di intimazione volta a provocare il corrispettivo adempimento sotto comminatoria di risoluzione automatica del contratto. La testuale "automaticità" della risoluzione – conseguente, ai sensi dell'art. 67, alla mera offerta non seguita dall'adempimento corrispettivo – finiva col tradursi, nell'applicazione pratica, nella necessità di una "intimazione" di adempimento e, secondo un'autorevole tesi dottrinale⁸⁰, addirittura di un'espressa dichiarazione di volersi avvalere del rimedio risolutivo. Da qui la deduzione dottrinale per cui «il procedimento monitorio della diffida ad adempiere era già conosciuto nella pratica degli affari»⁸¹.

Tale ricostruzione non appare in contraddizione con la tesi di quanti ritengono, invece, una relazione di continuità tra l'art. 67 del Codice di Commercio e il solo art. 1517, primo comma,⁸² del Codice del 1942, in

⁷⁹ A. SMIROLDO, *Profili*, cit., p. 80 ss.

⁸⁰ G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, Utet, Torino, 1937, p. 209, ove si precisa che la dichiarazione poteva anche accompagnare l'offerta.

⁸¹ A. SMIROLDO, *Profili*, cit., p. 100, nota 47.

⁸² «La risoluzione ha luogo di diritto a favore del contraente che, prima della scadenza del termine stabilito, abbia offerto all'altro, nelle forme di uso, la consegna della cosa o il pagamento del prezzo, se l'altra parte non adempie la propria obbligazione.

La risoluzione di diritto ha luogo pure a favore del venditore, se, alla scadenza del termine stabilito per la consegna, il compratore, la cui obbligazione di pagare il prezzo non sia scaduta, non si presenta per ricevere la cosa preventivamente offerta, ovvero non l'accetta.

Il contraente che intende valersi della risoluzione disposta dal presente articolo deve darne comunicazione all'altra parte entro otto giorni dalla scadenza del termine; in

base al rilievo che, mentre l'art. 1454 presuppone che l'obbligazione del debitore intimato sia immediatamente esigibile (perché non soggetta a termine, ovvero a causa del termine già scaduto), l'art. 1517, primo comma richiederebbe, invece – al pari del precedente art. 67 – che l'obbligazione di consegnare sia sottoposta a un termine non ancora scaduto⁸³. Come è stato osservato⁸⁴, tuttavia, già sotto il vigore del Codice di Commercio si riteneva che l'art. 67 potesse essere applicato anche nel caso di avvenuta scadenza dell'obbligazione del contraente al quale era diretta l'offerta tempestiva della prestazione⁸⁵. Ciò che appare incontrovertibile, tanto per l'applicazione dell'art. 67 del Codice di Commercio quanto dell'attuale art. 1517 c.c., è che la risoluzione del contratto si produce per effetto della dichiarazione unilaterale della parte non inadempiente⁸⁶.

A sua volta, l'art. 69 cod. comm. stabiliva che «se il termine convenuto nella vendita commerciale di cosa mobile è essenziale alla natura dell'operazione, la parte che ne vuole l'adempimento, nonostante la scadenza del termine stabilito nel suo interesse, deve darne avviso all'altra parte nelle ventiquattro ore successive alla scadenza del termine, salvi gli usi speciali di commercio». La norma contiene *in nuce* la risoluzione di diritto per scadenza del termine essenziale, che sarà generalizzata nella disciplina del contratto con l'introduzione dell'art. 1457 del Codice del 1942⁸⁷.

manca di tale comunicazione, si osservano le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento».

⁸³ Così D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1952, p. 716, il quale osserva, pertanto, che la figura descritta nell'art. 1512 «non si inquadra esattamente né nel rimedio generale della diffida ad adempiere (art. 1454), né nella clausola risolutiva espressa (art. 1456), né nel termine essenziale (art. 1457). I punti di maggiore contatto li presenta col primo di questi tre rimedi, ma costituisce pur sempre un caso speciale a sé stante di risoluzione per volontà unilaterale di parte».

⁸⁴ C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, vol. VII, t. 1, Utet, Torino, 1972, p. 945.

⁸⁵ Così MONTESSORI, Nota a App. Firenze, 7 dicembre 1908, in *Foro it.*, 1909, I, c. 1077.

⁸⁶ Tale caratteristica è valutata in termini di "eccezionalità" da D. RUBINO, op. loc. ultt. citt., che qualifica l'art. 1517 come «uno dei casi detti di autotutela privata, in cioè è data facoltà al privato di ottenere da solo, stragiudizialmente, un risultato che di regola non potrebbe conseguire se non attraverso un provvedimento del giudice».

⁸⁷ Sul punto, ampiamente, A. SMIROLDO, *Profili*, cit., p. 8 ss. Sul rapporto di "derivazione" dell'art. 1457 del Codice del 1942 dalla previsione dell'art. 69 cod. comm.,

A differenza dell'attuale norma, tuttavia, l'art. 69 non conteneva l'espressa menzione dell'effetto risolutivo, sicché fu lungamente seguita, in dottrina⁸⁸ e in giurisprudenza⁸⁹, la tesi secondo cui la scadenza del termine essenziale rendeva parimenti necessaria la proposizione della domanda di risoluzione al fine di ottenere la pronuncia giudiziale costitutiva dello scioglimento del rapporto contrattuale.

La tesi appariva influenzata, però, dall'idea che il meccanismo giudiziale dell'art. 1165 c.c. rappresentasse la regola generale, rispetto alla quale le eccezioni normative non potevano che essere tipiche ed espresse. La considerazione per cui l'"essenzialità" del termine e la mancata richiesta di adempimento successiva alla scadenza non potevano che assumere il significato di acquiescenza all'automatica risoluzione del contratto condusse altri autori⁹⁰ ad accogliere, pertanto, un'interpretazione dell'istituto assai più vicina a quello che sarebbe stato il modello del successivo art. 1457 c.c.

Non mancò, peraltro, un'isolata interpretazione⁹¹ che – per quanto aspramente criticata⁹² – coglieva i limiti di un sistema ispirato alla regola generale della risoluzione giudiziale. Si sostenne che, nel caso di termine oggettivamente essenziale in ragione della natura o dello scopo della prestazione dedotta in contratto, lo stesso art. 1165 conteneva implicitamen-

altresi, M. PROTO, *Termine essenziale e adempimento tardivo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1 ss.

⁸⁸ A. RAMELLA, *La vendita nel moderno diritto*, cit., p. 303; A. GRAZIANI, *Il termine essenziale (art. 69 c. comm.)*, in *Arch. giur.*, 1927, vol. XCVII, 40. Per ulteriori riferimenti, A. SMIROLDO, *Profili*, cit., p. 28, nota 43, e p. 34, nota 50.

⁸⁹ Cass., Roma, sez. un., 6 aprile 1922, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, p. 539; Cass., 4 aprile 1927, in *Foro it.*, 1928, I, p. 793.

⁹⁰ C. FADDA, *Ancora sulla risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1920, I, p. 522; G. GORLA, *La compravendita*, cit., p. 209; A. DE GREGORIO, *Vendita*, cit., pp. 972-973; per ulteriori riferimenti, anche A. SMIROLDO, *Profili*, cit., p. 42, nota 62.

⁹¹ A. MAZZONE, *Il termine essenziale e la clausola risolutiva espressa*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, p. 539, secondo il quale, pertanto, l'art. 69 cod. comm. assumeva autonoma valenza normativa per il fatto di consentire al creditore la richiesta di adempimento tardivo nel termine di ventiquattro ore dalla scadenza del termine.

⁹² G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., pp. 476-478, il quale osserva che la tesi si fonda sull'equivoco interpretativo di riferire l'inciso «quando sia possibile» sia alla domanda di adempimento sia a quella di risoluzione; al contrario, l'inciso si riferirebbe soltanto alla domanda di adempimento, lasciando la necessità di ricorrere al giudice per ottenere la pronuncia di risoluzione. La critica è condivisa da A. SMIROLDO (*op. ult. cit.*, p. 50), che conclude, altresì, escludendo l'operatività di diritto della risoluzione nella fattispecie dell'art. 69 cod. comm.

te la previsione della risoluzione automatica del contratto, dato che la norma poneva l'alternativa tra domanda di risoluzione e domanda di adempimento soltanto «*quando sia possibile*» l'adempimento tardivo, facendo così sottintendere che, nell'ipotesi di adempimento tardivo "impossibile" (come nel caso di termine essenziale), lo scioglimento del contratto si verificasse automaticamente. Poteva obiettarsi, tuttavia – in un senso diverso dall'autorevole rilievo critico già richiamato – che, da un lato, appariva eccessivamente restrittivo limitare le ipotesi di adempimento tardivo "impossibile" al solo caso del termine essenziale per la natura o lo scopo della prestazione contrattuale, posto che l'adempimento tardivo è impossibile anche, ad esempio, nel caso di volontaria o colpevole distruzione della cosa oggetto dell'obbligazione di consegnare; e, dall'altro, la difficoltà di discernere le ipotesi di prestazione tardiva ancora utile e possibile avrebbe dovuto preferibilmente condurre a pretendere, al fine di ritenere la risoluzione del contratto, una manifestazione di volontà del contraente fedele in luogo delle incertezze connesse al semplice spirare di un termine di cui fosse controvertibile l'essenzialità.

Alla progressiva diffusione della tesi che ammetteva la risoluzione automatica del contratto per scadenza del termine essenziale⁹³ corrispose, inoltre, l'affermazione della valenza generale dell'istituto, anche al di là della sola ipotesi della vendita commerciale di beni mobili⁹⁴, e ciò costituisce il logico antecedente dell'accoglimento dell'istituto da parte del nuovo Codice nell'ambito della disciplina generale del contratto.

7. La risoluzione automatica per inadempimento nel Codice Civile portoghese del 1857

Gli aspetti normativi del Codice di Commercio che si sono esaminati rappresentano una tappa fondamentale nell'evoluzione della risoluzione per inadempimento verso la configurazione del diritto sostanziale della parte non inadempiente di dichiarare lo scioglimento del contratto sen-

⁹³ In tal senso Cass., Roma 28 aprile 1920, in *Giur. it.*, 1920, I, 1, c. 481; Cass., 22 aprile 1925, in *Rep. Foro it.*, 1925, voce «Obbligazione e contratti», n. 303; Cass., 14 gennaio 1929, in *Rep. Foro it.*, voce cit., n. 227; Cass., 23 gennaio 1933, in *Giur. it.*, 1933, I, c. 297; App. Torino, 9 marzo 1928, in *Foro it.*, 1928, I, c. 793.

⁹⁴ E. SOPRANO, *Termine e patto commissorio tacito nelle obbligazioni*, in *Il Diritto Commerciale*, Bocca, Torino, 1921, I, p. 144; F. RICCI, *Del termine essenziale e della risoluzione di diritto*, in *Temi emil.*, 1926, p. 523; A. GRAZIANI, *Il termine essenziale*, cit., p. 313.

za necessità di ricorrere al giudice e senza possibilità per quest'ultimo di concedere un termine per l'adempimento tardivo.

Mentre il Codice Civile spagnolo, da questo punto di vista, si porrà nel solco delle codificazioni francese e italiana, una moderna impostazione "sostanzialistica" del diritto alla risoluzione del contratto è accolta nel Codice Civile portoghese del 1857, il cui art. 709 stabiliva, per i contratti bilaterali, che, in caso di inadempimento di una delle parti, l'altra poteva considerarsi non più tenuta all'adempimento della prestazione corrispettiva. La necessità di ricorrere al giudice era prevista, infatti, soltanto nel caso di azione per l'adempimento della prestazione inadempita o per il risarcimento del danno subito.

Pur non essendo prevista, quindi, una «dichiarazione di risoluzione», tale testo normativo optava apertamente per il modello della risoluzione automatica, affermando che la pretesa della parte non inadempiente di non considerarsi più vincolata all'adempimento della propria obbligazione costituiva un effetto *ex lege* dell'inadempimento della prestazione corrispettiva, attribuendo, di conseguenza, al giudice una funzione meramente ricognitiva dell'avvenuta caducazione degli effetti obbligatori del contratto.

Successivamente, la riforma del 1930⁹⁵ introdusse l'ulteriore previsione per cui la parte non inadempiente poteva ritenersi liberata dall'obbligazione corrispettiva anche qualora il mancato adempimento della controparte fosse dovuto all'impossibilità (materiale o giuridica) di adempiere la propria obbligazione. Alla stregua del modello tedesco (e del codice civile brasiliano), dunque, il Codice portoghese disciplinava la risoluzione del contratto senza distinguere tra l'inadempimento dovuto alla volontaria (o colposa) omissione della prestazione, e la mancata esecuzione derivante da impossibilità di fatto o di diritto.

8. La risoluzione nel Codice Civile spagnolo del 1889

Il Codice spagnolo accoglie apparentemente il modello della condizione risolutiva tacita che già era stato adottato dai codici civili francese e italiano, stabilendo all'art. 1124 che «la facultad de revolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incombe». Menzionando, tuttavia, in luogo della condizione risolutiva tacita, la "facoltà" di risol-

⁹⁵ L. 16 dicembre 1930.

vere l'obbligazione, la dottrina e la giurisprudenza spagnola hanno elaborato una diversa concezione intorno alla natura giuridica e alle modalità di esercizio della risoluzione del contratto, che appaiono addirittura porsi in contrasto con quanto espressamente sancisce il 3° comma dello stesso art. 1124 secondo cui «el Tribunal decreterá la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo».

L'indeterminatezza del concetto di "facoltà" ha consentito, infatti, di pervenire alla conclusione per cui la risoluzione del contratto può prodursi, oltre che mediante la pronuncia costitutiva del giudice, anche per effetto della dichiarazione unilaterale comunicata al debitore dalla parte non inadempiente⁹⁶. Nel caso in cui il debitore aderisca alla dichiarazione di risoluzione, si perfeziona una sorta di risoluzione consensuale, che consente di ritenere definitivamente sciolto il contratto⁹⁷. Ma, qualora insorga controversia tra le parti in ordine all'inadempimento e ai presupposti per la risoluzione, la sentenza del giudice avrà natura meramente dichiarativa, limitandosi ad accertare se la dichiarazione di risoluzione sia stata resa in presenza o in assenza dei presupposti di legge.

Il diritto alla risoluzione del contratto può assumere, pertanto, nel diritto spagnolo, le caratteristiche di un "diritto di impugnazione", che sorge – a differenza delle altre azioni che conducono all'estinzione del rapporto contrattuale (annullamento, rescissione) – in virtù di un fatto sopravvenuto quale l'inadempimento del debitore.

I presupposti che – secondo l'elaborazione della dottrina e della giu-

⁹⁶ Sul punto, la sintetica e nitida disamina di L. DÍEZ PICAZO, *Una opinion española sobre el proyecto italo-francés de código de las obligaciones*, in *Le projet franco-italien du Code des Obligations*, a cura di M. Rotondi, Cedam, Padova, 1980. Per una più analitica ricostruzione dell'evoluzione dottrinale, R. ALVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3ª ed., Granada, 2003, p. 73 ss., il quale richiama l'elaborazione di altri autori nei quali, sia pure implicitamente, parrebbe che la facoltà di risoluzione, stante il disposto dell'art. 1124, terzo comma, debba intendersi soltanto come giudiziale: così, ad esempio, J.M. MANRESA-Y-NAVARRRO, *Comentarios al Código Civil español*, 5ª ed., VIII, vol. 1, Editores Impresores Libreros, Madrid, 1950, p. 353; invero, secondo l'Autore, nel diritto spagnolo sussistono tre forme di risoluzione per inadempimento: giudiziale, consensuale e per dichiarazione unilaterale del creditore.

⁹⁷ La mancata contestazione dei presupposti della risoluzione da parte del debitore inadempiente perfeziona un accordo risolutorio, che non differisce dalla risoluzione consensuale e che trova il proprio fondamento, pertanto, nella norma generale che riconosce l'autonomia negoziale delle parti (art. 1255: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público»).

risprudenza – rendono legittima la dichiarazione di risoluzione sono i seguenti⁹⁸:

– la reciprocità delle obbligazioni: che la giurisprudenza spagnola interpreta con rigore nel senso dell'interdipendenza funzionale delle obbligazioni⁹⁹;

– la violazione di un'obbligazione principale derivante dal contratto: ed è tale quell'obbligazione che costituisce il mezzo principale per conseguire il risultato tipico del contratto, oppure quella che serve a completare e garantire l'attuazione delle obbligazioni principali¹⁰⁰;

– la gravità dell'inadempimento: intesa – in modo non dissimile dalla nostra giurisprudenza – alla stregua del doppio criterio oggettivo e soggettivo; non soltanto, dunque, come inadempimento definitivo e totale, ma anche come adempimento difettoso, parziale o ritardato, che privi il creditore dell'interesse a ricevere la prestazione¹⁰¹;

– il volontario e definitivo rifiuto del debitore di adempiere la prestazione dovuta, oppure, in alternativa, la definitiva impossibilità dell'adempimento stesso: in mancanza del requisito soggettivo della volontà di non adempiere, quando la prestazione sia ancora possibile, al creditore è aperta la via della risoluzione giudiziale¹⁰²;

⁹⁸ Sul punto, ampiamente R. ALVAREZ VIGARAY, *La resolución*, cit., p. 175 ss.; B. RODRIGEZ-ROSADO, *Resolucion y sinalagma contractual*, cit., p. 162 ss.

⁹⁹ Fino al punto, ad esempio, di riconoscere la risoluzione del contratto di compravendita in favore del venditore per inadempimento dell'obbligazione di pagamento del prezzo da parte del venditore, il quale aveva eccettato, tuttavia, l'*exceptio inadimplenti non est adimplendum* in relazione al rifiuto del venditore di ripetere il contratto nella forma dell'atto pubblico: l'inadempimento del venditore, infatti – ad avviso del Tribunale Supremo – attiene ad «aspetti accessori o complementari» (STS 9 luglio 1993; STS 12 luglio 1991, entrambe commentate da P. DE LA HAZA DIAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis del jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1996, p. 8).

¹⁰⁰ A. CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 127; di L. DÍEZ PICAZO, *Los incumplimientos resolutorios*, Pamplona, 2005, p. 17 ss.

¹⁰¹ E. DELL'AQUILA, *La resolución*, cit., p. 178 ss.; P. DE LA HAZA DIAZ, *El incumplimiento*, cit., p. 20; B. RODRIGEZ-ROSADO, *Resolucion y sinalagma contractual*, cit., p. 169. Per il diritto italiano, sui criteri di applicazione dell'art. 1455, per tutti, M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 17 ss.

¹⁰² La necessità del presupposto soggettivo della "volontarietà" dell'inadempimento si impone (ad avviso della dottrina spagnola) proprio in conseguenza della ritenuta ammissibilità della dichiarazione unilaterale di risoluzione. Come è stato scritto, infatti, l'estremo liberalismo del mezzo tecnico richiede di essere compensa-

– infine, il previo adempimento del creditore che dichiara di risolvere il contratto, posto che, altrimenti, il debitore potrebbe contestare e fare accertare l'inefficacia della dichiarazione di risoluzione adducendo *l'exceptio non adimpleti contractus*; il giudice, in tal caso, una volta ritenuta la fondatezza dell'eccezione, dichiara illegittima la risoluzione¹⁰³.

L'analisi dell'interpretazione ed elaborazione dell'istituto risolutivo nel diritto spagnolo si presenta di particolare interesse in considerazione di due aspetti della disciplina che, pur comuni al Codice Civile italiano del 1865, non hanno impedito tuttavia la progressiva convergenza del modello rispetto a quello tedesco e di *common law*.

Da un primo punto di vista, pur prevedendo l'art. 1124 la "domanda" di risoluzione, dottrina e giurisprudenza non hanno tratto da tale dato testuale un ostacolo alla possibilità di configurare un parallelo diritto potestativo di recesso, spettante alla parte non inadempiente e fondato sulla valenza sostanziale dell'inadempimento della controparte, rispetto al quale la sentenza giudiziale si pone come mero accertamento dei presupposti sostanziale dell'esercizio del diritto e, conseguentemente, dell'avvenuto scioglimento del contratto.

to dal particolare rigore nell'accertamento dell'elemento soggettivo dell'inadempimento: non basta «una semplice disattenzione o negligenza nell'inadempimento, ma una effettiva e deliberata volontà di non adempiere, una effettiva disubbidienza contrattuale» (così E. DELL'AQUILA, *La resolución*, cit., p. 175).

Più recentemente, tuttavia, la giurisprudenza ha mitigato tale presupposto della c.d. «voluntad deliberadamente rebelde», ritenendo sufficiente «che l'inadempimento avvenga, frustrando le legittime aspettative dell'altra parte che si vede privata di realizzare il fine economico perseguito con il vincolo negoziale» (STS 13 novembre 1985; in tal senso anche STS 24 febbraio 1990 e 7 giugno 1990). Se, quindi, in precedenza, la *voluntad deliberadamente rebelde* sembrava restringere la dichiarazione unilaterale di risoluzione al solo caso di dolo, i più recenti orientamenti estendono ulteriormente l'istituto fino a ricomprendervi l'inadempimento meramente colposo. Da notare però che in caso di risoluzione del contratto di compravendita di bene immobile ex art. 1504, STS 26-X-99 ha ancora statuito che «la risoluzione del contratto di compravendita di bene immobile dell'art. 1504 *codigo civil*, benché non esiga una condotta dolosa da parte del compratore, richiede invece che l'adempimento inerente all'obbligazione del pagamento del prezzo sia ostinato, durevole ed ingiustificato».

¹⁰³ La dottrina ha approfondito la differenza tra *l'exceptio inadimpleti contractus* proposta dal debitore a fronte della domanda di adempimento e quella proposta, invece, in seguito a dichiarazione di risoluzione: nel primo caso, il giudice si limita a condannare entrambe le parti all'adempimento delle rispettive obbligazioni; nel secondo caso, invece, il giudice dichiara altresì inefficace la risoluzione intimata dal creditore: così, R. ALVAREZ VIGARAY, *La resolución*, cit., p. 236.

In secondo luogo, appare parimenti significativo che il sistema spagnolo abbia finito con l'ammettere una tale facoltà di dichiarazione unilateralmente pur in presenza di un dato normativo (l'art. 1124, terzo comma) che prevede il potere del giudice di concedere, in caso di giusta causa, un termine per l'adempimento tardivo del debitore. A fronte di tale previsione, la giurisprudenza ha elaborato limiti applicativi e criteri tipizzanti volti, ad escludere che la dilazione possa essere concessa allorché il termine dell'adempimento risulti essenziale, oppure quando l'inadempimento sia dovuto a motivi soggettivi¹⁰⁴. A sua volta, la dottrina ha evidenziato l'assoluta incompatibilità tra la risoluzione per «dichiarazione unilaterale del creditore» e potere del giudice di concedere il termine di grazia per l'adempimento¹⁰⁵. Del tutto legittima è, invece, una dichiarazione unilaterale di risoluzione, la cui efficacia sia condizionata al mancato adempimento entro un termine concesso dallo stesso creditore intimante, secondo un modello non dissimile da quello della diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 c.c.¹⁰⁶

«La dichiarazione unilaterale di risoluzione del contratto trova, peraltro, nel Codice Civile spagnolo significativi riscontri sistematici in alcune norme sui singoli contratti, nelle quali il rimedio risolutivo è testualmente e chiaramente configurato alla stregua di un diritto potestativo di recesso, sottoposto soltanto ad accertamento giudiziale *ex postea* in ordine ai suoi presupposti sostanziali di esercizio. Così è, ad esempio, nell'art. 1454 (che consente lo scioglimento del contratto in caso di dazione di caparra¹⁰⁷), nell'art. 1486 (in tema di vizi e difetti della cosa

¹⁰⁴ Sul punto, si veda l'esame della giurisprudenza in V.L. MONTÉS PENADÉS, *Comentario al artículo 1.124 del Código Civil*, in *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, a cura di M. Albaladejo, XV, Edersa, Madrid, 1989, pp. 1251-1252. Per una trattazione monografica del termine di grazia nel diritto spagnolo, A. REVERTE NAVARRO, *Los términos de gracia en el cumplimiento de las obligaciones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.

¹⁰⁵ R. ALVAREZ VIGARAY, *La resolución*, cit., p. 334, che critica il diverso orientamento di alcuni tribunali, osservando come il giudice debba, a fronte della dichiarazione di recesso, limitarsi all'accertamento dei presupposti del legittimo esercizio del diritto del creditore.

¹⁰⁶ Equipara espressamente la dichiarazione unilaterale con termine per l'adempimento alla diffida ad adempiere prevista nell'ordinamento italiano, E. DELL'AQUILA, *La resolución*, cit., p. 138, secondo cui la giurisprudenza spagnola avrebbe supplito, in tal modo, alla mancanza di una norma espressa alla stregua dell'art. 1454 c.c.

¹⁰⁷ La norma, tuttavia, non presenta il tecnicismo del nostro art. 1385 c.c., giacché non distingue tra finalità confirmatoria e finalità penitenziale. La giurisprudenza spagnola, peraltro, ritiene che, nel dubbio interpretativo riguardante la dazio-

venduta), nell'art. 1504 (che prevede la risoluzione «di pieno diritto» della vendita immobiliare per mancato pagamento del prezzo, salva la facoltà del compratore di pagare finché non gli sia stata rivolta l'intimazione giudiziale o per atto notarile ¹⁰⁸) e nell'art. 1505 (che, a sua volta, nella vendita mobiliare, prevede la risoluzione automatica nell'interesse del venditore, se l'acquirente, prima della scadenza del termine fissato per la consegna della cosa, non si sia presentato per riceverla, o, presentandosi, non abbia contestualmente offerto il prezzo).

Nel valutare le conseguenze di una così feconda elaborazione del dato normativo, la dottrina spagnola ¹⁰⁹ ha espressamente affermato che il sistema di risoluzione per dichiarazione unilaterale si rivela più conveniente e maggiormente adatto alla protezione dei rispettivi interessi coinvolti nella vicenda contrattuale. In particolare, nel caso in cui il creditore non debba ripetere la prestazione corrispettiva già eseguita (per non averla ancora eseguita), la necessità di ricorrere al giudice per ottenere lo scioglimento del vincolo contrattuale costituirebbe un "blocco" della sua situazione economico-patrimoniale, per l'impossibilità di disporre dei beni oggetto di prestazione corrispettiva, sui quali permane il diritto di credito della controparte inadempiente fino alla pronuncia giudiziale costitutiva della risoluzione del contratto.

9. Il recesso per inadempimento nel BGB del 1896

Anche l'esame della disciplina contenuta nel BGB (pur nell'originaria formulazione antecedente alla recente riforma dello *Schuldrecht*) induce a configurare il rimedio risolutivo accolto da tale ordinamento alla stregua di una dichiarazione unilaterale della parte non inadempiente.

Occorre premettere, peraltro, che, in precedenza, la Pandettistica si

ne della somma di denaro, debba preferirsi la qualificazione in termini di acconto sul prezzo (*ex plurimis*, STS 11 aprile 1994; STS 7 febbraio 1986). La soluzione è criticata dalla dottrina, che esclude, altresì, che la norma abbia natura eccezionale (L. DíEZ PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, II, 9ª ed., ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 266).

¹⁰⁸ Pertanto, «l'inadempimento non determina automaticamente la risoluzione, ma è un presupposto affinché il venditore eserciti il suo diritto potestativo di risoluzione»: così, L. DíEZ PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema*, cit., p. 285.

¹⁰⁹ Sul punto, ampiamente, L. DíEZ PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema*, cit., p. 56. Per la maggiore rapidità e praticità della risoluzione per dichiarazione unilaterale, R. ALVAREZ VIGARAY, *La resolución*, cit., p. 283.

era dimostrata decisamente contraria a una regola generale di risoluzione del contratto per inadempimento, facendo salva la sola ipotesi che la risoluzione fosse pattuita convenzionalmente¹¹⁰. Viceversa, il *BGB* introduce il diritto di recedere dal contratto a fronte dell'impossibilità della prestazione imputabile alla controparte, ponendo tale diritto come alternativo a quello di domandare il risarcimento del danno (par. 325).

In caso di mora, occorre, invece, distinguere: se la mora determina la caducazione dell'interesse all'esecuzione del contratto, la parte non inadempiente può pretendere il risarcimento del danno o, in alternativa, recedere dal contratto; altrimenti, può fissare un termine affinché il debitore esegua tardivamente la prestazione, spirato il quale senza che sia intervenuto l'adempimento, il creditore può nuovamente optare tra risarcimento del danno e recesso dal contratto (par. 326). Il diritto al recesso immediato dal rapporto contrattuale è previsto, inoltre, anche quando le parti abbiano stabilito che la prestazione debba essere eseguita in un determinato momento o entro un certo termine (par. 361). Il testo originario del *BGB* prevedeva, infine, che il recesso per inadempimento (*der Rücktritt*) venisse regolato dalle norme sul recesso convenzionale dal contratto (parr. 346-356), derivante da una specifica clausola contrattuale e avente funzioni generalmente penitenziali e distinte dalla necessità di apporre rimedio a una sopravvenuta violazione del regolamento contrattuale.

Nonostante la netta differenza tra il sistema accolto dal *BGB* e i modelli di risoluzione giudiziale di cui ai codici francese e italiano (e, in parte, anche spagnolo), è autorevolmente sostenuto¹¹¹ che anche il recesso per inadempimento di matrice tedesca risalga alla medesima teoria della «condizione risolutiva tacita», in virtù della quale doveva intendersi riservata al contraente una facoltà di recesso per fatti sopravvenuti come, appunto, l'inadempimento della controparte. E proprio la derivazione dal modello della condizione risolutiva tacita giustificerebbe la decisione del legislatore del *BGB* di porre il recesso in alternativa al risarcimento del danno, posto che «da un contratto risolutivamente condizionato non possono nascere pretese di risarcimento»¹¹².

Da questo punto di vista, si potrebbe ritenere, quindi, che il modello

¹¹⁰ WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. a cura di C. Fadda e P. Bensa, II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1930, p. 248.

¹¹¹ A. DI MAJO, *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 1 ss., spec. p. 3.

¹¹² A. DI MAJO, *Recesso e risoluzione del contratto*, cit., p. 4.

tedesco abbia dimostrato maggiore fedeltà alla matrice romanistica, sottraendo lo scioglimento del contratto all'intervento costitutivo del giudice e affidando gli effetti della condizione risolutiva al piano meramente sostanziale.

Deve rilevarsi, tuttavia, che la trasposizione dell'istituto della condizione, al fine di regolamentare le conseguenze dell'inadempimento del contratto, manifesta parimenti un aspetto di divergenza sistematica allorché, anche nel contesto del *BGB*, rimette l'operatività della presunta condizione non già all'automatismo caratteristico della condizione stessa, bensì alla decisione unilaterale del contraente avente diritto alla prestazione rimasta inadempita. Né l'intervento potestativo del creditore potrebbe giustificarsi in virtù della natura "unilaterale" che la condizione assume, in favore della parte non inadempiente, in conseguenza dell'inadempimento della controparte: anche nella condizione unilaterale, infatti, l'evento incide automaticamente sull'efficacia del contratto e la volontà unilaterale della parte, nel cui interesse la condizione opera, può manifestarsi soltanto in funzione della rinuncia alla condizione in favore dell'efficacia del contratto.

Se è vero, quindi, che il modello della risoluzione giudiziale non risulta coerente con l'operatività della condizione risolutiva, allo stesso modo può affermarsi che la scelta di affidare al contraente la facoltà di recedere dal contratto in conseguenza dell'inadempimento denuncia il progressivo allontanamento (e, nello stesso tempo, l'apprezzabile emancipazione) da quel modello romanistico che, in conseguenza della "privatizzazione" dei rimedi avverso le violazioni degli obblighi contrattuali, dimostrava la propria inadeguatezza in corrispondenza dello sviluppo e della internazionalizzazione dei traffici economici.

L'azione giudiziale di risoluzione e il recesso per inadempimento si impongono nel XIX secolo come due modelli, tendenzialmente (ma non necessariamente) alternativi, per disciplinare una reazione all'inadempimento (quale la risoluzione del contratto) che si rivelava, in molti casi, più conveniente delle azioni coercitive dell'adempimento. Mentre, però, l'ordinamento francese e quello italiano ritennero che lo scioglimento del vincolo contrattuale (che assumeva il solenne valore giuridico equivalente a "legge" tra le parti¹¹³) richiedesse, di regola, il necessa-

¹¹³ Secondo l'art. 1134 *Code Napoléon* «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites». Analogamente l'art. 1123 del Codice Civile del 1865 recitava: «I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti».

rio intervento del giudice, il legislatore tedesco, cogliendo la maggiore funzionalità della facoltà di recesso alle esigenze del contraente non inadempiente, preferì collegare lo scioglimento del contratto, sul piano sistematico (con una scelta che sarebbe stata oggetto di critica e non sarebbe stata confermata dalla riforma del 2002) al recesso unilaterale di fonte convenzionale, che, da una parte, esplicitava l'estinzione del rapporto contrattuale per effetto della semplice "dichiarazione" (*Erklärung*) nei confronti dell'altra parte (par. 349, il cui testo è rimasto inalterato anche in seguito alla riforma) e, dall'altra, sanciva le conseguenze restitutorie dell'esercizio del recesso (parr. 346, 348).

Al modello del *BGB* si uniformò in parte il Codice Civile austriaco in seguito alle Novelle degli anni 1914-1916, che (diversamente dalla versione originaria) riconobbero al contraente non inadempiente il diritto di recedere dal contratto dopo aver fissato al debitore un termine per l'adempimento tardivo (par. 918). A differenza del *BGB*, tuttavia, la riforma dell'*ABGB* introdusse, a fronte della risoluzione del contratto, il diritto al risarcimento del danno (par. 921).

Riporta J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, 22^e éd. ref., P.u.f., Paris, 2000, p. 226, che Domat, oltre la conformità alla legge, richiedeva la non contrarietà del contratto al buon costume (J. DOMAT, *Lois civiles*, Parte Prima, Libro I, titolo I, 2^a sezione, n. 7). Nelle sue Pandette, Pothier si ispirò al passo del Digesto (Dig. 16, 3, 1, 6) secondo cui «contractus enim legem ex conventionem accipiunt» (POTHIER, *Pandectes*, t. III, éd. Lyon, 1782, p. 824) ed il terzo progetto della Commissione "Cambarcères" recitava «Toute convention, quelque qu'en soit la cause, fait loi entre ceux qui l'ont formé».

Osserva R. ROBAYE, *Une histoire du droit civil*, Collection Pédasup, Louvain-la-Neuve, 2004, p. 55, che «dans le demain du droit des contrats plus que dans tout autre, le Code civil est tributaire des doctrines philosophiques et politiques qui ont trouvé leur pleine expression au XVIII^e siècle et contribué à la Révolution de 1789. Fondé sur une certaine vision de l'homme et de la société, le libéralisme va se traduire, dans le Code civil, par trois grands principes: l'autonomie de la volonté, le consensualisme et le principe de la convention-loi».

Nella sua originaria ispirazione, il principio di vincolatività del contratto si impone tanto alle parti quanto al giudice, che non può sospendere l'esecuzione o modificarne il contenuto, neppure appellandosi al suo potere equitativo (Cass., 6 marzo 1876, S. 76.1.161, quale citata da L. BOYER, *Contrats et conventions*, in *Rep. civ., Dall.*, 1993, p. 29): «il est du devoir du législateur, déclarait le tribun Favard, de corser les hommes à voir des lois dans les contrats» (Fenet, XIII, p. 336, come richiamato da J. CARBONNIER, *op. loc. ultt. citt.*). Sul declino e l'attuale portata precettiva dell'art. 1134 *Code Napoléon* si vedano, *inter alios*: E. DE GAUDIN DE LAGRANCE, *La crise du contrat et le rôle du juge*, Boisseau, Montpellier, 1935; L. JOSSERAND, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie du contrat*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1937, p. 1 ss.; P. DURAND, *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, *ivi*, 1944, p. 73 ss.). Per maggiori spunti bibliografici si rinvia a L. BOYER, *op. ult. cit.*, p. 2 ss.

CAPITOLO SECONDO

LA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO
COME ATTO UNILATERALE
CON EFFETTI SOSTANZIALI

SOMMARIO: 1. La natura costitutiva della risoluzione per inadempimento nella dottrina e nella giurisprudenza successive al Codice del '42. – 2. Le tesi dottrinali favorevoli all'abbandono del modello giudiziale di risoluzione per inadempimento. – 3. Le critiche alla concezione «costitutiva» dell'azione di risoluzione. – 4. Il recesso per inadempimento *ex art.* 1385 c.c. nell'interpretazione successiva all'entrata in vigore del Codice del '42. – 4.1. Recesso per caparra confirmatoria e risoluzione per inadempimento nell'interpretazione delle Sezioni Unite n. 553/2009. – 4.2. Gli effetti del recesso per caparra confirmatoria e della risoluzione per inadempimento. – 5. Diffida ad adempiere e natura dichiarativa della risoluzione. – 6. Clausola risolutiva espressa e natura dichiarativa della risoluzione. – 7. Il termine essenziale. – 8. L'importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto. Il criterio generale di «non scarsa importanza» e le ipotesi di aggravamento dell'inadempimento rilevante. – 8.1. (*Segue*). Le figure normative di tipizzazione dell'importanza dell'inadempimento. – 9. Risoluzione per impossibilità sopravvenuta non imputabile della prestazione e recesso per impossibilità sopravvenuta parziale. – 9.1. Impossibilità non imputabile e inadempimento: come fermare il «pendolo» della natura automatica o giudiziale della risoluzione. – 10. Preclusione di adempimento successivo alla dichiarazione unilaterale di risoluzione. – 10.1 Rigetto, inammissibilità o estinzione del giudizio di risoluzione ed eventuale preclusione di successivo adempimento. – 11. La preclusione di adempimento successiva alla domanda di risoluzione (art. 1453, terzo comma, c.c.). – 11.1. Il «diritto» del debitore di offrire la prestazione in difetto del requisito di non scarsa importanza dell'inadempimento. – 11.2 Preclusione di adempimento tardivo e previsioni eccezionali di termine «di grazia»: il caso della locazione ad uso abitativo. – 11.3 (*Segue*). Il termine «di grazia» nel contratto di affitto agrario.

1. *La natura costitutiva della risoluzione per inadempimento nella dottrina e nella giurisprudenza successive al Codice del '42*

Dottrina¹ e giurisprudenza² hanno univocamente interpretato l'art.

¹ G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., *passim*; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1950, p. 385; L.

1453 c.c. come norma che sancisce il diritto di promuovere l'azione per ottenere la pronuncia costitutiva di risoluzione del contratto. La Relazione al Re, invero, non prendeva espressamente posizione sulla natura costitutiva della risoluzione, ma era chiaramente implicito che il diritto alla risoluzione venisse configurato come *diritto a necessaria attuazione giudiziale*, là dove la stessa Relazione definisce la diffida ad adempiere come «procedimento monitorio», evidentemente inteso come procedimento “alternativo” alla necessità di adire l'autorità giudiziaria per conseguire lo scioglimento del contratto in conseguenza dell'alterazione del sinallagma contrattuale³.

Nella manualistica più diffusa e autorevole è pacifica – negli anni successivi all'entrata in vigore del Codice del '42 – la distinzione tra risoluzione *giudiziale* (ex art. 1453 c.c.) e risoluzione *stragiudiziale* (artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.)⁴. Accanto al convincimento per cui la risoluzione «può essere soltanto opera del giudice», si accompagna quello secondo cui essa «non può operare, se non su domanda dell'interessato»⁵, così implicitamente escludendo tanto l'autotutela stragiudiziale della risolvibilità sostanziale quanto la rilevabilità *ex officio* a protezione del contraente fedele. A sostegno dell'inevitabilità dell'accertamento giudiziale funzionale alla pronuncia di risoluzione si adduce la necessità della verifica nell'ambito del processo del duplice requisito dell'*imputabilità* dell'inadempimento e della sua *non scarsa importanza*.

BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1948, p. 335; L. MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, Jovene, Napoli, 1950, p. 145 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Utet, Torino, 1958, p. 472; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 84; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da G. Grosso-F. Santoro Passarelli, Giuffrè, Milano, 1964, p. 265; A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, Utet, Torino, 1969, p. 140.

² Cass., 11 giugno 1958, n. 1935, in *Rep. Giur. it.*, 1958, voce «Obbligazioni e contratti», n. 550, c. 2582; Cass., 15 giugno 1965, n. 1243, in *Mass. Giur. it.*, 1965, 450; Cass., 12 ottobre 1967, n. 2437, *ibid.*, 1967, 918.

³ Relazione al Re, par. 129.

⁴ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 9ª ed., Cedam, Padova, 1956, p. 651; D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, vol. I, Utet, Torino, 1962, 6ª ed., p. 503. Anche nella manualistica recente e autorevole è diffusa la concezione «giudiziale» della risoluzione per inadempimento: A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 644; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2013, p. 1024; P. ZATTI-V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Cedam, Padova, 2011, p. 519.

⁵ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 3ª ed., vol. III, Giuffrè, Milano, 1959, p. 681.

Non sono mancati, tuttavia, isolati tentativi dottrinali volti a confutare la natura giudiziale della risoluzione per inadempimento. Già negli anni '60 si tentò⁶ di valorizzare il dato normativo consistente nelle conseguenze sostanziali prodotte dalla domanda di risoluzione, consistenti, da un lato, nell'impossibilità di domandare l'adempimento (art. 1453, secondo comma, c.c.) e, dall'altro, nel divieto di adempimento successivo alla domanda di risoluzione (art. 1453, terzo comma, c.c.)⁷. In particolare – tenuto conto che, nella vigenza del Codice Civile del 1865, era considerato pacifico il potere di adempiere o chiedere l'adempimento fino a quando la risoluzione non fosse pronunciata con sentenza del giudice – risulterebbe inconcepibile, in virtù delle innovative previsioni normative dell'art. 1453, secondo e terzo comma, c.c., la risoluzione "giudiziale" di un contratto che «per effetto della domanda di risoluzione, non dà più né il diritto di chiedere l'adempimento né la facoltà di prestarlo, cioè di un contratto che non esiste più perché si è già risolto»⁸. Il divieto per una parte di chiedere, e per l'altra di prestare, l'adempimento quando si è richiesta la risoluzione non configurerebbe, dunque – secondo tale prospettiva – una preclusione processuale, bensì un effetto sostanziale dello scioglimento del contratto.

La tesi sopra esposta non raccolse, tuttavia, né i favori degli interpreti né della giurisprudenza, incentrata com'era sulla rilevante svalutazione della norma dell'art. 1455 c.c.⁹, considerato alla stregua di una mera "svista" del legislatore o, addirittura, di un «fossile [...] del soppresso potere di beneficiare l'inadempiente con una dilazione»¹⁰. Eccessiva e irragionevole

⁶ A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 29 ss.

⁷ A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *op. ult. cit.*, p. 30: «crediamo perciò di poter dire che la chiave del problema è in tali disposizioni: se fosse lecito interpretarle nel senso che, dopo proposta la domanda di risoluzione, sia definitivamente impossibile chiedere o prestare l'adempimento, bisognerebbe necessariamente concludere nel senso che la domanda ex art. 1453 produce per se stessa la risoluzione del contratto, di guisa che il giudice potrebbe rendere, anche in tal caso, solo una pronuncia di mero accertamento».

⁸ A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *op. ult. cit.*, p. 36.

⁹ La norma dell'art. 1455 c.c., al contrario, aveva già ricevuto la sensibile attenzione della giurisprudenza che, sin dai primi anni successivi all'entrata in vigore del Codice Civile, l'aveva ritenuta espressione del principio di buona fede contrattuale: *ex plurimis*, Cass., 17 maggio 1949, n. 1220, in *Foro it.*, 1949, I, c. 936; nello stesso senso, in dottrina, E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, in *Comm. Cod. civ.* diretto da M. D'Amelio-E. Finzi, G. Barbera editore, Firenze, 1948, *sub art.* 1455, pp. 820-821.

¹⁰ A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, *cit.*, p. 46.

appariva, in particolare, la pretesa di escludere l'applicabilità dell'art. 1455 c.c., al fine di considerare automaticamente significativo per la risoluzione del contratto ogni ritardo, anche di minima consistenza.

Ma l'obiezione di maggior rilievo consiste nella sostanziale inutilità di predicare un effetto risolutivo immediato come necessaria conseguenza della proposizione della domanda di risoluzione: in tal senso, la distinzione tra natura costitutiva e natura dichiarativa del giudizio di risoluzione trascende nel sofismo concettuale¹¹, là dove non si consenta che l'effetto estintivo del vincolo contrattuale possa essere prodotto da un atto sostanziale non necessariamente bisognoso del successivo accertamento da parte del giudice.

In senso parimenti critico verso la tesi sopra esposta può rilevarsi che il presupposto dell'importanza dell'inadempimento non può essere certamente ritenuto ostativo all'efficacia risolutiva di un atto sostanziale espressivo della volontà di sciogliere il contratto, com'è dimostrato dalla consolidata applicazione sia dell'art. 1454 c.c. sia dell'art. 1385 c.c. In entrambi i casi, la giurisprudenza non dubita, invero, che la necessità di valutare l'importanza dell'inadempimento al momento di esercizio del potere sostanziale di diffida o di recesso incidano sulla natura meramente dichiarativa della successiva pronuncia giudiziale¹².

2. Le tesi dottrinali favorevoli all'abbandono del modello giudiziale di risoluzione per inadempimento

La dottrina, tuttavia, ha progressivamente accentuato l'attenzione verso il problema della natura giuridica della risoluzione per inadempimento e delle significative affinità con l'istituto del recesso nella prospettiva di una tendenziale convergenza sistematica e applicativa¹³.

¹¹ In questa linea muove l'autorevole critica di R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. X, t. II, 3^a ed., Utet, Torino, 2004, p. 654, nt. 15, secondo cui «sul piano dogmatico, dire che l'effetto è prodotto dalla sentenza con retrotrazione, e dire che è prodotto dalla domanda purché segua la sentenza, significa formulare due espressioni fungibili».

¹² La giurisprudenza ritiene applicabile il requisito della non scarsa importanza dell'inadempimento alla risoluzione per diffida ad adempiere a far tempo da Cass., sez. un., 28 giugno 1950, n. 1663, in *Foro it.*, 1951, I, c. 835, con nota di CORTESI.

¹³ Particolarmente significativa, in questo senso, la ricerca CNR coordinata dal Prof. Giorgio De Nova, che ha condotto all'ampio volume *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Giuffrè, Milano, 1994.

La prima significativa valorizzazione dell'efficacia sostanziale della dichiarazione stragiudiziale di risoluzione del contratto si rinviene nell'autorevole dottrina¹⁴ che attribuisce a tale dichiarazione l'effetto preclusivo della richiesta di adempimento, in conformità al disposto dell'art. 1453, secondo comma, c.c., che letteralmente subordina alla proposizione della domanda di risoluzione il divieto della successiva domanda di adempimento. Pur nella prospettiva della natura costitutiva del giudizio di risoluzione e ribadendo che «l'esercizio stragiudiziale del diritto di risoluzione non perfeziona, nel nostro diritto, la fattispecie risolutoria di cui all'art. 1453», si sottolinea, infatti, la contrarietà al principio di buona fede del comportamento del creditore, il quale – dopo aver stragiudizialmente esonerato il debitore dall'obbligo di eseguire la prestazione, imponendogli implicitamente l'obbligo di eventuale restituzione della controprestazione ricevuta – «muti parere quante volte gli piaccia e agisca infine per l'adempimento»¹⁵.

L'illustre Autore accentuerà in seguito l'esigenza di tutelare la parte debitrice, riconoscendo al debitore – salvo il caso di manifesta sopravvenuta inutilità della prestazione – il diritto di adempiere pur dopo la dichiarazione stragiudiziale di risoluzione, entro un termine congruo non inferiore a quindici giorni (in analogia al termine previsto dall'art. 1454 c.c.)¹⁶. Ma, nel momento in cui si ammette che il diritto all'adem-

¹⁴ R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. X, t. II, Utet, Torino, 1982, p. 520; successivamente, R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, 2, t. II, Utet, Torino, 2004, p. 646 ss.

¹⁵ R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Tratt. Rescigno*, cit., p. 520; in giurisprudenza, si affermava, tuttavia, che «alla parte è preclusa la possibilità di chiedere l'adempimento del contratto solo ove la sua risoluzione sia stata richiesta in via giudiziale e non anche ove la stessa sia stata domandata in via stragiudiziale» (Cass., 7 febbraio 1979, n. 837, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, 2).

¹⁶ R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 648. Altra autorevole dottrina – nel condividere l'impostazione di Sacco – ha affermato che «leggere la domanda di risoluzione come diffida ad adempiere può avere un (...) apprezzabile senso pratico: attenua il rigore della preclusione a carico del convenuto, consentendogli di adempiere (e così salvare il contratto) anche dopo la domanda di risoluzione, purché lo faccia entro un tempo non più lungo di quello corrispondente a un termine "congruo". Ciò può suonare poco rispettoso dell'art. 1453, comma 3: ma è coerente con la massima giurisprudenziale secondo cui l'adempimento successivo alla domanda di risoluzione, pur non cancellando l'inadempimento verificatosi, può essere apprezzato dal giudice come *fattore che lo riporta sotto la soglia della scarsa importanza* (il che significa ammettere un adempimento successivo alla domanda, capace di evitare la risoluzione)»: V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto di G. Iudica-P. Zatti, 1^a ed., Giuffrè, Milano, 2010, p. 912.

pimento tardivo possa essere esercitato anche *dopo* la proposizione della domanda giudiziale, sia pure per giungere ad attribuire natura “dichiarativa” alla sentenza di risoluzione, si finisce con lo svalutare l’efficacia estintiva della dichiarazione sostanziale di risoluzione e con l’equiparare la domanda di risoluzione – come è stato rilevato in senso critico¹⁷ – a «un avvertimento ultimativo, al quale dovrebbero conseguire gli effetti sostanziali di una diffida ad adempiere».

La più nitida presa di posizione in favore della natura automatica della risoluzione di cui all’art. 1453 c.c. si rinviene nella dottrina¹⁸ che – proprio muovendo dalla critica verso la sostanziale equiparazione tra la domanda giudiziale di risoluzione e la diffida ad adempiere – perviene alla conclusione per cui, in presenza di un inadempimento grave, l’atto stragiudiziale di risoluzione scioglie immediatamente il rapporto contrattuale, operando alla medesima stregua di un recesso. A fondamento di tale conclusione si richiama principalmente l’orientamento giurisprudenziale affermato dalla Sezioni Unite¹⁹, che attribuisce al contraente fedele il diritto di rifiutare l’offerta tardiva dell’adempimento, per giungere alla condivisibile conclusione, per cui «se con il rifiuto il creditore si affranca dal vincolo contrattuale, a maggior ragione è legittimato a farlo quando, in presenza di un inadempimento grave, manifesta stragiudizialmente la volontà di risolvere il contratto»²⁰. Tale puntuale considerazione consente, pertanto, di sviluppare ulteriormente le pregresse tesi, già critiche verso la natura giudiziale della risoluzione, e di pervenire alla nitida affermazione secondo cui «in presenza di un inadempimento grave il contratto [può] essere risolto mediante un atto di recesso: tale è, infatti, la dichiarazione stragiudiziale unilaterale che scioglie il rapporto contrattuale con effetto immediato»²¹.

¹⁷ C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 313, nt. 34.

¹⁸ M. DELLACASA, in M. DELLACASA-F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in *Tratt. contr.*, diretto da V. Roppo, vol. V, t. 2, Giuffrè, Milano, 2006, p. 171 ss.

¹⁹ Cass., sez. un., 6 giugno 1997, n. 5086, in *Contratti*, 1997, p. 40 ss., con nota di L. BARBIERA; Cass., sez. un., 9 luglio 1997 n. 6224, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 825, con nota di L. PICARDI.

²⁰ M. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., p. 172.

²¹ M. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., p. 172.

3. Le critiche alla concezione «costitutiva» dell'azione di risoluzione

Un'organica confutazione della natura costitutiva della risoluzione per inadempimento si rinviene, altresì, nell'opera di una studiosa del diritto processuale civile, che esamina la problematica nel contesto del più generale tema della natura dichiarativa di tutte le azioni di c.d. impugnativa negoziale, comprese, quindi, oltre all'azione di risoluzione, quelle di rescissione, di nullità e di annullamento²².

Secondo questa tesi, la domanda giudiziale non costituisce requisito necessario per ottenere la liberazione dagli obblighi derivanti dal contratto, posto che l'inadempimento attribuisce al contraente fedele il diritto di provocare lo scioglimento del vincolo contrattuale senza imporre l'onere dell'instaurazione di un processo e l'eventuale ricorso al giudice assume, dunque, la sola funzione di controllo successivo sulle condizioni dello scioglimento²³.

La ricostruzione del potere sostanziale di risoluzione muove, in primo luogo, dalla constatazione di come l'*exceptio inadimplenti non est adimplendum* (art. 1460 c.c.) consenta di configurare, altresì, l'*eccezione di risoluzione*, intesa come potere del contraente, convenuto in giudizio per l'adempimento, di liberarsi dal vincolo contrattuale facendo valere l'altrui inadempimento come fatto estintivo della contrapposta pretesa²⁴. L'individuazione dell'*eccezione di estinzione* del rapporto contrat-

²² I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Giuffrè, Milano, 1998. L'Autrice sviluppa ed amplia la prospettiva ermeneutica delineata da A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 78 ss., che conferma, negli scritti successivi, l'auspicio di una riforma della disciplina delle impugnative contrattuali sul modello tedesco. Cfr. A. PROTO PISANI, *Profili processuali della riforma del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 549 ss.

²³ I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 305 ss.

²⁴ Osserva I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 305 ss.: «anche se il codice non ha previsto espressamente tale ipotesi c'è parso che non vi fossero ragioni per escluderne l'ammissibilità, né per costringere la parte, che voglia produrre l'estinzione dell'obbligo nascente dal contratto e fatto valere in giudizio dall'avversario, a proporre in via riconvenzionale la domanda giudiziale ex art. 1453 c.c. L'eccezione di risoluzione è stata costruita, dunque, come un'eccezione in senso stretto (quale l'*exceptio inadimplenti contractus*) con la quale si fa valere lo stesso fatto posto ad oggetto di quest'ultima: l'inadempimento. E tuttavia, si è potuto cogliere una differenza tra le due situazioni sostanziali, che legittima la presenza di entrambe nel sistema e che è data dalla diversa direzione della manifestazione di volontà: mentre l'eccezione di inadempimento non implica disinteresse al conseguimento dell'altrui prestazione, con l'eccezione di risoluzione la parte manifesta la volontà di sciogliersi

tuale consente, da un lato, di svincolare il giudizio di risoluzione dal postulato del giudicato costitutivo e, dall'altro, di affermare che la sua proposizione produce la risoluzione del contratto nella stessa misura della domanda giudiziale, posto che l'efficacia dell'eccezione, nel caso della risoluzione, non si limita al singolo diritto dedotto in giudizio dall'attore, ma si estende all'intero rapporto contrattuale²⁵. L'eccezione di risoluzione consente, pertanto, di individuare un diritto potestativo di produrre lo scioglimento del contratto, ma da cui è consentito di inferire la possibilità di un esercizio *stragiudiziale* del diritto sostanziale di risoluzione.

L'indagine sopra descritta – pur rivolta a dimostrare la comune natura dichiarativa delle azioni di impugnativa negoziale (nullità, annullamento, rescissione e risoluzione) – presenta il pregevole merito di confutare e superare le obiezioni alla qualificazione sostanziale del potere di risoluzione del contratto dal punto di vista processuale. Le condivisibili conclusioni meritano, peraltro, un'ulteriore disamina anche dal punto di vista sistematico, con particolare riferimento alle diverse fattispecie di risoluzione per inadempimento nella parte generale della disciplina del contratto, nonché in quella dei singoli contratti nel codice civile e nelle leggi speciali.

4. *Il recesso per inadempimento ex art. 1385 c.c. nell'interpretazione successiva all'entrata in vigore del Codice del '42*

Il più immediato riferimento sistematico relativo alla dichiarazione stragiudiziale di risoluzione non può che essere colto nella previsione normativa del recesso come reazione all'inadempimento del contratto ove le parti abbiano pattuito una caparra confirmatoria. Com'è noto, infatti, l'art. 1385 c.c. stabilisce che, in presenza di caparra confirmatoria, l'inadempimento del contratto attribuisce alla parte fedele il diritto di recedere e di trattenere la caparra (ovvero di richiedere il doppio del-

dal contratto rinunciando all'adempimento dell'altro contraente. Nell'eccezione di risoluzione si ha cioè una trasformazione della funzione dilatoria dell'inadempimento nella funzione perentoria che produce il venire meno dell'obbligo».

²⁵ Il principio della domanda (art. 99 c.p.c.). Deve combinarsi col problema dei rapporti giuridici complessi e delle conseguenze, sul piano dei limiti oggetti del giudicato, della loro deduzione frazionata nel processo: I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 646. Si veda, in tema, la fondamentale monografia di S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Giuffrè, Milano, 1987.

la caparra versata), in alternativa alla proposizione della domanda di risoluzione e di risarcimento del danno nelle forme ordinarie.

Negli anni successivi all'entrata in vigore del Codice del '42 la dottrina più autorevole privilegiò un'interpretazione volta a sottolineare la linea di demarcazione tra la risoluzione del contratto in generale e l'istituto della caparra confirmatoria. Mentre della caparra si sottolineava, infatti, la funzione punitiva e risarcitoria, nonché di coazione indiretta all'adempimento, si tendeva a diversificarne i requisiti e la struttura rispetto alla risoluzione per inadempimento, negando, ad esempio, che l'imputabilità e la non scarsa importanza dell'inadempimento fossero presupposti necessari per esercitare il recesso dal rapporto contrattuale²⁶.

La sottovalutazione dottrinale dell'abbandono della modalità giudiziale di scioglimento del contratto e dell'adozione del recesso quale modalità di reazione sostanziale all'inadempimento è conforme, peraltro, al contenuto della Relazione al Re²⁷, nella quale – pur affermando che «ciò che si dà a titolo di caparra [...] facilita le composizioni in caso di inadempimento» – si omette di dare il corretto risalto alla novità più significativa dell'istituto rispetto alla precedente disciplina. Nella vigenza del Codice del 1865, infatti, la norma dell'art. 1217 che, in caso di inadempimento, consentiva alla parte non inadempiente l'alternativa tra la domanda di adempimento o la ritenzione della caparra (ovvero la richiesta del doppio di quella versata) era unanimemente interpretata come facoltà di domandare, in luogo dell'adempimento, la risoluzione del contratto e di trattenere la caparra (o di richiederne il doppio) a titolo di liquidazione preventiva e forfettaria del danno²⁸.

²⁶ V. M. TRIMARCHI, *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960, p. 195.

²⁷ Relazione al Re, par. 96.

²⁸ Emblematica in tal senso la descrizione dell'istituto che si rinviene in A. BOZZI, *Caparra*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. II, Utet, Torino, 1927, p. 792: «la parte adempiente che domanda la risoluzione del contratto ha diritto di veder ristabilita la sua situazione patrimoniale nella condizione in cui si sarebbe trovata se il contratto non fosse stato concluso; essa avrebbe diritto all'integrale *id quod interest*, che possa realizzare cotesta condizione. A tale principio astratto deroga alla legge positiva, che non considera la caparra come un acconto, ma come la misura del risarcimento. Il risarcimento normale presuppone che il creditore dia la prova della misura del suo diritto, e soffra le lungaggini e l'alea dell'accertamento giudiziale. La caparra, invece, elimina tali esigenze e difficoltà, stabilendo in una *forfait* il *quantum* del risarcimento dovuto per la chiesta risoluzione. Il contraente fedele che domanda lo scioglimento del contratto ritiene, cioè si appropria, la caparra ricevuta, poiché si è verificata la condizione a cui era subordinato l'acquisto definitivo della proprietà».

Anche la dottrina ha sottolineato assai più le diverse funzioni della caparra in funzione del risarcimento del danno o della coazione indiretta all'adempimento. Abbandonata, invero, la tradizionale concezione della caparra come riscontro probatorio dell'avvenuta stipulazione del contratto²⁹, la maggior parte degli autori ha aderito alla concezione sanzionatoria della caparra³⁰ o, quanto meno, di rafforzamento e coazione indiretta all'adempimento³¹. A sua volta, la giurisprudenza, pur ritenendo compatibili le varie funzioni poste in evidenza in dottrina³², ha contribuito in modo determinante al progressivo accostamento dell'istituto della caparra alla risoluzione per inadempimento, equiparandone i requisiti e gli effetti sostanziali. La caparra confirmatoria diviene, pertanto – nella sua dimensione applicativa³³ e nella più recente riflessione dottrinale³⁴ – un'ipotesi di «risoluzione stragiudiziale per inadempimento», i cui presupposti sono del tutto coincidenti con quelli che legittimano la risoluzione giudiziale per inadempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c. Coincide, in primo luogo, il requisito della «non scarsa importanza» dell'inadempimento (art. 1455 c.c.) che, come nel caso di risoluzione giudiziale, richiede una valutazione comparativa del comportamento di entrambi i contraenti in relazione al rapporto contrattuale, in modo da stabilire quale di essi, con il proprio comporta-

²⁹ La tesi è, peraltro, sostenuta da V.M. TRIMARCHI, *Caparra (dir. civ.)*, cit., p. 201. Per un quadro della problematica, V. CARBONE, *Pluralità di funzioni della caparra confirmatoria*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 466 ss.; F. PAROLA, *La caparra confirmatoria*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 634 ss.; M. RONCHI, *Caparra confirmatoria e risoluzione di diritto del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 1231 ss.

³⁰ A. MARINI, *Caparra. I) Diritto Civile*, in *Enc. giur.*, vol. V, Treccani, Roma, 1988, p. 1.

³¹ F. ROSELLI, *La clausola penale e la caparra*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Giappichelli, Torino, 2012, p. 462.

³² In tal senso, molte pronunce si esprimono in termini di «funzione eclettica» della caparra, in quanto è volta a garantire l'esecuzione del contratto, venendo incamerata in caso di inadempimento della controparte (sotto tale profilo avvicinandosi alla cauzione); consente, in via di autotutela, di recedere dal contratto senza la necessità di adire il giudice; indica la preventiva e forfettaria liquidazione del danno derivante dal recesso cui la parte è stata costretta a causa dell'inadempimento della controparte (Cass., 16 maggio 2006 n. 11356, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 5).

³³ Cass., 21 agosto 1985, n. 4451, in *Mass. Giust. civ.*, 1985, fasc. 8-9; Cass., 23 gennaio 1989, n. 473, in *Mass. Giust. civ.*, 1989, fasc. 1; Cass., 27 agosto 1991, n. 9158, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, fasc. 8; Trib. Torino, 26 ottobre 1988, in *Giur. it.*, 1990, I, c. 46 ss.

³⁴ S. CHERTI, *La risoluzione mediante caparra*, Cedam, Padova, 2012, *passim*.

mento, abbia fatto venir meno l'interesse dell'altro al mantenimento del contratto³⁵. Per quel che concerne l'imputabilità dell'inadempimento, si tratta, com'è noto, del requisito che – secondo una diffusa tesi – si desume dal combinato disposto degli artt. 1218 e 1256 c.c. e che la giurisprudenza, nonostante il dissenso della prevalente dottrina, richiede ai fini della pronuncia della sentenza di risoluzione³⁶.

La caparra confirmatoria non costituisce, quindi, una fattispecie che rientra nella più generale figura del recesso, rispetto alla quale l'inadempimento funzionerebbe da requisito costitutivo del suo legittimo

³⁵ Cass., 23 gennaio 1989 n. 398, in *Mass. Giust. civ.*, 1989, fasc. 1. Sull'applicabilità dell'art. 1455 c.c. al recesso per caparra, *ex plurimis*, Cass., 2 settembre, 1978, n. 4023; Cass., 9 luglio 1984, n. 4011, in *Mass. Giust. civ.*, 1984, fasc. 7; Cass., 14 marzo 1988 n. 2435, *ivi*, 1988, fasc.3; Cass., 27 agosto, 1991 n. 9158, *ivi*, 1991, fasc. 8; da ultimo, Cass. 13 gennaio 2012 n. 409, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 1, 27; Cass., 27 marzo 2013, n. 7759, in *Dir. & Giust.*, 27 marzo 2013, secondo cui «la difformità non rilevante non legittima il promissario acquirente a recedere dal contratto se, successivamente alla stipula di un contratto preliminare di compravendita immobiliare, si scopre un abuso di lieve entità, sanabile con il pagamento di una sanzione pecuniaria di piccola entità». In dottrina, M. BELLANTE, *La caparra*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 54, a cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti dottrinali.

³⁶ Il requisito dell'imputabilità è richiesto, infatti, anche nel recesso per inadempimento *ex art.* 1385 c.c.: M. BELLANTE, *La caparra*, *cit.*, 2008, p. 53, ove si precisa che «l'inesecuzione della prestazione per causa non imputabile determina piuttosto l'automatica risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta (artt. 1256 e 1463 c.c.), la quale travolge anche la caparra, comportando l'obbligo di restituire la somma versata, ormai divenuta priva di titolo».

Tale requisito è ribadito – in generale, per lo scioglimento del contratto per inadempimento – anche dalle Sezioni Unite: sent. 14 gennaio 2009, n. 553, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, p. 49; l. civilista 2009, p. 21(s.m.), con nota di E. FRONTICELLI BALDELLI; in *Resp. civ. prev.*, 2009, 5, 1073 (s.m.), con nota di E. LUCCHINI GUASTALLA; in *Vita not.*, 2009, p. 891. Secondo il Supremo Collegio occorre «un inadempimento imputabile, poiché in assenza di esso viene meno il più generale presupposto richiesto dalla norma di cui all'art. 1218 affinché il debitore possa considerarsi tenuto al risarcimento del danno, del quale la caparra costituisce (almeno in uno dei suoi polifoni aspetti funzionali) liquidazione anticipata, convenzionale, forfetaria: la impossibilità dell'esecuzione della prestazione per causa non imputabile determina la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione (artt. 1218, 1256, 1463 c.c.) e la conseguente caducazione dell'intera convenzione negoziale, *ivi* compresa quella, accessoria, istitutiva della caparra».

In senso critico rispetto a tale impostazione, si veda la lucida ed esauriente analisi della problematica, con conclusioni puntuali e condivisibili, di G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento (artt. 1453-1459)*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger-F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2007, p. 160 ss.; allo stesso tempo, i puntuali richiami storici e comparatistici nelle chiare pagine di G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. contr.*, diretto da V. Roppo, vol. V, t. 2, *cit.*, p. 770 ss.

esercizio, bensì una figura specificamente e direttamente riconducibile alla risoluzione per inadempimento³⁷.

Tale recente impostazione dottrinale risulta pienamente condivisibile nella misura in cui emancipa la caparra confirmatoria dalla restrittiva dimensione della mera liquidazione forfettaria del danno e colloca l'istituto nel contesto della risoluzione del contratto. Restrittiva appare l'idea, invece, secondo cui il "vantaggio" della caparra confirmatoria (che consentirebbe di accostarla, da questo punto di vista, alla diffida ad adempiere) consisterebbe nella rapidità dello scioglimento del contratto, a fronte dei più lunghi tempi del giudizio costitutivo di risoluzione. Tale ricostruzione condivide, infatti, la dicotomia risoluzione giudiziale/risoluzione automatica, tradizionalmente asserita come caratteristica del nostro sistema normativo in materia di inadempimento del contratto, e qualifica il recesso *ex art.* 1385 c.c. in termini, anche letterali, di «risoluzione stragiudiziale del contratto» sul presupposto che la generica definizione di recesso possa confondere tale modalità di scioglimento contrattuale con quelle che si verificano per effetto del recesso *ex art.* 1373 c.c. o di altre forme di recesso *ad nutum* previste nell'ordinamento.

In primo luogo, può essere opportuno sgombrare il campo dal rischio di un equivoco esclusivamente terminologico, in quanto la locuzione «recesso per inadempimento» (che trova testuale aggancio normativo nell'art. 1385 c.c.) non implica l'impossibilità di corretta collocazione dell'istituto della caparra nell'ambito normativo e sistematico della risoluzione per inadempimento. Invero, è l'istituto del recesso che è di per sé privo di qualsivoglia autonomia sistematica e si presenta come una mera definizione di *genus*, nell'ambito della quale ogni disamina richiede necessariamente una specificazione funzionale³⁸. Non

³⁷ S. CHERTI, *op. ult. cit.*, p. 103 ss., il quale sottolinea la particolare affinità tra la risoluzione mediante caparra e la diffida ad adempiere: in entrambi i casi, infatti, «lo scioglimento del negozio è il frutto di un'iniziativa della parte alla quale l'ordinamento accorda il diritto di raggiungere il risultato di sciogliersi da un contratto divenuto privo di ogni utilità proprio a seguito dell'inadempimento della controparte in tempi più brevi di quelli cui dà luogo un giudizio basato sugli artt. 1453 e 1455 c.c.».

³⁸ Anche Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553, cit., ha rammentato in motivazione che «il recesso, in realtà, non assurge a dignità di categoria giuridica dotata di autonomia strutturale sua propria, ma rileva piuttosto come fattispecie negoziale dai profili funzionali non omogenei, se la legge stessa definisce in termini di "recesso" atti recettizi a struttura unilaterale diversi tra loro quanto a giustificazione causale e meccanismi effettuali». Non mancano, peraltro, opere, anche recenti, genericamente dedicate all'istituto del recesso: ad esempio, E. RAVER, *Il recesso*, Giuffrè, Milano,

può dubitarsi che il recesso *ex art.* 1385 c.c. non condivida nulla del recesso c.d. penitenziale (convenzionale *ex art.* 1373 c.c. o legale nelle ipotesi previste nella disciplina contrattuale speciale: ad es. art. 1671, art. 2227 c.c.) o del recesso c.d. determinativo (il recesso, cioè, che sancisce il momento di estinzione dei contratti senza determinazione della durata: ad es. art. 1810 c.c., art. 1771 c.c., ecc.)³⁹, se non il mero rilievo descrittivo per cui si tratta, al pari di queste ipotesi, dell'atto unilaterale che provoca l'estinzione del rapporto contrattuale. La netta diversità funzionale del recesso per inadempimento non esclude che risulti ugualmente appropriata la definizione di recesso, a condizione di specificare che, in tal caso, il recesso costituisce l'atto reattivo del contraente fedele al rapporto contrattuale dinanzi all'alterazione del sinallagma, dovuto alla mancata esecuzione della prestazione da parte dell'altro contraente.

Chiarito, dunque, che la locuzione «recesso per inadempimento» è del tutto compatibile con la riconduzione dello scioglimento unilaterale per caparra confirmatoria alla figura della risoluzione stragiudiziale, si tratta di stabilire se la natura automatica e unilaterale dello scioglimento del contratto in presenza della caparra presupponga sistematicamente o logicamente che la risoluzione *ex artt.* 1453-1455 c.c. abbia natura giudiziale.

Invero, sussiste più di una considerazione per affermare che, al contrario, la natura stragiudiziale della risoluzione per caparra costituisca un argomento rafforzativo per ritenere che, anche sul piano della disciplina generale del contratto, la risoluzione si produca automaticamente in seguito a dichiarazione della parte non inadempiente.

2004; N.A. CIMMINO, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Cedam, Padova, 2000. La più autorevole dottrina ha privilegiato da tempo, invece, una disamina dell'istituto che tenga conto della sua funzione rispettivamente "penitenziale", "determinativa" o "impugnatoria": G. GABRIELLI-F. PADOVINI, *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1988, vol. XXXIX, p. 27 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da G. Iudica-P. Zatti 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2010, p. 548 ss. Per un sintetico ed efficace quadro d'insieme, F. PADOVINI, *Risoluzione e recesso*, in *Obbl. contr.*, 2012, 86, ove – con specifico riferimento al tema in esame – si osserva puntualmente che «la tendenza che oggi deve registrarsi è [...] quella di un superamento dello strumento risolutorio ad esercizio giudiziale con una netta preferenza per gli strumenti stragiudiziali, cioè in favore del recesso per giusta causa».

³⁹ *Ex plurimis*, Cass., sez. lav., 4 agosto 2004, n. 14970, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, fasc. 7-8, ove si stabilisce che «il recesso unilaterale rappresenta una causa estintiva ordinaria di qualsiasi rapporto di durata a tempo indeterminato, rispondendo all'esigenza di evitare la perpetuità del vincolo obbligatorio, la quale è in sintonia con il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto».

Anzitutto, non v'è dubbio che la caparra confirmatoria non implichi necessariamente la modalità automatica di scioglimento del contratto, come dimostra la genesi storica dell'istituto e la sua pregressa configurazione nel Codice del 1865.

Posto, quindi, che la caparra confirmatoria è di per sé compatibile con il modello giudiziale di risoluzione, può ritenersi che l'introduzione del recesso, quale modalità di scioglimento del contratto a cui acceda la pattuizione della caparra, è significativa della volontà del legislatore di orientare l'intero sistema della risoluzione per inadempimento verso la sua ordinaria natura sostanziale e automatica⁴⁰. Pur nella ritenuta natura automatica della risoluzione *ex artt.* 1453-1455 c.c., pertanto, la caparra confirmatoria troverebbe autonoma giustificazione logico-sistematica in ragione della liquidazione preventiva e forfettaria del danno conseguente all'inadempimento. Mentre, nell'ipotesi di risoluzione in via generale, il danno richiede una specifica azione di condanna⁴¹, la caparra confirmatoria previene una tale controversia e consente al contraente-creditore di evitare qualsivoglia esito giudiziario dell'inadempimento. Del resto, l'automatismo della risoluzione sia nel caso di recesso esercitato dalla parte che ha ricevuto la caparra, sia di recesso della parte che ha versato la caparra (con conseguente obbligazione di restituire il doppio a carico della parte che l'ha ricevuta), dimostra che la *ratio* dell'istituto non risiede nel prevenire la controversia giudiziaria nella limitata situazione in cui la parte non inadempiente possa "autotutelare" la sua pretesa risarcitoria mediante l'incameramento della somma ottenuta.

La fattispecie in cui il contraente che recede matura il credito al pagamento del doppio della caparra non differisce da quella in cui, pattui-

⁴⁰ M. DELLACASA, *Caparra confirmatoria, risarcimento ed altri rimedi: come stabilizzare la giurisprudenza?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 587, ove si afferma che il recesso venne probabilmente introdotto nel Codice del 1942 per effetto dell'influsso del legislatore tedesco.

⁴¹ Sull'ampia problematica del danno nella risoluzione del contratto, nell'ampissima bibliografia, C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Europa e diritto privato* 1999, p. 835 ss.; G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. contr.*, diretto da V. Roppo, vol. V, t. 2, cit., p. 751 ss.; M. AMBROSOLI, *Inadempimento e danno*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 149 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto. Inadempimento e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 83 ss.; A. GORASINI, *Inadempimento e tipologia dei danni*, in *Violazioni del contratto. Danno e rimedi*, a cura di E. Del Prato, Giuffrè, Milano, 2003, p. 27 ss.; M.R. MARELLA, *Il danno da risoluzione*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 375 ss., che, con riguardo alla differenza tra danno da inadempimento e danno da risoluzione, richiama le chiare pagine di G. GORLA, *L'atto di disposizione dei diritti*, Cedam, Padova, 1937, p. 106 ss.

ta una penale per l'inadempimento, il contraente pretenda la risoluzione del contratto per l'altrui inadempimento e il pagamento della somma prevista come liquidazione del danno a titolo di penale⁴².

Inoltre, la pattuizione della caparra agevola il meccanismo risolutivo perché consente di ritenere esercitata la volontà di recesso anche in presenza della mera dichiarazione del contraente di ritenere la caparra o pretendere il doppio della stessa⁴³, contenuta in un atto giudiziario o – secondo alcune applicazioni – nel ricorso per decreto ingiuntivo volto a ottenere il pagamento del doppio della caparra⁴⁴. Al contrario, là dove non risulti manifestata, anche implicitamente, la volontà di risolvere il contratto in conseguenza dell'inadempimento, la pretesa di trattenere la caparra o di ottenere il doppio, si rivelerebbe infondata⁴⁵.

In definitiva, non vi sono ragioni sufficienti per affermare l'esistenza di un parallelismo tra liquidazione preventiva del danno a titolo di caparra e risoluzione automatica del contratto, fino al punto da dover escludere a contrario che, in caso di liquidazione del danno nelle forme ordinarie (art. 1223 c.c.) o mediante penale (art. 1382 c.c.) la risoluzione non possa essere automatica e prodursi per effetto di mera dichiarazione del contraente non inadempiente.

⁴² M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 339.

⁴³ S. CHERTI, *La risoluzione mediante caparra*, cit., pp. 107-108, secondo cui «si può dare per acquisito il principio secondo il quale tutte le volte in cui il contraente chiede il risarcimento nella misura convenzionalmente prefissata (chiede cioè la caparra) domanda anche la tutela speciale prevista nel secondo comma dell'art. 1385 c.c.».

⁴⁴ Trib. Cagliari 9 marzo 1989, in *Riv. giur. Sarda*, 1992, p. 364; Trib. Milano, 9 febbraio 1981, in *Giur. it.*, 1981, II, p. 417, con nota adesiva di E. GARBAGNATI, *Art. 1385 codice civile e decreto d'ingiunzione per la restituzione del doppio della caparra*. Più recentemente, Cass., 6 settembre 2011, n. 18266, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce «Contratto in genere», n. 422, ha affermato che «la domanda di risoluzione giudiziale proposta da uno dei due contraenti viene rigettata, in quanto è passato in giudicato il decreto ingiuntivo, emesso nei confronti dell'attore su istanza della controparte, con cui è stato ordinato il pagamento del doppio della caparra. Non essendo stata presentata opposizione, il decreto ingiuntivo avente ad oggetto il pagamento del doppio della caparra ha accertato con l'efficacia del giudicato l'inadempimento dell'ingiunto, che successivamente ha domandato la risoluzione».

⁴⁵ Cass., 18 febbraio 2013, n. 3970, in *Dir. e giust.*, 19 febbraio 2013, secondo cui «il diritto a trattenere la caparra, ex art. 1385 c.c., in caso di inadempimento dell'altra parte, nasce con l'espressione di volontà, della parte adempiente, di voler recedere dal contratto. In caso di silenzio i presupposti per applicare tale norma non sono integrati».

4.1. *Recesso per caparra confirmatoria e risoluzione per inadempimento nell'interpretazione delle Sezioni Unite n. 553/2009*

Quanto illustrato in precedenza consente di formulare alcune osservazioni critiche con riferimento ai contenuti dell'analitica pronuncia delle Sezioni Unite n. 559/2009⁴⁶ con riguardo al rapporto esistente tra recesso *ex art.* 1385 c.c. e risoluzione per inadempimento *ex artt.* 1453-1455 c.c. Com'è noto – secondo la Suprema Corte – «i rapporti tra azione di risoluzione e di risarcimento integrale da una parte, e azione di recesso e di ritenzione della caparra dall'altro si pongono in termini di assoluta incompatibilità strutturale e funzionale: proposta la domanda di risoluzione volta al riconoscimento del diritto al risarcimento integrale dei danni asseritamente subiti, non può ritenersene consentita la trasformazione in domanda di recesso con ritenzione di caparra perché verrebbe così a vanificarsi la stessa funzione della caparra, quella cioè di consentire una liquidazione anticipata e convenzionale del danno volta ad evitare l'instaurazione di un giudizio contenzioso, consentendosi inammissibilmente alla parte non inadempiente di “scommettere” puramente e semplicemente sul processo, senza rischi di sorta»⁴⁷.

Tale «assoluta incompatibilità» muove, da un lato, dal presupposto (che si potrebbe definire “ideologico” più che strettamente normativo) della natura “giudiziale” dell'azione di risoluzione *ex art.* 1453 c.c. e, dall'altro, si rivela intimamente connessa alla preoccupazione pratica che la sede processuale non venga strumentalizzata dalla parte non inadempiente che, dinanzi al rischio di non «poter tornare indietro» di fronte alla difficoltà della prova del danno, trovi tardivo rifugio nella ritenzione della caparra, con conseguente vano dispiegarsi della pregressa attività processuale.

Se lo scopo della soluzione applicativa deve essere quello di evitare il *commodum discensus* della ritardata decisione di ritenzione della caparra, dopo aver agito in sede processuale per la quantificazione ordinaria

⁴⁶ Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Contratti*, 2009, p. 779, con nota di F. Torrasi; in *Corr. giur.*, 2009, p. 333, con note di A. PALMA, M. RUVOLO; in *Danno e resp.*, 2009, p. 625, con nota di M. DELLACASA; in *Giur. it.*, 2009, p. 1114, con nota di G. SICCHIERO; in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1294, con nota di D. AMOROSO; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 680, con nota di C. LEGGIERI; in *Resp. civ.*, 2009, p. 604, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI-L. FANTECHI; *ivi*, 2009, p. 1089, con nota di E. LUCCHINI-GUASTALLA.

⁴⁷ Sul punto, anche la giurisprudenza successiva risulta conforme: *ex plurimis*, Cass., 30 aprile 2013, n. 10183, in *Dir. e giust.*, 2 maggio 2013.

e integrale del danno⁴⁸, è sufficiente affermare l'irreversibilità della scelta attinente alla modalità di quantificazione del danno, nel senso che, qualora la parte che abbia dichiarato la risoluzione, abbia agito per il risarcimento ordinario del danno, deve ritenersi che la stessa abbia implicitamente ma univocamente rinunciato ad avvalersi della quantificazione preventiva sancita con la caparra e, per tale ragione – e non certamente per un'asserita «incompatibilità strutturale e funzionale» – non possa successivamente domandare il pagamento del doppio della caparra (o l'accertamento della legittima ritenzione della caparra a suo tempo ricevuta).

Si pensi, del resto, a quanto può accadere nell'ipotesi di pattuizione di clausola penale per l'inadempimento, senza previsione della risarcibilità del danno ulteriore. La predeterminazione convenzionale del danno non ha indotto il legislatore a introdurre una specifica modalità automatica della risoluzione del contratto, rimettendo integralmente la disciplina dell'estinzione del rapporto contrattuale conseguente all'inadempimento alle norme generali degli artt. 1453 ss. c.c. La parte non inadempiente che, dinanzi all'altrui inadempimento, voglia ottenere la risoluzione del contratto e il pagamento della prevista penale non dispone di un presunto «rimedio speciale» per conseguire in tempi rapidi lo scioglimento del contratto (diversamente dall'ipotesi in cui, in mancanza di penale, debba adire il giudice per ottenere la liquidazione integrale del danno provato)⁴⁹. Ciò dimostra che il recesso *ex art.* 1385 c.c.

⁴⁸ Lievemente enfatica si rivela, tuttavia, l'affermazione della Suprema Corte, secondo cui «le vicende sostanziali e processuali scaturenti dai rapporti tra azione di risoluzione e di risarcimento da un canto, e tra domanda di recesso e di ritenzione della caparra dall'altro involgano delicate questioni di diritto, la cui soluzione postula una corretta analisi di tali rapporti in una più vasta ottica di ricerca e ritrovamento del reale fondamento, morfologico e funzionale, dell'istituto della caparra, entro i più vasti ed attuali confini del giusto processo inteso come processo celere, come processo evitabile, come equo temperamento delle posizioni delle parti contrattuali secondo il fondamentale canone ermeneutico della buona fede reciproca, id est del ripudio di qualsivoglia forma di abuso che dottrina e giurisprudenza tedesca felicemente definiscono come *Rechtsmissbrauch*». Non è detto, infatti, che il principio del giusto processo postuli necessariamente la contrarietà a buona fede di una scelta processuale (ad es., la domanda di liquidazione integrale del danno) eventualmente seguita dalla diversa pretesa di limitare alla caparra confirmatoria la domanda risarcitoria.

⁴⁹ Non convince, dunque, l'affermazione – contenuta nella motivazione della sentenza delle Sezioni Unite – secondo cui «l'esame comparato tra la norma posta dal legislatore in tema di caparra e quella dettata in tema di clausola penale conferma [...] la sinergia necessaria tra azione risolutoria e azione risarcitoria: attraverso la

non costituisce una forma speciale di risoluzione automatica del contratto, che trova la propria *ratio* nella previsione di una liquidazione forfettaria del danno. Il confronto sistematico con il limitrofo istituto della clausola penale consente di ritenere, al contrario, che la diversità terminologica utilizzata dal legislatore nell'art. 1385 c.c. ("recesso" nel secondo comma; "risoluzione" nel terzo comma) deve essere sistematicamente svalutata fino al punto da ritenere le due formule espressive veri e propri sinonimi. La caparra confirmatoria, infatti, conserva intatta la propria funzione e, addirittura, la propria "efficienza" funzionale, anche là dove si ritenga – come appare plausibile – che il legislatore abbia utilizzato il termine "recesso" nel secondo comma dell'art. 1385 c.c. nello stesso significato in cui debba essere inteso il termine "risoluzione" nell'art. 1453 c.c.

Posto, dunque, che l'incompatibilità «strutturale e funzionale», menzionata dalla Sezioni Unite, deve essere quanto meno limitata al solo rapporto tra la manifestazione della volontà di far propria la caparra e la diversa volontà di ottenere il risarcimento nelle forme ordinarie (e non, invece, con riguardo al rapporto tra recesso e risoluzione "giudiziale"), si può ritenere del tutto logico (e rispondente anche a logiche di comune di buon senso) che la pretesa di trattenere la caparra o di pretendere il doppio dell'ammontare sia legittima a prescindere dalla specifica modalità che il contraente abbia scelto per addivenire allo scioglimento del rapporto contrattuale. L'itinerario argomentativo adottato dalla pronuncia si appalesa, infatti, in tutta la sua rigidità, allorché i Supremi Giudici giungono fino ad estendere l'«incompatibilità strutturale e funzionale» addirittura al rapporto tra caparra confirmatoria e ogni altra ipotesi di risoluzione automatica del contratto, con la conse-

loro congiunta proposizione, la parte tende ad ottenere un risarcimento integrale secondo le norme generali in tema di inadempimento, e non si determina ad invocare e conseguire l'eventuale differenza tra l'importo convenzionalmente "risarcitorio" rappresentato dalla caparra, da un canto, e il danno effettivamente sofferto (ma da provare), dall'altro. [...] Soltanto in tema di clausola penale, difatti, il legislatore ha contemplato, per la parte (sia pur previo patto espresso), la facoltà di agire in giudizio per la risarcibilità del danno ulteriore, con ciò presupponendosi che la somma dovuta a titolo di penale risulti comunque acquisita al patrimonio dell'adempiente, il quale ha la ulteriore facoltà di provare ad incrementare la posta risarcitoria tutte le volte che, in giudizio, egli sia in grado di provare l'ulteriore danno sofferto». Invero, proprio la circostanza per cui la risarcibilità del danno ulteriore richiede, nella clausola penale, un'espressa pattuizione, avrebbe dovuto indurre a preferire il rimedio del recesso automatico (qualora esso fosse stato davvero concepito dal legislatore come modalità diversa e alternativa alla risoluzione di cui all'art. 1453 c.c.) nell'ipotesi di penale senza risarcibilità del danno ulteriore.

guenza che alla parte, che abbia provocato l'effetto risolutivo mediante uno degli istituti di c.d. risoluzione automatica (diffida ad adempiere, clausola risolutiva espressa e termine essenziale), sarebbe precluso di ritenere la caparra o di pretendere il doppio, con l'inevitabile necessità di agire per ottenere la liquidazione del danno secondo le forme ordinarie⁵⁰.

L'illogicità di una tale soluzione è risultata alla stessa Suprema Corte la quale – in alcune successive pronunce⁵¹ – ha modificato la conclusio-

⁵⁰ Si afferma, infatti, nella sentenza, che «azione di risoluzione “dichiarativa” e domanda giudiziale di recesso partecipano della stessa natura strutturale, ma, sul piano operativo, la trasformazione dell'una nell'altra non può ritenersi ammissibile per i motivi, di carattere funzionale»: di conseguenza, anche in tal caso vale – secondo le Sezioni Unite – la regola *electa una via non datur recursus ad alteraram*, che fa sì che, «proposta la domanda di risoluzione [anche dichiarativa in ipotesi di risoluzione automatica] volta al riconoscimento del diritto al risarcimento integrale dei danni asseritamente subiti, non può ritenersene consentita la trasformazione in domanda di recesso con ritenzione di caparra».

Anche la dottrina ha interpretato in tal modo il principio di diritto sopra esposto: E. LUCCHINI GUASTALLA, *Caparra confirmatoria, recesso e risoluzione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 344 ss.; M. RUVOLO, *Le sezioni unite mutano il loro «granitico» orientamento*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 362 ss.

La conclusione è conforme, peraltro, a quanto già stabilito in precedenti pronunce: Cass., 19 aprile 2006, n. 9040, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Contratto in genere», n. 515; Cass., 2 dicembre 2005 n. 26232; Cass., 29 agosto 1998, n. 8630, in *Corr. giur.*, 1998, p. 1147 ss., con nota di G. GIOIA; Cass., 26 maggio 1989, n. 2557, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce «Contratto in genere», n. 357. In dottrina, cfr. M. BELLANTE, *La caparra*, cit., p. 88 ss.

⁵¹ Cass., 28 febbraio 2012, n. 2999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 692, con nota adesiva di L. GUERRINI; Cass., 25 ottobre 2010, n. 21838, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 700; Cass., 24 settembre 2010, n. 23824, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1144; in *Giur. it.*, 2011, p. 1028, con nota di A. ZENNARO.

Anche parte della giurisprudenza di merito (Trib. Reggio Emilia, 21 febbraio 2013, in *Contratti*, 2013, 6, p. 545, con nota adesiva di F. TOSCHI VESPASIANI) ha disatteso consapevolmente le conclusioni delle Sezioni Unite in punto di asserita inammissibilità di pretendere la caparra dopo aver sciolto il contratto mediante diffida ad adempiere, ma sulla base di una sorta di “interpretazione restrittiva” del *dictum* della sentenza n. 553/2009, nel senso di attribuire alla sola domanda giudiziale di risoluzione l'effetto preclusivo della facoltà di avvalersi della caparra e ritenendo, invece, che – nel caso di scioglimento mediante diffida ad adempiere – il contraente possa successivamente “rinunciare” all'effetto risolutivo e recedere trattenendo la caparra.

Le disarmonie applicative, che hanno fatto seguito alla sentenza della Sezioni Unite hanno indotto parte della dottrina a parlare di «una produzione giurisprudenziale ancora instabile e oscillante [che] porta a rinnovare l'auspicio che nel futuro prossimo le sezioni unite intervengano ancora sul punto, per risolvere sulla base di una più matura consapevolezza i problemi applicativi ancora aperti»: così, M. DEL-LACASA, *Caparra confirmatoria*, cit., p. 586.

ne a cui erano pervenute le Sezioni Unite, riconoscendo espressamente che «se la domanda di accertamento dell'avvenuta risoluzione di diritto del contratto per inadempimento del promittente compratore nel termine assegnato a norma dell'art. 1454 c.c. non è accompagnata dall'istanza di risarcimento del danno integrale ai sensi dell'art. 1453 c.c., e dell'art. 1385, terzo comma, c.c., non è precluso alla parte adempiente di instare per la ritenzione della caparra come azione risarcitoria semplificata rispetto a quella che consegue all'azione di risarcimento integrale giudiziale per la risoluzione costitutiva».

È parso, in particolare, troppo formalistico l'argomento letterale secondo cui l'art. 1385, secondo comma, c.c. – là dove consente la ritenzione della caparra (o la richiesta del suo doppio) soltanto come effetto del recesso previsto dalla norma – escluderebbe implicitamente che la caparra stessa possa essere utilizzata, quale forma di liquidazione convenzionale del danno, qualora la parte adempiente, in luogo dalla domanda giudiziale *ex art.* 1453 c.c., eserciti una delle forme di risoluzione automatica. Si è ritenuto, cioè, che non vi sia alcuna incompatibilità – così come affermato, al contrario, dalle Sezioni Unite – tra la risoluzione automatica (ad esempio, per diffida ad adempiere o clausola risolutiva espressa) e la predeterminazione convenzionale del danno con caparra confirmatoria⁵².

D'altra parte, non si comprenderebbe perché negare alla parte adempiente, che intenda concedere al debitore una possibilità di adempimento tardivo senza rinunciare definitivamente alla caparra confirmatoria, la facoltà di intimare diffida ad adempiere e coniugare, quindi, lo scioglimento del rapporto contrattuale in seguito all'inerzia del debitore con il beneficio della liquidazione convenzionale del danno⁵³.

⁵² Come afferma Cass., 28 febbraio 2012, n. 2999, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, p. 228; in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 610, infatti, poiché «il contraente adempiente non chiede di conseguire un maggiore risarcimento rispetto all'ammontare della caparra, ma dichiara invece di limitare il risarcimento nella corrispondente misura, affermare l'impossibilità dello *ius retinendi* della caparra in base al rilievo che l'art. 1385 c.c., comma 2°, disciplina l'esercizio stragiudiziale del diritto di recesso e non la risoluzione giudiziale, ancorché dichiarativa e di diritto, con conseguente onere, aleatorio, di dimostrare *an e quantum* del danno a norma dell'art. 1385 c.c., comma 3°, significa attribuire al *nomen* risoluzione un significato esasperatamente formale».

⁵³ La facoltà del creditore di intimare diffida adempiere (senza in tal modo rinunciare ad avvalersi della caparra confirmatoria) non significa, tuttavia, che, nell'ipotesi in cui il ritardo abbia assunto il requisito della non scarsa importanza, tale da far venir meno l'interesse all'adempimento tardivo, il creditore non possa esercitare direttamente il recesso *ex art.* 1385 c.c. Non può essere condiviso, quindi, il di-

Neppure appare necessario, da punto di vista logico, coinvolgere il problema della c.d. *rinunciabilità* dell'effetto risolutivo per esaminare il rapporto tra le figure di risoluzione automatica e il recesso *ex art.* 1385 c.c. È, ancora una volta, vanamente complessa la ricostruzione accolta dalle Sezioni Unite in termini di *indisponibilità* dell'effetto risolutivo per giustificare la ritenuta incompatibilità tra risoluzione per diffida e ritenzione della caparra⁵⁴. Secondo la prospettiva accolta dalla sentenza, infatti, poiché il contratto si scioglie al momento dello spirare del termine intimato con la diffida, sarebbe successivamente impossibile “recedere” dal medesimo rapporto contrattuale in quanto già sciolto e, pertanto, sarebbe parimenti inammissibile pretendere di trattenere la caparra o di esigerne il doppio. In realtà, poiché il contratto si risolve esattamente nello stesso modo tanto che sia intervenuta diffida ad adempiere quanto che sia stato esercitato il recesso di cui all'art. 1385 c.c., la scelta di ritenere la caparra o di esigerne il doppio non determina alcuna “rinuncia” all'effetto risolutivo⁵⁵.

verso principio che parrebbe evincersi da Cass., 19 febbraio 1993 n. 2032, in *Vita not.*, 1993, p. 778, secondo cui l'esercizio del recesso non è giustificato dal semplice ritardo, sia pur grave, ma richiede necessariamente un inadempimento definitivo. In senso critico, M. DELLACASA, in M. DELLACASA-F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., p. 360 ss.

⁵⁴ Anche tale affermazione delle Sezioni Unite, peraltro, non è pacificamente seguita dalla giurisprudenza successiva, ove si è affermato, in senso contrario, che «in tema di risoluzione del contratto per inadempimento, il contraente non inadempiente, così come può rinunciare ad eccepire l'inadempimento che potrebbe dar causa alla pronuncia di risoluzione, può, del pari, rinunciare ad avvalersi della risoluzione già avveratasi per effetto o della clausola risolutiva espressa o dello spirare del termine essenziale o della diffida ad adempiere e può anche rinunciare ad avvalersi della risoluzione già dichiarata giudizialmente, ripristinando contestualmente l'obbligazione contrattuale ed accettandone l'adempimento» (Cass., 24 novembre 2010, n. 23824, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, p. 1503; in *Foro it.*, 2011, I, c. 1144).

⁵⁵ Si può affermare, pertanto, che la qualificazione del recesso *ex art.* 1385 c.c. alla stregua di dichiarazione unilaterale di risoluzione, esattamente corrispondente a quella che – secondo la tesi che si intende dimostrare in questa sede – è pienamente compatibile con l'indisponibilità dell'effetto risolutivo, ritenuta dalla Suprema Corte per l'esigenza di tutela dell'affidamento incolpevole della parte inadempiente, che merita di «trov[are] necessario spazio e puntuale attuazione tutte le volte in cui l'unilateralità dell'atto incida significativamente anche sugli interessi del destinatario». Si può affermare, inoltre, che la compatibilità tra diffida ad adempiere e caparra confirmatoria non richieda un *revirement* in punto di irrinunciabilità dell'effetto risolutivo, così come ritenuto dalle Sezioni Unite, posto che la richiesta di ritenzione della caparra non determina reviviscenza del rapporto contrattuale, ma la mera espressione di preferenze della modalità di determinazione del risarcimento del danno.

In definitiva, non emergono aspetti che consentano di differenziare – così profondamente come ritenuto dalle Sezioni Unite – il recesso per inadempimento nella caparra confirmatoria e la risoluzione automatica delle figure tradizionalmente ricondotte a siffatta qualificazione (artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.). Ma, allo stesso modo, non risultano profili di differenziazione neppure rispetto alla risoluzione *ex art.* 1453 c.c., soltanto là dove si accetti di analizzare il dato normativo e la sua dimensione sistematica senza “pre-ritenere” che l’art. 1453 c.c. codifichi la modalità “giudiziale” di risoluzione del contratto. Una recente dimostrazione della plausibile identità tra recesso *ex art.* 1385 c.c. e risoluzione del contratto *ex art.* 1453 c.c. perviene dalla giurisprudenza della Suprema Corte⁵⁶, che ha sancito l’assoluta fungibilità tra domanda di risoluzione prevista nel secondo comma dell’art. 1453 c.c. e il recesso per inadempimento di cui all’art. 1385 c.c. Invero, così come, una volta proposta la domanda di adempimento della prestazione contrattuale, il contraente adempiente può preferire la risoluzione, senza subire le comuni limitazioni processuali che derivano dal divieto di *mutatio libelli*, allo stesso modo – qualora le parti abbiano pattuito la caparra confirmatoria – il contraente può dichiarare di recedere dal contratto e di ritenere la caparra (o di esigerne il pagamento del doppio). Ciò non è precluso neppure dalla pregressa formulazione di domanda di risarcimento del danno nelle forme ordinarie, posto che – com’è pacifico – la caparra confirmatoria svolge la sua funzione di liquidazione forfettaria del danno nel solo caso di inadempimento e non – a differenza di quanto le parti possono prevedere in sede di stipulazione di clausola penale – nella diversa ipotesi di adempimento ottenuto coattivamente o, comunque, con ritardo.

Se è possibile ritenere, dunque, che l’art. 1453, secondo comma, c.c. sia applicabile – senza alcuna differenza o alterazione – nel passaggio dalla domanda giudiziale di adempimento alla domanda di accertamento dell’estinzione del rapporto contrattuale conseguente a recesso *ex art.* 1385 c.c., non si comprende quale profilo normativo o sistematico imponga la diversa natura giudiziale della domanda di risoluzione espressamente menzionata nel medesimo art. 1453, secondo comma, c.c.

⁵⁶ Cass., 24 novembre 2011, n. 24841, in *Dir. e giust.*, 2 dicembre 2011: «la parte non inadempiente che abbia agito per l’esecuzione [...] del contratto ed il risarcimento dei danni può, in sostituzione di tali originarie pretese, legittimamente invocare (senza incorrere nelle preclusioni derivanti dalla proposizione dei *nova* in sede di gravame) la facoltà di cui all’art. 1385, comma 2, c.c., poiché tale modificazione delle istanze originarie costituisce legittimo esercizio di un perdurante diritto di recesso rispetto alla domanda di adempimento».

4.2. Gli effetti del recesso per caparra confirmatoria e della risoluzione per inadempimento

Anche per quel che concerne gli effetti del recesso per caparra confirmatoria l'analisi della disciplina normativa e dell'interpretazione giurisprudenziale conduce all'identica conclusione dell'assoluta identità di struttura e funzione. In entrambi in casi, infatti, si verifica lo scioglimento del rapporto contrattuale con gli effetti retroattivi sanciti dall'art. 1458 c.c., che, in particolare, comportano l'obbligo di restituzione delle prestazioni eseguite nonché l'obbligo di pagamento del doppio della caparra allorché la parte inadempiente sia quella che abbia originariamente ottenuto la caparra⁵⁷.

Condivisibile risulta, da questo punto di vista, il rilievo – recentemente formulato in dottrina⁵⁸ – secondo cui la retroattività della risoluzione del contratto non fa caducare ovviamente la portata vincolante della clausola attinente alla caparra confirmatoria, con la conseguenza che, come peraltro espressamente sancito nell'art. 1385 c.c., allo scioglimento del contratto consegue il diritto a ritenere la caparra o a pretendere il doppio. Quando la parte inadempiente ha l'obbligo di restituire la caparra, il debito è di valuta e gli interessi sull'importo capitale decorrono dalla data in cui si è prodotta la risoluzione del contratto, coincidente col momento a partire dal quale la disponibilità della somma nella sfera giuridica dell'*accipiens* configura un indebito⁵⁹. È evidente che la ritenuta natura giudiziale della risoluzione in generale non consente una soluzione parimenti lineare, posto che, fino al momento in cui sia passata in giudicato la sentenza sulla risoluzione, l'*accipiens* deve ritenersi legittimato a trattenere la caparra. Per tale ragione, la giurisprudenza afferma che gli interessi siano dovuti a far tempo dalla data della domanda⁶⁰; a sua volta, autorevole dottrina qualifica la parte

⁵⁷ L'applicabilità dell'art. 1458 c.c. al recesso per caparra confirmatoria è pacifico in dottrina e giurisprudenza: G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Giuffrè, Milano, p. 40 ss.; M. DELLACASA-F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., p. 361; Cass., 20 settembre 2004, n. 18850, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 9.

⁵⁸ L. GUERRINI, *I diritti che la caparra confirmatoria attribuisce alla parte fedele sopravvivono, dunque, alla risoluzione di diritto*, cit., p. 697.

⁵⁹ Sul punto, M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, Giuffrè, Milano, p. 253 ss.

⁶⁰ Sul tema, in dottrina A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1988, p. 248 ss.; A. D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 539 ss.;

inadempiente, in caso di successiva risoluzione del contratto, come un possessore di mala fede e, pertanto, obbligata al pagamento degli interessi dal momento della *solutio*⁶¹.

Senza entrare nella specifica analisi della pur interessante questione, è indubbio che, nonostante l'unanime affermazione dell'applicabilità dell'art. 1458 c.c., sia quanto meno anomalo che gli effetti restitutori conseguenti alla scioglimento del contratto per inadempimento non siano regolati nella stessa maniera a secondo che la risoluzione si produca per recesso *ex art.* 1385 c.c. oppure per risoluzione *ex art.* 1453 c.c. In particolare, parrebbe ragionevole ritenere che la restituzione della caparra sia dovuta (e, di conseguenza, gli interessi legali sull'ammontare della medesima) dal momento in cui il contraente abbia manifestato (e l'altra parte abbia conosciuto) la volontà di ritenere sciolto il contratto a causa dell'altrui inadempimento. Come nel caso di caparra confirmatoria, dunque, anche nella risoluzione in generale l'obbligo restitutorio sorge dalla manifestazione unilaterale della parte non inadempiente di ritenere risolto il contratto.

U. CARNEVALI, *Gli effetti della risoluzione*, in U. CARNEVALI-E. GABRIELLI-M. TAMPONI, *La risoluzione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, vol. XIII, t. VIII**, Giappichelli, Torino, 2011, p. 189 ss.

In generale, sul più ampio tema delle restituzioni conseguenti alla caducazione del vincolo contrattuale: A. NICOLUSSI, *Le restituzioni de jure condendo*, in *Europa e diritto privato* 2012; AA.VV., *Le azioni di restituzione da contratto*, *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, Milano, 2012; E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Giuffrè, Milano, 2010; p. 793 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto. Inadempimento e rimedi*, cit., p. 83 ss.; P. SIRENA, *La risoluzione del contratto come sanzione dell'inadempimento: il problema dei rimedi risarcitori e restitutori*, in *Studi in onore di Antonino Cataudella*, a cura di E. Del Prato, Esi, Napoli, 2013, III, p. 2199 ss.; D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tratt. Perlingieri*, Esi, Napoli, 2004, p. 201 ss.; A. DI MAJO, *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, p. 531 ss.; ID., *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, I, p. 296 ss.; C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999; A. LUMINOSO, *Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione del contratto*, in *Giur. comm.*, 1990, I, 19 ss.; P. GALLO, *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, in *Scritti in onore di Pietro Rescigno*, III, *Diritto Privato*, 2, Giuffrè, Milano, 1998, p. 390 ss.; E. MOSCATI, *Caducazione del contratto e pretese restitutorie*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 435 ss.

⁶¹ U. BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito (ripetizione del)*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Treccani, Roma, 1989, p. 4; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, V, Giuffrè, Milano, 1994, p. 290; A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Cedam, Padova, 2005, p. 479; ID., *L'indebito oggettivo nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Corriere giur.*, 1994, p. 1377 ss.; E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, *Artt. 2028-2041*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1981, p. 145 ss.

Posto che – secondo la giurisprudenza⁶² – la caparra può accedere anche a un contratto con effetti reali, l'applicabilità dell'art. 1458 c.c. determinerà, al pari di quanto avviene come conseguenza della risoluzione in generale, la reversibilità dell'effetto reale. Anche in tal caso, peraltro, dovrebbe ragionevolmente pervenirsi a identità di conclusioni in ordine al momento in cui si verifichi la retrocessione dell'effetto reale, che non può che coincidere con la conoscenza della volontà di ritenere risolto il contratto⁶³.

5. *Diffida ad adempiere e natura dichiarativa della risoluzione*

Anche l'analisi degli istituti tradizionalmente e pacificamente ascritti alla risoluzione stragiudiziale – quali, in particolare, la diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.) e la clausola risolutiva espressa (c.r.e.) (art. 1456 c.c.) – da un lato, non offre ostacoli alla configurazione della risoluzione in generale alla stregua di un diritto potestativo di natura sostanziale e, dall'altro, conferma le maggiori armonie sistematiche derivanti dalla prospettiva in questa sede considerata.

L'obiezione più semplice e immediata, che si potrebbe formulare per confutare, a questo proposito, la natura stragiudiziale della risoluzione potrebbe consistere nel rischio di inutilità o superfluità di quegli istituti che – proprio come la diffida ad adempiere e la clausola risolutiva espressa – prevedono lo scioglimento automatico del contratto in presenza di peculiari presupposti; *a contrario*, cioè, potrebbe affermarsi l'intento del legislatore di attribuire esclusivamente al giudice il potere di sancire la risoluzione del contratto là dove non si configurino quelle ipotesi particolari specificamente previste dalla legge⁶⁴. Ma proprio la

⁶² Cass., 2 settembre 1978, n. 4023, in *Giust. civ.*, 1979, I, 312, con nota di M. Costanza, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 1123; Cass. 30 maggio 1995, n. 6050, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 632. Secondo la giurisprudenza, infatti, la caparra confirmatoria – e quindi l'operatività del rimedio del recesso per inadempimento – è ammissibile anche nel contratto definitivo di compravendita, in quanto essa presuppone soltanto la non contemporaneità tra conclusione e completa esecuzione del contratto, ma non anche l'inattitudine del contratto a produrre un effetto giuridico definitivo.

Sul punto, per gli opportuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali al superato orientamento che escludeva la caparra confirmatoria nei contratti con effetti reali, F. DELFINI, *Lo scioglimento unilaterale del contratto di compravendita immobiliare*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Giuffrè, Milano, 1994, p. 156.

⁶³ Sul punto, *amplius, infra*, Cap. V.

⁶⁴ È questa, ad esempio, la prospettiva condivisa da M. TAMPONI, *La risoluzione*

disamina dei presupposti, che determinano l'operatività della risoluzione automatica, convince nel senso della compatibilità e preferibilità della ricostruzione dell'intero istituto in chiave di risoluzione automatica con effetti sostanziali immediati.

Con riguardo alla diffida ad adempiere, la peculiarità consiste – come è noto – nella richiesta scritta, rivolta al debitore, di eseguire la prestazione entro un congruo termine (che si presume non inferiore a 15 giorni), con l'espressa intimazione di voler ritenere risolto il contratto nel caso di ulteriore mancato adempimento⁶⁵. È controverso se l'effetto risolutivo presupponga i medesimi requisiti della risoluzione ordinaria, ma è pressoché pacifico – fatte salve alcune, pur autorevoli, voci dottrinali ed estemporanee pronunce giudiziali⁶⁶ – che la diffida richieda

stragiudiziale, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, vol. XIII, t. VIII**, cit., p. 125, che, nel ribadire la natura giudiziale della risoluzione in generale, precisa che «neppure il riconoscimento del proprio inadempimento da parte di uno dei contraenti, ancorché integri gli estremi del negozio di accertamento, vale a determinare la risoluzione del contratto, conseguibile dalla controparte solo mediante una pronuncia costitutiva».

⁶⁵ La letteratura sull'istituto è – come può comprendersi – ampissima, sicché ogni tentativo di elencazione risulterebbe inevitabilmente parziale. Sia consentito, quindi, rinviare alla trattazione dell'istituto in G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 495 ss. e alle ampie citazioni ivi contenute. Per una recente panoramica giurisprudenziale, C. DE MENECH, *Diffida ad adempiere e risoluzione "di diritto" ex art 1454 c.c.*, in *Contratti*, 2013, 7, p. 703 ss.

⁶⁶ Sin dai primi anni successivi all'entrata in vigore del Codice del '42, si pose, in dottrina e in giurisprudenza, il problema dell'applicabilità dell'art. 1455 c.c. nell'ipotesi di diffida ad adempiere. In senso contrario si espressero CASA, *Nota a Pret. Agrigento 28 agosto 1946*, in *Foro it.*, 1947, I, c. 262; CORTESI, *ivi*, 1951, I, p. 835, secondo cui «in tema di diffida ad adempiere e di valutazione della gravità dell'inadempimento, i vantaggi pratici che il legislatore sembrava essersi ripromesso con l'istituire il sistema innovatore della risoluzione contrattuale a mezzo di diffida si riducono a ben poca cosa. È, infatti, evidente che ove il giudice, adito dalla parte inadempiente dopo l'inutile decorso del termine fissato nella diffida, anziché limitarsi ad accertare l'avveramento delle condizioni richieste dal legislatore per la piena validità della clausola stessa (forma scritta, congruità del termine, monizione di risoluzione in caso di inutile decorso del termine), possa valutare l'entità dell'inadempienza e, in caso di scarsa importanza, negare gli effetti risolutivi della diffida, viene completamente annullato il vantaggio di raggiungere speditamente, con questo mezzo, l'effetto della pronuncia giudiziaria, di evitare, cioè, le lungaggini di un'ordinaria azione giudiziale e di dare soprattutto alla parte adempiente la certezza dell'avvenuta risoluzione».

La tesi contraria – autorevolmente accolta, altresì, da G. AULETTA, *Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempiere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 655 ss., secondo cui, tuttavia, la risoluzione per diffida opererebbe prescindendo dal requisito dell'art. 1455 c.c. nella sola ipotesi di *ritardo* nell'adempimento (e non, invece, nel-

quanto meno l'importanza dell'inadempimento (art. 1455 c.c.).

Se, dunque, il requisito dell'importanza dell'inadempimento è comune alla risoluzione ordinaria e alla risoluzione per diffida, si deve ritenere che la *ratio* della diffida consista nella concessione al debitore di un termine per l'adempimento, che il creditore valuta come lasso temporale entro il quale egli conserva l'interesse alla prestazione⁶⁷. Ma, nel caso in cui, invece, il ritardo si sia protratto oltre ogni ragionevole tempo, al punto da far perdere al contraente adempiente l'interesse alla prestazione, egli dovrebbe agire in giudizio per conseguire lo scioglimento del rapporto contrattuale e attendere quanto necessario per pervenire al passaggio in giudicato della sentenza di risoluzione. Appare evidente l'assurdità, in tal caso, del coordinamento tra risoluzione ordinaria e risoluzione per diffida: infatti, proprio nel caso in cui il ritardo si è rivelato più grave ed è venuto meno l'interesse a ottenere la prestazione, la parte adempiente – non potendo accedere allo strumento della diffida ad adempiere – dovrebbe attendere i lunghi tempi processuali per conseguire la risoluzione del contratto; al contrario, l'ordinamento agevolerebbe lo scioglimento automatico soltanto quando l'adempimento sia ancora possibile e la parte creditrice sia ancora interessata ad ottenerlo.

le ipotesi di inesatto adempimento di obbligazioni principali o accessorie, nonché di inadempimento di obbligazioni accessorie) – non ebbe seguito nella dottrina dominante (E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, cit., p. 820 ss.; F. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 483; U. NATOLI, *Diffida ad adempiere*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 511; A. GUARINO, *La diffida ad adempiere e la gravità dell'inadempimento*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, II, Utet, Torino, 1960, 695 ss.; A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, p. 142) e fu respinta anche dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (sentenza 28 giugno 1950, n. 1663, cit.). Più recentemente, la tesi dell'inapplicabilità dell'art. 1455 c.c. alla diffida ad adempiere è stata sostenuta da G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 113 ss. e, in giurisprudenza, accolta – senza scrupolo di particolare motivazione – da Cass., 17 agosto 2011, n. 17337, in *De Jure*, che – smentendo la già prevalente soluzione (*ex plurimis*, Cass., 17 novembre 2010, n. 23207, in *Dir. e giust.*, 2010) – si è limitata al mero argomento in base al quale «tenendo conto della lettera della norma (di cui all'art. 1454 c.c.) e considerato che la stessa non menziona in alcun modo l'importanza dell'inadempimento, neppure con un semplice rinvio formale alla previsione di cui all'art. 1455 c.c., se ne deve dedurre che il grave inadempimento non assurge ad elemento essenziale della risoluzione di diritto per diffida ad adempiere».

In senso favorevole all'applicabilità dell'art. 1455 c.c. alla diffida ad adempiere, recentemente R. MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, cit., p. 115 ss.

⁶⁷ È pacifico, infatti, che la diffida ad adempiere costituisce uno strumento privo di alcuna utilità nell'ipotesi in cui l'adempimento non sia più possibile.

L'unico modo per evitare di imbattersi nel descritto paradosso è quello di ritenere che, allorché il creditore non abbia più interesse alla prestazione e non voglia (o non possa) intimare la diffida *ex art.* 1454 c.c., egli possa dichiarare di risolvere il contratto, con atto unilaterale che produce effetti sostanziali di scioglimento del rapporto.

Tale ricostruzione consente, altresì, di sottolineare l'utilità della diffida ad adempiere anche nell'ipotesi in cui il livello di gravità del ritardo nell'adempimento non sia assunto al requisito legale dell'art. 1455 c.c. al momento dell'invio della diffida. Deve, infatti, ritenersi irrilevante la circostanza che, all'atto di invio della diffida, l'inadempimento non abbia ancora raggiunto il livello previsto dall'art. 1455 c.c. A differenza della domanda giudiziale, tale atto non ha alcun effetto preclusivo e non cristallizza le posizioni delle rispettive parti. È possibile, invero, che il creditore, nonostante un inadempimento ancora di scarsa entità, si serva della diffida ad adempiere con la finalità di indurre la controparte all'adempimento e, quindi, prevenire una futura considerevole lesione del proprio interesse. Infatti, l'unico momento in cui è necessario valutare l'importanza dell'inadempimento, ai fini dell'automatica risoluzione del rapporto contrattuale, è quello della scadenza del termine fissato dall'intimante⁶⁸.

6. Clausola risolutiva espressa e natura dichiarativa della risoluzione

La clausola risolutiva espressa (c.r.e.) consente la risoluzione automatica del rapporto contrattuale nel caso in cui una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite (art. 1456 c.c.). Un simile contenuto della norma ha indotto la giurisprudenza ad affermare, pressoché univocamente, che, in ipotesi di inadempimento di un'obbligazione indicata dalle parti con c.r.e., il giudice non deve com-

⁶⁸ Deve essere, pertanto, pienamente condivisa la tesi espressa sul punto da M. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione*, cit., p. 173, ove è efficacemente espresso che «funzione propria della diffida è quella di consentire al creditore di affrancarsi tempestivamente dal vincolo contrattuale, prima che l'inadempimento arrechi un serio pregiudizio ai suoi interessi. [...] Quando, invece, l'inadempimento ha già leso gravemente l'interesse del creditore, è verosimile che egli preferisca sciogliere il contratto con effetto immediato: esigenza rispetto alla quale sovviene il recesso». L'opinione è espressa nell'ambito di un pregevole contributo in cui l'A. esprime il convincimento per cui «in presenza di un inadempimento grave il contratto [può] essere risolto mediante un atto di recesso: tale è, infatti, la dichiarazione stragiudiziale unilaterale che scioglie il rapporto contrattuale con effetto immediato» (p. 172).

piere alcuna indagine ai sensi dell'art. 1455 c.c., perché, in tal caso, l'importanza dell'inadempimento è *in re ipsa*, avendo le parti considerato la pattuizione come "essenziale" al momento della contrattazione⁶⁹. In dottrina si è prevalentemente affermata, pertanto, l'inammissibilità del sindacato giudiziale sull'importanza dell'adempimento, sul fondamentale rilievo per cui le parti hanno già, al momento della stipulazione del contratto, riconnesso la risoluzione del rapporto contrattuale all'inadempimento di una «determinata obbligazione [...] secondo le modalità stabilite»⁷⁰.

⁶⁹ *Ex plurimis*, Cass., 20 dicembre 2012, n. 23624, in *Guida dir.*, 2013, 12, 34; Cass., 20 dicembre 2004, n. 23625, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 12; Cass., 7 marzo 2001, n. 3343, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 431; Cass., 17 marzo 2000, n. 3102, in *Foro it.*, 2001, I, p. 259; Cass., sez. lav., 16 maggio 1997, n. 4369, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 773; Cass., 17 ottobre 1995, n. 10815, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, p. 1506; in *Vita not.*, 1996, p. 1347; Cass., 26 novembre 1994, n. 10102, in *Contratti*, 1995, p. 145; Cass., 28 gennaio 1993, n. 1029, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1470.

⁷⁰ Tra i primi autori che, in seguito all'entrata in vigore del Codice del 1942, ebbero a sostenere la tesi dominante, E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, cit., p. 823; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti*, cit., p. 278; D. BARBERO, *La clausola risolutiva espressa in rapporto alla disciplina eccezionale degli alloggi*, in *Temi*, 1948, p. 370 ss.; A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, cit., 143; G. ANDREOLI, *Appunti sulla clausola risolutiva espressa e sul termine essenziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 72 ss.; A. GIORDANO, *Sugli effetti della clausola risolutiva espressa*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, II, p. 197 ss.; L. DERIU, *Clausola risolutiva espressa e gravità dell'inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 421 ss.; F.D. BUSNELLI, *Clausola risolutiva espressa*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 196 ss.

Non erano mancate, peraltro, inizialmente, voci dissonanti, favorevoli ad attrarre il nuovo istituto della c.r.e. nella principio generale dell'importanza dell'inadempimento: in particolare, F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 486, secondo cui l'art. 1455 c.c. non può subire alcuna deroga, neppure ad opera delle parti, in quanto principio di ordine pubblico; T. VALLINO, *Finalità e portata dell'art. 1455 nell'economia dei contratti*, nota a Cass. 28 aprile 1949, in *Foro Pad.*, 1949, p. 944 ss.; C.A. FUNAIOLI, *Effetti della clausola risolutiva espressa*, in *Foro it.*, 1949, IV, c. 83 ss. Tali Autori ritenevano di aderire al pensiero già in precedenza espresso da E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Padova, 1931, p. 145, secondo cui «le sorti del rapporto non possono dipendere da inadempienze irrilevanti e trascurabili, potendo il giudice interpretare le clausole secondo ragione ed equità. [...] Il contratto si può sciogliere per condizione risolutiva espressa o tacita, ma non basta la constatazione dell'inadempienza: la risoluzione è ammissibile solo quando la infrazione alteri notevolmente l'equilibrio economico che sussiste sempre fra prestazione e controprestazione e che la legge tutela, anche al di sopra delle formule adottate dai contraenti nella stipulazione del negozio giuridico». Tale tesi – pur minoritaria – è stata più recentemente sostenuta da C. TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva espressa*, Utet, Torino, 1997; M. GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, Giuffrè, Milano, 1998 e, più recentemen-

Con riferimento, tuttavia, al tema in esame, il problema è quello di stabile se l'aver disciplinato uno specifico istituto come la c.r.e. costituisca una ragione sufficiente per inferire *a contrario* che, per l'inadempimento di obbligazioni (principali o accessorie) non specificamente dedotte dalle parti al momento della stipulazione del contratto, non possa invocarsi la risoluzione automatica e occorra necessariamente attribuire soltanto al giudice il sindacato concernente l'"importanza" della lesione dell'interesse della parte che pretenda la risoluzione del rapporto contrattuale. Per pervenire a una simile conclusione, occorrerebbe ipotizzare che la *ratio* della c.r.e. consista nella deroga al meccanismo della risoluzione giudiziale, fondata sulla predeterminazione convenzionale dell'inadempimento considerato rilevante per lo scioglimento automatico. Alcune allusioni a tale ricostruzione si rinvengono nell'autorevole dottrina, secondo la quale – con l'introduzione della c.r.e. – l'intento del legislatore sarebbe stato quello di «sostituire il normale meccanismo giudiziale della risoluzione con una regolamentazione della stessa, espressione dell'autonomia delle parti. In conseguenza, anche il giudizio sulla importanza economica dell'inadempimento, che costi-

te, ID., *Gravità dell'inadempimento, buona fede contrattuale, clausola risolutiva espressa, poteri del giudice sul contratto: per una difesa antidogmatica dell'autonomia privata e alla ricerca di un criterio di giudizio, Relazione al Congresso Nazionale Forense – Roma 14-16 marzo 2013*, p. 27, ove si fa riferimento all'opportunità della fiducia nella valutazione discrezionale del giudice. R. MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, cit., p. 222 ss. nella prospettiva della necessità di verifica giudiziale della proporzionalità del rimedio risolutivo alla luce del principio di buona fede. Secondo G.F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempimento*, cit., p. 241, la determinazione convenzionale, compiuta dai contraenti mediante la c.r.e., pone una presunzione assoluta di importanza dell'inadempimento, che sarebbe comunque un requisito "interno" all'art. 1456 c.c.

Ancora controverso è, invece, se – sia pur nell'ambito della specifica obbligazione prevista dalle parti – si consentito al giudice un sindacato in ordine alla natura lieve o grave della violazione della c.r.e. Alcuni Autori hanno affermato, sul punto, che il riconoscimento della risoluzione del contratto, anche a fronte di un inadempimento lievissimo sarebbe contrario al canone della buona fede contrattuale: L. MOSCO, *La risoluzione*, cit., 204; M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 168 ss.; altri Autori, invece, ribadiscono l'integrale irrilevanza dell'art. 1455 c.c., sia pure per un sindacato "interno" alla violazione predeterminata dai contraenti: così, A. SMIRALDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 185 ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione*, cit., p. 596, ove si osserva che «così come è proprio il codice che consente alle parti di decidere la misura soddisfacente della prestazione, ad es. nella vendita su campione rispetto al quale le difformità sono sempre rilevanti (art. 1522 c.c.), del parti la clausola risolutiva espressa va considerata nella sua determinazione oggettiva, negando cioè che il contraente infedele possa contestare l'irrilevanza dell'inadempimento rispetto a quella previsione».

tuisce la base della risoluzione, passa logicamente dalla competenza del giudice a quella delle parti, che si pronunciano implicitamente all'atto stesso della stipulazione della clausola»⁷¹.

Considerato che la c.r.e. precluderebbe la sola valutazione giudiziale dell'importanza dell'inadempimento⁷², appare assai dubbio che il legislatore abbia inteso derogare al sistema giudiziale della risoluzione in funzione di quest'unica peculiarità, tanto più che – come si è già posto in evidenza⁷³ – la natura stragiudiziale della risoluzione è stata chiaramente scelta dal legislatore nell'ambito di istituti (caparra confirmatoria e diffida ad adempiere) nei quali, invece, l'importanza dell'inadempimento non è stata preventivamente determinata dalle parti e può divenire oggetto di sindacato giudiziale soltanto *a posteriori* in caso di

⁷¹ F.D. BUSNELLI, *Clausola risolutiva*, cit., p. 198.

⁷² La giurisprudenza ritiene, infatti, che l'apposizione di una c.r.e., se elimina l'indagine circa l'importanza dell'inadempimento, non comporta la necessaria conseguenza dello scioglimento del contratto a seguito del fatto oggettivo dell'inadempimento dell'obbligazione, essendo sempre necessario, giusto il disposto dell'art. 1218 c.c., l'accertamento che l'inadempimento sia imputabile almeno a titolo di colpa al debitore: su questo punto, la valutazione permane in capo al solo giudice di merito e consiste in un apprezzamento di fatto, incensurabile in sede di legittimità ove congruamente motivato. Cfr. Cass., 6 febbraio 2007, n. 2553, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 2; Cass., 5 agosto 2002, n. 11717, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, p. 1468; Cass., 14 luglio 2000, n. 9356, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 1550; Cass., 23 giugno 1999, n. 6397, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 1469; Cass., 26 novembre 1994, n. 10102, in *Contratti*, 1995, p. 145; Cass., 29 gennaio 1993, n. 1119, in *Foro it.*, 1993, I, p. 1469; Cass., sez. lav., 16 aprile 1992, n. 4659, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, fasc. 4; Cass., 4 dicembre 1991, n. 13044, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, fasc. 12; Cass., 17 dicembre 1990 n. 11960, in *Giur. it.*, 1991, I, c. 773; Cass., 27 agosto 1987, n. 7063, in *Foro it.*, 1988, I, p. 444.

In dottrina, per la tesi favorevole all'applicabilità del requisito dell'imputabilità dell'inadempimento alla c.r.e., M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., p. 164; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, V, cit., p. 315; R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 657. Ritiene preferibile, invece, rimettere l'operatività della c.r.e. al solo fatto obiettivo dell'inadempimento, M. DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, in *Inattuazione e risoluzione*, cit., p. 305. L'A. esamina, altresì, il problema se le parti possano espressamente escludere la rilevanza dell'imputabilità dell'inadempimento ai fini dell'operatività della c.r.e., aderendo alla tesi favorevole di SACCO (*op. ult. cit.*, p. 658) e confutando l'opposta opinione di TURCO (*op. ult. cit.*, p. 79), secondo cui la clausola dovrebbe considerarsi nulla per violazione del sistema generale della responsabilità per inadempimento, quale derivante dal combinato disposto degli artt. 1218 e 1256 c.c. Invero, la tesi di Sacco e Dellacasa appare condivisibile, non solo perché non può attribuirsi natura imperativa all'art. 1256 c.c., ma anche perché, nel caso di mancata esecuzione della prestazione per causa non imputabile, già il Codice Civile prevede espressamente che la risoluzione del contratto si verifichi automaticamente, con un meccanismo non dissimile da quello regolato nell'art. 1456 c.c.

⁷³ *Supra*, par. 4-7.

contestazione da parte del contraente inadempiente. Non v'è ragione, quindi, per ritenere che la natura giudiziale della risoluzione ordinaria *ex art.* 1453 c.c. possa essere implicitamente confermata dalla specifica previsione della possibilità dei contraenti di regolare un sistema di scioglimento automatico attraverso una clausola di predeterminazione dell'inadempimento rilevante.

Anche le modalità di scioglimento del rapporto contrattuale risultano simili, per forma e sostanza, alla dichiarazione unilaterale di risoluzione, quale dovrebbe essere ritenuta la risoluzione ordinaria *ex art.* 1453 c.c. In seguito all'inadempimento, infatti, occorre che la parte non inadempiente dichiari di «volersi avvalere» della c.r.e., esercitando così un vero e proprio *recesso impugnatorio* dal rapporto contrattuale del tutto coincidente con quello previsto nell'art. 1385 c.c. nel caso di caparra confirmatoria. Come in quest'ultima ipotesi, infatti, la dichiarazione di scioglimento del contratto costituisce l'alternativa alla domanda di adempimento⁷⁴; richiede la forma scritta, quando sia manifestata nell'ambito di contratti che richiedono la forma scritta *ad substantiam*⁷⁵; produce effetto dal momento della conoscenza ottenuta dal destinatario (artt. 1334-1335 c.c.)⁷⁶; può essere implicitamente contenuta nella richiesta di restituzione della controprestazione eseguita in favore della parte inadempiente⁷⁷, nonché essere inserita nell'atto introduttivo

⁷⁴ DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, cit., p. 308.

⁷⁵ Non diversamente da ogni altro caso in cui si eserciti il recesso da un contratto che richiede la forma scritta *ad substantiam*: Cass., 14 novembre 2000, n. 14730, in *Contratti*, 2001, p. 221, con nota di P.F. GIUGGIOLI. La dottrina prevalente è orientata in senso contrario (M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., p. 155; G. SICHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 628; M. DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, cit., p. 299), ma l'opinione si scontra con un orientamento consolidato della giurisprudenza (su cui v. *infra*, Cap. V) che, per ragione con comprensibile certezza del diritto, ha elaborato un principio di «corrispondenza delle forme» per tutti gli atti unilaterali e i contratti, accessori o prodromici rispetto a contratti che richiedono la forma scritta a pena di nullità: *ex multis*, Cass., 5 marzo 1987 n. 2325, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, 3, in tema di prelazione convenzionale; Cass., 1 agosto 2001, n. 10498, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 1519, con riguardo alla cessione del contratto formale; Cass., 13 aprile 2001 n. 5565, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 790; Cass., 19 luglio 2000, n. 9489, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 2044; Cass., 29 maggio 1993, n. 6024, in *Corr. giur.*, 1993, p. 855, a proposito del *pactum fiduciae* riguardante beni immobili.

⁷⁶ Cass., 5 gennaio 2005, n. 167, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 2546; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., p. 317; R. SACCO, *Il Contratto*, cit., p. 659; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 968.

⁷⁷ M. DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, cit., p. 310.

del giudizio volto ad accertare l'avvenuto scioglimento del contratto⁷⁸.

Anche gli effetti della risoluzione conseguente alla dichiarazione di volersi avvalere della c.r.e. non differiscono da quelli del recesso per inadempimento *ex art. 1385 c.c.*: in entrambi i casi opera, infatti, la retroattività sancita dall'*art. 1458 c.c.*⁷⁹.

7. Il termine essenziale

L'istituto del termine essenziale⁸⁰ parrebbe apparentemente estraneo al problema della natura giudiziale o automatica della risoluzione ordinaria, posto che, in tal caso, il Codice prevede lo scioglimento del contratto come mero effetto dell'inadempimento nel termine che «deve considerarsi essenziale nell'interesse dell'altra [parte]» (*art. 1457 c.c.*)⁸¹. Non è prevista, pertanto, una «dichiarazione di risoluzione», le cui caratteristiche e i cui effetti possano essere confrontati con quelli della dichiarazione configurabile ai sensi dell'*art. 1453 c.c.*⁸².

⁷⁸ M. COSTANZA, *Clausola risolutiva espressa*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Treccani, Roma, 1988, p. 2. Cass., 5 gennaio 2005, n. 167, cit.; Cass., 4 maggio 2005, n. 9275, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 996, con nota di M.T. DELLA CORTIGLIA; Cass., 17 maggio 1995 n. 5436, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 367; Cass., 29 dicembre 1969 n. 4052, in *Giur. it.*, 1970, I, c. 1214.

⁷⁹ G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 632, il quale, confutando la diversa opinione di Mosco (*La risoluzione*, cit., p. 212), osserva che «configurando qui una risoluzione *ex nunc*, si creerebbe una fattispecie risolutiva diversa da quella ordinaria che, soprattutto, imporrebbe valutazioni del tutto diverse ed ingiustificate sul piano del sistema». In giurisprudenza, per la retroattività della risoluzione mediante c.r.e., Cass., 15 ottobre 1997, n. 10115, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1205.

⁸⁰ Anche in tal caso, nell'ambito dell'amplissima bibliografia, sia consentito rinviare al contributo monografico di M. PROTO, *Termine essenziale e adempimento tardivo*, cit., e agli esaustivi riferimenti bibliografici ivi contenuti.

⁸¹ Alla scadenza del termine la risoluzione del contratto consegue automaticamente, ma il creditore può richiedere l'esecuzione della prestazione, dimostrando in tal modo di non avere interesse alla risoluzione del contratto. Secondo la tesi prevalente, l'effetto risolutivo è automatico (e non sospensivamente condizionato alla mancata richiesta dell'adempimento nel termine di tre giorni dalla scadenza) e l'eventuale di richiesta dell'adempimento da parte del creditore equivale a rinuncia all'effetto risolutivo che si è già prodotto: in questo senso, recentemente, M. COSTANZA, in L. NANNI-M. COSTANZA-U. CARNEVALI, *Risoluzione per inadempimento*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, t. I, vol. 2, a cura di F. Galgano, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2007, *sub art. 1457*, p. 95.

⁸² Per la necessità di una dichiarazione di volontà del creditore, si era espresso in

Tuttavia, è pacifico che il termine possa essere convenzionalmente qualificato come “essenziale” e, in tal caso, l’istituto si presenta assai prossimo alla c.r.e., dalla quale si discosta per le modalità di scioglimento del contratto che, nel caso dell’art. 1457 c.c., non prevedono appunto la dichiarazione di volersi avvalere della clausola⁸³. In effetti, la limitazione del termine essenziale alle sole ipotesi di oggettiva caducazione dell’interesse alla prestazione rischia di relegare l’istituto a ipotesi pressoché di scuola⁸⁴ e di depotenziarne in modo rilevante l’utilità e la funzionalità. Deve ritenersi, quindi, che i contraenti possano dedurre come inadempimento rilevante ai fini dell’automatica risoluzione del contratto la mancata esecuzione della prestazione entro il termine pattuito, stabilendo l’operatività del meccanismo risolutivo di cui all’art. 1457 c.c. in luogo di quello previsto dall’art. 1456 c.c. Come nel caso di clausola risolutiva espressa, peraltro, al giudice sarà preclusa, in tal caso, ogni indagine in ordine all’importanza dell’inadempimento⁸⁵.

In definitiva, se da un lato la disciplina del termine essenziale dimostra l’ampio riconoscimento che il legislatore ha riservato all’autonomia

dottrina soltanto G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., pp. 247-248, ma la tesi non ha avuto seguito sin dalle prime opere successive al Codice del 1942: U. NATOLI, *Il termine essenziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, I, p. 229.

⁸³ Il diverso meccanismo, cui la legge riconnette l’effetto risolutivo automatico (dichiarazione di volersi avvalere della clausola nel caso di c.r.e., “silenzio” prolungato per tre giorni nel caso di termine essenziale) è stato autorevolmente descritto come una mera «differenza sul piano formale», non in grado di intaccare il sostanziale rapporto di *genus ad speciem* esistente tra l’art. 1456 c.c. e l’art. 1457 c.c.: F.D. BUSNELLI, *Clausola risolutiva espressa*, cit., p. 200.

Per una recente ampia trattazione del c.d. termine essenziale soggettivo e i rapporti con la clausola risolutiva espressa, G. IORIO, *Ritardo nell’adempimento e risoluzione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 231 ss.

⁸⁴ Si vedano, le ricorrenti ed efficaci esemplificazioni manualistiche: l’artista che deve presentarsi in teatro all’ora fissata per la rappresentazione; il sarto che deve consegnare l’abito da sposa per il giorno del matrimonio (A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 21^a ediz., Giuffrè, Milano, 2013, p. 652). In senso favorevole all’interpretazione restrittiva del termine essenziale, E. SIMONETTO, *Termine essenziale e identità dell’oggetto della prestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 1042 ss.

⁸⁵ In tal senso si esprime anche la giurisprudenza, che anche di recente ha confermato che «qualora sia pattuito un termine *essenziale* per l’*adempimento* della prestazione, la risoluzione del contratto opera di diritto, prescindendo dall’indagine in ordine alla importanza dell’inadempimento, che è stata anticipatamente valutata dai contraenti, dovendo in tal caso il giudice limitarsi ad accertate la sussistenza e l’imputabilità dell’inadempimento»: così Cass., 18 febbraio 2011, n. 3993, in *Dir. e giust.*, 2011; in *Il civilista*, 2011, 15 (s.m.).

negoziale nel contesto della risoluzione del contratto, dall'altro si può ribadire che la specifica previsione di strumenti di risoluzione automatica, connessi a peculiari vicende patologiche del rapporto contrattuale (l'inadempimento di una "determinata" obbligazione secondo le «modalità stabilite» nell'art. 1456 c.c.; il mancato rispetto del termine per l'adempimento nell'art. 1457 c.c.), non soltanto non escludono, ma confermano la possibilità di qualificare e disciplinare la risoluzione in generale alla stregua di un atto unilaterale con effetti automatici e sostanziali, estintivi del rapporto contrattuale.

8. *L'importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto. Il criterio generale di «non scarsa importanza» e le ipotesi di aggravamento dell'inadempimento rilevante*

Occorre ulteriormente indagare, tuttavia, quale sia l'incidenza del requisito dell'importanza dell'inadempimento nell'ambito della tematica in esame, posto che – come si è in precedenza esaminato – tale requisito è considerato assente, secondo l'interpretazione assolutamente dominante, nella clausola risolutiva espressa e nel termine essenziale, nonché – ma, in tal caso, secondo una tesi nettamente minoritaria – anche nella diffida ad adempiere. È chiaro, infatti, che la constatazione della sottrazione alla valutazione giudiziale del requisito dell'importanza dell'inadempimento nei due istituti di risoluzione automatica appena esaminati rende particolarmente suggestiva l'obiezione circa l'esistenza di una regola generale di risoluzione giudiziale nei casi in cui debba essere il giudice a stabilire l'effettiva rilevanza dell'inadempimento nell'equilibrio delle prestazioni corrispettive.

Si è già anticipato che una tale obiezione appare smentita non soltanto dalla presenza dell'importanza dell'inadempimento nella diffida ad adempiere, ma soprattutto dalla sua applicabilità, pacificamente ritenuta, nel caso di caparra confirmatoria, ove il margine di valutazione discrezionale del giudice coincide con quello della risoluzione ordinaria *ex art. 1453 c.c.* Tuttavia, è opportuno approfondire tale aspetto, per escludere in modo inequivocabile che il sindacato sull'importanza dell'inadempimento possa essere ostativo all'accoglimento della tesi della natura unilaterale e automatica della risoluzione ordinaria.

Per evitare che una delle parti possa maliziosamente sfruttare inosservanze poco significative delle obbligazioni contrattuali e dissimulare, invero, il pentimento verso la stipulazione del contratto, il legislatore

del 1942 ritenne di subordinare espressamente la risoluzione al presupposto della «non scarsa importanza» dell'inadempimento (art. 1455 c.c.)⁸⁶. Con il passare degli anni e dell'applicazione della norma, tale requisito sostanziale è stato posto in diretta connessione col criterio della buona fede oggettiva (artt. 1175 e 1375 c.c.)⁸⁷, il quale (secondo la giurisprudenza⁸⁸) consente di ritenere che la gravità dell'inadempimento di una delle parti contraenti non debba essere commisurata all'entità del danno (che potrebbe anche mancare), ma alla rilevanza della violazione del contratto con riferimento alla volontà manifestata dai contraenti, alla natura e alla finalità del rapporto, nonché al concreto interesse dell'altra parte all'esatta e tempestiva prestazione⁸⁹.

⁸⁶ *Relazione al Re*, n. 661, ove – richiamando la precedente giurisprudenza che già richiedeva tale presupposto ai fini dello scioglimento del contratto – si afferma che «il principio [di importanza dell'inadempimento], nonostante il silenzio del codice del 1865, era già ammesso dalla coscienza giuridica quale criterio di proporzione fondato sulla buona fede contrattuale». Sul punto, per un'analisi della prospettiva storica, R. MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, Esi, Napoli, 2012, p. 35 ss.

⁸⁷ Il richiamo al concetto di *buona fede* è condiviso dalla dottrina: L. NANNI, in L. NANNI-M. COSTANZA-U. CARNEVALI, *Risoluzione per inadempimento*, cit., p. 17 ss.; G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento*, cit., p. 19 ss.; la clausola di buona fede è richiamata anche per indicare una “comune tecnica di giudizio” nell'applicazione dell'art. 1455 c.c. In questo senso, cfr. M.R. SPALLAROSSA, *Importanza dell'inadempimento e risoluzione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, p. 480 ss. Per la particolare collocazione del giudizio di importanza dell'inadempimento nell'ipotesi di violazioni contrattuali riconducibili all'obbligo di buona fede (art. 1374 c.c.), G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 440 ss.

⁸⁸ *Ex plurimis*, Cass., 1° luglio 2005 n. 14034, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 6; Cass., 31 maggio 2010, n. 13208, *Giur. it.*, 2011, p. 794, secondo cui la slealtà del comportamento della parte che invochi la risoluzione del contratto per inadempimento pur avendo altre vie per tutelare i propri interessi, conduce a un giudizio di pretestuosità della condotta e si risolve nel riconoscimento della scarsa importanza dell'inadempimento, avuto riguardo all'interesse dell'altra.

Per un esame completo dei criteri di valutazione dell'importanza dell'inadempimento, G.F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempimento*, cit. p. 221 ss.

⁸⁹ Per un'ampia analisi del tema, M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, cit., p. 62 ss. Con riferimento alla *ratio* dell'importanza dell'inadempimento, la dottrina tradizionale ha ritenuto di individuare, nell'art. 1455 c.c., un principio di “ordine pubblico”, ma il riferimento a tale concetto – tradizionalmente complesso nel contenuto e nella funzione (basti rammentare i giudizi dati dalla dottrina francese del secolo scorso: secondo ALGELVE, cercare di definire l'ordine pubblico è come avventurarsi in un sentiero irto di spine; il marchese Vairelles-Sommieres parlò, invece, dell'ordine pubblico come di un supplizio per l'intelligenza. Anche per la dottrina italiana, operante sotto il codice del 1865, «il concetto di ordine pubblico appare una presenza simile,

Invero, se anche un inadempimento “lieve” potesse consentire la risoluzione del contratto, il contraente non inadempiente, esercitando formalmente un diritto attribuitogli dalla legge, riuscirebbe a ottenere la liberazione da una propria situazione di obbligo, magari gravosa e ormai sgradita (ma dovuta), cagionando alla controparte un pregiudizio di gran lunga superiore di quello a sé derivante con l’ottenimento di una prestazione solo lievemente inesatta. Ci troveremmo di fronte ad un tipico esempio di esercizio immorale del diritto, giacché la risoluzione del rapporto contrattuale verrebbe promossa non tanto per reagire alla lesione di un proprio interesse, bensì per nuocere all’interesse altrui sottostante al rapporto contrattuale. Si configurerebbe, quindi, quella situazione che la dottrina ha da tempo qualificato in termini di abuso del diritto⁹⁰, con-

per certi versi, a quella di un ospite non invitato, ma tollerato e, per questo, sostanzialmente ignorato” (G.B. FERRI, *Ordine Pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1038 ss.) – ha reso, per lungo tempo, questa tesi, per così dire, “immune” da ogni sorta di critica, che non consistesse appunto nella notoria indecifrabilità del suo fondamento. Ora che, invece, la dottrina (G.B. FERRI, *op. loc. ultt. citt.*; ID., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970; A. GUARNIERI, *L’ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Cedam, Padova, 1974; L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Utet, Torino, 1964, p. 135 ss.) ha posto in luce come l’ordine pubblico, inteso quale somma dei principi e valori fondamentali posti a base dell’ordinamento giuridico, svolge la funzione di «criterio di valutazione della liceità e, quindi, della validità dell’agire negoziale» in sede di determinazione del contenuto dell’atto, emerge la difficoltà di agganciare a tale concetto il principio di *importanza dell’inadempimento*, che assume la sua rilevanza, non nel momento di autoregolamentazione di diritti ed obblighi reciproci, ma, al contrario, nella fase dinamica del rapporto, dinanzi al bivio tra permanenza o estinzione del vincolo.

Altra parte della dottrina (R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 55) ha indicato nell’art. 1455 c.c. l’espressione di un *principio generale di conservazione dei contratti*, operante nella fase patologica dell’esecuzione.

Considerando, cioè, il rimedio risolutivo, quale complessivamente emerge da un’analisi comparata tra le norme di parte generale (art. 1453 c.c. ss.) e la disciplina dei singoli contratti tipici, risulterebbe smentito il *favor* dell’ordinamento (in presenza dell’inadempimento di una delle parti (per lo scioglimento, piuttosto che per il recupero del vincolo contrattuale. Anche al di là del tradizionale piano dell’invalidità del negozio giuridico, opererebbe, dunque (secondo questa prospettiva) un principio conservativo, destinato a trovare le maggiori attuazioni nella disciplina speciale di singoli contratti contenuta al di fuori del Codice Civile. Secondo l’Autrice, l’art. 1455 c.c. «rappresenta, nonostante l’equivoca formulazione, l’unico canale attraverso cui può trovare ingresso nel giudizio di risoluzione una logica esterna e diversa rispetto a quella, tutto sommato convergente, che presiede ai principi della corrispettività e dell’autonomia negoziale; e per ciò stesso è, almeno potenzialmente idonea a consentire un aggancio tra la disciplina generale della risoluzione e la diversa valenza che gli interessi corrispettivi delle parti manifestano all’interno dei tipi contrattuali».

⁹⁰ Sull’estesa problematica dell’abuso del diritto, tra i tantissimi Autori che si so-

sistente, in materia contrattuale, nella violazione di quella regola di buona fede che – come è stato detto⁹¹ – costituisce «criterio per la valutazione di ogni comportamento del soggetto che si ripercuote comunque sulla sfera giuridica di un altro soggetto». Aver posto, quindi, la regola, secondo la quale solo un inadempimento di non scarsa importanza può consentire la risoluzione del contratto, significa aver cercato di prevenire, con norma di legge, il verificarsi di situazioni siffatte e salvaguardare quelle finalità equitative immanenti all'istituto della risoluzione nel suo complesso. Entro questi confini, non può aversi abuso del diritto di risoluzione, posto che l'art. 1455 c.c. delimita il contenuto di tale diritto, negando l'effetto risolutivo in presenza di inadempimenti lievi⁹².

La valutazione della non scarsa importanza dell'inadempimento è compiuta⁹³, dunque, alla stregua di un duplice criterio, applicandosi in primo luogo un parametro "oggettivo", attraverso la verifica che l'ina-

no espressi, sia consentito menzionare esemplificativamente, U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18 ss.; SALV. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 168 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss.; G. CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 613 ss. U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1997, III, *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998; F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 77 ss.

Com'è noto, il tema si è fortemente ravvivato nella riflessione dottrinale dopo la pronuncia della Corte di Cassazione sull'esercizio del diritto di recesso (sent., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, p. 1331; in *Giust. civ.* 2009, I, p. 2671; in *Vita not.*, 2010, I, p. 229; *Giur. comm.*, 2010, II, 828, con nota di L. DELLI PRISCOLI), che ha portato ad interrogarsi nuovamente sull'opportunità del ricorso alla figura dell'abuso nella argomentazione giurisprudenziale. Si esprime favorevolmente F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, II, p. 311 ss.; *contra* G. D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *Contratti*, 2011, p. 653 ss. Per una disamina dello stato dell'arte si vedano, *inter alios*, A. GENTILI, *Abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 297 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2012, I, p. 5 ss.

⁹¹ U. NATOLI, *Note preliminari*, cit., p. 26.

⁹² Può ritenersi, allora, che il principio di *buona fede* nello svolgimento dei rapporti contrattuali costituisce la *ratio* sottostante al principio dell'art. 1455 c.c., criterio di valutazione del corretto esercizio di un diritto formalmente previsto dalla legge. Infatti, affermare che l'art. 1455 c.c. previene eventuali situazioni di abuso del diritto, che si verificherebbero in sua assenza, equivale a ritenere che esso rappresenti l'attuazione diretta del limite della buona fede immanente all'intera fase dinamica della vicenda contrattuale.

⁹³ Cfr., ad es., Cass., 28 marzo 2006, n. 7083, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 3; Cass., 7 febbraio 2001, n. 1773, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 224.

dempimento abbia inciso in misura apprezzabile nell'economia complessiva del rapporto (in astratto, per la sua entità e, in concreto, in relazione al pregiudizio effettivamente causato all'altro contraente), sì da dar luogo ad uno squilibrio sensibile del sinallagma contrattuale; l'indagine è poi completata mediante la considerazione di eventuali elementi di carattere "soggettivo", consistenti nel comportamento di entrambe le parti (come un atteggiamento incolpevole o una tempestiva riparazione, ad opera dell'una, un reciproco inadempimento o una protratta tolleranza dell'altra), che possano, in relazione alla particolarità del caso, attenuare il giudizio di gravità, nonostante la rilevanza della prestazione mancata o ritardata. La non scarsa importanza dell'inadempimento deve ritenersi implicita ove l'inadempimento abbia riguardo alle obbligazioni primarie ed essenziali del contratto⁹⁴, ma la giurisprudenza, già da tempo, non esclude la rilevanza, ai fini della risoluzione, anche dell'inadempimento delle obbligazioni accessorie⁹⁵. In caso di inadempienze reciproche, è necessario far luogo ad un giudizio di comparazione in ordine al comportamento di ambo le parti, al fine di stabilire quale di esse, in relazione ai rispettivi interessi ed all'oggettiva entità degli inadempimenti, si sia resa responsabile delle violazioni maggiormente rilevanti e causa del comportamento della controparte e della conseguente alterazione del sinallagma⁹⁶.

La «non scarsa importanza» costituisce un elemento normativo, la cui valutazione – a prescindere dalla considerazione della risoluzione come rimedio stragiudiziale o come procedimento giudiziale – è inevitabilmente rimessa alla prudente discrezionalità del giudice. In molti casi, tuttavia, il legislatore ha operato alcune specificazioni, ora nella mera direzione dell'«aggravamento» del requisito, ora, invece, nel senso della predeterminazione legale dell'inadempimento rilevante ai fini della risoluzione.

Nel primo senso, si segnalano alcune previsioni normative speciali, dettate soprattutto nell'ambito dei contratti di durata, che innalzano il limite dell'inadempimento dalla soglia della «non scarsa importanza» a quella della «gravità».

⁹⁴ Cass., 23 gennaio 2006, n. 1227, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 1; in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 647.

⁹⁵ Cass., 21 luglio 1980, n. 4772, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, fasc. 7; Cass., 8 settembre 1978, n. 4072, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce «Contratto in genere», n. 273.

⁹⁶ Cass., 8 giugno 2006, n. 13365, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 6; Cass., 26 ottobre 2005, n. 20678, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 7/8.

Nel Codice Civile, ad esempio, si segnala l'art. 1564 c.c., che consente la risoluzione del contratto di somministrazione soltanto quando l'inadempimento abbia «notevole importanza e [sia] tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti»⁹⁷. Si è discusso della *ratio* di questo significativo aggravamento dei presupposti necessari per lo scioglimento del contratto e si è ritenuto di individuarla nelle «peculiarità del contratto di somministrazione»⁹⁸, caratterizzato dall'ot-

⁹⁷ Sul punto, G. COTTINO, *Della somministrazione*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1970, p. 146 ss.; R. CORRADO, *La somministrazione*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, vol. XI, Utet, Torino, 1963; C. GIANNATTASIO, *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, in *Tratt. di dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, vol. XXIV, pt. I, Giuffrè, Milano, 1974; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 233. Sul contenuto della «fiducia», recentemente D. PELLEGRINI, *La somministrazione*, in *I contratti della distribuzione commerciale*, a cura di G. Villanacci, Utet, Torino, 2010, p. 262, ove si precisa che il requisito della menomazione della fiducia «presuppone un inadempimento o inadempimenti tali da generare un fondato dubbio sulle possibilità di precise e puntuali esecuzioni future. Il relativo giudizio, quindi, dovrà basarsi su dati oggettivi, come una ritardata fornitura o un mancato pagamento, non rilevando (...) l'elemento del dolo o della colpa».

Anche l'art. 2159 c.c. – in materia di risoluzione del contratto di mezzadria – prevedeva che «quando si verificano fatti tali da non consentire la prosecuzione del rapporto». La giurisprudenza (si vedano le rassegne contenute in D. BELLANTUONO, *Risoluzione dei contratti mezzadri (contratti agrari e fedeltà nell'esecuzione del contratto)*, in *Nuovo dir. agr.*, 1985, p. 451 ss.; F. LAZZARO, *Risoluzione per grave inadempimento*, ivi, 1985, p. 502 ss., aveva accolto un'interpretazione estensiva dell'obbligo di fedeltà, considerando idonea causa di risoluzione una serie di comportamenti della parte lavoratrice i quali, pur non incidendo direttamente sugli interessi primari del concedente, potessero ritenersi tali da incrinare la base fiduciaria del rapporto, impedendone in varia guisa la prosecuzione. In tal modo, il riferimento alla fedeltà veniva inteso come una sorta di clausola generale, nella quale far confluire le diverse ipotesi di inadempimento non inquadrabili nella violazione degli obblighi di pagamento o di buona coltivazione: Cass., 19 agosto 1953, n. 2776, in *Giust. civ.*, 1953, II, p. 2821 e, sul punto, E. BASSANELLI, *La cessazione dei contratti agrari soggetti alle leggi di proroga*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, I, p. 361 ss.; G. MORSILLO, *In tema di grave inadempimento dell'affittuario di fondo rustico in regime di proroga legale*, in *Giur. agr. it.*, 1973, II, p. 158 ss.; G. PASQUARIELLO, *Il grave inadempimento: novità del principio e riduttività dell'applicazione*, in *Nuovo dir. agr.*, 1981, p. 233 ss. In giurisprudenza, nel senso della esemplificatività.

⁹⁸ O. CAGNASSO, *Eccezioni dilatorie e risoluzione per inadempimento del contratto di somministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 432, secondo cui l'interesse alla stabilità del rapporto è proprio di ambedue le parti, a differenza di quanto accade in altri contratti (soprattutto la locazione di immobili urbani ad uso di abitazione), in cui il requisito della gravità dell'inadempimento svolge una funzione di tutela del contraente «debole» il quale, avendo maggiori difficoltà ad ottenere sul mercato la medesima prestazione (il bene – casa di abitazione), ha maggiore interesse alla prosecuzione del vincolo contrattuale.

tenimento di una prestazione non sempre di facile e immediata reperibilità sul mercato e, dal lato del somministrante, dalla predisposizione di un apparato produttivo destinato a rimanere inoperante in caso di interruzione del rapporto: tutto ciò deporrebbe a favore dell'esistenza, nella somministrazione, di «un interesse obiettivo delle parti alla continuazione del rapporto» tale da scoraggiare il ricorso al rimedio risolutivo⁹⁹. La struttura del contratto di somministrazione spiegherebbe, inoltre, non solo il riferimento ad un inadempimento notevole e non solamente di non scarsa importanza, ma altresì il requisito cumulativo del venir meno della fiducia nei successivi adempimenti¹⁰⁰. Anche tale criterio, infatti, troverebbe la sua giustificazione solo nella natura dello specifico rapporto, caratterizzato dalla «rilevanza che la continuità della fornitura acquista in rapporto al bisogno e più spesso alle esigenze di impresa del somministrato»¹⁰¹. La medesima dottrina ha riconosciuto al criterio della «gravità» dell'inadempimento una potenzialità di applicazione analogica all'intera categoria dei contratti di durata¹⁰², la cui ca-

⁹⁹ L'art. 1564 c.c. costituisce, peraltro, una norma derogabile: S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, cit., p. 100.

¹⁰⁰ Il «notevole inadempimento» e la menomata «fiducia nei futuri adempimenti» rappresentano requisiti non alternativi, bensì cumulativi: qualora, infatti, l'inadempimento fosse di notevole importanza, ma non tale da menomare la fiducia nei successivi adempimenti, la dottrina ha affermato che la parte diligente debba limitarsi all'*exceptio inadimpleti contractus* (art. 1460 c.c.), oppure all'eccezione prevista nell'art. 1565 c.c. (ove ne ricorrano i presupposti): così, G. COTTINO, *Della somministrazione*, loc. ult. cit.). Secondo altra parte della dottrina, peraltro, non sarebbe ipotizzabile un inadempimento notevole che non sia anche tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti (C. GIANNATTASIO, *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, Tratt. Ciccumessineo, p. 250; A. GRISOLI, in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, p. 53).

¹⁰¹ Sottolinea la specificità del criterio della fiducia, R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, cit., p. 101.

¹⁰² R. ALESSI, *op. ult. cit.*, p. 102: «se lo scopo di questi contratti si lega al «protrarsi nel tempo dell'adempimento» (E. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, p. 143 ss.), vale a dire ad un'esecuzione che si mantenga nel lungo periodo costante ovvero si svolga con altrettanta costanza secondo le scadenze pattuite (rispettivamente per le prestazioni a carattere continuato o periodico), la gravità dell'inadempimento, in rapporto a quello scopo e all'interesse delle parti, può ben essere apprezzata nel tempo ed appuntarsi sulla reiterazione dell'inadempimento stesso». In effetti, i contratti ad esecuzione continuata o periodica sono caratterizzati da una continuità delle reciproche utilità, per cui è ragionevole che il legislatore abbia spesso preteso che un simile rapporto, ancora potenzialmente idoneo a giovare alle esigenze patrimoniali o personali delle parti, venga a cessare solamente quando la sua prosecuzione possa ritenersi pregiudizievole, per una o ambedue le parti. Se si guarda alla disciplina positiva dei contratti di durata maggiormente significati-

ratteristica è data dalla reiterazione temporale delle reciproche prestazioni¹⁰³.

A sua volta, l'art. 1522, secondo comma, c.c. – nell'ipotesi di *vendita su tipo di campione* – per sollecitare il compratore ad una maggiore prudenza ed impedire a questi di mascherare come inadempimento del venditore propri errori sulla qualità della cosa, prevede che possa domandarsi la risoluzione del contratto soltanto se la difformità del campione sia *notevole*.

L'importanza dell'inadempimento è condotta alle soglie della massima gravità, per poter consentire lo scioglimento del rapporto, nell'art. 1668, secondo comma, c.c., che disciplina le conseguenze di difformità e vizi dell'opera, una volta ultimata la sua realizzazione, disponendo all'uopo che soltanto ove essi siano tali da renderla *del tutto inadatta alla sua destinazione*, il committente può ottenere la risoluzione del contratto¹⁰⁴. La norma si spiega avuto riguardo al peculiare atteggiarsi degli interessi delle parti: la risoluzione del contratto di appalto, dopo che l'opera sia stata portata a termine, può produrre pregiudizio non solo

vi (locazione, affitto, prestazione d'opera), si nota come il legislatore abbia recepito tali esigenze e circondato il rimedio risolutivo di una serie di sottili cautele preventive e strumenti alternativi.

Sulla risoluzione dei contratti di durata, i pregevoli contributi di S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Giuffrè, Milano, 2006 e S. PATTI, *Risoluzione per inadempimento, contratti di durata e contratto d'appalto d'opera*, AA.VV., *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 359 ss.

¹⁰³ Secondo altra impostazione, invece, il criterio peculiare – applicabile nei contratti di durata – sarebbe non già quello della "gravità", bensì della «menomazione della fiducia»: E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, cit., p. 820, p. 839. Si può ammettere, invero, che il criterio della fiducia possa rappresentare un idoneo parametro di valutazione della gravità dell'inadempimento per la risoluzione dei contratti di durata. Quando un rapporto contrattuale, infatti, è caratterizzato dal respiro temporale, è condivisibile che il giudizio di importanza dell'inadempimento si fondi non soltanto sulla considerazione retrospettiva degli inadempimenti subiti, ma anche sulla valutazione prognostico-probabilistica circa le possibilità che il rapporto contrattuale di durata recuperi la normalità della sua attuazione. Si può affermare, quindi, che la fiducia nella futura diligente esecuzione del contratto sia immanente ad ogni rapporto contrattuale a dimensione temporale, sicché il giudice può ritenere fondata una dichiarazione di risoluzione allorché i fatti adottati dal credito potevano condurre ad una pessimistica prognosi circa un futuro recupero della fisiologia del rapporto contrattuale.

¹⁰⁴ Sulla nozione di vizi e difformità nell'appalto, *ex plurimis*, E. LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 78 ss.; L. BELLANOVA, *Difformità, vizi e difetti nell'appalto: a proposito del I comma dell'art. 1667 c.c.*, in *Contr. Impr.*, 1994, p. 588 ss.

all'appaltatore (che terrà per sé un'opera, il più delle volte, non funzionale ai propri interessi), ma anche al committente che dovrà nuovamente attivarsi per ottenere la prestazione desiderata, con tutte le conseguenze derivanti dal ritardo e dall'affidamento posto nell'ottenimento dell'opera nei termini previsti nel contratto¹⁰⁵. Nel contratto di appalto, dunque, esigenze di pratica definizione dei rapporti e delle controversie giuridiche conseguenti all'inadempimento hanno fatto propendere il legislatore per la salvaguardia dell'economia residua del rapporto contrattuale, nonostante la predisposizione di meccanismi giuridici in grado di condurre all'adempimento delle pattuite obbligazioni contrattuali¹⁰⁶.

Anche con riferimento alle ipotesi di inadempimento tipizzate dal legislatore nell'art. 1618 c.c. – ove è previsto che il locatore possa chiedere la risoluzione del rapporto contrattuale «se l'affittuario non destina al servizio della cosa i mezzi necessari per la gestione di essa, se non osserva le regole della buona tecnica, ovvero se muta stabilmente la destinazione economica della cosa» – si è affermato¹⁰⁷ che la soglia di inadempimento rilevante ai fini della risoluzione sarebbe stata innalzata dalla *non scarsa importanza* al limite della *gravità*.

Nelle leggi speciali, l'art. 5, l. 3 maggio 1982, n. 203¹⁰⁸, oltre a tipizzare le più significative ipotesi di inadempimento del contratto di affitto di fondi rustici, pone il limite della "gravità" dell'inadempimento, in luogo di quello dalla «non scarsa importanza». Parte della dottrina¹⁰⁹ ha

¹⁰⁵ R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, cit., pp. 94-95; D. RUBINO, *Appalto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, 4^a ed., vol. III, t. 3, Utet, Torino, 1980, pp. 541-542.

¹⁰⁶ *Amplius, infra*, par. 13.3.

¹⁰⁷ Per la non tassatività dell'elenco di inadempienze dell'art. 1618 e per la valutazione degli altri inadempimenti secondo il parametro dell'art. 1455 c.c., v. G. CARRARA, *I contratti agrari*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, vol. X, t. II, Utet, Torino, 1959, p. 433; M. FRAGALI, *Affitto*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 760; E. ROMAGNOLI, *Affitto. Disposizioni generali (artt. 1615-1627)*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1978, p. 143; C. LAZZARA, *La locazione: l'affitto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. XI, t. III, p. 667.

¹⁰⁸ Ai sensi del secondo comma della norma, «la risoluzione del contratto di affitto a coltivatore diretto può essere pronunciata nel caso in cui l'affittuario si sia reso colpevole di grave inadempimento contrattuale, particolarmente in relazione agli obblighi inerenti al pagamento del canone, alla normale e razionale coltivazione del fondo, alla conservazione e manutenzione del fondo medesimo e delle attrezzature relative, alla instaurazione di rapporti di subaffitto o di subconcessione».

¹⁰⁹ L. PETRELLI, *Affitto di fondo rustico, autonomia delle parti e risoluzione per ina-*

interpretato la norma in termini di assoluta *incompatibilità* rispetto alla disciplina generale del Codice Civile in tema di risoluzione per inadempimento, identificando nell'art. 5, l. 3 maggio 1982, n. 203, una nuova *ratio* della risoluzione per inadempimento, consistente in un giudizio di meritevolezza pubblicistica del rapporto contrattuale di affitto. L'abbandono dell'interesse della controparte come criterio di valutazione dell'inadempimento contrattuale, il ridimensionamento dell'ipotesi della morosità e la cancellazione dell'obbligo di fedeltà (precedente contenuto nella legislazione vincolistica) consoliderebbero, nell'art. 5, l. cit., la deroga al principio generale, collocando anche l'istituto della risoluzione «fra le peculiarità del diritto agrario contrattuale»¹¹⁰. Invero, tutte le fattispecie di inadempimento tipizzate nella norma paiono avere riguardo, ancor più di quanto non accada nell'art. 1618 c.c., all'interesse della parte concedente e, in questo senso, fanno di essa una traduzione diretta del principio generale dell'art. 1455 c.c., nel quale la valutazione oggettiva della *non scarsa importanza* dell'inadempimento dev'essere compiuta secondo il criterio di relazione costituito dall'interesse della parte non inadempiente¹¹¹. La stabilità del rapporto contrattuale è stata

dempimento, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 705 ss.; nello stesso senso, interpretano l'art. 5, l. n. 203 come «deroga ai principi del codice», A. CARROZZA, *Affitto di fondi rustici*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. I, Utet, Torino, 1987, p. 182; A. MASSART, in *Commentario alla Legge 3 maggio 1982 n. 203*, a cura di A. Carrozza-A. Massart-L. Costato, in *Le nuove leggi civili commentate*, Giuffrè, Milano, 1982, sub art. 5, p. 1327, secondo cui «l'affittuario che non coltiva non è tanto inadempiente ad una obbligazione contrattuale quanto è inadempiente ad un obbligo più generale la cui natura pubblicistica sovrasta di gran lunga le vecchie considerazioni di diritto privato»; G. GALLONI, *Lezioni sul diritto dell'impresa agricola*, Napoli, 1984, p. 382; R. LO GULLO, *Gravità dell'inadempimento e risoluzione del rapporto agrario: principi generali e legislazione speciale*, in *Nuovo dir. agr.*, 1985, p. 537 ss., p. 542.

¹¹⁰ A. MASSART, *op. ult. cit.*, p. 1325. In questo settore, il confronto con le disposizioni contenute nelle leggi speciali si rese necessario, infatti, sin dai primi anni successivi all'entrata in vigore del Codice del '42. Infatti, l'art. 4, lett. a, d.l. n. 157/1945 sulla proroga legale degli affitti di fondi rustici negava all'affittuario coltivatore diretto il diritto alla prosecuzione del rapporto nell'ipotesi di *grave inadempimento particolarmente in relazione agli obblighi inerenti al pagamento del canone, alla normale e razionale coltivazione del fondo, alla fedeltà nell'esecuzione del contratto*. La giurisprudenza colse in tale norma un aggravamento del presupposto della *non scarsa importanza* di cui all'art. 1455 c.c.: Cass., sez. un., 7 maggio 1947, n. 691, in *Foro it.*, 1947, I, c. 720; in seguito, Cass., 17 giugno 1958, n. 2086, in *Giur. agr. it.*, 1959, II, p. 84, con nota di E. FAVARA; Cass., 20 ottobre 1977, n. 4498, in *Riv. dir. agr.*, 1978, II, p. 293; Cass., 20 gennaio 1988, n. 414, in *Giur. agr. it.*, 1989, II, p. 98.

¹¹¹ Infatti, l'obbligo di *pagamento del canone* attiene all'interesse principale, che muove il concedente alla stipulazione del contratto e non coinvolge un giudizio

tutelata, dunque, soltanto con la fissazione del presupposto di importanza dell'inadempimento al limite della *gravità*, secondo un indirizzo, non peculiare del solo settore agraristico, volto a preferire, per quanto possibile, il recupero della fisiologia contrattuale.

Con specifico riferimento all'obbligo di pagamento del canone, l'obbligo del giudice di considerare *grave* inadempimento il mancato pagamento del canone *per almeno una annualità* configura una determinazione legale riconducibile alla necessità di scongiurare – come nelle previsioni dell'art. 1525 c.c. e dell'art. 5, l. 23 luglio 1978, n. 392 – l'eccessiva discrezionalità giudiziale; e tale necessità si coordina, nelle leggi speciali, con l'esigenza di proteggere il c.d. contraente debole da interpretazioni eccessivamente disinvolte del principio generale, che finirebbero con il contraddire la *ratio* ispiratrice dell'intero disegno normativo.

Pertanto, mentre in sede di disciplina generale della risoluzione per inadempimento, il legislatore ha ritenuto di modulare il criterio dell'importanza dell'inadempimento ad un livello *minimo*, costituito dalla *non scarsa importanza* dell'inadempimento stesso, nell'ambito di particolari discipline contrattuali ha innalzato il criterio a più elevate soglie di gravità per salvaguardare, a seconda dei casi, specifici interessi ed esigenze sottostanti alla peculiarità del rapporto contrattuale tipico¹¹².

complessivo sulla meritevolezza del rapporto dal punto di vista della stabilità o della produttività dell'impresa agricola; a sua volta, il riferimento alla *normale e razionale coltivazione del fondo* ingloba la considerazione tanto dell'interesse pubblico allo sviluppo dell'economia agricola quanto di quello privato del concedente alla produttività ed integrità del bene oggetto del contratto (E. ROMAGNOLI, voce cit., pp. 155-156). In questo senso, sia consentito rinviare a M. PALADINI, *L'"importanza" dell'inadempimento nella risoluzione dei contratti di affitto, tra codice civile e legislazione agraria*, in *Riv. dir. agr.*, 1990, I, p. 707 ss.

¹¹² È diffusa la tendenza a non sottolineare la differenza concettuale esistente tra le due espressioni, di cui il legislatore si serve per indicare le caratteristiche dell'inadempimento ai fini della risoluzione o della conservazione del contratto ("non scarsa importanza" e "gravità"). Secondo un'isolata opinione (L. MOSCO, *La risoluzione*, cit., p. 67), si dovrebbe ritenere la fungibilità delle due espressioni. Ma si tratta di una lettura poco aderente al tenore letterale della norma dell'art. 1455 c.c., che finisce con l'asseverare una sorta di equivalenza tra la negazione di un livello minimo e l'affermazione di un livello massimo e, quindi, col disconoscere una graduazione infinita di possibilità intermedie. Probabilmente, se il legislatore avesse sancito che «il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti non è *grave* avuto riguardo all'interesse dell'altra», in quel caso, più verosimilmente si sarebbe potuto affermare l'esistenza di un principio generale di conservazione del contratto, funzionale a comprimere, in massima misura, gli esiti risolutivi del rapporto negoziale. In realtà, non sembra essere questa la prospettiva accolta dal legislatore codicistico. Al contrario, un raffronto sistematico complessivo delle norme in materia di risoluzione induce a ritenere che

Non può escludersi, peraltro – come è stato recentemente esaminato in dottrina¹¹³ – che il criterio “minimo” sancito dall’art. 1455 c.c. possa

il legislatore, almeno in sede di disciplina generale del contratto, abbia concepito il potere di domandare la risoluzione del contratto come uno strumento addirittura privilegiato rispetto alla stessa possibilità di ottenere l’adempimento della prestazione. L’art. 1453 lascia pochi dubbi in proposito, nel prevedere, da una parte, che la domanda di risoluzione precluda ogni successiva possibilità di chiedere l’adempimento (la qual cosa può anche ritenersi favorevole al debitore, posto che questi è ormai certo di non trovarsi in seguito di fronte ad una nuova richiesta di adempimento) e, dall’altra, l’impossibilità per il debitore di adempiere, sia pure in ritardo, o di modificare il precedente adempimento inesatto o parziale. Si tratta, indiscutibilmente, di un modello di stampo commercialistico, che l’interprete può adeguare in via interpretativa all’emergere di nuovi e diversi interessi di tipo sociale, ma la cui modificazione sarebbe sempre di esclusiva competenza del legislatore.

Una seconda interpretazione distingue due principi: l’uno, di *non scarsa importanza* dell’inadempimento, soglia minima operante per la generalità dei contratti tipici e atipici; l’altro (quello di *gravità* dell’inadempimento) accolto, invece, in alcune norme di carattere eccezionale, contenute soprattutto in leggi speciali, per esigenze legate alla tutela di particolari categorie di contraenti o, in materia di contratti agrari, per la rilevanza di interessi pubblici. L’affermazione della natura eccezionale delle norme sulla risoluzione per inadempimento nelle leggi speciali è contenuta, ad esempio, in A. SMIROLO, *Profili della risoluzione*, cit., 1982, 288. In questo senso, *non scarsa importanza* e *gravità* dell’inadempimento costituiscono graduazioni di un unico principio che, a seconda dei casi, è scelto dal legislatore ad un livello determinato, nel margine consentito, in virtù di una valutazione degli interessi da tutelare nell’ipotesi specifica. È vero, quindi, che, in linea generale, l’ordinamento ritiene sufficiente il requisito minimo della *non scarsa importanza*, ma è pur vero che, in relazione a singoli tipi contrattuali, laddove più accentuata è l’esigenza di *conservazione* del contratto, il requisito è elevato in chiave di gravità. In tal senso, l’esame di quanto previsto nelle leggi speciali induce a ritenere che l’ordinamento si muova nella direzione della difesa della stabilità di alcune categorie di rapporti contrattuali, le cui vicende, per esigenze di carattere pubblico e sociale, non possono più essere rimesse alla sola volontà delle parti. Il principio dell’irrisolubilità del rapporto se non per *grave inadempimento* rappresenta, pertanto, il veicolo dell’interesse ad un maggior controllo pubblico dello strumento contrattuale.

¹¹³ L. BERTINO, *Rilevante gravità dell’inadempimento nella clausola risolutiva espressa*, in *Contr. Impr.*, 2012, p. 106 ss., le cui preoccupazioni di salvaguardare la validità di una simile clausola mediante la ritenuta inderogabilità dell’art. 1455 c.c. appaiono addirittura eccessive. Secondo l’A., infatti, «Le parti [...] non intervengono sul disposto della norma (art. 1455 c.c.), ma si limitano ad accertare se un fatto, che potrebbe verificarsi in futuro, sarà importante o scarsamente rilevante avuto riguardo all’interesse del creditore: i contraenti procedono così ad una vincolante valutazione delle conseguenze giuridiche di eventi futuri ed incerti. Il presupposto della domanda di inadempimento rimarrebbe, però, sempre la “non scarsa importanza”». L’inderogabilità dell’art. 1455 c.c. deve essere ritenuta, infatti, soltanto nell’opposta direzione dell’inadempimento lieve, allo scopo di prevenire lo scioglimento per lesione irrisoria dell’interesse dell’altra parte; al contrario – anche nel contesto della vastissima

essere convenzionalmente innalzato dalla «non scarsa importanza» fino alla «gravità», pur in assenza di tipizzazioni quali quelle solitamente compiute con la clausola risolutiva espressa.

Orbene, può ritenersi plausibilmente che il c.d. aggravamento del requisito di importanza dell'inadempimento non costituisca, sotto alcun punto di vista, un argomento contrario alla possibilità di configurare la risoluzione alla stregua di un atto unilaterale con effetti sostanziali, posto che la valutazione giudiziale *a posteriori* non pare suscettibile di particolari mutamenti a seconda del parametro discrezionale adottato di volta in volta dalla legge, tenuto conto delle peculiarità del rapporto contrattuale. Tanto più che – come si avrà modo di esaminare – vi sono contratti assai significativi, dal punto di vista economico-sociale, nei quali il legislatore ha chiaramente configurato la risoluzione come atto sostanziale: si pensi, ad esempio, al contratto di società e alle norme ivi previste in materia di risoluzione del rapporto rispetto a un singolo socio per esclusione dovuta a «gravi inadempienze» (art. 2286 c.c.), nonché al contratto di lavoro, che prevede il recesso per «giusta causa» qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto (art. 2119 c.c.).

legislazione, che ammette fattispecie normative di innalzamento del requisito nella direzione della rilevante gravità – non si comprende perché non sarebbe consentito alle parti di limitare convenzionalmente il diritto alla risoluzione, consentendone l'esercizio nei soli casi (tipizzati o non tipizzati) di violazioni gravi del sinallagma contrattuale.

Tale conclusione pare essere confermata da quanto già da tempo affermato a proposito del c.d. patto di evitanda risoluzione, (noto anche come *clausola manutentiva espressa*), con il quale le parti interferiscono convenzionalmente sul requisito dell'importanza del ritardo nell'adempimento, stabilendo, ad esempio, che «i termini di consegna sono sempre indicativi e mai essenziali per l'acquirente, per cui la loro inosservanza da parte della venditrice non sarà in alcun caso fonte di responsabilità per la stessa né causa di risoluzione del contratto, precisandosi che ogni ritardo sarà comunque considerato di scarsa importanza agli effetti dell'art. 1455 c.c. Su punto, P. VITUCCI, «Ogni ritardo sarà considerato di scarsa importanza» (ipotesi sul patto di evitanda risoluzione), in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 577 ss. Anche il *Draft Common Frame of Reference* sembra concedere alle parti la possibilità di predeterminare ipotesi di inadempimento lieve, tali da non consentire la risoluzione del contratto, là dove si legge, nel commento all'art. III. - 3:502 («Termination for fundamental non-performance») che «the terms of the contract will, as we have seen, always be important in deciding whether or not a non-performance is fundamental under the present Article. What a party is entitled to expect depends on what the creditor is entitled to expect. They may wish to confer an express right to terminate for any non performance, however minor, or even for something which is a non-performance at all»: così C. VON BAR-E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Sellier European Law Publisher, Munich, 2009, p. 856.

8.1. (Segue). *Le figure normative di tipizzazione dell'importanza dell'inadempimento*

Ipotesi di predeterminazione legali dell'inadempimento "importante" si rinvencono sia nella normativa codicistica (ad es., art. 1525 c.c.), sia nelle leggi speciali (ad es., art. 5, l. 27 luglio 1978, n. 392) e sono caratterizzate dalla sottrazione al giudice di ogni discrezionalità nella valutazione dell'importanza dell'inadempimento.

Nell'art. 1525 c.c. si determina la misura dell'inadempimento del compratore idoneo a produrre la risoluzione della vendita con riserva della proprietà (mancato pagamento di una rata superiore all'ottava parte del prezzo), l'opportunità di fissare un parametro cui vincolare la valutazione del giudice sembra rappresentare effettivamente la *ratio* esclusiva della norma, per l'obiettivo difficoltà, comune a tutti i crediti di denaro, di una quantificazione discrezionale dell'inadempimento importante agli effetti risolutivi¹¹⁴.

Nel senso della tipizzazione dell'inadempimento importante possono essere lette, altresì, le norme degli artt. 1901 e 1924 c.c. in tema di contratto di assicurazione. Nella prima è sancito che il mancato pagamento del premio non può determinare risoluzione del contratto di assicurazione se il ritardo non si protrae oltre sei mesi, ma, trascorso tale periodo di tempo, è espressamente prevista la risoluzione di diritto del contratto. L'art. 1924 c.c., allo stesso modo, prevede la risoluzione di diritto, quando l'inadempimento assume particolari e dettagliati connotati, anch'essi tali da escludere qualunque margine per un sindacato discrezionale da parte del giudice.

A sua volta, l'art. 5 della l. n. 392/1978 – la cui rubrica menziona

¹¹⁴ Secondo la dottrina «la norma è volta a tutelare l'interesse del compratore a mantenere in vita il rapporto: anche in questa fattispecie la parte a cui favore è circoscritta l'operatività della risoluzione può essere qualificata come contraente debole» (O. CAGNASSO, *Eccezioni dilatorie*, cit., p. 431).

Le Sezioni Unite (sent. 26 novembre 1993, n. 11718, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1252) hanno confermato l'interpretazione finalizzata a limitare sia la discrezionalità del giudice sia l'autonomia negoziale, affermando che la norma ha la funzione di escludere «che le parti possano munire la vendita con patto di riservato dominio di clausola risolutiva espressa, per i casi in cui il compratore sia inadempiente per il mancato pagamento di una sola rata che non superi l'ottava parte del prezzo» nonché di impedire «al venditore o al suo cessionario di poter chiedere la risoluzione del contratto oltre i limiti della rilevanza legale dell'inadempimento (ferma, peraltro, l'esperibilità dell'azione contrattuale di adempimento e la spettanza al creditore dell'opzione per l'azione esecutiva sui beni del compratore o sulla stessa cosa oggetto del riservato dominio)».

l'«inadempimento del conduttore»¹¹⁵ – stabilisce che «salvo quanto previsto dall'art. 55, il mancato pagamento del canone decorsi venti giorni dalla scadenza prevista, ovvero il mancato pagamento, nel termine previsto, degli oneri accessori quando l'importo non pagato superi quello di due mensilità del canone, costituiscono motivo di risoluzione, ai sensi dell'art. 1455 codice civile». Che si tratti di una tipizzazione dell'importanza dell'inadempimento è ormai pacifico¹¹⁶, sebbene in dottrina¹¹⁷ fosse stata proposta – all'indomani dell'entrata in vigore della normativa – l'interpretazione secondo cui la determinazione della morosità fosse tale da non precludere la valutazione discrezionale del giudice, posto che il significato dell'art. 5, l. n. 392/1978, sarebbe soltanto quello di escludere ogni rilevanza della morosità inferiore ai venti giorni, mentre, negli altri casi, il giudice avrebbe dovuto stabilire caso per caso, facendo applicazione del criterio e dei parametri applicativi dell'art. 1455 c.c., se l'inadempimento potesse (oppure no) essere considerato di non scarsa importanza.

¹¹⁵ La norma contiene, peraltro, un riferimento esclusivo all'inadempimento concernente le obbligazioni principali del conduttore, senza alcun riferimento alle altre obbligazioni, per le quali deve ritenersi operante la normativa generale dell'art. 1455 c.c. (ad es. danneggiamento o deterioramento della cosa locata, omissione delle riparazioni di piccola manutenzione, sublocazione dell'immobile, ecc.). Nell'ipotesi, invece, di morosità nel pagamento del canone, il legislatore del 1978 avvertì l'esigenza di fissare un criterio di riferimento, onde evitare che l'importanza dell'inadempimento venisse valutata dal giudice con arbitrio. Scorrendo, infatti, i repertori di giurisprudenza si può rilevare come, in precedenza, era stato reputato inadempimento inidoneo a produrre la risoluzione ora il ritardo di quattro giorni (App. Napoli, 2 aprile 1965, in *Dir. giur.*, 1966, p. 556), ora quello di trenta giorni (Pret. Milano, 2 luglio 1974, in *Mon. Trib.*, 1975, p. 365), ora addirittura il ritardo nel pagamento di due mensilità del canone (Pret. Milano, 22 ottobre 1974, in *Mon. Trib.*, 1975, p. 387). D'altra parte, l'esigenza di vincolare la discrezionalità del giudice è preesistente alla legge sull'equo canone: già l'art. 3, l. 22 dicembre 1973, n. 841, in materia di locazioni soggette a proroga, aveva introdotto un criterio legale di valutazione dell'importanza dell'inadempimento, sancendo che la morosità poteva essere causa di risoluzione quando si fosse protratta per oltre due mesi (o per tre, quando fosse dovuta a precarie condizioni economiche del conduttore, insorte dopo la stipulazione del contratto).

¹¹⁶ In giurisprudenza, Cass., 10 agosto 1982, n. 4490, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce «Locazione», n. 558; Cass., 27 gennaio 1986, n. 524, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1567 ss.; Cass., 23 novembre 1987, n. 8605, *ivi*, 1988, I, p. 420 ss.; Cass., 15 marzo 1989, n. 1303, *ivi*, 1989, I, c. 1825 ss.

¹¹⁷ F. LAZZARO-R. PREDEN-M. VARRONE, *L'equo canone*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 153 ss.; L. DE ANGELIS-G. PORQUEDDU, *Cessazione della locazione nella nuova disciplina (Aspetti sostanziali e processuali)*, Relazione al Convegno nazionale di studio sul tema «Equo canone – Problemi e prospettive», Modena, 10-11 febbraio 1979, in *Foro it.*, 1979, c. 80 ss.

La tesi, tuttavia, non ha avuto seguito, posto che l'argomento addotto circa la presunta illogicità, nel quadro della legge sull'equo canone, di una disciplina più severa nei confronti del conduttore rispetto alle precedenti leggi di proroga, era stato condivisibilmente confutato sul rilievo per cui – tenuto conto del complementare art. 55, l. n. 392/1978 – la complessiva disciplina è sicuramente più vantaggiosa di quella contenuta nella precedente legge di proroga del 1973, ove la morosità, se sanata successivamente alla domanda di risoluzione, non escludeva la risoluzione del contratto, come invece espressamente disposto dall'ultimo comma dell'attuale art. 55. L'importanza dell'inadempimento del conduttore consiste, pertanto, dalla disciplina complessivamente risultante, nel senso che inadempimento "importante" è quello previsto dall'art. 5 e non sanato con le modalità e nei termini di cui all'art. 55: in presenza di tale presupposto, la discrezionalità del giudice non ha possibilità di esprimersi e il contratto deve essere considerato risolto¹¹⁸.

Così come – nell'ipotesi di clausola risolutiva espressa – sono le parti a preventivamente qualificare l'inadempimento rilevante ai fini della risoluzione del contratto, in queste ipotesi normative è il legislatore, invece, che "tipizza" le caratteristiche dell'inesatto adempimento che con-

¹¹⁸ In tal senso, quindi, la prevalente dottrina: G. BENEDETTI-G. VETTORI, in AA.VV., *Gli oneri condominiali e le spese accessorie nel contratto di locazione*, Milano, 1979, p. 81; G. BERNARDI, in AA.VV., *Equo canone (Le nuove leggi civili)*, Commentario, Cedam, Padova, 1980, sub art. 5, p. 50; CAPPELLI, *Equo canone, risoluzione del rapporto, morosità del conduttore e autoriduzione*, in *Giur. mer.*, 1980, p. 1258 ss.; A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione*, cit., p. 285; U. BRECCIA, *Equo canone – Autoriduzione (nota a Cass., 7.1.1984, n. 132)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 46.

A sua volta anche la Corte Cost., ord. 28 dicembre 1998, n. 448, ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, l. n. 392/1978, sollevata, in relazione agli artt. 3 e 42 Cost., dal Pretore di Catania, che lamentava l'ingiustificata sottrazione al giudice della valutazione concernente la non scarsa importanza dell'inadempimento; nel respingere la questione siccome manifestamente infondata, la Corte ha ritenuto che non può essere giudicata incostituzionale ogni sottrazione, legislativamente operata, di discrezionalità giudiziale in favore di una maggiore certezza in tema di risoluzione dei rapporti contrattuali.

Specifica G. BERNARDI, *op. loc. ultt. citt.*, che «l'art. 5 esclude la valutazione discrezionale del giudice solo relativamente ad una morosità nel pagamento del canone e quindi nell'ipotesi di morosità protrattasi per oltre venti giorni. Nulla dispone per il caso di pagamento di una parte soltanto del canone e cioè in caso di adempimento parziale. Deve ritenersi, quindi, che troveranno applicazione le norme di carattere generale: il creditore potrà rifiutare l'adempimento parziale, ma tale suo rifiuto sarà soggetto all'apprezzamento del giudice, che accoglierà la domanda solo ove ritenga che l'inesattezza sia di non scarsa importanza rispetto all'interesse del creditore». Conformemente a tale precisazione v. Pret. San Benedetto del Tronto, 21 ottobre 1981, in *Arch. loc.*, 1982, 126, con nota di MANFREDI.

sentono lo scioglimento del rapporto a vantaggio della parte non inadempiente. L'assenza di qualsiasi discrezionalità giudiziale nella valutazione delle caratteristiche dell'inadempimento avrebbe dovuto indurre, quindi, il legislatore ad optare espressamente per la risoluzione automatica se davvero la clausola risolutiva espressa dovesse essere interpretata come istituto di eccezionale deroga alla prioritaria regola generale della risoluzione giudiziale. Al contrario, mancano del tutto – sia nelle tipizzazioni contenute nel Codice Civile sia in quelle delle leggi speciali – indicazioni letterali che inducano a propendere per la modalità automatica o giudiziale della risoluzione. Tale dato – lungi dal persuadere nel convincimento della scelta legislativa per la natura giudiziale della risoluzione – consente di affidare all'interprete la valutazione delle effettive caratteristiche della risoluzione a seconda del contesto normativo in cui essa si trova ad operare e a considerare del tutto ammissibile che anche la risoluzione ordinaria – in base ad argomenti logico-sistematici – possa essere qualificata come una risoluzione di regola automatica, conseguente alla manifestazione unilaterale di scioglimento del contratto compiuta dalla parte non inadempiente.

Salvo esaminare più attentamente le dinamiche risolutive nell'ambito dei singoli contratti (ivi inclusi quelli ove sono contenuti i descritti aggravamenti e le tipizzazioni dell'inadempimento rilevante), può univocamente concludersi, allo stato, che il requisito dell'importanza dell'inadempimento è del tutto irrilevante per la complessiva ricostruzione dell'istituto della risoluzione in senso giudiziale o stragiudiziale, posto che, anche nella prospettiva della risoluzione con effetti sostanziali immediati, il giudice può valutare *a posteriori* se il contraente abbia reagito legittimamente alla violazione degli obblighi corrispettivi, in presenza dei requisiti che gli consentivano di ottenere lo scioglimento del rapporto contrattuale.

Al contrario, l'evoluzione giurisprudenziale concernente la rilevanza di carattere sostanziale del requisito dell'importanza dell'inadempimento – specie nel senso della sua valenza di elemento costitutivo del c.d. «diritto al rifiuto dell'adempimento tardivo»¹¹⁹ – dimostra che tale requisito, in quanto criterio che attribuisce al giudice il sindacato circa le modalità di esercizio del diritto, consolida l'idea della risoluzione come diritto sostanziale di natura stragiudiziale.

¹¹⁹ In particolare, Cass., sez. un., 9 luglio 1997, n. 6224, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 825, con nota di L. PICARDI, ma, sul punto, *infra*, par. 11.

9. Risoluzione per impossibilità sopravvenuta non imputabile della prestazione e recesso per impossibilità sopravvenuta parziale

Considerazioni del tutto analoghe possono essere formulate con riguardo all'altro requisito – l'imputabilità dell'inadempimento – che la giurisprudenza, in particolare, ritiene costitutivo del diritto alla risoluzione del contratto¹²⁰. Si è esaminato, infatti, che anche nelle ipotesi di risoluzione automatica in cui è pacifico (o prevalente) la deroga al requisito dell'importanza dell'inadempimento, la maggior parte delle interpretazioni e applicazioni richiede la verifica dell'imputabilità¹²¹.

¹²⁰ Come si è in precedenza ricordato, si tratta di un presupposto non espressamente contemplato dalle norme in esame e oggetto di ferme contestazioni da parte della dottrina (si veda, ad esempio, per la concezione "oggettiva" dell'inadempimento, R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Grosso-F. Santoro Passarelli, 3^a ed., vol. IV, t. 2, Vallardi, Milano, 1972, p. 271 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 320 ss.; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2006, p. 151 ss. e, per un quadro generale, le già menzionate pagine di G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 160 ss.), ma che la giurisprudenza ritiene necessario per coordinare e distinguere la fattispecie dell'inadempimento da quella dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta a causa non imputabile (artt. 1256 e 1463 c.c.).

Con particolare riferimento all'imputabilità dell'inadempimento nella risoluzione del contratto, F. MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, Esi, Napoli, 1988; C. TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva espressa*, cit.

La colpa dell'inadempiente, tuttavia, è presunta sino a prova contraria, posto che – secondo la Suprema Corte (Cass., 13 marzo 2006 n. 5407, in *Obbl. e contr.*, 2006, 975, con nota di V. PUTORTI; Cass., 17 novembre 1999, n. 12760, in *Rass. loc.*, 2000, p. 119) – la presunzione di responsabilità fissata dall'art. 1218 c.c., pur dettata in riferimento alla responsabilità per il risarcimento del danno, rappresenta un principio di carattere generale. Sul piano probatorio, pertanto, il creditore che agisca per la risoluzione può limitarsi ad allegare il fatto dell'inadempimento grave e imputabile, secondo i principi autorevolmente sanciti da Cass., sez. un., 30 ottobre 2001 n. 13533, (*Contratti*, 2002, p. 113, con nota di U. CARNEVALI; in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565, con nota di V. MARICONDA; in *Foro it.*, 2002, I, c. 769, con nota di P. LAGHEZZA), mentre a sua volta il debitore dovrà dedurre e provare risultanze positivamente apprezzabili, le quali dimostrino che, nonostante l'uso della normale diligenza, egli non è stato in grado di eseguire tempestivamente le prestazioni dovute per cause a lui non imputabili (Cass. 29 gennaio 2013, n. 2080, in *De Jure*; Cass., 11 febbraio 2005 n. 2853, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce «Contratto in genere», n. 595).

Sul tema dell'onere della prova nella risoluzione del contratto, S. PATTI, *Le prove*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da G. Iudica-P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, p. 155 ss.; G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 713 ss.

¹²¹ Per la diffida ad adempiere, *ex plurimis*, Cass. 18 aprile 2007, n. 9314, in *Rep.*

Ma per dissipare ogni incertezza rispetto al dubbio che il profilo soggettivo dell'inadempimento possa di per sé giustificare la natura giudiziale della risoluzione è sufficiente il confronto con la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile (artt. 1463-1466 c.c.), nella quale l'adesione del legislatore al modello automatico-sostanziale è oltremodo evidente¹²². Non soltanto è pacifico l'automatismo dello scioglimento del contratto nell'ipotesi di impossibilità sopravvenuta totale¹²³, ma è particolarmente significativo che, nel caso di impossibilità sopravvenuta parziale, il legislatore abbia espressamente previsto, come alternativa alla domanda di riduzione della controprestazione, il diritto di "recedere" dal contratto alla parte creditrice che non abbia un apprezzabile interesse all'adempimento parziale.

Si tratta di una fattispecie, nella quale il giudice è chiamato a valutare sia l'effettiva sussistenza della parziale impossibilità della prestazio-

Foro. it., 2007, voce «Contratto in genere», n. 545; per la clausola risolutiva espressa, Cass., 5 agosto 2002, n. 11717, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 1468; per il termine essenziale, Cass., 18 febbraio 2011, n. 3993, in *Dir. e giust.*, 2011; in *Il civilista*, 2011, p. 15 (s.m.).

¹²² Anche sul tema dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile la letteratura è amplissima: sia consentito rinviare, tra le opere più recenti, a U. CARNEVALI, *L'impossibilità sopravvenuta*, in U. CARNEVALI-E. GABRIELLI-M. TAMPONI, *La risoluzione*, cit., p. 269 ss.; A. DE MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore (artt. 1256-1259)*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger-F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2011; S. PAGLIANTINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, a cura di E. Navarretta-A. Orestano, vol. VI, Utet, Torino, 2011, p. 543 ss.; A. LOMBARDI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Giuffrè, Milano, 2007; F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Tratt. contr.*, diretto da V. Roppo, vol. V, t. 2, Giuffrè, cit., p. 557 ss.; G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. contr.*, diretto da V. Roppo, vol. V, t. 2, cit., p. 751 ss.; F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta (artt. 1463-1466)*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger-F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2003; R. ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, Cedam, Padova, 2000; F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta (artt. 1463-1466)*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger-F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2003; L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta (Artt. 1463-1466)*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli-II foro Italiano, Bologna-Roma, 2002.

In generale, sull'impossibilità sopravvenuta come causa di estinzione dell'obbligazione, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. Scialoja-G. Branca, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1975.

¹²³ F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 561, ove si richiama la giurisprudenza conforme a tale interpretazione, già immediatamente successiva all'entrata in vigore del Codice del '42: Cass., 19 agosto 1948, n. 1527, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, XXVII, III, n. 1615, p. 427; Cass., 25 luglio 1947, 1181, *ivi*, 1947, n. 1660, p. 1140.

ne, sia la non imputabilità della stessa al contraente tenuto alla sua esecuzione, sia, infine, l'assenza di interesse del creditore al segmento di prestazione ancora possibile: una congerie di valutazioni, nelle quali assume rilievo la discrezionalità del giudice e che avrebbero potuto indurre il legislatore ad attribuire natura giudiziale allo scioglimento del rapporto contrattuale, in parallelo, peraltro, con le caratteristiche costitutive dell'alternativo rimedio della riduzione della controprestazione. A fronte di ciò, la dottrina¹²⁴ non dubita né della natura sostanziale e potestativa del diritto di recedere dal contratto, ove il contraente creditore assuma l'avvenuta caducazione del proprio interesse alla parte di prestazione ancora possibile, né della natura dichiarativa del successivo instaurando giudizio di verifica della sussistenza dei presupposti del legittimo esercizio del recesso¹²⁵.

Allo stesso modo, la disciplina dell'impossibilità parziale è ritenuta applicabile – pur in difetto dell'espressa regolamentazione normativa nell'ambito dei contratti con prestazioni corrispettive – alla fattispecie dell'impossibilità temporanea. L'art. 1256 c.c. prevede, infatti, che, nel caso di impossibilità temporanea, il debitore non è responsabile del ritardo e l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato ad adempiere ovvero il creditore non ha più interesse a conseguire la prestazione. In quest'ultimo caso, tuttavia, si discute se – qualora si versi nell'ambito di un contratto con prestazioni corrispettive – la risoluzione si verifichi automaticamente ai sensi dell'art. 1463 c.c. oppure se occorra una dichiarazione della parte creditrice, nella quale il creditore manifesti il sopravvenuto venir meno del proprio interesse del creditore. La dottrina prevalente ritiene applicabile l'art. 1464 c.c. e, dunque, necessario – anche in ap-

¹²⁴ U. CARNEVALI, *L'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 281; R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 2004, p. 690; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, vol. XXI, t. 2, Giuffrè, Milano, 1987, p. 853. Isolata è rimasta, pertanto, la pur autorevole tesi di G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 647, secondo cui «la valutazione della mancanza di interesse va compiuta obiettivamente e condiziona la sussistenza stessa della facoltà di scioglimento, sì che mezzo necessario diventa la proposizione di una domanda giudiziale perché, con il riconoscimento della sussistenza del presupposto del recesso, venga pronunciato lo scioglimento».

¹²⁵ Secondo la dottrina, è legittimato ad agire per fare accertare l'avvenuto scioglimento del contratto il contraente creditore: sul punto, G. SCALFI, *Risoluzione del contratto*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, vol. XXVII, 1991, p. 12, e, ampiamente, A. GENTILI, *Risoluzione parziale*, Jovene, Napoli, 1990, p. 35 ss.

plicazione degli obblighi di buona fede e correttezza (artt. 1175 e 1375 c.c.) – un atto di recesso¹²⁶.

Significative appaiono le affinità tra il recesso dell'art. 1464 c.c. e quello previsto nelle ipotesi di risoluzione automatica per inadempimento (in particolare, con la dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa), a dimostrazione della piena sovrapponibilità dell'istituto e della possibilità di prevedere il recesso stesso come modalità ordinaria di scioglimento del contratto a causa dell'altrui inadempimento. Il recesso per impossibilità sopravvenuta parziale viene descritto, infatti, come dichiarazione unilaterale recettizia¹²⁷, che richiede la stessa forma del contratto dal quale si recede¹²⁸.

Anche per quel che concerne il requisito sostanziale, che legittima il recesso per impossibilità parziale e che la norma descrive come «mancanza di un interesse apprezzabile all'adempimento parziale» è interpretato secondo canoni coincidenti con quelli che presiedono alla valutazione dell'inadempimento che consente la risoluzione del contratto. A fronte, infatti, di una remota giurisprudenza¹²⁹ che affidava alla valutazioni unilaterale e insindacabile del contraente la determinazione della carenza di interesse alla prestazione parziale, le successive applicazioni e l'opinione della migliore dottrina hanno sottolineato che la valutazione della mancanza dell'interesse apprezzabile deve essere compiuta con gli stessi criteri che consentono di stabilire l'importanza dell'inadempimento (art. 1455 c.c.)¹³⁰. In particolare, è necessario che la decisione di

¹²⁶ U. CARNEVALI, *L'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 286 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 228. In senso contrario all'applicabilità dell'art. 1464 c.c. alla impossibilità temporanea, a vantaggio dell'esclusiva applicazione dell'art. 1256, secondo comma, c.c. (e, di conseguenza, dell'art. 1463 c.c.), L. MENGONI, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, vol. IV, Zanichelli, Bologna, 1953, p. 279.

Sull'impossibilità temporanea, *amplius*, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 496.

¹²⁷ F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 574.

¹²⁸ U. CARNEVALI, *L'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 283.

¹²⁹ Cass., 19 settembre 1975, n. 3066, in *Mass. Giust. civ.*, 1975, p. 1438.

¹³⁰ A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, cit., 134. Secondo V. SGROI, *L'impossibilità parziale della prestazione nei contratti sinallagmatici*, in *Giust. civ.*, 1953, p. 731, occorre «un giudizio comparativo tra il mutamento sopravvenuto dell'economia del contratto e il suo rendimento commisurato al costo che ne deriva. [Pertanto] il recesso del creditore, pur non perdendo il suo carattere potestativo, trova dei limiti naturali che ne consentono il successivo controllo alla luce di criteri che, attraverso il rifacimento del processo psicologico dal quale è nata la decisione del creditore,

recedere non sia arbitraria e risulti conforme al canone della buona fede¹³¹, ed è possibile cogliere la perfetta corrispondenza con quanto ritenuto dalla giurisprudenza in tema di inadempimento contrattuale, là dove si afferma che il giudizio di pretestuosità della condotta della parte che pretende la risoluzione si risolve nel riconoscimento della scarsa importanza dell'inadempimento, avuto riguardo all'interesse dell'altra¹³².

Non ha rappresentato un elemento dubitativo rispetto alla natura sostanziale del recesso per impossibilità sopravvenuta parziale neppure la circostanza che tale rimedio sia stato posto dal legislatore in alternativa alla riduzione della controprestazione, che richiede, invece, il necessario ricorso al giudice per la determinazione del *quantum* di riduzione. Al contrario, la giurisprudenza¹³³ ha talvolta adottato interpretazioni volte a preferire la natura automatica della riduzione della controprestazione, stabilendo così un migliore parallelismo col recesso per impossibilità parziale.

tendono a misurare la ragionevolezza del suo giudizio alla stregua della correttezza, lealtà e buona fede contrattuale; criteri tutti che, nonostante le apparenze contrarie, sono forniti di una concretezza che è difficile scorgere nelle singole fattispecie”.

¹³¹ U. CARNEVALI, *L'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 283.

¹³² Cass., 31 maggio 2010, n. 13208, cit.: «l'apprezzamento della slealtà del comportamento della parte che invochi la risoluzione del contratto per inadempimento pur avendo altre vie per tutelare i propri interessi, non possa non ripercuotersi sulla valutazione della gravità dell'inadempimento stesso, che dell'abuso del creditore della prestazione costituisce l'interfaccia”.

¹³³ Cass., 17 luglio 1997, n. 6299, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce «Contratto in genere», n. 456: secondo cui «il creditore che a norma dell'art. 1464 c.c. in tema di impossibilità parziale della prestazione, accetta la prestazione ridotta, acquista il diritto ad eseguire in misura proporzionalmente ridotta anche la propria controprestazione ridotta, senza necessità di ricorrere al giudice, il cui intervento si rende necessario solo se sorge contestazione».

Da segnalare, sul punto, l'autorevole opinione secondo cui l'effetto automatico dell'impossibilità sopravvenuta parziale sarebbe la riduzione della controprestazione, salva la facoltà del contraente-creditore di esercitare il recesso: A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO-U. CARNEVALI-M. COSTANZA, *La risoluzione per inadempimento. Art. 1453-1454 cod. civ.*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. Scialoja-G. Branca, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, vol. I, t. 1, 1990, p. 19.

Per un'approfondita disamina della possibile configurazione della riduzione del prezzo nella compravendita come diritto potestativo ad esercizio stragiudiziale, nell'ambito del diritto spagnolo e in prospettiva comparatistica, A. FERRANTE, *La Reducción del Precio en la Compraventa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 44 ss.

9.1. *Impossibilità non imputabile e inadempimento: come fermare il “pendolo” della natura automatica o giudiziale della risoluzione*

La necessità di valutare, anche se *a posteriori*, la non imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta (sia totale sia parziale) può condurre il giudice a ritenere l'imputabilità e a qualificare, pertanto, la mancata esecuzione della prestazione come inadempimento¹³⁴. Inadempimento e impossibilità sopravvenuta si presentano, quindi, come figure confinanti e, a seconda che ricorra l'una o l'altra, si oscillerebbe – secondo la tesi tradizione della natura giudiziale dello scioglimento *ex art. 1453 c.c.* – dalla risoluzione giudiziale (e obbligazione di risarcimento del danno) alla risoluzione automatica (con effetti estintivi immediati del vincolo contrattuale, senza conseguenze risarcitorie).

Ma, considerato che è, dunque, pacifico che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore produce effetti sostanziali sul rapporto contrattuale (automatici, in caso di impossibilità totale; per effetto del recesso del creditore, in caso di impossibilità parziale), occorre verificare se risponda a logica o necessità che la diversa fattispecie dell'inadempimento richieda, al contrario, il necessario accertamento giudiziale in ordine ai presupposti che consentono la risoluzione del contratto.

Si può osservare, anzitutto, che, nel caso di impossibilità imputabile della prestazione, che sia però *totale e definitiva*, lo scioglimento del contratto avviene comunque automaticamente, posto che, non essendo neppure astrattamente praticabile l'alternativa posta dall'art. 1453 c.c. tra richiesta di adempimento e risoluzione, lo scioglimento del contratto non può che conseguire immediatamente *de iure*, salva la diversità di conseguenze in punto di risarcimento del danno¹³⁵.

Ma anche limitando l'ambito applicativo dell'art. 1453 c.c. al mancato adempimento della prestazione ancora possibile, ma non ancora eseguita, nonché alla prestazione eseguita in modo inesatto sul piano quantitativo o qualitativo (tutte fattispecie rispetto alle quali potrebbe

¹³⁴ F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 564.

¹³⁵ Come è stato chiaramente rilevato, infatti, «di fronte all'impossibilità, [...] risultando ormai irreversibile l'inattuazione dello scambio, l'esito risolutorio diviene comunque inevitabile, e perde ovviamente di rilievo la causa che a tale esito ha condotto (inadempimento, o impossibilità incolpevole), se non per le residue differenze, riscontrabili solo sul piano delle restituzioni e sul versante risarcitorio»: G. AMADIO, *L'inadempimento risolutorio: l'imputabilità*, in *Tratt. contr.*, diretto da V. Roppo, vol. V, t. 2, cit., p. 72.

essere espresso – a differenza dell'ipotesi di impossibilità totale e definitiva imputabile al debitore – il giudizio di importanza dell'inadempimento), non si coglie la ragione per escludere che il contraente creditore, così come nell'ipotesi dell'art. 1464 c.c., possa sciogliere unilateralmente il contratto. La violazione imputabile delle obbligazioni contrattuali risulta, invero, una fattispecie più grave rispetto all'impossibilità oggettiva, sicché *a fortiori* occorre riconoscere al contraente adempiente il rimedio più immediato e incisivo a tutela del suo interesse a non restare ulteriormente vincolato a un rapporto contrattuale, che l'altra parte ha dimostrato di non voler rispettare¹³⁶.

Si può escludere, inoltre, che una tale diversità strutturale tra risoluzione per inadempimento (giudiziale) e risoluzione per impossibilità sopravvenuta non imputabile (automatica) risponda a ragioni di efficienza o economia processuale. Se il contraente può conseguire la "libertà" dal vincolo negoziale immediatamente e automaticamente allorché l'esecuzione della prestazione diventi impossibile per cause che non possano essere imputate alla condotta del debitore, non si comprende perché imporre alla stessa parte l'onere di un procedimento giudiziario nel caso in cui tale sopravvenuta impossibilità di esecuzione derivi dal comportamento negligente e lesivo delle obbligazioni contrattuali, tenuto dal contraente debitore.

Al contrario, è possibile affermare, invece, che la ritenuta diversa natura del giudizio, nelle due ipotesi di mancata esecuzione della prestazione dovuta, è foriera di complicazioni e formalismi processuali, che danneggiano la parte adempiente e avvantaggiano quella inadempiente. La giurisprudenza¹³⁷ stabilisce, infatti, che tra la domanda dichiarativa

¹³⁶ Tale considerazione prescinde, peraltro, da qualsivoglia natura sanzionatoria che si ritenga di attribuire alla risoluzione per inadempimento. La tesi "sanzionatoria" – come è noto – risale ad G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 147 ss., ed è stata in seguito autorevolmente riproposta da A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 1307 ss. e G.F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempimento*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 173 ss.

In senso adesivo rispetto alla scelta codicistica di diversificare la disciplina della risoluzione per inadempimento da quella della risoluzione per impossibilità sopravvenuta parziale, A. GNANI, *Il contratto divisibile*, Jovene, Napoli, 2012, 132.

¹³⁷ Cass., 14 febbraio 1996, n. 1104, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 66, ove si legge che «nell'ipotesi di vendita di cosa gravata da diritti e da oneri reali, ai sensi dell'art. 1489 c.c., il compratore ha diritto, oltre alla risoluzione del contratto o alla riduzione del prezzo, secondo quanto stabilito dall'art. 1480 c.c., anche al risarcimento del danno, il quale presuppone la colpa, provata o presunta, del venditore, ai sensi delle

dello scioglimento del contratto per impossibilità non imputabile e quella costitutiva di risoluzione per inadempimento sussiste diversità di *causa petendi* e di *petitum*, con l'irragionevole conseguenza per cui, ove sia stata proposta ad esempio la prima e sia accertata in giudizio la sussistenza di un inadempimento, il giudice è tenuto a respingere la domanda.

Può comprendersi, pertanto, quale sia l'incertezza e la probabilità di scelte che, pur compiute in buona fede dal creditore, si rivelino diverse da quelle corrispondenti alla successiva qualificazione da parte del giudice. Si pensi, in modo soltanto esemplificativo, alla mancata realizzazione di un complesso immobiliare da parte costruttore-promittente venditore a causa di un'ordinanza sindacale di sospensione dei lavori per presunte irregolarità rispetto al provvedimento amministrativo. Se le irregolarità non dovessero rivelarsi esistenti, si tratterebbe di un'impossibilità temporanea che, se protrattasi per un tempo eccessivo, potrà determinare la risoluzione automatica del contratto per effetto della dichiarazione del promissario acquirente di aver perso interesse all'adempimento. Qualora, invece, la sospensione dei lavori trovasse oggettiva giustificazione in violazioni ascrivibili al costruttore, anche nei confronti del promissario acquirente si configurerebbe l'inadempimento, che non soltanto renderebbe legittima la risoluzione, ma fonderebbe altresì la conseguente obbligazione risarcitoria. Orbene, non appare funzionale, nell'ambito di un sistema che intenda offrire una tutela effettiva alla parte non inadempiente, rimettere al creditore la scelta tra soluzioni che possono risultare, in sede processuale, totalmente opposte tra loro, pur a fronte dell'identità degli interessi e delle ragioni che mirano a tutelare.

orme generali di cui agli artt. 1218 e 1223 c.c. La risoluzione della vendita per impossibilità sopravvenuta, ai sensi dell'art. 1463 c.c., è viceversa fondata ex art. 1256 su un inadempimento determinato da impossibilità della prestazione non imputabile al debitore. Pertanto, proposta dal compratore domanda di risoluzione della vendita ex art. 1489 c.c., incorre nel vizio di extrapetizione ex art. 112 c.p.c. la sentenza che pronuncia la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta»; Cass., 14 gennaio 1992, n. 360, in *Rep. in Foro it.*, 1992, voce «Contratto in genere», n. 410; Cass., 18 febbraio 1988, n. 1737, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 1924, secondo cui «commette extrapetizione il giudice di appello che pronuncia risoluzione di un contratto di compravendita per inadempimento da consegna di *aliud puro alio*, laddove l'attore aveva solamente proposto in primo grado l'azione redibitoria per vizi occulti della cosa venduta».

10. Preclusione di adempimento successivo alla dichiarazione unilaterale di risoluzione

L'evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 1453 c.c. dimostra l'inevitabile necessità di abbandonare il modello giudiziale e di configurare la risoluzione per inadempimento come rimedio di carattere sostanziale, consistente nella dichiarazione unilaterale del contraente non inadempiente, che produca immediati effetti estintivi del rapporto contrattuale.

In primo luogo, assume particolare rilievo l'interpretazione del secondo comma della norma che stabilisce, nella parte iniziale, che «la risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento».

La possibilità di passare dalla richiesta di adempimento a quella di risoluzione rappresenta – com'è noto – un'eccezionale deroga al divieto processuale di *mutatio libelli*, che la giurisprudenza¹³⁸, tuttavia, ha sottoposto a

¹³⁸ Cass., 27 maggio 2010, n. 13003, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, p. 826; Cass., 6 aprile 2009, n. 8234, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, p. 586; Cass., 18 gennaio 2008, n. 1003, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 57; Cass., 10 aprile 1999, n. 3502, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, p. 805; Cass., 2 marzo 1996 n. 1636, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1963; Cass., 22 luglio 1993, n. 8192, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, p. 1217 (s.m.); Cass., sez. un., 18 febbraio 1989, n. 962, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 876, con nota critica di F. ROTA.

Sul piano temporale, la facoltà di mutamento della domanda può essere esercitata nel corso dell'intero giudizio di primo grado, anche in sede di precisazione delle conclusioni, in grado di appello e persino in sede di rinvio (Cass., 27 novembre 1996, n. 10506, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, p. 1600; Cass., 24 maggio 2005, n. 10927, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 5).

Tale facoltà, peraltro, è attribuita soltanto alla parte che in giudizio chieda l'adempimento e non a quella che ad essa si opponga, la quale è tenuta a spiegare tempestivamente l'eventuale domanda di risoluzione (Cass., 24 maggio 2005, n. 10927, cit.).

La sopravvenuta richiesta di risoluzione rende ammissibile anche la domanda (condizionata) di restituzione della prestazione effettuata dalla parte adempiente, senza necessità che su quest'ultima intervenga l'accettazione del contraddittorio: Cass., 27 novembre 1996, n. 10506, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, p. 1600.

Il diritto di scelta tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione non si consuma neppure all'esito della pronuncia di condanna del debitore all'esecuzione della prestazione, sebbene passata in giudicato (Cass., 18 maggio 1994, n. 4830, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, p. 672), né dell'esperimento della relativa azione esecutiva o dall'esito infruttuoso della stessa, giacché il rapporto contrattuale continua in tal caso ad essere regolato dall'art. 1453 c.c. e deve ritenersi ammissibile la proposizione della domanda di risoluzione anche qualora l'inadempimento del debitore sia già stato accertato con pronuncia di condanna divenuta definitiva. Non risulta in tal caso configurabile, infatti, l'ipotesi del contrasto di giudicati, atteso che la condanna del debitore all'adempimento attribuisce alla parte il diritto all'esecuzione del con-

precisi *limiti di carattere obiettivo*, stabilendo che la facoltà di domandare la risoluzione del contratto nell'ambito del giudizio instaurato per ottenere l'adempimento è giuridicamente ammissibile soltanto allorché la domanda di risoluzione resti nell'ambito degli stessi fatti posti a base dell'inadempimento originariamente dedotto, costituisca, cioè, la prosecuzione della facoltà di scelta iniziale tra la domanda di adempimento e quella di risoluzione; mentre, ove siano prospettati fatti nuovi, configuranti una nuova *causa petendi*, con l'introduzione di un nuovo tema di indagine, trovano applicazione le preclusioni di cui agli artt. 183, 184 e 345 c.p.c.

La giurisprudenza di legittimità – nella sua più autorevole composizione nomofilattica¹³⁹ – ha espressamente sancito che le due domande (di adempimento e di risoluzione) pur presentando un diverso *petitum*, sono entrambe dirette, tuttavia, alla tutela del medesimo «diritto alla prestazione», che deriva dalla stipulazione del contratto. In tal senso, viene ad essere ridimensionato anche il profilo di deroga ai principi generali di ordine processuale, posto che la domanda di adempimento e quella di risoluzione vengono ad essere qualificate come forme diverse di tutela del medesimo diritto sostanziale, fino al punto di ritenere che l'esercizio dell'azione di adempimento interrompa il termine di prescrizione sia dell'azione di risoluzione, in ragione della comunanza della *causa petendi* delle due pretese, sia dell'azione di risarcimento del danno, in virtù del nesso di accessorietà che lega quest'ultima domanda a quella principale (di adempimento o di risoluzione)¹⁴⁰.

La medesima norma prosegue, tuttavia, stabilendo che «non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione» e una siffatta regola tutela l'affidamento della parte inadempiente, convenuta nel giudizio di risoluzione, nella manifestata volontà del creditore di ottenere lo scioglimento del rapporto contrattuale. Si vuole evitare,

tratto, non negandole tuttavia il diritto di ottenerne viceversa lo scioglimento laddove l'inadempimento si protragga ulteriormente rispetto a quello già accertato e posto a fondamento della decisione passata in cosa giudicata (Cass., 4 ottobre 2004, n. 19826, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 10; in *Giust. civ.*, 2005, 4, I, p. 989).

¹³⁹ Cass., sez. un., 10 aprile 1995, n. 4126, in *Contratti*, 1995, p. 570.

¹⁴⁰ Peraltro, il conferimento al creditore della facoltà di domandare la risoluzione del contratto (anche in appello), benché abbia già chiesto l'adempimento con la citazione introduttiva del processo (art. 1453 c.c.), conferma che le due azioni sono state previste dal codice civile per la tutela dell'unico diritto alla prestazione. Occorre rammentare, inoltre, che – secondo la Suprema Corte (sent. 26 aprile 1999, n. 4164, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, p. 946) – la deroga al divieto di *mutatio libelli* non si applica al caso in cui sia stata proposta la sola domanda di risarcimento del danno e l'attore pretenda, nel corso del giudizio, di formulare anche la richiesta di risoluzione del contratto.

pertanto, che il debitore, da un lato, prepari la restituzione della prestazione ricevuta nella prospettiva della risoluzione del contratto, e, dall'altro, debba predisporre altresì la prestazione corrispettiva, qualora ne fosse successivamente chiesto l'adempimento¹⁴¹. Se è questa la *ratio* della previsione normativa, pare del tutto condivisibile la tesi di chi¹⁴² sostiene che anche la dichiarazione stragiudiziale di risoluzione produca l'effetto preclusivo della successiva richiesta di adempimento. Come è stato persuasivamente osservato, infatti, «l'esigenza di rispettare l'affidamento dell'altro contraente impedisce al dichiarante di mutare avviso e chiedere l'adempimento. Il fondamento giustificativo di tale conclusione si rinviene nel principio di buona fede, di cui l'art. 1453, secondo comma, costituisce un corollario: se si condivide questo presupposto, non c'è ragione di limitare l'effetto preclusivo dell'iniziativa risolutoria alla sola ipotesi in cui sia stata proposta una domanda giudiziale»¹⁴³.

Allo stesso modo – in pieno parallelismo con la preclusione sancita

¹⁴¹ La giurisprudenza ritiene, tuttavia, che la domanda di adempimento possa essere proposta, nell'ambito dello stesso giudizio, in via subordinata alla domanda principale di risoluzione del contratto: Cass., 19 gennaio 2005, n. 1077, *Mass. Giust. civ.*, 2005, 1.

Stante la natura strettamente privatistica dell'interesse tutelato dalla norma, la giurisprudenza ritiene unanimemente che la violazione di tale divieto possa essere eccepito esclusivamente dal convenuto inadempiente e non possa essere, invece, rilevato *ex officio* (Cass., 14 marzo 2006 n. 5460, in *Guida dir.*, 2006, 21, p. 46; Cass., 24 maggio 1993, n. 5838, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, p. 914). In senso critico, tuttavia, C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione per inadempimento*, cit., p. 326 ss.

Si consideri, altresì, che l'eventuale accettazione, da parte del creditore, dell'adempimento parziale – che, a norma dell'art. 1181 c.c., egli avrebbe potuto rifiutare – non estingue il debito ma semplicemente lo riduce, non precludendo conseguentemente al creditore stesso di azionare la risoluzione del contratto, né al giudice di dichiararla, ove la parte residuale del credito rimasta scoperta sia tale da comportare ugualmente la gravità dell'inadempimento (Cass., 30 gennaio 2013, n. 2204, in *Guida dir.*, 2013, 14, p. 65).

¹⁴² R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 2004, p. 690; ID., *Risoluzione per inadempimento*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, vol. XVIII, Utet, Torino, p. 63; I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 362 ss.; nello stesso senso, in giurisprudenza, Cass., 23 novembre 1979, n. 6134, *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 559. Sul punto, *supra*, par. 2.

In senso contrario, invece, G. AULETTA, *Sentenza di condanna all'esecuzione e azione di risoluzione per inadempimento*, in *Giur. it.*, 1953, I, c. 54 ss.; secondo cui, invece, la mancata consacrazione della volontà risolutiva nella domanda giudiziale non precluderebbe al contraente creditore di preferire successivamente la richiesta o la domanda giudiziale di adempimento; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., p. 288; U. CARNEVALI, *La risoluzione*, cit., p. 86. In giurisprudenza, per l'inefficacia preclusiva della dichiarazione stragiudiziale di risoluzione, Cass., 29 maggio 1990, n. 5017, in *Mass. Giust. civ.*, 1990, fasc. 5.

¹⁴³ M. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione*, cit., p. 171.

nell'art. 1453, secondo comma, c.c. – deve ritenersi che, nelle ipotesi di risoluzione automatica previste nel Codice (artt. 1454, 1456, 1457 e 1385), l'atto unilaterale espressivo della volontà di risolvere il contratto precluda ogni successiva possibilità di richiedere l'adempimento¹⁴⁴.

Ma se la manifestazione della volontà di ritenere risolto il contratto preclude – come il principio di buona fede impone – ogni successiva possibilità di richiedere l'adempimento della prestazione, si ottiene conferma della natura sostanziale del diritto di risoluzione del contratto, perché non avrebbe alcun senso giuridico la considerazione della permanente efficacia di un vincolo contrattuale di cui non si può più richiedere l'adempimento delle relative prestazioni.

10.1. *Rigetto, inammissibilità o estinzione del giudizio di risoluzione ed eventuale preclusione di successivo adempimento*

Altro problema che si pone, con riguardo alla previsione normativa in esame, concerne la dimensione temporale del divieto di domandare l'adempimento dopo aver dichiarato la risoluzione e, in particolare, la possibilità di richiedere giudizialmente l'adempimento in seguito al rigetto della domanda di risoluzione.

Sul punto, la tesi prevalente – severamente ancorata alla natura costitutiva della sentenza che accolga la domanda giudiziale di risoluzione – afferma che il divieto di richiedere l'adempimento della prestazione non è più operante nel caso di caducazione dell'interesse della parte attrice alla risoluzione del rapporto, come nei casi di rigetto o declaratoria di inammissibilità della domanda di risoluzione o di estinzione del giudizio¹⁴⁵: il creditore, pertanto, avrebbe la facoltà di agire giudizialmente per l'adempimento nel caso in cui non sia stata accolta la propria domanda di risoluzione¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Autorevole dottrina ha rilevato, sul punto, che «una domanda di adempimento dell'attore, proposta dopo l'atto di scelta stragiudiziale, sarebbe paralizzata da una eccezione del convenuto, fondata sulla scelta compiuta dall'attore»: R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 653.

¹⁴⁵ Cass. 27 dicembre 2010, n. 26152, *Corr. giur.*, 2011, p. 1597, con nota di C. Abatangelo; Cass., 19 gennaio 2005, n. 1077, cit.; Cass., 11 maggio 1996, n. 4444, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 742, con nota di M.G. CUBEDDU; Cass., 9 febbraio 1995, n. 1457, in *Giur. it.*, I, p. 1150; Cass., 9 dicembre 1988, n. 667; Cass., 25 novembre 1983, n. 7078. In dottrina, C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, V, cit., p. 287; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 614; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 275.

¹⁴⁶ Nel caso di rigetto della domanda di risoluzione dopo uno o più gradi di meri-

Una diversa tesi e altre pronunce¹⁴⁷, tuttavia, hanno contraddetto il precedente orientamento, stabilendo che il convenuto per la risoluzione del contratto debba ritenersi in ogni caso liberato dall'obbligo di esecuzione della prestazione a suo carico, qualunque sia l'esito processuale del giudizio di risoluzione.

La natura sostanziale del diritto di risoluzione del contratto non condiziona direttamente la soluzione della questione in esame, posto che – anche a voler affermare (come sommamente si ritiene) l'immediata efficacia estintiva dell'atto stragiudiziale di risoluzione – non v'è dubbio che gli effetti di caducazione del vincolo contrattuale si producano soltanto in presenza dei presupposti interni al diritto esercitato dal contraente (in particolare, la non scarsa importanza dell'inadempimento)¹⁴⁸. Là dove, invece, il diritto venga esercitato in difetto dei relativi requisiti sostanziali, l'effetto risolutivo non si produce e l'eventuale impossibilità di domandare l'adempimento deriva esclusivamente dalla preclusione processuale in esame e dalla necessità di tutelare l'affidamento del debitore nel sopravvenuto disinteresse della parte fedele all'esecuzione della prestazione.

Da questo angolo visuale, non v'è dubbio che la possibile successiva proposizione della domanda di adempimento si scontri, *prima facie*, col divieto sancito nell'art. 1453, secondo comma, c.c. e, in particolare, con

to è soltanto teorica la possibilità di una successiva proposizione della domanda di adempimento, poiché, tenuto conto della concretezza dei tempi processuali, risulterà l'inevitabile caducazione dell'interesse a ottenere l'adempimento della prestazione anche nell'ipotesi in cui la domanda di risoluzione fosse stata originariamente avanzata in maniera pretestuosa.

¹⁴⁷ Cass., 29 aprile 1998, n. 4361, in *Mass. Giur. it.*, 1998; in *Contratti*, 1998, p. 370; Cass., 11 febbraio 1993, n. 1698, in *Mass. Giur. it.*, 1993; Cass., 9 giugno 1992, n. 7085, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, fasc. 6; in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1263, con nota di R. TRIOLA; Cass., 23 novembre 1979, n. 6134, cit.

In dottrina, alcuni Autori ritengono che la preclusione di adempimento operi in ogni caso di mancato di mancato accoglimento della domanda di risoluzione: F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, 1, Cedam, Padova, 2004, p. 567; U. CARNEVALI, *La risoluzione*, cit., p. 88; M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento*, Padova, Cedam, 2004, p. 239; R. TRIOLA, *In tema di rapporti tra domanda di risoluzione e domanda di adempimento*, in *Giust. civ.*, 1993, p. 1625. Una soluzione analitica e articolata in M. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione*, cit., p. 236 ss.

¹⁴⁸ Anche nel caso del diritto di riscatto, ad esempio, l'effetto di subingresso nel contratto stipulato in violazione della prelazione legale si produce soltanto in presenza dei relativi presupposti sostanziali di volta in volta stabiliti dalla legge (art. 732 c.c.; art. 8, l. 8 maggio 1965, n. 590; art. 38, l. 27 luglio 1978, n. 392).

la tutela dell'affidamento della controparte a non predisporre l'adempimento della prestazione dovuta e che si assume non essere stata tempestivamente o esattamente adempiuta¹⁴⁹.

Tuttavia, occorre considerare che – salvi i casi di manifesta “abusività” dell'esercizio del diritto di risoluzione del contratto (la qual cosa, potrà legittimare la richiesta risarcitoria della controparte) – l'azione risolutiva è proposta dal contraente che non ha ottenuto esattamente o tempestivamente la prestazione, sicché l'erronea scelta del rimedio (risoluzione o richiesta di adempimento) non può penalizzarlo fino al punto da non consentirgli neppure il recupero della prestazione in ipotesi di rigetto nel merito della domanda di risoluzione. Pare doversi concludere, quindi, diversificando la soluzione del problema a seconda che la domanda di risoluzione venga respinta nel merito (nel quale caso, il contraente potrà domandare l'adempimento, qualora ne abbia ancora interesse) oppure venga dichiarata inammissibile o non venga esaminata per altra ragione processuale (nel qual caso, invece, l'effetto risolutivo deve ritenersi prodotto qualora ne sussistano, al momento dell'atto di risoluzione, i relativi presupposti sostanziali)¹⁵⁰.

11. *La preclusione di adempimento successiva alla domanda di risoluzione (art. 1453, terzo comma, c.c.)*

È soprattutto l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza alla preclusione di adempimento successiva alla domanda di risoluzione, che persuade in maniera definitiva circa la natura sostanziale della risoluzione per inadempimento. Com'è noto, l'art. 1453, terzo comma, c.c. stabilisce che «dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione»¹⁵¹. La norma è stata

¹⁴⁹ Anche la giurisprudenza, ha talvolta affermato che la facoltà di domandare l'adempimento in seguito al rigetto o all'inammissibilità della domanda di risoluzione si pone in contrasto con la *ratio* del divieto di *mutatio* di cui all'art. 1453, secondo comma, c.c.: Cass., 23 novembre 1979, n. 6134, cit. Nessun problema di tutela dell'affidamento dovrebbe sussistere, peraltro, nel caso in cui, esercitato il diritto di risoluzione da parte di uno dei contraenti e instaurato il giudizio per l'accertamento dell'effetto risolutivo, l'altra parte – contestando i presupposti di efficacia dell'atto di risoluzione – abbia richiesto, a sua volta, l'adempimento del contratto, dimostrando l'interesse a darvi esecuzione.

¹⁵⁰ Deve essere condivisa, pertanto, l'autorevole tesi di R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 648; I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 353 ss.; A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 309.

¹⁵¹ Per una puntuale disamina delle problematiche poste dalla norma, di G. SIC-

per lungo tempo interpretata nel senso che l'adempimento tardivo debba ritenersi possibile e non possa essere rifiutato dal creditore fino al momento in cui il creditore stesso non abbia proposto la domanda di risoluzione¹⁵². Tale orientamento accoglieva la tesi della dottrina tradizionale, che non dubitava della necessità di distinguere tra «ritardo nell'adempimento» e «adempimento ritardato»: mentre il primo poteva senza dubbio legittimare la domanda di risoluzione del contratto, allorché il ritardo superasse il limite della *non scarsa importanza*, l'inadempimento eseguito con ritardo consentiva soltanto la domanda di risarcimento del danno¹⁵³.

Senonché, a far tempo da una pronuncia del 1985, la Suprema Corte¹⁵⁴ è venuta affermando il diverso principio secondo cui il verificarsi

CHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 209 ss. Per gli opportuni riferimenti storici, A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 323 ss.

¹⁵² Cass., sez. lav., 5 marzo 1987, n. 2345, in *Mass. Giur. it.*, 1987; Cass., 27 aprile 1982, in *Mass. Giur. it.*, 1982; *Giur. it.*, 1983, I, p. 1; Cass., 24 novembre 1981, n. 6247, in *Mass. Giur. it.*, 1981; Cass., 4 marzo 1980, n. 1450, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce «Contratto in genere», nn. 277, 284; Cass. 24 novembre 1981 n. 6247, *ivi*, 1981, voce cit., n. 283; Cass., 15 settembre 1970, in *Mass. Foro it.*, 1970, n. 1441; Cass., 10 maggio 1968, *ivi*, 1968, n. 1432. Secondo tale indirizzo, se è vero che il diritto del creditore alla risoluzione sorge in conseguenza dell'inadempimento, è indubbio che allo stesso creditore incombe l'onere di esercitarlo mediante la proposizione della domanda di risoluzione. Ne consegue che, fino a quando tale onere non sia assolto, l'inadempiente può sempre eseguire utilmente la propria prestazione e il creditore non può legittimamente rifiutarla qualunque sia la natura e la gravità dell'inadempimento.

¹⁵³ A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, cit., p. 135: «se l'adempimento viene effettuato (o anche solo offerto) prima che l'altro contraente abbia chiesto la risoluzione e abbia con ciò dimostrato di non volere l'adempimento ritardato (trasformando cioè, il ritardo nell'adempimento in inadempimento definitivo), esso non può essere rifiutato (arg. ex art. 1453, ult. comma, c.c.); e non potendo essere rifiutato, non può giustificare la risoluzione».

¹⁵⁴ Cass., 21 febbraio 1985, n. 1531, in *Foro it.*, 1986, I, c. 200, con nota di A.M. PRINCIGALLI; in seguito, nello stesso senso, Cass., 31 luglio 1987, n. 6643, *ivi*, 1988, I, c. 138, con nota critica di STRAZIOTA, secondo cui il nuovo orientamento costituiva «garbata e indiretta disapplicazione» del meccanismo di sbarramento previsto dai commi 2° e 3° dell'art. 1453, con conseguenze tutte a vantaggio del creditore, che «come Ghino di Tacco dall'alto della sua rocca, può tranquillamente attendere al varco il debitore che offra tardivamente di adempiere, e fulminarlo con la richiesta di risoluzione del contratto»; Cass., 20 dicembre 1988, n. 6959, in *Vita not.*, 1988, p. 1185; Cass., 20 marzo 1989, n. 1391, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 2436; Cass., 9 febbraio 1993, n. 1595, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce «Contratto in genere», n. 457. Inizialmente, anche autorevole dottrina – pur affermando che dal ritardo intollerabile scaturisce un «diritto quesito» alla risoluzione del contratto a favore del creditore – aveva precisato la necessità che il creditore esprimesse comunque in modo tempestivo la sua scelta tra adempimento e risoluzione, non ritenendo affatto «assurdo imporre al

di un inadempimento imputabile e di non scarsa importanza attribuisce al contraente non inadempiente, ancor prima della proposizione della domanda giudiziale, il diritto potestativo all'ottenimento della risoluzione del rapporto contrattuale, rendendo così legittimo il rifiuto opposto ad un inadempimento tardivo offerto dalla parte inadempiente¹⁵⁵.

Nel comporre il contrasto giurisprudenziale, le Sezioni Unite¹⁵⁶ hanno accolto l'orientamento più recente, sottolineando il «collegamento implicito» e «chiaramente ravvisabile tra il 1° comma dell'art. 1453 e l'art. 1455 c.c.», dal quale emergerebbe che «l'inadempimento di un contraente determina il sorgere di un diritto alla risoluzione in capo all'altro contraente solo se avente il requisito della gravità»: si tratterebbe di un diritto potestativo, che, tuttavia, può produrre lo scioglimento del rapporto contrattuale soltanto mediante una sentenza costitutiva emanata dal giudice in seguito alla verifica della sussistenza del requisito di cui all'art. 1455 c.c.¹⁵⁷

creditore che voglia avvalersi del ritardo per liberarsi del contratto, di dirlo prontamente, affinché il debitore non affronti nuovi sacrifici per tentare un adempimento tardivo che non lo salverà dalla risoluzione»: R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, cit., 1982, p. 518.

¹⁵⁵ Anche la dottrina aveva accolto tale impostazione, precisando che la domanda preclusiva dell'adempimento tardivo «è quella fondata, ossia meritevole di accoglimento. Altrimenti, qualsiasi contraente pentito potrebbe (anche prima della scadenza dell'obbligazione della controparte) chiedere la risoluzione, così impedire l'adempimento del convenuto e, come ulteriore conseguenza, ottenere la pronuncia giudiziale che lo scarica dal contratto»: R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 2^a ed., 1993, p. 603.

Per il rifiuto della prestazione come facoltà "sanzionatoria" del creditore, G. IORIO, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, cit., p. 161 ss.

¹⁵⁶ Cass., sez. un., 6 giugno 1997, n. 5086, in *Contratti*, 1997, p. 40 ss., con nota di L. BARBIERA; Cass., sez. un., 9 luglio 1997, n. 6224, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 825, con nota di L. PICARDI.

¹⁵⁷ Si legge nella motivazione che «la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 1453 c.c. [...] non autorizza a ritenere che, nel tempo anteriore alla domanda giudiziale, l'adempimento sia sempre e incondizionatamente possibile, dovendo necessariamente la citata disposizione di legge (che – di per sé sola considerata – sembra non prevedere alcunché per il tempo anteriore alla proposizione della domanda giudiziale) essere armonizzata con altri principi e norme dell'ordinamento e, in specie, con il 1° comma dell'art. 1453 (che, nei contratti con prestazioni corrispettive, in caso di inadempimento di una parte, attribuisce all'altra la facoltà di scelta tra l'adempimento e la risoluzione del contratto) e con l'art. 1455 c.c., il quale, enunciando che il contratto non può essere risolto se l'inadempimento di una parte abbia scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra, attribuisce sostanzialmente al creditore adempiente la potestà di rifiutare la prestazione tardiva della controparte inadempiente se alla prestazione stessa il creditore non sia più interessato per l'impor-

L'art. 1453, ultimo comma, c.c. non significa, allora – secondo le Sezioni Unite – che, prima della domanda di risoluzione è sempre consentito l'adempimento tardivo, ma semplicemente che: a) l'adempimento tardivo è consentito soltanto allorché l'inadempimento non sia divenuto grave ai sensi dell'art. 1455 c.c.; b) quando la parte inadempiente ha proposto la domanda di risoluzione del contratto, manifestando così il proprio disinteresse a ottenere la prestazione, quest'ultima non gli può essere imposta, ma l'oggetto della causa deve essere limitato all'accertamento dei presupposti per addivenire alla pronuncia di risoluzione.

Tale tesi appare condivisibile per una pluralità di ragioni. In primo luogo, deve escludersi che la mancata proposizione della domanda di risoluzione faccia maturare nella parte inadempiente l'affidamento in ordine al perdurante interesse del creditore alla prestazione¹⁵⁸. Ciò è dimostrato certamente dal chiaro tenore del secondo comma del medesimo art. 1453 c.c., che rende palese come neppure la proposizione della domanda giudiziale di adempimento possa fondare l'affidamento in ordine alla volontà del creditore di non ottenere la risoluzione, che potrebbe essere esercitata, infatti, durante l'intero corso del giudizio. Non si può sostenere, pertanto, l'esistenza di un onere del creditore di tempestivo esercizio del diritto di risoluzione, onde scongiurare la possibilità di un adempimento che il debitore imponga pur in difetto dell'interesse del creditore¹⁵⁹.

tanza dell'inadempimento». In tale ottica, allorquando occorra stabilire se possa legittimamente il creditore rifiutare la prestazione dopo la scadenza del termine non essenziale e prima (o senza) della domanda di risoluzione del contratto, ritiene la Suprema Corte che non possa il giudice esimersi dall'accertare se l'inadempimento (imputabile al debitore) possa essere considerato grave per motivi obiettivi e subjetivi, impedendo così nel caso concreto la realizzazione delle finalità proprie del contratto ed alterandone in maniera apprezzabile l'equilibrio sinallagmatico.

¹⁵⁸ Per la confutazione di questo argomento, U. CARNEVALI, *La risoluzione*, cit., pp. 92-93.

¹⁵⁹ Affermano le Sezioni Unite che «escluso – in mancanza di un accertamento *ad hoc* da parte del giudice – che all'inerzia temporanea del creditore, che non abbia (ancora) proposto la domanda di risoluzione del contratto, possa motivatamente essere ricondotta la presunzione della volontà del creditore stesso di aderire ad un mutamento dei patti del contratto, la questione deve essere risolta, sulla base delle citate norme, con un accertamento caso per caso da parte del giudice, dovendosi a tale soluzione pervenire anche considerando che il citato 1° comma dell'art. 1453 c.c., ponendo a disposizione del contraente non inadempiente, in via alternativa, la facoltà di chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, lo costituisce sostanzialmente arbitro della scelta ancor prima (e del tutto indipendentemente) della pro-

Neppure può ritenersi che il creditore abbia necessariamente l'onere di richiedere l'adempimento o, addirittura, di costituire in mora il debitore, prima di risolvere il contratto. La tesi – autorevolmente sostenuta¹⁶⁰ – secondo cui il giudizio di risoluzione dovrebbe essere necessariamente preceduto dalla costituzione in mora della parte inadempiente è stata, infatti, contrastata da altra parte della dottrina¹⁶¹ e definitivamente abbandonata dalla giurisprudenza che, anche con sentenza delle Sezioni Unite¹⁶², ha escluso, invece, che la previa costituzione in mora del debitore possa costituire un presupposto della risoluzione del contratto. Invero – stante la ritenuta tassatività degli effetti della mora, qua-

posizione della domanda di risoluzione, sempre che un inadempimento possa essersi verificato: dall'alterazione del nesso sinallagmatico nasce cioè un diritto potestativo a favore del contraente adempiente, diritto che rimane insensibile al comportamento del contraente inadempiente esposto all'azione di risoluzione, ancorché questa non sia stata intrapresa, non potendosi riconoscere al non adempiente la potestà di modificare a suo arbitrio e senza il concorso della volontà della controparte una situazione giuridica a lui sfavorevole e da lui stesso determinata».

¹⁶⁰ D. RUBINO, *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, I, p. 55 ss.; E. VALSECCHI, *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, ivi, 1964, II, p. 281 ss.; A.C. PELOSI, «Mora debendi» e risoluzione giudiziale del contratto per inadempimento, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, c. 1223 ss.; C.M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. Scialoja-G. Branca, Art. 1218-1229 c.c., 2^a ed., Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 184 ss.; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger-F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 1987, p. 430 ss.

¹⁶¹ L. MENGONI, *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto «a non domino»*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, 278; ID., *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, 424; L. BIGLIAZZI GERI, *In tema di risoluzione del contratto, di costituzione in mora e di tardivo adempimento*, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1458; E. MOSCATI, *In tema di rapporti tra costituzione in mora e risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 920 ss.; ID., *Spigolature in tema di attuazione e non attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, pp. 754 ss. e 972 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, IV, Milano, 1964, 149 ss.; F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 48 ss.; A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 363 ss.; F. MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, cit., p. 54; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da G. Iudica-P. Zatti, Giuffrè, Milano, 1991, p. 588; U. CARNEVALI, *La risoluzione*, cit., p. 71 ss.; G. IORIO, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, cit., p. 198 ss.; A. VENTURELLI, *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, in *Domenico Rubino*, a cura di P. Perlingieri e S. Polidori, Esi, Napoli, 2009, I, p. 891 ss.

¹⁶² Cass., sez. un., 9 novembre 1992 n. 12072, in *Mass. Giur. it.*, 1992; più recentemente, Cass. 23 dicembre 2011, n. 28647, in *Obbl. contr.*, 2012, 11, p. 747, con analitica nota di A. Venturelli.

le risulta dalla disciplina contenuta nella parte generale delle obbligazioni (art. 1219 ss. c.c.) – appare assai più plausibile ritenere che l'affidamento del debitore, volto a non essere “sorpreso” da atti o domande di risoluzione allorché egli stesse per predisporre l'adempimento, sia già sufficientemente tutelato dal presupposto della non scarsa importanza dell'inadempimento (art. 1455 c.c.), che rappresenta la soglia sostanziale oltre la quale non si può imporre al creditore alcuna ulteriore tolleranza né limitare il suo diritto alla risoluzione del contratto¹⁶³.

Un altro argomento si coglie dal confronto sistematico con la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta. Considerato, invero, che l'art. 1256 c.c. prevede, nel caso di impossibilità temporanea, che l'obbligazione si estingua se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il creditore non ha più interesse a conseguire la prestazione, non si comprenderebbe perché la sopravvenuta caducazione dell'interesse alla prestazione da parte del creditore, in ipotesi di ritardo nell'adempimento, non faccia sorgere *ipso iure* il diritto sostanziale alla risoluzione del contratto, pur in difetto della tempestiva proposizione della relativa domanda¹⁶⁴.

Del resto, l'eventuale riconoscimento del “diritto” all'adempimento tardivo, purché anteriore alla proposizione della domanda, finirebbe col ribaltare la regola dell'art. 1453, secondo comma, c.c., che, ponendo a disposizione del contraente non inadempiente, in via alternativa, la facoltà di chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, lo costituisce sostanzialmente arbitro della scelta, ancora prima (e del tutto indipendentemente) della proposizione della domanda di risoluzione: «dall'alterazione del nesso sinallagmatico nasce, cioè, un diritto potestativo a favore del contraente adempiente, che rimane insensibile al comportamento del contraente inadempiente esposto all'azione di risoluzione, ancorché questa non sia stata intrapresa, non potendosi riconoscere al non adempiente la potestà di modificare a suo arbitrio e senza il concorso della volontà della controparte una situazione giuridica a lui sfavorevole e da lui stesso determinata»¹⁶⁵.

¹⁶³ Per la rilevanza del principio di non scarsa importanza dell'inadempimento (art. 1455 c.c.), ai fini della soluzione del problema in esame, U. CARNEVALI, *La risoluzione*, cit., p. 74; A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 365. In senso opposto, peraltro, A. RAVAZZONI, *La costituzione in mora del debitore*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 41, secondo cui proprio il criterio della non scarsa importanza dell'inadempimento imporrebbe la necessità della costituzione in mora del debitore.

¹⁶⁴ M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 91 ss.

¹⁶⁵ Così, in termini, Cass., sez. un., 6 giugno 1997, n. 5086, cit.

Se, dunque – in conformità all’orientamento giurisprudenziale ormai dominante – deve riconoscersi che il diritto alla risoluzione del contratto sorge sul piano sostanziale nel momento in cui l’inadempimento assume caratteristiche di importanza non scarsa¹⁶⁶, deve ammettersi che tale «diritto alla risoluzione» possa essere legittimamente esercitato sul piano sostanziale, con una dichiarazione rivolta alla parte inadempiente, con effetti immediatamente estintivi del rapporto contrattuale.

Proprio la formazione sostanziale del diritto alla risoluzione fa sì che il rifiuto dell’offerta di tardivo adempimento sia legittimo anche nell’ipotesi in cui il contratto contenga una clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), che attribuisca al creditore il diritto di sciogliere il rapporto contrattuale attraverso la dichiarazione di volersi avvalere della medesima clausola. È vero, infatti, che la giurisprudenza ha tradizionalmente affermato che, affinché il creditore possa efficacemente dichiarare di avvalersi della c.r.e., deve sussistere la condizione del mancato adempimento tardivo del debitore, antecedente all’esercizio del diritto di recesso¹⁶⁷, ma tale orientamento è precedente a quello già segnalato dalle Sezioni Unite che ha lucidamente configurato il diritto sostanziale alla risoluzione e al conseguente rifiuto dell’adempimento tardivo. Pertanto, la parte non inadempiente può rifiutare l’adempimento tardivo a cui non abbia interesse non solo quando non abbia tempestivamente esercitato il diritto alla risoluzione di all’art. 1453 c.c., ma anche quando non abbia ancora dichiarato di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa, purché l’inadempimento abbia assunto i connotati della non scarsa importanza oppure le caratteristiche dedotte convenzionalmente nella clausola *ex art. 1456 c.c.*¹⁶⁸.

¹⁶⁶ U. CARNEVALI, *La risoluzione*, cit., p. 95, secondo cui «la scarsa importanza o meno del ritardo va valutata al momento del rifiuto dell’adempimento tardivo e non al momento della successiva (ed eventuale) domanda di risoluzione: se il contraente, dopo aver rifiutato l’adempimento tardivo, aspetta molto tempo per promuovere il giudizio di risoluzione, questa inerzia non può trasformare quello che al momento del rifiuto era un ritardo di scarsa importanza in un ritardo importante ai sensi dell’art. 1455 c.c.».

¹⁶⁷ La giurisprudenza (Cass. 29 gennaio 1983 n. 817, in *Giur. it.*, 1984, I, c. 584; Cass., 5 luglio 1980, n. 4290, in *Mass. Giur. it.*, 1980) affermava, infatti, che, prima che il creditore dichiari di avvalersi della c.r.e., è sempre possibile la c.d. purgazione della mora, salvo che l’inadempimento considerato nella c.r.e. consista nella violazione di un obbligo negativo, in quanto l’art. 1222 c.c. sancisce espressamente l’inapplicabilità delle disposizioni sulla mora alle obbligazioni di non fare.

¹⁶⁸ Come è stato, infatti, correttamente osservato (M. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione*, cit., pp. 310-311), «se il contraente che non ha reso la dichiarazione pre-

11.1. Il "diritto" del debitore di offrire la prestazione in difetto del requisito di non scarsa importanza dell'inadempimento

Poiché – come si è visto – il debitore non può adempiere prima della proposizione della domanda di risoluzione ove l'inadempimento abbia già assunto caratteristiche di importanza tali da far sorgere il diritto sostanziale alla risoluzione, si è posto, altresì, il problema di valutare se, in difetto del requisito di cui all'art. 1455 c.c., il debitore abbia, al contrario, il "diritto" di adempiere (o di offrire l'adempimento), impedendo così che l'ulteriore ritardo valga a rendere rilevante un ritardato o inesatto adempimento precedente poco significativo.

Sul punto la giurisprudenza¹⁶⁹ ha osservato che – così come (ai sensi dell'art. 1453, secondo comma, c.c.) non è consentito all'attore, che abbia proposto domanda di risoluzione, di pretendere la prestazione avendo dimostrato di non avere più interesse – allo stesso modo è vietato al convenuto di eseguire la prestazione dopo la proposizione della domanda di risoluzione. Tuttavia, la stessa giurisprudenza di legittimità afferma, in numerose pronunce¹⁷⁰, che l'eventuale adempimento effet-

vista dall'art. 1456, c. 2, fosse tenuto ad accettare sempre e comunque la prestazione offertagli, la clausola risolutiva espressa costituirebbe, paradossalmente, un fattore di svantaggio per la parte che aveva inteso favorire: in mancanza di essa, infatti, il creditore è pur sempre legittimato a rifiutare l'offerta gravemente tardiva». Nello stesso senso, R. MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, cit., p. 94 ss., che, peraltro, sottolinea l'importanza del successivo controllo giudiziale. In tema, F. GRECO, *Clausola risolutiva espressa, termine essenziale e adempimento tardivo*, in *Domenico Rubino*, a cura di P. Perlingieri e S. Polidori, Esi, Napoli, 2009, I, p. 959 ss.

¹⁶⁹ Cass., 14 maggio 2004, n. 9200, in *Giur. it.*, 2005, p. 477, con nota di E. BATTELLI.

¹⁷⁰ Cass. 26 ottobre 2012, n. 18500, in *Arch. Locazioni*, 2013, 3, 325 Cass., 1 giugno 2004, n. 10490, in *Gius*, 2004, p. 3720, secondo cui, testualmente, «l'adempimento contrattuale che si verifichi dopo la proposizione della domanda di risoluzione del contratto non vale di per sé ad arrestare gli effetti di tale domanda, ma deve essere preso in esame dal giudice perché valuti l'importanza dell'inadempimento stesso, potendo costituire circostanza decisiva a rendere l'inadempimento di scarsa importanza, precludendo la possibilità di risolvere il contratto»; Cass., 4 luglio 1991, n. 7364, in *Vita not.*, 1991, p. 984; Cass., 29 agosto 1990, n. 8955, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 188, con nota di D'Angiolella; Cass., 8 marzo 1988, n. 2346, *Rep. Foro it.*, 1988, voce «Contratto in genere», n. 409; Cass., 18 marzo 1987, n. 4526, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I p. 178, con nota di E. MINICI; Cass., 20 ottobre 1984, n.5311, in *Foro it., Rep.*, 1984, voce «Contratto in genere», n. 249; Cass., 8 settembre 1970, n. 1350, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, c. 1480; Cass., 4 luglio 1968, n. 2250, in *Foro it.*, 1969, I, c. 125.

Anche in materia di contratti agrari, prima dell'attuale disciplina, la Suprema Corte aveva affermato che la purgazione della mora in corso di giudizio costituiva un elemento di fatto apprezzabile dal giudice per la valutazione della gravità del-

tuato dopo la proposizione della domanda di risoluzione del contratto debba essere preso in esame come possibile circostanza decisiva a rendere l'inadempimento stesso di scarsa importanza, con diretta incidenza sulla risolubilità del contratto. Infatti, dinanzi alla possibilità che la domanda di risoluzione non sia fondata al momento della sua proposizione, diviene decisivo il successivo comportamento del debitore, potendo un persistente atteggiamento negativo di questi trasformare il precedente inadempimento "non grave" in inadempimento "grave", e perciò tale da legittimare l'accoglimento della domanda. Allo stesso modo, si è affermato¹⁷¹ che l'inadempimento del debitore successivo alla domanda di risoluzione del contratto rileva nei contratti di durata ai fini della valutazione della gravità dell'inadempimento, perché, in questi casi, la parte che ha domandato la risoluzione non è posta in condizione di sospendere a sua volta l'adempimento della propria obbligazione, sicché non viene meno l'interesse della parte creditrice all'adempimento da parte del convenuto.

A tale orientamento si contrappongono altre pronunce¹⁷², secondo le quali il giudice, nel valutare la gravità dell'inadempimento, non deve tenere conto degli eventi successivi alla proposizione della domanda di risoluzione, ma deve decidere in base alla situazione cristallizzata a tale momento.

Nella prospettiva della natura sostanziale del diritto alla risoluzione per inadempimento pare preferibile la prima impostazione, poiché l'esercizio del diritto stesso in tanto è idoneo a determinare lo scioglimento del rapporto contrattuale in quanto sussista il requisito dell'importanza dell'inadempimento. Ove quest'ultimo difetti, il vincolo contrattuale deve ritenersi tuttora vigente, sicché del tutto legittimamente il debitore potrebbe offrire il proprio adempimento, anche in seguito alla proposizione della domanda, per impedire che l'ulteriore ritardo perfezioni la fattispecie costitutiva del diritto alla risoluzione e consenta alla parte creditrice di estinguere efficacemente il rapporto contrattuale¹⁷³. L'of-

l'inadempimento richiesta dall'art. 4 d.lgt. n. 157/1945: Cass., 9 gennaio 1979, n. 118, in *Giur. it., Rep.*, 1979, voce «Contratti agrari», n. 91.

¹⁷¹ Cass., 9 gennaio 2007, n. 202, in *Arch. loc.*, 2007, p. 392; Cass., 17 marzo 2006, n. 5902, in *Arch. loc.*, 2007, p. 82; in *CED Cassazione*, 2006; in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass., 4 giugno 2002, n. 8076, in *Arch. civ.*, 2003, p. 430; in *Mass. Giur. it.*, 2002; in *Rass. locaz. condom.*, 2003, p. 354.

¹⁷² Cass., 11 febbraio 2000 n. 1525, in *Mass. Giur. it.*, 2000; Cass., 1 giugno 1993, n. 6121, *ivi*, 1993; Cass., 14 agosto 1986, n. 5050, in *Foro it.* 1987, I, c. 93.

¹⁷³ Come è stato efficacemente descritto, «l'attore in risoluzione che rifiuta l'adem-

ferta, anche informale (art. 1220 c.c.), dell'adempimento impedisce che un atto unilaterale di risoluzione, inefficace al momento del suo compimento, produca successivamente lo scioglimento del rapporto contrattuale in seguito al protrarsi dell'inerzia del debitore.

La tesi della c.d. "cristallizzazione" delle rispettive posizioni – pur autorevolmente sostenuta¹⁷⁴ – appare, in concreto, poco funzionale agli interessi dei contraenti. Posto che per la dichiarazione di risoluzione manifestamente priva dei suoi requisiti sostanziali fonda la responsabilità contrattuale di chi l'ha emanata, l'altro contraente, pur non potendo liberarsi coattivamente della propria obbligazione, può offrirla per dimostrare la propria fedeltà al programma negoziale e contestare che il contratto si sia sciolto. Nel caso in cui preferisca, invece, l'inerzia, tale atteggiamento varrà a confermare e perfezionare l'eventuale carenza di presupposti sostanziali dell'atto unilaterale di risoluzione e dell'eventuale successiva domanda di accertamento.

11.2. *Preclusione di adempimento tardivo e previsioni eccezionali di termine "di grazia": il caso della locazione ad uso abitativo*

Se, dunque, è ormai pacifico che la norma dell'art. 1453, terzo comma, c.c. non preclude il diritto del creditore di rifiutare l'adempimento tardivo e risolvere il contratto, occorre chiedersi la ragione di una simile formulazione letterale, che effettivamente consente di giustificare l'interpretazione precedente alla rilettura compiuta dalle Sezioni Unite. In tal senso, una valutazione dell'evoluzione storica dell'istituto della risoluzione, con particolare riferimento alla differente disciplina contenuta nel Codice del 1865 e nel Codice di Commercio del 1882, fino all'unificazione normativa compiuta col Codice del 1942, consente di ap-

pimento del debitore durante il processo fa una scommessa con se stesso: che il giudice valuti di non scarsa importanza l'inadempimento. Se perde questa scommessa, vede rigettare la domanda di risoluzione, ed anzi sarà lui giudicato inadempiente nel caso in cui si sia astenuto dall'adempire a causa della pretesa inadempienza della controparte. Invece, il convenuto in risoluzione, avendo fatto offerta della prestazione, si è posto in zona di sicurezza ed ha evitato che, una volta respinta la domanda di risoluzione, egli possa essere giudicato *ex post* inadempiente»: U. CARNEVALI, *La risoluzione*, cit., pp. 101-102.

¹⁷⁴ G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 231, secondo cui «così come il contraente infedele non può più adempire dopo la domanda, del pari tale effetto vale anche a suo favore ove il ritardo non fosse grave, nel senso di non potersi computare a suo carico il tempo successivo che egli non può utilizzare per l'adempimento».

prezzare il significato della norma soprattutto come esplicitazione della definitiva abrogazione della possibilità del giudice di concedere al debitore inadempiente un termine per la sanatoria della morosità durante il giudizio di risoluzione.

Si è già precedentemente esposto¹⁷⁵ che l'impostazione preferita dal Codice di Commercio – che aveva escluso ogni previsione di concessione giudiziale di un termine per l'adempimento tardivo – aveva indotto la giurisprudenza¹⁷⁶ a restringere il campo applicativo del termine di grazia anche nell'ambito delle obbligazioni civili e a qualificare l'istituto come "eccezionale". Tale orientamento agevolò certamente la scelta del legislatore del '42 di espungere definitivamente un siffatto potere discrezionale e di vietare espressamente che il giudice potesse consentire un adempimento tardivo del debitore, successivo alla proposizione della domanda di risoluzione del contratto. Una tale scelta fu definitivamente sancita proprio mediante la previsione dell'art. 1453, terzo comma, c.c., che, stabilendo l'impossibilità del debitore di adempiere nel giudizio di risoluzione, pone un precetto normativo rivolto al giudice e finalizzato a precludergli ogni potere discrezionale di concessione al debitore di un termine per la sanatoria del ritardo o per il perfezionamento dell'adempimento inesatto. Il divieto di adempimento nel corso del giudizio di risoluzione non significa, quindi, *a contrario* che il debitore abbia il "diritto" di adempiere prima del giudizio – così come la giurisprudenza aveva precedentemente ritenuto fino alla svolta del 1985 e alle successive pronunce delle Sezioni Unite del 1997 – ma che neppure il giudice può autorizzare l'adempimento tardivo al quale il creditore non abbia più interesse.

In tal senso, le norme speciali, che prevedono la possibilità di sanatoria giudiziale della morosità, devono essere ritenute di natura *eccezionale*, proprio in quanto derogatorie rispetto alla regola generale dell'art. 1453, terzo comma, c.c. Gli esempi più noti e oggetto di più frequenti applicazioni consistono nell'art. 5, l. n. 392/1978 (in materia di locazioni ad uso abitativo) e nell'art. 5, l. n. 203/1982 (in tema di contratti agrari).

L'art. 5, l. 27 luglio 1978, n. 392, stabilisce che «salvo quanto previsto

¹⁷⁵ *Supra*, Cap. I, par. 5.

¹⁷⁶ Cass., sez. un., 30 luglio 1930, *Giur. it.*, 1930, I, c. 1104, secondo cui «nella materia civile il caso in cui il giudice possa, accordando al convenuto una dilazione, attraversare la determinazione dell'attore optando per la risoluzione [...] è un caso di eccezione [...] e ciò basta perché resti confermata la regola contraria».

dall'art. 55¹⁷⁷, il mancato pagamento del canone decorsi venti giorni dalla scadenza prevista, ovvero il mancato pagamento, nel termine previsto, degli oneri accessori quando l'importo non pagato superi quello di due mensilità del canone, costituisce motivo di risoluzione, ai sensi dell'art. 1455 del codice civile». Mentre il riferimento finale al principio di non scarsa importanza deve essere interpretato – come si è visto¹⁷⁸ – come tipizzazione dell'inadempimento idoneo a determinare la risoluzione del contratto, l'inciso iniziale costituisce la deroga alla previsione dell'art. 1453, terzo comma, c.c., poiché la facoltà del conduttore di sanare la morosità (in udienza o nel termine concesso dal giudice) assurge a fatto impeditivo del diritto del locatore alla risoluzione del rapporto contrattuale: diritto che sorge, sul piano sostanziale, nel momento in cui l'inadempimento assume le caratteristiche quantitative e temporali indicate nell'art. 5.

Il combinato disposto degli artt. 5 e 55, l. 27 luglio 1978, n. 392, preclude l'ordinario ambito applicativo degli istituti di risoluzione automatica e, in particolare, della clausola risolutiva espressa¹⁷⁹, poiché, aven-

¹⁷⁷ La norma stabilisce che «la morosità del conduttore nel pagamento dei canoni o degli oneri di cui all'art. 5 può essere sanata in sede giudiziale per non più di tre volte nel corso di un quadriennio se il conduttore alla prima udienza versa l'importo dovuto per tutti i canoni scaduti e per gli oneri accessori maturati sino a tale data, maggiorato degli interessi legali e delle spese processuali liquidate in tale sede dal giudice.

Ove il pagamento non avvenga in udienza, il giudice, dinanzi a comprovate condizioni di difficoltà del conduttore, può assegnare un termine non superiore a giorni novanta.

In tal caso rinvia l'udienza a non oltre dieci giorni dalla scadenza del termine assegnato.

La morosità può essere sanata, per non più di quattro volte complessivamente nel corso di un quadriennio, ed il termine di cui al secondo comma è di centoventi giorni, se l'inadempimento, protrattasi per non oltre due mesi, è conseguente alle precarie condizioni economiche del conduttore, insorte dopo la stipulazione del contratto e dipendenti da disoccupazione, malattie o gravi, comprovate condizioni di difficoltà.

Il pagamento, nei termini di cui ai commi precedenti, esclude la risoluzione del contratto».

¹⁷⁸ *Supra*, par. 8.1.

¹⁷⁹ Infatti, avendo il legislatore, con l'art. 5, determinato l'inadempimento necessario per la risoluzione della locazione, sotto il vigore dell'art. 79, l. n. 392/1978, che comminava la nullità di ogni pattuizione «*diretta ... ad attribuire [al locatore un] vantaggio in contrasto con le disposizioni*» della stessa legge, non era consentito di dubitare fondatamente della nullità della clausola risolutiva espressa, che avesse attribuito al locatore la facoltà di ottenere la risoluzione automatica del contratto per un

do il conduttore la facoltà di sanare il proprio inadempimento nelle forme e nei termini dell'art. 55, la dichiarazione del locatore di volersi avvalere della clausola (e, pertanto, di intendere risolto in contratto) in presenza dell'inadempimento della controparte, non estingue immediatamente ed efficacemente il rapporto contrattuale, ma rimette la permanenza del medesimo al comportamento del conduttore, il quale, sanando in giudizio la morosità, ha il potere di far caducare l'efficacia del recesso esercitato dal locatore ai sensi dell'art. 1456 c.c. La giurisprudenza¹⁸⁰ ha stabilito, che, qualora il locatore dichiari di volersi avvalere della c.r.e., l'efficacia del recesso rimane *sospesa* sino alla prima udienza del giudizio per convalida di sfratto instaurato dal locatore e fino alla scadenza dell'eventuale termine di grazia concesso dal giudice. Pertanto, il duplice rilievo concernente, da una parte, l'onere del locatore di instaurare un giudizio per far valere la morosità e vedersi riconoscere il legittimo esercizio della clausola risolutiva espressa, e, dall'altra, la possibilità della definitiva inefficacia del recesso impugnatorio per effetto della sanatoria giudiziale della morosità, pone in evidenza la assai ristretta utilità pratica di siffatta clausola, che dalla sua genetica natura di strumento negoziale di risoluzione automatica del contratto degrada

inadempimento di rilevanza (quantitativa o temporale) *inferiore* rispetto a quella tipizzata dall'art. 5. Nel senso della nullità della clausola risolutiva espressa per ritenuto contrasto con l'art. 79, cfr. Pret. Milano, 9 ottobre 1997, in *Arch. loc.*, 1998, p. 108. Non poteva dubitarsi, invece, che le parti potessero validamente, non ostando in quel caso la previsione dell'art. 79, innalzare il *quantum* dell'inadempimento rilevante ai fini della risoluzione del contratto, così da garantire ulteriormente al conduttore la stabilità del rapporto contrattuale pur a fronte di una più incisiva violazione dell'obbligazione principale connessa al sinallagma contrattuale.

Senonché, in seguito all'entrata in vigore della l. 9 dicembre 1998, n. 431 – la quale, da una parte, ha abrogato l'art. 79, l. n. 392/1978 limitatamente alle locazioni abitative (art. 14), e, dall'altra, ha comminato la sanzione di nullità delle sole clausole contrattuali volte *ad attribuire al locatore un canone superiore a quello contrattualmente stabilito* (art. 13) – anche la norma dell'art. 5 deve ritenersi essere divenuta norma “dispositiva”, alla quale le parti (autonomamente o sulla base di quanto stabilito nei contratti-tipo) possono derogare, configurando margini di morosità anche più ridotti rispetto a quelli previsti dal legislatore, ma parimenti rilevanti, ai sensi dell'art. 1456 c.c., ai fini della risoluzione del rapporto contrattuale, con esclusione di ogni sindacato giudiziale sul margine di morosità qualificata come grave.

Sul rapporto tra art. 5, l. 27 luglio 1978, n. 392, e clausola risolutiva espressa, sia consentito il rinvio a M. PALADINI, *Clausola risolutiva espressa e nuova disciplina delle locazioni di immobili adibiti a uso abitativo (legge n. 431 del 1998)*, in *Arch. loc. cond.*, 1999, p. 23 ss.

¹⁸⁰ Cass., 16 novembre 1994, n. 11284, in *Rass. locazioni e condominio*, 1994, p. 48; Cass., 9 febbraio 1998, n. 1316, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3600.

a fattispecie di recesso impugnatorio ad accertamento giudiziale necessario.

Peraltro, sebbene la riforma di cui alla l. n. 431/1998 abbia restituito alle parti, entro i limiti fissati dalla legge, una più ampia autonomia negoziale nel settore delle locazioni abitative, si può escludere che la libera determinazione del contenuto del contratto possa spingersi fino alla deroga pattizia all'art. 55 che – secondo quanto già affermato dalla Suprema Corte – contiene disposizioni di ordine pubblico¹⁸¹ applicabili sia nel procedimento speciale per convalida di sfratto per morosità (art. 658 c.p.c.), sia nel procedimento ordinario locatizio (art. 447 *bis* ss. c.p.c.)¹⁸².

¹⁸¹ Così, in termini, Cass., 27 novembre 1986 n. 6995, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2831.

¹⁸² Un significativo restringimento dell'ambito di operatività dell'art. 55 sarebbe potuto derivare, infatti, dal consolidamento dell'orientamento giurisprudenziale, che, per lungo tempo, ha limitato l'applicazione della sanatoria della morosità al solo procedimento per convalida di sfratto *ex* art. 658 c.p.c., escludendo che esso potesse essere esperito, invece, nell'ambito di un giudizio ordinario di risoluzione del contratto di locazione: in tal senso, Cass., 7 agosto 1996, n. 7253, in *Arch. loc.*, 1996, p. 891; Cass., 20 novembre 1994, n. 10202, *ivi*, 1995, p. 447. Tale orientamento trovava autorevole fondamento nelle argomentazioni svolte, a suo tempo, dal giudice delle leggi (Corte cost., 22 gennaio 1992, n. 2, in *Arch. loc.*, 1992, p. 28) il quale aveva ritenuto ragionevole (e, dunque, costituzionalmente legittimo) che, da una parte, il locatore, il quale avesse adito il procedimento speciale per convalida di sfratto, vedesse contrapposte alle proprie esigenze di celerità processuale (e di rapido ottenimento di un titolo esecutivo) il potere del conduttore di paralizzare la richiesta di sfratto con la sanatoria giudiziale della morosità; e che, invece, dall'altra, il locatore, che avesse rinunciato a scorciatoie processuali, preferendo instaurare il giudizio ordinario di risoluzione contrattuale, potesse far valere la preclusione di adempimento tardivo prevista dall'art. 1453, terzo comma, c.c. Tale impostazione aveva suscitato perplessità alla luce della riforma del codice di procedura civile, che (introducendo, nella materia delle locazioni, un rito modellato sul processo del lavoro, ispirato al principio di concentrazione, nonché l'esecutorietà della sentenza di primo grado) sembrava compromettere la coerenza delle argomentazioni costituzionali sopra esposte, fondate sulla rigida dicotomia degli schemi processuali. Proprio in considerazione della riforma del codice di procedura civile, contenuta nella l. 26 novembre 1990, n. 353, fu nuovamente sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 55, l. 27 luglio, n. 78, «nella parte in cui limita la possibilità di sanare in giudizio la morosità e ad impedire la risoluzione del contratto nel solo procedimento per convalida di sfratto per morosità e non anche nel giudizio ordinario di risoluzione per inadempimento» (Pret. Napoli, ord. 29 ottobre 1997, in *Arch. loc.*, 1998, p. 33) e la Corte costituzionale, in tal caso, mutando, tuttavia, il proprio precedente orientamento, ha sancito che «è possibile interpretare l'art. 55 della l. n. 392/1978 nel senso che la sanatoria della morosità sia ammessa non solo nel procedimento per convalida di sfratto, [...] ma anche nel giudizio ordinario di risoluzione». La Corte di Cassazione si è immediatamente adeguata al nuovo pronunciamento della Corte Costituzionale, affermando

La natura eccezionale della deroga all'art. 1453, terzo comma, c.c. è stata confermata dall'orientamento espresso dalle Sezioni Unite¹⁸³, secondo cui la sanatoria dell'art. 55 trova applicazione esclusivamente nelle locazioni ad uso abitativo e non può essere estesa alla materia delle locazioni ad uso diverso, per le quali, pertanto, varrà il divieto generale di adempimento durante il giudizio di risoluzione.

Si può affermare, quindi, che la facoltà di sanatoria della morosità nel corso del giudizio non determini la natura giudiziale della risoluzione, ma si limiti a condizionare sospensivamente gli effetti della dichiarazione di risoluzione alla mancata sanatoria da parte del debitore (ovvero alla mancata richiesta del termine o alla mancata concessione del medesimo da parte del giudice). Resta salvo, peraltro, il diritto del locatore di rifiutare il tardivo adempimento del conduttore, prima dell'instaurazione del giudizio di risoluzione, nei casi in cui non sussista il diritto del conduttore di richiedere ulteriori sanatorie della morosità (art. 55, quarto comma, l. 27 luglio 1978, n. 392).

11.3. (Segue). *Il termine "di grazia" nel contratto di affitto agrario*

L'art. 5, l. n. 230/1982, ha introdotto una normativa *speciale* in materia di risoluzione per inadempimento di affitto di fondi rustici, stabilendo che «la risoluzione del contratto di affitto a coltivatore diretto può essere pronunciata nel caso in cui l'affittuario si sia reso colpevole di grave inadempimento contrattuale, particolarmente in relazione agli obblighi inerenti al pagamento del canone, alla normale e razionale coltivazione del fondo, alla conservazione e manutenzione del fondo medesimo e delle attrezzature relative, alla instaurazione di rapporti di subaffitto o di subconcessione». A sua volta, il terzo comma del medesimo art. 5 stabilisce che «prima di ricorrere all'autorità giudiziaria, il locatore è tenuto a contestare all'altra parte, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, l'inadempimento e ad illustrare le proprie motivate richieste. Ove il conduttore sani l'inadempimento entro tre mesi dal ricevimento di tale comunicazione, non si dà luogo alla risoluzione del contratto»¹⁸⁴. Con specifico riferimento

che la facoltà di sanatoria può essere esercitata anche nel giudizio ordinario di cognizione (sentenza 24 febbraio 2000, n. 2087, in *Mass. Giur. it.*, 2000).

¹⁸³ Cass., sez. un., 28 aprile 1999, n. 272, in *Arch. loc.*, 1999; in *Contratti*, 1999, p. 670, con nota di S. GIOVE; in *Mass. Giur. it.*, 1999; *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1295, con nota di N. IZZO; in *Riv. giur. edil.*, 1999, I, p. 723.

¹⁸⁴ Anche nella precedente legislazione di proroga degli affitti di fondi rustici, era

all'inadempimento dell'obbligo di pagamento del canone, il successivo art. 46, l. 3 maggio 1982, n. 203, non contempla la possibilità del pagamento del convenuto in udienza – come previsto, invece, dall'art. 55, primo comma, l. n. 23 luglio 1978, n. 392 – e, di conseguenza, la concessione del termine di grazia è doverosa¹⁸⁵.

La presenza del termine di grazia e la necessità di valutare anche la sola caratteristica sanabile¹⁸⁶ o no dell'inadempimento ha indotto parte della dottrina¹⁸⁷ a ritenere imprescindibile che la risoluzione del contratto derivi da una pronuncia costitutiva dell'autorità giudiziaria. Invero, la procedura di sanatoria può essere posta in correlazione con la tipizzazione di alcune ipotesi di inadempimento nell'ambito dell'art. 5, l. 3 maggio 1982, n. 203, per la quale si è posto il problema della tassatività (o no) dell'elencazione di inadempimenti previsti dalla norma¹⁸⁸. Potendo escludere che il legislatore abbia inteso compiere, con pretese di

prevista la possibilità della sanatoria giudiziale della morosità: art. 4, quinto comma, l. 10 dicembre 1973, n. 814, sulla cui controversa interpretazione, v. D. BELLANTUONO, *Contrasto giurisprudenziale sulla purgazione della morosità dell'affittuario di fondo rustico*, in *Foro it.*, 1979, I, c. 985 ss.

¹⁸⁵ C. CONSOLO, in *Commentario*, a cura di A. Carrozza-A. Massart-L. Costato, cit., *sub* art. 46, pp. 1511-1512.

¹⁸⁶ È pacifico, infatti, che quando la violazione contrattuale sia irreversibile, tale, cioè, da impedire la medesima sanatoria, o configuri addirittura un reato in danno del concedente, quest'ultimo ha diritto alla risoluzione del contratto senza onere di contestazione e possibilità di sanatoria: Cass., 3 aprile 2013, n. 8099, in *Mass. Giust. civ.*, 2013.

¹⁸⁷ In questo senso, R. ALESSI, *Autonomia privata e rapporti agrari*, Jovene, Napoli, 1982, p. 252.

¹⁸⁸ Nel senso della "esemplificatività" – che valorizza l'argomento letterale, secondo cui l'avverbio "particolarmente" non si spiegherebbe se non alla luce del carattere esemplificativo della elencazione contenuta nell'art. 5, secondo comma, l. 3 maggio 1982, n. 203 – R. ALESSI, *Autonomia privata*, cit., p. 249, nota 215; M. LIPARI, *La gravità dell'inadempimento nella risoluzione dei contratti agrari: criteri di valutazione e pretesa tassatività delle ipotesi previste dall'art. 5 L. n. 203/82*, in *Giur. agr. it.*, 1989, II, p. 46 ss.; L. PETRELLI, *Affitto di fondo rustico*, cit., p. 732. Nel senso della "tassatività", A. MASSART, *sub* art. 5, cit., p. 1324; M. CLAPS, *Recesso dal contratto di affitto e casi di risoluzione*, in *La riforma dei contratti agrari*, a cura di C. A. Graziani-P. Recchi-L. Francario, 1982, p. 40; F. LAZZARO, *Risoluzione per grave inadempimento*, in *Nuovo dir. agr.*, 1985, p. 503; G. Busetto, *Tassatività delle cause di risoluzione del contratto di affitto*, in *Riv. dir. agr.*, 1987, II, pp. 412-414; D. BELLANTUONO, *Mutamento dell'ordinamento colturale da parte dell'affittuario risoluzione del contratto*, *ivi*, 1987, II, p. 21; M.R. D'ADDEZIO, *L'eguaglianza tra le parti nell'affitto di fondo rustico*, Napoli, 1984, p. 112; G. CUCCURU, *Inadempimento e risoluzione nei contratti agrari*, in *Riv. dir. agr.*, 1986, II, p. 101.

esaustività, una predeterminazione delle uniche ipotesi nelle quali lo squilibrio nell'esecuzione del contratto potesse indurre a ritenere legittimo il ricorso al rimedio risolutivo, l'equilibrio del sistema può essere rinvenuto, ritenendo che alle ipotesi di inadempimento espressamente menzionate nell'art. 5, l. 3 maggio 1982, n. 203, dovrà applicarsi la procedura di contestazione finalizzata alla possibile sanatoria che precluda la risoluzione¹⁸⁹.

Inoltre, il procedimento di contestazione (art. 5, terzo comma) non rappresenta una disposizione di carattere generale ed è dettato con specifico riferimento alle sole ipotesi di risoluzione contrattuale previste dal secondo comma; conseguentemente, allorquando l'inadempimento consista nella violazione di un'obbligazione sancita da una diversa disposizione normativa, non sussiste l'onere della previa contestazione dell'inadempimento, come, ad esempio, nell'ipotesi di mancata attuazione del piano di sviluppo aziendale finalizzato alla realizzazione di una «unità produttiva idonea», la cui sussistenza è presupposto indispensabile – secondo l'art. 31, l. n. 203/1982¹⁹⁰ – per la conversione in affitto del contratto associativo¹⁹¹. La contestazione dell'inadempimento, ex art. 5, terzo comma, l. n. 203/1982, mira a consentire – per ragioni di tutela conserva-

¹⁸⁹ La sanatoria di cui all'art. 5, terzo comma, l. n. 203/1982, non trova applicazione, invece, relativamente a quegli inadempimenti che, violando la base fiduciaria del rapporto, non potrebbero essere suscettibili di alcuna sanatoria: Cass., 29 novembre 1984, n. 6255, cit.; Cass., 13 giugno 1985, n. 3554, cit. *Contra*, Trib. Macerata, sez. spec. agr., 21 giugno 1989, in *Giur. agr. it.*, 1989, II, p. 687, con nota critica di M. PERFETTI.

¹⁹⁰ L'art. 31 stabilisce, infatti, che la conversione del contratto di mezzadria, colonia, compartecipazione o soccida in affitto, prevista dall'art. 25, abbia luogo soltanto «qualora il fondo o il podere oggetto del contratto associativo costituisca un'unità produttiva idonea a consentire, per condizioni obiettive di redditività o produttività, la formazione di una impresa agricola valida sotto il profilo tecnico ed economico», precisando successivamente che «per unità produttiva idonea deve intendersi quella capace di assicurare, alla data della conversione, una produzione annuale media, dedotte le spese di coltivazione, escluse quelle di manodopera, pari almeno alla retribuzione annuale di un salariato fisso occupato in agricoltura, quale risulta dai patti sindacali vigenti nella zona».

L'accertamento della «idoneità» dell'unità produttiva (al cui raggiungimento concorrono anche gli altri fondi condotti a qualsiasi titolo dal concessionario e, nel caso di cui all'art. 33, anche gli appezzamenti che compongono l'azienda pluripoderale per i quali venga richiesta la conversione) è demandato all'Ispettorato provinciale dell'agricoltura, il cui accertamento, avendo ad oggetto lo stato attuale del fondo, ha natura esclusivamente tecnica.

¹⁹¹ Cass., 1 agosto 1995, n. 8386, in *Riv. dir. agr.*, 1997, II, p. 136 ss., con nota di M. PALADINI.

tiva dei contratti funzionali all'esercizio delle imprese agricole – un recupero dell'equilibrio nella corrispettività delle prestazioni. Quando, invece, una determinata condotta dell'affittuario rappresenti l'oggetto di una determinazione dell'autorità amministrativa, costituente il mero presupposto per la conversione del rapporto contrattuale in affitto, deve escludersi che l'applicabilità del procedimento che consente la riparazione dell'inadempimento e la risoluzione si verifica immediatamente sul piano sostanziale¹⁹², potendo essere demandato al giudice, in caso di contestazione tra le parti, soltanto il mero accertamento dell'effetto giuridico estintivo.

Anche nel caso dei contratti agrari, pare potersi escludere, quindi, che lo speciale sistema derivante dall'aggravamento-tipizzazione delle ipotesi di inadempimento e dalla previsione della facoltà di sanatoria giudiziale da parte dell'affittuario imponga di qualificare il procedimento di risoluzione come necessariamente giudiziale. Anche in tali situazioni, infatti, la dichiarazione unilaterale di scioglimento del contratto può costituire oggetto di una valutazione *a posteriori* concernente la sussistenza delle oggettive caratteristiche dell'inadempimento e il raggiungimento dei margini di gravità enunciati dal legislatore. Anche nell'ipotesi di prevista possibilità di sanatoria giudiziale, la natura automatica della risoluzione presenta l'unica peculiarità di risultare sospensivamente subordinata, quanto all'efficacia, alla mancata riparazione delle prestazioni gravanti sull'affittuario.

¹⁹² In tale speciale ipotesi, pertanto, non occorre neppure la dichiarazione di risoluzione da parte del concedente, posto che la condotta inosservante del coltivatore si pone in relazione ad un provvedimento amministrativo di determinazione delle condizioni tecniche per la conversione del rapporto associativo; pertanto deve ritenersi che la sopravvenuta mancanza di un presupposto costitutivo del diritto fatto valere dal coltivatore determini l'automatica caducazione del rapporto stesso.

CAPITOLO TERZO

L'ATTO UNILATERALE DI RISOLUZIONE NEI SINGOLI CONTRATTI

SOMMARIO: 1. L'atto unilaterale di risoluzione nella compravendita: la vendita di beni altrui e l'evizione. – 1.1. (*Segue*). Vizi, mancanza di qualità, *aliud pro alio*. – 2. La risoluzione della vendita di beni di consumo. – 3. Il contratto di appalto. – 4. I contratti di durata – 5 La risoluzione per inadempimento della donazione modale – 6. Il recesso impugnatorio come rimedio ordinario alle alterazioni anomale della vicenda contrattuale: gli esempi della successione nel contratto e della presupposizione.

1. *L'atto unilaterale di risoluzione nella compravendita: la vendita di beni altrui e l'evizione*

Se la risoluzione ordinaria prevista nella parte generale del Codice Civile (art. 1453 ss. c.c.) può essere interpretata e applicata come atto unilaterale di natura sostanziale, occorre verificare se la stessa ricostruzione possa essere estesa alle ipotesi speciali di risoluzione per inadempimento previste nella disciplina dei singoli contratti.

A tal proposito, occorre preliminarmente rammentare – come la dottrina ha già messo in luce¹ – che in alcuni rilevanti contratti speciali (particolarmente significativi per la rilevanza economica e sociale degli interessi delle parti) il recesso impugnatorio costituisce la modalità ordinaria di scioglimento del rapporto contrattuale in conseguenza di modificazioni del sinallagma o, più in generale, di fatti sopravvenuti che inducono una parte a ricorrere al rimedio del recesso apprestato dalla legge. Basti pensare, prima di ogni altro, al contratto di lavoro subordinato², nel quale alle inadempienze del lavoratore il datore di lavoro

¹ G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti – Appunti da una ricerca*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, cit., p. 1.

² Nell'amplissima bibliografia sul tema – che prende le mosse dall'opera di G.F.

ro può reagire sul piano sostanziale, con l'atto unilaterale di recesso che, a seconda dei casi, può richiedere il presupposto della giusta causa (art. 2119 c.c.) o del giustificato motivo (art. 2, l. n. 604/1966). Ma si pensi, altresì, alla rilevanza del recesso impugnatorio nella disciplina del contratto di società e, in particolare, alle ipotesi di esclusione del socio per gravi inadempienze nelle società di persone (art. 2286 c.c.)³ e, più recentemente, anche nelle società a responsabilità limitata (art. 2473 *bis* c.c.)⁴.

Tra i contratti nei quali, invece, la risoluzione viene tradizionalmente ricondotta al presunto modello giudiziale, viene in evidenza, anzitutto, il contratto di compravendita, sia per la rilevanza e diffusione della fattispecie contrattuale, sia per la maggiore analiticità della disciplina normativa, che ha storicamente ispirato l'astrazione normativa della parte generale del contratto e dell'obbligazione. Un'eventuale incompatibilità strutturale tra la natura sostanziale della risoluzione e l'inadempimento della compravendita può essere già esclusa semplicemente sulla base di quanto attuato in altri ordinamenti – come ad esempio, quello tedesco – ove il rimedio del recesso di tipo impugnatorio si trova espressamente codificato⁵.

Nell'ambito della compravendita una disciplina particolare si rinvie-

MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1962 – si rinvia a M.V. BALLESTRERO, *Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento*, in *La disciplina dei licenziamenti*, a cura di F. Carinci, Jovene, Napoli, 1991, p. 97, e alla chiara sintesi di M. TIRABOSCHI, *Categorie civilistiche e recesso unilaterale: il contratto di «lavoro subordinato»*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Giuffrè, Milano, 1994, p. 1031 ss.

³ Sul punto, E. DEL PRATO, *Ai confini della risoluzione per inadempimento*, *Contratti*, 2013, 7, p. 654, sottolinea che la previsione normativa dimostra la tendenziale espansione del rimedio risolutivo oltre i limiti della corrispettività.

Sulla nozione di “esclusione dal contratto” e sui rapporti con la risoluzione, P. IAMICELI, *L'esclusione dal contratto*, Giappichelli, Torino, 2012 e, sul punto, anche la recensione di A. RENDA, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 2, p. 607 ss.

⁴ Anche le ipotesi convenzionali, che l'atto costitutivo può elevare a cause di esclusione del socio, devono consistere, invero, in inadempimenti dei doveri sociali o in ipotesi di impossibilità sopravvenuta del loro adempimento: così, F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. GALGANO, XXIX, Cedam, Padova, 2004, p. 494.

Per un quadro generale sull'estesa rilevanza del recesso nella disciplina delle società di capitali in seguito alla riforma del 2003, C. GRANELLI, *Il recesso del socio nelle società di capitali alla luce della riforma societaria*, in *Società*, 2004, 2, p. 143 ss.

⁵ Sul punto, il recente e lucido contributo di R. CALVO, *Vendita e rimedi nel diritto tedesco. Dalla «garanzia» all'inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 297 ss.

ne, in primo luogo, con riguardo alla vendita di bene totalmente o parzialmente altrui (artt. 1479-1480 c.c.), di cui l'art. 1459 del Codice abrogato predicava la nullità⁶; all'evizione totale o parziale (artt. 1483-1484 c.c.); ai vizi della cosa e alla mancanza di qualità essenziali o promesse (artt. 1490, 1492, 1497 c.c.)⁷.

Nel caso di vendita di bene altrui⁸, il Codice distingue a seconda che l'acquirente conoscesse o ignorasse l'altruità della *res*. Nel primo caso – com'è noto – dalla vendita deriva l'effetto obbligatorio per il venditore di far acquistare la proprietà al compratore acquistando il bene dal terzo titolare. Nel secondo caso, invece, si configura un vero e proprio inadempimento, perché l'acquirente vede disatteso il proprio affidamento di ottenere la proprietà della cosa come effetto immediato della stipulazione del contratto (art. 1376 c.c.): il compratore, dunque, «può chiedere la risoluzione del contratto» fino al momento in cui il venditore non sia riuscito a fargli acquistare la proprietà del bene (art. 1479, primo comma, c.c.)⁹. In tal caso, quindi, siamo in presenza della lesione dell'in-

⁶ Già la dottrina riteneva, tuttavia, che – tenuto conto della previsione normativa per la quale «la nullità stabilita da questo articolo non si può mai opporre dal venditore» (art. 1459, ult. comma, c.c. 1865) – la vendita della cosa altrui non fosse nulla, bensì annullabile: T. CUTURI, *Della vendita, della cessione e della permuta*, Marghieri, Napoli, 1906, p. 27.

⁷ Per un'analisi delle varie figure in relazione alla risoluzione in generale, nonché delle ipotesi di recesso "impugnatorio" nella compravendita, F. DELFINI, *Lo scioglimento unilaterale del contratto di compravendita immobiliare*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Giuffrè, Milano, 1994, p. 156.

⁸ Per un'analisi dei vari aspetti della fattispecie, E. RUSSO, *Della vendita. Disposizioni Generali. Delle obbligazioni del venditore – Artt. 1471-1482*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger-F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2013, p. 137 ss.

⁹ Cfr. Cass., 29 settembre 2000, n. 12953, in *Contratti*, 2001, p. 244, con nota di C. ROMEO, secondo cui «il diritto di chiedere la risoluzione del contratto non è precluso all'acquirente consapevole dell'alienità (o parziale alienità) della cosa al momento della conclusione del contratto, essendo tale diritto riconducibile alla mancata attuazione dell'effetto traslativo, cioè all'inadempimento di una delle obbligazioni principali ed essenziali del venditore, ovvero quella di far acquistare al compratore la proprietà della cosa o il diritto, così come prescrive l'art. 1476, n. 2, c.c. Tuttavia, il diritto dell'acquirente consapevole dell'altruità della cosa venduta alla risoluzione ed al risarcimento del danno è subordinato all'avvenuto decorso di un termine (fissato dal contratto o dal giudice) entro il quale il venditore deve procurarsi la titolarità del bene venduto».

La giurisprudenza successiva (Cass., 23 febbraio 2001, n. 2656, in *Mass. Giur. it.*, 2001) ha specificato che, nel caso di cui all'art. 1479 c.c., il compratore o il promissario acquirente perde il diritto di agire subito per la risoluzione, se, prima della domanda, il venditore ha sanato il proprio inadempimento, acquistando direttamen-

teresse del compratore a conseguire la proprietà in seguito alla stipulazione del contratto e deve ammettersi che il compratore stesso possa esperire le più immediate forme di tutela, non appena accortosi di aver pagato il prezzo (o di essersi obbligato a farlo) a fronte del mancato acquisto del diritto.

L'obiettivo valutazione comparativa delle situazioni e degli interessi delle parti contraenti induce a escludere, altresì, ragioni tali da imporre al compratore la proposizione della domanda giudiziale per poter ottenere la risoluzione del contratto. Al contrario, la necessità di tutelare il contraente pregiudicato dal mancato acquisto del diritto consente di preferire la qualificazione della risoluzione come atto unilaterale sostanziale e a ritenere, in definitiva, perfettamente compatibile la disciplina dell'art. 1479 c.c. con la natura sostanziale e unilaterale del diritto di risoluzione¹⁰.

Anche nell'ipotesi di vendita di cosa parzialmente altrui, il requisito sostanziale previsto dalla legge come costitutivo del diritto alla risoluzione («quando deve ritenersi, secondo le circostanze che [il compratore] non avrebbe acquistato la cosa senza quella parte di cui non è divenuto proprietario»)¹¹ non è incompatibile – non diversamente dal pre-

te il diritto da parte o procurandone il trasferimento al compratore o al promissario acquirente.

¹⁰ È discusso se la risoluzione prevista dalla norma in esame consista in una “risoluzione *sui generis*” per mancanza dell'inadempimento di un'obbligazione in senso tecnico, oppure su un'ipotesi speciale di risoluzione del contratto di cui all'art. 1453 c.c. Per un'efficace rassegna sulla questione, M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 95 ss., il quale ritiene che «l'art. 1479 c.c. riporta una fattispecie che sarebbe comunque rientrata nell'ambito della risoluzione per inadempimento, alla luce delle regole generali di questo istituto. La specificità della disposizione consiste nell'aver codificato l'importanza che connota l'inadempimento ai fini della risolvibilità del contratto e pertanto rappresenta l'obiettivo principale del giudizio discrezionale del giudice». Si tratterebbe, cioè, di una “tipizzazione” del requisito di non scarsa importanza dell'inadempimento (art. 1455 c.c.), senza sottrazione della discrezionalità giudiziale (*supra*, parr. 8-8.1).

¹¹ Cfr. Cass., 29 marzo 1996, n. 2892, in *Contratti*, 1996, p. 393, secondo cui il compratore può chiedere la risoluzione del contratto solo se, quando lo ha concluso, ignorava che la cosa era parzialmente altrui e possa ritenersi, secondo le circostanze, che non avrebbe acquistato il bene senza la parte di cui non è divenuto proprietario, quindi, ove difettino uno o entrambi i presupposti, può solo chiedere la riduzione del prezzo *ex art.* 1480 c.c.

Secondo D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo. Vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1971, p. 375, il giudizio di supposizione, circa ciò che l'acquirente avrebbe fatto se avesse saputo della parziale alienità del bene, dovrebbe essere condotto secondo quanto disposto dall'art. 1419 c.c. in tema

supposto della non scarsa importanza dell'inadempimento (art. 1455 c.c.)¹² – con un accertamento giudiziale da compiersi *ex post* e, pertanto, consente di ritenere parimenti che la risoluzione possa essere esercitata dal compratore mediante atto unilaterale con effetti sostanziali.

La natura sostanziale della risoluzione della compravendita di bene totalmente o parzialmente altrui non è inficiata neppure dalla speciale previsione di cui all'art. 1482 c.c., ove la facoltà del compratore di far fissare dal giudice un termine per la liberazione della cosa venduta dalle garanzie reali o dai vincoli derivanti da pignoramento o da sequestro, non dichiarati dal venditore e dal compratore stesso ignorati (secondo comma), configura una particolare diffida ad adempiere *di necessaria intimazione giudiziale*¹³, la cui scarsa applicazione dimostra la maggiore

di nullità parziale. Ma, mentre nell'art. 1419 si fa riferimento a ciò che avrebbero fatto entrambi i contraenti (ed è minoritaria in giurisprudenza la tesi soggettivista, secondo la quale sarebbe anche in questo caso sufficiente accertare che una sola delle parti non avrebbe concluso il contratto senza la parte o clausola colpita da nullità), nell'art. 1480 il riferimento, per evidenti ragioni, è compiuto solo all'interesse del compratore: tale accertamento della concreta e specifica volontà verrebbe a distinguere la risoluzione di cui all'art. 1480 c.c. dalla disciplina generale (art. 1453 c.c.), ove non si richiede prova particolare. Sul punto, altresì, LUZZATTO, *La compravendita secondo il nuovo codice*, Torino, 1961, 199).

¹² Cfr. G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ.*, vol. IV, t. 3, Utet, Torino, 1968, p. 58, secondo cui l'accertamento della volontà del compratore deve essere compiuto alla luce del contenuto oggettivo del contratto, con una valutazione non diversa dal giudizio sulla non scarsa importanza dell'inadempimento.

Dinanzi all'inadempimento di una prestazione sicuramente essenziale (il trasferimento al compratore della proprietà integrale del bene), la risoluzione del rapporto contrattuale è, dunque, un rimedio utilizzabile quando l'acquirente non ottenga utilità dalla parte della cosa che residua a suo vantaggio, essendo predisposto altrimenti uno strumento giuridico – l'azione di riduzione del prezzo – che assolve ugualmente alle esigenze di equità legate allo scambio dei valori economici e, nello stesso tempo, salvaguardare la sussistenza del vincolo. Osserva R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, cit., p. 90, sul punto, che «deve riconoscersi che la tecnica adottata dal codice è meno irriducibile di quanto sembri al modello generale di risoluzione caro alla dottrina dominante. È ovvio che, in mancanza di tali norme (artt. 1480, 1484, 1489), le relative anomalie nella esecuzione del contratto di vendita avrebbero più difficilmente superato quel giudizio di scarsa importanza richiesta dall'art. 1455 e avrebbero più immediatamente condotto, con ogni probabilità, alla risoluzione del contratto».

¹³ Cfr. Cass., 13 giugno 1969, n. 2118, secondo cui la risoluzione può operare solo dopo che sia trascorso inutilmente il termine stabilito dal giudice per liberare la cosa dai vincoli. La dottrina (E. RUSSO, *Della vendita. Disposizioni Generali. Delle obbligazioni del venditore – Artt. 1471-1482*, cit., pp. 249-250) ha recentemente affermato che «questa risoluzione deriva non dalla oggettiva esistenza dei vincoli, ma dalla infruttuosa decorrenza del termine fissato dal giudice. In conseguenza, il rimedio dif-

funzionalità che deriverebbe dalla diretta utilizzazione della diffida di cui all'art. 1454 c.c.¹⁴. Si consideri, inoltre, che – secondo la giurisprudenza¹⁵ – il compratore (nonché il promissario acquirente, stante l'applicabilità della norma anche al contratto preliminare) ha la facoltà e non l'obbligo di chiedere al giudice la fissazione di un termine per la liberazione della *res* dal vincolo, ai sensi dell'art. 1482, primo comma, c.c., ma può pretendere immediatamente la risoluzione del contratto, con l'effetto di precludere al venditore (o al promittente venditore), ai sensi dell'art. 1453, secondo comma, c.c. di attivarsi per ottenere la cancellazione della garanzia.

La fattispecie dell'evizione (totale o parziale) della cosa (artt. 1483-1484 c.c.) è modellata su quella della vendita di bene in tutto o in parte altrui, con l'unica differenza costituita dal mancato esplicito richiamo alla risoluzione del contratto nell'ipotesi di evizione totale, a cui corrisponde il diretto richiamo alle conseguenze restitutorie e risarcitorie di cui all'art. 1479 c.c. Anche in tal caso, tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza¹⁶ non dubitano del diritto del compratore di ottenere la riso-

ferisce sia dalla diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.) perché il termine non è fissato dalla parte ma dal giudice, sia dalla clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), non essendo[ci] la dichiarazione del compratore di volersene avvalere, sia dalla mancata valutazione dell'importanza dell'inadempimento (ex art. 1453 c.c.), assorbita dal provvedimento del giudice con il quale viene fissato il termine per l'adempimento». Non può escludersi, tuttavia, che il giudice possa valutare l'importanza dell'inadempimento al momento in cui è richiesto di fissare il termine per la liberazione dalle garanzie o dai vincoli.

¹⁴ Cfr. D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 384. Secondo G. COTTINO, in P. GRECO-G. COTTINO, *Vendita*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. Scialoja-G. Branca, 2^a ed., Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1981, sub art. 1482, p. 189), la fattispecie è rinvocabile all'ipotesi disciplinata dall'art. 1517 c.c., in tema di vendita di beni mobili.

Osserva criticamente G. OBERTO, *La vendita di cosa gravata da garanzie reali o da altri vincoli*, in *Contratti*, 1995, p. 822, che «la norma in esame è chiara nello stabilire che lo scioglimento del vincolo negoziale ha luogo al momento della scadenza del termine, senza che si renda necessario il compimento di alcun'altra attività, giudiziale o stragiudiziale che sia. Ciò rafforza dunque l'opinione che – a prescindere, lo si ripete, dalle qualificazioni formali – ogni valutazione circa il diritto del compratore di ottenere la risoluzione si risolva in realtà (e, per così dire, “a monte”) in una valutazione sul diritto del compratore di ottenere la fissazione del termine. Questa è, per l'appunto, la sede in cui si discuterà dei presupposti d'applicazione dell'art. 1482 Codice civile: una volta scaduto il termine non rimarrà che accertare se il medesimo sia o meno stato rispettato da parte del venditore; si spiega così anche perché debba ritenersi esclusa ogni possibilità di valutazione, ex art. 1455 Codice civile, della gravità dell'inadempimento».

¹⁵ Cass., 28 maggio 2013, n. 13208, in *De Jure*.

¹⁶ G. COTTINO, *op. ult. cit.*, sub art. 1483, p. 202. Secondo l'Autore, in caso di ven-

luzione della compravendita e ciò, ovviamente, può avvenire con lo strumento della dichiarazione unilaterale con effetti automatici.

Nel caso di evizione parziale, invece, l'art. 1484 c.c. rinvia all'art. 1480 c.c. e, pertanto, al diritto del compratore di risolvere il contratto quando egli non avrebbe acquistato la cosa senza quella parte oggetto dell'evizione¹⁷.

All'ipotesi dell'evizione parziale viene ricondotta, altresì, la fattispecie dell'art. 1489 c.c. (c.d. evizione limitativa), nella quale la cosa venduta è gravata da oneri o da diritti reali o personali non apparenti che ne diminuiscono il libero godimento e non sono stati dichiarati nel contratto: in tal caso, il compratore ha la facoltà di scegliere tra la risoluzione del contratto e la riduzione del prezzo e, allo stesso modo, la risoluzione può essere esercitata mediante atto unilaterale¹⁸.

1.1. (Segue). *Vizi, mancanza di qualità, aliud pro alio*

La disciplina dei vizi nella compravendita è il frutto del combinato disposto dell'art. 1490 c.c. – secondo cui «il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore» – e dell'art. 1492 c.c., che attribuisce, a sua volta, al compratore la scelta tra la risoluzione del contratto e la riduzione del prezzo¹⁹, salvo

dita di cosa individuata, oggetto di evizione totale, il compratore può chiedere l'adempimento quando il venditore venga successivamente ad acquistare la proprietà altrui, ad esempio per successione a causa di morte: «in siffatta ipotesi, non essendosi ancora risolto il contratto né domandata la risoluzione (in quanto si presuppone che il compratore non abbia esercitato l'azione in garanzia), rimane applicabile l'art. 1478 2° comma».

¹⁷ Cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita. Corso di diritto civile*, 3ª ed., Giappichelli, Torino, 2003, p. 235; F. MACARIO, *Vendita. Profili generali*, in *Enc. giur.*, vol. XXXII, Treccani, Roma, 1994, p. 21. La disciplina sui vizi redibitori – a differenza della disciplina della risoluzione in generale (art. 1453 c.c.) – ha un fondamento sostanzialmente oggettivo, posto che la colpa rileva soltanto sotto il profilo del danno (art. 1494 c.c.): cfr. R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali, I. Dai fondamenti storico-comparativi alla disciplina codicistica sulle garanzie*, Esi, Napoli, 2007, p. 211 ss., cui si rinvia per gli approfondimenti casistici e bibliografici.

¹⁸ Anche a questo proposito, alcuni Autori hanno ritenuto la sussistenza di una «tipizzazione della gravità dell'inadempimento»: M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 100.

¹⁹ Si esclude, invece, che il compratore possa esperire l'azione di esatto adempimento per ottenere l'eliminazione del vizio, perché si afferma che la legge non prevede, a carico del venditore, un'obbligazione *di fare*, ma unicamente un'obbliga-

che, per determinati vizi, gli usi escludano la risoluzione oppure quando la cosa sia perita per caso fortuito o per colpa del compratore, o se questi l'ha alienata o trasformata. Per poter ottenere la risoluzione o la riduzione del prezzo, nonché il risarcimento del danno²⁰, in ogni caso il compratore ha l'onere di denunciare i vizi al venditore entro otto giorni dalla scoperta (art. 1495 c.c.).

Secondo parte della dottrina²¹ e la prevalente giurisprudenza²², anche nella disciplina dei vizi della cosa trova applicazione il principio dell'art. 1455 c.c., per cui «non ogni vizio della merce giustifica la risoluzione delle vendite, ma soltanto quei vizi per effetto dei quali l'inadempimento del venditore risulti di non scarsa importanza in relazione

zione di *dare*; pertanto, in caso di bene *viziato*, il compratore non può costringere il venditore all'adempimento di un'obbligazione non prevista, come quella di eliminare i difetti della cosa o di sostituire la cosa stessa con un'altra non affetta da vizi, salvo che sia il venditore stesso ad assumere direttamente tale obbligazione: Cass., 19 luglio 1983, n. 4983; Cass., 4 settembre 1991, n. 9352, in *Mass. Giur. it.*, 1991; per la tesi favorevole all'azione di esatto adempimento, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 680.

Sull'intera tematica in esame, si rinvia all'ampio contributo di R. CALVO, *Vendita e responsabilità per i vizi materiali*, Esi, Napoli, 2007, I-II; B. AGOSTINIS, *La garanzia per i vizi della cosa venduta – Artt. 1490-1499*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger-F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2012.

Non si esamina, in questa sede, il delicato problema della natura giudica della garanzia per vizi e della sua controversa riconducibilità nell'alveo dell'"inadempimento": sul punto, nell'ampissima bibliografia, recentemente G. D'AMICO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Esi, Napoli, I, 2013, p. 179 ss.; B. AGOSTINIS, *La garanzia per i vizi della cosa venduta – Artt. 1490-1499*, cit., p. 65 ss.; M. MAGGIOLO, *La distinzione concettuale tra garanzia e obbligazione: per una riflessione sull'ibrido teorico dell'obbligazione senza prestazione*, *Studi in onore di Antonino Cataudella*, a cura di E. Del Prato, Esi, Napoli, 2013, II, p. 1239 ss.

²⁰ In tal senso l'interpretazione della Suprema Corte: Cass., 15 maggio 2000, n. 6234.

²¹ C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, vol. VII, t. I, Utet, Torino, 1972, p. 914 ss. Per l'inapplicabilità in tal caso dell'art. 1455 c.c., in ragione della "specialità" del rimedio, P. GRECO-G. COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 252; B. AGOSTINIS, *La garanzia per i vizi della cosa venduta – Artt. 1490-1499*, cit., p. 73.

²² Cass., 25 giugno 1980, n. 3992, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 1097; Cass., 15 febbraio 1986, n. 914, in *Mass. Giur. it.*, 1986, secondo cui secondo cui anche le norme degli artt. 1490 e 1492 devono essere interpretate alla luce dell'art. 1455, nel senso che non ogni vizio della cosa venduta rende legittimo l'esercizio dell'azione redibitoria, ma soltanto quei vizi per effetto dei quali l'inadempimento, nell'economia generale del negozio ed avuto riguardo all'interesse del compratore, risulti di non scarsa importanza.

all'interesse del compratore». Anche in questo caso, vi è una modulazione specifica del principio di importanza dell'inadempimento, in quanto l'azione redibitoria è ammessa non già *sic et simpliciter*, ma solo per quei vizi che rendano la cosa inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore (art. 1490 c.c.). A ragione, dunque, è stata affermata la specialità dell'art. 1490 c.c. rispetto all'art. 1455 c.c., per la sua funzione di riduzione dell'area dei vizi idonei a produrre la risoluzione e, in sostanza, per l'innalzamento da esso operato del livello di importanza dell'inadempimento nella direzione della gravità²³.

Passando a verificare eventuali ragioni ostative a qualificare anche in tal caso il rimedio risolutivo alla stregua di un diritto potestativo sostanziale, pare potersi concludere in senso negativo, posto che, da un lato, lo strumento della risoluzione non presenta caratteristiche tecniche o requisiti sostanziali che richiedano necessariamente l'accertamento giudiziale (tale non è certamente quello della gravità dei vizi, che – al pari del requisito generale di non scarsa importanza dell'inadempimento – può essere demandato alla successiva verifica dichiarativa del giudice), e, dall'altro, una diversa soluzione non discende dalla natura giudiziale dell'alternativo rimedio della riduzione del prezzo, che non implica l'identica natura giudiziale della risoluzione (come è palesemente dimostrato dalla chiara disciplina in tema di impossibilità sopravvenuta parziale: art. 1464 c.c.).

Nell'ipotesi di mancanza delle qualità della cosa «promesse ovvero essenziali per l'uso a cui è destinata», l'art. 1497 c.c. riconosce il diritto alla risoluzione della compravendita, purché il difetto di qualità ecceda i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi e con il rispetto dei termini previsti dall'art. 1495 c.c.²⁴.

²³ Secondo R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, cit., p. 86, «gli artt. 1490 e 1497 riducono l'area dei vizi o dei difetti di qualità da cui può originarsi la responsabilità contrattuale (nonché la risoluzione) a quelli che impediscono la normale utilizzazione della cosa o ne diminuiscono in modo apprezzabile il valore; venendo così a qualificare già per buona parte l'inadempimento. Il giudizio previsto dall'art. 1455 ne viene preventivamente delimitato e, ciò che più conta, l'asse della verifica in ordine alla non scarsa importanza dell'inadempimento risulta decisamente spostato sul versante obiettivo e concreto della funzione economica dello scambio, determinata dal tipo di bene che ne è oggetto».

²⁴ Il richiamo ai «limiti di tolleranza stabiliti dagli usi» assolve, anche in tal caso, ad una funzione, non sostitutiva, ma qualificante la non scarsa importanza dell'inadempimento, nel senso che, ove i limiti di tolleranza fissati dagli usi si collochino oltre il requisito minimo dell'art. 1455 c.c., a tale diverso livello dovrà appuntarsi la

Pur in mancanza di un'esplicita indicazione normativa, il prevalente orientamento dottrinale²⁵, recepito talvolta in giurisprudenza²⁶, ha proposto l'estensione del rimedio della riduzione del prezzo all'ipotesi della mancanza di qualità essenziali o promesse, ma, in ogni caso, è pacifico che – in conformità al dato letterale dell'art. 1497 c.c. – il compratore può ottenere la risoluzione del contratto «secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento». Tale rinvio – pur a fronte delle ulteriori controverse analogie o differenze rispetto alla fattispecie dei vizi della cosa venduta²⁷ – implica la necessità di accertare, a propo-

valutazione del giudice; ove, invece, gli usi prospettino limiti scarsamente significativi di inadempimento, allora deve ammettersi il ricorso all'azione di risoluzione. In senso diverso, è stato sostenuto (P. GRECO-G. COTTINO, *Vendita*, cit., p. 257), peraltro, che «se gli usi prevedono determinati limiti di tolleranza, la norma dell'art. 1497 pare rendere superflua ogni indagine sull'importanza dell'inadempimento. La risoluzione è consentita, infatti, se e in quanto questi limiti siano superati. Tale eccedenza si pone adunque sullo stesso piano dell'importanza dell'inadempimento come condizione necessaria e sufficiente dell'azione di risoluzione: non ammessa se si rientri nel limite di tolleranza (anche se l'inadempimento potrebbe altrimenti considerarsi importante), ammessa nel caso opposto (anche in presenza di un inadempimento non importante)».

²⁵ C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 850; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 895; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da G. Iudica-P. Zatti, Giuffrè, Milano, 1995, p. 145, che propone l'applicazione analogica del rimedio.

²⁶ Cass., 10 gennaio 1981, n. 247, in *Giur. it. Rep.*, 1981, voce «Vendita», n. 120.

²⁷ Oltre all'eventuale inapplicabilità dell'alternativo rimedio della riduzione del prezzo (che, peraltro – come si è rammentato – un orientamento giurisprudenziale tende a negare), le differenze più importanti, che il richiamo alla disciplina generale della risoluzione comporta rispetto alla disciplina dei vizi, riguardano i *requisito della riconoscibilità* del vizio (e non del difetto di qualità) e quello della *colpa*. Per quanto concerne la riconoscibilità, poiché soltanto l'azione redibitoria appresta una garanzia in senso tecnico, essa è concessa sul presupposto che il vizio non sia riconoscibile dal compratore secondo l'ordinaria diligenza, salvo che il venditore li abbia taciuti in mala fede (Cass., 2 aprile 1997, n. 2862, in *Mass. Giur. it.*, 1997; Cass., 25 marzo 1988, n. 2586, in *Mass. Giur. it.*, 1988; Cass., 3 luglio 1979, n. 3741; App. Perugia, 22 febbraio 1996, in *Rass. giur. umbra*, 1996, p. 317); al contrario, l'azione di risoluzione del contratto per mancanza di qualità prescinde completamente dal requisito della riconoscibilità, non configurandosi come una forma di garanzia, bensì come una reazione all'inadempimento contrattuale (Cass., 13 novembre 1969, n. 3695; Cass., 13 febbraio 1968, n. 500). Avuto riguardo al *requisito della colpa*, mentre l'azione per vizi della cosa non contempla presupposti soggettivi (Cass., 19 ottobre 1994, n. 8533, in *Mass. Giur. it.*, 1994; in *Contratti*, 1995, p. 208), per converso, il richiamo alle disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento, compiuto nell'art. 1497 c.c., dovrebbe subordinare la risoluzione – secondo la soluzione preferita dalla giurisprudenza (*supra*, par. 9) al requisito della colpa dell'inadempiente

sito della mancanza di qualità promesse o essenziali, l'importanza dell'inadempimento ai sensi dell'art. 1455 c.c.²⁸.

Alla disciplina generale della risoluzione per inadempimento, inoltre, la giurisprudenza fa esclusivo riferimento con riguardo alla particolare figura della c.d. vendita *aliud pro alio*, che si differenzia dalla vendita per vizi o per mancanza di qualità per il fatto che la *res* consegnata si differenzia da quella oggetto del contratto per il fatto di appartenere a un diverso genere o di avere una distinta *destinazione economico-sociale* del bene²⁹. In tal caso, la significativa diversità tra il bene pattuito e quello consegnato ha indotto la giurisprudenza a fare diretta ed esclusiva applicazione del rimedio generale dell'art. 1453 c.c. allo scopo di precludere l'applicazione dei termini di decadenza e prescrizione (art. 1495 c.c.) a cui sono soggette, invece, le fattispecie descritte agli artt. 1490 e 1497 c.c.³⁰.

Allorché – per effetto dell'esplicito rinvio legislativo (art. 1497 c.c.) ovvero dell'elaborazione giurisprudenziale (*aliud pro alio*) – il compratore possa ricorrere all'ordinaria risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c., non v'è dubbio che quanto indicato a fondamento della natura unilaterale e sostanziale del rimedio valga parimenti nell'ambito del contratto di compravendita, senza distonie sistematiche e profili di incompatibilità.

Lo scioglimento del contratto di compravendita per effetto di dichiarazione unilaterale del compratore è prevista, altresì, nelle disposizioni generali in tema di vendita di cose mobili, posto che la risoluzione "automatica" prevista dall'art. 1517, primo e secondo comma, c.c. si verifica soltanto allorché «il contraente che intende valersi della risoluzione (...) deve darne comunicazione all'altra parte entro otto giorni dalla scadenza del

(Cass., 21 gennaio 2000, n. 639, in *Contratti*, 2000, p. 903; in senso contrario, Cass., 19 novembre 1985, n. 5686, in *Mass. Giur. it.*, 1985).

Secondo P. GRECO-G. COTTINO, *Vendita*, cit., p. 257, inoltre, il richiamo alla disciplina generale della risoluzione deve interpretarsi in modo estensivo, nel senso cioè che il compratore non ha unicamente il diritto di ottenere la risoluzione, ma anche l'esatto adempimento, le stesse facoltà cioè che prevede e concede l'art. 1453 c.c.

²⁸ In questo senso, Cass., 12 luglio 1978, n. 3519; Cass., 11 aprile 1996, n. 3398, in *Mass. Giur. it.*, 1996; in *Contratti*, 1996, 4, 394; in *Corriere giur.*, 1996, p. 75.

²⁹ *Ex plurimis*, Cass. 9 ottobre 2012, n. 17227, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 501; Cass. 17 settembre 2012 n. 15599, in *Guida dir.*, 2012, 46, 84; Cass., 23 marzo 1999, n. 2712, in *Mass. Giur. it.*, 1999; in *Notariato*, 1999, p. 307.

³⁰ Cass., 19 ottobre 1994, n. 8537, in *Arch. giur. circolaz.*, 1995, p. 391; in *Contratti*, 1995, p. 209; in *Mass. Giur. it.*, 1994; Cass., 28 gennaio 1997 n. 844, in *Mass. Giur. it.*, 7.

termine; [e] in mancanza di tale comunicazione, si osservano le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento». La risoluzione non si verifica, dunque, “automaticamente”, ma la comunicazione – non diversamente da quanto previsto nell’ipotesi di clausola risolutiva espressa³¹ – costituisce l’atto indefettibile per la produzione dell’effetto risolutivo.

La compatibilità tra contratto di compravendita e risoluzione intesa come recesso impugnatorio trova, infine, attuazione normativa nella vendita immobiliare a misura o a corpo (artt. 1537-1538 c.c.), ove è previsto il diritto del compratore di recedere dal contratto nei casi di mancata corrispondenza tra le dimensioni dell’immobile come indicate nel contratto e quelle verificate in seguito alla consegna. L’esercizio del recesso, infatti, comporta gli ordinari effetti della risoluzione per inadempimento, sotto il profilo della retroattività e delle restituzioni³².

2. *La risoluzione della vendita di beni di consumo*

Il problema della natura e struttura della risoluzione per inadempimento si pone anche per vendita dei beni mobili di consumo³³, origi-

³¹ In questo senso, SALV. ROMANO, *Vendita, contratto estimatorio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Grosso-F. Santoro Passarelli, Vallardi, Milano, 1960, p. 289, che «si tratta di un’autotutela diretta, al cui esercizio, nelle modalità previste, la legge conferisce efficacia risolutiva (risoluzione di diritto collegata automaticamente alla volontà delle parti o direttamente alla determinazione di questa o all’evento da essa predisposto: decorso del termine o, in altri casi, condizione, art. 1456 c.c.)»; nello stesso senso, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 947, secondo cui «la tempestiva dichiarazione di risoluzione ha valore costitutivo: in mancanza di essa il contratto rimane in vita e il suo scioglimento può essere conseguito solo con le forme ordinarie (risoluzione per diffida o risoluzione giudiziale)»; più recentemente, C. MANASSE, *Vendita di cose mobili, risoluzione per inadempimento*, art. 1517, 1°-3° comma, c.c., in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, cit., p. 110; G. D’AMICO, *La compravendita*, in *Tratt. Perlingieri*, cit., p. 550 ss.

³² Sul punto, ampiamente C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, cit., p. 249 ss.: «il recesso del compratore immobiliare – in quanto atto che dispone del rapporto contrattuale – ha carattere negoziale, ed è assoggettato alle regole del negozio anche per quanto attiene alla capacità del recedente. Si tratta, ancora, di un atto essenzialmente recettizio, che esige la forma scritta in quanto incide sul trasferimento di un diritto immobiliare». La definizione di “recesso impugnatorio” per lo scioglimento di cui agli artt. 1537-538 c.c. è espressamente adottata da F. DELFINI, *Lo scioglimento unilaterale del contratto di compravendita immobiliare*, cit., p. 150.

³³ Nell’ampia bibliografia sul tema si vedano: F. ADDIS, *Tradizione e innovazione nella vendita di beni di consumo: unità e frammentazione nel sistema delle garanzie*, in *Giust. civ.*, 2004, p. 323; R. ALESSI, *L’attuazione della direttiva sulla vendita dei beni di*

consumo nel diritto italiano, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 743 ss.; G. ALPA, *La direttiva n. 1999/44/CE e la tutela del consumatore*, in AA.VV., *L'acquisto di beni di consumo*, Giuffrè, Milano, 2002; G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 867 ss.; ID., *Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 127 ss.; C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 341 ss.; C. M. BIANCA, *Consegna di aliud pro alio e decadenza dai rimedi per omessa denuncia nella direttiva n. 99/44/Ce*, in *Contr. impr. Europa*, 2001, p. 16 ss.; AA.VV., *La vendita dei beni di consumo – artt. 128-135, d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206*, a cura di C.M. Bianca, Cedam, Padova, 2006; M. BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, in *Contr. impr. Europa*, 2000, p. 403 ss.; L. CABELLA PISU, *Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie?*, in *Contr. impr. Europa*, 2001, p. 37 ss.; R. CALVO, *L'attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita*, ivi, 2000, p. 463 ss.; R. CAMPIONE, *La sostituzione del bene, quale azione di esatto adempimento, nel sistema codicistico di tutela dell'acquirente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 53 ss.; AA.VV., *Commentario al codice civile – D.Lgs. 6 settembre 2005, n.206. Codice del consumo*, a cura di P. Cendon, Giuffrè, Milano, 2010; E. CORSO, *Vendita dei beni di consumo*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, a cura di F. Galgano, Zanichelli-II foro italiano, Bologna-Roma, 2005; D. E. CUTUGNO, *La tutela dell'acquirente di beni immobili, mobili e di consumo*, Giuffrè, Milano, 2009; G. D'AMICO, *La compravendita*, in *Tratt. Perlingieri*, cit., p. 481 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva n. 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Cedam, Padova, 2000; AA.VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Cedam, Padova, 2010; R. DE MATTEIS, *Il difetto di conformità e l'equilibrio contrattuale dello scambio*, *Contr. impr. Europa*, 2001, p. 46 ss.; A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 1 ss.; G.B. FERRI, *Divagazioni intorno alla direttiva n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni al consumo*, in *Contr. Impr. Europa*, 2001, p. 58 ss.; C. FRINO, *Garanzia nella vendita dei beni di consumo: proposte di diritto europeo*, in *Danno resp.*, 2011, p. 461 ss.; E. GABRIELLI, *Aspettative del consumatore, tutela del mercato e adempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Giust. civ.*, 2005, II, p. 3 ss.; C. IURILLI, *Autonomia e garanzie nella vendita di beni di consumo*, Giuffrè, Milano, 2004; E.M. LOMBARDI, *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, Giuffrè, Milano, 2010; A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva n. 99/44/Ce e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Contr. Impr. Europa*, 2001, p. 95 ss.; ID., in *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, a cura di M. Bin e A. Luminoso, in *Tratt. dir. comm. dir. publ ec.*, diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 2003; F. MACARIO, *Brevi considerazioni sull'attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contr. Impr. Europa*, 2001, p. 143 ss.; A.C. MASTRORILLI, *La garanzia per vizi nella vendita – Disciplina del codice civile e del codice di consumo*, Giuffrè, Milano, 2009; S. MAZZAMUTO, *La vendita di beni di consumo*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, 2007, vol. II, p. 879 ss.; A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa dir. priv.*, 2003; M. PALADINI, *I rimedi al difetto di conformità nella vendita di beni mobili di consumo*, in AA.VV., *La tutela del consumatore in Internet e nel commer-*

nariamente introdotta – in attuazione della Direttiva n. 44/99/CE – all'interno del Codice Civile come sottotipo della vendita di beni mobili (art. 1519 *bis* ss.) e successivamente transitata nel d.lgs. n. 206/2005.

L'art. 129 cod. cons. prevede l'obbligo del venditore di consegnare al consumatore beni conformi al contratto e il successivo art. 130 stabilisce che «il venditore è responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene». La nozione di «difetto di conformità»³⁴ realizza una sorta di *reductio ad unum* rispetto alla disciplina generale della vendita, incentrata – come si è in precedenza rilevato – sulla tripartizione delle nozioni di vizi, mancanza di qualità essenziali o promesse, e di *aliud pro alio*. Tale nozione ha il suo diretto antecedente nella Convenzione di Vienna 11 aprile 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili (ratificata in Italia con l. 11 dicembre 1985, n. 765), che sancisce l'obbligo del venditore di *consegnare beni della qualità, quantità e tipo richiesti dal contratto e che siano disposti o imballati nel modo richiesto dal contratto* (c.d. principio di conformità dei beni: art. 35).

Il rimedio principale e generale, cui il consumatore può ricorrere, è quello della richiesta di riparazione³⁵ o sostituzione del bene³⁶, ma il

cio elettronico, a cura di E. Tosi, Giuffrè, Milano, 2012, p. 351 ss.; R. PARDOLESI, *La direttiva sulle garanzie nella vendita: ovvero, di buone intenzioni e risultati opachi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 437 ss.; S. PATTI, *Sul superamento della distinzione tra vizi e aliud pro alio datum nella direttiva 1999/44/Ce*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 626 ss.; AA.VV., *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, a cura di S. Patti, Giuffrè, Milano, 2004, p. 30 ss.; S. PATTI, *La vendita di beni di consumo*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 680 ss.; S. POLIDORI, *Garanzia di conformità e diritti del consumatore nell'appalto di beni di consumo*, in *Riv. dir. impresa*, 2010, p. 267 ss.; L. RACHELI, *Profili problematici della vendita dei beni di consumo (art. 1519-bis c.c.)*, in *Giust. civ.*, 2005, II, p. 211; F. RUSCELLO, *Le garanzie post-vendita nella direttiva n. 99/44/CEE del 25 maggio 1999*, in *Studium iuris*, 2001, p. 832 ss.; P. SCHLESINGER, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Corriere giur.*, 2002, p. 561 ss.; A. VENTURELLI, *Il diritto applicabile nel risarcimento del danno da difetto di conformità*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 767 ss.; AA.VV., *Codice del Consumo*, a cura di G. Vettori, Cedam, Padova, 2009; A. ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva n. 1999/44/CEE "su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo"*, in *Studium iuris*, 2000, p. 260.

³⁴ In questi termini letterali, A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 308. Sul punto, anche G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 867 ss. Sulla nozione di conformità al contratto come "punto di rottura" rispetto al Codice civile, C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori*, cit., p. 360.

³⁵ S. CHERTI, *La vendita dei beni di consumo e la nozione di riparazione*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 697 ss. Di particolare interesse l'analisi del particolare caso della difettosa installazione del bene: A. VENTURELLI, *I rimedi a favore dell'acquirente per la difettosa installazione di un bene di consumo*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 1006 ss.

rimedio trova i limiti dell'*oggettiva impossibilità* o dell'*eccessiva onerosità*. Se la riparazione o sostituzione è impossibile o eccessivamente onerosa, ovvero non è stata effettuata dal venditore o, pur essendo stata effettuata, ha arrecato notevoli inconvenienti al consumatore, quest'ultimo può richiedere, a sua scelta, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto³⁷. Tuttavia, non vi è il diritto alla risoluzione del contratto se il difetto di conformità è di *lieve entità*, anche nel caso che non sia stato possibile o sia risultato eccessivamente oneroso esperire i rimedi della riparazione o della sostituzione³⁸.

Tra i tanti problemi interpretativi e sistematici, che la normativa della vendita di beni di consumo ha sollevato all'attenzione dei giudici e degli studiosi, è emerso, altresì, quello di stabilire se la risoluzione del contratto si produca per effetto di una dichiarazione unilaterale del consumatore o presupponga un'azione giudiziaria e una sentenza costitutiva dello scioglimento del rapporto contrattuale.

Numerosi elementi inducono a preferire la tesi della *natura sostanziale* del diritto alla risoluzione³⁹. In primo luogo, vi è un argomento letterale: l'art. 130 fa riferimento testualmente a "diritti" del consumatore, mentre l'*azione* costituisce soltanto il modo per tutelare in giudizio un diritto. Ma ancor più significativo appare l'argomento sistematico. Il

³⁶ La giurisprudenza ha ammesso l'esperibilità del procedimento d'urgenza per tutelare in via cautelare il diritto alla sostituzione, quando rilevi la protezione di diritti costituzionalmente protetti: Trib. Foggia, 31 marzo 2011, *Foro it.*, 2011, I, c. 2872. Per alcune peculiari conseguenze della sostituzione del bene di consumo, ritenute ammissibili da Corte giustizia CE, sez. I, 17 aprile 2008, n. 404, cfr. R. HIPPOLYTIS, *Rimpiazzo di beni di consumo non conformi: al venditore non spetta alcuna indennità per il periodo di utilizzazione della res*, in *Foro it.*, 2009, c. 38 ss.

³⁷ Sul tema dell'impossibilità della restituzione, R. MONGILLO, *Vizi del bene compravenduto, impossibilità di restituzione ed esperibilità dell'azione redibitoria*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 4, 901 ss.

³⁸ Sulla delicata questione della qualificazione dei rimedi verso il difetto di conformità alla stregua di "garanzia" in senso tecnico ovvero come conseguenze di inadempimento contrattuale, A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 525 ss.; F. PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 543 ss.

³⁹ In questo senso, C.M. BIANCA, *La vendita dei beni di consumo*, cit., *sub art.* 130, p. 453; F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger-F.D. Busnelli, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2004, p. 457; M.G. CUBEDDU, in *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, a cura di S. Patti, cit., *sub art.* 1519 *quater*, p. 253; E. A. EMILIOZZI, *Sicurezza e qualità dei prodotti*, in *Manuale di diritto del consumo*, a cura di G. Villanacci, Esi, Napoli, 2007, p. 376.

rimedio risolutivo al difetto di conformità, quale alternativa alla riduzione del prezzo, alla sostituzione e riparazione del bene, richiama, invero, il modello dei rimedi contenuto nella Convenzione di Vienna, la quale opta espressamente per la natura sostanziale del diritto alla risoluzione, stabilendo che «la dichiarazione di risoluzione produce effetto se fatta con comunicazione all'altra parte» (art. 26).

E si può ricorrere, altresì, a un ulteriore argomento logico. La recente normativa è ispirata all'intento di *garantire un livello più elevato di tutela del consumatore* (relazione governativa al decreto legislativo). Orbene, la qualificazione del rimedio risolutivo alla stregua di azione giudiziaria "abbasserebbe" notevolmente il livello di tale tutela, posto che la tradizionale diffida ad adempiere consentirebbe al consumatore di sciogliersi più rapidamente dal vincolo contrattuale, al quale il venditore si sia rivelato gravemente inadempiente. Occorre considerare, infatti, che – nella vendita di beni di consumo – la risoluzione del contratto (come la riduzione del prezzo) rappresenta un rimedio *suppletivo*, al quale il consumatore può ricorrere soltanto *in via graduata*, allorché la sostituzione o la riparazione siano impossibili o eccessivamente onerose, ovvero ricorrano le altre condizioni dell'art. 130, settimo comma. Conseguentemente, soltanto la qualificazione della risoluzione del contratto come recesso impugnatorio consente di ritenere che la nuova disciplina appresti un maggiore livello di tutela nei confronti del consumatore.

3. Il contratto di appalto

Anche per l'inadempimento del contratto di appalto, il Codice Civile prevede una disciplina speciale rispetto agli artt. 1453 c.c. ss., per la quale si è posto il problema di esaminare i rapporti e i residui margini di applicabilità delle norme della risoluzione del contratto in generale⁴⁰. La disciplina si articola, in particolare, in tre diverse norme, che possono essere distinte sotto il profilo del *momento* di rilevanza dell'inadempimento dell'appaltatore.

⁴⁰ Sul rapporto tra norme generali e norme speciali nel contratto di appalto, E. LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., p. 11 ss.; S. PATTI, *Risoluzione per inadempimento, contratti di durata e contratto di appalto d'opera*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Giappichelli, Torino, 2002, p. 347 ss.; S. POLIDORI, *La Responsabilità dell'appaltatore. I rapporti fra disciplina generale e norme speciali nell'appalto*, Quaderni della *Rassegna di diritto civile* diretta da P. Perlingieri, Esi, Napoli, 2004.

α) In primo luogo, l'art. 1662 c.c. – come si è anticipato⁴¹ – prevede il diritto del committente «di controllare lo svolgimento dei lavori e di verificarne a proprie spese lo stato», con il potere di intimare all'appaltatore di conformare l'opera alle condizioni stabilite dal contratto e alle regole dell'arte entro un congruo termine, trascorso inutilmente il quale, il contratto è risolto di diritto.

Si tratta di un rimedio analogo alla diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.), ma con alcune significative divergenze di disciplina che dottrina e giurisprudenza non hanno mancato di sottolineare. In particolare, la diffida ad adempiere si fonda su un inadempimento attuale, mentre l'intimazione ex art. 1662 c.c. ha una funzione *preventiva*, rappresentando una reazione contro il “pericolo di inadempimento”⁴². Inoltre – a differenza della diffida ad adempiere – la norma non prevede alcun termine minimo per la conformazione, ma si rimette al parametro elastico della “congruità”, che, in caso di contestazioni, dovrà essere valutata dal giudice. Inoltre, a questo proposito, è controverso se, per scongiurare la risoluzione, è sufficiente che l'appaltatore, nel termine (congruo) assegnatogli, dia seriamente inizio alle riparazioni, oppure se sia necessario che tali riparazioni siano eseguite per intero⁴³.

È discusso, altresì, se l'intimazione ex art. 1662 c.c. debba essere espressamente accompagnata – così come previsto dall'art. 1454 c.c. – dalla dichiarazione per cui, decorso inutilmente il termine concesso per l'adeguamento alle condizioni stabilite dal contratto o dalla regola d'arte, il contratto deve intendersi risolto, ma prevale l'opinione contraria⁴⁴. Parimenti, si tende ad escludere che l'intimazione di confor-

⁴¹ *Supra*, par. 13.

⁴² Come è stato puntualmente rilevato, la *ratio* della norma consiste «nell'opportunità – derivante anche da una particolare valutazione legislativa degli interessi delle parti del contratto di appalto, determinata soprattutto dal fatto che questo contratto ...è ad esecuzione prolungata – di non imporre al committente di dover attendere passivamente l'ultimazione dell'esecuzione della prestazione del debitore che riveli già un'inadempienza di quest'ultimo e nella necessità di conferire uno spessore maggiore al potere di controllo dello stato e dello svolgimento dei lavori (art. 1662, primo comma, c.c.) che spetta al committente»: E. LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., p. 152.

⁴³ Mentre la dottrina maggioritaria (D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto*, 3^a ed., in *Comm. c.c.*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 1992, *sub* art. 1662, p. 288, si esprime nel primo senso, l'unica pronuncia di legittimità aderisce alla tesi più rigorosa: Cass., 26 marzo 1983, n. 2153, in *Arch. civ.*, 1983, p. 718.

⁴⁴ D. RUBINO-G. IUDICA, *op. ult. cit.*, p. 286.

mità richieda – come la diffida ad adempiere – la forma scritta a pena di nullità⁴⁵.

Appare particolarmente significativo che, anche semplicemente dinanzi al pericolo che l'opera non risulti eseguita secondo le regole previste, il Codice abbia predisposto un rimedio idoneo a condurre alla risoluzione automatica del contratto, senza alcun bisogno di una verifica giudiziale delle difformità. Tale considerazione sarebbe già sufficiente a ritenere la natura certamente sostanziale della risoluzione per inadempimento successiva alla scadenza del termine per l'esecuzione dell'opera.

Ma a tale rilievo può aggiungersi l'ulteriore indicazione proveniente dall'art. 1671 c.c., che prevede il potere del committente di recedere *ad nutum* dal contratto «anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno». La norma tutela il committente che non voglia essere costretto all'integrale esecuzione del contratto e al conseguimento di un'opera per la quale, per una qualsiasi ragione, non abbia più interesse⁴⁶.

Orbene, anche l'inadempimento dell'appaltatore può indurre il committente a recedere dal vincolo contrattuale secondo la previsione dell'art. 1671 c.c. e, in tal caso, il contratto si scioglie per l'iniziativa unilaterale del committente, senza necessità di indagini sulla sussistenza e

⁴⁵ In senso contrario, Cass., 20 giugno 1983, n. 4226, in *Mass. Giur. it.*, 1983; Cass., 21 maggio 1980, n. 3338.

⁴⁶ Considerato che, in tal caso, il recesso è espressamente riconosciuto dalla legge, il medesimo costituisce un atto lecito e il committente non è tenuto al risarcimento del danno, ma soltanto al pagamento di un'indennità, che comprende: a) le "spese sostenute", che consistono in quelle non ancora tradottesi in lavori contrattuali al momento del recesso: ne fanno parte il prezzo pagato dall'appaltatore per l'acquisto dei materiali, purché l'appaltatore non preferisca trattenerli; le spese di mano d'opera relative al periodo in corso alla data del recesso, salvo che, in seguito alla cessazione dell'appalto, la mano d'opera non venga utilizzata per altre lavorazioni; b) i "lavori eseguiti", che devono essere pagati a prezzi contrattuali e non in ragione del loro valore effettivo; c) il "mancato guadagno", costituito dall'utile netto che l'appaltatore avrebbe tratto dai lavori che non può più eseguire e, cioè, dalla differenza tra il prezzo contrattuale dei lavori non eseguiti e l'importo presunto delle spese necessari per eseguirli (con possibilità per il committente di domandare la riduzione del mancato guadagno, dimostrando che, in seguito al recesso, l'appaltatore ha potuto eseguire altri lavori percependo così un utile).

Analoga previsione è contenuta nell'art. 134, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, secondo cui «La stazione appaltante ha il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite».

sull'importanza dell'inadempimento, le quali – secondo la giurisprudenza⁴⁷ – divengono rilevanti soltanto quando il committente pretenda, altresì, il risarcimento del danno per l'inadempimento in cui l'appaltatore sia già incorso al momento del recesso.

Se, dunque, il contratto di appalto può essere sciolto automaticamente per effetto dell'intimazione *ex art.* 1662 c.c. prima dell'esigibilità dell'obbligazione di consegna dell'opera e se, addirittura, il committente può recedere *ad nutum* in qualsiasi momento e senza alcuna tutela dell'affidamento dell'appaltatore all'esecuzione del contratto, si rivelerebbe quanto meno irragionevole che, nel caso di vizi e difformità «tali da render[e] l'opera] del tutto inadatta alla sua destinazione», il committente sia costretto ad attendere i tempi del giudizio costitutivo per sentire pronunciato il suo scioglimento dal rapporto contrattuale.

β) Infatti, con riguardo al caso in cui l'opera risulti eseguita e consegnata, le norme degli artt. 1667-1668 c.c. dettano una disciplina *speciale* che – pur descritta letteralmente in termini di “garanzia” – si riferisce, più propriamente, all'inadempimento dell'appaltatore. L'art. 1668 c.c., in particolare, prevede una «triade» di rimedi a fronte dei vizi o difformità dell'opera, stabilendo che il committente possa domandarne l'eliminazione a spese dell'appaltatore⁴⁸, oppure la riduzione proporzionale del prezzo⁴⁹, nonché la risoluzione del contratto ove le difformità o i vi-

⁴⁷ Cass., 22 aprile 2008, n. 10400, in *CED Cassazione*, 2008; in *Mass. Giur. it.*, 2008; Cass., 13 luglio 1998, n. 6814, in *Studium Iuris*, 1998, p. 1384.

⁴⁸ L'eliminazione del difetto a spese dell'appaltatore costituisce una speciale applicazione della generale azione di adempimento *ex art.* 1453, primo comma, c.c. Peraltro, benché la norma parli di eliminazione dei vizi “a spese dell'appaltatore”, ciò non significa che il committente possa o debba provvedere a farli eliminare da un terzo, salvo l'obbligo dell'appaltatore di rimborsare o addirittura anticipare le spese necessarie per i lavori; ma significa soltanto che l'appaltatore è tenuto, anzitutto, ad eseguire direttamente la correzione o la riparazione e, in caso di rifiuto dell'appaltatore, il committente ha l'onere di instaurare il procedimento giudiziario necessario per giungere all'esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare: così, Cass., 4 agosto 1988, n. 4836; Cass., 7 febbraio 1983, n. 1016, in *Giust. civ.*, 1984, p. 273, con nota di F. MARINELLI; in *Mass. Giur. it.*, 1983; Cass., 30 luglio 1982, n. 4367, *ivi*, 1982; Cass., 26 febbraio 1979, n. 1264, *ivi*, 1979.

⁴⁹ Il rimedio corrisponde all'*actio quanti minoris* della vendita (art. 1492, primo comma, c.c.): per ottenere tale riduzione, in caso di difformità dalle prescrizioni contrattuali, non basta che il committente provi la difformità in sé e per sé, ma deve anche provare che in tale stato l'opera ha un valore, o dà un rendimento, minori di quelli che avrebbe avuto se fosse stata conforme al contratto.

Qualora, poi, si siano verificati danni, che non possano essere riparati con l'eliminazione del vizio o con la riduzione del prezzo, l'art. 1668, primo comma, c.c. at-

zi dell'opera siano tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione⁵⁰.

Con riferimento ai rapporti tra i vari rimedi, la giurisprudenza⁵¹ ritiene che, pur in presenza di difformità o vizi tali da rendere l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione, il committente possa evitare la risoluzione del contratto e domandare ugualmente l'eliminazione dei vizi o la riduzione del corrispettivo. Al contrario, in presenza di vizi, che non presentano i requisiti del secondo comma, gli unici rimedi esperibili dal committente sono quelli del primo comma⁵².

I presupposti previsti dalla norma non precludono in alcun modo l'esercizio stragiudiziale della risoluzione, non diversamente da quanto si verifica per il requisito dell'importanza dell'inadempimento nella risoluzione in generale. La formula «vizio la cui gravità sia tale da rendere il bene del tutto inidoneo alla sua destinazione» implica una valutazione oggettiva della destinazione stessa, secondo l'*id quod plurimumque accidit*, ma può anche riferirsi ad una valutazione soggettiva, laddove i contraenti abbiano richiamato nell'accordo determinate e particolari caratteristiche dell'opera. In entrambi i casi, la determinazione unilaterale del committente, che decida di sciogliere il contratto, può essere oggetto di successiva valutazione giudiziale, così come nell'ipotesi di risoluzione automatica conseguente all'intimazione di conformazione (art. 1662 c.c.).

tribuisce al committente il diritto di chiedere il "risarcimento del danno", come "sanzione" ulteriore rispetto alle due anzidette e descritte azioni.

⁵⁰ Il requisito dell'inidoneità *totale* dell'opera induce a ritenere che, nell'appalto, il legislatore abbia richiesto una gravità maggiore di quella ordinariamente sufficiente secondo l'art. 1455 c.c. (*supra*, par. 8). La risoluzione del contratto di appalto, dopo che l'opera sia stata portata a termine, produce grave pregiudizio, infatti, non solo all'appaltatore (che terrebbe per sé un'opera non corrispondente ai propri interessi), ma anche al committente, che dovrà nuovamente attivarsi per ottenere la prestazione voluta: R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, cit., p. 94-95; D. RUBINO, *Appalto*, cit., pp. 541-542.

⁵¹ Cass., 12 aprile 1996 n. 3454, in *Contratti*, 1997, p. 161.

⁵² Cass., 4 novembre 1994, n. 9078, in *Mass. Giur. it.*, 1994; in *Contratti*, 1995, p. 202. La circostanza che i vizi, che legittimano la proposizione dell'azione di risoluzione del contratto, debbano essere tali da rendere l'opera *del tutto inadatta alla sua destinazione*, fa sì che – in materia di appalto, a differenza di quanto rilevato nell'ambito della compravendita – non si distingua tra vizi redibitori ed *aliud pro alio*, in quanto anche la realizzazione di un'opera del tutto diversa da quella oggetto del contratto si risolve in un'opera *del tutto inadatta* alla sua destinazione; pertanto, anche in presenza di un *aliud pro alio*, restano applicabili i termini di decadenza e di prescrizione stabiliti dall'art. 1667 c.c.

γ) Poiché i rimedi di cui all'art. 1668 c.c. presuppongono che l'opera oggetto del contratto sia stata ultimata⁵³, la giurisprudenza⁵⁴ ha stabilito che le disposizioni speciali in tema di inadempimento del contratto di appalto integrano, ma non escludono i principi generali in tema di inadempimento contrattuale, applicabili, dunque, quando non ricorrano i presupposti delle norme speciali, nel senso che la comune responsabilità dell'appaltatore *ex artt.* 1453 e 1455 c.c. sorge allorché «egli non esegua integralmente» l'opera o, se l'ha eseguita, «si rifiuta di consegnarla» o «vi procede con ritardo» rispetto al termine di esecuzione pattuito, mentre la specifica responsabilità dell'appaltatore inerente alla garanzia per i vizi o difformità dell'opera, prevista dagli artt. 1667 e 1668 c.c., ricorre quando il suddetto ha violato la prescrizioni pattuite per l'esecuzione dell'opera o le regole imposte dalla tecnica.

Inoltre, anche il rimedio dell'art. 1662 c.c. non preclude – secondo alcune pronunce giurisprudenziali⁵⁵ – l'immediata risoluzione del contratto *ex art.* 1453 c.c., in presenza di un inadempimento “grave”⁵⁶ (o per la natura dei vizi, quale indicata dall'art. 1668, secondo comma, c.c., o per l'entità del ritardo nell'esecuzione dei lavori, ai sensi del principio generale dell'art. 1455 c.c.); pertanto, quando, pur nel corso dei lavori, risulti evidente che i vizi e le difformità in atto preannunciano un'opera «del tutto inadatta alla sua destinazione» e i vizi e le difformità stesse non risultino eliminabili, il committente può pretendere immediatamente la risoluzione del contratto, senza necessità di attendere il compimento dell'opera. Com'è stato all'uopo osservato⁵⁷, tale interpretazione giurisprudenziale si avvale della norma speciale (che consente la risoluzione “in corso” di contratto) e, nello stesso tempo, di quella generale dell'art. 1453 c.c. (che prevede il rimedio della risoluzione in presenza di inadempimento di non scarsa importanza) per formare

⁵³ Cass., 4 maggio 1999, n. 4415, in *Mass. Giur. it.*, 1999.

⁵⁴ Cass., 16 ottobre 1998, n. 10255, in *Mass. Giur. it.*, 1998; in *Urbanistica e Appalti*, 1999, p. 168.

⁵⁵ Cass., 30 marzo 1985, n. 2236, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 511; Cass., 28 giugno 1986, n. 4311, in *Giur. it.*, 1987, I, c. 1451; in senso contrario, Cass., 26 marzo 1983 n. 2153, in *Arch. civ.*, 1983, p. 718.

⁵⁶ Se, però, il committente eserciti la risoluzione in presenza di un inadempimento non grave o, comunque, eliminabile, la giurisprudenza ritiene che l'appaltatore possa adempiere tardivamente proprio al fine di prevenire il consolidamento di un inadempimento di *non scarsa importanza*: Cass., 4 settembre 1991, n. 9358, in *Giur. it.*, 1991, I, c. 864.

⁵⁷ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. 1, Cedam, Padova, p. 128.

un'ulteriore norma, secondo la quale l'appalto può essere risolto anche in corso d'opera (secondo la norma speciale) con il rimedio della risoluzione generale, quando le difformità risultino insanabili.

Infine, il rimedio generale dell'art. 1453 c.c. è applicabile alle violazioni contrattuali del committente, come ad esempio quella – recentemente affermata in giurisprudenza⁵⁸ – di assicurare all'appaltatore, fin dall'inizio del rapporto, e per tutta la durata di questo, la possibilità giuridica e concreta di eseguire il lavoro affidatogli.

In tutti i casi di risoluzione del contratto di appalto, in definitiva, il diritto del committente allo scioglimento del rapporto può essere esercitato mediante atto unilaterale con effetti sostanziali automatici. Ciò comporta il conseguente diritto del committente a rientrare nel possesso del bene ove l'appaltatore stava eseguendo l'opera, rispetto al quale la detenzione dell'appaltatore stesso dovrà intendersi cessata e, pertanto, *sine titulo*⁵⁹.

4. *I contratti di durata*

Nei contratti di durata le peculiari caratteristiche dell'inadempimento e l'introduzione di parametri relativi alla relazione di fiducia

⁵⁸ Cass., 15 febbraio 2013, n. 3830, in *Mass. Giust. civ.*, 2013, che ha riconosciuto la risoluzione del contrattuale per violazione, da parte del committente, dell'obbligo di attivarsi presso l'ente territoriale per ottenere le varianti necessarie onde consentire la prosecuzione dei lavori.

⁵⁹ Significativo riscontro sistematico favorevole alla natura unilaterale della risoluzione del contratto di appalto è il dato normativo dell'art. 136, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*), che prevede – in caso di appalto pubblico – la «deliberazione della risoluzione del contratto» in presenza dell'inadempimento dell'appaltatore non sanato nel termine preventivamente concesso dal direttore dei lavori. La giurisprudenza ha affermato che l'atto di risoluzione costituisce, in tal caso, esercizio di un diritto potestativo, inquadrabile nell'autotutela privata e incidente su posizioni di diritto soggettivo del privato emergenti nella fase di esecuzione del contratto: Cons. St., 5 settembre 2002, n. 4458, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2002, p. 2056; in dottrina, E. GIARDINO, *Autotutela amministrativa e riparto di giurisdizione nel contratto di opere pubbliche*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2003, 927.

Per le analoghe problematiche riguardanti recesso e risoluzione nel settore degli appalti pubblici, D. VALENTINO, *Il recesso nell'appalto di servizi della P.A.*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 539 ss. In generale, su recesso e risoluzione nel diritto amministrativo, F.F. TUCCARI, *Recesso ed inadempimento negli accordi amministrativi*, Cacucci, Bari, 1993.

tra le parti contraenti non contengono ostacoli all'esercizio stragiudiziale della risoluzione del contratto. Pertanto, deve ritenersi che non soltanto la somministrazione possa sciogliersi per recesso impugnatorio dell'avente diritto, ai sensi dell'art. 1564 c.c., ma anche i contratti di concessione di vendita e di affiliazione commerciale⁶⁰.

Già la giurisprudenza⁶¹ ha riconosciuto l'applicabilità analogica dell'art. 1564 c.c. al contratto di concessione di vendita; pertanto, anche in tale fattispecie contrattuale la questione della natura della risoluzione per inadempimento non può che essere definita nei medesimi termini della somministrazione.

Nella disciplina del contratto di affiliazione commerciale (l. 6 maggio 2004, n. 129) non è stata prevista una disciplina particolare, sicché deve ritenersi che l'inadempimento delle rispettive obbligazioni attribuisca a ciascuna delle parti il diritto di risoluzione secondo le norme generali (art. 1453 ss. c.c.) o di valersi delle frequenti clausole risolutive espresse inserite nei contratti (art. 1456 c.c.).

Alla disciplina generale della risoluzione occorre riferirsi anche per quell'ulteriore contratto di durata consistente nel contratto aleatorio di mantenimento, nel quale – in considerazione dell'*intuitus personae* che, a differenza di quanto previsto per la rendita vitalizia (art. 1878 c.c.), caratterizza la prestazione dell'obbligato alla prestazione di assistenza – l'inadempimento del debitore attribuisce al creditore il diritto di risoluzione del contratto, secondo le norme generali (art. 1453 ss. c.c.).

5. La risoluzione per inadempimento della donazione modale

Anche nel contratto di donazione si può porre il problema della natura e degli effetti della risoluzione del contratto. Alla donazione, infatti, può essere apposto un *onere*, per il quale l'azione di adempimento (o

⁶⁰ Alla rilevanza della fiducia anche nel contratto di appalto fa riferimento E. LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit. p. 152, per giustificare il peculiare rimedio dell'art. 1564 c.c.

⁶¹ Cass., 22 febbraio 1999, n. 1469, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1811; in *Resp. civ., e Prev.*, 2000, p. 358; in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, p. 297. In dottrina, in senso favorevole M. SPINOZZI, *La concessione di vendita*, in *I contratti della distribuzione commerciale*, a cura di G. Villanacci, cit., p. 294; in senso contrario, tuttavia, l'autorevole opinione a suo tempo espressa da R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Jovene, Napoli, 1979, p. 248.

di esatto adempimento) può essere proposta non soltanto dal donante (e dai suoi eredi), ma da qualsiasi interessato, anche durante la vita del donante stesso (art. 793, terzo comma, c.c.). Al contrario, l'azione di risoluzione per inadempimento può essere proposta soltanto se espressamente prevista nell'atto di donazione e, in ogni caso, la legittimazione spetta al solo donante o ai suoi eredi (art. 793, quarto comma, c.c.)⁶².

A favore della natura giudiziale della risoluzione depone, in tal caso, nulla di più del mero dato letterale, che fa esplicito riferimento alla necessità di proposizione dell'"azione". Come nel caso delle disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento, il dato letterale non appare affatto insuperabile e certamente è subalterno a prioritarie considerazioni sistematiche. Nel caso di specie, è significativo che la prassi abbia elaborato una figura atipica per perseguire gli stessi risultati pratici della donazione modale, ma con effetti assai idonei sul piano della tutela, sia tra le parti sia nei confronti dei terzi. Spesso, invero, il donante preferisce elevare il modo a evento condizionante, trasformando così la donazione modale in donazione condizionata, nella quale gli effetti dell'atto si producono (se la condizione è sospensiva) o cessano (se la condizione è risolutiva) al verificarsi dell'evento previsto⁶³. Allorché, in particolare, la clausola "limitativa" apposta alla donazione abbia per oggetto una *condotta* del donatario, la natura modale o condizionale della clausola incide sulle conseguenze della mancata condotta del beneficiario. In presenza di modo – a differenza della condizione – è possibile agire per l'adempimento (e per la risoluzione soltanto – come si è detto – ove sia stato espressamente previsto); viceversa, ove si tratti di condizione risolutiva, la mancata verifi-

⁶² L'opinione prevalente esclude che il modo introduca nella donazione elementi di corrispettività, tali da rendere direttamente applicabili i relativi istituti che nella parte generale del contratto sono disciplinati (A MARINI, *Il modus* come elemento accidentale del negozio gratuito, Esi, Napoli, 1976 (rist. 2013), p. 79 ss.; L. BRUSCUGLIA, *Onerosità e gratuità del contratto*, in *Studi in onore di V. Palazzolo*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 77 ss.; U. CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano, 1969, p. 124). La giurisprudenza, ad esempio, ha escluso che nel contratto di donazione possa essere inserita una clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), ma è una conclusione irragionevole, esclusivamente dettata da un pregiudiziale dogmatismo.

Per una riflessione meta-nazionale sul rapporto tra onerosità e corrispettività, R. CIPPETANI, *Onerosità e corrispettività: dal diritto nazionale al diritto comunitario*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 2, p. 503 ss.

⁶³ Sul delicato *discrimen* tra condizione e modus, G. TATARANO, *Condizione e modus*, Esi, Napoli, 2009; A.A. CARRABBA, *Donazioni, Trattato Perlingieri*, cit., 2009, p. 481 ss.

cazione dell'evento determina l'*automatica* caducazione degli effetti dell'atto.

Appare chiaro che la natura automatica della risoluzione varrebbe ad accostare le due figure, consentendo alla disciplina della donazione modale di assumere caratteristiche di più efficace tutela degli interessi del donante, sia per la possibilità di ottenere lo scioglimento del contratto sul piano sostanziale mediante l'esercizio di un diritto potestativo con effetti sostanziali, sia per l'alternativa possibilità di agire per l'adempimento e l'esecuzione coattiva della condotta richiesta.

Discussa è, invece, la possibilità di qualificare alla stregua di un'ipotesi di risoluzione contrattuale l'istituto della revocazione della donazione per ingratitudine (art. 801 c.c.) o per sopravvenienza di figli (art. 802 c.c.)⁶⁴. Parte autorevole della dottrina⁶⁵ ha fatto espresso riferimento alla risoluzione e all'immanente prioritaria considerazione dell'interesse del donante⁶⁶. In favore della natura automatica della risoluzione gioverebbe certamente, in tal caso, la scelta legislativa di indicare tassativamente le fattispecie in cui è ammissibile la revocazione: scelta determinata dalla volontà di evitare che l'esercizio del potere di revoca sia assolutamente libero e discrezionale, e di salvaguardare «l'esigenza di certezza immanente a tutta la materia dei rapporti contrattuali»⁶⁷. La tassatività tutela, da un lato, il donante, che in tal modo non dipende da una valutazione arbitraria del giudice, e, dall'altro, il donatario, in virtù del nesso tra tassatività e principio di certezza dei rapporti contrattuali⁶⁸. Proprio in ragione

⁶⁴ Per un quadro generale e un'analisi delle varie tesi, R. MARINI, *Revoca delle donazioni e tutela del donante*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 11 ss.

⁶⁵ G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, cit., p. 121; L. FERRI, *Revoca (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 198; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, IX ed., p. 263; L. GARDANI CONTURSI LISI, *Delle donazioni*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, Libro II, p. 468.

⁶⁶ In particolare, L. GARDANI CONTURSI LISI, *op. ult. cit.* che descrive «la revocazione come venir meno della scelta; una situazione – vale a dire – caratterizzata anch'essa unilateralmente, dal lato del donante, come momento estintivo della donazione, in posizione simmetrica al momento iniziale, e parimenti ad iniziativa del donante».

⁶⁷ A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger-F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2000, 2^a ed., p. 488.

⁶⁸ Così, G. PIOLA, *Donazione (dir. civ.)*, in *Il Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1899-1902, IX, parte III, p. 882.

della centralità della figura del donante, al quale viene consentito di rivalutare, in ipotesi tassativamente elencate dal legislatore e che sostanziano la violazione del dovere di non commettere atti di ingratitude, l'atto liberale compiuto, la sentenza del giudice può ben essere dichiarativa e non costitutiva, posto che il giudicante dovrebbe limitarsi a verificare la sussistenza di una delle cause di revocazione previste dal legislatore.

6. *Il recesso impugnatorio come rimedio ordinario alle alterazioni anomale della vicenda contrattuale: gli esempi della successione nel contratto e della presupposizione*

È possibile formulare, da ultimo, alcune brevi considerazioni sistematiche, che possono parimenti indurre a confermare la ricostruzione della risoluzione per inadempimento come rimedio sostanziale e potestativo. Volgendo lo sguardo, infatti, a diverse ipotesi di modifica delle originarie condizioni esistenti al momento di stipulazione del contratto, si rileva che tanto il legislatore quanto la giurisprudenza si siano decisamente orientati in favore dello scioglimento per atto unilaterale del contraente che subisca una tale modifica.

Con riguardo alle ipotesi di natura legislativa – oltre alla già esaminata fattispecie del recesso per impossibilità sopravvenuta parziale (art. 1464 c.c.) – vengono in rilievo tutte le numerose fattispecie di cessione (o successione) automatica nel rapporto contrattuale nei confronti di un soggetto diverso da uno degli originari contraenti⁶⁹. In particolare, tra le cessioni disposte *tout court* dalla legge, nelle quali il mutamento dell'identità soggettiva di una delle parti prescinde dal consenso della controparte, assumono rilievo, per le finalità in esame, le fattispecie nelle quali il subentro nel contratto costituisce la conseguenza⁷⁰ del trasferimento di situazioni giuridiche pregiudiziali, come, ad esempio, nel caso

⁶⁹ F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXI, 2, Milano, 1972, p. 40 ss.; E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, 2^a ed., Stamperia Nazionale, Roma, 1948, p. 323; per un'analisi diffusa, M. ANDREOLI, *La cessione del contratto*, Cedam, Padova, 1951, p. 116 ss.

⁷⁰ R. SCOGNAMIGLIO, *I contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Grosso-F. Santoro Passarelli, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 1966, p. 212; R. CLARIZIA, *La cessione del contratto*, 2^a ed., in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2005, p. 29.

dell'alienazione della cosa assicurata (art. 1918 c.c.)⁷¹ e nel trasferimento d'azienda (art. 2558 c.c.)⁷².

Nel caso di alienazione della cosa assicurata, l'assicuratore, avuta conoscenza che il soggetto tenuto al pagamento dei premi è mutato in seguito alla cessione, può scegliere se mantenere il vincolo contrattuale con l'acquirente della cosa assicurata, oppure se "recedere" dal rapporto contrattuale. Pertanto, all'assicuratore (contraente ceduto) viene concessa la facoltà di sciogliere il contratto, mediante una propria unilaterale e insindacabile manifestazione di volontà, senza alcun bisogno di allegare o dimostrare particolari ragioni, come, ad esempio, insufficienti requisiti di affidabilità o di solvibilità.

Anche nel caso di cessione (o usufrutto o affitto) dell'azienda e successione dell'acquirente nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa (art. 2558 c.c.), il recesso dal rapporto contrattuale costituisce il rimedio al non gradito mutamento della controparte contrattuale⁷³; in questo caso, tuttavia, il recesso è subordinato alla sussistenza di una «giusta causa», che può essere eventualmente impugnata dal cessiona-

⁷¹ Nel caso della successione dell'acquirente della cosa assicurata nel contratto di assicurazione, l'art. 1918 c.c. prevede che «l'assicurato, che non comunica all'assicuratore l'avvenuta alienazione e all'acquirente l'esistenza del contratto di assicurazione, rimane obbligato a pagare i premi che scadono posteriormente alla data dell'alienazione»: pertanto, i diritti e gli obblighi nascenti dal contratto passano in capo all'acquirente della cosa assicurata, se l'acquirente ha conoscenza dell'esistenza del contratto di assicurazione (la Suprema Corte definisce la continuazione del contratto in capo all'acquirente del bene un "effetto normale" della compravendita: Cass., 19 giugno 1995, n. 6918, in *Mass. Giur. it.*, 1995); il venditore perde ogni legittimazione a pretendere il pagamento dell'indennizzo da parte dell'assicuratore (Cass., 13 marzo 1998, n. 2746, in *Mass. Giur. it.*, 1998); l'assicuratore, se non viene notiziato della cessione, può sempre pretendere l'adempimento dal contraente originario.

⁷² F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, cit., p. 41, ove si rammenta il conseguente art. 2610 c.c.

⁷³ La successione nei contratti relativi all'azienda è *automatica* ed è esclusa soltanto in presenza di uno dei due alternativi requisiti, consistenti nel patto contrario o nella natura "personale" del contratto (Cass., 7 marzo 2001, n. 3312, in *Contratti*, 2001, p. 688, in *Mass. Giur. it.*, 2001). A differenza di quanto previsto nella cessione del contratto (art. 1406 c.c.), la successione di cui all'art. 2558 c.c. può intervenire in qualsiasi fase del rapporto contrattuale, purché non del tutto esaurito, anche nella fase contenziosa (Cass., 11 agosto 1990, n. 8219, in *Giur. it.*, 1991, I, c. 584).

La regola sancita dall'art. 2558 c.c. vale, in generale, per tutti i contratti: con i fornitori, di assicurazione, di appalto, di concessione in uso di spazi pubblicitari (Cass., 22 luglio 2004, n. 13651, in *CED Cassazione*, 2004; in *Mass. Giur. it.*, 2004; in *Società*, 2004, p. 1361), bancari, (Cass., 26 ottobre 2007, n. 22538, in *Obbl. e Contr.*, 2008, p. 266).

rio-successore nel contratto al fine di far valere la responsabilità della controparte receduta⁷⁴.

In questi casi, dunque, il rimedio predisposto dall'ordinamento è, ancora una volta, quello automatico del recesso e, mentre nella fattispecie descritta dall'art. 1918 c.c., l'assenza di fattori giustificativi dello scioglimento rendono addirittura inevitabile la scelta del recesso, nel caso dell'alienazione dell'azienda la subordinazione del recesso alla sussistenza di una giusta causa richiederebbe l'eventuale verifica giudiziale non meno di quanto si verifichi nella risoluzione per inadempimento⁷⁵. La scelta legislativa in favore del recesso dimostra, invece, l'inconsistenza di ragioni ostative alla ricostruzione della risoluzione come atto unilaterale con effetti automatici.

Come figura di recesso impugnatorio con effetti estintivi automatici, viene in rilievo quanto stabilito dalla giurisprudenza, negli ultimi anni, con riguardo all'istituto della presupposizione, tradizionalmente ricondotto alla disciplina generale in tema di risoluzione per inadempimento (art. 1453 ss. c.c.). Con riguardo, infatti, a quel «presupposto imprescindibile della volontà negoziale»⁷⁶, la giurisprudenza – dopo aver lungamente inquadrato

⁷⁴ È stata ritenuta, ad esempio, giusta causa di recesso dal contratto di agenzia la circostanza che il cessionario non offra sufficiente garanzia del regolare adempimento delle obbligazioni derivanti dalla prosecuzione del rapporto di durata – tanto più se relative ad importi già maturati, ma non ancora esigibili, come quelli dell'indennità da corrispondere alla fine del rapporto – e, più in generale, della regolare prosecuzione dell'attività dell'azienda cui è connessa l'attività dell'agente medesimo (Cass., 12 ottobre 2007 n. 21445, in *CED Cassazione*, 2007; in *Contratti*, 2008, p. 695; in *Mass. Giur. it.*, 2007).

⁷⁵ Nell'ipotesi dell'art. 36, l. n. 392/1978 – che costituisce una previsione speciale rispetto all'art. 2558 c.c., nel senso che, in caso di cessione dell'azienda, il contratto di locazione dell'immobile ove ha sede l'impresa si trasferisce automaticamente in capo all'acquirente (o all'usufruttuario o affittuario) dell'azienda, salva la facoltà del locatore di *opporsi* per gravi motivi – è discusso se l'opposizione del locatore configuri un recesso impugnatorio (al pari di quello previsto nell'art. 2558 c.c.), oppure una risoluzione giudiziale, secondo le norme generali (in quest'ultimo senso, Cass. 19 marzo 1985 n. 2028, in *Arch. Locazioni*, 1985, p. 223; in *Rass. Equo Canone*, 1985, p. 165, secondo cui il locatore dovrebbe rivolgendosi al giudice per ottenere la risoluzione del rapporto contrattuale, previa verifica che l'opposizione è fondata su ragioni obiettive, come l'inaffidabilità del cessionario, ecc.).

⁷⁶ Questa è una delle più sintetiche e recenti definizioni adottate in giurisprudenza (Cass., 18 settembre 2009, n. 20245). L'istituto della presupposizione risale, com'è noto, alla dottrina tedesca (sul punto, *ex plurimis*, WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, 1850, rist. Napoli 1982, con nota di lettura di SIMSHÄUSER) e, dopo un iniziale sfavore (P. RESCIGNO, *Condizione*, in *Enc. dir.*, VIII,

l'istituto nell'ambito della risoluzione giudiziale⁷⁷ – ha recentemente affermato⁷⁸ che «il difetto di quei fatti e circostanze che, pur non attenendo alla causa del contratto o al contenuto della prestazione, assumono (per entrambe le parti ovvero per una sola di esse, ma con relativo riconoscimento da parte dell'altra) un'importanza determinante ai fini della conservazione del vincolo contrattuale (...) legittima le parti non già a domandare una declaratoria di invalidità o di inefficacia del contratto, né a chiederne la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, bensì all'esercizio del potere di recesso (anche qualora il presupposto obiettivo del contratto sia già in origine inesistente o impossibile a verificarsi)».

Quest'ultimo esempio, in particolare, dimostra la tendenza giurisprudenziale a ricollocare nell'ambito applicativo del recesso impugnatorio figure tradizionalmente disciplinate alla stregua della modalità giudiziale di scioglimento del contratto e rafforza il convincimento che anche la risoluzione per inadempimento – per le ragioni di immediatezza ed efficacia di tutela della parte adempiente – possa essere interpretata e applicata dalla giurisprudenza come atto unilaterale con effetti sostanziali.

Milano 1961, p. 788; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 194; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 144; Cass., 29 luglio 1938 n. 3088, in *Foro it.* 1939, I, c. 83, con nota di L. FERRARA; Cass., 25 luglio 1949 n. 1976, in *Mass. Foro it.*, 1949; in senso favorevole, Cass., 8 giugno 1948 n. 864, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, c. 174, con nota di Walter BIGIAMI, fu accolto, a partire dagli anni '60, dalla giurisprudenza (Cass., 14 giugno 1966, n. 1544, in *Foro pad.*, 1967, I, 790; Cass., 18 maggio 1967, n. 1051, *ivi* 1968, I, 667; Cass., 17 settembre 1970, n. 1512, *ivi* 1972, I, 266, con nota di M. BESSONE; in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 211, con nota di V. ROPPO; in *Foro it.*, 1971, I, c. 3028; Cass., 6 luglio 1971, n. 2104, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, c- 282; Cass., 3 ottobre 1972, n. 2828, *ivi*, 1974, I, 1, c. 835; Cass., 6 ottobre 1972, n. 2878, *Foro pad.*, 1973, I, 361; Cass., 19 aprile 1974, n. 1080, *Foro it.*, 1975, I, c. 968). Per una recente analisi della problematica, R. PENNAZIO, *Rischio e sopravvenienze*, Esi, Napoli, 2013.

⁷⁷ Secondo l'orientamento prevalente, infatti, il fondamento normativo della presupposizione deve essere rinvenuto nell'art. 1467 c.c., che sarebbe a sua volta espressione del principio generale *rebus sic stantibus*, con la conseguenza che la presupposizione costituisce un'ipotesi di risoluzione giudiziale del contratto *ex tunc* (ad esempio, Cass., 29 settembre 2004, n. 19563).

⁷⁸ Cass. 25 maggio 2007, n. 12235, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 1134, con nota di R. PENNAZIO; in *Contr. Impr.*, 2008, 1, p. 11, con nota di A. RICCIO, *La presupposizione è, dunque, una causa di recesso dal contratto*. Per un ampio commento alla pronuncia e alle sue implicazioni sistematiche, G.F. AIELLO, *L'applicabilità del rimedio risolutorio al difetto sopravvenuto della presupposizione in un recente revirement della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 305 ss.

CAPITOLO QUARTO

I MODELLI EUROPEI DI RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO

SOMMARIO: 1. Gli ordinamenti europei e i progetti di diritto europeo dei contratti. – 2. La risoluzione costitutiva nel sistema francese. L'art. 1184 Code Civil ed il suo fondamento. – 2.1. Gli effetti della risoluzione (cenni). – 3. La giurisprudenza sulle «clauses resolutoires». – 4. Le fughe dalla risoluzione giudiziale. L'eccezione di inadempimento. – 4.1. (*Segue*). L'apertura alla risoluzione unilaterale. – 5. Il modello anfibologico di risoluzione nelle proposte di riforma del *Code Napoléon*. – 6. La risoluzione per recesso nell'ordinamento tedesco dopo la *Modernisierung*. – 7. La «declaration of avoidance» nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili. – 7.1. Gli effetti del recesso e la loro “disponibilità”. La risoluzione senza “fundamental breach”. – 8. The «right to terminate the contract» nella Proposta di regolamento per un diritto europeo della vendita (*CESL*). – 9. La risoluzione per atto unilaterale nei progetti di riforma del *Código Civil* spagnolo.

1. *Gli ordinamenti europei e i progetti di diritto europeo dei contratti*

La natura stragiudiziale della risoluzione per inadempimento appare confermata da uno sguardo comparatistico rivolto ai principali ordinamenti europei.

Nell'ordinamento francese, l'evoluzione del modello napoleonico verso il riconoscimento di un potere generale di risoluzione *extra iudicium* del contratto testimonia un progressivo declino della tutela costitutiva, che le proposte di riforma del *Code civil* stemperano sensibilmente, prefigurando una strutturazione dichiarativa dell'accertamento processuale.

Nell'ordinamento tedesco, la centralità assunta dal recesso nel sistema tedesco, dopo la *Schuldrechtsreform*, rende lo studio dell'istituto un necessario momento di confronto per individuare risposte coerenti alle problematiche applicative, che scaturiscono dalla riconfigurazione del rimedio in chiave stragiudiziale, specialmente alla luce della diffusa

tendenza, nelle fonti sovranazionali e nelle proposte di codificazione europea, a seguire il modello germanico.

Anche l'ordinamento anglosassone conosce il modello sostanziale e unilaterale dello scioglimento del contratto per inadempimento e la Convenzione di Vienna, che ad esso si è ispirata, ha recepito espressamente la dichiarazione di risoluzione come atto unilaterale con effetti estintivi del rapporto contrattuale.

Anche nel sistema spagnolo, nonostante la lettera del dato normativo (art. 1124 *Código Civil*, non dissimile dall'art. 1453 c.c.), dottrina e giurisprudenza hanno finito col configurare un diritto potestativo di recesso, spettante alla parte non inadempiente e fondato sulla valenza sostanziale dell'inadempimento della controparte, rispetto al quale la sentenza giudiziale si pone come mero accertamento dei presupposti sostanziale dell'esercizio del diritto e, conseguentemente, dell'avvenuto scioglimento del contratto.

Anche i progetti di unificazione del diritto europeo dei contratti recepiscono il modello stragiudiziale di risoluzione¹. In particolare, i Principi Lando² sanciscono il diritto di una parte di «risolvere il contratto» in caso di grave inadempimento o ritardo dell'altra (art. 9:301), mediante una dichiarazione unilaterale del tutto conforme al modello tedesco e anglosassone. Analogamente, l'art. 7.3.2 dei Principi Unidroit – intitolato al «diritto alla risoluzione del contratto» – stabilisce che «una parte può risolvere il contratto se l'inadempimento della controparte costituisce un inadempimento essenziale», né la disciplina particolarmente analitica dell'«essenzialità» dell'inadempimento³ ha indotto i redattori a ritenere indispensabile il previo necessario ricorso al giudi-

¹ AND. FUSARO, *La risoluzione del contratto sulla via della codificazione europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 324 ss. Per una ricostruzione unitaria del diritto europeo dei contratti, H. KÖTZ-S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Giuffrè, Milano, 2006.

² AA.VV., *Principi di diritto europeo dei contratti*, a cura di C. Castronovo, Giuffrè, Milano, 2005.

³ L'art. 7.3.2 stabilisce, infatti, che «Nel decidere se l'inadempimento sia essenziale si deve considerare, in particolare, se (a) l'inadempimento priva sostanzialmente il creditore di ciò che aveva diritto di aspettarsi dal contratto, a meno che la controparte non abbia previsto né avrebbe potuto ragionevolmente prevedere tale risultato; (b) l'esatto adempimento dell'obbligazione non eseguita è essenziale nell'economia del contratto; (c) l'inadempimento è doloso o gravemente colposo; (d) l'inadempimento dà al creditore motivo di ritenere di non poter fare affidamento sul futuro adempimento della controparte; (e) la parte inadempiente in caso di risoluzione del contratto subirà una perdita eccessiva quale conseguenza della preparazione del contratto o delle prestazioni già eseguite».

ce per ottenere lo scioglimento del rapporto contrattuale. Inoltre, anche nei *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*⁴ è espressamente previsto che «the creditor is entitled to terminate the contract for non-performance if the creditor cannot be reasonably expected to be bound by the contract, in particular because of the kind of non-performance or because of the nature of the obligation» (art. 8:301). È stato scelto, in tal modo, un «criterio semplificato», simile al recesso, che determina la risoluzione del contratto per effetto della comunicazione fatta al debitore⁵.

Infine, il *Draft Common Frame of Reference*, con l'intento dichiarato di rafforzare la «sicurezza contrattuale», tutelando l'interesse alla prestazione del creditore, non solo struttura la risoluzione per inadempimento in chiave stragiudiziale, ma la ammette esclusivamente quando «the creditor's interests will be seriously affected by the non-performance»⁶. Infatti, dopo aver specificato che la risoluzione del contratto presuppone un inadempimento «fondamentale» (art. III. – 3:502), l'art. III. – 3:507 dispone che lo scioglimento del contratto si produce «by notice to the debtor». La disciplina prefigurata dal *Draft*, oltre a richiamare ampiamente l'impostazione seguita dalla Convenzione di Vienna e dalla successiva riforma del *BGB* tedesco, è riproposta, da ultimo, nel progetto di regolamento per un diritto comune europeo della vendita (*CESL*).

2. La risoluzione costitutiva nel sistema francese. L'art. 1184 Code Civil ed il suo fondamento

Come si è osservato⁷, nel Codice Civile francese la risoluzione per inadempimento si presenta quale condizione risolutiva tacita, il cui avveramento può avvenire solo in sede processuale (art. 1184), al contrario di quanto stabiliscono le norme dedicate alla condizione volonta-

⁴ <http://www.acquis-group.org>.

⁵ Così, R. CALVO, *Le conseguenze dell'inadempimento: esatto adempimento, riduzione del prezzo e risoluzione del contratto*, in I «Principi» del diritto comunitario dei contratti, a cura di G. De Cristofaro, Giappichelli, Torino, 2009, p. 530 ss.

⁶ C. VON BAR-E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., p. 78. Per una recente analisi della risoluzione per inadempimento nel *Draft*, R.E. CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie*, cit., p. 141 ss.

⁷ *Retro*, Cap. I, parr. 1-2.

ria⁸: «la résolution sous-entendue ne peut être que judiciaire»⁹. Non a caso l'originaria versione dell'art. 1184, terzo comma, *Code Civ.* specificava che «la résolution doit être [...] prononcée par le juge»¹⁰.

La scelta compiuta, a suo tempo, dai codificatori francesi congiunge i principi del moralismo e del solidarismo contrattuali¹¹: l'impegno di eseguire le obbligazioni assunte può essere disatteso solo per imperio del giudice, che accerta con equa imparzialità la gravità dell'inadempimento, impedendo strumentalizzazioni della tutela e accordando al debitore, se del caso, un «délai selon les circonstances» per eseguire la prestazione¹². «Faisant écho à l'art. 1134 du Code civil», secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti, «l'art 1184 semble bien en épouser les présupposés, à commencer par une vision pessimiste de la nature humaine»¹³.

L'imprescindibilità del momento processuale riverbera, a sua volta, una concezione sanzionatoria e volontaristica dell'istituto. Per un verso, il giudice è l'unico titolato ad irrogarla, dato che «non ci si può fare giustizia da sé, neppure quando la condizione risolutiva è stata espressamente pattuita dalle parti nel contratto»¹⁴. Per l'altro, l'art. 1184 *code civil* «è interpretativo della volontà delle parti»¹⁵: il giudice, quindi, deve stabilire se l'inadempimento contestato è tale che, ove le parti lo avessero previsto, avrebbero inteso sciogliere il contratto.

Ciò giustifica, ugualmente, la limitazione della risoluzione di diritto a specifici tipi contrattuali, come la vendita. L'art. 1657 *Code civil*, dedicato alla fornitura di alimenti e beni mobili, dispone in merito che la

⁸ Ampia, però, è la critica che la dottrina muove alla necessaria processualità del momento costitutivo. Per tutti v. J. FLOUR-L. AUBERT-É. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 3, Sirey, 2009, n. 247.

⁹ L. JOSSERAND, *Cours de droit positif français*, II, Librairie du recueil Sirey, 22, rue Soufflot, Paris (V^e), 3^{ème} ed., 1939, p. 208.

¹⁰ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, vol. XIII, p. 15, come citato da T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, L.J.D.J., Paris, 2007, p. 379, nt. 26.

¹¹ J. ROCHFELD, *Inexécution des obligations*, in AA.VV., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, cit., p. 40 della versione elettronica reperibile in www.justice.gouv.fr/.

¹² Cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit., p. 341-342.

¹³ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., p. 381.

¹⁴ L. JOSSERAND, *op. ult. cit.*, p. 211; R. CASSIN, *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*, cit., p. 159 ss.

¹⁵ L. JOSSERAND, *op. ult. cit.*, p. 212.

risoluzione del contratto «aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement»¹⁶. L'art. 1590 *Code civil*, inoltre, relegando gli istituti della caparra e del recesso nei confini di una disciplina speciale stabilisce che «si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun de contractants est maître de s'en départir, celui qui les a données, en les perdant, et celui qui les a reçus, en restituent le double».

Dalla risoluzione, cui tradizionalmente si riconosce natura costitutiva¹⁷, si distingue la "résiliation", che è riconducibile al nostro recesso determinativo o penitenziale, sebbene, in taluni casi, il *nomen juris* serva impropriamente a connotare l'irretroattività della risoluzione per inadempimento dei contratti ad esecuzione continuata o periodica¹⁸. L'istituto, invece, prescinde da un difetto sopravvenuto del sinallagma e tutela l'interesse di una o entrambe le parti ad estinguere il rapporto in corso¹⁹. La sua titolarità, infatti, non impedisce al creditore di chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento²⁰.

L'azione caducatoria è «triplement facultatif»²¹, potendo il debitore chiedere, in alternativa, l'adempimento o il risarcimento del danno (art. 1184, secondo comma, *Code Civil*)²².

In analogia a quanto testualmente dispone l'art. 1453, secondo comma, c.c., la giurisprudenza ha ritenuto di poter inferire dal più generico art. 1184, secondo comma, *Code Civil* la facoltà, per il creditore, di con-

¹⁶ In questo caso il giudice si limita a «constater» l'avvenuta risoluzione (C. PAULIN, *La clause résolutoire*, L.G.D.J., Paris, 1996, p. 274), ma è frequente, se non ordinario, che la parte ritenuta inadempiente chieda al giudice di esprimersi sulla legittimo esercizio del potere estintivo. Cfr. H. KENFACK, *Actualité de la clause résolutoire*, Loyers et copr., 2006.

¹⁷ Per tutti T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., p. 254 ss.

¹⁸ Cfr. Cass., 1 ottobre 2008, n. 07-15.338, Bulletin, 2008, II, n. 144.

¹⁹ La confusione terminologica è efficacemente criticata da C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, L.G.D.J., Paris, 2007, p. 88 ss.; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., p. 18 ss.

²⁰ Cfr. Cass., 9 marzo 1988, in *Bull. civ.*, III, n. 55, che ha ritenuto in facoltà del prestatore d'opera chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento, sebbene costui avesse già esercitato il diritto di "résiliation" di cui all'art. 1794 c.c. Considera il principio affermato dal Supremo Collegio conforme alla efficacia irretroattiva del recesso C. CHABAS, *Résolution-Resiliation*, in *Rep. civ. dall.*, 2010, p. 15.

²¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT-É. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, cit., n. 251.

²² È precluso, invece, al creditore chiedere cumulativamente l'adempimento delle obbligazioni inadempite e la risoluzione del contratto: cfr. Cass., 7 giugno 1989, in *RTD civ.*, 1990, p. 473.

vertire l'originaria domanda di adempimento in domanda di risoluzione sino al formarsi del giudicato sulla richiesta iniziale²³, senza con ciò violare la disciplina dei *nova* in appello (artt. 564 ss. *NCPC*)²⁴.

Al contrario, invece, del divieto contenuto nell'art. 1453, secondo comma, c.c., per cui il creditore non può domandare l'adempimento dopo aver agito in risoluzione, il Supremo Collegio non solo ha ammesso la *mutatio libelli*, ma ne ha individuato il limite temporale al momento del passaggio in giudicato della pronuncia sulla domanda originaria²⁵.

Questa flessibilità è giustificata da una definizione molto ampia, se non generica, dell'oggetto del processo. I rimedi contro l'inadempimento – si afferma, non diversamente da quanto stabilito dalle Sezioni Uni-

²³ Cfr. Cass. comm., 14 giugno 2005, n. 02-18.164, che ha cassato con rinvio la pronuncia d'appello «alors que l'action en résolution et l'action en exécution d'une convention constituent sous deux formes différentes l'exercice du même droit et tendent aux mêmes fins».

Cass., 5 ottobre 1954, in *Bull. civ.*, I, n. 265, che ha confermato la pronuncia con cui la Corte d'appello aveva ritenuto proponibile la domanda di risoluzione, formulata nelle more del termine di esecuzione del capo condannatorio dell'azione di adempimento; Cass., 3 luglio 1956, in *Bull. civ.*, III, n. 201, che ha superato persino il limite del giudicato, ritenendo che il debitore «n'avait nullement entendu renoncer, au cas où ces poursuites demeureraient vaines, à demander la résiliation du contrat litigieux».

²⁴ Cfr. Cass., 15 giugno 1973, in *Bull. civ.*, II, n. 192; conf. Cass. comm., 26 marzo 1973, in *Bull. civ.*, IV, n. 135; Cass., 2 maggio 1979, in *Bull. civ.*, III, n. 94. Diversamente, la successiva Cass. comm., 4 gennaio 1982, in *Bull. civ.*, IV, n. 1, p. 1, ha ritenuto che operasse il limite del giudicato quando il creditore, dopo aver ottenuto la condanna della controparte all'adempimento delle obbligazioni contrattuali inese-guite, abbia chiesto la risoluzione; Cass., 24 novembre 1993, n° 91-15.295, in *Bull. civ.*, III, n. 151; in *RTD civ.*, 1994, p. 355, con nota di J. MESTRE, che ha escluso, per questa ipotesi, la fondatezza dell'*exceptio rei iudicatae*. La Corte ha confermato la pronuncia di merito di risoluzione per inadempimento di un contratto di locazione commerciale, che il conduttore aveva domandato, lamentando l'omessa esecuzione della condanna al compimento di lavori di ristrutturazione del locale.

²⁵ Cass., 25 marzo 2009, n. 08-11.326, in *Bull. civ.*, III, n. 67, che ha cassato la pronuncia della Corte d'appello per violazione dell'art. 1184, secondo comma, *code civil*. Nel caso di specie, la restituzione del denaro ricevuto dal creditore, al momento della conclusione del contratto preliminare, a titolo di "dommages-intérêts" e la scelta di chiedere, in primo grado, solo l'adempimento, sono state interpretate dai giudici di merito quale rinuncia all'azione risarcitoria; Defrénois, 2009, 2319, obs. E. SAVAUX; in *JCP*, 2009, I, 273, n. 30; in *RDC*, 2009, n. 3, p. 1004. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, L.G.D.J., Paris, 2004, p. 354, rileva l'equilibrio raggiunto dal Supremo Collegio nell'ammettere la *mutatio libelli*, quando è pacificamente consentito al debitore, sino al passaggio in giudicato della sentenza, di evitare la risoluzione del contratto offrendo l'adempimento, salvo il potere del giudice di considerarlo tardivo. Conf. C. CHABAS, *Résolution-Resiliation*, cit., p. 15.

te della Corte di Cassazione italiana²⁶ – sono modalità di esercizio di un unico diritto, quindi la domanda di tutela che la parte fedele propone al giudice non muta se, in corso di causa, il creditore si pente della scelta iniziale²⁷. Deve rilevarsi, però, che, dal 2003, la Corte di Cassazione ha posto un limite alla *mutatio libelli*, ritenendo inammissibile la domanda di risoluzione proposta per la prima volta in appello²⁸. Sul piano processuale, quindi, il sistema francese si dimostra più flessibile²⁹ del nostro, potendo la domanda di risoluzione essere modificata sino a che il giudice di primo grado abbia pronunciato la sentenza. Secondo parte della dottrina, questa maggior libertà della parte fedele, sfruttando il potenziale coattivo della risoluzione, costituirebbe un vantaggio esclusivo del modello giudiziale, idoneo, peraltro, a riequilibrare la facoltà di adempimento tardivo del debitore³⁰.

Eppure, la gravosità degli oneri legati all'accertamento processuale della risoluzione, che si fonda, in modo esclusivo, sul sindacato del giudice in merito alla natura e l'entità dell'inadempimento, ha favorito la diffusione nella prassi contrattuale di patti risolutivi, analogamente a quanto accaduto nel nostro ordinamento con la condizione di inadempimento. La giurisprudenza, però, sembra aver risposto in modo diverso e ambivalente alla disapplicazione dell'art. 1184 c.c., da un lato, irrigidendo i presupposti di esercizio delle «*clauses résolutoires*», dall'altro, iniziando a ritenere ammissibile un generale potere di «*résolution extrajudiciaire unilatérale*», ad accertamento successivo, con ciò avverando brillanti presagi dottrinari secondo cui «i Francesi sono partiti da un sistema più rigido e radicalmente diverso, ma, grazie alla flessibilità della loro giurisprudenza, hanno potuto fronteggiare le esigenze emerse dalla prassi, compiendo un passo importante verso un modello di controllo *a posteriori*»³¹.

²⁶ Cass., sez. un., 10 aprile 1995, n. 4126, cit.

²⁷ *Inter alios* L. WEILLER, *La liberté procédurale du contractant*, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 2004, p. 205 ss.

²⁸ Cass., 20 novembre 2003, n. 02-10.465, in *Bull. civ.*, II, n. 341, che ha confermato l'inammissibilità della domanda di consegna dell'immobile proposta in appello dal compratore, dopo che il giudice di prime cure aveva dichiarato risolto per inadempimento il contratto; Cass., 20 gennaio 2010, n. 09-65.272, in *JCP*, 2010, I, p. 516, con osservazioni di P. GROSSER.

²⁹ T. GENICON, *La résolution*, cit., p. 257.

³⁰ Y.-M. LAITHIER, *op. loc. ultt. citt.*

³¹ R. CASSIN, *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*, cit., p. 161 ss.

2.1. Gli effetti della risoluzione (cenni)

Il secondo classico profilo della risoluzione per inadempimento nel sistema francese consiste nella retroattività dei suoi effetti. Secondo l'art. 1183 *Code Civil*, «la condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé»³².

Al pari del carattere necessariamente giudiziario, tuttavia, anche il principio dell'«anéantissement rétroactif du contrat» è stato posto in discussione³³ sotto vari profili, quali, in particolare, la sua compatibilità con i rapporti di durata, il fondamento delle obbligazioni restitutorie e la tutela dei subacquirenti.

In merito ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, la giurisprudenza ha sensibilmente attenuato la logica di una completa dissoluzione del rapporto. Al contrario dell'art. 1458 c.c. it., ove si esclude – come è noto – la ripetibilità delle prestazioni eseguite, l'art. 1183 *Code Napoléon* non compie questa specificazione, sulla cui ammissibilità, *de lege data*, la *Cour de Cassation* ha ampiamente discusso, affermando talvolta che la «résiliation du contrat» rimette le parti nello stato in cui si trovavano precedentemente, salvo che ciò sia impedito da un'impossibilità materiale³⁴ e, talaltra, che «la résiliation» non opera per il tempo in cui il contratto è stato regolarmente eseguito³⁵.

³² L'applicazione dell'art. 1183 *Code Napoléon* alla risoluzione è pacifica. Cfr. *ex plurimis*, Cass. comm., 12 ottobre 1982, in *Bull. civ.*, IV, n. 309. Ampi, però, sono i temperamenti compiuti dalla giurisprudenza nell'ambito dei contratti collegati e di durata (*infra* nel testo) e ciò «introduce una confusione terminologica che si aggiunge alle altre confusioni concettuali, di cui la materia è prodiga» (R. LIBCHABER, *Obs. sous civ.*, 3^e, 1^e oct. 2008, n° 07-15.338, in *Defrénois*, 2008, p. 2499). «En effet» – prosegue l'Autore – «la résiliation suggère que l'anéantissement du contrat a été volontaire, unilatéral même, là où la résolution implique davantage l'intervention du juge».

³³ Si rinvia, in tema, agli atti del Convegno «L'anéantissement rétroactif du contrat», tenutosi il 22 ottobre 2007, pubblicati in *Revue des contrats*, Éditorial, janvier 2008, p. 1 ss., e, ivi, R. WINTGEN, *La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé*, p. 73 ss. A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, L.G.D.J., Parigi, 2007; R. WINTGEN, *L'indemnité de jouissance en cas d'anéantissement rétroactif d'un contrat translatif*, Defrénois, 2004, p. 692 ss. Nella letteratura che precede si vedano: A. BOUSIGES, *Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat*, thèse, Poitiers, 1982; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, L.G.D.J., Parigi, 1992.

³⁴ Cass., soc., 21 giugno 2004, in *Bull. civ.*, V, n. 172 e già Cass., 7 giugno 1995, in *Bull. civ.*, I, n. 244.

³⁵ Cass., 30 aprile 2003, n. 01-14.890, in *Bull. civ.*, III, n. 87; Defrénois, 2003, p. 1175, con osservazioni di E. SAVAUX; in *RTD civ.*, 2003, p. 501, con osservazioni di J.

Il fondamento delle obbligazioni restitutorie, distaccandosi dall'area dell'indebito, tende ormai ad essere rivenuto da un'ampia parte della giurisprudenza e delle dottrina nel contratto oggetto di risoluzione³⁶. Ciò comporta, sul piano processuale, che il giudice possa disporre la relativa condanna indipendentemente dalla domanda delle parti, atteggiandosi l'obbligo restitutorio ad effetto *ex lege* della sentenza³⁷.

Con riguardo all'opponibilità della risoluzione del contratto, l'art. 1183 *Code Napoléon* consentirebbe di applicare *in toto* l'adagio *resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis*, ma la disciplina degli acquisti *a non domino* e della pubblicità immobiliare ne limitano fortemente la portata, con ciò segnando un radicale distacco dall'istituto della "nullité"³⁸.

MESTRE-B. FAGES; in *Ann. Loyers*, 2003, p. 750, con nota di C. ATIAS. Conforme la giurisprudenza successiva, di cui v. Cass., 1 ottobre 2008, n. 07-15.338, in *Bull. civ.*, III, n. 144; in *Defrénois*, 2008, p. 2499, con osservazioni di R. LIBCHABER; *RDC*, 2009, p. 168 s., con osservazioni di J.B. SEUBE; in *RDC*, 2009, p. 70, con osservazioni di T. GÉNICON. Cass. comm., 10 novembre 2009, n. 08-19.990;

³⁶ Cfr. Cass. comm., 18 febbraio 2004, in *Bull. civ.*, IV, n. 38; Cass., 24 settembre 2002, *ivi*, I, n. 218, secondo cui il diritto alla restituzione delle prestazioni eseguite si prescrive entro il termine di esercizio dell'azione di nullità. In dottrina si vedano, *inter alios*: C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, Dalloz, Parigi, 2003; Y.-M. SERINET, *L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français*, in AA.VV., *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de droit comparé*, L.G.D.J., Bruxelles, Parigi, Bruylant, 2001, p. 589 ss. Nella letteratura italiana v. E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, *cit.*, p. 374 ss.

³⁷ Cass., 29 gennaio 2003, n. 01-03.185, in *JCP*, 2003, II, p. 10116, con nota di Y.-M. SERINET; in *RTD civ.*, 2003, p. 501, con nota di J. MESTRE-B. FAGES; Cass., 25 febbraio 2010, nn. 08-20.751 e 08-21.601. Osserva criticamente E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, *cit.*, p. 457 che «l'impostazione concepita dalla giurisprudenza, consacrata dall'*avant-projet* non sconfessata dal progetto del presenta un profilo di intima contraddittorietà. Essa ruota intorno all'idea dell'annientamento del contratto, il quale, sul solco dell'impostazione tradizionale, è concepito come minimo comune denominatore fra il modo di operare della risoluzione e dell'annullamento; come concetto che giustifica l'equiparazione, sul piano restitutorio, degli effetti dei due tipi di rimedi. Logico corollario di questo concetto unitario è l'integralità delle restituzioni: chiamate a includere vantaggi ricevuti dall'esecuzione (art. 1162 *avant-projet*, art. 104 *projet*). La logica dell'annientamento del contratto dell'integralità delle situazioni, tuttavia, contraddetta dal concreto contenuto delle regole restitutorie "après anéantissement du contrat" ed è «sconfessata dall'efficacia prospettica della risoluzione per inadempimento».

³⁸ P. ANCEL, *La rétroactivité et la sécurité des tiers*, in *RDC*, 2008, p. 46. L'opponibilità *erga omnes* della pronuncia di nullità è stemperata dal ricorso all'apparenza, laddove il terzo riesca a provare di aver commesso un errore incolpevole. L'istituto, dilatato nella sua portata applicativa ad opera della giurisprudenza. Cfr. Cass., 22 luglio 1986, in *Bull. civ.*, I, n. 204, secondo cui la nullità del titolo del pro-

Per i beni mobili, opera l'art. 2276, primo comma, *code Napoléon*³⁹, secondo cui «la possession vaut titre», sempre che l'acquirente sia in buona fede⁴⁰. Tale stato soggettivo non è pregiudicato dalla consapevolezza di un eventuale, diverso vizio del titolo o della sua caducità, quale può derivare, appunto, dalla risoluzione⁴¹. Per i beni immobili, l'art 28 del decreto del 4 gennaio 1955 consente di trascrivere «toute demande en justice tendant à obtenir la résolution d'une convention portant sur un droit soumis à publicité, ainsi que les décisions prononçant la résolution» (quarto comma, lett. c) nonché tutti gli atti «contenant des clauses résolutoires» (secondo comma). La pubblicità è condizione di proponibilità della domanda giudiziale (art. 30, quinto comma, d. cit.), ma l'eventuale omissione può essere rilevata solo su eccezione di parte⁴², il che – si obietta – vanifica sensibilmente lo scopo della norma⁴³.

Nell'ambito della vendita, inoltre, l'art. 2379 *Code Napoléon* rende improponibile l'azione di risoluzione per inadempimento (art. 1654) quando l'ipoteca a garanzia del pagamento sia estinta o quando l'iscri-

prietario apparente non incide sulla validità dei successivi trasferimenti allorché la causa invalidamente non era conoscibile. In tema, *ex multis*, M. BOUDOT, *Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des XIX^e et XX^e siècles*, in AA.VV., *La théorie des nullités*, a cura di M. Boudot e P.-M. Vecchi, L.G.D.J., Parigi, p. 79 ss.; H. MAZEAUD, *La maxime error communis facit jus*, in *RTD civ.*, 1924, p. 929 ss.; P. CHEN, *Apparence et représentation en droit positif français*, L.G.D.J., Parigi, 2000; per un inquadramento storico, D. DEROUSSIN, *Réalité vécue, réalité juridique et vérité judiciaire à Rome et dans l'ancien droit français. Contribution historique à l'étude de la théorie de l'apparence*, in *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2003, n. 37, p. 191 ss.

³⁹ L'art. 2276 *Code Napoléon*, modificato dalla l. 17 giugno 2008, n. 2008-561 riproduce, immutato, il contenuto dell'art. 2279 e non si applica, per giurisprudenza costante, ai beni immateriali. Si vedano, *ex multis*: Cass., comm., 7 marzo 2006, in *Bull. civ.*, IV, n. 62; in *D.*, 2006, p. 2897, con nota di C. KUHN; in *Defrénois*, 2007, p. 70, con osservazioni di J. HONORAT; in *JCP*, 2006, II, p. 10143, con nota di G. LOISEAU; in *RTD civ.*, 2006, 348, con osservazioni di REVET; Cass., 6 maggio 1997, in *Bull. civ.*, I, n. 144.

⁴⁰ Cass., 23 marzo 1965, in *Bull. civ.*, I, n. 206; C. CHABAS, *Résiliation-résolution*, cit., p. 34; T. GENICON, *La résolution du contrat.*, cit., p. 544.

⁴¹ Cfr. C. AUBRY-C. RAU, *Droit civil français*, vol. 2, a cura di P. Esmein, Librairies techniques, Parigi, 1961, par. 218; B. GRIMONPREZ, *Prescription acquisitive*, in *Rep. civ. D.*, 2010, p. 23.

⁴² Cfr. Cass., 18 gennaio 1995, n. 92-10. 655, in *Bull. civ.*, III, n. 22, che esclude il rilievo d'ufficio; Cass., 26 ottobre 2006, n. 05-17.179, in *Bull. civ.*, II, n. 301, ove si nega che l'eccezione possa essere sollevata dal terzo.

⁴³ P. SIMLER-P. DELEBEQUE, *Droit. Civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 4^e éd., Dalloz, Parigi, 2004, p. 720; conf. T. GÉNICON, *op. ult. cit.*, p. 545.

zione, che deve essere eseguita entro due mesi dalla conclusione del contratto, sia avvenuta in ritardo e *medio tempore* i terzi abbiano acquistato diritti sul bene immobile in oggetto⁴⁴. Ciò non vale, tuttavia, se la risoluzione si produce *de iure* per esercizio di una clausola risolutiva debitamente pubblicizzata: la trascrizione del patto, infatti, rende pienamente opponibile ai successivi acquirenti e creditori la garanzia ipotecaria iscritta sull'immobile dopo la trascrizione dei titoli dei terzi⁴⁵.

3. La giurisprudenza sulle «*clauses résolutoires*»

Sebbene i codificatori abbiano taciuto completamente sulla «*résolution de plein droit*», l'*omissio legis* non è stata mai interpretata come preclusiva di una diversa disciplina, ad opera delle parti, dell'inadempimento del contratto, bensì quale completa devoluzione all'autonomia privata del potere di regolare alternativamente il procedimento estintivo⁴⁶. Mai si è

⁴⁴ La decadenza, però, non opera se i terzi hanno ommesso, a loro volta, la trascrizione del titolo: Cass., 6 febbraio 1974, Bull. civ., III, n. 67. In ogni caso, sul notaio che riceve l'atto di compravendita incombe uno specifico obbligo informativo sulle conseguenze della rinuncia all'ipoteca, la cui violazione può renderlo civilmente responsabile (Cass., 25 novembre 1997, in Bull. civ., 1997, I, n. 329).

Analoga disposizione è contenuta, per la «vente de fonds de commerce», all'art. L. 141-6 *Code de Commerce*: «L'inscription doit être prise, à peine de nullité, dans la quinzaine de la date de l'acte de vente. Elle prime toute inscription prise dans le même délai du chef de l'acquéreur; elle est opposable aux créanciers de l'acquéreur en redressement ou en liquidation judiciaire, ainsi qu'à sa succession bénéficiaire. L'action résolutoire, établie par l'article 1654 du code civil, doit, pour produire effet, être mentionnée et réservée expressément dans l'inscription. Elle ne peut être exercée au préjudice des tiers après l'extinction du privilège. Elle est limitée, comme le privilège, aux seuls éléments qui ont fait partie de la vente».

L'eccezione è rimessa ai terzi subacquirenti e creditori: Cass., comm., 8 luglio 2003, n. 00-17-639.

⁴⁵ Cass., 8 luglio 1992, n. 90-14.039, in Bull. civ., 1992, III, n. 247, p. 152: «Le vendeur d'un immeuble n'ayant pas inscrit son privilège, mais ayant publié la clause résolutoire expresse stipulée à l'acte de vente, en cas de non-paiement du prix, justifie légalement sa décision ordonnant la radiation de l'inscription d'hypothèque conventionnelle prise postérieurement par un créancier, la cour d'appel qui retient à bon droit que les dispositions de l'article 2108» (attuale art. 2379) «du Code civil ne visaient que l'action résolutoire ouverte par l'article 1654 de ce Code au vendeur impayé et que la résolution de la vente constatée conformément à l'article 1656 du même Code, en application d'une clause résolutoire publiée en exécution du décret du 4 janvier 1955, était opposable au créancier ayant inscrit ultérieurement une hypothèque conventionnelle».

⁴⁶ Sui patti risolutivi si vedano J. BORRICAND, *La clause résolutoire expresse dans*

dubitato, d'altronde, che «le caractère judiciaire de la résolution n'est pas d'ordre public»⁴⁷ e «n'est pas de son essence»⁴⁸; al contrario, le origini di una concezione alternativa al modello costitutivo sono rinvenibili nella dottrina classica, che diversificava la struttura del rimedio secondo la previsione per legge di forme di risoluzione di diritto⁴⁹.

La natura dispositiva dell'art. 1184 *code Napoléon* è confortata dalla progressiva introduzione di norme speciali, che limitano la creazione volontaria di clausole risolutive nell'interesse della parte dotata di minore potere contrattuale. Si richiamano in merito l'art. L. 411-31 *Code rural et de la pêche maritime*, che ammettono lo scioglimento dell'affitto di azienda agricola nei soli casi in cui è consentita la risoluzione giudiziale, gli artt. 4, primo comma, lett. g), 7, secondo comma, e 24 della l. 6 luglio 1989, n. 89-462 che differiscono l'efficacia della dichiarazione di valersi della clausola al trentesimo giorno successivo alla sua ricezione, fermi eventuali «délais de paiement»⁵⁰. Infine, nell'ambito delle locazioni commerciali, l'art. L. 145-41 *code commerce* stabilisce che il giudice può «en accordant des délais, suspendre la réalisation et les effets des clauses de résiliation, lorsque la résiliation n'est pas constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée» (secondo comma).

Alla ritenuta validità delle clausole risolutive non segue, tuttavia, la loro effettiva applicazione, essendo la giurisprudenza da tempo assesta-

les contrats, in *RTD civ.*, 1957, p. 433 ss.; C. PAULIN, *La clause résolutoire*, cit.; J. A. ROBERT-Q. CHARLUTEAU, *Utilité et mise en œuvre des clauses résolutoires*, in *RLDC*, 2010, p. 68 ss.; B. TEYSSIE, *Les clauses de résiliation et de résolution*, in *Cah. dr. entr.* 1975, n. 1, p. 13 ss.

⁴⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit., p. 343, ma già L. JOSSERAND, *Cours de droit positif français*, cit., p. 112, riconosceva che l'art. 1184 c.c. «n'est nullement d'ordre publique», citando a conferma Req., 24 marzo 1931, in *Rev. Trim.*, 1931, p. 889. In giurisprudenza si vedano, inoltre, Cass. comm., 7 marzo 1984, in *J.C.P.*, 1985, 2, p. 20407.

⁴⁸ J. GHESTIN, *Note sous Cass. com. 15 janv. 1973*, in *D.*, 1973, p. 473 ss., che prosegue: «en pratique les parties tendent à s'en dispenser, à résoudre le contrat par leur seule volonté, puis à plaider quand ils ont le temps».

⁴⁹ C. AUBRY-C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. I, Meline, Libraires Editeurs, Bruxelles, 1850, p. 363. Si veda, inoltre, J. LEBRET, *Suspension et résolution des contrats*, in *Rev. crit.*, 1924, p. 581 ss., secondo cui il *medium* del processo è necessario solo nella prospettiva della conservazione del contratto, ossia quando possa essere accordato un termine di grazia al debitore; al contrario, se l'inadempimento è manifestamente definitivo, la risoluzione non ha motivo di essere pronunciata in giudizio.

⁵⁰ «Loi n. 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986».

ta su un severo giudizio sulle modalità con cui il creditore può esercitare il diritto potestativo⁵¹.

In primis, l'inadempimento non produce di per sé l'estinzione del rapporto, essendo necessario, invece, che la parte delusa dapprima costituisca in mora il debitore⁵² e, quindi, dichiararsi di valersi della clausola risolutiva⁵³, se non è stato diversamente convenuto. Fermi gli oneri procedurali, inoltre, il recesso deve essere esercitato secondo buona fede, per un fondato presupposto e con modalità tali da non ostacolare l'adempimento del debitore⁵⁴, quale sarebbe, in ipotesi, la concessione di un termine congruo entro cui eseguire la prestazione dovuta⁵⁵.

L'effettività delle clausole risolutive è parimenti depotenziata dalle

⁵¹ Secondo l'autorevole opinione di J. CARBONNIER, *op. ult. cit.*, pp. 344-345, il sindacato giudiziale sull'inadempimento è una forma di tutela del debitore tutte le volte in cui la prestazione contrattuale soddisfa un interesse legato alla persona del contraente e riconducibile ai suoi diritti fondamentali, quali l'abitazione. «On peut trouver à redire au caractère judiciaire de notre résolution et lui préférer le système germanique, libéral et individualiste, où le créancier peut, par sa seule volonté en mettant le débiteur en demeure d'exécuter dans un délai raisonnable se créer un droit à la résolution. C'est au fond, le résultat auquel nous arrivons pratiquement en stipulant des clauses résolutoires expresses. Mais notre droit commun de l'a. 1174 impose au créancier les frais et les lenteurs d'une instance. Ce n'est pas, pourtant, cet inconvénient qui frappe le plus aujourd'hui où, auprès du législateur français, la morale des affaires compte souvent bien moins que celle de l'infinie patience. Comment n'être pas attentif à la dureté possible de la résolution, même judiciaire, à plus forte raison à celle des clauses résolutoires? C'est qu'il est des contrats (bail, contrat de travail) qui sont des installations de l'homme et de sa famille. Dans cet esprit, le contrôle judiciaire apparaît comme un minimum, et les clauses résolutoires expresses sont suspectes».

⁵² Cfr. Cass., 3 febbraio 2004, n. 01-02.020, in *Bull. civ.*, I, n. 27; CCC, 2004, Comm. 55; Cass., 15 giugno 1994, nn. 92-14.907 e 92-16.250, in *Bull. civ.*, I, n. 217, che ha ritenuto inadatta per la valida costituzione in mora una lettera raccomandata; in *JCP*, 1994, I, 3828, n. 11, con nota di C. JAMIN.

⁵³ *Ex plurimis* Cass. comm., 21 aprile 1977, in *Bull. civ.*, IV, n. 101; Cass. comm., 3 giugno 1997, n. 93-21.322, in *Bull. civ.*, IV, n. 168.

⁵⁴ Il ricorso della giurisprudenza alla buona fede quale criterio valutativo dell'esercizio dei diritti contrattuali ha ricevuto forte impulso da una nota pronuncia, con cui la sezione commerciale della Corte di Cassazione ha affermato che «la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle»: Cass. comm., 10 luglio 2007, n. 06-14.768, D., 2007, p. 2839, con nota di P. STOFFEL-MUNCK; ivi, 2007, p. 2844, con nota di P.-Y. GAUTIER; in *JCP*, 2007, II, p. 10154, con nota di D. HOUTCIEFF; in *Defrénois*, 2007, p. 1454, con nota di E. SAVAUX.

⁵⁵ Cfr. Cass. comm., 15 settembre 2009, n. 08-18.738; Cass., 5 giugno 1991, n. 89-21.166, in *Bull. civ.*, III, n. 163; in *RTD civ.*, 1992, p. 92, con nota di J. MESTRE.

leggi speciali, soprattutto dalla precitata normativa sulle locazioni commerciali, che alimenta in modo considerevole il contenzioso in tema, favorendo *de facto* estenuanti lungaggini processuali. Queste, a loro volta, impediscono al proprietario di riavere la disponibilità dell'immobile per anni, specialmente se il locatario abbia dichiarato il proprio fallimento, beneficiando della sospensione dei processi di cui è parte (art. L. 622-21 *code commerce*)⁵⁶.

«Appare chiaramente, alla fine, che il carattere automatico della clausola risolutiva è fortemente illusorio: o il proprietario riesce a valersene dopo molti anni spesi nel processo; o il giudizio di accertamento della risoluzione è interrotto dall'apertura di una procedura concorsuale»⁵⁷.

Limpida è l'insofferenza che affiora dal diritto applicato nei confronti del modello costitutivo, denunciando, al contempo, la necessità di definire idonee alternative alla tutela giudiziale. A questa esigenza dottrina e giurisprudenza hanno cercato di rispondere valorizzando istituti, che non ricevono nel *Code civil* una disciplina propria, come l'eccezione di inadempimento e la risoluzione unilaterale del contratto, proponendosi, in entrambi i casi, di fondare normativamente la loro capacità di estinguere *extra iudicium* il rapporto in corso.

4. *Le fughe dalla risoluzione giudiziale. L'eccezione di inadempimento*

Nell'ordinamento francese *l'exceptio inadimpleti contractus* costituisce un istituto innominato, la cui costruzione è opera esclusiva della giurisprudenza e della dottrina, che l'ha definita, nella sua voce più autorevole, un «diminutivo della risoluzione»⁵⁸, inteso quale rimedio transeunte e conservativo avente una più attenuata incidenza sul rapporto contrattuale.

⁵⁶ L'art. L. 622-21, primo comma, *code commerce* testualmente recita: «Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article art. L. 622-17 et tendant [...] a la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent».

⁵⁷ F. KENDÉRIAN, *Que reste-t-il du caractère automatique de la clause résolutoire?* *Florilège de décisions*, in *RTD comm.*, 2009 p. 81 ss., cui *adde* H. KENFACK, *Actualité de la clause résolutoire*, *Loyers et copr.* 2006, Étude 19.

⁵⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit., p. 352.

Come le clausole risolutive, l'*exception d'inexécution* è contemplata solo in norme disciplinanti singoli tipi contrattuali (artt. 1612 e 1653 *code Napoléon*⁵⁹ o da leggi speciali, fra cui il *Code des assurances* che, con disposizione analoga all'art. 1901 c.c. it., sospende la copertura assicurativa «trente jours après la mise en demeure de l'assuré» (art. L. 113-3, secondo comma, *code des assurances*). La sua valenza generale è inferita, quindi, dall'art. 1184 *code civil* affermando che, se è consentito al debitore di provocare la risoluzione del contratto, *a fortiori* non gli si può negare l'autotutela dell'eccezione di inadempimento.

Al *nomen juris* corrispondono, invero, e non sempre in modo coerente, una pluralità di concetti normativi, quali il rifiuto di eseguire la prestazione nei confronti della parte inadempiente, che esprime l'accezione propria dell'istituto nel nostro ordinamento (art. 1460 c.c. it.) e la tutela azionata dal creditore contro la domanda di risarcimento del danno o di risoluzione proposta dal debitore⁶⁰.

La sua rilevanza è confermata dalla scelta di tutte le *avant – propose* di riforma nel codice civile di disciplinarla autonomamente, inquadrandola nella prima delle su indicate declinazioni concettuali. Per tutti si richiama l'art. 1157, primo comma, dell'*avant-projet* Catala, secondo cui «dans un contrat synallagmatique, chaque partie peut refuser d'exécuter son obligation tant que l'autre n'exécute pas la sienne»⁶¹.

Progressivamente estesa alle più diverse tipologie contrattuali⁶², l'eccezione di inadempimento ha iniziato ad essere considerata nella pro-

⁵⁹ Gli artt. 1612 e 1653 *cod. Nap.* giustificano il rifiuto di adempiere, rispettivamente, al venditore, quando l'acquirente non abbia pagato il corrispettivo, e del compratore se vi è pericolo di evizione. Di analogo tenore sono gli artt. 1704 *cod. Nap.*, in materia di permuta, e 1948 *cod. Nap.* relativo al deposito.

Per un inquadramento sintetico dell'istituto si vedano C. ATIAS, *Les «risques et périls de l'exception d'inexécution*, in *D.*, 2003, *Chron.*, p. 1103 ss.; PINNA, *L'exception pour risque d'inexécution*, in *RTD civ.*, 2003, p. 31 ss. Nel genere monografico, invece, si rinvia a R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Sirey, Paris, 1914; C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, L.G.D.J., Paris, 1999; J.-F. PILLEBOUT, *Réflexions sur l'exception d'inexécution*, L.G.D.J., Paris, 1971.

⁶⁰ O. DESHAYES, *Exception d'inexécution*, in *Rép. civ. D.*, 2011, p. 4.

⁶¹ La norma prosegue: «Lorsque l'inexécution résulte d'une force majeure ou d'une autre cause légitime, le contrat peut être pareillement suspendu si l'inexécution n'est pas irrémédiable. A l'exception d'inexécution, l'autre partie peut répliquer en prouvant en justice que la suspension du contrat n'est pas justifiée». Di analogo tenore sono gli artt. 135 e 136 del *Projet de la chancellerie* del maggio 2009 e gli artt. 103-104 dell'*Avant-projet Terré*.

⁶² Cfr. O. DESHAYES, *op. ult. cit.*, pp. 2-3.

spettiva di una sua fungibilità con il rimedio caducatorio, specialmente alla luce della gravità dell'inadempimento richiesta dalla giurisprudenza per il suo legittimo esercizio⁶³.

L'accostamento degli istituti è compiuto sotto diversi profili.

Il primo è legato ai rapporti di durata: il rifiuto del creditore di eseguire la controprestazione comporta, per quel periodo di sospensione⁶⁴, l'estinzione della relativa obbligazione: «vi è irreversibile inadempimento del contratto, ma è parziale, può cessare»⁶⁵. Secondo la giurisprudenza, infatti, l'effetto caratteristico dell'autotutela è di «liberare l'altro (*i.e.* il creditore) dalle sue obbligazioni» e non di rendere quiescente il relativo debito⁶⁶.

Questa similitudine ha portato il Supremo Collegio a stabilire, con una pronuncia criticata per la sua estensività⁶⁷, che «l'eccezione di inadempimento e l'azione di risoluzione sono, sotto forme diverse, l'esercizio dello stesso diritto e tendono allo stesso scopo», arrivando con ciò a ritenere ammissibile in appello la domanda di risoluzione del contratto non formulata in primo grado⁶⁸.

⁶³ Si vedano, *ex plurimis*, Cass. comm., 30 gennaio 1979, in *Bull. civ.*, IV, n. 41, che ha escluso la gravità dei vizi dei beni presi in locazione (nel caso di specie: *computer*) ai fini del rifiuto di pagare i canoni; Cass., 26 maggio 1961, in *Bull. civ.*, I, n. 264, che ha ritenuto l'illegittima *l'exceptio* sollevata da un locatario di condizionatori, rilevando l'omessa prova, da parte sua, dei gravi vizi di funzionamento e della conseguente pericolosità dei beni.

⁶⁴ La "suspension du contrat" è definita come «le développement moderne de notions plus traditionnelles telles que l'exception d'inexécution ou même le délai de grâce»: J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit., p. 354.

⁶⁵ J. GHESTIN, *Note sous Cass. com., loc. ult. cit.* Conf. J. ROCHE-DAHAN, *L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique*, in *Rec. Dall.*, 1994, p. 255 ss., che richiama, a conferma, diverse pronunce di legittimità quali: Cass. soc., 10 aprile 1959, in *D.*, 1960, p. 61, ove si è affermato che «le locataire est à bon droit exonéré du paiement de certains loyers [...] dès lors qu'il est constaté que la jouissance normale des lieux ne lui a pas été procurée»; Cass. comm., 15 gennaio 1973, in *D.*, 1973, p. 473 ss., che ha riconosciuto come, vendendo direttamente i propri prodotti nel settore oggetto di un contratto di concessione, il concedente rifiuta di adempiere, violando, *de iure*, il suo obbligo di *patis* sino a quando la controparte abbia ripreso ad eseguire le prestazioni dovute.

⁶⁶ Si veda, per tutte, Cass., 16 juill. 1980, in *RTD civ.*, 1981, p. 398. Cfr. J. ROCHE-DAHAN, *op. loc. ultt. citt.*, e ivi, nt. 33 per maggiori indicazioni giurisprudenziali.

⁶⁷ Cfr. P. JULIEN, *L'exception d'inexécution et l'action en résolution d'une convention constituant, sous deux formes différentes, l'exercice du même droit et tendent aux mêmes fins*, in *D.*, 1999, p. 217 ss.

⁶⁸ Cass., 2 febbraio 1999, n. 96-21.291, in *D.*, 1999, p. 217, con nota di P. JULIEN. La Corte, cassando la pronuncia impugnata, ha affermato che la proposizione della

L'*arrêt* si inserisce in un ampio filone giurisprudenziale, che ha cercato di eludere la disciplina dei *nova*, interpretando estensivamente l'art. 565 *NCPC*, secondo cui «les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge même si leur fondement juridique est différent»⁶⁹. Il principio giuridico ivi affermato, pur discutibile nelle sue motivazioni fondative, denota, invero, la plausibile volontà di tutelare il creditore che, in corso di causa, abbia perso l'interesse alla prestazione, come gli è consentito, nel nostro ordinamento, dall'art. 1453, secondo comma, c.c., se la domanda non configura una nuova *causa petendi*⁷⁰.

Il secondo aspetto di accostamento dell'eccezione di inadempimento alla risoluzione del contratto attiene alla conformazione del rapporto in seguito alla sospensione. La protratta condotta inerte delle parti a fronte del rifiuto di una loro volontà di adempiere porterebbe ad uno scioglimento tacito del contratto per mutuo consenso: «l'exception d'inexécution», riconosce emerita dottrina, «débouche sur une sorte de résiliation amiable, bien que l'accord de volonté soit fait souvent dans ce cas de beaucoup de résignation»⁷¹. L'effetto risolutivo, quindi, non promana dalla dichiarazione con cui il creditore rifiuta di eseguire la sua prestazione, ma dalla successiva immobilità del rapporto: l'*exceptio* svolge, così, «un ruolo di indiretta modalità di estinzione delle obbligazioni»⁷².

L'ultimo profilo di convergenza, evidenziato dalla dottrina, è il frequente ricorso all'eccezione, da parte del convenuto, in sede di accertamento dell'avvenuta estinzione del rapporto in seguito alla sua dichiarazione di risolvere il contratto⁷³. Entrambe le tutele sono fatte valere

domanda di risoluzione del contratto in appello, non viola il divieto di *nova ex art. 565 NCPC*. Nel caso di specie, un medico aveva eccepito, in primo grado, l'inadempimento della società incaricata di installare un *software*, contestandone il mal funzionamento, per poi chiedere, in appello, la risoluzione del contratto.

⁶⁹ Cfr. Cass., 3 ottobre 1984, in *JCP*, 1985, II, n. 20475, con nota di J. PRÉVAULT; in *RTD civ.*, 1985, p. 450, n.12, con nota di R. PERROT.

⁷⁰ Cfr. Cass., 10 aprile 1999, n. 3502; Cass., 2 marzo 1996, n. 1636, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1963; Cass., 22 luglio 1993, n. 8192.

⁷¹ J. GHESTIN, *Note sous Cass. com., loc. ult. cit.*; ID., *La résolution pour inexécution (en droit français)*, in AA.VV., *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*, a cura di L. Vacca, Giappichelli, Torino, 1999, p. 120.

⁷² J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. I, 6^e éd., Paris, Editions Montchrestien, 1978, p. 1132, richiamato altresì da J. ROCHE-DAHAN, *op. loc. ultt. citt.*, nt. 20.

⁷³ J. ROCHE-DAHAN, *op. loc. ultt. citt.* Più critici T. GENICON, *La résolution*, cit., p. 411 ss.; O. DESHAYES, *Exception d'inexécution*, cit., p. 6, secondo cui «dès lors, même

dal creditore «à ses risques et périls», potendo il loro illegittimo esercizio fondare la responsabilità risarcitoria dell'*excipiens*⁷⁴, e corrispondono ad una gravità progressiva dell'inadempimento, che può sfociare nella risoluzione. Ciò comporterebbe che «l'eccezione di inadempimento si integri in un generale diritto di anticipazione della pronuncia giudiziale rimesso alla disponibilità delle parti di un contratto sinallagmatico»⁷⁵.

Invero, ampie sono le riserve che autorevole dottrina esprime nei confronti di questa pretesa fungibilità, riportandola sul piano di una mera complementarietà dei rimedi, che divergono nella struttura, nei presupposti e nella funzione⁷⁶. L'eccezione di inadempimento è una forma di autotutela, non un diritto soggettivo⁷⁷, che non esige il grave inadempimento del debitore e tende alla conservazione del rapporto; la risoluzione, invece, è un diritto potestativo preordinato allo scioglimento del contratto. Se ciò è indiscutibile, l'accostamento degli istituti è ugualmente sintomatico di una crescente insofferenza verso il modello giudiziale, che i progetti di riforma del codice civile ammettono e cercano di sfumare.

si l'exception d'inexécution précède parfois en pratique la résolution ou peut perdurer et conduire à une forme d'extinction de fait du contrat, le mécanisme ne doit pas être confondu avec la résolution».

⁷⁴ Cass., 20 febbraio 2001, in *Bull. civ.*, I, n. 40; in *D.*, 2001, p. 1568; Cass., 13 ottobre 1998, *ivi*, 1999, p. 197, con nota di JAMIN; in *RTD civ.*, 1000, p. 394, con osservazioni di J. MESTRE; in *JCP*, 1999, II, p. 10133, con nota di RZEPECKI; in *Defrénois*, 1000, p. 506.

⁷⁵ ROCHE-DAHAN, *op. loc. ultt. citt.*, che si rifa, sul punto, alla distinzione operata dalla giurisprudenza (segnatamente Cass. comm., 15 gennaio 1973, *cit.*, e Cass., 1 dicembre 1992, *cit.*) in merito al contratto di concessione di vendita: se l'inadempimento del concessionario non è tale da pregiudicare irreversibilmente il sinallagma funzionale, la controparte può limitarsi ad eccipirlo, iniziando a vendere i prodotti oggetto della concessione; in caso contrario, sceglierà un altro concessionario.

⁷⁶ Cfr. C. JAMIN, *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat: trois idéologies en concurrence*, in AA.VV., *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, a cura di C. Jamin-D. Mazeaud, Economica, Parigi, 1998, p. 71 ss., p. 78; T. GENICON, *La résolution*, *cit.*, p. 410 ss.

⁷⁷ Cfr. O. DESHAYES, *Exception d'inexécution*, *cit.*, p. 5, secondo cui «l'exception d'inexécution n'a, à proprement parler, la nature d'un droit. Elle est le moyen de défense opposé par un créancier impayé pour justifier la suspension de ses propres engagements et faire ainsi barrage à l'action en responsabilité, en exécution ou en résolution émanant de l'autre partie».

4.1. (Segue). *L'apertura alla risoluzione unilaterale*

La difficile configurabilità di uno scioglimento stragiudiziale del contratto, stretto nelle morsa dell'art. 1184 *code civil* e del rigore ermeneutico sulla «résolution de droit», ha portato una parte della giurisprudenza a trasporre, nella disciplina del contratto, il principio formatosi nell'applicazione dell'art. L. 122-6 *Code travail*, secondo cui, ove il grave inadempimento del prestatore di lavoro infici il rapporto di fiducia con il suo datore, questi può licenziarlo immediatamente e il giudice valuterà, eventualmente e *a posteriori*, la legittimità del recesso⁷⁸.

Il noto *arrêt Tocqueville* del 1998, con cui il Supremo Collegio avrebbe «franchi le Rubicon de l'article 1184, alinéa 2»⁷⁹, ha riconosciuto che «la gravità del comportamento di una parte può giustificare il potere dell'altra di porre fine al contratto unilateralmente, a suo rischio e pericolo»⁸⁰. La controversia aveva ad oggetto la risoluzione per inadempimento di un contratto di prestazione d'opera esclusiva fra una clinica ed un medico anestesista, che aveva reiteratamente violato le proprie obbligazioni contrattuali. Dopo non aver partecipato alla riunione del consiglio di amministrazione della società proprietaria della clinica, ove era stato convocato per giustificare il proprio comportamento, il medico riceveva la dichiarazione di recesso della società con preavviso di sei mesi ed impugnava l'atto in giudizio. La Corte di Cassazione confermava la pronuncia d'appello, che aveva dichiarato legittima ed efficace la dichiarazione risolutiva, stabilendo che il grave inadempimento di una parte consente all'altra di «risolvere (il contratto) senza pronuncia giudiziale» e, per l'altro, «non necessariamente esclude il preavviso»⁸¹.

Il principio affermato dalla prima sezione civile del Collegio ha suscitato, in giurisprudenza come in dottrina, entusiasmi e diffidenze. All'opinione secondo cui la «résolution unilaterale extrajudiciaire» co-

⁷⁸ Le origini di questa giurisprudenza si rintracciano in una pronuncia dello scorso secolo (Cass., 28 febbraio 1896, S., 1897, 1, p. 187), i cui principi hanno successivamente ispirato l'applicazione dell'art. L. 122-6 *cod. trav.* Sulla giurisprudenza successiva si rinvia, per ampie indicazioni, a R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, Sirey, Paris, 1914, p. 342 s.

⁷⁹ J. MESTRE-B. FAGES, *Note sous Cass. 13 oct. 1998*, in *RTD civ.*, 2004, p. 89.

⁸⁰ Cass., 13 ottobre 1998, n. 96-21.485, in *Bull. civ.*, I, n. 300; in *D.*, 1999, *Somm.*, p. 115, con nota di P. DELEBECQUE; in *JCP*, 1999, II, p. 10133, con nota di N. RZEPECKI; in *Defrénois*, 1999, 374, con nota di D. MAZEAUD.

⁸¹ Cass., 13 ottobre 1998, n. 96-21.485, cit.

stituirebbe un sostituto (non assorbente) del modello legale⁸², si oppone, infatti, lo scetticismo di chi ritiene che la pronuncia si sarebbe limitata a «décrire une situation» invece di «exprimer une règle»: affermando, cioè, che il creditore possa risolvere il contratto a proprio rischio e pericolo, i giudici avrebbero indirettamente ammesso che «rien ne peut être dit en droit sur la sort à réserver aux parties»⁸³.

Si dubita, inoltre, che la «rupture unilatérale» possa giustificare, come la risoluzione *ex art. 1184 code civil*, la dissoluzione retroattiva del contratto⁸⁴, sembrando, invece, che il suo unico effetto sia quello di estinguere anticipatamente il rapporto in corso⁸⁵.

L'applicabilità dell'istituto – che la Corte di Cassazione ha tenuto a distinguere dalla «résiliation unilatérale»⁸⁶ – è incentrata, fondamentalmente, sulla gravità dell'inadempimento⁸⁷, a prescindere dalla essenzialità delle obbligazioni violate dal debitore: «la gravità presa in considerazione [...] può anche riguardare dei comportamenti personali del debitore, legati, ad esempio, alla sua manifesta slealtà»⁸⁸.

⁸² *Ex plurimis* Cass., 9 luglio 2002, n. 99-21.350, in *Bull. civ.*, I, n. 187; in *JCP E*, 2003, p. 629, con nota di C. LACHÈZE; CCC 2004, Comm. 4; in *Defrénois*, 2004, p. 378, con nota di R. LIBCHABER; in *Defrénois*, 2004, p. 381, con nota di AUBERT; in *RDC*, 2004, p. 273, con nota di L. AYNÉS; in *RDC*, 2004, p. 279, con nota di D. MAZEAUD; in *RTD civ.*, 2004, p. 89, con nota di J. MESTRE-B. FAGES; Cass. comm., 4 febbraio 2004, n. 99-21.480, in *RTD civ.*, 2004, p. 731, con nota di J. MESTRE-B. FAGES; in *JCP*, 2004, p. 1275, con nota di J. ROCHFELD; Cass. comm., 30 gennaio 2007, n. 05-13.703; Cass., 13 marzo 2007, n. 06-10.229, in *JCP*, 2007, I, 161, n. 12, con nota di P. GROSSER; Cass., 5 sept. 2009, n. 08-14.524, in *RDC*, 2010, p. 690, con nota di C. PELLETIER; Cass. comm., 23 settembre 2008, n. 07-10.025, in *RTD civ.*, 2009, p. 320, con nota di B. FAGES.

Per una panoramica dell'evoluzione del diritto francese, dal sistema giudiziale alla risoluzione per atto unilaterale, P. ANCEL, *La résolution pour inexécution: évolutions récentes du droit français*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Giappichelli, Torino, 2002, p. 398 ss.

⁸³ C. ATIAS, *Le droit de rompre unilatéralement: fondement et perspective*, in *Droit et patrimoine*, 2004, p. 64 ss., p. 68.

⁸⁴ F. TERRÉ-P. SIMLER-Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd., Dalloz, Paris, 2005, p. 649.

⁸⁵ T. GENICON, *La résolution*, cit., p. 392.

⁸⁶ Civ., 20 febbraio 2001, n. 99-15.170, in *Bull. civ.*, I, n. 40; in *D.*, 2001, p. 1568, con nota di C. JAMIN.

⁸⁷ Cfr. B. FAGES, *En quoi peut consister le comportement grave de nature à justifier la rupture unilatérale du contrat à durée déterminée?*, in *RTD civ.*, 2009, p. 320 ss.

⁸⁸ J. MESTRE-B. FAGES, *La résolution unilatérale s'installe doucement dans le paysage juridique français*, in *RTD civ.*, 2001, p. 363 ss. e, *ivi*: «On pourrait ainsi envisager, en cas de résolution intempestive d'un contrat à durée déterminée, que le contractant fau-

Come nella risoluzione di diritto, la dichiarazione deve essere preceduta da un atto di messa in mora⁸⁹, salvo che vi sia una particolare “urgenza” di porre fine al contratto⁹⁰. Ciò è conforme alla disciplina tedesca del recesso per inadempimento (par. 323 *BGB*), ove si richiede l’inutile decorso di un congruo termine per eseguire la prestazione (primo comma), e alla cd. *Nachfrist procedure* di cui all’art. 47 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili.

Dal momento che il creditore agisce «à ses risques et périls», l’eventuale inosservanza della procedura dovrebbe comportare l’inefficacia del recesso, allorché il giudice accerti, *ex post*, che l’urgenza non era tale da negare al debitore un termine suppletivo per l’adempimento.

La *jurisprudence Tocqueville*, che innegabilmente forza il tenore testuale dell’art. 1184 *code Napoléon*, testimonia, unitamente alle norme speciali istitutive di forme unilaterali di risoluzione del contratto, il declino del modello classico e la sua incapacità di assecondare i ritmi dei rapporti economici nell’odierna realtà degli scambi e, segnatamente, dell’impresa⁹¹.

5. Il modello anfibologico di risoluzione nelle proposte di riforma del Code Napoléon

L’accostamento del sistema francese di risoluzione alla tutela dichiarativa, progressivamente affermatosi nella giurisprudenza, giunge a com-

tif soit condamné non seulement à payer des dommages-intérêts mais encore à poursuivre le contrat jusqu’à son terme en procurant à l’autre la satisfaction attendue. De quoi le faire regretter, au fond, de ne pas s’être préalablement adressé au juge et donner ainsi tout son sens à l’expression “à ses risques et périls” qui assortit le principe de la résolution unilatérale». Per una casistica delle ipotesi ritenute dalla giurisprudenza forme di inadempimento grave, tale da giustificare la risoluzione unilaterale del contratto, si rinvia a C. CHABAS, *Résolution-Résiliation*, cit., p. 24 ss.

⁸⁹ Cass., 13 ottobre 1998, n. 96-21.485, cit.

⁹⁰ Cfr. Cass., 24 settembre 2009, n. 08-14.524. La Suprema Corte ha confermato la pronuncia d’appello, che aveva respinto la domanda di risarcimento del danno derivante dalla risoluzione unilaterale, senza preavviso, di un contratto di fornitura di pasta fresca. I giudici di legittimità hanno ritenuto fondato che l’inosservanza di talune prescrizioni inerenti al processo produttivo degli alimenti e «susceptible(s) de conséquences sur la santé publique(.) constituait une faute grave» tale da giustificare «la résiliation immédiate du contrat».

⁹¹ Occorre rammentare, peraltro, che il Québec – il cui ordinamento si rifaceva, in precedenza, alla tradizione francese – in sede di adozione del Codice civile del 1991 ha abbandonato il modello giudiziale di risoluzione per inadempimento e ha preferito il modello anglosassone della “termination”.

pimento in tutte le proposte di riforma del *Code Napoléon*. È significativo che, pur nella diversità delle filosofie ispiranti l'*avant-projet Catala*⁹², l'*avant-projet Terré*⁹³ e l'*avant-projet* ministeriale del 2008⁹⁴, la configurazione del rimedio tenda al recesso⁹⁵. Al contrario, il maggior tradizionalismo dell'*avant-projet Catala* porta al rifiuto del cd. "anticipatory breach", che è riconosciuto solo dalle altre proposte (art. 111 dell'*avant-projet Terré* e art. 169 dell'*avant-projet du Ministère de la justice*).

La scelta in favore del recesso, considerata una delle manifestazioni dell'«impératif d'efficacité économique du droit»⁹⁶ sotteso ai progetti, tende ad allineare il *Code Napoléon* ai modelli prescelti in altri ordinamenti e alle proposte di realizzazione di un diritto europeo comune. Evitando il ricorso al giudice, infatti, la parte fedele si sottrae ai tempi e

⁹² AA.VV., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, sous la direction de P. CATALA, *La documentation française*, Paris, 2006, su cui v., *inter alios*, B. FAUVARQUE-COSSON-D. MAZEAUD, *L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat: variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel*, in *Les Pet. Aff.*, 2006, n. 146, p. 3 ss.; G. ROUHETTE, *Regards sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, in *Rev. des contr.*, 2007, p. 1371.

⁹³ AA.VV., *Pour une réforme du droit des contrats*, sous la direction de P. Terré, Dalloz, Paris, 2008, su cui v. D. MAZEAUD, *Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats*, in *D.*, 2009, *chron.*, p. 1364 ss.

⁹⁴ AA.VV., *Projet de réforme du droit des contrats*, Ministère de la justice, 2008, consultabile in www.textes.justice.gouv.fr. Sul secondo, invece, P. ANCEL-PH. BRUN-V. FORRAY-O. GOUT-G. PIGNARRE-S. PIMONT, *Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats*, in *JCPG*, 2008, I, 21, p. 3 ss.; R. CABRILLAC, *Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions*, in *JCP*, 2008, I, p. 190 ss.; M. FABRE-MAGNAN, *Réforme du droit des contrats: un très bon projet*, in *JCPG*, 2008, I, p. 199 ss.; D. MAINGUY, *Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats*, in *Rec. D.*, 2009, p. 308; PH. MALINVAUD, *Le «contenu certain» du contrat dans l'Avant-projet Chancellerie de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes*, in *D.*, 2008, p. 2551 ss.; C. PÉRÈS, *La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet)*, in *Rec. D.*, 2009, p. 381 ss.

⁹⁵ Mentre uno degli obiettivi del progetto ministeriale «était de se montrer ouvert aux expériences des droits venus d'ailleurs» (F. ANCEL, *Genèse, sources, esprit, structure et méthode*, in *La réforme du droit français des contrats*, *Rev. des contr.*, 2009, p. 265 ss., p. 277), l'*avant-projet Català* «ne propose pas un code de rupture, mais d'ajustement» (P. CATALA, *Présentation générale de l'avant-projet*, in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, *La documentation française*, 2006, p.13. Per una disamina congiunta v. D. MAZEAUD, *La réforme du droit français des contrats*, in *La revue juridique Thémis*, 2010, n. 44, p. 243 ss.

⁹⁶ D. MAZEAUD, *Réforme du droit des contrats: haro, en Hérault, sur le projet*, in *D.*, *chron.*, 2008, p. 2675 ss.

all'*eventum litis* che potrebbero nuocere alla sua attività economica e può, al contrario, cercare un nuovo *partner* contrattuale o investire altrimenti le risorse economiche recuperate dopo l'estinzione del rapporto⁹⁷.

Eppure, il distacco dalla concezione classica e secolare dell'istituto non è completo: i progetti, infatti, se formalizzano ed estendono gli approdi della giurisprudenza sulla «*résolution unilatérale*», si limitano a farne una modalità di scioglimento del contratto alternativa e pari ordinata alla risoluzione giudiziale.

La risoluzione per inadempimento diventa, quindi, un rimedio a più fattispecie, ove la modalità di produzione dell'effetto è affidata alla scelta del creditore: l'una conforme alla legge del mercato, l'altra, invece, fedele al passato.

Le norme che le sono dedicate dall'*avant-projet* Catala e dall'*avant-projet* ministeriale devono essere esaminate congiuntamente, essendo legate da un rapporto di specialità bilaterale per aggiunta che rende auspicabile, *de lege ferenda*, una sintesi dei testi.

La proposta ministeriale evidenzia, sin dall'apertura della sezione seconda del titolo intitolato all'inadempimento («*Chapitre X. Inexécution*»), la completa fungibilità del procedimento risolutorio: «*la résolution d'un contrat peut résulter de l'application d'une clause résolutoire, d'une notification du créancier, ou d'une demande en justice*» (art. 165). Diversamente l'art. 1158 dell'*avant-projet* Catala, che neppure accenna ai patti risolutivi, si preoccupa, *in limine*, di definire il rapporto in cui si trovano le tutele sinallagmatiche, attribuendo al creditore «*le choix ou de poursuivre l'exécution de l'engagement ou de provoquer la résolution du contrat ou de réclamer des dommages intérêts, lesquels peuvent, le cas échéant, s'ajouter à l'exécution ou à la résolution*». Si specifica, inoltre che l'inadempimento comprende le ipotesi in cui «*l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement*». Ne segue che il ritardo, ricade, implicitamente, nella prima accezione.

Se il creditore si determina all'estinzione del rapporto, può adire direttamente il giudice o costituire in mora il debitore intimandogli di eseguire la prestazione dovuta entro un «*délai raisonnable*» (art. 1158 cit.). A tal fine l'art. 168 dell'*avant-projet* ministeriale specifica che la messa in mora è inefficace se non indica «*de manière apparente qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son engagement, le créancier sera en droit de résoudre le contrat, à ses risques et périls*». Ove, quindi,

⁹⁷ Cfr. C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, Economica, Parigi, 2003, n. 712; D. MAZEAUD, *op. loc. ultt. citt.*

l'inadempimento persista, il contratto non si scioglie *ipso iure*, come dispone il nostro art. 1454 c.c.: la parte fedele può ancora scegliere se conservarlo o risolverlo. Nel secondo caso «le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent» (artt. 1158 cit.; art. 168 cit.).

Conformandosi alla giurisprudenza dominante, che fa della *mora debendi* un onere in capo al creditore per valersi della clausola risolutiva, entrambi i progetti articolano il procedimento extragiudiziale in un primo atto, avente la funzione del termine di grazia di cui all'art. 1185 c.c., ed un secondo, eventuale, a struttura recettizia ed efficacia estintiva⁹⁸.

L'accertamento processuale è testualmente concepito in forma dichiarativa: «il est loisible au débiteur de contester en justice la décision du créancier en alléguant que le manquement qui lui est imputé ne justifie pas la résolution du contrat. Le juge peut, selon les circonstances, valider la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en octroyant éventuellement un délai au débiteur» (art. 1158-1 *avant projet Catala*)⁹⁹.

Il debitore è tenuto a provare che l'inadempimento su cui la controparte ha fondato la risoluzione non gli è imputabile o non è tale da giustificare la tutela estintiva e, nel caso vi riesca, può beneficiare di un nuovo termine suppletivo per eseguire la prestazione dovuta.

Se la domanda è proposta durante la mora, il progetto ministeriale specifica che l'instaurazione della lite «suspend la résolution» (art. 168 cit.).

L'inciso, non adamantino, sembra disporre l'inefficacia del recesso esercitato dal creditore *pendente lite*. Ne seguirebbe che, ove il giudice accerti l'inadempimento rilevante, il creditore dovrebbe attendere la conclusione del processo per risolvere il contratto, mentre, in caso contrario, il suo successivo recesso sarebbe inefficace, in quanto atto di

⁹⁸ Gli incisi finali dei precitati artt. 1185 e 168 stabiliscono, infatti, che la dichiarazione risolutiva «prend effet lors de la réception de la notification par l'autre partie». Nelle osservazioni a margine dell'*avant-projet Catala*, si aggiunge che «la résolution unilatérale a de quoi choquer. Elle est utile à consacrer mais avec des ménagements de forme (en pensant au côté psychologique de l'innovation). La formule «il déclare que le contrat sera résolu» serait trop catégorique. Pour un même résultat, on peut arrondir l'initiative par un tour moins "unilatéraliste" en énonçant «il tiendra le contrat pour résolu»: J. ROCHFELD, *Inexécution des obligations*, cit., p. 93.

⁹⁹ Pressoché identico è l'art. 170 del progetto ministeriale, secondo cui «en toute hypothèse, la résolution peut être poursuivie ou contestée en justice. Le juge peut, selon les circonstances, valider la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en octroyant éventuellement un délai au débiteur».

esercizio di un diritto mai acquistato. Il contraente fedele convenuto in giudizio, quindi, dovrebbe chiedere a sua volta la risoluzione (costitutiva) del contratto, o la condanna all'adempimento, a seconda del suo interesse a ricevere la prestazione dovuta. Se ciò è corretto, inoltre, dall'art. 168, cpv., cit. potrebbe parimente dedursi che il comportamento del debitore successivo all'instaurazione della lite non incide né sull'inadempimento contestatogli né sull'eventuale liquidazione del danno, ove il giudice pronunci risoluzione.

In merito alla risoluzione cd. di diritto, è solo l'*avant-projet* ministeriale a disciplinarla in modo diretto e senza affidarla completamente all'autonomia privata, scelta che ci sembra da prediligere laddove si propone di superare talune criticità applicative delle «clauses résolutoires» nel sistema odierno. Secondo l'art. 167, il patto deve espressamente indicare «les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat» e può stabilire che lo scioglimento si produca «du seul fait de l'inexécution», secondo un meccanismo affine alla nostra condizione di inadempimento, o dopo «une mise en demeure infructueuse».

Da questa breve disamina appare evidente come le proposte di riforma del *Code Napoléon* recepiscano, da un verso, i principi elaborati dalla giurisprudenza in merito alla risoluzione unilaterale e, da un altro, le suggestioni europee, muovendosi, però, con una cautela salomonica, che non trascura il disincanto della dottrina più scettica nei confronti dei vantaggi scaturenti dal modello stragiudiziale¹⁰⁰.

6. La risoluzione per recesso nell'ordinamento tedesco dopo la Modernisierung

Richiamato sinora quale paradigma della risoluzione stragiudiziale del contratto, il *Rücktritt* tedesco costituisce, nella sua odierna fisio-

¹⁰⁰ Cfr., *inter alios*, C. JAMIN, *Les conditions de la résolution du contrat: vers un modèle unique? – Rapport français*, in AA.VV., *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de droit comparé*, cit., pp. 481 ss., 483: «il semble qu'elle ait moins pour effet de diminuer le contentieux que de favoriser en dernière analyse les créanciers au détriment des débiteurs dans un jeu dont on peut parier, même en l'absence d'étude empiriques dont on ne sait d'ailleurs si elles sont réalisables, qu'il soit asomme nulle»; T. GENICON, *La résolution*, cit., p. 432 ss., che propone di fondare un'eventuale riforma della disciplina codicistica sulla limitazione del recesso ai contratti commerciali e alle forme di inadempimento grave, fermo il potere del creditore di chiedere, in alternativa, la risoluzione in giudizio.

mia, il modello di principale riferimento per molti dei progetti europei tesi alla creazione di un diritto comune e questi, a loro volta, hanno influito sul contenuto della *Schuldrechtsreform*¹⁰¹.

La *Modernisierung*¹⁰², innovando completamente alla disciplina delle «Leistungsstörungen»¹⁰³, ha riconosciuto all'istituto del recesso una maggior centralità, portandolo «al di là dell'inadempimento colpevole»¹⁰⁴. Il *Rücktritt*, infatti, diventa il rimedio unico alla mancata esecuzione della prestazione dovuta, a prescindere dalla sua imputabilità. Ove, però, l'adempimento sia impossibile, per causa originaria o sopravvenuta, permane la fattispecie liberatoria dell'impossibilità (par. 275 *BGB*)¹⁰⁵, ove occorre distinguere, tuttavia, diverse ipotesi: l'impos-

¹⁰¹ Cfr. R. SCHULZE, *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni e il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 57 ss., secondo cui la riforma del *Leistungsstörungenrecht* ha ampiamente risentito dell'influenza esercitata dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili (su cui *infra* nel testo) e dall'*Acquis communautaire* negli anni 2000 e 2001. In tema v. AA.VV., *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, a cura di R. Schulze-H. Schulte-Nölke, Tagungsband Münster 22.1. 2001, Tübingen, 2001.

¹⁰² *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* del 26 novembre 2001, in *BGBI*, 2001, I, p. 3138. Nota è la risonanza avuta dalla riforma. Si rinvia, *ex plurimis*, a: AA.VV., *Schuldrechtsmodernisierung-Einführung in das neue Recht*, a cura di P. Huber-F. Florian, C.H. Beck Verlag, München, 2002; AA.VV., *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, a cura di E. Wolfgang-R. Zimmermann, Tagungsband Regensburg 17.-18. 11. 2000, 2001. Per un chiaro commento alla riforma, A. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 353 ss.

¹⁰³ U. HUBER, *Leistungsstörungen*, vol. 1, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, p. 2.

¹⁰⁴ A. DI MAJO, *Recesso e risoluzione nella riforma dello Schuldrecht*, cit., p. 13 ss. Sconfinata è la letteratura tedesca dedicata all'istituto. Si richiamano, senza alcuna pretesa di completezza: R. GAIER, *Das Rücktritts(folgen)recht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, in *WM*, 2002, p. 1; B. GSELL, *Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz*, in *JZ*, 2004, p. 643; M. JAENSCH, *Der Gleichlauf von Rücktritt und Schadensersatz*, in *NJW*, 2003, p. 3613; D. KAISER, *Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform*, in *JZ*, 2001, p. 1057; S. KAMANABROU, *Haftung des Rücktrittsberechtigten bei Untergang der empfangenen Leistung*, in *NJW*, 2003, p. 30; J. KOHLER, *Rücktrittsausschluß im Gewährleistungsrecht bei nachträglicher Nacherfüllungsmöglichkeit—Wiederkehr der §§ 350, 351 BGB a.F.?*, in *AcP*, 203, 2003, p. 539; ID., *Rücktrittsrechtliche Bereicherungshaftung*, in *JZ*, 2002, p. 682; ID., *Das Rücktrittsrecht in der Reform*, in *JZ*, 2001, p. 325.

Nella letteratura in lingua inglese si veda: B. MARKENSIS-H. UNBERATH-A. JOHNSTON, *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, 2^a ed., Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon 2006, p. 419 ss.

¹⁰⁵ Cfr. C.-W. CANARIS, *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 21.

sibilità oggettiva (primo comma), la grave sproporzione fra lo sforzo richiesto dall'adempimento e l'interesse del creditore a riceverlo (secondo comma) e l'inesigibilità ("Unzumutbarkeit") di una prestazione di natura personalissima (terzo comma)¹⁰⁶. In tali ipotesi «la pretesa alla controprestazione viene meno» (par. 326, primo comma, *BGB*) ed il creditore può recedere dal contratto (par. 326, ult. co., *BGB*), salvo il caso in cui la violazione dell'obbligazione sia imputabile al creditore (par. 326, secondo comma, *BGB*)¹⁰⁷.

La maggiore uniformità di disciplina delle turbative contrattuali è favorita dal correlato inserimento, nel par. 280 *BGB*, del concetto generale di «violazione dell'obbligo» ("Pflichtverletzung"), che comporta la sostituzione della prestazione originaria con quella succedanea di natura risarcitoria¹⁰⁸.

Secondo la disciplina previgente, le «violazioni contrattuali» ("Vertragsverletzungen") comprendevano il ritardo nell'adempimento ("Sculdnerverzug"), e l'impossibilità della prestazione ("Unmöglichkeit der Leistung")¹⁰⁹. L'adempimento inesatto ("schlechte Erfüllung"), invece, era

¹⁰⁶ Parallelamente, è fatto salvo il diritto del creditore al risarcimento del danno (par. 275, ult. co., *BGB*), i cui presupposti sono diversificati secondo il tipo di impossibilità (originaria o sopravvenuta, imputabile o non imputabile. Per una efficace sintesi v. B. MARKENSIS-H. UNBERATH-A. JOHNSTON, *The German Law of Contract*, cit., pp. 407-408 ss.

¹⁰⁷ Osserva D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. impr.*, 2004, pp. 797 ss., 819-820, che l'originaria formulazione del par. 324 *BGB* («vom Gläubiger zu vertretendes Unmöglichwerden»), teneva in analoga considerazione l'imputabilità al creditore dell'impossibilità. «Nei contratti a prestazioni corrispettive, infatti, l'appiattimento delle diverse cause di impossibilità nell'unica categoria della forza maggiore, che si riscontra anche nell'ordinamento italiano, ove manca una soluzione normativa corrispondente a quella tedesca risulta discutibile».

¹⁰⁸ Cfr. C.-W. CANARIS, *op. ult. cit.*, pp. 19 ss., 21, che rileva come l'accorpamento della figura dell'impossibilità sopravvenuta nella disciplina dell'inadempimento persegua lo scopo di "giustizia sostanziale" di precludere l'adempimento coattivo del debitore laddove l'interesse sotteso alla prestazione non possa più essere soddisfatto. La mancata previsione del requisito della imputabilità è «un corollario del principio dell'equivalenza fra prestazione e controprestazione, che corrisponde all'assunto – che si ritrae da detto principio – per cui il debitore deve sopportare il rischio della perdita della controprestazione tutte le volte in cui la prestazione cui egli è tenuto, seppure esigibile, non può essere eseguita perché ostacolata da un impedimento» (pp. 29-30).

¹⁰⁹ Nella versione originaria del par. 275 *BGB*, l'impossibilità sopravvenuta («nachfolgende Unmöglichkeit») non costituiva inadempimento, ma – come nel nostro art. 1256 c.c. – causa di estinzione dell'obbligazione ed era concepita come assoluta

considerato solo nell'ambito di specifici tipi contrattuali, come la vendita e la locazione, che avevano indotto la dottrina a coniare la figura delle violazioni positive del contratto ("*Positive Vertragsverletzung*"), deducendo la responsabilità risarcitoria del debitore dal par. 286 *BGB*¹¹⁰ alla luce della clausola di buona fede¹¹¹. Tale categoria ha avuto un'ampia risonanza nella letteratura e nella giurisprudenza successive, colmando una lacuna che la riforma ha definitivamente sanato con la clausola generale del par. 280 *BGB*, a norma del quale «se il debitore viola un obbligo derivante dal rapporto obbligatorio, il creditore può pretendere il risarcimento del danno che ne è derivato. Ciò non vale se la violazione dell'obbligo non è imputabile al debitore»¹¹². La tutela risarcitoria – specifica il par. 325 *BGB* – è cumulabile con la risoluzione.

Diversamente da quanto richiede l'art. 1455 c.c. it., il novellato par. 323 *BGB* costruisce la fattispecie rimediale esclusivamente sulla mancata esecuzione della prestazione esigibile nel tempo congruo concesso al debitore, senza connotare l'inadempimento in rapporto alla natura principale o accessoria dell'obbligazione ovvero alla sua imputabilità. Ciò ha consentito di uniformare la disciplina di tutte le ipotesi di risoluzione stabilite per speciali tipi contrattuali, come la vendita¹¹³, nell'intento di snellire e semplificare la normativa, il che giustifica altresì il rinvio contenuto nel par. 357, primo comma, *BGB*, alle «norme sul diritto legale di recesso», ove non diversamente stabilito per lo *jus poenitendi* nei contratti del consumatore¹¹⁴.

impossibilità materiale. Cfr., nella letteratura in lingua inglese, AA.VV., *Manual of German law*, a cura di E.J. Cohn-W. Zdzieblo, Oceana Publications, London, 1968, p. 117 ss. Più in genere, sulle questioni problematiche della disciplina della risoluzione nella sistematica originaria del *BGB*, v. K. LARENZ, *Schuldrecht*, 13^a ed., Munchen, 1982, p. 374 ss.

¹¹⁰ H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Guttentag, Berlin, 1903, trad. it. a cura di R. Favale, Esi, Napoli, 2001.

¹¹¹ Nota nell'ordinamento tedesco è la pronuncia del Bundesgerichtshof, 13 novembre 1953, in *BGHZ*, 11, 1954, p. 80 ss., secondo cui qualsiasi turbativa dell'adempimento che leda la controparte mediante la violazione in senso più ampio degli obblighi contrattuali attribuisce al creditore il diritto al risarcimento del danno.

¹¹² Cfr. C.-W. CANARIS, *La mancata attuazione del rapporto*, cit., p. 30. Il rilievo dell'opera di Staub è riconosciuto, in particolare, da H. STOLL, *Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen*, in *JZ*, 2001, p. 589 ss. Maggiori spunti bibliografici sul dibattito che ne è scaturito sono offerti da R. FAVALE, Presentazione a H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, cit., pp. 18-19, nota 27.

¹¹³ C.-W. CANARIS, *La mancata attuazione del rapporto*, cit., p. 27 ss.

¹¹⁴ Per un'analisi diacronica della disciplina del recesso di pentimento del con-

Invero, l'omesso richiamo a un criterio valutativo, come la non scarsa importanza, è apparente, dal momento che il par. 323 *BGB*, da un lato, individua le ipotesi in cui il creditore non è tenuto a concedere un termine per l'adempimento (secondo comma), e, dall'altro, distingue fra adempimento parziale ed inesatto, richiedendo, nel secondo caso, ai fini della risoluzione che la violazione non sia "irrilevante" (quinto comma).

Il diritto di recesso si esercita con dichiarazione recettizia (par. 349 *BGB*), che può essere revocata prima di giungere al destinatario, secondo la norma generale del par. 130 *BGB*. Ciò, quindi, vale ugualmente per il recesso di fonte convenzionale, cui si applica per rinvio la disciplina della risoluzione (par. 346, primo comma, *BGB*)¹¹⁵.

Analogamente a quanto dispone l'art. 1453 c.c. it., il creditore, pur avendo inizialmente richiesto l'adempimento della prestazione, può dichiarare di recedere dal contratto nelle more del processo e far valere, conseguentemente, le pretese restitutorie (par. 264, terzo comma, *ZPO*). La domanda di adempimento, infatti, non comporta di per sé la rinuncia al diritto di recesso, bensì ne delimita le possibilità di esercizio, dato che, se il convenuto riconosce il diritto alla prestazione del creditore, questi non può recedere durante il termine concesso per ricevere l'adempimento, termine fissato o dal creditore (par. 323, primo comma, *BGB*), o dal giudice, su istanza di parte (par. 255 *ZPO*)¹¹⁶.

L'*emendatio libelli* prescinde – al contrario della *mutatio libelli* (par. 263 *ZPO*) – dal consenso del contendente o da un'istanza di ammissione al giudice, poiché non incide sulla *causa petendi* della domanda, bensì

sumatore nell'ordinamento tedesco v. P. ROTT, *Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?*, in *German Law Journal*, vol. 7, n. 12, 2006, p. 11109 ss. Per riferimenti alla giurisprudenza più recente, nella letteratura in lingua italiana, v. F.P. PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 1007 ss.

Nella dottrina tedesca v., *inter alios*, M. ARTZ, *Die Neuregelung des Widerrufsrechts bei Verbraucherverträgen*, in *BKR*, 2002, p. 603; C. MELLER-HANNICH, *Vertragslösungsrechte des Verbrauchers aus dem BGB – Geschichte und Gegenwart*, in *Jura*, 2003; G. REINER, *Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen*, in *AcP*, 203, 2003, p. 1.

¹¹⁵ Rileva A. DI MAJO, *Recesso e risoluzione nella riforma dello Schuldrecht*, cit., p. 14, che la riforma inverte l'impostazione originaria del codice, ove l'abrogato par. 327 *BGB*) disciplinava autonomamente solo il recesso volontario, sollevando in tal modo ampie incertezze applicative.

¹¹⁶ Cfr. W. KRÜGER, in AA.VV., *Ernst Münchener Kommentar zum BGB*, a cura di Dr. Dr. Dr. h. c. F. Jürgen Säcker-R. Rixecker-H. Oetker, Band 2, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Verlag C. H. Beck München 2012 *sub* par. 323, n. 270 ss.

tutela l'interesse della parte fedele a ripetere quanto prestato in esecuzione del contratto a fronte di un mutamento delle circostanze¹¹⁷.

7. La «*declaration of avoidance*» nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili

Il recesso per inadempimento risulta parimenti pienamente recepito nella disciplina della Convenzione di Vienna 11 aprile 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili (CISG)¹¹⁸, il cui noto successo applicativo testimonia un felice equilibrio fra tradizioni giuridiche diverse.

È ampiamente noto che l'operatività della Convenzione è fondata su un sistema di *opt – out*, per cui le parti di una vendita transfrontaliera, se non intendono disciplinare il loro rapporto secondo le norme convenzionali, devono indicare la diversa legge applicabile (cd. *choice of law clause*)¹¹⁹. La CISG regola la formazione e della conclusione del contratto, nonché i suoi effetti, mentre sono esclusi – per intuibili ragioni di politica del diritto – i profili della sua validità, delle condizioni generali e del trasferimento della proprietà (art. 4).

In conformità agli scopi della Convenzione di Vienna di favorire il commercio internazionale, la risoluzione è subordinata, nella gerarchia (ideale) dei rimedi contro l'inadempimento, alle tutele manutentive del contratto, che prediligono l'interesse del creditore alla prestazione¹²⁰. La

¹¹⁷ W. KRÜGER, *op. loc. ultt. citt.*

¹¹⁸ Ratificata in Italia con l. 11 dicembre 1985, n. 765

¹¹⁹ Sul meccanismo di *opt out* si vedano, *ex plurimis*, J. GRAVES, *CISG Article 6 and Issues of Formation: The Problem of Circularity*, in *Belgrade Law Review*, 2011, 3, p. 124 ss. (reperibile all'indirizzo <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/graves1.html>); T.J. DRAGO-A. F. ZOCOLILLO, *Be Explicit: Drafting Choice of Law Clauses in International Sale of Goods Contracts*, in *The Metropolitan Corporate Counsel*, 2002, p. 9 ss. (reperibile all'indirizzo www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zocolillo1.html); nella letteratura in lingua italiana, A.M. BENEDETTI-M. GRONDONA, *La conclusione del contratto nella Convenzione di Vienna 11.4.1980 sui contratti di vendita internazionale di beni mobile e nei Principi UNIDROIT*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, *I contratti in generale*, vol. III, Utet, Torino, 2000; C.G.V. BERNSTORF, *La vendita internazionale. Applicabilità ed applicazioni della Convenzione di Vienna del 1980*, in *Tratt. dir. comm. dir. pub.*, diretto da F. Galgano, vol. XXI, Cedam, Padova, 1997, p. 299 ss.; A. DE DONATIS, *L'autonomia delle parti e la scelta della legge applicabile al contratto internazionale*, Cedam, Padova, 1991.

¹²⁰ Come osserva F. RAGNO, *Convenzione di Vienna e diritto europeo*, Cedam, Padova, 2008, p. 322 e, *ivi*, nt. 98, lo spiccato *favor legis* per le tutele alternative alla risoluzione del contratto non si spinge sino a porle in un rapporto sussidiario.

scelta ha percorso tutte le proposte di armonizzazione del diritto europeo, dai *Principles of European Contract Law* al *Draft Common Frame of Reference* sino alla *Common European Sales Law*, la cui comune prospettiva è di consentire la cura della sopravvenuta disfunzione contrattuale ai fini della prosecuzione del rapporto¹²¹.

Al contempo, ove il creditore abbia perso in modo irreversibile l'interesse a ricevere l'adempimento, la risoluzione è concepita secondo criteri di efficienza e speditezza dei traffici, che inducono a strutturarla come dichiarazione stragiudiziale, ossia come recesso impugnatorio, rinviandone l'accertamento processuale ad un momento eventuale e successivo¹²². La natura dell'atto quale forma di recesso per inadempimento è confermata dalla struttura opzionale della fattispecie estintiva, che si completa solo con la manifestazione di volontà del contraente deluso e mai, invece, per l'oggettiva inattuazione dello scambio.

Il diritto alla risoluzione del contratto, per inadempimento del venditore e del compratore, è disciplinato rispettivamente agli artt. 49 e 64 *CISG*, entrambi incardinati sul concetto di "fundamental breach"¹²³ idoneo a rendere il contatto "avoidable" entro specifici limiti temporali¹²⁴. Le parti, però, sono libere di predeterminare, testualmente o implicitamente, le caratteristiche dell'inadempimento in deroga ai criteri legali¹²⁵, riducendo in tal modo la marginalità della tutela caducatoria.

¹²¹ Cfr. L. GRAFFI, *Inadempimenti e vizi di conformità nella vendita internazionale*, in *Contr. impr. Europa*, 2013, p. 345 ss.; M. TORSELLO, *Rimedi all'inadempimento nella Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili*, in *Contr. impr. Europa*, 2013, p. 314.

¹²² Osserva I. SCHWENZER, *The right to avoid the contract*, *Annals*, 2012, p. 215, in <http://www.ius.bg.ac.rs/anali/Annals%202012/Annals%202012%20p%20207-215.pdf>, che «the CISG's concept of avoidance by notice has gained ground on an international as well domestic level».

¹²³ La nozione di inadempimento e il sistema di risoluzione del contratto si ispirano al modello anglosassone di *breach of contract*, nel quale la *termination of contract* avviene *by notice* e non *ope iudicis*: per una disamina del modello inglese, *Il contratto nel common law inglese*, a cura di G. Alpa-R. Delfino, 3^a ed., Cedam, Padova, 2005; R.E. CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 83 ss.

¹²⁴ Si veda, in tema, la disamina casistica di L. GRAFFI, *Case Law on the Concept of "Fundamental Breach" in the Vienna Sales Convention*, in *Revue de droit des affaires internationales / International Business Law Journal*, 2003, n. 3, p. 338 ss., consultabile in <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html>. Per una analisi completa dei rimedi contro l'inadempimento nella Convenzione di Vienna v. E. BUTTLER, *A practical guide to the CISG: Negotiations through litigation*, Aspen publisher, 2007, suppl. 2, reperibile in www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio.

¹²⁵ Cfr. Bundesgerichtshof, 3 aprile 1996, CISG-Online, 135; AG Ludwigsburg, 21

L'estinzione si profila, quindi, «as a last resort»¹²⁶ limitata all'inadempimento rilevante, salvo il caso in cui il debitore, dopo aver ricevuto dalla controparte un termine suppletivo per la consegna del bene o del denaro, dichiara che non intende eseguirla (artt. 49, primo comma, lett. b, e 64, primo comma, lett. b, *CISG*). In ipotesi, inoltre, l'acquirente può valersi della cd. «*Nachfrist*-procedure» (art. 47 *CISG*), sciogliendo il contratto nelle more del termine di adempimento¹²⁷.

Il recesso opera su dichiarazione dell'avente diritto (art. 26 *CISG*) ed è efficace, per il venditore, se non ha già ricevuto il corrispettivo (art. 64, secondo comma, *CISG*), e, per il compratore, se lo stato del bene restituendo è «essenzialmente identico» alle condizioni originarie (art. 82, primo comma, *CISG*), non diversamente da quanto stabiliscono l'art. 1492, ultimo comma, c.c. italiano, per la vendita, e l'art. 67, primo comma, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, per i contratti del consumatore. Lo *jus poenitendi*, infatti, estingue il contratto di fornitura solo se il consumatore può assicurarne la «sostanziale integrità» o, come dispone il più mite art. 14, par. 2°, dir. 2011/83/UE, la mancata «manipolazione»¹²⁸.

dicembre 1990, *CISG-Online*, 17, relativa ad un caso in cui un venditore tedesco di abiti aveva ordinato al suo fornitore francese capi estivi di una cliente, inserendo nella richiesta la clausola “*Livraison: 1 – 15/07/89 FIXE. O. N.*”; OLG Düsseldorf, 21 aprile 2004, *CISG-Online*, 915, che ha accertato la risoluzione di un contratto di vendita di telefono cellulare, la cui consegna era stata garantita il prima possibile (“*schnellstmöglich*”) dalla data del pagamento ed eseguita il quinto giorno successivo all'adempimento del compratore. In dottrina P. HUBER, in S. KRÖLL-L. MISTELIS-P. PERALES VISCASILLAS (edited by), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, C.H. Beck-Hart – Nomos, München, 2011, *sub* art. 49, pp. 725-726: «The parties may in their contract define which of the requirements shall be fundamental in the sense that their breach will lead to a right of avoidance. They may do so explicitly or in an implied manner. What is more, it is submitted that the fundamental character of a term or of an obligation may result from the commercial background of the case (for example the general rule that time will usually be of the essence, *i.e.* fundamental, in a documentary commodity contract)».

¹²⁶ P. HUBER, in S. KRÖLL-L. MISTELIS-P. PERALES VISCASILLAS (edited by), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, cit., *sub* art. 49, p. 723.

Cfr. Bundesgerichtshof, 3 aprile 1996, cit.; Oberlandesgericht Köln, 14 ottobre 2012, *ivi*, n. 709.

¹²⁷ Cfr. C. LIU, *Additional Period (Nachfrist) for Late Performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*, in www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu4.html. par. 3.1, secondo cui l'art. 47 *CISG* consente al creditore di risolvere il contratto pur non avendo l'inadempimento natura essenziale.

¹²⁸ Sul punto v. M. GRANDI, *Lo jus poenitendi nella direttiva 2011/83/UE sui diritti del consumatore*, in *Contr. impr. Europa*, 2013, pp. 45 ss., 69-70.

Ben diversa, invece, sembra essere la scelta inerente alle modalità di perfezionamento dell'atto, che, nel nostro ordinamento, ha una struttura recettizia connaturale alla tipologia dei suoi effetti ed informata al principio di conoscibilità relativa (artt. 1334-1335 c.c.). La Convenzione di Vienna, invece, dopo aver stabilito che «una dichiarazione di scioglimento del contratto esplica effetti soltanto se è notificata all'altra parte» (art. 26 *CISG*), pone in capo al destinatario il rischio della sua tardiva, erronea od omessa trasmissione, quando la comunicazione sia stata data con modalità «appropriate alle circostanze» (art. 27 *CISG*). Ne segue, secondo la dottrina, che il recesso non ha struttura recettizia¹²⁹, in conformità alla «postal acceptance rule» di *common law*¹³⁰, tesa ad assecondare la speditezza dei traffici commerciali¹³¹.

D'altronde, l'art. 27 *CISG* si applica solo alle dichiarazioni disciplinate dalla Parte III della Convenzione, escluse, perciò, l'offerta e l'accettazione del contratto, la cui efficacia è testualmente differita dagli artt. 15 e 18 alla loro ricezione. Nel caso contrario, infatti, ben avrebbe potuto ritenersi che l'art. 27 *CISG* si limiti a tutelare le prerogative del dichiarante, senza con ciò incidere sulla struttura dell'atto. Eppure, la diversità dei principi seguiti, l'invio per il recesso e la ricezione per la proposta o l'accettazione, tradirebbe un'indole velatamente sanzionatoria della disciplina della "avoidance" o, quantomeno, un incidentale *favor creditoris*.

L'assenza di oneri formali consente di ritenere valido il recesso manifestato *per facta concludentia*, quali la riconsegna del bene unita a un comportamento, che escluda il ricorso a rimedi diversi, o la domanda di restituzione del corrispettivo¹³², da cui si evinca, secondo le circostanze

¹²⁹ U. MAGNUS, *The remedy of avoidance of contract under CISG – General Remarks and specific cases*, *The Journal of Law and Commerce*, 2005-2006, 25, pp. 432 ss., 427; U.G. SCHROETER, in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, cit., sub art. 27, p. 454, secondo cui è, però, onere del dichiarante provare di aver eseguito diligentemente la comunicazione con modalità idonee a assicurare la ricezione. Cfr., inoltre, OGH, 30 giugno 1998, *CISG-Online*, 410.

¹³⁰ La norma trae origine dal noto caso *Adams v. Lindsell* (1818), 1 B & Ald 681, che giudicò concluso un contratto di vendita, la cui accettazione, inviata per servizio postale, non era giunta al proponente. Ritenendo il contrario – affermo la Corte – «no contract could ever be completed by post».

¹³¹ Cfr. J. BEATSON-A. BURROWS-J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 29th ed., Oxford University Press, 2010, p. 48, secondo cui «the rule is based, not on logic, but on commercial convenience».

¹³² C. FOUNTOLAKIS, in *Commentary on the UN Convention on the International*

del caso, l'inequivoca volontà del creditore¹³³, salvo che, naturalmente, le parti abbiano convenuto una forma specifica¹³⁴. Sotto questo profilo, quindi, l'interpretazione della Convenzione di Vienna conduce al risultato che la giurisprudenza italiana inferisce, per il recesso, dal principio di simmetria delle forme e dall'art. 1352 c.c.

Più discusso, invece, è l'onere per il creditore di motivare la volontà di recesso, contestando l'inadempimento. L'indicazione non incide sulla validità dell'atto (*arg. ex artt. 8 e 26 CISG*), ma, sicuramente, evita fraintendimenti ed incertezze sul rimedio scelto dal contraente fedele, nel caso in cui il recesso sia esercitato *per facta concludentia*¹³⁵. Riconsegnando il bene, infatti, il creditore potrebbe volerne chiedere la sostituzione e non sciogliere il contratto.

Quanto al termine, gli artt. 49 e 64 *CISG* distinguono a seconda che il venditore abbia eseguito la *traditio* e l'acquirente pagato il corrispettivo.

Nell'un caso, il recesso è ammesso se la fornitura o il pagamento non

Sale of Goods (CISG), cit., *sub art. 26*, p. 441. In giurisprudenza v. Audiencia Provincial Castellón, 21 marzo 2006, *CISG-Online*, 1488, che ha ritenuto inequivoco il recesso esercitato con la riconsegna del bene seguita dalla domanda di restituzione del corrispettivo.

¹³³ A tal fine l'art. 8, secondo comma, *CISG* stabilisce che le indicazioni e i comportamenti delle parti devono essere intesi nel senso che «una persona ragionevole della stessa qualità» darebbe loro, ove si trovasse in tale condizione. In giurisprudenza, si vedano, per la restituzione del bene, AG Oldenburg, 24 aprile 1990, *CISG-Online*, 20; per la domanda di restituzione del corrispettivo pagato OLG Koblenz, 14 dicembre 2006, *CISG-Online*, 1408. LG München, 20 marzo 1995, *CISG-Online*, 164, ha specificato che la riconsegna del bene con denuncia del vizio può valere come recesso solo se ne è impossibile la sostituzione o l'acquirente non sia a ciò interessato. In dottrina v. M. MÜLLER-CHEN, in I. SCHWENZER (edited by), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3rd edition, Oxford University Press, 2010, p. 758.

¹³⁴ Secondo C. FOUNTOULAKIS, in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, cit., *sub art. 26*, p. 440, la forma convenzionale comprende strumenti elettronici, salvo indicazione contraria delle parti; conf. A. BJÖRKLUND, in S. KRÖLL-L. MISTELIS-P. PERALES VISCASILLAS (edited by), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, cit., *sub art. 26*, p. 353.

¹³⁵ Cfr. C. JACOBS, *Notice of avoidance under the CISG: a practical examination of substance and form considerations, the validity of implicit notice, and the question of revocability*, in *University of Pittsburg Law Review*, 2003, 64, p. 407 ss., in <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/jacobs.html#i>; A. BJÖRKLUND, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, cit., p. 357. Contra C. FOUNTOULAKIS, in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, cit., p. 441.

sono eseguiti «entro il termine suppletivo impartito» al debitore (primo comma, lett. b) dal che, non essendo la facoltà dilatoria sottoposta a decadenza, parte della dottrina deduce che il contratto possa essere dichiarato risolto senza limiti di tempo¹³⁶. Ciò sarebbe confermato, in favore dell'acquirente, dall'art. 48, secondo comma, *CISG*, che consente al venditore di offrirgli la prestazione per un dato tempo (art. 48, secondo comma, *CISG*), onerandolo di comunicargli, «entro un termine ragionevole», se intende risolvere il contratto. L'inerzia dell'oblato, infatti, gli preclude il ricorso a strumenti di tutela "incompatibili" con l'adempimento, qual è, naturalmente, l'estinzione del rapporto¹³⁷.

Nel secondo caso, la dichiarazione di recesso deve essere notificata entro un «termine ragionevole»¹³⁸, che muta, nel *dies a quo* della decadenza, secondo il tipo di inadempimento o l'eventuale dilazione del tempo consegna concessa al debitore (artt. 49, secondo comma, e 64, secondo comma, *CISG*)¹³⁹. La norma, dunque, «non pone un criterio

¹³⁶ Per il recesso del compratore v. R. HERBER-B. CZERWENKA, *Internationales Kaufrecht, Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11 April 1980 über Verträge über den Internationalen Warenkauf*, Beck, München, 1991, sub art. 49, par. 14; H. HONSELL (edited by), *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)*, Berlin, Springer, New York, 1997, sub art. 49, par. 39. Sul recesso del venditore v., invece, F. MOHS, in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, cit., sub art. 64, p. 903.

¹³⁷ M. MÜLLER-CHEN, in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, cit., p. 759. Di segno contrario è, invece, ampia parte della giurisprudenza, di cui v. Bundesgerichtshof, 15 febbraio 1995, CISG-Online, 149; Schweizerisches Bundesgericht, 15 settembre 2000, CISG-Online, 770.

¹³⁸ Secondo P. HUBER, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, cit., p. 744, il termine di decadenza dal diritto di recesso deve essere maggiore del tempo ragionevole entro cui l'acquirente può denunciare il vizio di conformità del bene (art. 39 *CISG*), essendo la scelta di risolvere il contratto ben più complessa.

¹³⁹ Dalla giurisprudenza non possono trarsi, sotto questo profilo, indicazioni univoche, essendo la valutazione della "ragionevolezza" fortemente legata alle peculiarità del singolo caso. Se, infatti, delle pronunce hanno ritenuto efficace il recesso dichiarato dopo vari mesi (cfr. Landgericht Freiburg, 22 agosto 2002, CISG-Online, 711, che ha accertato la risoluzione di una vendita di automobile dichiarata dal compratore dopo tre mesi dall'avvenuta conoscenza dell'inadempimento; *contra*, sempre nell'ambito della vendita di automobili, la cui risoluzione era stata dichiarata dopo due mesi, Oberlandesgericht Stuttgart, 31 marzo 2008, CISG-Online 1658), altre, invece, lo hanno giudicato tardivo, come Oberlandesgericht München, 2 marzo 1994, CISG-Online, 108, che ha ritenuto decaduto il creditore dal diritto di recesso, esercitato dopo oltre quattro mesi.

fermo ed oggettivo, ma individua un criterio generale per la corretta interpretazione del quale non può che farsi riferimento al caso concreto»¹⁴⁰.

Identico richiamo al concetto di ragionevolezza¹⁴¹ è contenuto nell'art. 48 CISG, che configura i rimedi della riparazione e della sostituzione come diritto del venditore (cd. *right to cure*), preordinato alla conservazione del contratto ed il cui esercizio influisce sul giudizio di essenzialità dell'inadempimento, "fatto salvo", però, "l'art. 49"¹⁴². L'in-

Nella giurisprudenza italiana si veda Trib. Busto Arsizio, 13 dicembre 2001, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2003, p. 151; in *Dir. comm. internaz.*, 2003, p. 865, con nota di R. PELEGGI, secondo cui «l'art. 49 della Convenzione di Vienna del 1980, che attribuisce al compratore la facoltà di dichiarare risolto il contratto alle condizioni ivi specificate, prevede uno strumento residuale a disposizione del compratore, con la conseguenza che contraddirebbe con la *ratio* della norma, oltre che con l'obbligo di buona fede incombente alle parti nell'esecuzione del contratto, l'affermare che il compratore avrebbe dovuto dichiarare il contratto risolto già all'atto del collaudo, poiché il macchinario presentava problemi di funzionamento». Nel caso di specie, il macchinario era stato consegnato e collaudato nell'ottobre 1995, l'acquirente ne aveva contestato i vizi sin dal dicembre successivo per poi determinarsi, nel 1998, alla risoluzione del contratto. Secondo la Corte «valgono anche per il diritto internazionale gli obblighi di buona fede incombenti su entrambe le parti dell'esecuzione del contratto con la conseguenza che una dichiarazione resa ex art. 49 all'atto del collaudo avrebbe dimostrato una espressa malafede della società attrice».

¹⁴⁰ Trib. Busto Arsizio, 13 dicembre 2001, cit.; Trib. Forlì, 2009, CISG-Online, 1780; che definisce il concetto di ragionevolezza una "clausola generale", confermando, sul punto, quanto già affermato da Trib. Rimini, 26 novembre 2002, CISG-Online, 737, e Trib. Vigevano, 12 luglio 2000, CISG-Online, p. 493.

Invero, la ragionevolezza del termine è diversamente valutata a seconda che il compratore scelga il rimedio della riduzione del prezzo o il risarcimento del danno ovvero la risoluzione del contratto. Nel primo caso, il vizio può essere denunciato in un tempo più ampio: F. FERRARI, *La vendita internazionale - Applicabilità ed applicazioni della Convenzione di Vienna del 1980*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da F. Galgano, 2^a ed., vol. XXI, Cedam, Padova, 2006, p. 291; conf. A. PLAIA, *I rimedi nella vendita transfrontaliera*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 981 ss.

¹⁴¹ Nell'ampia letteratura che, negli ultimi anni, ha affrontato il delicato tema della ragionevolezza, in particolare S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2013; S. TROIANO, *Ragionevolezza (diritto privato)*, in *Enc. dir. Annali*, VI, Giuffrè, Milano, 2013, p. 763 ss.

¹⁴² Da notarsi che, secondo l'originaria versione della norma (art. 44), l'inciso recitava «Unless the buyer has declared the contract avoided» (Guide to CISG, Article 48, Secretariat Commentary-closest counterpart to an Official Commentary, reperibile all'indirizzo <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-48.html>).

Nel corso dei lavori preparatori, inoltre, l'opportunità di questa riserva è stata dibattuta: cfr. J. HONNOLD, *Documentary history of the uniform law for international sales: the studies, deliberations, and decisions that led to the 1980 United Nations Con-*

ciso, non chiarissimo, è interpretato da un'ampia parte della dottrina¹⁴³, nel senso che la reversibilità dell'inadempimento, pur rilevando ai fini della sua importanza (art. 25 CISG), non esclude di per sé il diritto del compratore alla risoluzione del contratto, specialmente quando il vizio sia tale da rendere legittimo l'interesse della parte fedele all'estinzione del rapporto¹⁴⁴.

Si cerca, dunque, un equilibrio, composto a favore della tutela mantentiva, che nella disciplina internazionalprivatistica verrebbe tradot-

vention with introductions and explanations, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 686 ss.

¹⁴³ Cfr. P. HUBER, in AA.VV., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, cit., sub art. 49, pp. 727-728: «the curability of the breach should, as a general rule, be taken into account when deciding whether the breach was fundamental. Thus a breach that can be cured in accordance with the requirements of Art. 48(1) will usually not be regarded as fundamental under Article 49(1)(a) and 25, unless the seller refuses or fails to cure. By the way of an exception, however, the curability of the breach should not be taken into account, where the buyer has a particular and legitimate interest in being allowed to avoid the contract immediately. In such a case the breach should be regarded as fundamental without regard to its curability».

Si veda, inoltre, il caso – ben noto nella giurisprudenza sulla Convenzione – affrontato dall'Oberlandesgericht Köln, 14 ottobre 2012, cit. Gli abiti consegnati con la prima fornitura presentavano vari difetti (taglie troppo minute, cuciture grossolane) e la Corte ha ritenuto prevalente il diritto del compratore alla risoluzione del contratto, con conseguente sua libertà di rifiutare la sostituzione dei capi, considerata anche la prossima fine della stagione e, quindi, il rischio di invenduto cui l'acquirente sarebbe stato esposto dalla conservazione del contratto.

¹⁴⁴ Per un confronto sul rapporto fra conservazione e risoluzione del contratto nella disciplina dello *Uniform Commercial Code* v. E.C. SCHNEIDER, *The Seller's Right to Cure under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 1989-1990, n. 69, p. 103 ss. (reperibile all'indirizzo www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schneider.html#case) L'Autore rileva che, secondo lo U.C.C., il compratore può risolvere il contratto, rifiutando la consegna, anche quando la difformità non assurge a inadempimento essenziale. Dopo la consegna, invece, «goods must be materially non-conforming for the buyer to avoid the contract». Sviluppando il concetto di “material breach” le corti hanno limitato il “right to cure” agli adempimenti di minor entità, enfatizzando, invece, il concetto di “reasonable expectations of the buyer”. L'Autore così conclude: «It is merchants and not consumers who will most often be the litigants under the CISG. After the date set in the contract for delivery, the CISG gives the seller a broad right to cure, but the extent of the seller's rights is qualified by other parts of the Convention which give the buyer a right of avoidance, a right to set a grace period for performance and a right to demand a specific type of cure. Whether the seller's right to cure prevails over the buyer's rights in these instances will depend on how courts interpret *fundamental breach* and what fact patterns are found to constitute such a breach».

to in un rapporto di gerarchia (ideale), così come la direttiva comunitaria sulla vendita dei beni di consumo (dir. 1999/44/CE) e, quindi, la normativa domestica porrebbero lo scioglimento del contratto del consumatore in posizione alternativa, secondo un criterio di convenienza economica del rimedio¹⁴⁵.

7.1. Gli effetti del recesso e la loro "disponibilità". La risoluzione senza "fundamental breach"

Eseguito il recesso, non può essere richiesto l'adempimento (art. 46 *CISG*), i contraenti sono liberati dalle proprie obbligazioni e devono congiuntamente restituirsì l'un l'altro le prestazioni eseguite (art. 81 *CISG*). È problematico, però, stabilire da quale momento la dichiarazione diventa efficace, se la dichiarazione non è "notificata" *inter praesentes*. L'art. 27 *CISG*, infatti, pone in capo al destinatario i rischi della sua erronea, tardiva o mancata ricezione, consentendo di desumere il perfezionamento dell'atto con l'invio della comunicazione.

La questione si ripercuote direttamente sulla revocabilità del recesso, che potrebbe essere esclusa invocando, per un verso, l'immediata vincolatività dell'atto e, per l'altro, *a contrario*, gli artt. 16 e 22 *CISG*, nella parte in cui consentono di revocare la proposta e l'accettazione del contratto sin quando giungano al loro destinatario.

Contro tali conclusioni difficilmente confutabili, la dottrina ha giustificato la revocabilità del recesso rifacendosi all'art. 29, secondo comma, ult. pt., *CISG* quale principio generale della Convenzione di Vienna. La norma *de qua*, dopo aver stabilito che i patti modificativi ed estintivi del contratto devono avere forma scritta se le parti lo avevano specificamente convenuto al momento della sua conclusione, impedisce di eccepire l'inadempimento dell'onere formale al contraente, la cui condotta abbia ingenerato l'incolpevole affidamento dell'altro nella modifica o nello scioglimento del contratto¹⁴⁶.

¹⁴⁵ D. CORAPI, *La direttiva 99/44/CE e la Convenzione di Vienna sulla vendita di beni di consumo: verso un nuovo diritto comune della vendita?*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 655 ss., spec. p. 667: «sul piano operativo, quindi il compratore potrà sempre scegliere di esercitare l'uno o l'altro diritto. Nel caso in cui scelga di chiedere la risoluzione del contratto, sarà a suo carico provare che ne esistono i presupposti e con ciò egli integrerà la prova negativa che non sussistono i presupposti per chiedere la correzione del contratto».

¹⁴⁶ A. JANSSEB-S. C. KIENE, *The CISG and its general principles*, in AA.VV., *CISG Methodology*, in *European Law Publishers*, a cura di A. JANSSEB e O. MEYER, Munich, 2009, pp. 275-276.

Il divieto di venire *contra factum proprium* sotteso all'art. 29 *CISG* – afferma la dottrina in parola – consentirebbe al recedente di ritrattare la propria volontà, e non solo nelle more dell'invio, ma perfino successivamente, purché la revoca non leda l'affidamento della controparte¹⁴⁷.

Invero, se si nega al recesso struttura recettizia, la caducità dei suoi effetti è difficilmente giustificabile. La sua revoca varrebbe, quindi, come proposta di un nuovo contratto di contenuto identico o teso a sciogliere l'avvenuta risoluzione.

Dissentendo da questa opinione, ci sembra di poter affermare, al contrario, che la recettizietà della «declaration of avoidance» sia logicamente presupposta nel concetto di “notifica” (art. 46 *CISG*) e che l'art. 27 *CISG*, invece di applicare il principio dell'invio, si limiti ad evitare la decadenza del creditore dal diritto di risolvere il contratto. Posto, infatti, che l'adozione di «modalità appropriate alle circostanze» rende l'omessa ricezione della “notifica” un evento imprevedibile, sarebbe incongruo addossarne le ricadute alla parte comportatasi con diligenza. La norma, d'altronde, si limita a disporre che il contraente conserva il diritto a valersi di quanto comunicato, prerogativa cui ben può riconoscersi il fine di non privarla della tutela azionata.

La caratteristica “opzionale” dell'atto estintivo asseconda la natura residuale del rimedio, tant'è che, ove l'acquirente abbia concesso al venditore un termine suppletivo per la consegna, il suo decorso senza adempimento non produce *ipso iure* la risoluzione del contratto, salvo il caso in cui la parte fedele abbia contestualmente emesso la «declaration of avoidance» subordinandola alla condizione sospensiva della tardiva o mancata *traditio* (cd. “anticipatory cancellation of the contract”)¹⁴⁸. Non solo: l'acquirente può prorogare più volte, in favore del venditore, il termine di adempimento, rendendo *medio tempore* quiescente il proprio diritto alla risoluzione¹⁴⁹.

Il recesso non opera irreversibilmente. La dottrina, infatti, pur escludendo la revoca unilaterale, ammette che la concessione al venditore,

¹⁴⁷ U.G. SCHROETER, in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, cit., p. 457.

¹⁴⁸ Cfr. Oberster Gerichtshof, 28 aprile 200, *CISG-Online*, 581. Nel caso di specie la dichiarazione risolutiva si è ritenuta implicita nella specificazione, da parte del compratore, che non avrebbe accettato la consegna tardiva.

¹⁴⁹ Cfr. A.M. GARRO-A.L. ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, La Rocca, Buenos Aires, 1990, p. 178; C. LIU, *Additional Period (Nachfrist) for Late Performance*, cit., par. 5.1; M. MÜLLER-CHEN, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, cit., p. 756.

dopo la notifica della dichiarazione estintiva, di un nuovo «additional period» equivale ad un'offerta di un secondo contratto (art. 16, secondo comma, lett. a, *CISG*), che l'oblatore può accettare eseguendo la prestazione nel termine indicato¹⁵⁰. Questa lettura, del tutto conforme all'approccio rimediale che governa la Convenzione di Vienna, da un lato ripropone il principio affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in punto di tutela dell'affidamento dell'interesse del debitore¹⁵¹, dall'altro, sembra qualificare la vicenda successiva alla risoluzione come rinnovazione del contratto. Le parti concluderebbero, cioè, una seconda vendita, di contenuto identico al contratto inadempito, realizzando un secondo trasferimento della proprietà del bene. Ne segue – secondo la disciplina delle obbligazioni (art. 1241 c.c.) – che i debiti scaturenti dalle obbligazioni restitutorie per la parte di corrispettivo già versata dovrebbero estinguersi per compensazione con il debito nascente in capo al compratore in virtù del rinnovato contratto.

Invero, sembra più lineare e aderente alla volontà delle parti – come sopra osservato – qualificare l'atto che rimuove l'effetto risolutivo della dichiarazione impugnativa quale mutuo dissenso o, comunque, quale contratto atipico operante *ex tunc* idoneo a far rivivere il rapporto contrattuale originario. In tal modo, peraltro, si ha l'indubbio e non trascurabile vantaggio di non duplicare il momento traslativo.

Se il recesso difetta del suo presupposto necessario, il “fundamental breach”, la conservazione del contratto dipende dalla volontà della controparte, che può opporsi, chiedendo al giudice di accertare l'inefficacia dell'atto, o, al contrario, aderirvi, tenendo un comportamento conforme o non ostativo alla risoluzione.

Nel secondo caso, la vendita può sciogliersi per mutuo consenso (art. 29, primo comma, *CISG*), se il creditore manifesta *per verba o per facta concludentia* la volontà inequivoca di estinguere il rapporto in corso¹⁵². Ove, però, l'acquirente abbia consapevolmente taciuto sull'impossibilità di restituire il bene, il contratto estintivo può essere annullato, secondo le circostanze, per dolo (art. 1439 c.c.) o per errore (art. 1429 c.c.)¹⁵³,

¹⁵⁰ M. MÜLLER-CHEN, *op. ult. cit.*, pp. 758, 765, ove si afferma esplicitamente che «the original contract can be reconstituted only if concluded again on the same terms».

¹⁵¹ Cass., 14 gennaio 2009, n. 553, cit.

¹⁵² Cfr. BGH, 8 luglio 1987, *Wertpapier-Mitteilungen*, 1987, p. 1254; *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1987, p. 1125. In dottrina C. FOUNTOLAKIS, in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, cit., sub art. 72, p. 970.

¹⁵³ L'art. 4 *CISG* dispone, infatti, che esula dalla disciplina della Convenzione il

ferma restando la non completa riconducibilità della fattispecie concreta all'errore «sull'identità dell'oggetto della prestazione» (art. 1429, n. 2, c.c.), dato che le restituzioni conseguenti allo scioglimento del contratto hanno fonte extracontrattuale (art. 2033 c.c.).

Questo profilo, invero, è legato all'applicabilità degli artt. 81 ss. *CISG* allo scioglimento del contratto per causa diversa dall'inadempimento, eventualità che può essere suffragata solo dal ricorso alla analogia¹⁵⁴, ossia rilevando una lacuna normativa, del cui riscontro, però, ci sembra consentito dubitare. Ove, invece, lo si ammetta, la dinamica restitutoria conseguente all'estinzione del rapporto avrebbe – secondo una diffusa opinione¹⁵⁵ – fonte nel contratto, efficace, perciò, sino al completo adempimento delle obbligazioni restitutorie.

Eppure, l'art. 81, secondo comma, *CISG* non richiama testualmente il concetto di retroattività, ma sembra presupporlo nella parte in cui dispone che il contraente fedele ha diritto alla restituzione delle prestazioni eseguite e ciò potrebbe aprire le porte alla disciplina del pagamento non dovuto e alle sue diverse ricadute in punto di interessi e perimento del bene¹⁵⁶.

profilo della “validità del contratto” o di talune sue parti. È necessario, quindi, che al rapporto *de quo* sia applicabile la legge italiana. Propende, invece, per l'inefficacia della dichiarazione M. MÜLLER-CHEN, in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, cit., p. 767.

¹⁵⁴ Cfr. C. FOUNTOULAKIS, in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, cit., sub art. 84, p. 1097, che esclude, però, l'applicabilità dell'art. 82 *CISG*, diversamente da quanto ha deciso Oberster Gerichtshof, 29 giugno 1999, CISG-Online, 483, subordinando l'operatività della Convenzione all'assenza di accordi contrattuali tesi a governare le restituzioni. È questa l'impostazione seguita dal «CISG Advisory Council»: cfr. CISG-AC, Opinion N. 9, *Consequences of Avoidance of the Contract*, Rapporteur: Professor Michael Bridge, London School of Economics, London, United Kingdom. Adopted by the CISG-AC following its 12th meeting in Tokyo, Japan on 15 November 2008, par. 3, a), dd).

¹⁵⁵ P. SCHLECHTRIEM, in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, cit., p. 855-856; CISG-AC, Opinion N. 9, *Consequences of Avoidance of the Contract*, cit., par. 3, b), aa).

¹⁵⁶ Cfr. C.M. BIANCA, in AA.VV., *Commentary on the international sales law: the 1980 Vienna sales convention*, a cura di C.M. Bianca e M.J. Bonell, Giuffrè, Milano, 1987, p. 604.

L'art. 84 *CISG* stabilisce che gli interessi sulle somme di denaro decorrono dalla data del pagamento e che l'acquirente deve restituire tutti i benefici conseguiti con il godimento del bene, allorché sia tenuto a restituirlo o non possa restituirlo nello stato in cui lo ha ricevuto. La norma «governs the parties'duty to mutually account for all benefits which they have derived from the temporary exchange of performances»: C. Fountoulakis, in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of*

8. *The «right to terminate the contract» nella Proposta di regolamento per un diritto europeo della vendita (CESL)*

Nel contesto di questi brevi spunti comparatistici può essere utile tentare un primo inquadramento dell'istituto della risoluzione nell'ambito della nota proposta di regolamento per un diritto europeo della vendita¹⁵⁷, che si candida ad essere il «ventottesimo regime» facoltativo di diritto contrattuale¹⁵⁸. Il testo si applicherebbe come legge scelta dalle parti a norma dell'art. 3 del Regolamento Roma I¹⁵⁹, ma varrebbe solo per il contratto di vendita.

Invero, è stato osservato in proposito che la scelta dello strumento opzionale, secondo il modello dell'*opt in*, non avrebbe rilevanza internazionale-privistica, ma renderebbe operante un «secondo regime» lega-

Goods (CISG), cit., *sub* art. 84, p. 1132. «The independence of interest from damages under the Convention is emphasized by the fact that interest is included in the rules for restitution. Interest due under Article 84 (1) is a means of equalizing benefits. The seller was able to use and work with the sum received, but, *retroactively seen* (corsivo nostro), it is not entitled to that benefit because the contract has been avoided».

¹⁵⁷ Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita, 11 ottobre 2011, COM (2011) 635 def, 2011/0284 [cod]. L'iniziativa della Commissione Europea prende le mosse dalla pubblicazione di un Libro verde (Libro Verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese del 1 luglio 2010, COM [2010] 348 def., reperibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu>.) e da un successivo "feasibility study", inizialmente concepito quale aggiornamento del *Draft Common Frame of Reference*.

Gli autori del testo fanno parte di un gruppo di esperti designati dalla Commissione stessa (Decisione del 26 aprile 2010, che istituisce il gruppo di esperti per un quadro comune di riferimento nel settore del diritto europeo dei contratti, G.U.U.E., L 105 del 27 aprile 2010, p. 109).

¹⁵⁸ Accesso è il dibattito suscitato, nel merito politico e tecnico, dall'iniziativa della Commissione Europea, sulla quale sia consentito rinviare, *ex multis*, a C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 837 ss.; G. D'AMICO, *Il diritto comune europeo della vendita – direttiva sui diritti dei consumatori e regolamento sul diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'unione europea in materia di armonizzazione*, in *Contratti*, 2012, p. 611 ss.; M.R. MAUGERI, *Alcune perplessità in merito alla possibilità di adottare il DCFR come strumento opzionale (o facoltativo)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2011, p. 253 ss. Al tema è dedicato, inoltre, il primo numero della *Rivista Contratto e Impresa Europa* dell'anno 2012.

¹⁵⁹ Regolamento n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), G.U.C.E., L 177 del 4 luglio 2008.

to a un diritto direttamente applicabile allo Stato del contraente che lo sceglie. L'approvazione definitiva della *CESL* introdurrebbe, perciò, un diritto opzionale di fonte statutale¹⁶⁰.

All'istituto della risoluzione per inadempimento, chiaramente concepita in chiave stragiudiziale, sono dedicate la quinta sezione del Capo 11 («Rimedi esperibili dal compratore») e la quarta sezione del Capo quarto («Rimedi esperibili dal venditore»), entrambe precedute da una disposizione generale di inquadramento, l'art. 8 («Risoluzione del contratto»), secondo cui «“Risolvere il contratto” significa estinguere i diritti e gli obblighi delle parti discendenti dal contratto, ad eccezione di quelli derivanti da clausole contrattuali relative alla composizione delle controversie o da altre clausole destinate ad avere efficacia anche dopo la risoluzione». Tale effetto segue alla “comunicazione” con cui il compratore (art. 118 *CESL*) o il venditore (art. 136 *CESL*) esercita «il diritto di risolvere il contratto»¹⁶¹.

¹⁶⁰ P. SIRENA, *Diritto comune europeo della vendita vs. Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?*, in *Contratti*, 2012, p. 634: «Si tratterà dunque di un vero e proprio diritto privato europeo, il quale si porrà in alternativa a quello nazionale di qualsiasi Stato membro, così costituendo quello che il Considerando n. 9 alla proposta di regolamento ha definito come un “secondo regime di diritto dei contratti”»; D. PLAIA, *I rimedi nella vendita transfrontaliera*, cit., p. 994, ove si osserva altresì che, mentre la disciplina dei rapporti di consumo, contenuta nella *CESL*, ha natura inderogabile, le norme sui rapporti fra professionisti sono tendenzialmente dispositive.

¹⁶¹ Diversamente dalla Convenzione di Vienna, la risoluzione è denominata “termination”, al pari *Draft Common Frame of Reference*, che intitola, invece, “avoidance” il rimedio ad ampio raggio della annullabilità. La risoluzione è altresì distinta dal recesso di pentimento (“right to withdrawal”). Come si legge nei Commenti al *DCFR*, «the rights of withdrawal provided by these rules must be distinguished from other rights to be released from the binding effect of a contract or a binding juridical act. The primary aim of withdrawal rights is to allow the consumer time for further consideration (a so-called “cooling-off” period) and for obtaining information. The entitled party can rely on a right of withdrawal without having to show non-performance by the other party, as would be required for termination of a contractual relationship under Directive 1999/44/EC art. 3(2) and (5) (which uses the word “rescind”) or under CISG art. 49 (which uses the term “avoidance”) or under Book III, Chapter 3, Section 5 of these model rules. Nor is withdrawal linked to mistake, fraud or other conduct of which the law disapproves. The applicable principle is rather that withdrawal brings the contractual obligations to an end without there having to be any specific reasons, as long as the requirements for both the right and its exercise (such as time limits) have been met» (AA.VV., *Principles, Definitions and Model Rules of European private law: Draft Common Frame of Reference: Full Edition*, a cura di C. Von Bar-E. Clive, vol. 1, Monaco, 2009, p. 347).

In conformità a questa definizione, incentrata sul contenuto della tutela, la disciplina è unica per tutte le ipotesi di risoluzione conosciute nel nostro ordinamento: l'inadempimento, che si identifica nella tardiva o inesatta o mancata esecuzione della prestazione dovuta (art. 87, primo comma), avente il carattere della "gravità", allorquando la parte delusa sia privata «di quanto le spetta in base al contratto» o il suo affidamento negli adempimenti futuri sia irrimediabilmente leso (secondo comma)¹⁶²; l'impossibilità sopravvenuta (cd. «inadempimento giustificato»), dovuta «ad un impedimento estraneo alla [sua] sfera di controllo» della parte debitrice e che questa «non era ragionevolmente tenuta a prender(e) in considerazione al momento della conclusione del contratto, né ad evitare o sormontare» (art. 88)¹⁶³; infine, l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione per un eccezionale mutamento delle circostanze, che obbliga le parti «ad avviare trattative intese a modificare o risolvere il contratto» (art. 89, par. 2°)¹⁶⁴.

Non diversamente da quanto stabiliscono gli artt. 47 e 49 della Con-

¹⁶² La gravità dell'inadempimento è elemento costitutivo del diritto alla risoluzione del contratto (art. 114, primo comma), ma non sufficiente nei contratti di vendita al consumatore e di fornitura di contenuto digitale tra professionisti e consumatori, per il quale si richiede che l'inadempimento non sia «di scarsa importanza» (art. 114, secondo comma).

¹⁶³ In tal caso il diritto alla risoluzione del contratto è esplicitamente riconosciuto dall'art. 106, quarto comma al compratore e dall'art. 131, secondo comma, al venditore.

¹⁶⁴ «Se le parti non riescono a raggiungere un accordo entro un termine ragionevole, il giudice, su richiesta di una delle parti, può: (a) modificare il contratto in modo da renderlo conforme a quanto le parti avrebbero ragionevolmente convenuto al momento della sua conclusione se avessero tenuto conto del mutamento di circostanze; oppure (b) risolvere il contratto ai sensi dell'articolo 8 con effetto da una determinata data e a determinate condizioni» (art. 89, terzo comma).

Si veda, in tema, H.L. MACQUEEN, *Change of circumstances: CISG, CESL and a case from Scotland*, in *Journal of International Trade Law and Policy*, 2012, vol. 11, p. 300 ss. L'Autore osserva che l'art. 89 CESL si avvicina alla disciplina contenuta nei *Principles of European Contract Law*, invece, che al *Draft Common Frame of Reference*, che non qualifica il tentativo di rinegoziazione come obbligo contrattuale delle parti.

Infatti, secondo l'art. III. - 1:110 («Variation or termination by court on a change of circumstances»), secondo comma, DCFR, «If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may: (a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or (b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court».

venzione di Vienna, il compratore può concedere un termine suppletivo per la consegna «di durata ragionevole» (*Nachfrist procedure*), il cui decorso senza adempimento giustifica il diritto alla risoluzione del contratto o la produce *pleno iure*, «senza necessita di ulteriori comunicazioni», se così ha dichiarato il creditore nella diffida ad adempiere (art. 115, secondo comma, e art. 135, secondo comma, *CESL*). Inoltre, ove il ritardo «sia grave di per sé», lo scioglimento del contratto può essere immediato (arg. ex artt. 115, primo comma, e 135, primo comma, *CESL*)¹⁶⁵.

Sempre in analogia, parziale, con la disciplina della Convenzione di Vienna (art. 49, secondo comma), il creditore decade dal diritto alla risoluzione se non lo esercita entro un termine ragionevole a decorrere dal momento in cui il diritto è sorto o, se posteriore, da quello in cui egli «ha conosciuto o era ragionevolmente tenuto a conoscere l'inadempimento» (art. 119 e art. 139 *CESL*, ove si specifica che l'inadempimento è dato dalla mancata consegna o dal vizio di conformità), salvi i casi in cui l'inadempimento persista o l'acquirente sia un consumatore.

Questa seconda deroga, che svincola il diritto alla risoluzione del consumatore da limiti temporali – salvo il termine biennale o decennale di prescrizione (art. 179 *CESL*) – deve essere coordinata con la norma dell'art. 106 *CESL*, secondo cui i rimedi all'inadempimento del fornitore, ivi inclusa la risoluzione, «non sono subordinati al diritto di correzione del venditore» né agli «oneri di verifica e comunicazione» (artt. 121 ss. *CESL*), che il professionista ha il compito di eseguire per far valere il vizio di conformità del bene. Ciò – com'è stato osservato¹⁶⁶ – se-

¹⁶⁵ Come nella Convenzione di Vienna, anche l'inadempimento anticipato giustifica la risoluzione del contratto «se il venditore» o il compratore «dichiara[no], o risulta altrimenti evidente, che l'adempimento non avrà luogo e se l'inadempimento è tale da giustificare la risoluzione» (artt. 116 e 136), ed è ammessa la risoluzione parziale «qualora le obbligazioni del venditore derivanti dal contratto debbano essere adempiute in modo separato o siano comunque divisibili» (artt. 117, primo comma, e 137, primo comma).

¹⁶⁶ D. PLAIA, *I rimedi nella vendita transfrontaliera*, cit., pp. 999-1000, che rileva il conseguente scarso incentivo per il professionista di adottare lo strumento opzionale. Sul punto v. J. BASEDOW, *An Optional instrument and the Disincentives to Opt in*, in *Contr. e impr. Europa*, 202, p. 44; D. HERTZELL-H. MACQUEEN, *The proposal for a Common European Sales Law: some fundamental questions*, March 2012, reperibile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/delegations/it/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=95570>, spec. p. 3: «CESL contains a long right to terminate. As a counterbalance it provides for allowance for use and requires the consumer to act in good faith. Business groups have told us that the termination period

gna un distacco e dalla Convenzione di Vienna e dalla direttiva sulla vendita dei beni di consumo, dal momento che la risoluzione può essere dichiarata anche quando l'inadempimento è reversibile con la riparazione o la sostituzione del bene. Eppure, secondo l'art. 114 *CESL*, ai fini dello scioglimento del contratto deve sussistere il requisito della «non scarsa importanza», quindi, per rispettare l'*indipendenza* del rimedio estintivo dal «diritto di correzione del venditore» dovrebbe ritenersi che l'inadempimento possa essere tale anche quando la riparazione o la sostituzione possano avvenire in tempi ragionevoli.

9. *La risoluzione per atto unilaterale nei progetti di riforma del Código Civil spagnolo*

Già richiamate la disciplina e l'elaborazione giurisprudenziale, che ha consentito anche nell'ordinamento spagnolo la configurazione di un sistema di risoluzione per atto unilaterale¹⁶⁷, è opportuno rilevare come

is unacceptable. They would not use CESL on those terms. In addition our experience in the UK has been that allowances for use can be very contentious. These sorts of provisions are inappropriate for internet trading where – as the European Commission have stated – the aim is to improve the market and reduce prices for consumers. The text is too uncertain. There are too many opportunities for wide interpretations or for a court to rewrite a contract. Such an approach has its place but we are not sure that it works for low value online sales».

Della stessa opinione è, in senso critico, G. WAGNER, *Termination and Cure Under the Common European Sales Law: Avoiding Pitfalls in Contract Remedies*, June 12, 2012, p. 1 ss., reperibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=2083049> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2083049>: «The exclusion of party autonomy in consumer transactions is unfortunate in itself, as the freedom of contract is reduced to the freedom to enter into a pre-fabricated contract or to abstain, while the authority to agree on the terms of the transaction are eliminated. With regard to the interface between remedies enforcing the contract, such as repair, replacement and damages, and the off-contract remedy of termination, the petrification of the statutory scheme is particularly regrettable [...]The better solution would have been to generalize the scheme of remedies for commercial sales to apply to consumer sales too. In addition, the law of consumer sales should operate in the standard mode of contract law, i.e. as default rules. It is important to keep in mind that the failure of the CESL to commit to these principles does not benefit the consumer, as the framers intended. Quite the opposite, the rules on consumer sales will decrease the pie and hurt consumers just as much as sellers».

¹⁶⁷ Cap. I, par. 8. Per un riferimento giurisprudenziale recente, STS 14 febbraio 2012 n. 35, RJ 2012/5280, ove testualmente «si es cierto que la jurisprudencia, en su función complementaria de nuestro ordenamiento, ha interpretado el artículo 1124

le recenti proposte di riforma del *Código Civil* muovano nella medesima direzione dell'abbandono del modello giudiziale.

Tanto la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*¹⁶⁸ quanto la successiva *Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*¹⁶⁹ introducono espressamente la risoluzione per atto unilaterale, stabilendo che, in ipotesi di inadempimento essenziale, «La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte» (art. 1194 *Propuesta para la modernización*)¹⁷⁰. Soltanto nel diverso caso di inadempimento «non essenziale», la *Propuesta* prevede che il creditore possa risolvere il contratto dopo la fissazione di un termine per l'adempimento tardivo, che non è peraltro necessario allorché il debitore abbia dichiarato che non intende adempiere¹⁷¹. L'adempimento tardivo o inesatto non priva

en el sentido de entender que permite, también, el ejercicio de la facultad resolutoria mediante declaración extrajudicial dirigida a la parte incumplidora, lo ha hecho siempre a reserva de que ésta, si es que no está conforme, acuda a los Tribunales para negar el incumplimiento resolutorio o rechazar la oportunidad de hacerlo valer como causa de extinción sobrevenida de la relación contractual».

¹⁶⁸ Comisión General de Codificación, in *Boletín de Información – Ministerio de Justicia*, Madrid, 2009.

¹⁶⁹ Comisión General de Codificación, in *Boletín Oficial de Estado*, Madrid, 2009, la quale, rispetto al testo precedente, contiene la disciplina del difetto di conformità nella compravendita (artt. 1482 ss.).

¹⁷⁰ M.E. CLEMENTE MEORO, *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de derecho civil de la Comisión General de Codificación española*, *Boletín del Ministerio de Justicia*, n. 2131, mayo 2011, p. 3; N. FENOY PICÓN, *La Modernización del régimen de incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento*, *Anuario de Derecho Civil*, n. 4/2011, p. 1575; E. GÓMEZ CALLE, *Los remedios ante el incumplimiento del contrato. Análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador de Marco Común de Referencia*, *Anuario de Derecho Civil*, n. 1/2012, pp. 64-65; L.P. SAN MIGUEL PRADERA, *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?*, *Anuario de Derecho Civil*, 2011, p. 1685 ss.

¹⁷¹ Art. 1200 *Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos*: «En caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquél le hubiera fijado para ello, no cumpliere o subsanare la falta de conformidad.

También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto».

«La fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones».

il creditore del potere di risolvere il contratto, purché la facoltà di risoluzione venga esercitata dal creditore in termine congruo dal momento in cui ne abbia avuto conoscenza¹⁷².

Con l'introduzione di questa disciplina – secondo la dottrina¹⁷³ – la *Propuesta* uniformerebbe l'ordinamento spagnolo alle più diffuse soluzioni europee, perché, a differenza del vigente art. 1124 *Código Civil*, le nuove norme non contengono alcun riferimento al potere del giudice di sancire la risoluzione del contratto o di fissare un termine al debitore per l'adempimento tardivo; al giudice sarà attribuito soltanto il potere di verificare, in caso di contrasto tra le parti, che l'effetto risolutivo si sia effettivamente prodotto per l'effettiva sussistenza dei requisiti previsti dalla legge (inadempimento essenziale o congruità del termine fissato dal creditore per sanare la morosità o rimediare all'inesatto adempimento).

Da sottolineare, peraltro, che l'istituto del termine supplementare per sanare l'adempimento tardivo o inesatto viene esteso dalla *Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* (a differenza del precedente testo della *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*) anche alla risoluzione per difetto di conformità nella vendita di beni di consumo, attualmente disciplinata, invece, secondo lo schema della Direttiva n. 44 del 1999, nell'art. 122 del RD 1/2007 (*Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*).

¹⁷² Art. 1201 *Propuesta*, cit.

¹⁷³ M.E. CLEMENTE MEORO, *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, cit., p. 9.

CAPITOLO QUINTO

LA DISCIPLINA DELL'ATTO DI RISOLUZIONE

SOMMARIO: 1. La negozialità dell'atto unilaterale di risoluzione. – 2. La formazione dell'atto unilaterale. – 2.1. La volontà del creditore. Rappresentanza. – 2.2. L'atto risolutivo nella comunione legale. – 2.3. La ratifica dell'atto di risoluzione. L'apparenza. – 2.4. I vizi del consenso. – 2.5. Oggetto, causa e presupposti dell'atto risolutivo. – 2.6. Gli elementi accidentali – 3. Gli effetti della risoluzione. Le restituzioni. 3.1. (*Segue*). L'opponibilità della risoluzione ai terzi e la successione nel diritto controverso (art. 111 c.p.c.). – 4. Forma dell'atto risolutivo. – 5. Pubblicità dell'atto risolutivo. – 6. La rinuncia agli effetti. – 6.1. Il confronto con la condizione di inadempimento. – 6.2. L'unilateralità della condizione e la rinuncia agli effetti. – 7. L'atto unilaterale di risoluzione nell'ipotesi di inadempimenti reciproci o di c.d. eccezione di risoluzione. – 8. L'atto unilaterale di risoluzione nell'*anticipatory breach* e come rimedio alla violazione di obblighi precontrattuali – 9. Conclusioni.

1. *La negozialità dell'atto unilaterale di risoluzione*

Delineata la prospettiva ermeneutica che consente *de lege data* di concepire la risoluzione per inadempimento *ex art. 1453 c.c.* come forma di tutela dichiarativa, è possibile esaminare la natura e la struttura dell'atto estintivo del rapporto, al fine di individuare la disciplina applicabile alla sua formazione e alle sue vicende successive, attingendo all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in tema di recesso, quale disciplinato nel nostro ordinamento sia nel Codice Civile sia nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili del 1980. La Convenzione – che, scegliendo di configurare la risoluzione in forma extra-processuale, ha prefigurato molte delle scelte normative accolte dai testi europei – offre innumerevoli spunti di riflessione e concreti suggerimenti applicativi ai fini di una ricostruzione completa ed esauriente disciplina del recesso per inadempimento.

Il punto da cui muovere è la complessa e controversa categoria, di origine tedesca, del diritto potestativo, la cui peculiarità risiede nella «*soggezione della persona*» e della sua “volontà” al potere altrui, «in quan-

to non può volere che l'effetto non si produca»¹. Il suo esercizio è attuato da una dichiarazione unilaterale, eventualmente negoziale, capace di modificare la sfera giuridica di un diverso soggetto, purché dotata dei presupposti cui la legge associa l'acquisto del diritto.

L'ascrizione, frequente se non dominante, del diritto potestativo al novero dei diritti soggettivi esprime la configurazione delle prerogative attribuite al suo titolare come oggetto di specifiche situazioni soggettive, che vivono necessariamente nei confini di un dato rapporto giuridico e si esauriscono con il compimento del loro atto di esercizio². La loro particolare capacità di modificare la sfera giuridica altrui denota, infatti, l'ontologica relazionalità del concetto, che presuppone un legame giuridicamente rilevante fra gli interessati³.

¹ G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, Zanichelli, Bologna, 1903 (ora in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, I, p. 20 ss. La definizione della categoria, nel sistema tedesco, muove dall'opera di A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Aalen, 1964, rist. ed. Weimer, 1878, p. 338 ss.; E. SECKEL, *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, 1954, (edizione speciale dell'opera apparsa in *Festgabe für R. Koch*, Liebmann, Berlin, 1903, p. 205 ss.), che raffina e sistema la categoria del "diritto di conformazione" ("*Gestaltungsrechte*"), dandone una duplice definizione: l'una incentrata sul rapporto giuridico conformato, l'altra sull'effetto giuridico che scaturisce dal suo esercizio, ma, sempre connotata dalla negozialità della dichiarazione unilaterale; L. ENNECERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, II, Marburg 1889; E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, II, Leipzig 1898.

Per una puntuale ed ampia disamina dell'evoluzione della categoria nella letteratura in lingua tedesca ed italiana si veda A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, p. 1 ss., spec. p. 10 ss., secondo il quale il concetto di "potere sostanziale" ha una ampiezza maggiore del diritto potestativo.

² A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, vol. XXXIV, 1985, p. 627. E questa caratteristica vale a distinguerli dal potere in generale: cfr., *inter alios*, G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 201; G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., p. 20 ss.; G. MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, Utet, Torino 1960, p. 737 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 212 ss., p. 219.

³ B. CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Jovene, Napoli, 1977, p. 97; A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Jovene, Napoli, 2003, p. 205 ss.; R. CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei poteri giuridici nella disciplina della decadenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, pp. 45 ss., 49 ss.: «un utile criterio di orientamento», nell'ambito delle trasformazioni giuridiche, «è offerto dalla distinzione tra poteri a seconda che prescindano o meno da una situazione sostanziale tra chi esercita il potere e il destinatario dell'atto di esercizio. Alla prima categoria appartengono non solo l'autonomia privata e il potere amministrativo, ma anche il potere legislativo e il potere giurisdizionale. La caratteristica di questi poteri è che essi non presuppongono una preesistente relazione giuridica tra il soggetto che esercita il potere e i desti-

Il recesso per inadempimento manifesta un «potere [...] di eliminazione di un vincolo non più giustificabile secondo una valutazione obiettiva dell'interesse del soggetto»⁴. La sua natura negoziale promana direttamente dalla definizione del contratto quale accordo «per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale» (art. 1321 c.c.), che è incardinata sulla direzione dell'atto a un fine giuridicamente vincolante e specifico⁵. La dichiarazione risolutiva, infatti, esprime una volontà che sorregge l'atto in sé e ne governa l'effetto tipico, lo scioglimento del rapporto, né questa duplice rilevanza è incrinata dal prodursi di effetti ulteriori stabiliti dalla legge, effetti suppletivi ed integrativi, la cui operatività dipende o dall'assenza di una determinazione contraria o da una volontà normativa cogente.

Si prenda rispettivamente in ipotesi il diritto alla ripetizione delle prestazioni eseguite (artt. 1458, primo comma, e 2033 c.c.) e la salvezza dei diritti acquistati dai terzi prima della trascrizione della domanda di risoluzione (art. 1458, secondo comma, c.c.). Il primo effetto ben può essere impedito o eliminato dal creditore con dichiarazione, rispettivamente contestuale o successiva, che libera la controparte dagli obblighi restitutori. Il secondo prescinde dalla volontà, conforme o contraria, del creditore, anzi, riproduce il principio di intangibilità della sfera giuridica altrui che l'art. 1372, primo comma, c.c. afferma indiscriminatamente per tutti i contratti.

L'indubbia configurazione dell'atto risolutivo come dichiarazione «di volontà e di autonomia»⁶ consente di individuare un primo indice di disciplina nell'art. 1324 c.c., che – com'è ben noto – estende le norme sul contratto agli «atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale», ricomprendendovi necessariamente – se non, come sostenuto da illustre dottrina⁷, esclusivamente – gli atti unilaterali negoziali. Il recesso

natari del potere stesso; è l'esercizio del potere che invece, spesso, pone il presupposto perché sorga un rapporto giuridico tra i soggetti medesimi»; SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pp. 172 ss., 184.

⁴ A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, cit., p. 624.

⁵ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 4.

⁶ U. BRECCIA, in *Commentario del Codice civile*, a cura di E. Navarretta e A. Orsano, I, Utet, Torino, 2011, *sub* art. 1324, p. 179.

⁷ U. BRECCIA, *op. ult. cit.*, pp. 179, 183, 185, 199. In giurisprudenza v. Cass., 16 maggio 1983, n. 3380, in *Mass. Giur. it.*, 1983; in *Giur. it.*, 1984, I, c. 1, con nota di F. ROSELLI, secondo cui, non valendo, per gli atti giuridici in senso stretto, il rinvio di cui all'art. 1324 c.c. la disciplina del contratto può essere loro applicata solo per analogia. Nel caso di specie la Suprema Corte ha stabilito che nell'intimazione scritta di

so, d'altronde, è considerato la forma emblematica di manifestazione unilaterale di volontà, tesa alla creazione di effetti contrattuali.

La negoziabilità della dichiarazione risolutiva consente di estendere alla medesima, per diretto rinvio, la disciplina del contratto «in quanto compatibil(e)» e «salvo diverse disposizioni di legge» (art. 1324 c.c.).

2. La formazione dell'atto

Muovendo dal piano statico della formazione dell'atto, sono elementi essenziali, per la sua validità, il consenso del titolare del diritto, l'oggetto, la causa e la forma, ove richiesta, a pena di nullità (art. 1325 c.c.). A questi sono intimamente legati quegli elementi che condizionano la nascita del diritto alla risoluzione del creditore e che incidono sulla validità o efficacia della dichiarazione, a seconda di ripercuotersi o meno sulla struttura sostantiva dell'atto.

È quindi opportuno esaminare, *in primis*, i profili della dichiarazione risolutiva connaturali alla sua negoziabilità, la cui assenza è direttamente disciplinata dalla legge, e, successivamente, quegli elementi della fattispecie che sono richiesti per la sua attitudine rimediale.

2.1. La volontà del creditore. Rappresentanza

Il consenso, data l'unilateralità dell'atto, non può che intendersi come intenzione specifica di conseguire il fine per cui il diritto potestativo nasce e, una volta raggiunto, si estingue. Tale volontà produce efficacia quando è comunicata alla controparte o giunge altrimenti alla sua conoscenza (art. 1334 c.c.). Come il recesso, infatti, la dichiarazione è recettizia in virtù della «qualità degli effetti» che è chiamata a produrre nei confronti di un altro soggetto, ossia l'estinzione del rapporto giuridico di cui il destinatario è parte⁸. Conseguentemente, l'atto può essere revocato se

pagamento non rileva l'intento del dichiarante (art. 1362 ss. c.c.), e che, perciò, l'applicabilità analogica dell'art. 1363 c.c. consente solo di valutare l'oggettiva riconoscibilità dell'atto da parte del destinatario.

Sulla natura negoziale del recesso si vedano, *inter alios*, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., p. 737; G. DE NOVA, *Recesso*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., vol. XVI, Utet, Torino, 1997, p. 694; G. MIRABELLI, in *Comm. cod. civ.*, Libro IV, Utet, Torino, 1980, sub art. 1373, p. 303; A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, loc. ult. cit.; in giurisprudenza Cass., 19 maggio 1979, n. 2873, in *Foro it.*, 1991, I, c. 172.

⁸ G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 76 ss.; ID.,

la revoca precede la contraria dichiarazione, non ancora giunta alla controparte e incapace, perciò, di fondare alcuna aspettativa⁹.

All'atto risolutivo, non avendo natura personalissima, si estende, ugualmente, la disciplina della rappresentanza volontaria (artt. 1391-1399 c.c.) e del mandato (artt. 1703-1741 c.c.). Si ritiene, però, che la legittimazione del sostituto possa aver fonte solo in una procura speciale o nella specifica autorizzazione che sia contenuta in una procura generica. Ciò, in primo luogo, per il fondamentale motivo per cui il diritto potestativo alla risoluzione nasce direttamente in capo ai titolari sostanziali del rapporto, a prescindere da chi abbia concluso il contratto. Inoltre, lo scioglimento del contratto può costituire, a seconda delle circostanze, della sua natura o del suo contenuto, un atto di straordinaria amministrazione, come tale eccedente i limiti del mandato generale, a meno che sia stato «indicat(o) espressamente» (art. 1708, secondo comma, c.c.).

In merito alle persone incapaci o con capacità di agire limitata, è interessante notare come il carattere negoziale dell'atto, suscettibile di accertamento, e la struttura dichiarativa della tutela invocata con la domanda di risoluzione, diversifichino le autorizzazioni necessarie al compimento del primo.

Invero, per nessuno istituto di tutela il codice civile impone una specifica autorizzazione al compimento di atti negoziali estintivi, quale è richiesta, invece, per promuovere giudizi relativi ad atti di straordinaria amministrazione del patrimonio dell'incapace (artt. 320, terzo comma,

Dichiarazione recettizia, in *Enc. dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 385, secondo cui la recettizietà deriva, in alternativa, dalla funzione dell'atto, che può realizzarsi solo se il suo destinatario ne ha conoscenza (ad esempio la proposta contrattuale). In giurisprudenza, relativamente al recesso convenzionale, v. Cass., 19 maggio 1979, n. 2873, cit.; Cass., 7 giugno 1990, n. 5454, in *Mass. Giur. it.*, 1990, che, ritenendo operante il principio di simmetria formale, ha affermato la nullità del recesso da una compravendita immobiliare per violazione dell'art. 1350, primo comma, n. 1, c.c.

Invero, è discusso se la ricezione sia un elemento strutturale della dichiarazione, come sostenuto dalla dottrina tradizionale (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1960, p. 134, nt. 12), o una sua condizione di efficacia. L'opinione dominante sembra essere la seconda e ciò comporta – come osserva F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2003, p. 728 – che, essendo l'atto perfetto già al momento della sua emissione, la sua validità non può essere inficiata da vizi successivi della capacità o della volontà. Affine è la tesi secondo cui la ricezione vale a dotare l'atto di rilevanza esterna, mentre è vincolante per il dichiarante sin dalla sua emissione (P. SCHLESINGER, *Dichiarazione*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 388).

⁹ G. GIAMPICCOLO, *Dichiarazione recettizia*, cit., p. 387.

374, primo comma, n. 5, c.c.) e riscuotere i “capitali”, ossia, nel nostro caso, ricevere l'adempimento di eventuali obbligazioni restitutorie del debitore, aventi ad oggetto somme di denaro, di cui il giudice ha stabilito il reimpiego (artt. 320, quarto comma, 374, primo comma, n. 2, 394, secondo comma, e 424, primo comma, c.c., che estende la disciplina della tutela dei minori e della curatela degli emancipati alla tutela degli interdetti e alla curatela degli inabilitati)¹⁰.

La legittimazione del rappresentante legale dipenderà, quindi, dal carattere ordinario o straordinario che, secondo le circostanze, sarà riconosciuto alla dichiarazione risolutiva, adottando uno o più dei criteri elaborati in dottrina e in giurisprudenza per segnare questo confine¹¹. Laddove si riscontri la natura straordinaria dell'atto, si procederà secondo la disciplina propria di ciascun ufficio.

I titolari della responsabilità genitoriale¹² potranno validamente impugnare il contratto *extra iudicium* in caso di «necessità o utilità evidente del figlio», solo se autorizzati dal giudice tutelare del luogo di residenza della famiglia (art. 45, secondo comma, c.c.). Viceversa, l'adempimento di eventuali obbligazioni restitutorie scaturenti *ex lege* dallo scioglimento del contratto (art. 2033 c.c.) costituirà atto di ordinaria amministrazione, a meno che si renda necessario vendere diritti o impiegare capitali del minore¹³.

¹⁰ Il filtro del giudice è giustificato non dalla natura straordinaria del pagamento in sé, ma dall'opportunità di regolare il reimpiego del capitale. Cfr. A. DELL'ORO, *Della tutela dei minori*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. Scialoja-G. Branca, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, *sub* artt. 343-389, p. 210. È discussa, peraltro, l'applicabilità analogica, al minore in potestà, dell'art. 372 c.c. che dispone, per il minore sottoposto a tutela, specifiche forme di reimpiego (titoli di Stato garantiti, acquisto di beni immobili, mutui garantiti da ipoteca, buoni postali fruttiferi). Si esprime favorevolmente V. COLUSSI, *Capacità e impresa. L'impresa individuale*, Cedam, Padova, 1974, p. 77; *contra* A.C. PELOSI, *Della potestà dei genitori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian-G. Oppo-A. Trabucchi, vol. IV, Cedam, Padova, 1992, p. 367.

¹¹ Per un inquadramento della problematica si vedano G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, vol. I, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 335 ss.; A. AUCIELLO-F. BADIALI-C. IODICE-S. MAZZEO, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 107 ss.

¹² Così dovrà essere definita la ormai *ex* “potestà genitoriale”, in seguito all'entrata in vigore del decreto legislativo di attuazione della delega contenuta nell'art. 2, l. n. 219/2012.

¹³ Cfr. G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, cit., p. 239 e, per l'esercizio del recesso, p. 540.

Analogamente, l'emancipato o l'inabilitato dovranno agire con il consenso del curatore e autorizzati, quanto all'impugnazione, dal giudice tutelare (art. 394, terzo comma, c.c.), mentre l'amministratore di sostegno assisterà la persona o agirà in suo nome, a seconda di quanto stabilito dal giudice nel decreto di nomina (art. 405, quarto comma, c.c.).

Per la tutela (e del minore e dell'interdetto), l'impostazione tipologica degli artt. 374-375 c.c. non ne implica la tassatività¹⁴, quindi il tutore potrà adire il giudice tutelare, chiedendo di essere autorizzato, se l'amministrazione ha natura straordinaria, al compimento di un atto equivalente, negli effetti, all'instaurazione di un giudizio (artt. 374, primo comma, n. 5, c.c.)¹⁵.

2.2. L'atto risolutivo nella comunione legale

Quando il diritto, trasferito da uno dei coniugi con il contratto inadempiuto, sia oggetto della comunione legale (art. 177, primo comma, lett. a, c.c.), la questione concernente la legittimazione (disgiunta o congiunta) al compimento dell'atto di risoluzione attiene all'ambito applicativo dell'art. 180 c.c.

L'atto di alienazione di un bene compreso nella comunione legale (salve le ipotesi scolastiche di beni di infimo valore) costituisce un atto di straordinaria amministrazione che, dunque – ai sensi dell'art. 180, secondo comma, c.c. – richiederebbe il consenso di entrambi i coniugi. Tuttavia, se l'atto di straordinaria amministrazione è stato compiuto da uno solo dei coniugi, la dottrina¹⁶ distingue tra le azioni concernenti la sussistenza e la titolarità di un determinato diritto riferibile al compendio comune, e quelle riguardanti la validità, l'esecuzione e l'efficacia di contratti aventi per oggetto l'acquisto e la disposizione di diritti ricadenti nel patrimonio comune: per queste ultime, tra le quali è compresa l'azione di risoluzione, l'unico soggetto legittimato ad agire e a resistere

¹⁴ A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. 4, *Persone e incapaci*, Utet, Torino, 1982, p. 659; G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, cit., vol. II, p. 656.

¹⁵ Cfr. G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, cit., p. 239 e, per l'esercizio del recesso, p. 540.

¹⁶ Si veda, in particolare, F. ANELLI, *L'amministrazione della comunione legale*, in *Regime patrimoniale della famiglia*, a cura di F. Anelli-M. Sesta, in *Trattato di diritto della famiglia*, diretto da P. Zatti, III, p. 399 ss., con ampi riferimenti alla precedente dottrina e giurisprudenza.

in giudizio è il coniuge che ha stipulato il contratto, indipendentemente dalle conseguenze della sentenza sui diritti facenti parte della comunione. Deve ritenersi, pertanto, che anche l'azione di risoluzione del contratto possa essere esperita separatamente dal coniuge che ha stipulato il contratto, come ha ritenuto la Suprema Corte¹⁷, che si è dimostrata favorevole ad attribuire a tale rimedio la natura di atto di ordinaria amministrazione.

Passando a considerare l'atto risolutivo stragiudiziale, deve ritenersi allo stesso modo che esso possa essere validamente compiuto dal solo coniuge stipulante, anche nell'ipotesi in cui il contratto di alienazione debba considerarsi atto di straordinaria amministrazione, posto che lo scioglimento del contratto, determinando la caducazione *ex tunc* dell'effetto traslativo, ristabilisce la titolarità del diritto in capo a entrambi i coniugi, in virtù della «proprietà solidale»¹⁸ che caratterizza il regime di comunione legale. La risoluzione del contratto determina, infatti, un effetto "acquisitivo" favorevole alla massa dei beni comuni, sicché, così come è pacificamente esclusa la necessità della partecipazione congiunta dei coniugi nel caso di "acquisto"¹⁹ (in virtù del chiaro disposto dell'art. 177, lett. a, c.c.), parimenti l'atto risolutivo può essere compiuto dal solo coniuge contraente, stante il conseguente beneficio acquisitivo in favore della comunione legale²⁰.

¹⁷ Cass., 7 marzo 2006, n. 4890, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1485, secondo cui «Il coniuge il quale abbia venduto in nome proprio a terzi un'azienda commerciale facente parte della comunione legale può agire da solo per la giudiziale risoluzione del contratto in danno dell'acquirente senza che il contraente inadempiente possa opporgli la mancata integrazione del giudizio nei confronti dell'altro coniuge, in quanto la predetta attività processuale è speculare a quella negoziale sulla cosa comune che il coniuge ha validamente compiuto da solo, salvi gli effetti nell'ambito della comunione previsti dall'art. 184, comma 3, c.c., e la pronunzia sulla relativa domanda sarebbe utilmente emessa nei confronti del solo coniuge stipulante, essendo irrilevante a tal fine ogni questione indotta dall'accertamento giudiziale nei rapporti interni tra coniugi ai sensi della disposizione citata».

¹⁸ C. Cost., 17 marzo 1988, n. 311 (est. Mengoni), in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 561, con nota di C. MARTI.

¹⁹ L. BRUSCUGLIA, *La comunione legale: amministrazione e responsabilità*, in *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, IV, t. III, a cura di T. Auletta, Giappichelli, Torino, 2011, p. 485 ss.

²⁰ Al contrario, nel caso opposto in cui il coniuge in comunione legale sia il debitore e il creditore eserciti la risoluzione del contratto, l'atto stragiudiziale può essere rivolto nei confronti del solo coniuge debitore, ma, in ipotesi di successivo giudizio di accertamento, poiché è richiesta la verifica della "fuoriuscita" del diritto dalla massa comune, la giurisprudenza afferma la sussistenza del litisconsorzio necessa-

Ma anche nel caso di contratti con effetti obbligatori, che non determinano acquisti in senso proprio, la giurisprudenza ha affermato la legittimazione disgiunta del coniuge per l'esercizio dell'atto estintivo del rapporto. In particolare, nell'ipotesi di locazione stipulata da coniugi in comunione legale, è stato stabilito²¹ che l'atto di recesso è atto di ordinaria amministrazione, che può essere compiuto dal singolo coniuge anche separatamente.

2.3. La ratifica dell'atto di risoluzione. L'apparenza.

In tema di rappresentanza, merita una breve considerazione a sé la questione della ratifica dell'atto di recesso e del rapporto fra la retroattività di cui all'art. 1399 c.c. e l'adempimento tardivo.

L'applicabilità dell'art. 1399 c.c. alla dichiarazione estintiva, oltre a potersi inferire – come sopra evidenziato – dalla disciplina generale del contratto (art. 1324 c.c.), è stata affermata dalla giurisprudenza con riguardo al licenziamento²² e alla diffida ad adempiere²³. La Suprema Corte ha ritenuto osservato l'onere della forma strumentale di cui all'art. 1399 c.c., rilevando che la sottoscrizione della procura alle liti in calce all'atto di citazione importa approvazione delle dichiarazioni negoziali ivi contenute, né si richiede, a tal fine, «che nella procura sia

rio, in conformità alle statuizioni delle Sezioni Unite, coerenti rispetto alla configurazione della comunione da parte della menzionata pronuncia della Corte Costituzionale (Cass., sez. un., 24 agosto 2007, n. 17952, in *Fam. e Dir.*, 2008, 7, p. 681 ss., con nota di M. PALADINI; nello stesso senso, Cass., 2 luglio 2013, n. 16559).

²¹ Cass. 17 agosto 1990, n. 8379, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 299 ss. Tuttavia, l'eventuale successivo giudizio di accertamento di quell'effetto giuridico, che si è già prodotto sul piano sostanziale, l'espressa previsione normativa dell'art. 180, secondo comma, c.c. impone la partecipazione di entrambi i coniugi, come nelle ipotesi di litisconsorzio necessario, in cui è necessario che gli effetti di un determinato atto vengano accertati, con efficacia di giudicato tra tutti i soggetti contitolari della medesima situazione giuridica.

²² Cass, sez. lav., 18 novembre 2004, n. 17461, *Mass. Giur. it.*, 2003, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1094; in *Gius.*, 2004, p. 1126; in *Mass. Giur. lav.*, 2004, p. 174. La Suprema Corte ha cassato la sentenza impugnata che, da un verso, aveva dichiarato l'illegittimità del licenziamento per carenza di potere del soggetto che lo aveva intimato e, dall'altro, aveva ritenuto l'efficacia immediata del suddetto licenziamento, con conseguente nullità, per mancanza di oggetto, delle dimissioni rassegnate dal lavoratore subito dopo la comunicazione del licenziamento inefficace.

²³ Cass., 18 novembre 2002, n. 16221, in *Giuda dir.*, 2002, n. 49, p. 60; in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 2000; Cass., 26 giugno 1987, n. 5641, in *Vita not.*, 1987, p. 716; Cass., 23 febbraio 1981, n. 1011, in *Foro it.*, 1981, I, p. 1988, con nota di F. DEPRETIS.

espresso il potere di ratificare» il relativo atto di autonomia²⁴.

Ciò vale anche quando la risoluzione sia dichiarata dal gestore di affari altrui (art. 2028 c.c.), potendo l'interessato far propri gli atti compiuti in suo conto secondo la disciplina del mandato (artt. 1711 e 2032 c.c.)²⁵.

Occorre rilevare, peraltro, che autorevole dottrina ha contestato la facoltà di ratifica della diffida ad adempiere, obiettando che il debitore verrebbe privato da un atto inefficace della possibilità ulteriore di eseguire la prestazione dovuta²⁶, scontando, peraltro, un'incertezza indipendente dalla sua volontà e di cui il creditore potrebbe approfittare, rinviando la scelta sulla scioglimento del contratto²⁷. La retroattività della ratifica costituirebbe, quindi, un limite incompatibile con la disciplina dell'atto unilaterale, come tale preclusivo dell'applicabilità dell'art. 1399 c.c. (arg. ex art. 1324 c.c.). Ne segue che il creditore ha l'onere di intimare una seconda diffida se, *medio tempore*, non ha ricevuto la prestazione dovuta.

Invero, con riguardo all'atto di risoluzione, il profilo della retroattività, se, da un verso, non può danneggiare il debitore, dall'altro²⁸, non

²⁴ Cass, 18 novembre 2002, n. 16221, cit. La pronuncia si inserisce nel condivisibile filone giurisprudenziale, secondo cui la ratifica ex art. 1399 c.c. di un contratto soggetto alla forma scritta *ad substantiam*, «non richiede che il *dominus* manifesti per iscritto espressamente la volontà di far proprio quel contratto, ma può essere anche implicita – purché sia rispettata l'esigenza della forma scritta – e risultare da un atto che, redatto per fini che sono consequenziali alla stipulazione del negozio, manifesti in modo inequivoco la volontà del *dominus* incompatibile con quella di rifiutare l'operato del rappresentante senza potere» (Cass., 25 ottobre 2010, n. 21844, in *CED Cassazione*, 2010; in *Corr. giur.*, 2011, p. 841, con nota di P. SCHLESINGER; Cass., 19 maggio 2008, n. 12647, in *CED Cassazione*, 2008; in *Mass Giur. it.*, 2008; in *Imm. e propr.*, 2008, p. 658; Cass., 17 maggio 1999, n. 4794, in *Mass. Giur. it.*, 1999; Cass., 21 novembre 1991, n. 11123, *ivi*, 1991).

²⁵ La ratifica ex art. 2032 c.c. rileva nei casi in cui la gestione di affari altrui difetti di uno o più dei presupposti di legge, operando altrimenti l'art. 2030 c.c., secondo cui il gestore assume le obbligazioni del mandatario. Cfr., in dottrina, P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, 2^a ed., Torino, Utet, 2008, p. 290; in giurisprudenza v. Cass., sez. un., 4 luglio 2012, n. 11135, in *Corr. giur.*, 2012, p. 1441, con nota di V. CARBONE.

²⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., p. 306, nota 6, che prosegue: «la diffida verrebbe infatti ad acquistare rilevanza per il debitore nel momento in cui, stando alla diffida stessa, il termine è già scaduto o quello che residua non è più congruo».

²⁷ M. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione*, cit., pp. 279-280: «se fosse possibile ratificare la diffida con effetto retroattivo, le istanze di certezza perseguite dal codificatore nella formulazione dell'art. 1454 rischierebbero di essere vanificate: il creditore potrebbe approfittare della situazione di incertezza determinata dal *falsus procurator* per far valere *a posteriori* gli effetti della diffida e conseguire la risoluzione del contratto scegliendo il momento a lui più favorevole».

²⁸ Ciò è conforme al principio affermato in giurisprudenza, secondo cui la retroat-

sembra vietare *tout court* la ratifica del negozio. Ne segue che, fin quando la parte fedele abbia manifestato la volontà di far proprio il recesso, il debitore può adempiere (tardivamente) ed evitare lo scioglimento del contratto o «invitare l'interessato a pronunciarsi sulla ratifica assegnandogli un termine, scaduto il quale, nel silenzio, la ratifica s'intende negata» (art. 1399, terzo comma, c.c.)²⁹.

Sembra confermare tale conclusione il principio affermato dalla sezione lavoro della Suprema Corte, secondo cui «l'illegittimità dell'atto di licenziamento per carenza di potere dell'organo societario che l'ha emanato, rende l'atto inefficace fino all'eventuale ratifica da parte dell'organo legittimamente deliberante, che ha effetto retroattivo sino alla data di emanazione del provvedimento illegittimo, salvo che nel frattempo non sia intervenuta autonoma causa di estinzione del rapporto di lavoro»³⁰.

Parimenti, sino alla comunicazione della ratifica³¹, il debitore può efficacemente disporre del diritto acquistato dal *dominus*. È vero – come riconosce la giurisprudenza³² – che i terzi tutelati dall'inopponibilità della ratifica (art. 1399, secondo comma, c.c.) sono gli aventi causa del

tività della ratifica non può né pregiudicare i terzi, facendoli decadere da facoltà o diritti temporalmente legati all'atto ratificato, né consentire al *dominus* di eludere limiti e divieti di legge. Cfr. Cass., 30 gennaio 2006, n. 1841, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 7-8, ove si afferma che «con riguardo a contratto concluso da un *falsus procurator* (e perciò con efficacia sospesa fino alla ratifica da parte del *dominus*), il termine semestrale entro il quale il creditore ha l'onere, ai sensi dell'art. 1975 c.c., di chiedere giudizialmente l'adempimento dell'obbligazione garantita dal fideiussore (a pena di decadenza del suo diritto verso quest'ultimo), decorre non dalla data di scadenza dell'obbligazione, ma da quella in cui la ratifica viene portata a conoscenza del creditore, giacché la disposizione dell'art. 1399 c.c., secondo cui la ratifica dell'interessato ha effetto retroattivo, non può esplicare influenza sul termine di decadenza della fidejussione, che, avendo lo scopo di evitare la colpevole inerzia del creditore verso il debitore principale, presuppone che il primo abbia la possibilità concreta ed attuale di proporre l'azione giudiziale contro quest'ultimo»; Cass., 17 gennaio 1977, n. 216, secondo cui la ratifica della dichiarazione di riscatto *ex art. 1503 c.c.* è efficace se compiuta entro il termine convenuto o di legge. Analogamente, in tema di prelazione agraria, Cass., 28 ottobre 1978, n. 4934, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 279, con nota di R. TRIOLA.

²⁹ Cass., sez. lav., 5 aprile 1990, n. 2824, in *Mass. Giur. it.*, 1990. Sulla ratifica del licenziamento si vedano altresì Cass., sez. lav., 14 luglio 1951 n. 1973, Cass., sez. lav., 10 marzo 1966, n. 680.

³⁰ Cass., sez. lav., 19 agosto 1996, n. 7629, cit.

³¹ Sulla recettività della ratifica v., in dottrina, BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 112; 115; G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, cit., 80. In giurisprudenza, Cass., 28 dicembre 2009, n. 27399, in *CED Cassazione*, 2009.

³² Cfr. Cass., 18 settembre 1980, n. 5308, in *Dir. Fall.*, 1981, II, p. 37; Cass., 22 aprile 1970, n. 1146, in *Foro pad.*, 1970, I, p. 825; in *Riv. not.*, 1970, p. 1939.

dominus, e non gli acquirenti o i creditori della controparte del *falsus procurator*³³, ma è ugualmente vero che ciò è affermato per i casi in cui ad essere falsamente rappresentato è il titolare del diritto trasferito con il titolo inefficace. D'altronde, è conforme alla disciplina generale della circolazione giuridica che gli acquirenti del *dominus*, legittimato a disporre del proprio diritto, prevalgano su coloro che hanno acquistato *a non domino* dal terzo, cioè dalla controparte del *falsus procurator*³⁴. Ad essere eventualmente pregiudicati, dunque, sono gli aventi causa del contraente deluso, che, in pendenza della ratifica, abbiano acquistato *a non domino*.

Deve concludersi, in definitiva, che il creditore insoddisfatto può concedere alla parte inadempiente un nuovo termine per rinnovare il recesso o ratificare la dichiarazione risolutiva emessa dal *falsus procurator*. In tal caso, però, sono salvi i diritti acquistati dai terzi.

Diversa è la questione che si pone in caso di rappresentanza apparente, che costituisce – com'è noto – l'ipotesi più diffusa di apparenza colposa. Se, in linea di principio, la semplice apparenza non sostituisce il potere di legittimazione, ove questa sia stata colposamente cagionata dal *dominus*, deve ritenersi che il recesso esercitato dal *falsus procurator* sia idoneo a sciogliere il contratto³⁵.

Quando, inoltre, il contratto oggetto di risoluzione richieda la forma a pena di nullità (art. 1350 c.c.), l'inopponibilità del negozio al *dominus* non potrà essere fondata solo sull'omessa richiesta al dichiarante, da parte del debitore, di giustificare il suo potere rappresentativo (art. 1393 c.c.), essendo questa una facoltà, il cui rifiuto non vale a pregiudicare chi ne è titolare³⁶. Conseguentemente, la parte debitrice, convenuta

³³ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 300.

³⁴ Cfr. L. BRUSCUGLIA-A. GIUSTI, *Ratifica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, p. 700: «Dato che la ratifica conferisce retroattivamente la legittimazione contrattuale al falso rappresentante, la situazione che viene a prospettarsi è quella di due atti di alienazione dello stesso bene compiuti dal terzo contraente, entrambi idonei a trasferire il diritto a soggetti egualmente legittimati. La prevalenza dovrà, quindi, decidersi non secondo la data dell'atto, ma secondo le regole dettate in tema di conflitto tra più acquirenti dallo stesso dante causa».

³⁵ *Ex plurimis* Cass., 23 luglio 2004, n. 13829, in *Giur. it.*, 2004; in *CED Cassazione*, 2004; Cass., 14 luglio 2004, n. 13084, in *Contratti*, 2005, p. 146; Cass., 18 febbraio 1998, n. 1720, in *Mass. Giur. it.*, 1998.

³⁶ *Ex plurimis*, Cass., 30 marzo 2004, n. 6301, in *Guida dir.*, 2004, 26, p. 60; Cass., 13 agosto 2003, n. 15743, in *Foro it.*, 2004, c. 3318; Cass., 9 luglio 2001, n. 9289, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1355, con nota di G. CHINÉ; Cass., 29 marzo 1995, n. 3691, in

per l'adempimento, può eccepire la risoluzione del contratto, dimostrando la sua buona fede e che il comportamento negligente o malizioso del creditore ha creato una situazione tale da far presumere la volontà di legittimare il rappresentante all'atto³⁷.

2.4. I vizi del consenso

La volontà del creditore è valida e vincolante, solo se correttamente formata e manifestata. Infatti, come sostenuto dalla giurisprudenza largamente prevalente³⁸ e in piena conformità al tenore testuale dell'art. 1324 c.c., la disciplina dei vizi del consenso è perfettamente compatibile con la struttura degli atti unilaterali ed è, quindi, di doverosa applicazione, salvo contraria previsione di legge³⁹.

La dichiarazione risolutiva è suscettibile di annullamento per incapacità, naturale o legale (art. 1425 c.c.), violenza (artt. 1435-1438 c.c.) e dolo (artt. 1439-1440 c.c.), mentre la disciplina dell'errore (artt. 1428-1433 c.c.) richiede un coordinamento più ponderato. Ci si chiede, in particolare, se il creditore possa impugnare la dichiarazione risolutiva, ove la reputi successivamente viziata da un'erronea rappresentazione della realtà. È necessario distinguere, a tal fine, le diverse figure di errore.

Quanto all'errore ostativo, l'applicazione dell'art. 1433 c.c. non sembra critica, ma, al contrario, del tutto compatibile con la tipologia dell'atto, cosicché la relativa disciplina si estende direttamente *ex art.* 1324 c.c.⁴⁰.

Quanto all'errore-vizio sul fatto dell'inadempimento, si può convenire come il medesimo non ricada letteralmente in alcuna delle ipotesi tipizzate dall'art. 1429 c.c. Per ammetterne la rilevanza sarebbe necessa-

Mass Giur. it., 1995; Cass., 2 aprile 1993, n. 3974; in *Arch. civ.*, 1993, p. 903; in *Foro it.*, 1993, I, 3445. *Contra*, ritenendo che l'apparenza possa essere invocata solo se il contratto richiede la forma *ad probationem*, Cass, 22 aprile 1999, n. 3988, in *Mass. Giur. it.*, 1999; Cass., 24 novembre 1981, n. 6244, *Mass. Giur. it.*, 1981.

³⁷ Cass., 1 marzo 1995, n. 2311, in *Giur. it.*, 1995, I, p. 2032. In dottrina, per la diffida ad adempiere, v. M. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., p. 280.

³⁸ Cfr. Cass, 20 novembre 2003, n. 17607, in *Vita not.*, 2004, I, p. 156, con nota di F. ALCARO, che afferma l'applicabilità della disciplina dei vizi del consenso anche agli atti non negoziali, quali gli accordi di separazione consensuale, essendo norme espressive di "principi generali dell'ordinamento".

³⁹ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., p. 644.

⁴⁰ Favorevole, con riguardo alla diffida ad adempiere, M. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., p. 278.

rio, quindi, o negare la tassatività della norma⁴¹ o reinterpretarne il tenore testuale *ex art.* 1324 c.c. per identificare, eventualmente, il contenuto dell'errore nella «identità dell'oggetto della prestazione» o in una sua «qualità [...] determinante» (art. 1429, primo comma, n. 2, c.c.).

Quanto, infine, all'errore di diritto, esso deve consistere nell'erroneo convincimento della parte delusa di essere obbligata alla risoluzione del contratto⁴², mentre si esclude che l'asserita titolarità del potere di risoluzione, successivamente negata dal giudice, possa incidere sulla valida formazione della volontà del dichiarante⁴³. Sostenere il contrario, infatti, equivarrebbe ad ammettere che, ove sia rigettata la domanda di accertamento, l'atto del creditore sia sempre annullabile. In tal caso, invece, la sua dichiarazione è inefficace *ab initio*, essendo atto di esercizio di un diritto, che non era sorto in suo favore.

Allorquando la volontà del creditore sia realmente viziata, la disciplina dell'annullamento gli consente di convalidare l'atto, in forma espressa (art. 1444, primo comma, c.c.) o tacita (art. 1444, secondo comma, c.c.). In questo secondo caso, la volontaria "esecuzione" dell'atto potrà consistere nella restituzione delle (sole) prestazioni ricevute e, più in genere, nel compimento delle attività conseguenti allo scioglimento del rapporto: si pensi alla riconsegna di documenti, all'esercizio delle tutele redibitorie o al perfezionamento di atti giuridici, che il cre-

⁴¹ Cfr. R. SACCO, *Le figure di invalidità*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. X, Utet, Torino, 1982, p. 145.

⁴² Così, per l'errore di diritto nel contratto, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., p. 655. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 1 marzo 1995, n. 2340, in *Giust. civ.*, 1995, I; in *Mass. Giur. it.*, 1995: «l'annullabilità del contratto per errore di diritto ricorre quando il consenso di una parte sia determinato da falsa rappresentazione circa l'esistenza, l'applicabilità o la portata di una norma giuridica, e tale vizio sia rilevabile dall'altro contraente con l'uso della normale diligenza»; Cass., 29 aprile 1982, n. 2688. Relativamente al recesso dal rapporto di lavoro Cass., sez. lav., 19 agosto 1996, n. 7629, in *Mass. Giur. it.*, 1996; in *Notiziario giur. lav.*, 1996, p. 937, ove si legge che si verifica l'errore di diritto quando «l'errore riguarda l'esistenza (o la permanenza in vigore) o il contenuto e la portata di una norma giuridica ovvero il modo in cui la stessa deve essere interpretata o applicata – fermo restando che, in quest'ultima ipotesi, l'errore deve essere riconosciuto dal destinatario delle dimissioni».

⁴³ Cfr. Cass., 20 settembre 1978, n. 4236, in *Deiure*, secondo cui la comunicazione inviata al lavoratore dal datore di lavoro, con la quale questi, pur contestando la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, dichiara di volerne recedere, è pienamente valida ed efficace, in quanto la qualificazione giuridica della situazione sulla quale il negozio giuridico è chiamato ad operare non incide sulla sua validità ed efficacia, a meno che non sia riscontrabile la sussistenza di un errore essenziale, che, peraltro, solo il suo autore potrebbe fare valere.

ditore non avrebbe altrimenti interesse o legittimazione a compiere, quali, per ipotesi, la conclusione di un contratto o di atti conservativi e amministrativi, aventi ad oggetto il diritto trasferito con il contratto risolto.

Un'ampia casistica è offerta dal diritto del lavoro, ove la giurisprudenza applica pacificamente al recesso la disciplina dei vizi del consenso, segnatamente l'incapacità di intendere e di volere⁴⁴, la violenza morale⁴⁵, l'errore di diritto⁴⁶ e il dolo⁴⁷.

Ugualmente problematica è l'operatività delle speciali figure legate al cd. abuso del potere di rappresentanza.

Quanto al conflitto di interessi, si osserva che l'art. 1394 c.c. è applicabile solo se, pur sussistendo i presupposti giustificativi del rimedio, il suo esercizio asseconi un interesse del sostituto o di un terzo, in modo da ledere potenzialmente o concretamente l'opposto interesse del gerito. Questi, infatti, potrebbe ricevere un maggior beneficio dalla proposizione della domanda di adempimento o di risarcimento del danno, unitamente alla prosecuzione del rapporto, mentre la sua estinzione, per circostanze da valutarsi di volta in volta, potrebbe sacrificarne indebitamente gli interessi.

La natura potestativa del diritto – e ciò vale anche per l'errore vizio⁴⁸

⁴⁴ Cass., sez. lav., 18 marzo 2008, n. 7292, in *Mass. Giur. it.*, 2008; Cass., sez. lav., 12 marzo 2004, n. 5159, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 3; Cass., sez. lav., 15 gennaio 2004, n. 515, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, p. 194; Cass., sez. lav., 5 novembre 1990, n. 10577, in *Mass. Giur. it.*, 1990, che individua il grave pregiudizio dell'incapace nella perdita del posto di lavoro.

⁴⁵ *Ex multis* Cass., sez. lav., 29 agosto 2002, n. 12693, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, p. 581, con nota di M. MARIANI.

⁴⁶ *Ex multis* Cass., sez. lav., 19 agosto 1996, n. 7629, cit., ove si legge che il recesso del lavoratore, «negozio unilaterale recettizio, idoneo, indipendentemente dalla volontà del datore di lavoro, a determinare la risoluzione del rapporto», è un «atto unilaterale tra vivi avente contenuto patrimoniale», come tale disciplinato, «in virtù dell'art. 1324 c.c.» dalla norme sui contratti, ivi compresa la disciplina dei vizi della volontà.

⁴⁷ *Ex multis* Cass., sez. lav., 18 agosto 2004, n. 16179, in *Mass. Giur. lav.*, 2004, p. 948; Cass., sez. lav., 28 ottobre 1993, n. 10718, in *Mass. Giur. it.*, 1993.

⁴⁸ «La ragione della rilevanza della riconoscibilità dell'errore lascia intendere come tale requisito della sussistere anche nei negozi unilaterali se e in quanto diretti a un determinato destinatario»: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., p. 650.

Cfr., inoltre, in tema di licenziamento, Cass., 19 agosto 1986, n. 7629, cit.: «la ragione della rilevanza della riconoscibilità dell'errore (che comporta l'onere di verificarlo e l'obbligo, seconda buona fede, di darne comunicazione al dichiarante) risiede in ciò che, a prescindere dalla sua scusabilità, l'errore riconoscibile è comunque ini-

– non esclude che il conflitto invalidi l'atto del rappresentato solo se conosciuto o riconoscibile dal terzo, essendo la volontà di costui del tutto irrilevante ai fini dello scioglimento. D'altronde, la bilateralità sottesa, nella disciplina del contratto, a talune figure di invalidità non deve intendersi necessariamente come loro radicale inadeguatezza alla struttura dell'atto unilaterale e, quindi, come implicito limite operativo, potendo, invece, il giudizio di compatibilità di cui all'art. 1324 c.c. giustificare un adattamento ermeneutico. È il caso del motivo illecito (art. 1345 c.c.) che, proprio nel recesso dal contratto di lavoro subordinato, ha la sua più feconda applicazione⁴⁹ e che, con riguardo alla risoluzione, può operare secondo «il criterio-guida» della tutela dell'affidamento⁵⁰. Nella disciplina della donazione, d'altronde, la bilateralità dell'atto

doneo a suscitare un qualche legittimo affidamento in ordine alla serietà e consapevolezza della dichiarazione, posto che il destinatario della dichiarazione riconoscibilmente non voluta sapeva, o avrebbe dovuto sapere, che mancava nel dichiarante la volontà diretta all'effetto; e la tutela – si aggiunge da taluno – di un affidamento fondato unicamente sul valore obiettivo della manifestazione è ipotizzabile soltanto in un ordinamento arcaico e rigidamente formalistico (si ricordi *uti lingua nuncupassit, jus esto* delle XII Tavole) e sarebbe priva, oggi, di qualsiasi giustificazione morale e sociale. Ciò tanto più trattandosi di dimissioni del lavoratore, il cui recesso si traduce nella perdita del posto di lavoro, che è spesso l'unico mezzo di sostentamento suo o della sua famiglia, sicché la manifestazione della volontà di dimettersi allora è idonea a produrre i relativi effetti giuridici solo quando sia espressione della libera e consapevole autodeterminazione del lavoratore diretta all'estinzione del rapporto di lavoro».

⁴⁹ *Ex multis* Cass., 14 luglio 2005, n. 14816, in *Mass. Giur. it.*, 2005; in *CED Cassazione*, 2005, secondo cui «nel caso di controversia concernente la legittimità del licenziamento di un lavoratore sindacalmente attivo, per affermare il carattere ritorsivo e quindi la nullità del provvedimento espulsivo, in quanto fondato su un motivo illecito, occorre specificamente dimostrare, con onere a carico del lavoratore, che l'intento discriminatorio e di rappresaglia per l'attività svolta abbia avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di lavoro, anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso; in particolare, ai fini dell'accertamento dell'intento ritorsivo del licenziamento, non è sufficiente la deduzione dell'appartenenza del lavoratore ad un sindacato, o la sua partecipazione attiva ad attività sindacali, ma è necessaria la prova della sussistenza di un rapporto di causalità tra tali circostanze e l'asserito intento di rappresaglia, dovendo, in mancanza, escludersi la finalità ritorsiva del licenziamento»; Cass., lav., 13 dicembre 1995, n. 12759, in *Notiz. Giur. lav.*, 1996, p. 231; Cass., sez. lav., 28 aprile 1995, n. 4747, in *Mass. Giur. it.*, 1995.

⁵⁰ U. BRECCIA, *Motivi illeciti*, in G. ALPA-U. BRECCIA-A. LISERRE, *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, vol. XIII, t. 3, Giappichelli, Torino, 1999, p. 298: «è risaputo che l'immagine elementare di un'assoluta arbitrarietà nell'esercizio di un diritto a lungo è stata identificata con il modello concettuale del diritto potestativo. [...] Una ricca casistica sta nondimeno a dimostrare che le appli-

non si riflette nella comunanza dei motivi (art. 788 c.c.), il che conferma la fondatezza di un adattamento ermeneutico dell'art. 1345 c.c. agli atti unilaterali⁵¹. La dichiarazione risolutiva deve, quindi, ritenersi nulla – secondo la linea tracciata dalla giurisprudenza lavoristica – quando il motivo illecito sia stato l'unica determinante della volontà.

In merito all'art. 1395 c.c., la sua applicabilità sembra essere quantomeno improbabile. Ove, infatti, il rappresentante avesse validamente concluso un auto-contratto e fosse stato specificamente autorizzato a risolverlo, è difficile ipotizzare che costui compia un atto negoziale a sé sfavorevole. Si consideri, inoltre, che, in caso di «conflitto di interessi» col rappresentato, l'art. 78, secondo comma, c.p.c. esclude la capacità processuale del rappresentante ed impone la nomina di un curatore speciale, rendendola necessaria per la valida costituzione del rapporto processuale⁵². Se, quindi, è indubbio il suo difetto di legittimazione nel caso ancor più improbabile in cui il rappresentante, dopo aver risolto il contratto in nome e per conto della controparte, chieda l'accertamento giudiziale dell'avvenuto scioglimento, tale incompatibilità sembra doversi estendere sul piano sostanziale dell'esercizio del diritto, che è estrinsecazione di una specifica tutela legale.

cazioni più numerose e più significative dell'art. 1345 si hanno proprio in virtù del coordinamento della disciplina del motivo illecito nel contratto con l'esercizio, per tramite di atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale, di diritti potestativi (art. 1324). [...] In termini più generali ha dunque senso il problema di un'applicazione integrale ovvero di un adattamento dell'art. 1345 in funzione del singolo atto unilaterale [...]. È noto che anche un atto unilaterale tra vivi avente contenuto patrimoniale può creare affidamenti giuridicamente rilevanti seppure non abbia una controparte: perfino nei casi in cui la manifestazione unilaterale non risponda ai requisiti della recettività può esserci un destinatario o comunque un controinteressato determinato. E allora il controllo «nei limiti della compatibilità» (art. 1324) si riferirà all'applicazione di quelle regole contrattuali che si giustificano in funzione degli interessi e degli affidamenti altrui. La disposizione sulla riconoscibilità dell'errore, per esempio, può trovare applicazione anche con riguardo a quegli atti unilaterali tra vivi rispetto ai quali si manifesti la medesima esigenza di tutela».

⁵¹ U. BRECCIA, *op. ult. cit.*, p. 299.

⁵² L'omessa nomina del curatore speciale comporta la nullità del giudizio per violazione del diritto di difesa, come tale rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento: Cass., 30 maggio 2003, n. 8803, in *Arch. civ.*, 2004, p. 409. La Suprema Corte ha rilevato *ex officio* l'incapacità processuale dell'attore, amministratore e rappresentante in giudizio della società cooperativa convenuta, che aveva negato, a sua volta, la titolarità del contratto, in quanto sottoscritto dall'amministratore in proprio e non quale organo della società. Conf. Cass., 16 settembre 2002, n. 13507, *ivi*, 2003, p. 831; Cass., 6 novembre 2000, n. 14866, in *Mass. Giur. it.*, 2000.

2.5. Oggetto, causa e presupposti dell'atto risolutivo

L'oggetto dell'atto risolutivo si distingue e non deve essere confuso con l'oggetto del giudicato che si forma in seguito alla domanda di accertamento dell'avvenuto scioglimento del contratto. Definire l'*essentialium negotii* presuppone, invece, la concettualizzazione di una delle più discusse categorie civilistiche⁵³, che è resa ancor più problematica dall'individuazione, egualmente complessa, dell'oggetto del diritto potestativo.

Non è possibile, in questa sede, dare conto dell'ampio dibattito, alimentato da autorevoli giuristi, sulla teorica dell'oggetto⁵⁴. Ci limiteremo, quindi, a indicare a quale dei modelli dogmatici di formalizzazione della categoria si farà di seguito riferimento. Rispetto ai moderni approdi della descrittiva negoziale, che sublimano l'oggetto in un'entità immateriale accedente al contratto per «rappresentazione segnica»⁵⁵, parte della dottrina⁵⁶ ha proposto una rilettura «stipulativa» della categoria, ammettendo l'impossibilità di contenerla in una definizione unica e muovendo, invece, dagli effetti programmati dalle parti.

La dichiarazione risolutiva è riconducibile, nell'ambito della partizione suggerita dalla dottrina in parola, alla tipologia dei contratti a contenuto dispositivo, ossia dei «contratti che trasferiscono, modificano ed estinguono un diritto su una cosa ovvero modificano od estinguono un rapporto giuridico preesistente»⁵⁷ ed il cui oggetto è alternativamente identificabile nel diritto sul bene, nel bene *tout court* o nel rapporto giuridico preesistente. Considerato che la dichiarazione risolutiva estingue il rapporto originato dal contratto le cui obbligazioni non siano state adempiute, il suo oggetto, inteso quale sede di esplicazione de-

⁵³ Scrive G. DE NOVA, *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Cedam, Padova, 2011, p. 485, che «l'oggetto del contratto non è argomento che si possa affrontare con animo del tutto sereno».

⁵⁴ Si rinvia all'ampia disamina di G. GITTI, *I problemi dell'oggetto*, in *Tratt. Contr.* diretto da V. ROPPO, vol. II, *La formazione*, a cura di Granelli, Giuffrè, Milano, 2006, 3 ss.

⁵⁵ Cfr. E. GABRIELLI, *Il contenuto e l'oggetto*, in ID. (a cura di), *Il contratto in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Utet, Torino, 2006, 719 ss., che sviluppa il modello astrattizzante elaborato da N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 113 ss., secondo cui «il negozio predisporre, in modo ideale, il termine dell'effetto: quel che preme (in sede di giudizio di validità), è che il negozio contenga la predisposizione, non già che il termine esista o sia soltanto possibile» (p. 139).

⁵⁶ G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Giuffrè, Milano, 1999, spec. p. 135 ss.

⁵⁷ G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., p. 153.

gli effetti giuridici programmati dal creditore e referente obiettivo degli interessi sottesi, può essere rinvenuto nel rapporto giuridico su cui il diritto potestativo opera.

Questa definizione “stipulativa”, oltre a prescindere dall’efficacia obbligatoria o reale del contratto, potendo perciò essere unitaria, è conforme alla natura non attributiva del negozio che, nel caso in cui vi siano stati spostamenti patrimoniali, non è titolo del loro ritrasferimento. La retroattività della risoluzione, infatti, li rende come mai avvenuti in modo che l’originario disponente riprenda ad essere tale, senza con ciò diventare un avente causa del debitore inadempiente. Inoltre, il diritto alla restituzione delle prestazioni suscettibili di essere ripetute non nasce dall’atto di autonomia privata, ma direttamente dalla legge (art. 2033 c.c.), che fonda in capo alle parti obbligazioni restitutorie di natura extracontrattuale.

Infine, l’identificazione dell’oggetto della dichiarazione nel rapporto in corso è conforme all’incidenza causale dell’*essentialium negotii* quale presupposto necessario della funzione caducatoria “interno” all’atto, che sarebbe nullo per inesistenza dell’oggetto laddove il contratto fosse inesistente o nullo o precedentemente sciolto (art. 1418, secondo comma, c.c.)⁵⁸.

Parimenti, il contratto le cui obbligazioni non sono state adempiute costituisce il «presupposto causale» esterno del negozio, che ha la funzione propria di estinguerlo, quindi la sua nullità o inesistenza o previa caducazione renderebbero l’atto radicalmente nullo per mancanza di causa (art. 1418, secondo comma, c.c.)⁵⁹.

Più complessa è la qualificazione del presupposto applicativo della

⁵⁸ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 283 ss.: «la funzione di un atto non può che essere afferente e intrinseca all’atto stesso e, dunque, l’elemento esterno non può essere in sé la causa, con gli eventuali risvolti [...] in termini di astrazione o di causalità. D’altro canto, il carattere necessariamente interno della causa non impedisce che il suo concreto funzionamento possa dipendere da un *quid* esterno all’atto, sicché la rilevanza di tale elemento deriva solo dalla sua incidenza sull’originaria funzionalità dell’atto. Tale *quid* esterno è il presupposto causale che può presentare una configurazione varia: di tipo sia naturale sia giuridico». Quanto ai presupposti causali di tipo giuridico l’Autrice richiama l’obbligazione oggetto di novazione (art. 1234 c.c.) o fideiussione (art. 1939 c.c.) e, successivamente, applicando il concetto alle prestazioni isolate, la pregressa obbligazione nei contratti modificativi ed estintivi (p. 291).

⁵⁹ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, loc. ult. cit. Conf. M. GRANDI, *La modernità del dogma retrospettivo nel sistema dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 848.

tutela sinallagmatica, ossia l'inadempimento di non scarsa importanza imputabile al debitore (art. 1455 c.c.). Sicuramente è da escludersi che il difetto sopravvenuto del contratto degradi a semplice motivo della risoluzione, convertendola in atto di esercizio di un potere di revoca del tutto discrezionale, come tale assimilabile al recesso *ex* art. 1373 c.c. Si pone, invece, l'alternativa fra la rilevanza causale dell'inadempimento, che condurrebbe alla nullità della dichiarazione emessa sul presupposto (insussistente) del sopravvenuto difetto sinallagmatico e la sua incidenza sull'efficacia dell'estinzione, che si avrebbe, quindi, per non verificata, ove il giudice neghi esservi stata l'inattuazione dello scambio.

La questione è stata affrontata in ordine alla possibilità di sostituire la pronuncia costitutiva di caducazione del contratto per annullamento, rescissione o risoluzione, con una «convenzione da cui risult(i)» uno di tali fatti, valutando le alternative di un'operazione complessa fondata su un accertamento fattuale e non preclusivo della disfunzione (originaria o sopravvenuta) o di un contratto che risente, sul piano causale, dei presupposti applicativi del rimedio⁶⁰.

La prospettiva della dichiaratività esclude *in limine* un duplice problema legato al modello costitutivo: la natura dell'accertamento compiuto dalle parti e la sua preclusività. L'atto risolutivo, infatti, seguendo lo schema norma-fatto-potere sull'*an*-effetto⁶¹, «consuma»⁶² un diritto alla modificazione giuridica, che antepone l'effetto al sindacato del giu-

⁶⁰ M. GRANDI, *La modernità del dogma retrospettivo*, cit., p. 855.

⁶¹ A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 62.

⁶² A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, cit., p. 628; A. PROTO PISANI, *Le tutele*, cit., p. 210; B. CARPINO, *Diritti potestativi*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Treccani, Roma, 1988, p. 10; G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., p. 23. Diversamente A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., p. 32, ricollega l'estinzione del diritto più che all'atto del suo esercizio all'intervenuta modificazione giuridica, rilevando, invero, come la dottrina incline a cogliere nell'atto consumativo del diritto la sua vicenda estintiva, lo associ univocamente alla trasformazione giuridica provocata. Sul punto v. altresì A. ATTARDI, *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 893 ss., p. 900: «l'esercizio di un potere ha come inevitabile conseguenza il suo esaurimento; e ciò perché il potere di provocare una modificazione nel mondo giuridico, una volta che sia stato efficacemente esercitato dando luogo a quella data modificazione, viene a mancare del suo oggetto e non ha più ragione di essere. [...] Il potere di recedere da un contratto non sopravvive dopo che, per effetto del suo esercizio, abbia avuto luogo lo scioglimento del contratto sia che, una volta posto in essere un atto di recesso e verificatosi lo scioglimento del contratto, non vi è più posto per il compimento di un successivo atto di recesso. Per concludere, [...] anche nel diritto materiale si possono verificare, e con non minore frequenza, fenomeni sostanzialmente identici a quelli che la dottrina, non solo quella tradizionale, riconduce all'istituto della preclusione».

dice ed espunge dalla fattispecie genetica dell'estinzione l'accertamento dei suoi elementi costitutivi.

Ciò porta a qualificare gli elementi tipici della fattispecie rimediale quali presupposti di efficacia della dichiarazione, la cui assenza, quindi, impedisce all'atto negoziale di estinguere il rapporto. Ne segue che, sino allo scrutinio del giudice, l'esercizio del diritto (inesistente) alla modificazione giuridica può creare solo un'apparenza di scioglimento del rapporto, apparenza che sarà eliminata dal successivo accertamento di merito.

Questa è l'impostazione seguita nell'ordinamento tedesco. Il par. 218 *BGB* dispone, infatti, che il recesso per inadempimento o inesatto adempimento è "inefficace" ("unwirksam") se il diritto alla prestazione si è estinto per prescrizione. Vi è, ugualmente, inefficacia del recesso ("Unwirksamkeit des Rücktritts"), quando la prestazione è divenuta impossibile o inesigibile (par. 275, commi 1°- 3°, *BGB*), quando, dopo la consegna di un bene viziato e la richiesta di eliminare il vizio o di sostituire il bene (par. 439, primo comma, *BGB*), il debitore si rifiuti eccedendo l'eccessiva gravosità dell'adempimento e il compratore receda dal contratto (par. 439, secondo comma, *BGB*) o, infine, nel caso di vizi dell'opera, quando il committente esiga l'«adempimento successivo» ed il committente receda a causa del rifiuto dell'imprenditore, per i su indicati motivi (par. 635, terzo comma, *BGB*).

2.6. Gli elementi accidentali

Per proseguire nella definizione strutturale della dichiarazione risolutiva deve valutarsi se siano apponibili all'atto elementi accidentali, quali la condizione ed il termine, o se ciò sia precluso dalla natura rimediale dell'istituto e, dunque, dalla natura del negozio quale *actus legitimus*. Può sicuramente escludersi, invece, – ed è forse banale specificarlo – la sua compatibilità con l'onere, che presuppone un'attribuzione patrimoniale e l'interesse liberale del disponente⁶³.

Secondo una parte della dottrina, gli atti unilaterali recettizi non tollerano di per sé la condizione, poiché la loro efficacia dipenderebbe esclusivamente da un evento, che il destinatario non ha contribuito a dotare di rilevanza giuridica⁶⁴. Diversa è l'opinione incline a rinvenire

⁶³ *Ex plurimis* Cass., 18 febbraio 1977, n. 739, in *Giust. civ.*, 1099, I, p. 56.

⁶⁴ L. ENNECERUS-H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* 15, I, 2, Tübingen, 1960, p. 1193, quali citati da P. RESCIGNO, *Condizione*, cit., p. 790, nt.

un criterio discretivo nella incidenza della volontà del dichiarante sull'effetto e che, perciò, nega l'apponibilità della condizione agli atti giuridici in senso stretto⁶⁵, ammettendola, invece, per gli atti negoziali, salvo il limite della «tutela della certezza del destinatario in ordine al perdurare del rapporto (ove si tratti di negozio che modifica o estingue il rapporto)»⁶⁶. Ne segue – afferma l'Autore – la dubbia conciliabilità dell'istituto con la dichiarazione di recesso.

Segni di apertura si colgono, invece, nella dottrina che distingue fra modo risolutivo e sospensivo, ammettendo l'apposizione all'atto di recesso della sola condizione sospensiva, sempre che – si aggiunge⁶⁷ – il recesso non abbia funzione impugnatoria. Inoltre, nella prospettiva dell'accertamento costitutivo, si nega che possa essere subordinata a condizione o termine la domanda giudiziale di risoluzione del contratto.

139, che persuasivamente obietta la derivazione dalla struttura unilaterale e recettizia dell'atto della sua incompatibilità con la condizione. Conf. S. MAIORCA, *Condizione*, cit., pp. 324-325.

⁶⁵ Criticamente, sul punto, S. MAIORCA, *op. loc. ultt. citt.*: «Posto che la “regola” condizionata non necessariamente debba essere il prodotto di un “intento” negoziale (e in effetti la condizione può essere apposta anche a negozi forniti di schema legale “rigido”, e comunque può operare anche nei confronti di quelle “integrazioni” del vincolo negoziale, previste in generale all'art. 1374 c.c.), e sempreché l'interesse sottostante alla condizione la renda compatibile con la struttura e le finalità di un «mero» atto giuridico, non dovrebbe, di per sé, sorprendere il fatto che un atto negoziale (qual è la clausola condizionale, ove la “regola” è espressione del potere di autonomia privata) valga a regolare l'effetto giuridico di un atto non negoziale (ove la “regola” è stabilita direttamente dalla legge), «subordinandone l'efficacia o la risoluzione» *ex art.* 1355 c.c.: salvo, naturalmente, l'individuazione, di volta in volta, della applicabilità o meno delle singole disposizioni dell'istituto condizionale. D'altro canto, non va dimenticato il generale rinvio operato dall'art. 1324 c.c. in merito all'applicabilità delle norme che regolano i contratti, in quanto compatibili, agli atti tra vivi aventi contenuto patrimoniale, posto che, secondo una autorevole dottrina (P. RESCIGNO, *Condizione*, cit., p. 790), in tale rinvio “non si ha alcun riguardo all'esplicazione di autonomia e quindi al carattere di negozialità” degli atti in questione.

⁶⁶ P. RESCIGNO, *Condizione*, cit., p. 790. In giurisprudenza si veda Cons. Stato, 23 maggio 1997, n. 539, in *Foro amm.*, 1997, p. 1394, secondo cui «le dimissioni del pubblico dipendente non tollerano l'apposizione di qualsivoglia condizione, in quanto quest'ultima, applicabile agli atti giuridici unilaterali solo nei limiti della compatibilità *ex art.* 1324 c.c., è priva di scopo ed è incompatibile con la funzione di certezza cui le dimissioni medesime sono preordinate, non essendo appunto concepibile che la P.A. datrice di lavoro tenga indefinitamente sospeso il posto dell'impiegato dimissionando o non consideri tali dimissioni, fintantoché non s'avveri la condizione da costui appostavi».

⁶⁷ G. GABRIELLI-F. PADOVINI, *Recesso*, cit., p. 44; conf. P. SIRENA, *I recessi unilaterali*, in *Tratt. contr.*, diretto da V. Roppo, III, cit., p. 127.

Ove, dunque, l'incompatibilità dell'atto con elementi accidentali sia direttamente associata alla natura rimediabile del diritto esercitato, deve parimenti escludersi la facoltà di prevedere un termine iniziale o una condizione sospensiva. "Il recesso" – d'altronde – «è, al tempo stesso, esercizio di un diritto e manifestazione di autonomia, sì che la libertà di determinarne il contenuto incontra il limite rappresentato dalle caratteristiche proprie del diritto riconosciuto»⁶⁸. Inoltre, se si ammettesse l'apponibilità all'atto di una condizione sospensiva o di un termine iniziale, non potrebbe ritenersi – data la sua inefficacia – che la preclusione dell'adempimento tardivo operi da quando il recesso è perfezionato, né potrebbe invocarsi strumentalmente, a tal fine, la retroattività della condizione (art. 1360 c.c.), secondo quanto già osservato per la ratifica.

Tale impostazione, oltre ad essere condivisibile e persuasiva nella sua coerenza logico-giuridica, ha ricevuto, quanto al modo risolutivo, l'indiretto avallo della Corte di Cassazione, che ha sconfessato il dogma della disponibilità dell'effetto risolutivo nella pronuncia a sezioni unite giù ampiamente richiamata⁶⁹.

Se, infatti, il creditore non può determinare, unilateralmente, la reviviscenza del rapporto estinto per sua volontà, il termine finale e la condizione risolutiva gli assicurerebbero, invece, un periodo di riflessione entro cui rivalutare la propria scelta ed eventualmente chiedere l'adempimento. La sua dichiarazione, invece, modifica la realtà giuridica, *consumando* il diritto potestativo di incidere sulla sfera giuridica altrui con un proprio atto di volontà. Ne segue – secondo autorevole dottrina⁷⁰ – la nullità dell'atto di recesso.

Accreditano queste conclusioni le riserve manifestate dalla dottrina e dalla giurisprudenza sulla compatibilità fra la condizione e gli atti prenegoziali, segnatamente, la proposta contrattuale. L'apposizione alla proposta di una condizione risolutiva fa sì che il suo avveramento renda inefficace, *ex tunc*, non solo la proposta, ma l'intero contratto, reso perciò condizionato dalla volontà di un'unica parte⁷¹. La condizione, infatti,

⁶⁸ G. GABRIELLI-F. PADOVINI, *op. loc. ultt. citt.*

⁶⁹ Cass, sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553, cit., su cui v. *infra* nel testo.

⁷⁰ D. CALLEGARI, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Giappichelli, Torino, 1939, p. 234 ss.; G. GABRIELLI-F. PADOVINI, *op. loc. ultt. citt.*, p. 44: «nullo sembra di dovere ritenere un atto di recesso, cui sia apposta una condizione risolutiva: al recedente non può essere concesso di prevedere unilateralmente la reviviscenza del rapporto dal quale si è sciolto».

⁷¹ Cfr. D. CARUSI, *Condizione e termini*, in *Tratt. contr.*, diretto da V. Roppo, vol. III, a cura di M. Costanza, Giuffrè, Milano, 2006, p. 281; A.C. NAZZARO, *La con-*

specialmente se potestativa, assicurerebbe al proponente la revocabilità dell'offerta oltre il termine consentitogli dalla legge, ossia la ricezione dell'atto di accettazione (artt. 1334-1335 c.c.)⁷², il che – afferma autorevole dottrina – renderebbe la proposta idonea alla conclusione del contratto, in quanto capace di neutralizzare gli effetti dell'accettazione⁷³.

Può ritenersi, in definitiva, che l'atto di risoluzione non tolleri l'opposizione né di termini né di condizioni, essendo modalità di esercizio di un mezzo di tutela dell'interesse, specifico ed esclusivo, ad estinguere il rapporto contrattuale e che, perciò, un'eventuale clausola tesa a limitarne l'efficacia comporti la nullità, o quanto meno l'inefficacia dell'intero negozio (arg. ex artt. 474, 520, 702, secondo comma, c.c.).

dizione tra uso atipico e abuso, in AA.VV., *La condizione nel contratto*, cit., p. 350.

L'accettazione, invece, se condizionata, è difforme dalla proposta, quindi equivalente ad una controproposta (art. 1326, ult. co., c.c.) Cfr. Cass, 24 ottobre 2003, n. 16016, in *Contratti*, 2004, p. 221. Nel caso esaminato dal Supremo Collegio, ad una proposta di rateizzazione l'oblato aveva risposto di accettare, a condizione che il primo assegno fosse inviato immediatamente. Secondo la sua difesa l'atto era idoneo a perfezionare il contratto, dal momento che la richiesta di invio immediato non pregiudicava la sostanziale portata adesiva dell'accettazione. Secondo la Cassazione, invece, l'accettazione condizionata era difforme dalla proposta, quindi, non essendo mai stato inviato l'assegno, la nuova proposta non era stata accettata, con conseguente obbligo, per il debitore, di corrispondere *una solutione* il corrispettivo, come stabilito dall'accordo originario.

⁷² La recettività della proposta contrattuale è stata riconosciuta da Cass., 16 maggio 2000, n. 6323, in *Foro it.*, 2001, I, c. 227, dopo varie oscillazioni giurisprudenziali. Negli anni '60, infatti, il Supremo Collegio aveva sostenuto che l'offerta fosse revocabile in qualsiasi momento precedente la notizia dell'accettazione (Cass., 25 ottobre 1965, n. 2234, in *Giur. it.*, 1966, I, c. 411); successivamente, invece, adottò il principio della spedizione, affermando che la revoca si considerava efficace se inviata all'indirizzo dell'oblato prima che la sua accettazione giungesse al proponente, a nulla rilevando l'eventuale posteriorità della notizia della revoca (Cass., 9 luglio 1981, n. 4489, in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, p. 253).

⁷³ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 90. In giurisprudenza v. Cass., 7 luglio 2009, n. 15964, in *Mass. Giur. it.*, 2009; in *CED Cassazione*, 2009, secondo cui «affinché sia configurabile una proposta – idonea a determinare, nel concorso dell'adesione del destinatario, la conclusione di un valido contratto – occorre che la dichiarazione del proponente [...] non sia accompagnata da riserve sul suo carattere attualmente impegnativo, perché la dichiarazione che non manifesti una decisione, ma sia rivolta al destinatario solo per impostare una trattativa o per esprimere una disponibilità dell'autore senza la volontà di esporsi al vincolo contrattuale se non dopo ulteriori passaggi valutativi, non conferisce al destinatario stesso il potere di determinare, con l'accettazione, l'effetto conclusivo del contratto».

3. Gli effetti della risoluzione. Le restituzioni

L'effetto retroattivo sancito dall'art. 1458, primo comma, c.c. – come affermato ripetutamente in giurisprudenza⁷⁴ – è duplice: libera i contraenti dalle prestazioni non ancora eseguite (cd. effetto liberatorio) e rende esigibili le obbligazioni restitutorie aventi ad oggetto le prestazioni già eseguite (cd. effetto restitutorio)⁷⁵, se ciò abbia formato oggetto di apposita domanda⁷⁶.

Naturalmente, inteso come recesso per inadempimento, l'atto negoziale del creditore non ha l'efficacia preclusiva caratteristica del giudicato, che è riservata, appunto, all'eventuale e successivo accertamento processuale⁷⁷. Inoltre, la sua idoneità ad estinguere stragiudizialmente il contratto presenta conseguenze sulla quantificazione dei frutti e degli interessi restituendi, laddove si aderisca all'opinione secondo cui il *dies a quo* del relativo computo non sia la consegna del bene o del denaro⁷⁸,

⁷⁴ *Ex multis* Cass., 12 giugno 1987, n. 5143, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2222; Cass., 21 ottobre 1992, n. 11511, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, fasc. 10; Cass., 27 febbraio 2008, n. 4604, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 2, 277.

⁷⁵ Cfr. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 67; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 631 ss. Si afferma parimenti in giurisprudenza che «con la risoluzione del contratto, in forza della operatività retroattiva di essa ex art. 1458 c.c., si verifica, per ciascuno dei contraenti ed indipendentemente dall'imputabilità dell'inadempimento, rilevante ad altri fini, una totale *restitutio in integrum*: tutti gli effetti del contratto vengono meno e con essi tutti i diritti che ne sarebbero derivati e che si considerano come mai entrati nella sfera giuridica dei contraenti stessi, [...] e se gli effetti restitutori non possono essere disposti in forma specifica, il giudice deve necessariamente ordinarli per equivalente, secondo il principio *pretium succedit in locum rei*»: Cass., 21 giugno 2013, n. 15713, in *De Jure*.

⁷⁶ Cass., 30 gennaio 2013, n. 2204, in *Guida dir.*, 2013, 13, 70; Cass. 1 luglio 2008, n. 17995, in *Guida dir.*, 2008, 40, 48; Cass., 19 maggio 2003, n. 7829, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 5.

⁷⁷ Su tutti v. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 503 ss.; ID., *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 209 ss.

⁷⁸ Cfr., *ex multis*, Cass., 22 febbraio 2008, n. 4604, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 277; Cass., 9 giugno 1994, n. 5622, in *Giur. it.*, 1995, I, c. 430; Cass., 21 ottobre 1992, n. 11511, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, fasc. 10; Cass., 18 gennaio 1991, n. 447, in *Vita not.*, 1991, p. 535; Cass., 7 agosto 1990, n. 8834, in *Arch. civ.*, 1991, p. 31, ove si afferma che «l'obbligo di restituzione di una somma di denaro conseguente alla risoluzione di un contratto mentre configura un debito di valuta quando grava sulla parte incolpevole, costituisce invece un debito di valore allorché obbligata alla restituzione è la parte che con la propria inadempimento ha causato la risoluzione del contratto. Pertanto, poiché l'adempimento di un debito di valore postula la reintegra-

bensi il momento della domanda⁷⁹. Invero, l'alternativa si inserisce nella più complessa questione del rapporto fra la caducazione del contratto e la disciplina dell'indebito, cui la dottrina ha dedicato ampie riflessioni, specialmente con riguardo alla risoluzione del contratto⁸⁰.

Al contrario dell'art. 1463 c.c., in tema di impossibilità sopravvenuta, l'art. 1458 c.c. non fa testuale rinvio alle norme sull'indebito, ma ciò non è ritenuto di impedimento alla sua applicazione, in questa come in altre ipotesi di impugnazione del contratto, quali la domanda di annullamento e rescissione. Il coordinamento sistematico, però, non è agevole, dal momento che l'art. 2033 c.c. subordina l'entità dei frutti e degli interessi ripetibili alla buona o mala fede dell'*accipiens*, mentre nel corso del rapporto contrattuale le prestazioni sono dovute e giustificate e non può, perciò, configurarsi in capo alle parti uno stato soggettivo di buona o mala fede propriamente inteso⁸¹.

Per superare questa problematica applicativa e coordinare, in tal modo, l'art. 2033 c.c. con il principio della retroattività della risoluzione, autorevole dottrina ha proposto di reinterpretare l'elemento soggettivo rilevante come attribuibilità all'*accipiens* della causa di impugnazione del contratto⁸². Nella risoluzione per inadempimento, quindi, il

zione effettiva della situazione patrimoniale del creditore, la parte, che in base al contratto di poi risolto per sua colpa abbia ricevuto la somma di denaro, è obbligata alla restituzione di detta somma, adeguata alla sopravvenuta svalutazione monetaria»; Cass., 1 febbraio 1990, n. 958, in *Mass. Giur. it.*, 1990; Cass., 15 giugno 1989, n. 2879, in *Mass. Giust. civ.*, 1989, fasc. 6; Cass., 12 giugno 1987, n. 5143, in *Resp. civ. e prev.*, 1988, p. 25.

Analogamente, con riguardo alla rescissione, cfr. Cass., 20 marzo 2009, n. 6891, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 988, con nota di M. GRANDI; Cass., 7 maggio 1976, n. 1599, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce «Contratto in genere, atto e negozio giuridico», n. 267.

⁷⁹ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, cit., p. 289 ss., secondo cui gli interessi e i frutti sarebbero dovuti dalla proposizione della domanda, solo quando sia chiesto il risarcimento del lucro cessante, onde evitare un ingiustificato arricchimento del creditore; P. GALLO, *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, cit., 410, ammette, in via alternativa, che il *dies a quo* dei frutti e degli interessi sia la data della pronuncia o della domanda. Secondo Cass., 11 marzo 2003, n. 3555, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 531, invece, gli interessi sulle somme di denaro sarebbero dovuti dalla data di costituzione in mora del debitore.

⁸⁰ V., *retro*, Cap. II, nota 58.

⁸¹ Cfr. A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, loc. ult. cit., spec. p. 248; P. GALLO, *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, loc. ult. cit., e, *ivi*, p. 390.

⁸² E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., p. 61 ss., spec. pp. 123 e 256; U.

debitore sarebbe sempre in mala fede, poiché responsabile della disfunzione del sinallagma, mentre il creditore, essendo in buona fede, dovrebbe restituire le utilità maturate dal momento del recesso e non da quello precedente della consegna, come sarebbe imposto, invece, da un'applicazione indifferenziata del modello "retrospettivo"⁸³. Secondo parte della dottrina, infatti, l'irrilevanza dello stato intellettuale, inteso come coscienza della potenziale caducità del titolo, deriverebbe dalla natura speciale dell'art. 1458 c.c., che quindi prevarrebbe sull'art. 2033 c.c.⁸⁴. Ne segue che il valore di godimento del bene potrebbe essere recuperato con l'azione di arricchimento senza causa per la restituzione del valore di godimento⁸⁵ o in via risarcitoria⁸⁶.

Invero – ed ampia è l'opinione in tal senso⁸⁷ – il legame fra le restitui-

BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 266 ss.; ID., *Il pagamento dell'indebito*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. IX, t. 1, Utet, Torino, 1984, p. 779-780: «nelle ipotesi di difetto sopravvenuto della giustificazione del pagamento si deve comunque tener conto, anche per quanto si riferisce ai soli rapporti tra le parti, di un dato di fatto inconfutabile: il pagamento, nel momento in cui fu posto in essere, era dovuto. Pertanto, non si potrà mai parlare di un errore del *solvens* sull'esistenza dell'obbligo, poiché l'obbligo per definizione esiste al momento del pagamento. Più in generale, l'atteggiamento psicologico delle parti (di conoscenza o ignoranza, di mala fede ovvero di buona fede) non potrà essere riferito, come di norma, all'esistenza o meno dell'obbligo, ma operare solo nelle ipotesi di nullità e di annullamento del contratto, ma semmai dovrà essere considerato rilevante su altro piano, ossia con riguardo a un'eventuale conoscenza (o persino a una corresponsabilità) in merito alle circostanze di fatto che sono state determinanti ai fini del successivo difetto della giustificazione originaria del pagamento; [...] nel caso di un contratto risolubile, l'*accipiens* può essere considerato in mala fede già al momento del pagamento se, dopo aver ricevuto la prestazione, si rifiuta senza un giusto motivo di eseguire la controprestazione».

⁸³ A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 147.

⁸⁴ A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, cit., p. 313 ss., p. 380 ss.; M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, in *Tratt. contr.*, diretto da V. Roppo, vol. V, t. 2, cit., p. 385.

⁸⁵ M. DELLACASA, *op. ult. cit.*, p. 389. Si osserva, però, che Cass., sez. un., 11 settembre 2008, n. 23385, in *Corr. giur.*, 2009, p. 59, con nota di A. DI MAJO, ha negato che l'"indennizzo" ex art. 2041 c.c. comprenda anche il lucro cessante di cui la parte impoverita avrebbe goduto, se il contratto avesse avuto regolare esecuzione.

⁸⁶ Cfr. A. LUMINOSO, *Risoluzione per inadempimento*, cit., t. I, vol. I, 1, 1990, sub art. 1453, p. 238 ss. Si veda, inoltre, A. DI MAJO, *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, cit., pp. 553-554; ID., *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, cit., p. 320 ss.

⁸⁷ Ampiamente, sul punto, E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., p. 423 ss., secondo cui la disciplina dell'indebito continua ad essere la "cornice" normativa delle obbligazioni restitutorie.

zioni conseguenti alla caducazione del contratto e la disciplina del pagamento non dovuto è riconosciuto e comprovato da specifici indici normativi (artt. 1422 e 1463 c.c.), che, da un lato, impediscono di allineare il nostro sistema al modello unitario elaborato nell'ordinamento francese, e, da un altro, impongono la ricerca di un adattamento interpretativo capace di saldare la caducazione del contratto all'indebito oggettivo. Si ritiene, perciò, di condividere l'impostazione classica che vede nell'art. 2033 c.c. la fonte della tutela restitutoria successiva alla risoluzione, ancorché adattata alle peculiarità del pagamento non (più) dovuto⁸⁸. Naturalmente, alla natura dichiarativa dell'accertamento processuale consegue che il *dies a quo* per la restituzione, da parte del creditore, delle utilità percepite *medio tempore* non sia la data della domanda dell'eventuale successivo giudizio, bensì il momento in cui l'atto di recesso diventa efficace.

3.1. (Segue). *L'opponibilità della risoluzione ai terzi e la successione nel diritto controverso (art. 111 c.p.c.)*

L'art. 1458 c.c., nel disporre che la risoluzione «non pregiudica i diritti acquistati dai terzi», da un lato, estende a tutti i contratti quanto l'art. 1511 c.c. del 1865 stabiliva solo per la compravendita immobiliare, facendo salvi i «terzi che (avessero) acquistati diritti sopra gli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di risoluzione», e, dall'altro, sceglie, quale criterio per l'opponibilità del diritto del terzo al creditore deluso, la priorità della trascrizione e non dell'acquisto⁸⁹.

⁸⁸ Riportano il valore di godimento al contenuto dell'obbligazione restitutoria, fra le altre, Cass., 18 gennaio 2002, n. 550, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2253; Cass., 20 maggio 1997, n. 4465, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 795; Cass., 29 novembre 1996, n. 10632, *ivi*, 1996, p. 1625; Cass., 3 maggio 1991, n. 4849, in *Giur. it.*, 1991, I, c. 1314.

⁸⁹ Si richiama, sul punto, la Relazione al Codice civile (n. 1075): «Uno degli aspetti essenziali di un ben ordinato sistema di pubblicità consiste nella protezione dei terzi acquirenti di fronte all'eventualità che venga meno il diritto del loro autore. Il codice del 1865 aveva a tal proposito uno spunto assai felice nell'art. 1933, che disponeva la trascrizione delle domande di rescissione, di revocazione e di risoluzione contemplate in varie disposizioni di legge, le quali a loro volta facevano salvi i diritti dei terzi che avevano acquistato il loro diritto anteriormente alla trascrizione della domanda. La pubblicità aveva in tal modo un effetto conservativo per colui che impugnava un determinato acquisto e, d'altra parte, i terzi che avevano acquistato (corsivo nostro) anteriormente alla trascrizione delle domande erano al sicuro contro ogni attacco al titolo del loro autore. [...] È vero che per il codice del 1865 si riteneva dalla dottrina che il conflitto dovesse risolversi indipendentemente dalla trascrizione

Sebbene l'art. 1458, secondo comma, c.c. affermi testualmente la retroattività della vicenda estintiva, parte della dottrina è giunta a disapplicarla, sostenendone l'incompatibilità con il principio consensualistico e strutturando, invece, la risoluzione quale ritrasferimento, *invito debitore*, del diritto oggetto del contratto inadempito⁹⁰. La pronuncia del giudice costituirebbe, al contrario, titolo legale di acquisto, avente gli effetti di cui all'art. 2643 c.c. e, conseguentemente, l'eventuale conflitto tra il contraente deluso ed i terzi sub-acquirenti verrebbe disciplinato dall'art. 2644 c.c. Secondo la dottrina in esame, la trascrizione della domanda di risoluzione (art. 2652, primo comma, n. 1, c.c.) prenota, in favore dell'attore, l'efficacia del successivo trasferimento. Ove, perciò, sia pronunciata la risoluzione del contratto, il creditore deluso succede nel diritto conteso dal momento della domanda e in danno dei terzi che, avendo acquistato dal convenuto soccombente dopo l'instaurazione del giudizio, hanno acquistato *a non domino*⁹¹.

Di questo modello che si discosta, consapevolmente⁹², dalla disciplina di legge, la dottrina ha individuato le ineliminabili carenze. La prima è l'indebita conversione della pubblicità in favore del terzo da elemento

del titolo da parte del terzo acquirente, per modo che la trascrizione della domanda non pregiudicava coloro che avevano un titolo anteriore se pure non reso pubblico, ma è sembrato opportuno, in conformità del voto espresso dalla stessa dottrina che seguiva per il diritto costituito la tesi opposta, condizionare la tutela dei terzi acquirenti alla trascrizione del loro titolo. In tal modo si crea un ulteriore e assai efficace stimolo a trascrivere e d'altra parte si tutelano le legittime aspettative di colui che propone l'impugnativa e trascrive la relativa domanda e si evitano collusioni tra la persona contro la quale la domanda è proposta e i terzi». Osserva W. BIGIAMI, *Risoluzione per inadempimento e alienazione di cosa litigiosa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, I, p. 157, che «la soccombenza del terzo si giustifica perché egli, prima di acquistare, aveva la possibilità, di consultare i registri e di vedere se un vincolo legasse o no la cosa».

⁹⁰ C. ARGIROFFI, *Caducazione del contratto a effetti reali*, Esi, Napoli, 1984, che riprende l'opinione di AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 275 ss., secondo cui la risoluzione costituirebbe un trasferimento sanzionatorio e coattivo del diritto dal debitore al creditore. La tesi sembra elaborata, per la prima volta, da G. GORLA, *L'atto di disposizione dei diritti*, in *Annali Perugia*, 1927, spec. 21, ove afferma che la sentenza «contiene due capi: pronuncia la risoluzione e provvede sul ritrasferimento».

⁹¹ C. ARGIROFFI, *Caducazione del contratto*, cit., p. 122. Diversamente, la soccombenza del terzo che abbia trascritto nel corso del processo l'acquisto compiuto *ante litem* e, quindi *a domino*, è giustificata dall'Autore con l'inesistenza, nella circolazione dei diritti reali immobiliari, della regola *prior in tempore potior in iure* (p. 151).

⁹² Riconosce, infatti, C. ARGIROFFI, *Caducazione del contratto*, cit., p. 150 che «indubbiamente diversa risulta la teoria che ha ispirato il legislatore».

di «conservazione dell'acquisto» in elemento della sua "efficacia"⁹³, necessaria a motivare l'opponibilità della risoluzione a colui che, pur avendo acquistato dal debitore *ante litem* e, perciò, *a domino*, esegua la trascrizione in corso di causa⁹⁴. La seconda attiene, invece, all'applicabilità dell'art. 1155 c.c. al conflitto tra il contraente deluso ed il terzo. Ove costui abbia acquistato dal debitore *pendente lite* l'efficacia prenotativa della domanda di risoluzione attribuisce priorità al titolo dell'attore, che si considera *dominus* da quel momento, ma il terzo in buona fede prevale se, per primo, si impossessa del bene (art. 1155 c.c.). Inoltre, se il venditore non ha eseguito la consegna, l'art. 1155 c.c. potrebbe essere applicato solo postulando la configurabilità di un possesso giuridico conseguente al trasferimento⁹⁵.

Queste considerazioni, fondate su un dato normativo inequivoco (art. 1458 c.c.) e comprovate dalla presenza, nel Codice, di una particolare disciplina della pubblicità immobiliare, inducono a ritenere che la risoluzione per inadempimento sia strutturata *ex lege* quale dissoluzione complessiva del rapporto, la cui retroattività consente al creditore di proseguire nella titolarità del diritto antecedente alla conclusione del contratto, senza, però, essere considerato successore a titolo particolare della controparte⁹⁶.

Il secondo profilo critico legato all'applicazione dell'art. 1458 c.c. è il suo difficile coordinamento con l'art. 111 c.p.c., che estende l'efficacia soggettiva del giudicato al successore a titolo particolare nel diritto con-

⁹³ L. MENGONI, *Risoluzione per inadempimento*, cit., p. 302, che riconosce all'art. 2652 c.c. «il valore di *criterio di preferenza*, analogo a quello dell'art. 2644, *ma in una fattispecie diversa*»; ID., *Gli acquisti a non domino*, cit., pp. 256, 258.

⁹⁴ Cfr. S. MAIORCA, *Della trascrizione degli atti relativi a beni immobili*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di M. Amelio e E. Finzi, G. Barbera editore, Firenze, 1948, *sub* art. 2652, p. 240: «la previa trascrizione della domanda non fa che allacciare definitivamente l'acquisto del terzo alla sorte del diritto impugnato e perciò a rendere attuabile senza eccezione la regola "*resoluto iure dantis ...*". Ma deve altresì farsi presente che gli effetti della sentenza che accoglie in maniera definitiva la domanda risalgono al momento della trascrizione della domanda. Se la domanda non fosse trascritta, la decorrenza sarebbe dal momento del giudicato e sarebbero salvi gli acquisti dei terzi (anche se non trascritti) precedenti a tale momento».

⁹⁵ L. MENGONI, *Risoluzione per inadempimento*, cit., p. 305 ss., che individua quale tutela processuale dell'attore il sequestro giudiziario del bene. Suggestisce, invece, l'azione cautelare *ex* art. 700 c.p.c. G. SCALFI, *Risoluzione del contratto*, cit., p. 8.

⁹⁶ A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, pp. 237-238. Sull'inefficacia del contratto, V. SCALISI, *Inefficacia*, in *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 371.

troverso. La sua applicabilità alle azioni contrattuali tende, oramai, ad essere ammessa dall'opinione maggioritaria sul presupposto che il giudicato non copra solo il diritto alla modificazione della realtà giuridica ma anche il rapporto fondamentale e, che quindi, «diritto controverso» possa essere il diritto trasferito in corso di causa⁹⁷.

È pacifico che l'art. 111, quarto comma, c.p.c. non si applichi agli acquisti compiuti prima della domanda processuale. In tal caso, infatti, l'art. 1458, secondo comma, c.c. fa salvi i diritti acquistati (e trascritti, se relativi a beni immobili) *ante litem*. Analogamente, dopo la risoluzione, gli aventi causa del debitore soccombente acquistano *a non domino* e, pertanto, non possono prevalere sul creditore a cui favore è stato pronunciato lo scioglimento del contratto, a meno che operi, per i beni mobili, l'art. 1153 c.c.⁹⁸.

Se, invece, l'attribuzione è avvenuta *pendente lite*, l'acquirente di diritti reali su beni immobili o mobili registrati conserva l'acquisto se trascrive il proprio titolo prima che sia pubblicizzata la domanda (art. 1458, secondo comma, c.c.). In caso contrario, l'efficacia *ultra partes* del giudicato lo espone all'azione restitutoria del *tradens* (art. 2038 c.c.), ben più agevole della rivendica⁹⁹, oppure alla sua azione esecutiva¹⁰⁰.

⁹⁷ Si vedano, in particolare, A.C. DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, La società editrice de Il Foro italiano, Roma, 1953, p. 58; F.P. LUISO, *Sul concetto di "avente causa" dell'art. 2909 c.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 433 ss. In giurisprudenza v. Cass, 6 giugno 1983, n. 3868, in *Mass Giur. it.*, 1983. *Contra* A. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Jovene, Napoli, 1968, p. 146 ss.

⁹⁸ Cfr. G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 705 ss., p. 718.

⁹⁹ A. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, cit., p. 90 ss., spec. p. 92 ss.

¹⁰⁰ L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit., p. 261. Si vedano, inoltre, Cass., sez. un., 3 novembre 2011, n. 22727, in *CED Cassazione*, 2011; Cass., 31 maggio 2005, n. 11583, in *Guida dir.*, 2005, 26, p. 44; Cass., 17 gennaio 2003, n. 601, in *Arch. civ.*, 2003, p. 1225; in *Gius*, 2003, 10, 1056; in *Mass. Giur. it.*, 2003. Nel caso di specie, relativo ad un regolamento di confini, una delle parti era stata condannata a ripristinare il canale di scolo posto sul confine tra i due terreni e a liberare l'area abusivamente occupata, mentre l'altra aveva promosso il processo di esecuzione nei confronti del successivo acquirente del fondo confinante. La Suprema Corte ha ribadito che «nel caso di successione a titolo particolare tra vivi nel diritto controverso, la sentenza pronunciata contro l'alienante è efficace nei confronti dell'avente causa anche quale titolo esecutivo, nei limiti dell'accertamento in essa contenuto. Peraltro, ove la stessa sentenza contenga anche un comando di adeguare lo stato di fatto alla situazione giuridica accertata, attraverso l'imposizione di obblighi di fare, il possesso, o la detenzione, da parte del terzo, della cosa sulla quale l'obbligo deve eseguirsi comporta la trasmissione di detto obbligo in capo a questo».

Per i beni mobili, invece, è diffusa l'opinione secondo cui l'inciso finale dell'art. 111, quarto comma, c.p.c., facendo salve le norme sugli acquisti in buona fede, consente di ritenere che gli acquisti di diritti reali su beni immobili si perfezionino (a posteriori) a titolo originario¹⁰¹. Dal momento della domanda, infatti, il debitore verrebbe privato della legittimazione a disporre del diritto in quanto – si afferma – la retroattività del giudicato¹⁰² lo renderebbero *ex tunc* un *non dominus*¹⁰³.

La particolarità della tutela offerta dall'art. 111, quarto comma, cod. proc. civ. è l'eccezionale deroga, ivi contenuta, al principio del contraddittorio: l'efficacia della sentenza *ultra partes* è diretta e prescinde dalla partecipazione al processo del terzo, che è libero di intervenire, senza con ciò incidere sull'opponibilità del giudicato stabilita *ex lege*¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cfr. D. CARUSI, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, vol. II, a cura di E. Navarretta-A. Orestano, Utet, Torino, 2011, *sub* art. 1458, p. 471, che si richiama a U. CARNEVALI, *Risoluzione per inadempimento*, cit., p. 146 ss.

¹⁰² Cfr. W. BIGIAMI, *Irretroattività della risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1934, che, nel vigore del codice abrogato, riteneva applicabile ai trasferimenti mobiliari il principio della cd. "retroattività reale del giudicato", testualmente disposto, per i diritti reali immobiliari, dall'art. 1511 c.c. 1865. Dopo la promulgazione del Codice del '42, l'Autore nega il concorso normativo degli artt. 111 c.p.c. e 1458 c.c., sostenendo che il processo di risoluzione per inadempimento non rende controversa la proprietà oggetto del contratto e che, perciò, si applichi esclusivamente l'art. 1458 c.c., facendo salvi tutti gli acquisti compiuti dai terzi sino alla pronuncia di risoluzione: così W. BIGIAMI, *Risoluzione per inadempimento e alienazione di cosa litigiosa*, cit., p. 141.

¹⁰³ Afferma G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., pp. 717-718: «che poi si contesti, come fanno molti, che possa parlarsi di efficacia retroattiva della sentenza, che sarebbe concetto ormai antico e superato, ma che riemerge di fatto ancora oggi nella polemica sull'efficacia diretta o riflessa della sentenza contro i terzi, è obiezione che non sposta la soluzione. Che si dica cioè che la sentenza retroagisce al momento della domanda o che la sentenza è invece opponibile ai terzi in virtù della proposizione della domanda formulata prima del loro acquisto, è questione di descrizione della medesima situazione, il cui effetto giuridico è sempre collegato al fatto dell'antiorità della domanda all'acquisto del terzo e al fatto dell'accoglimento della domanda stessa».

¹⁰⁴ *Ex plurimis* v. Cass, sez. lav., 23 maggio 2003, n. 8215, in *Arch. civ.*, 2004, p. 388; in *Arch. giur. circolaz.*, 2004, p. 441; in *Gius.*, 2003, p. 21, n. 2402; in *Mass. Giur. it.*, 2003; in *Mass. Giur. lav.*, 2004, 6, p. 219; Cass., 13 marzo 1998, n. 2748, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 565; Cass., sez. lav., 2 maggio 1997, n. 3768, in *Mass. Giur. it.*, 1997; Cass., 7 agosto 1990, n. 7970, *ivi*, 1990; Cass., 14 febbraio 1984, n. 1104, *ivi*, 1984; Cass., 6 giugno 1983, n. 3868, *ivi*, 1983. Nella dottrina processualistica, si vedano, per tutti, C.M. DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, cit., p. 249, che afferma la rilevanza processuale del mutamento sostanziale; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Giuffrè, Milano, 2007, p. 364. Cfr., altresì, nella dottrina civilistica, S.

Ebbene, la configurazione dichiarativa della tutela risolutoria consente di superare questa problematica, dal momento che, ove si continui a ritenere applicabile l'art. 111, cpv., c.p.c., la dichiarazione stragiudiziale estingue il rapporto giuridico in un *punctum temporis*, quindi gli acquisti avvenuti in corso di causa si confermeranno essere *a non domino*, se il giudice accerta che il creditore ha legittimamente risolto il contratto, o *a domino*, nel caso contrario. La pronuncia, infatti, limitandosi a dichiarare il modo d'essere della realtà giuridica, non modifica la disciplina applicabile ai terzi, ma rende certa la natura e l'eventuale stabilità dei loro acquisti. Ne segue che, nel caso di beni immobili e mobili registrati, la risoluzione è opponibile ai terzi acquirenti *pendente lite* che abbiano pubblicizzato il loro titolo dopo la trascrizione della domanda di accertamento ex art. 2652, primo comma, n. 1, c.c. o l'annotazione dell'atto ricognitivo dello scioglimento del contratto (art. 2655, cpv., c.c.). Nel caso di beni mobili o titoli di credito, invece, la disciplina degli acquisti *a non domino* può applicarsi *de plano*.

Se il giudice accerta che il contratto si è risolto, i terzi prevalgono sul creditore solo qualora abbiano acquistato a titolo originario ex artt. 1153 e 1994 c.c., conseguendo il possesso del bene o della *chartula* in buona fede¹⁰⁵, ossia ignorando l'altruità del diritto e, perciò, l'avvenuta risoluzione del contratto al tempo della consegna¹⁰⁶. La parte fedele

MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., p. 240: «gli effetti nei riguardo dei terzi che hanno acquistato dopo il giudicato o trascritto dopo la trascrizione della domanda si operano automaticamente senza che sia necessario un separato giudizio: dopo che la sentenza definitiva abbia avuto luogo, basterà al terzo eccepire la data del suo acquisto o della trascrizione del medesimo in confronto alla data (precedente) della trascrizione della domanda che ha provocato il giudizio risolutivo».

¹⁰⁵ Invero, la rilevanza della buona fede nel conflitto fra successivi acquirenti di titoli di credito, testualmente richiesta dall'art. 1994 c.c., è negata da autorevolissima dottrina, che riconosce alla consegna l'efficacia della notificazione e dell'accettazione, da parte del debitore, della cessione del credito (art. 1265 c.c.): C.M. BIANCA, *Alienazione dei titoli di credito ed efficacia nei confronti dei creditori dell'alienante*, in ID., *Realtà sociale ed effettività della norma*, vol. II, t. 1, Giuffrè, Milano, 2002, p. 123 ss.; già L. MENGONI, *In tema di cessione dei titoli all'ordine*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1957, II, p. 563 ss.

¹⁰⁶ Per i titoli di credito, merita di essere condivisa l'autorevole opinione secondo cui il trasferimento della proprietà segue il principio generale del consensualismo (art. 1376 c.c.), essendo la consegna della *chartula* (o la girata o l'intestazione del titolo) mero criterio di composizione del conflitto fra successivi acquirenti, al pari del possesso nella fattispecie di cui all'art. 1155 c.c. Cfr., in dottrina, W. BIGIAMI, *Il trasferimento dei titoli di credito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1 ss.; P. SPADA, *L'inefficacia del consenso traslativo nella circolazione dei titoli azionari: proposte per*

avrà l'onere di provare la mala fede del terzo (art. 1147 c.c.) e potrà tutelarsi chiedendo, eventualmente, il sequestro del bene. Se, invece, il giudice dichiara che il contratto non si è risolto, il possesso vale titolo potrà essere invocato, eventualmente, da chi abbia acquistato diritti sul bene in oggetto dalla parte recedente, essendo gli aventi causa del debitore acquirenti *a domino ex art. 1376 c.c.*¹⁰⁷.

In merito ai diritti di credito, il cui trasferimento non può essere arbitrariamente sottratto alla sfera di applicabilità dell'art. 1458 c.c.¹⁰⁸, la cessione successiva alla risoluzione del contratto ha ad oggetto un diritto altrui e, come tale, è inefficace (arg. *ex art. 1478 c.c.*) o persino nulla, se avvenuta per donazione. L'art. 771 c.c., infatti, che prevede la nullità della donazione di bene futuro, è esteso dalla giurisprudenza all'ipotesi in cui il diritto donato abbia ad oggetto un bene di un altro soggetto,

ripensare un problema, in AA.VV., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, vol. II, Cedam, Padova, 1992, p. 466 ss.; in giurisprudenza Cass., 5 settembre 1995, n. 9314, Banca borsa tit. cred., 1997, II, 130, secondo cui «ammettendo la natura reale del contratto» (nel caso di specie: una vendita di azioni), «il trasferimento dipenderebbe dal comportamento degli amministratori, i quali, pur essendo l'iscrizione dovuta, potrebbero ostacolarla a fini dilatori». *Contra*, sostenendo l'efficacia obbligatoria della cessione, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 3^a ed., vol. II, t. 2, Cedam, Padova, 1999, p. 279, ma già ID., *Sulla circolazione dei titoli di credito*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 382 ss.

Amplius, in tema: P. GALLO, *Della vendita*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, *Dei singoli contratti*, a cura di D. Valentino, Utet, Torino, 2011, sub art. 1470, p. 122 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Integrazione del contratto. Suoi effetti reali ed obbligatori*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger-F.D. Busnelli, II, Giuffrè, Milano, 1999, p. 342 ss.; G. VETTORI, *Consensus traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 109 ss.; Diversa è la disciplina delle quote di società a responsabilità, che tendono, oramai, ad essere qualificate come mobili immateriali iscritti nel registro delle imprese, dopo che le leggi del 12 agosto 1993, n. 310 e del 29 dicembre 1993, n. 580, hanno introdotto l'onere di iscrizione degli atti di cessione nel registro delle imprese. L'art. 2470 c.c., infatti, regola il conflitto tra i successivi acquirenti della quota, accordando prevalenza a colui che abbia curato per primo ed "in buona fede" l'iscrizione del titolo nel registro delle imprese. Ciò risponde, peraltro, alla regola dell'efficacia dichiarativa della pubblicità commerciale (art. 2193 c.c.). Cfr. P. SPADA, *Introduzione al diritto dei titoli di credito. Documenti circolanti, circolazione intermediata e password*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 62 ss., spec. p. 64.

¹⁰⁷ Cfr. G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 716.

¹⁰⁸ Cfr. G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 730 ss., spec. pp. 732-734, secondo cui la regola della inopponibilità al cessionario delle eccezioni che il ceduto avrebbe contro il cedente, quale si evince dalla struttura della cessione di modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio dal lato attivo, non può rendere inoperante l'art. 1458 c.c. Al contrario, è da valutare se le norme sulla cessione dei credito introducano deroghe specifiche alla retroattività *inter partes* della risoluzione.

ossia, in questo caso, la parte receduta¹⁰⁹. Conseguentemente, il ceduto ben potrà opporre al cessionario la risoluzione del contratto, che avrebbe legittimato il cedente a disporre del diritto, mentre sarà tenuto all'adempimento nel caso in cui abbia accettato la cessione senza riserve (arg. ex art. 1248 c.c.)¹¹⁰.

4. Forma dell'atto risolutivo

L'ulteriore profilo da indagare, per definire la struttura dell'atto risolutivo, concerne la forma. Com'è ben noto, il dibattito in cui si inserisce questa tematica si è evoluto attorno agli opposti principi di libertà e simmetria delle forme, l'uno fedele al rapporto tra regola ed eccezione, che sembrerebbe dedursi dall'art. 1325, primo comma, n. 4, c.c., l'altro ispirato ad un approccio funzionale, che affida l'obbligo documentale ad un giudizio concreto su «profili e circostanze non agevolmente riducibili all'efficacia negoziale»¹¹¹, da cui possa inferirsi la valenza della forma *ad substantiam actus*¹¹².

Di tali modelli la giurisprudenza relativa al recesso ex art. 1373 c.c. e al mutuo dissenso predilige il secondo, fondandolo sulla strumentalità dell'atto accessorio al contratto collegato¹¹³. Quando, invece, sono le

¹⁰⁹ Cass., 5 maggio 2009, n. 10356, in *Foro it.*, 2010, c. 160, con nota di P. PARDOLESI; Cass., 18 dicembre 1996, n. 11311, in *Urbanistica e appalti*, 1997, p. 646; Cass., 20 dicembre 1985, n. 6544. Si rileva, però, che parte della giurisprudenza esclude l'invalidità dell'atto, ritenendolo, invece, inefficace: cfr. Cass., 5 febbraio 2001, n. 1596, in *Riv. notar.*, 2001, p. 862, con nota di F. GAZZONI.

¹¹⁰ G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, loc. ult cit., che ammette la portata di principio generale dell'art. 1248 c.c., testualmente limitato all'eccezione di compensazione.

¹¹¹ P. PERLINGIERI, *Forme dei negozi e formalismi degli interpreti*, ESI, Napoli, 1987, p. 49.

¹¹² L'evoluzione ben conosciuta della categoria è tratteggiata, con la consueta finezza, da U. BRECCIA, *La forma*, in *Tratt. contr.* diretto da V. Roppo, I, a cura di C. Granelli, Giuffrè, Milano, 2006, p. 463 ss., e, ivi, per ampie indicazioni bibliografiche.

¹¹³ Sul recesso v. Cass., 14 novembre 2000, n. 14730, cit.; Cass., 8 agosto 1997, n. 7354, in *Mass. Giur. it.*, 1997; Cass., sez. un., 7 giugno 1990, n. 5454, cit.; Cass., 26 novembre 1987, n. 8776, in *Mass. Giur. it.*, 1987; Cass., 14 agosto 1986, n. 5059, in *Mass. Giur. it.*, 1986, che affronta il caso di una permuta di un'area esistente con parti di un edificio da costruire; *Contra* Cass., 21 aprile 1983, n. 2471, in *Mass. Giur. it.*, 1983. In dottrina si vedano C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., p. 737; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., 844; G. DE NOVA, *Recesso*, cit., p. 694. Diversamente G. GABRIELLI e

parti a predeterminare l'onere formale, l'interpretazione estensiva dell'art. 1352 c.c., mediata dall'art. 1324 c.c., consente di presumere che sia stato voluto per la validità del recesso¹¹⁴.

Diversa è la scelta suggerita dall'allegato alla proposta di regolamento per un diritto europeo della vendita¹¹⁵, scelta legata, verosimilmente, all'esclusione dal proprio raggio applicativo del trasferimento della proprietà immobiliare¹¹⁶. Dopo aver premesso, con formula onnicomprensiva, che «risolvere il contratto» significa estinguere i diritti e gli obblighi che ne discendono (art. 8, primo comma, Allegato *CESL*), le norme sul «diritto alla risoluzione per inadempimento» individuano la sua modalità di esercizio nell'invio al venditore di una «comunicazione» (art. 118), la

F. PADOVINI, *Recesso*, cit., pp. 43-44, articolano la risposta secondo la funzione del recesso, applicando il principio di simmetria al recesso determinativo e al recesso penitenziale o per giusta causa da uno dei contratti di cui all'art. 1350 c.c.

Sullo scioglimento consensuale del contratto si vedano, *ex multis*, Cass., sez. un., 28 agosto 1990, n. 8878, in *Giust. civ.*, 1991, p. 949, con nota di M. COSTANZA; Cass., 7 marzo 1997, n. 2040, in *Contratti*, 1997, p. 545, con nota di G. BONILINI; Cass., 23 dicembre 1995, n. 13104, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 880, con nota di P. FABIANI; conf. Cass., 18 febbraio 1994, n. 1609, in *Mass. Giur. it.*, 1994; Cass., 10 gennaio 1996, n. 162, in *Riv. giur. edil.*, 1996, I, 671, che deduce l'obbligo formale dalla ritenuta efficacia traslativa del contratto, avente ad oggetto, nel caso di specie, la proprietà di un bene immobile.

¹¹⁴ Cass., 20 agosto 1992, n. 9719, in *Giur. it.*, 1993, I, c. 1256, relative al recesso da un contratto di fideiussione. Diffuso l'orientamento giurisprudenziale che estende la disciplina dell'art. 1352 c.c., testualmente limitata alla forma di un futuro contratto, a specifiche pattuizioni o alla loro modifica: cfr. Cass., 29 gennaio 1988, n. 833, in *Mass. Giust. civ.*, 1988, 1, che affronta il caso del consenso del locatore al mutamento di destinazione dell'immobile da alloggio del personale alberghiero in pensione. Più specificamente, sull'applicabilità dell'art. 1352 c.c. agli atti unilaterali v. Cass., 26 marzo 2001, n. 4350, in *Mass. Giur. it.*, 2001, che estende l'onere formale, convenuto dalle parti per tutte le comunicazioni concernenti il rapporto assicurativo, all'atto di costituzione in mora della compagnia assicurativa; Cass., sez. lav., 7 settembre 1995, n. 9434, in *Notiz. Giur. lav.*, 1996, p. 88, concernente un caso di recesso dal contratto di lavoro subordinato; in dottrina U. BRECCIA, *La forma*, cit., p. 649; A. LISERRE, *Forma, Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv. diretto da M. Bessone*, vol. XIII a cura di G. Alpa-U. Breccia-A. Liserre, 3, Utet, Torino, 1999, p. 471; più critico F. MACIOCE, *Appunti sulla forma degli atti unilaterali*, in AA.VV., *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Esi, Roma-Napoli, 1988, 487.

¹¹⁵ Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita, 11 ottobre 2011, COM (2011) 635 def, 2011/0284 (cod).

¹¹⁶ Il sedicesimo considerando indica che «il diritto comune europeo della vendita dovrebbe applicarsi in particolar modo alla vendita di beni mobili» e, conseguenzialmente, l'art. 2, par. 1°, lett. h, limita la definizione di «bene» ai soli «ben(i) mobil(i) material(i)».

quale può essere «data con qualunque mezzo appropriato alle circostanze» (art. 10). La manifestazione della volontà risolutiva, potenzialmente orale o scritta, sarà quindi efficace o inefficace a seconda della forma di volta in volta adottata e della sua congruità allo scopo.

I principi affermati dalla giurisprudenza, che valorizzano la funzione di tutela assoluta dalla forma nell'ambito della circolazione immobiliare, ben possono essere estesi alla risoluzione per inadempimento *ex art.* 1453 c.c., nel caso in cui il contratto disciolto abbia trasferito un diritto reale su beni immobili o mobili registrati. La risoluzione, infatti, pur non comportando giuridicamente una successione nel diritto, conduce sul piano economico al risultato che deriverebbe da un contratto di alienazione, quindi la forma scritta, oltre ad essere necessaria a fini pubblicitari (artt. 2656-2657 c.c.), è da ritenersi condizione per la sua validità.

In merito al contenuto della dichiarazione, per il recesso (artt. 1373 e 1385 c.c.) il Codice Civile non contempla particolari elementi, al contrario di quanto l'art. 1444 c.c. esige per la convalida espressa, che deve contenere «la menzione del contratto», «del motivo di annullabilità, e la dichiarazione che s'intende convalidarlo»¹¹⁷. Non può dubitarsi, però, dell'essenzialità di tali indicazioni, specialmente dell'intento risolutivo, che esprime la direzione della volontà del creditore all'effetto negoziale.

Quanto al titolo, la sua menzione consente di determinare o di rendere determinabile l'oggetto dell'atto, ma deve escludersi che l'omesso richiamo causi la nullità della dichiarazione, ove l'oggetto possa essere altrimenti identificato. Analogamente, la specificazione del "motivo", ossia l'inadempimento della controparte, contribuisce a qualificare l'atto e a distinguerlo, per esempio, da una dichiarazione di recesso.

L'onere formale, infine, può ritenersi senz'altro adempiuto quando la parte fedele, volendo conseguire un titolo a fini pubblicitari¹¹⁸, manifesti la propria volontà nella domanda giudiziale di accertamento della

¹¹⁷ Si ricorda, peraltro, che, secondo parte della giurisprudenza, i requisiti di forma richiesti dall'art. 1444 c.c. per la convalida dell'atto annullabile devono essere rispettati anche nel diverso caso della conferma di disposizioni testamentarie o donazioni nulle (artt. 590 e 799 c.c.) Cfr. Cass., 29 maggio 1984, n. 1545, in *Mass. Giur. it.*, 1974, ove si afferma che, se la conferma è compiuta con atto formale, questi «deve contenere i requisiti previsti dall'art. 1444 c.c. per la convalida dell'atto annullabile, cioè l'indicazione del negozio invalido e dalla causa d'invalidità nonché la dichiarazione che si intende convalidarlo»; App. Milano, 26 novembre 2003, in *Giust. civ.*, 2004, p. 1022.

¹¹⁸ Su cui, *infra*, nel testo.

risoluzione del contratto, sottoscrivendo la procura in calce o in margine all'atto di citazione (art. 125 c.p.c.)¹¹⁹.

5. Pubblicità dell'atto risolutivo

Passando al conseguente profilo della pubblicità, il punto da cui muovere è, ancora una volta, l'art. 1458 c.c. che, dopo aver affermato l'effetto retroattivo dello scioglimento (primo comma), fa salvi i diritti acquistati dai terzi, se la trascrizione del relativo titolo precede quella della domanda giudiziale. Ciò vale anche quando la risoluzione «è stata espressamente pattuita». Com'è noto, nella prospettiva dell'accertamento costitutivo, l'art. 2652, primo comma, n. 1, c.c. espleta una funzione prenotativa dell'efficacia della pronuncia, rendendola opponibile solo ai terzi che abbiano pubblicizzato eventuali acquisti incompatibili dopo la trascrizione della domanda. La giurisprudenza¹²⁰ ha specificato, in proposito, che opera l'identico principio, espresso dall'art. 2644, primo comma, c.c., e che non rileva, ai fini della composizione del conflitto, la buona o mala fede del terzo. La similitudine è corretta solo se limitata all'efficacia dichiarativa della trascrizione, che non dirime, in questo caso, il conflitto tra gli aventi causa da un comune autore, bensì fra i terzi subacquirenti dal debitore soccombente e la parte fedele che ha ottenuto la risoluzione del contratto¹²¹. La richiamata sentenza ha cura,

¹¹⁹ Cfr. Cass., sez. lav., 1 giugno, n. 3714, in *Arch. civ.*, 1989, p. 42, con nota di V. SANTARSIERE; in *Mass. Giur. it.*, 1988, la quale ha stabilito che «quando la ratifica di un contratto debba essere fatta per iscritto, tale atto può essere costituito dall'atto introduttivo del giudizio – notificato alla controparte e sottoscritto dalla parte o da chi, per procura *ad litem*, la rappresenti – con il quale si chiedi l'esecuzione del contratto medesimo o la sua risoluzione».

Cass., 18 novembre 2002, n. 16221, cit., secondo cui «l'attore, con la sottoscrizione della procura *ad litem*, a margine o in calce alla citazione, fa proprio il contenuto negoziale di quest'ultimo atto, e quindi le dichiarazioni di natura negoziale in esso contenute». Nel caso di specie la Suprema Corte ha ritenuto che la sottoscrizione dell'atto di citazione, nel quale si richiamava la diffida intimata dal procuratore del contraente, valesse a soddisfare il requisito formale di cui all'art. 1399 c.c.; Cass., 17 luglio 1996, n. 6465, in *Arch. loc.*, 1996, p. 897; in *Vita not.*, 1996, p. 1340, secondo cui la parte che sottoscrive la procura data al suo difensore a margine od in calce alla citazione è considerata aver sottoscritto l'atto e così avere emesso le dichiarazioni di natura negoziale in essa contenute.

¹²⁰ Cass., 13 gennaio 1995, n. 383, in *Riv. notar.*, 1995, p. 1564.

¹²¹ L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, 3^a ed., Giuffrè, Milano, p. 255. La te-

inoltre, di precisare che gli atti operanti il trasferimento o la costituzione di diritti reali immobiliari, se trascritti anteriormente, sono insensibili alla sentenza con cui sia pronunciata o dichiarata la risoluzione del contratto¹²².

D'altronde, l'art. 1458 c.c. uniforma *quoad effectum* la risoluzione giudiziale e legale, sebbene non indichi, per la seconda, il criterio regolativo dell'eventuale conflitto di diritti con i successivi acquirenti. Ciò ha portato la dottrina a ricostruire diversamente la norma applicabile e le opinioni emerse confliggono, fondamentalmente, con riguardo all'onere di domandare l'accertamento della risoluzione per renderla opponibile ai terzi. La dottrina favorevole¹²³ a questa lettura adduce, a fondamento della tesi, norme tra loro diverse, ossia l'art. 2653, primo comma, n. 1, l'art. 2652, n. 3, e, infine, l'art. 2652, n. 1, c.c.

Tuttavia, l'applicabilità dell'art. 2653, primo comma, nn. 1 e 3 c.c. – che disciplinano, rispettivamente, la trascrizione delle domande di accertamento dei diritti reali e della sottoscrizione di scritture private autentiche – appare preclusa dal diverso *petitum* della pronuncia dichiarativa di risoluzione per inadempimento del contratto. Al contrario l'art. 2652, primo comma, n. 1, c.c., limitandosi a consentire la trascrizione della domanda di risoluzione, non soltanto è pienamente compatibile con la natura dichiarativa della tutela¹²⁴, ma il suo tenore testuale non

matica della trascrizione delle domande giudiziali è oggetto, a sua volta, di un'estesa e ben nota bibliografia, il cui richiamo non può che essere parziale. Nella letteratura processualistica si veda, per tutti, A. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, cit. Nella dottrina civilistica, invece, si rinvia a R. NICOLÒ, *La trascrizione delle domande giudiziali*, a cura di D. Messinetti, III, Giuffrè, Milano, 1973; L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 255 ss.; L. RICCA, *Trascrizione. II) Trascrizione delle domande giudiziali*, in *Enc. giur.*, vol. XX, Treccani, Roma, 1994, p. 1 ss.

¹²² Cass., 13 gennaio 1995, n. 383, cit.

¹²³ In questo senso, A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, cit., p. 148; L. FERRI-P. ZANELLI, *Trascrizione*, 3^a ed., in *Comm. cod. civ.* diretto da A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1995, *sub* art. 2653, p. 357, che richiama specificamente 'art. 2653, primo comma, n. 1, ove si richiama un orientamento giurisprudenziale, ormai disatteso, che si era formato nel vigore del codice abrogato. R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti, La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, vol. IX, Utet, Torino, 2004, p. 195, che richiama, invece, l'art. 2652, n. 1, c.c.

¹²⁴ R. NICOLÒ, *La trascrizione delle domande giudiziali*, cit., p. 81, che richiama, da un verso, l'assimilazione contenuta nell'art. 1511 c.c. abr., quanto agli effetti della risoluzione, tra condizione tacita e clausola risolutiva espressa, e, per l'altro, l'inciso di cui all'art. 1458, secondo comma, c.c. («anche se è stata espressamente pattuita»); L. RICCA, *Trascrizione*, cit., 6; R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 196, secondo cui l'accertamento convenzionale della risoluzione non sarà opponibile ai terzi «così

suffraga in alcun modo la struttura costitutiva dell'accertamento, e ciò, oltre a confortare sul piano sistematico la prospettiva qui delineata, non sembra smentito dall'eventuale e intuibile obiezione che le ulteriori ipotesi ivi indicate siano riferite ad azioni costitutive, essendo la disciplina della pubblicità immobiliare incentrata sugli effetti dell'atto e non sulla sua fattispecie genetica.

Ciò, però, non può indurre a considerare la pronuncia del giudice una «condizione di opponibilità» dell'effetto estintivo, che prescinde, invece, da oneri processuali. È necessario, quindi, individuare il titolo, alternativo alla sentenza, da poter inserire nei registri immobiliari al fine di pubblicizzare lo scioglimento del contratto.

Nonostante l'autorevolezza dell'opinione¹²⁵, sembra potersi escludere che la trascrizione dell'atto unilaterale di risoluzione possa essere eseguita a norma dell'art. 2645 c.c., che richiede «taluno degli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643». Come osservato, infatti, è dominante – oltre che fedele all'art. 1458, primo comma, c.c. – la tesi¹²⁶ secondo cui la risoluzione non comporta il ritrasferimento del diritto dall'*accipiens* al *tradens*, bensì elimina *ex tunc* l'originaria attribuzione patrimoniale come se questa non fosse mai avvenuta.

Deve valutarsi, invece, l'alternativa dell'annotazione *ex art.* 2655 c.c., che è stata recentemente oggetto di nuove riflessioni¹²⁷ specificamente dedicate alla risoluzione per inadempimento di fonte legale. È noto, infatti, che la pubblicità immobiliare è eseguibile con diversi “meccanismi”, tra cui il compimento di una formalità principale, seguita da «una pubblicità ulteriore» e accessoria, che rende conoscibili eventi legati a situazioni giuridiche instabili, dal momento in cui sorgono sino a quando si definiscono o si estinguono¹²⁸. L'art. 2655 c.c. dispone che la

come sarebbe stata opponibile la sentenza, in base a quanto si desume dall'art. 2655 c.c., il quale richiede che vengano annotate in margine alla trascrizione dell'atto, oltre alle sentenze che determinano il venir meno della sua efficacia (nullità, annullamento, risoluzione, rescissione, revocazione), anche le convenzioni che hanno come conseguenza uno di questi effetti non per assicurare l'opponibilità ai terzi della situazione creatasi con l'inefficacia dell'atto, ma al fine più limitato di attuare la continuità delle trascrizioni».

¹²⁵ A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, cit., p. 148.

¹²⁶ Cass, sez. trib., 6 ottobre 2011, n. 20445, in *Contratti*, 2012, p. 478, con nota di G. ORLANDO; in *Giur. it.*, 2012, 1790, con nota di C. SGOBBO.

¹²⁷ M. GIROLAMI, *Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 206 ss.

¹²⁸ S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, I, V. Ferrara, Messina, 1945, p. 31;

pronuncia di risoluzione sia annotata a margine della trascrizione del contratto (primo comma); la sua omissione rende temporaneamente inefficaci le successive iscrizioni e trascrizioni eseguite contro il soggetto a favore del quale è avvenuto lo scioglimento, e che diverranno efficaci, «secondo l'ordine rispettivo», una volta ristabilita la continuità dei titoli (comma 3°).

Secondo la dottrina maggioritaria¹²⁹ l'annotazione ha valenza notiziaria in entrambe le ipotesi disciplinate dagli artt. 2654-2655 c.c., l'una avente ad oggetto la trascrizione della domanda giudiziale, l'altra la successiva pronuncia, ferma restando, in questo secondo caso, l'ulteriore funzione di continuità dei titoli. In tal modo, il criterio di composizione del conflitto tra il creditore e gli aventi causa del debitore diventerebbe, inevitabilmente, la priorità dell'evento risolutivo o dell'acquisto del terzo e di suoi eventuali aventi causa, dovendosi altrimenti dedurre – con conclusioni che non appaiono né eque né ragionevoli – che, mentre per il creditore rileva la data della dichiarazione estintiva, per i terzi farebbe fede la data della pubblicità.

Minoritario, sebbene autorevolmente sostenuto¹³⁰, è il riconoscimento all'annotazione di un'efficacia dichiarativa nel caso in cui la formalità non sia preceduta da una domanda giudiziale né dalla sua trascrizione, in quanto relativa ad un atto di autonomia privata e, segnatamente, un mutuo dissenso, una convenzione «da cui risulta» la nullità, l'annul-

ID., *La trascrizione, La pubblicità in generale*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, vol. XIV-I, t. 1, Giuffrè, Milano, 1957, p. 348.

¹²⁹ *Inter alios* R. NICOLÒ, *La trascrizione*, cit., III, pp. 82-83: «siamo dunque in un campo in cui gli effetti connessi alla pubblicità non si esprimono nella possibilità di opporre ai terzi la situazione creatasi con l'inefficacia dell'atto, ma sono volti a una finalità più limitata, ossia ad attuare la continuità delle trascrizioni (art. 2655 II comma). D'altra parte anche per quanto può riguardare le domande tendenti a fare accertare l'avveramento di una condizione risolutiva in senso tecnico, lo stesso problema deve essere risolto negativamente»; L. FERRI-P. ZANELLI, *Trascrizione*, cit., p. 369: «L'annotazione della prima specie (già prevista dall'art. 1933 ult. comma c.c. 1865) è una forma di pubblicità notizia, pubblicità cioè sprovvista di sanzioni, quanto meno di sanzioni di diritto civile. L'annotazione della dichiarazione di nullità, dell'annullamento, ecc., ha invece nel codice vig. una sua particolare menzione ed efficacia, in quanto viene ad inserirsi, come elemento necessario, nel meccanismo della continuità delle trascrizioni».

¹³⁰ U. NATOLI, *La trascrizione*, Estratto dal Libro VI tomo 1° del «Commentario del Codice Civile», 2° ed., Utet, Torino, s.d., p. 188: rispetto al codice civile del 1865, l'annotazione ha «acquistato una funzione ulteriore» nelle ipotesi «contemplate nell'art. 2655 [...], e perciò occorrendo anche agli effetti di cui all'art. 2644». A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 336, nota 98, p. 371.

lamento, la revoca, la rescissione o la risoluzione di un contratto o, infine, una convenzione o una dichiarazione unilaterale della parte sfavorita attestanti l'avveramento della condizione. In tal caso, l'annotamento consentirebbe di regolare il conflitto tra il beneficiario dell'evento pubblicitario e gli aventi causa della sua controparte, equivalendo, *quoad effectum*, ad una trascrizione.

Secondo tale dottrina, in tal modo, ossia ammettendo la pubblicità dichiarativa di atti negoziali risolutivi, si evita un inconcepibile *vulnus* al sistema della pubblicità immobiliare. Muovendo da questa premessa, è stata più recentemente esaminata¹³¹ la possibile forma di pubblicità degli atti unilaterali di risoluzione del contratto: in particolare, la diffida ad adempiere e la successiva dichiarazione di rinuncia alla prestazione tardiva (art. 1454 c.c.), la dichiarazione che è decorso il termine essenziale (art. 1457 c.c.) e, infine, la dichiarazione di valersi della clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.). Come opportunamente rilevato¹³², l'inidoneità di tali atti unilaterali all'annotazione *ex art.* 2655 c.c. deriva dalla condizione del dichiarante, che sarebbe il solo a beneficiare della pubblicità, assicurandosi *de facto* l'incommerciabilità del bene.

Appare preferibile, in definitiva, riconoscere valenza generale a quanto dispone l'art. 2655, ult. comma, c.c. per la condizione, ammettendo che il titolo in cui se ne dichiara l'avveramento o il mancato avveramento possa avere struttura unilaterale, solo se formato dal contraente a danno del quale la condizione si è verificata, e pertanto, nel caso di risoluzione per inadempimento, se posto in essere dal debitore.

Seguendo questa prospettiva, può ritenersi che il titolo pubblicitario debba essere «una convenzione da cui risulta» lo scioglimento del contratto *ex art.* 2655, ult. comma, c.c., *id est* un atto ricognitivo dell'av-

¹³¹ M. GIROLAMI, *Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi*, cit., p. 206 ss.

¹³² M. GIROLAMI, *Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi*, cit., p. 206 ss.: «si deve concludere che gli unici atti unilaterali che possono essere inseriti nei registri immobiliari sono quelli che operano contro la parte che li rende, secondo il principio che vale in generale nel nostro sistema e che è testualmente applicato nell'art. 2655 c.c. in relazione al negozio condizionato: non è cioè pensabile che una dichiarazione di parte con effetti favorevoli a chi la rende possa essere annotabile condizionando l'efficacia delle trascrizioni successive, secondo la regola della continuità delle trascrizioni richiamata dall'art. 2655, secondo comma, c.c. Né, per lo stesso motivo, sembra possibile immaginare che simili dichiarazioni vengano annotate pur solo come prodromiche ad una accettazione della controparte, facendo sì che il terzo possa essere messo in allarme, rendendo il suo affidamento non incolpevole e dunque non tutelabile ai fini dell'opponibilità nei suoi confronti dell'acquisto che va a compiere».

venuta estinzione del rapporto in corso, alla cui sottoscrizione il debitore può obbligarsi sin dalla conclusione del contratto¹³³.

La formalità richiama il contenuto e la struttura dell'atto di verificata condizione, quale si definisce, comunemente, la scrittura bilaterale in cui le parti dichiarano essersi avverata la condizione sospensiva o risolutiva apposta ad un precedente contratto, come accade, ormai di frequenza, per la condizione di inadempimento¹³⁴. Vi è, però, una duplice e fondamentale differenza: la dichiarazione con cui il creditore scioglie il contratto *ex art.* 1453 c.c. non solo produce un evento inopponibile ai terzi – al contrario di quanto stabiliscono gli artt. 1357 e 1360 c.c. – ma, essendo esercizio di un'impugnativa di fonte legale e non di un diritto attribuito da una contingente pattuizione negoziale, non deve essere preceduta da alcuna indicazione nella nota di trascrizione del contratto, che – come è noto¹³⁵ – costituisce il «parametro dell'opponibilità» delle clausole del

¹³³ In questo senso, M. GRANDI, *La modernità del dogma retrospettivo*, cit., p. 858, e, *ivi*, per maggiori indicazioni bibliografiche nella letteratura che precede. L'Autrice considera entrambe le forme di inquadramento della pronuncia di risoluzione del contratto nell'ambito della tutela costitutiva e dichiarativa, sviluppando gli spunti di riflessione offerti da A. LUMINOSO, *op. loc. ultt. citt.*, e *passim*. Pur ritenendo ammissibile la soluzione, propende per la domanda di accertamento dell'avvenuta risoluzione del contratto M. GIROLAMI, *op. loc. ultt. citt.*: «Dunque non resta che concludere che o le parti addivengono ad un accordo con il quale si constata l'avvenuta risoluzione (convenzione sempre annotabile *ex art.* 2655 c.c.), oppure il ricorso al giudice è indispensabile; e allora sembra comunque la via migliore seguire l'idea della trascrivibilità di una domanda di accertamento dell'avvenuta risoluzione (che prevedrebbe almeno a priori un processo di più facile soluzione e un più leggero onere probatorio), rispetto a quella che, imponendo l'obbligo di trascrivere una domanda di risoluzione propriamente intesa (costitutiva), renderebbe del tutto inutile e pleonastica la previsione degli istituti della diffida ad adempiere e della clausola risolutiva espressa nel campo della circolazione dei diritti trascrivibili».

¹³⁴ È dominante l'opinione secondo cui l'indicazione, nel "Quadro D" della nota di trascrizione del contratto, della presenza della condizione abbia efficacia dichiarativa. Si veda in tema la disamina di M. GRANDI, *La retroattività della condizione. Il problema e le prospettive*, in *Contratti*, 2011, p. 289 ss., che segue, a sua volta, l'interpretazione maggioritaria. In giurisprudenza v. Cass., 15 novembre 2006, n. 24299, in *Giur. it.*, 2007, 2183, con nota di G. BOSCHETTI; in *Riv. not.*, 2007, II, p. 1206 ss., con nota di F. ROMOLI; Cass., 30 aprile 2012, n. 6634, in *Guida dir.*, 2012, 27, 55 (s.m.). Entrambe le pronunce hanno affermato che la risoluzione del contratto per avveramento della condizione di inadempimento del vitalizante *ex art.* 1360 c.c. fosse opponibile ai terzi che avevano acquistato dal debitore *pendente condicione*.

Sulla pubblicità degli atti condizionati si rinvia a G. GABRIELLI, *Pubblicità degli atti condizionati*, *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 25 ss.

¹³⁵ G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. XIX, t. 1, Utet, Torino, 1985, p. 154.

contratto idonee ad incidere, direttamente o indirettamente, sugli acquisti successivi, (come, ad esempio, la presenza di una servitù a carico del bene immobile o un patto di riscatto ovvero una condizione). La potenziale risolubilità, invece, rappresenta un'eventualità endemica in tutti i contratti sinallagmatici in corso di esecuzione, che prescinde da pattuizioni volontarie, in quanto stabilita direttamente dalla legge. Non solo: la sua mancata indicazione nella nota di trascrizione del contratto non può pregiudicare i successivi acquirenti, perché la risoluzione ha effetto retroattivo soltanto fra le parti e non travolge gli acquisti precedenti. In questo caso, dunque, la conoscenza della possibile futura risoluzione del contratto non proviene dall'adempimento pubblicitario, bensì dalla legge. Mai, infatti, si è affermato, nella prospettiva di un'impugnativa a carattere costitutivo, che l'eventualità di una successiva azione giudiziale debba essere conoscibile ai terzi, né questa è la funzione della trascrizione della domanda (art. 2652, primo comma, n. 1, c.c.), la quale è preordinata a prenotare gli effetti della pronuncia di merito e ad avvertire i terzi della litispendenza, perché da quel momento gli effetti della risoluzione sono loro opponibili (art. 1458, secondo comma, c.c.).

Sembra opportuno aggiungere, inoltre, che, in alternativa al riconoscimento bilaterale dell'avvenuta risoluzione del contratto per precedente dichiarazione scritta del creditore, il titolo della pubblicità, per atto pubblico o scrittura privata autenticata, potrebbe essere formato direttamente dalla dichiarazione di recesso che il creditore rende alla presenza della controparte, la quale, a sua volta, prende atto e riconosce i presupposti della contestuale risoluzione del contratto.

Infine, si evidenzia come, alla luce del carattere dichiarativo del sistema italiano di pubblicità immobiliare, l'annotazione non vale ad inficiare l'eventuale accertamento negativo della risoluzione del contratto. Ove, perciò, il creditore, in seguito alla dichiarazione estintiva, compia alienazioni in favore di terzi, costoro acquisteranno *a non domino* e soccomberanno di fronte agli aventi causa del debitore.

6. La rinuncia agli effetti

Successivamente all'entrata in vigore del Codice Civile del 1942 si è affermato, in giurisprudenza, l'orientamento secondo cui il creditore, dopo aver dato corso alla risoluzione legale¹³⁶ o giudiziale¹³⁷ del con-

¹³⁶ Si vedano, *ex multis*, per il termine essenziale; Cass., 10 febbraio 2003, n.

tratto, possa unilateralmente “rinunciare” ai suoi effetti, ricostituendo il rapporto e le obbligazioni inadempite.

Invero – come ammesso dalla giurisprudenza nel contesto, limitrofo, della condizione unilaterale¹³⁸ – il ricorso al concetto «di rinuncia» non è appropriato, se «rinunciare vuol dire solo dismettere il diritto, escluderlo dal proprio patrimonio»¹³⁹. L'atto con cui il creditore elimina gli effetti della risoluzione, infatti, non comporta l'estinzione di un diritto né la sua abdicazione, bensì la ricostituzione del rapporto contrattuale allo status quo ante o – come afferma la giurisprudenza – il «ripristin(o) dell'obbligazione rimasta inadempita»¹⁴⁰. La dichiarazione, perciò, va-

1952, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1536; Cass., 3 luglio 2000, n. 8881, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce «Contratto in genere», n. 576; Cass., 3 settembre 1998, n. 8733, *ivi*, 1998, p. 500; Cass., 22 luglio 1993, n. 8195, *ivi*, 1993, n. 463; per la clausola risolutiva espressa Cass., 1 agosto 2007, n. 16993, *ivi*, 2007, n. 568; Cass., 22 ottobre 2004, n. 20595, *ivi*, 2004, n. 591; Cass., 14 aprile 1975, n. 1409, in *Giur. it.*, 1976, I, c. 1820; per la diffida ad adempiere, Cass 8 novembre 2007, n. 23315, *Contratti* 2008, p. 437, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI; Cass., 1 aprile 2005, n. 6891, in *Rep. Foro it.*, voce «Contratto in genere», n. 598; Cass., 4 agosto 1997, n. 7182, *ivi*, n. 430; Cass., 18 maggio 1987, n. 4535, in *Giur. it.*, 1988, I, c. 448, con nota di C. SCOGNAMIGLIO; Cass., 25 novembre 1983, n. 7079, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 3141, con nota di P. MALFATTI LETTA.

¹³⁷ Cfr. Cass., 4 maggio 1991, n. 4908, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, fasc. 5. La Corte, pur affrontando un caso di risoluzione *ex art.* 1454 c.c., ha accolto il ricorso, rilevando come i giudici di appello avessero «obliterato il principio di libera disponibilità della risoluzione del contratto per inadempimento, che si sia già verificata di diritto per una delle cause previste dalla legge (artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.) o anche per effetto di pronuncia giudiziale (art. 1453 c.c.)». In motivazione, inoltre, la Corte afferma che, manifestando interesse all'adempimento tardivo, il creditore non ha voluto rimuovere «non solo l'effetto risolutorio conseguente alla diffida, ma anche la preclusione dovuta alla domanda giudiziale di risoluzione (art. 1453 c.c.)»; Cass., 28 giugno 2004, n. 11967, in *Vita not.*, 2004, p. 1588, relativa ad un caso di stipulazione di un contratto di compravendita successiva alla risoluzione giudiziale del contratto preliminare.

¹³⁸ Cass., 30 ottobre 1992, n. 11816, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 654 ss., con nota di G. CATALANO: «appare, invece, fondata l'obiezione secondo la quale è improprio parlare di “rinuncia” alla condizione. La condizione, durante la sua pendenza, infatti, come clausola del negozio, è un fatto storico, rispetto al quale non ha senso parlare di rinunziabilità o meno. Una volta verificatasi (o non verificatasi) la condizione, poi, non ha senso parlare di “rinuncia” ai suoi effetti, potendosi rinunciare ai diritti ma non ai fatti, a parte la considerazione che non viene spiegata dalla giurisprudenza come tale “rinuncia”, tenuto conto del suo oggetto, possa far rivivere il vincolo negoziale».

¹³⁹ P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Jovene, Napoli, 1968, p. 75.

¹⁴⁰ Cass., 4 maggio 1991, n. 4908, cit.

nifica il procedimento legale, completatosi a norma degli artt. 1454, 1456 o 1457 c.c., rivitalizzando l'obbligazione inadempita.

Diffusa, se non unanime, è la critica mossa dalla dottrina a questa regola giurisprudenziale, che sacrifica ingiustamente l'affidamento del debitore nell'avvenuta estinzione delle sue obbligazioni, esponendolo al capriccio della controparte, e, dopo ampie oscillazioni, le Sezioni Unite sono giunte, finalmente, a disconoscerla, affermando l'irreversibilità degli effetti del rimedio¹⁴¹.

Oltre a ciò, la ritenuta indisponibilità dell'effetto risolutivo è fedele alla particolare struttura del diritto potestativo che, una volta esercitato, si estingue: consumato il diritto alla modificazione della realtà giuridica attribuitogli *ex lege*, il creditore non può, sempre per volontà unilaterale, incidere una seconda volta sulla sfera giuridica altrui, facendo rivivere il rapporto estinto.

Diversa – e non affrontata dal Supremo Collegio nel 2009 – è la questione se sia ammissibile, per volere di entrambe le parti, ricostituire il rapporto nello stato precedente alla risoluzione. Alla domanda sembra potersi rispondere affermativamente per un duplice motivo. Da un lato, se il debitore esprime una volontà negoziale contraria allo scioglimento del contratto, nessun affidamento può ritenersi leso. In subordine, l'interesse tutelato dalla "irrinunciabilità" dell'effetto risolutivo è un interesse non solo di parte, ma disponibile, dal momento che l'art. 1458 c.c. rende l'estinzione del rapporto un evento indifferente per i terzi. L'eventuale dichiarazione tardiva della parte fedele o la manifestazione, per *facta concludentia*, della volontà di ricevere l'adempimento tardivo varrebbe, dunque, come proposta contrattuale nei confronti del debitore.

La giurisprudenza ha più volte confermato l'ammissibilità del negozio, senza, però, spingersi nel qualificarlo, riconoscendo, da un lato, che il divieto di adempimento tardivo *ex art.* 1453 c.c. può essere consen-

¹⁴¹ Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553, cit., ma v., *contra*, le successive pronunce Cass., 25 ottobre 2010, n. 21838, in *Resp. civ.*, 2011, p. 700; Cass., 24 novembre 2010, n. 23824, in *Foro. it.*, 2011, I, c. 1144, per cui si rinvia all'ampio commento di M. DELLACASA, *Il creditore può rinunciare alla risoluzione «di diritto»? Luci ed ombre di una regola giurisprudenziale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 21. L'Autore osserva che il superamento compiuto dalla Sezioni Unite del principio secondo cui il creditore può rinunciare alla risoluzione di diritto (nel caso di specie conseguente a una diffida ad adempiere) esulava della controversia, il cui unico oggetto era l'ammissibilità della domanda di accertamento del recesso *ex art.* 1385 c.c., proposto per la prima volta in appello. La Corte, perciò, ben avrebbe potuto estendere la propria argomentazione alla clausola risolutiva espressa e al termine essenziale, su cui si sono pronunciate, invece, le successive precitate sentenze.

sualmente derogato dalle parti, anche per comportamenti concludenti, quali l'offerta della prestazione e la sua ricezione, e, da un altro, che entrambe possono rinunciare agli effetti della pronuncia di risoluzione già emessa¹⁴².

Anche la dottrina, che si è espressa favorevolmente in proposito, ha definito l'atto bilaterale come concorde rinuncia agli effetti conseguenti allo scioglimento del contratto¹⁴³, rinuncia che, per ripristinare lo status quo ante, deve necessariamente operare *ex tunc*.

Posto che, nella prospettiva, qui seguita, di una riconfigurazione dichiarativa della tutela disciplinata all'art. 1453 c.c., il principio formulato dalla Corte di Cassazione deve essere esteso anche al recesso per inadempimento quale atto di estinzione avente effetti sostanziali, la vicenda negoziale de qua sembra riconducibile ad un mutuo dissenso retroattivo, avente la particolarità di rendere inefficace non un contratto, bensì un atto unilaterale¹⁴⁴. Tale circostanza si limita a connotare il ne-

¹⁴² Cass., 28 giugno 2004, n. 11967 cit., ma v. già, per la necessaria bilateralità della rinuncia, Cass., 4 maggio 1991, n. 4908, cit.

¹⁴³ G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., pp. 415-416, il quale configura l'atto come «rinuncia [...] bilaterale, evidentemente di natura contrattuale» e «certamente configurabile, perché non si pone così alcun problema in ordine all'esplicazione dell'autonomia privata di contraenti, laddove gli effetti non debbano coinvolgere soggetti estranei al contratto»; ID., *Indisponibilità dell'effetto risolutivo stragiudiziale del contratto (artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.)*, in *Giur. it.*, 2009, I, p. 1119 ss., p. 1122, ove si riafferma che «per far risorgere l'obbligo di adempiere, ovvero per far rivivere il precedente contratto ponendo nel nulla la risoluzione, occorre anche il consenso del contraente infedele contro il quale sia stata invocata una causa di risoluzione stragiudiziale del contratto». Cfr., inoltre, D. CARUSI, *Clausola risolutiva espressa e rinuncia all'effetto risolutivo*, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 142 ss.

¹⁴⁴ La figura del mutuo dissenso, a lungo trascurata, è oggetto, al momento, di un vivace dibattito dottrinario, da cui è già scaturita un'ampia riflessione teorica, che prende le mosse dal fondamentale contributo di A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., ove il negozio è concepito quale atto di scioglimento avente un risultato eliminativo e ripristinatorio dello *status quo ante*. Muove su questa linea di pensiero ampia parte della dottrina successiva: cfr., *inter alios*, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., p. 735; M. FRANZONI, *Mutuo dissenso*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Treccani, Roma, 2004, p. 1; F. GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, Cedam, Padova, 2009, p. 479; P. GALLO, *Trattato del contratto*, vol. 2, Utet, Torino, 2010, p. 1552; M. GIROLAMI, *Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi*, cit., p. 181; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 540 ss.; V. VERDICCHIO, *Il mutuo dissenso di contratto a effetti reali (con particolare riferimento alla donazione)*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 830 ss.

Diversa è la ricostruzione di autorevole dottrina, secondo la quale il mutuo dissenso avrebbe efficacia obbligatoria e dovrebbe essere perciò seguito da un pagamento traslativo con funzione solutoria dell'atto di scioglimento: F. GAZZONI, *La tra-*

gozio di una caratteristica peculiare, ma non deve affatto ritenersi preclusiva della sua ammissibilità, dal momento che non vige, nel nostro ordinamento giuridico, un principio di «simmetria tra la genesi (unilaterale) dell'atto e il consenso» dell'autore «per la sua estinzione»¹⁴⁵. Al contrario, l'ineliminabile necessità giuridica di tutelare coloro che hanno subito, in stato di soggezione, l'esercizio altrui di un diritto potestativo (arg. ex art. 1372 c.c.) rende naturale che un'ulteriore modificazione del rapporto giuridico estinto sia concordemente statuita¹⁴⁶. Inoltre, in conformità al principio di simmetria delle forme, nel caso in cui il contratto *de quo* abbia richiesto la forma *ad substantiam* (art. 1350 c.c.), questa inciderà, a sua volta, sulla validità dell'atto.

Naturalmente, il mutuo dissenso «ha forza di legge tra le parti» e «non produce effetto rispetto ai terzi» (art. 1372 c.c.), quindi potrà ristabilire lo *status quo*, solo se le parti non abbiano compiuto *medio tempore* atti incompatibili. In caso contrario, il principio di relatività del contratto pone un limite insuperabile all'efficacia negoziale, da cui scaturisce la completa indifferenza dei successivi acquirenti alla ricostituzione del rapporto¹⁴⁷.

scrizione degli atti e delle sentenze, in *Trattato della trascrizione* diretto da E. GABRIELLI e F. GAZZONI, vol. 1, t. I, Utet, Torino, 2012, p. 443; ID., *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2007, p. 1034 ss. *Adde* F. TOSCHI VESPASIANI, *Riflessioni intorno al mutuo dissenso: spunti per il ripensamento di un dibattito nell'ottica di un raccordo tra opzioni dogmatiche e prassi negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 271.

¹⁴⁵ F. ALCARO, *Il mutuo dissenso*, cit., pp. 85-86, che esprime le affermazioni riportate nel testo con riguardo all'atto di destinazione patrimoniale (art. 2645-ter c.c.). «Non è rilevante – osserva l'Autore – la circostanza della non coincidenza tra l'autore del primo atto, costituito dal solo disponente, e i soggetti del secondo, costituiti dal medesimo disponente e dal beneficiario. Le parti legittimate a concludere un contratto di mutuo dissenso sono i destinatari degli effetti del primo atto, potendosi verificare la non coincidenza con i soggetti autori dell'atto da sciogliere».

¹⁴⁶ Un'applicazione di quanto sopra esposto può rinvenirsi nella giurisprudenza sul recesso del socio. A tal proposito si è affermato che, consistendo «il recesso del socio di una società di persone [...] in una dichiarazione unilaterale di volontà diretta a provocare lo scioglimento del vincolo che lo unisce agli altri soci: non richiede alcun consenso da parte degli altri; raggiunge compiutamente il suo scopo non appena sia stata comunicata agli interessati. [...] Sarebbe solo possibile un'accettazione di questa revoca, con conseguente ricostituzione del vincolo sociale»: Trib. Milano, 28 gennaio 1997, Società, 1997, p. 1057; in *Giur. it.*, 1997, I, c. 712; in *Notariato*, 1997, p. 543, con nota di D. CENNI.

¹⁴⁷ Su tutti v. A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 100 ss. Sul tema della retroattività negoziale si veda, *amplius*, M. GRANDI, *La modernità del dogma retrospettivo*, cit., p. 835 ss. e, *ivi*, per maggiori indicazioni bibliografiche.

La retroattività dell'atto, la cui funzione è di rimuovere gli effetti causati dal recesso per inadempimento, comporta la reviviscenza delle obbligazioni originarie, intesa, però, non come loro rinascita *ex novo*. Eliminata, infatti, la vicenda risolutiva, il contratto riprende ad essere efficace e vincolante, come se non fosse mai stato sciolto, «dovendosi ritenere che la reviviscenza» operi nelle ipotesi in cui, «estintosi il rapporto», senza che abbia trovato attuazione «la situazione di interesse che ne costituisce il fondamento», si perfezioni una «fattispecie di ripresa del rapporto [...] destinata «a consentire» la realizzazione dell'interesse insoddisfatto¹⁴⁸.

Questo profilo è delicato, se non critico, quando il contratto oggetto della risoluzione abbia avuto efficacia reale. È oramai noto il dibattito sulla struttura del mutuo dissenso dei contratti che costituiscono o trasferiscono diritti.

Secondo la dottrina formatasi nel vigore del codice abrogato, il mutuo dissenso è un *contrarius actus* a parti invertite, che opera *ex nunc*, realizzando una situazione economica approssimativamente uguale allo stato antecedente la conclusione del contratto¹⁴⁹. Nell'ipotesi in esame, perciò, il mutuo dissenso costituirebbe un duplicato del contratto risolto, ma avrebbe una peculiare e diversa causa estintiva, e dovrebbe essere trascritto *ex art. 2643, primo comma, n. 1, c.c.*¹⁵⁰. Ampie e persuasive sono le critiche formulate nei confronti di questa tesi e, in particolare, il rilievo della incompatibilità fra la causa estintiva, che il mutuo dissenso dovrebbe realizzare, e la sua efficacia traslativa, il cui più limitato risultato è, invece, di creare una situazione economica simile a quella originaria¹⁵¹.

Dopo il 1942, la dottrina ha proposto una diversa strutturazione del contratto (cd. *contrarius consensus*), da un lato, affermandone l'effica-

¹⁴⁸ G. GIACOBBE, *Reviviscenza e quiescenza*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 191.

¹⁴⁹ Su tutti v. G. DEJANA, *Contrarius consensus*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, I, p. 89. Cfr., in giurisprudenza, Cass., 10 luglio 2008, n. 18859, in *Mass. Giur. it.*, 2008; Cass., 30 agosto 2005, n. 17503, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 10; Cass., 7 marzo 1997, n. 2040, in *I Contratti*, 1997, p. 546, con nota di G. BONILINI.

¹⁵⁰ Cfr. L. FERRI-P. ZANELLI, *Trascrizione*, cit., *sub art. 2655, o. 372*; in giurisprudenza v. Trib. Catania 26 gennaio 1983, in *Vita not.*, 1984, 809, con nota di G. DE RUBERTIS.

¹⁵¹ M. GRANDI, *Il mutuo dissenso di donazione. Inquadramento sistematico*, in *Notariato*, 2013, p. 205. Per una più ampia disamina della questione si rinvia a F. ALCARO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 67 ss.

cia retroattiva, che inverte la titolarità del diritto dal giorno del trasferimento, come se non fosse avvenuto, e dall'altro, ribadendone la tipica funzione estintiva¹⁵². Ne segue che il mutuo dissenso non è fonte di attribuzioni patrimoniali e può solo essere annotato a norma dell'art. 2655, ult. comma, c.c.

Contro questa tesi, che la giurisprudenza ha più volte seguito¹⁵³, si è ritenuto di poter ricostruire il mutuo dissenso quale contratto risolutivo ad efficacia obbligatoria (suscettibile di annotazione *ex art.* 2655, ult. comma, c.c.) seguito da un trasferimento solutorio, a struttura unilaterale o bilaterale, che può essere trascritto *ex artt.* 2643, primo comma, n. 1, o 2645 c.c.

Tale modello, invero, come è stato osservato, è alternativo allo schema del *contrarius actus* e ben può essere seguito dalle parti, che intendano estinguere il rapporto pregresso *ex nunc*. Nel caso di scioglimento retroattivo, invece, appare sistematicamente conforme la strutturazione del negozio in un unico atto che, al pari della dichiarazione unilaterale di risoluzione, produce l'effetto estintivo-risolutivo, ripristinando lo stato anteriore allo scioglimento del contratto¹⁵⁴.

Sul piano della pubblicità immobiliare ciò comporta che, se il relativo adempimento non è stato ancora eseguito (la trascrizione della domanda giudiziale o l'annotazione dell'atto bilaterale di accertamento), le parti non hanno oneri pubblicitari da adempiere. In caso contrario, si procederà, invece, alla cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale (art. 2668, primo comma, c.c.) o dell'annotazione (arg. *ex art.* 2668 c.c.).

6.1. Il confronto con la condizione di inadempimento

La disponibilità ad opera del creditore dell'effetto risolutivo impone un suo confronto con la cd. condizione unilaterale di inadempimento, figura innominata, che racchiude le più moderne declinazioni dell'istituto: da un lato, la condizione di inadempimento, da un altro, la condizione unilaterale¹⁵⁵.

¹⁵² V., *retro*, nt. 82.

¹⁵³ Cfr. Cass., sez. trib., 6 ottobre 2011, n. 20445, cit.; Comm. trib. prov. Matera, 14 ottobre 2005, n. 157, in *Il Fisco*, 2006, p. 1084; Comm. trib., reg. Potenza, 7 gennaio 2009, n. 4/2/09, *ivi*, 2009, p. 3447, con nota di M.A. CASINO-F. RONDINONE.

¹⁵⁴ M. GRANDI, *Il mutuo dissenso di donazione*, cit., pp. 206-207, secondo cui la risoluzione *uno actu* del trasferimento è in linea con il principio consensualistico (art. 1376 c.c.), che unisce, nel contratto, *titulus e modus acquirendi*.

¹⁵⁵ Nota e inesauribile, se non per rinvio, è la letteratura dedicata all'istituto della

Entrambi i sintagmi esprimono un inquadramento funzionale della condizione nella logica non solo dell'"atto", ma dell'"attività"¹⁵⁶, che si estende dalla fattispecie all'intero procedimento¹⁵⁷, ed entrambi hanno formato oggetto di un ampio dibattito teso a stabilirne l'ammissibilità.

È oramai noto come la dottrina e la giurisprudenza degli anni '50-'70 negassero la deducibilità in condizione dell'inadempimento contrattuale, eccedendo, per un verso, la certezza dell'evento e, per l'altro, la conversione di un elemento essenziale ed intrinseco del contratto in accidentale ed estrinseco, da cui sarebbe scaturita la sua nullità per mancanza della causa o dell'oggetto (art. 1418 c.c.)¹⁵⁸.

condizione, il cui studio si è evoluto con le fondamentali opere di D. BARBERO, *Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Giuffrè, Milano, 1937; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, Milano, 1939; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1941; ID., *Condizione (Diritto civile)*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Treccani, Roma, 1988; U. NATOLI, *Della condizione nel contratto*, in *Commentario D'Amelio-Finzi, Libro IV, Delle obbligazioni*, I, cit., p. 419 ss.; P. RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961, p. 762 ss.; A.C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Giuffrè, Milano, 1975. Nella dottrina successiva si richiamano S. MAIORCA, *Condizione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. III, Utet, Torino, 1988, p. 273 ss.; AMADIO, *La condizione di inadempimento, Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Giuffrè, Milano, 1995; M. COSTANZA, *Condizione nel contratto*, in *Comm. cod. civ. diretto da A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli-Il foro italiano*, Bologna-Roma, 1997; G. PETRELLI, *La condizione «elemento essenziale» del negozio giuridico. Teoria generale e profili applicativi*, Giuffrè, Milano, 2000; AA.VV., *La condizione nel contratto tra "atto" e "attività"*, a cura di F. Alcaro, Cedam, Padova, 2008.

¹⁵⁶ F. ALCARO, *La condizione tra "atto" e "attività"*, in AA.VV., *op. ult. cit.*, p. 195 ss.

¹⁵⁷ Intuibile il rinvio ad A. FALZEA, *La condizione*, cit., p. 26 ss., che definisce la condizione un "coelemento" incerto ed accidentale dell'atto giuridico, inserito volontariamente dalle parti e teso ad attuare un "sistema di interessi esterno", alternativo al «sistema di interessi interno» al contratto. L'influenza del suo pensiero negli studi successivi è ben esplicita da M. INDOLFI, *La condizione secondo la teoria della fattispecie. La concezione di Falzea. I successivi sviluppi*, in AA.VV., *op. ult. cit.*, p. 2. Sul concetto giuridico di "attività" si veda, invece, A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Tratt. dir. priv. europeo*, a cura di N. Lipari, vol. III, Padova, Cedam, 2003, p. 3 ss.

¹⁵⁸ *Inter alios* G. FUSCO, *Ancora in tema di adempimento come condizione*, in *Vita not.*, 1984, p. 293 ss. Per una sintesi dell'evoluzione del dibattito si veda S.V. MIRANDA, *L'adempimento dedotto in condizione: problemi e disciplina*, in AA.VV., *La condizione nel contratto*, cit., p. 295 ss. In giurisprudenza cfr. Cass., 7 marzo 1966, n. 649, in *Mass. For. it.*, 1966, p. 218, relativa ad un preliminare di compravendita immobiliare, la cui efficacia era stata subordinata al mutamento di destinazione urbanistica dell'immobile e al pagamento del corrispettivo; Cass., 20 ottobre 1972, n. 3154, in *Foro it.*, 1973, I, c. 1664, che affrontava, invece, il caso di una transazione sospensivamente condizionata all'esecuzione delle reciproche concessioni.

Contro queste obiezioni si è rilevato, in un successivo e pregevole studio, che «l'indebita sovrapposizione tra *atto dovuto* ed evento *certo* cancella la distinzione tra dinamica giuridica (dell'effetto) e causalità fisica (del fatto), tra il piano assiologico del *sollen* e quello fattuale del *sein*»¹⁵⁹ e che la strumentalità della condizione alla soddisfazione di un interesse intrinseco al programma contrattuale non ne pregiudica la validità, poiché la clausola accessoria opera *in executivis*, senza incidere sul giudizio richiesto *ex ante* dalla legge per giustificare l'effetto voluto dalle parti, ma limitandosi a redistribuire il «rischio connesso al mutamento delle circostanze di fatto»¹⁶⁰. D'altronde, l'evento futuro ed incerto, cui è subordinata l'efficacia del contratto, non è l'obbligo di prestazione (o la sua violazione), ma il dato fattuale della condotta tenuta dal debitore¹⁶¹, e l'interesse sotteso gli accede al piano esterno del regolamento, quale «interesse alla ricomposizione qualitativa del patrimonio» in forma extraprocessuale, senza confondersi nell'interesse alla prestazione oggetto dell'obbligazione inattuata, che è, invece, intrinseco al contratto¹⁶².

La diffusione nella prassi della figura è fortemente indicativa delle fughe, ad opera dell'autonomia privata, dalla tutela giudiziale. Sembra, in particolare, che, mentre il recesso *ex art.* 1385 c.c. e la clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) siano inclini a governare lo scioglimento dei contratti ad efficacia obbligatoria, ad esecuzione istantanea (come il preliminare) o periodica, la condizione di (in)adempimento supplisca alle carenze di questi istituti nell'ambito della circolazione immobiliare, ossia l'inopponibilità dell'effetto estintivo e la pubblicità¹⁶³.

¹⁵⁹ G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 85.

¹⁶⁰ G. AMADIO, *op. ult. cit.*, pp. 218-219.

¹⁶¹ R. LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela. L'adempimento dedotto in condizione*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 22, p. 96; ID., *Della condizione*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Libro IV, vol. I, cit., sub art. 1353, p. 258 ss. L'Autore, soffermandosi sul ruolo che la condizione di adempimento può svolgere nei contratti ad efficacia reale, osserva che, nel modo sospensivo, l'istituto assicura una tutela simile all'eccezione di inadempimento, mentre, nel modo risolutivo, privilegia la "tutela reale" del dante causa alla tutela risarcitoria.

¹⁶² G. AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 306. Sull'ammissibilità della clausola in giurisprudenza, si vedano, *ex plurimis*, Cass., 12 luglio 2013, n. 17287, in *Dir. e Giust.*, 15 luglio 2013; Cass., 30 aprile 2012, n. 6634, in *Guida dir.*, 2012, 27, 54 (s.m.); Cass., 8 agosto 1990, n. 8051, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce «Obbligazioni e contratti», n. 256; *contra* Cass., 3 marzo 1997, n. 1842, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1102.

¹⁶³ Nei contratti ad efficacia reale, la condizione opera diversamente a seconda

Come già osservato, gli artt. 1357 e 1360 c.c. consentono di opporre l'avveramento della condizione a chiunque acquisti *medio tempore* il diritto subordinato, tutelando in forma *reale* dall'inadempimento della controparte il creditore fedele, che abbia curato di pubblicizzare la clausola (art. 2659 c.c.)¹⁶⁴. Ciò è manifestamente diverso dal principio stabilito all'art. 1458 c.c., secondo cui la «la risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi».

Le risposte date in merito dalla dottrina esprimono un diverso inquadramento dogmatico della figura, la cui ammissibilità è oramai pacifica. Ove la si concepisca come deroga alla disciplina codicistica della tutela sinallagmatica, l'intangibilità della sfera giuridica altrui ed il principio di relatività del contratto (art. 1372 c.c.) escludono il potere delle parti di derogare all'art. 1458, primo comma, c.c. e inducono, perciò, ad affermare che l'avveramento della condizione non sia opponibile *erga omnes*¹⁶⁵.

che l'evento prescelto sia l'adempimento o l'inadempimento. Nel primo caso, la condizione (sospensiva) non subordina l'efficacia dell'intero contratto, ma solo dell'attribuzione patrimoniale, facendo quindi contestualmente nascere, in capo all'acquirente, l'obbligazione corrispettiva: R. LENZI, *In tema di adempimento come condizione: ammissibilità, qualificazione e disciplina*, in *Riv. not.*, 1986, p. 91, che si rifà all'art. 1353 c.c. nella parte in cui consente di apporre la condizione ad un "singolo patto", ritenendo che l'inciso possa essere indistintamente applicato alle clausole accessorie e alle clausole disciplinanti le obbligazioni attuative del sinalagma. In alternativa, secondo G. PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico: teoria generale e profili applicativi*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 431 ss., la condizione sospensiva di adempimento costituirebbe una nuova ipotesi in cui l'effetto si produce «un istante logico anteriore alla realizzazione dell'interesse mediante esecuzione» alla luce del valore "programmatico" del comportamento tipico.

¹⁶⁴ È discusso in dottrina se il meccanismo sotteso all'art. 1357 c.c. sia legato alla retroattività della condizione (art. 1360 c.c.) o, al contrario, ne prescinda. Contro l'opinione affermativa (U. NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., sub art. 1357, p. 465; S. MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 318; nella letteratura successiva, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 628), parte della dottrina ha proposto di considerarlo un istituto autonomo (A. C. PELOSI, *La pretesa retroattività della condizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 825 ss., spec. 916, la cui riflessione tende al maggior fine di dimostrare che la retroattività della condizione, pur essendo testualmente riconosciuta dall'art. 1360 c.c., è, invece, un relitto storico), un criterio formale di composizione di un conflitto di diritti (A. BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p.181 ss.) o una *condicio iuris* (S. MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 310; P. RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 774, 797). Per un sintetico inquadramento della problematica e delle sue ricadute applicative v. M. GRANDI, *La retroattività della condizione*, cit., p. 291 ss.

¹⁶⁵ Cfr. M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, cit., sub art. 1353, pp. 8-9: «ammettere la condizione risolutiva di adempimento (cioè di inadempimento) equivale ad attribuire alle parti la facoltà di coinvolgere i terzi nelle vicende del rapporto

Ritenendo, invece, che gli istituti considerati siano fra di loro alternativi, la deduzione in contratto dell'inadempimento rende inapplicabile gli artt. 1453 ss. c.c., sottoponendo, al contrario, la dinamica esecutiva del rapporto alla disciplina della condizione, il cui evento non giustifica l'inoperatività degli artt. 1357 e 1360 c.c.¹⁶⁶. Il ricorso alla condizione esprime, infatti, una diversa programmazione degli interessi contrattuali e connota l'efficacia del trasferimento di una reversibilità ben lontana dalla «vicenda autonoma incidente *ab extra* su effetti prodottisi in modo pieno»¹⁶⁷. Non a caso, i terzi devono poter conoscere sin dall'inizio lo stato di congenita precarietà del contratto, non potendo altrimenti essere evitati a causa del suo scioglimento (art. 2659 c.c.)¹⁶⁸.

La giurisprudenza ha seguito e riconfermato la seconda delle preindicate impostazioni, ammettendo l'opponibilità dell'evento estintivo. In due pronunce – la prima del 2006¹⁶⁹, la seconda del 2012¹⁷⁰ – il Supremo Collegio ha interpretato il patto accessorio ad un contratto di rendita vitalizia non già come clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), bensì quale condizione risolutiva (art. 1353 ss. c.c.), deducendone, perciò, l'avveramento in danno dei successivi acquirenti¹⁷¹.

Orbene, la condizione unilaterale può evolvere, da un verso, nella cd. rinuncia all'avveramento ai fini della prosecuzione del rapporto e, da un

contrattuale. Tale facoltà non potrebbe condursi al principio generale di autonomia che rimane comunque necessariamente collegato con quello di relatività degli effetti del contratto (art. 1372 c.c.). [...] Ammettere la possibilità di dedurre in condizione (risolutiva) l'adempimento equivale perciò a consentire una modifica convenzione degli effetti dell'inadempimento del contratto nei confronti dei terzi, i cui interessi sono invece estranei all'autonomia privata dei loro danti causa».

¹⁶⁶ Su tutti G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., pp. 309 ss., 364 ss.

¹⁶⁷ G. AMADIO, *op. ult. cit.*, pp. 377 ss., 382 ss., secondo cui la condizione porta ad una strutturazione progressiva del trasferimento che, riconsiderato in una prospettiva «diacronica», giustifica la «gradualità della tutela giuridica». L'inefficacia conseguente all'avveramento della condizione – prosegue l'Autore – non può essere equiparata all'inefficacia successiva prodotta dalla risoluzione del contratto per inadempimento, come afferma, invece, V. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, cit., 1971, p. 370, difettando *ab origine* lo stato dell'efficacia piena.

¹⁶⁸ L'avveramento della condizione costituisce una causa di evizione ex art. 1483 c.c. Cfr. P. GRECO-G. COTTINO, *Della vendita*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 1968, *sub* art. 1483, p. 158.

¹⁶⁹ Cass., 15 novembre 2006, n. 24299, cit.

¹⁷⁰ Cass., 30 aprile 2012, n. 6634, cit.

¹⁷¹ Per un confronto, anche diacronico, fra clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva d'inadempimento v. L. MARTONE, *Condizione risolutiva di inadempimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 71 ss.

altro, nella rinuncia preordinata alla domanda di risoluzione per inadempimento. In entrambi i casi, il confine fra *condicio facti* e tutela legale rischia di diventare evanescente, proprio quando la diversità delle ricadute applicative dipendenti dall'interpretazione del contratto richiederebbe, invece, un discrimine più certo.

6.2. L'unilateralità della condizione e la rinuncia agli effetti

È diffusa l'affermazione secondo cui la condizione si intende unilaterale quando il suo inserimento nel contratto soddisfa l'interesse di una sola delle parti¹⁷², la qual cosa – si osserva – è quanto accade sempre o quasi sempre¹⁷³. A ciò corrisponde, sul piano strutturale, il potere del contraente favorito di scegliere se avvalersi della clausola o rinunciare¹⁷⁴: verificatosi, cioè, l'evento futuro ed incerto, la parte favorita può neutralizzarne gli effetti, come se la condizione sospensiva o risolutiva non si fosse avverata¹⁷⁵.

Questa "conversione", potenzialmente capace di privare l'istituto della sua peculiare e caratteristica automaticità, è giustificata dal generale potere dell'autonomia privata di «escludere che all'evento dedotto in condizione sia ineluttabilmente subordinata l'efficacia del vincolo obbligatorio» (art. 1322 c.c.)¹⁷⁶.

Ciò impone, però, un approfondito accertamento ermeneutico, teso a stabilire, da un lato, se le parti abbiano voluto realmente proceduralizzare, in favore di una sola, l'avveramento della condizione e, dall'altro, se la dichiarazione del cd. contraente favorito sia estrinseca alla fattispecie.

Quanto all'accertamento della natura unilaterale della condizione, è frequente nella giurisprudenza l'affermazione del generico principio

¹⁷² A. VILLANI, *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 557 ss.

¹⁷³ Cfr. F. GAZZONI, *Condizione unilaterale e conflitti con i terzi*, in *Riv. not.*, 1994, p. 1197 ss.; G. LENER, *Interesse alla condizione e condizione unilaterale*, Cedam, Padova, 2002, p. 4; conf. G. BALDINI, *La condizione unilaterale: implicazioni e problemi*, in AA.VV., *La condizione nel contratto*, cit., p. 115 ss.

¹⁷⁴ Cfr. C. SETTESOLDI, *Note in tema di condizione unilaterale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 406.

¹⁷⁵ Osserva D. CARUSI, *Condizione e termini*, cit., p. 297, che la rinuncia della parte favorita opera come una finzione.

¹⁷⁶ Cass., 13 novembre 1970, n. 2396, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 1244, cui *adde* Cass., 15 novembre 1986, n. 6742.

per cui l'unilateralità deve essere testualmente pattuita o, quantomeno, potersi evincere da «un insieme di elementi [...] idonei» a fondare il convincimento che l'altra parte vi aveva interesse. Ove ciò non sia dimostrato da «una prova sicura», «la condizione deve ritenersi apposta nell'interesse di entrambe le parti»¹⁷⁷. L'unilateralità, però, sembra spesso derivare da una integrazione equitativa del contratto invece che dalla sua interpretazione secondo i criteri di legge¹⁷⁸ e questa forzatura, unita alle incertezze nel ricostruire il *nomen juris*¹⁷⁹, rischia di

¹⁷⁷ Cfr., *ex multis*, Cass., 12 giugno 2000, n. 7973, in *Mass. Giur. it.*, 2000; Cass., 30 ottobre 1992, n. 11816, cit., che affronta un caso di domanda *ex art.* 2932 c.c. di esecuzione in forma specifica di un preliminare di compravendita immobiliare. Il Supremo Collegio ha accolto il ricorso principale proposto dal promittente venditore, soccombente in primo ed in secondo grado, ritenendo non sufficientemente provata l'unilateralità della condizione sospensiva, con cui le parti avevano subordinato la conclusione del contratto definitivo all'approvazione comunale del progetto di costruzione sui terreni promessi in vendita o, in alternativa, al mutamento della loro destinazione urbanistica apposta al contratto. La fondatezza della doglianza – afferma il Supremo Collegio – deriva dall'incapacità di «un non meglio precisato spirito della pattuizione» e di «clausole contrattuali dal significato non inequivoco» ad escludere l'interesse di entrambe le parti alla condizione, come invece ritenuto dalla Corte d'appello.

¹⁷⁸ R. DOGLIOTTI, *Condizione unilaterale: un importante revirement della Suprema Corte*, in *Riv. not.*, II, 1994, p. 1240; A. VILLANI, *La condizione unilaterale*, cit., p. 563.

¹⁷⁹ La dottrina ha ritenuto di poter configurare la condizione unilaterale come collegamento accessorio o come doppia condizione. Il primo dei modelli proposti considera il contratto *sub condicione* collegato per accessorialità ad un patto di opzione, nel modo sospensivo, o ad un patto di riscatto o recesso, nel modo risolutivo (A. VILLANI, *La condizione unilaterale*, cit., pp. 581 ss., 588). In particolare, se la condizione è sospensiva, il contraente favorito ha il potere di concludere un secondo contratto di contenuto identico al primo, ma in forma pura. Se la condizione è risolutiva, invece, è in sua potestà di riscattare il diritto trasferito o recedere dal contratto, scegliendo così di produrre gli effetti risolutivi che sarebbero scaturiti *ope legis* dall'avveramento della condizione.

Nel 1992, la Corte di Cassazione (sent., 30 ottobre 1992, n. 11816, cit., su cui v. V. CARBONE, *La condizione unilaterale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Corriere giur.*, 1993, p. 180 ss.), volendo porre fine alle oscillazioni giurisprudenziali in tema, ha parzialmente aderito a questa opinione e ha cercato, al contempo, di individuare la disciplina applicabile. In primo luogo, ha stabilito che la condizione «opera automaticamente sull'efficacia del negozio» riconoscendo come sia «improprio parlare di rinunzia», dal momento che, «durante la sua pendenza», la condizione «è un fatto storico, rispetto al quale non ha senso parlare di rinunziabilità o meno», e che, cessato tale stato, si può «rinunziare ai diritti ma non ai fatti».

In opposizione a questa tesi, diversa parte della dottrina ha ricostruito la figura come duplice condizione, l'una casuale e la seconda potestativa, che si troverebbero, in rapporto di alternatività, durante la pendenza, o di cumulatività, nella fase successiva (R. CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Jovene, Napoli, 1964, p. 227,

sfociare in applicazioni distorsive¹⁸⁰.

D'altronde – e ciò attiene alla conformazione della clausola – la sua completa atipicità ne vieta una strutturazione aprioristica tale da definire univocamente l'atto di parte come segmento conclusivo della pendenza o come seconda condizione apposta al contratto, esigendo invece, secondo gli ordinari canoni ermeneutici, una fedele ricostruzione dell'intento negoziale e, in subordine, la valutazione della sua meritevolezza e della sua liceità (artt. 1322 e 1343 c.c.).

Ai fini della nostra ricerca, la questione applicativa sollevata dalla condizione unilaterale di inadempimento, che deve essere indagata, è se il principio affermato dalla giurisprudenza in merito alla indisponibilità dell'effetto risolutivo si estenda alla cd. rinuncia a valersi della condizione o se, al contrario, la sua completa alternatività al rimedio impugnatorio gli impedisca di operare.

La domanda ricade nella più ampia problematica del rapporto fra disciplina della risoluzione e della condizione, cui si è accennato addietro in ordine alla alternativa fra gli artt. 1357-1360 e 1458 c.c. e che, a tal proposito, è stata affrontata dalla giurisprudenza in favore della completa alternatività degli istituti.

Identica è la prospettiva seguita nel giudizio sull'avveramento della condizione, che prescinde *in toto* dal riscontro degli elementi costitutivi della fattispecie rimediale: l'imputabilità dell'inadempimento, da un lato, e la non scarsa importanza (art. 1455 c.c.), dall'altro. Orbene, se – come si è in precedenza rilevato – il requisito della non scarsa importanza è già ampiamente derogato dall'autonomia privata nell'ambito della risoluzione di diritto, nel contesto della condizione di inadempimento persino l'imputabilità può diventare irrilevante¹⁸¹. A tal proposi-

su cui v., criticamente, F. GAZZONI, *Condizione unilaterale e conflitti con i terzi*, in *Riv. not.*, 1994, p. 1195 ss.). Nel caso in cui la condizione casuale sia sospensiva, la parte favorita può rendere il contratto immediatamente efficace, facendo così avverare la condizione potestativa, o durante la pendenza o dopo che questa si è conclusa, solo se, però, l'evento casuale non si è verificato. Nell'ipotesi della condizione casuale risolutiva (su cui v. R. DOGLIOTTI, *op. loc. ultt. citt.*), invece, la parte favorita può risolvere immediatamente il contratto.

¹⁸⁰ Ampia è la critica che la dottrina muove in merito alla giurisprudenza, tacciata di un'eccessiva "disinvoltura" (R. PERRONE FILARDI NAPPI, *Note critiche sulla condizione unilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 111 ss.) nel valutare l'unilateralità della condizione apposta ad un contratto e di un ricorso a criteri interpretativi incongrui, come l'*id quod plerumque accidit*. Sul punto, v. G. BALDINI, *La condizione unilaterale*, cit., p. 124 ss.

¹⁸¹ Come già osservava S. MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 282, la condizione (di ina-

to, la Corte di Cassazione ha affermato che «la condizione risolutiva si distingue dal *modus* per il fatto di risolvere automaticamente, al suo verificarsi, gli effetti del negozio, [...], a prescindere dalla valutazione di un inadempimento imputabile al donatario, indagine che invece comporta la donazione modale in caso di mancato avveramento del *modus*»¹⁸². L'inadempimento, infatti, non è assunto dalle parti quale condotta inosservante delle obbligazioni contrattuali violate, bensì quale «evento futuro ed incerto», che produce effetti indipendentemente da «indagini sul comportamento colposo o meno dei contraenti», essendo la disciplina della condizione incompatibile con «i principi che regolano l'imputabilità in materia di obbligazioni»¹⁸³. Nel caso di specie, la *non interferenza* degli istituti è rimarcata, dal Collegio, nel confronto con la risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere, che può avvenire solo se «preveduta nell'atto» (art. 793, terzo comma, c.c.) e che è disciplinata dagli artt. 1453 ss. c.c.

Successivamente, la Corte ha ribadito il principio, distinguendo questa volta la condizione di inadempimento dalla clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) e ha ripetuto che l'addebitabilità alla parte obbligata della mancata esecuzione della prestazione esula dall'accertamento teso a stabilire se la condizione si sia verificata, rilevando, a tal fine, solo l'oggettiva idoneità dell'evento a comportare la risoluzione del contratto¹⁸⁴.

dempimento) prescinde «da ogni valutazione in merito all' "imputabilità" o "non imputabilità" del mancato avveramento al soggetto al cui comportamento è riferito l'evento condizionale». Sul punto v. altresì G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 439 ss.

¹⁸² Cass., sez. un., 11 aprile 2012, n. 5702, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 1193. La questione è stata decisa dalle Sezioni Unite per motivi di giurisdizione, non a seguito di rimessione da parte del primo presidente ex art. 374, secondo comma, c.p.c. La controversia verteva su un contratto di donazione, a favore di un Comune, di un bene immobile, che il donatario avrebbe dovuto ristrutturare per mutarne la destinazione d'uso in struttura ricettiva per anziani. Il contratto stabiliva che l'inosservanza dei termini stabiliti dal donante, per il compimento dei lavori, avrebbe comportato l'automatica risoluzione del contratto. La Corte ha ritenuto, confermando la pronuncia impugnata, che la clausola controversa fosse una condizione risolutiva, non un onere, e che, essendosi avverata, il Comune era tenuto a restituire l'immobile.

¹⁸³ Cass., sez. un., 11 aprile, 2012, n. 5702, cit. Si vedano, inoltre, Cass., 13 dicembre 1979, n. 6505; Cass., 6 settembre 1991, n. 9388, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, fasc. 9, ove si afferma che l'indagine sull'imputabilità dell'evento condizionale al comportamento colposo dei contraenti rileva solo i fini di cui all'art. 1359 c.c.

¹⁸⁴ Cass., 30 aprile 2012, n. 6634, cit., da cui prende spunto la disamina di I. RIVA, *A proposito della condizione risolutiva unilaterale di adempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 203 ss., che conclude osservando – condivisibilmente – come «più

Al di là delle ricadute che l'irrelevanza dell'imputabilità può avere sul piano risarcitorio¹⁸⁵, il principio enucleato dalla giurisprudenza avalla la prospettiva teorica secondo cui il ricorso agli artt. 1353 ss. c.c. comporterebbe la completa disapplicazione della normativa sui rimedi sinallagmatici¹⁸⁶ ed in tale chiave dovrebbe leggersi, quindi, la *rinunciabilità* agli effetti della condizione, anche dopo il suo avveramento.

Ammettere, infatti – come la giurisprudenza maggioritaria afferma senza particolari distinzioni concettuali¹⁸⁷ – che la parte favorita possa sempre *rinunciare* agli effetti della condizione, pendente o adempiuta, equivale a riconoscerle un potere di revoca in spregio dell'affidamento della controparte¹⁸⁸. Ove, perciò, non si intenda negare la rinunciabilità *ex post* dell'effetto risolutivo, può ritenersi che l'evento futuro ed incerto sia un *unicum* formato dall'inadempimento, che è il segmento potestativo della condizione rimesso alla volontà del debitore, e dalla dichiarazione del creditore di voler sciogliere il contratto, che costituisce, inve-

che rimedio contro l'inadempimento, la pattuizione in esame realizza una sorta di assicurazione dell'incognita del mancato pagamento, una traslazione in capo al debitore di rischi normalmente gravanti sul creditore» (p. 217).

¹⁸⁵ Secondo G. SICCHIERO, *Clausola risolutiva espressa*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., agg.*, Utet, Torino, 2011, p. 155 ss., ove le parti abbiano pattuito una penale, la condizione risolutiva dovrebbe essere riqualificata come clausola risolutiva espressa, che presuppone sempre l'imputabilità dell'inadempimento. Al contrario, Cass., 15 novembre 2006, n. 24299, cit. ha riconosciuto la cumulabilità della condizione risolutiva con la riscossione della penale, ma l'assenza di motivazione sul punto non aiuta a comprendere se la Corte abbia ritenuto l'imputabilità dell'inadempimento un presupposto implicito per configurare la pattuizione come clausola penale.

¹⁸⁶ G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Tratt. contr.*, diretto da V. Roppo, vol. IV, t. 2, cit., pp. 29-30, che, rimeditando le conclusioni cui era giunto nello studio monografico (*La condizione di inadempimento*, cit., pp. 429 ss., 439 ss.), prefigura il «presumibile affievolimento di altri profili di tutela del risolvente (primo fra tutti il risarcimento del danno)».

¹⁸⁷ Cfr. Cass., 5 settembre 1989, n. 3851, in *Mass. Giur. it.*, 1989; App. Roma, 14 gennaio 1986, in *Giur. it.*, 1987; Trib. Verona, 2 gennaio 1975, in *Giur. it.*, 1976, II, c. 552, con nota di A. SMIROLDO.

¹⁸⁸ Come puntualmente osserva G. GABRIELLI, *Vincolo unilaterale e recesso unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 107, «occorre infatti distinguere, secondo che, verificatasi la condizione, debba ritenersi che gli effetti contrattuali si risolvono, a meno di una dichiarazione dell'interessato in senso contrario; ovvero che, nella stessa ipotesi, gli effetti permangono, a meno di una dichiarazione risolutiva dell'interessato medesimo». Si veda, inoltre, F. GAZZONI, *La condizione unilaterale*, loc. cit., secondo cui la rinuncia «non può mai ipotizzarsi quando gli effetti si producono, ma solo quando la loro produzione è incerta o (dando vita a un nuovo contratto) quando essa è divenuta impossibile. Se la condizione sospensiva si avvera o quella risolutiva manca nessuna rinuncia è possibile».

ce, il segmento conclusivo della pendenza, dipendente dalla volontà del creditore.

Lo stato di incertezza prosegue, quindi, sino a quando la parte fedele abbia dichiarato di valersi della clausola condizionale. Il creditore è tenuto a compiere la sua scelta nel termine convenuto o, in sua assenza, in modo da non ingenerare l'affidamento della controparte nell'avvenuto scioglimento del contratto. Ciò non solo si evince dalla clausola generale di buona fede (artt. 1366 e 1375 c.c.), ma è confermato dalla disciplina sia della risoluzione di diritto (artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.) sia della Convenzione di Vienna che, come si è rilevato, limita l'esercizio del recesso in un «tempo ragionevole» successivo all'inadempimento.

La mancata dichiarazione rende certo che la condizione non potrà verificarsi e, dunque, il contratto conserverà efficacia, fermo in tal caso, però, il diritto a risolvere il contratto *ex art. 1453 c.c.*¹⁸⁹, ove, naturalmente, ne ricorrano i presupposti.

7. L'atto unilaterale di risoluzione nell'ipotesi di inadempimenti reciproci o di c.d. eccezione di risoluzione

La configurazione della risoluzione per inadempimento alla stregua di un diritto potestativo stragiudiziale consente di semplificare alcune problematiche, che hanno impegnato dottrina e giurisprudenza.

Il primo tema è costituito dalla c.d. reciprocità di inadempimenti, che – come è stato scritto in un contributo monografico sull'argomento¹⁹⁰ – consiste oggettivamente nella «mancata esecuzione di prestazioni (reciproche e) corrispettive, cioè sinallagmatiche, interdipendenti». La fattispecie è tutt'altro che rara nella giurisprudenza, la quale è consolidata¹⁹¹ nell'affermare che, in tal caso, il giudice deve procedere a una valutazione unitaria e comparativa della condotta di entrambi i contraenti, per apprezzarne l'effettiva gravità ed incidenza causale rispetto alla finalità economica complessiva del contratto. Non sempre, infatti, sussistono tecnicamente inadempimenti reciproci, perché spesso la mancata esecuzione di una delle

¹⁸⁹ Secondo Cass., 8 agosto 1990, n. 8051, cit., la domanda di risoluzione del contratto *ex art. 1453*, primo comma, c.c. costituisce implicita rinuncia del creditore agli effetti della condizione di inadempimento.

¹⁹⁰ D. MANTUCCI, *L'inadempimento reciproco*, Esi, Napoli, 1990, p. 13.

¹⁹¹ Cass., 3 luglio 2013, n. 16637; Cass., 29 gennaio 2013, n. 2075, in *Guida dir.*, 2013, 14, p. 61; Cass., 30 marzo 1989, n. 1554, in *Mass. Giur. it.*, 1999.

due prestazioni trova fondamento e giustificazione nell'inadempimento altrui ed è riconducibile, pertanto, all'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.). Il giudice deve distinguere, quindi, se la mancata esecuzione della prestazione possa o no essere qualificata come inadempimento, anche allo scopo di valutare la condotta dell'altro contraente. I criteri più diffusi per valutare l'incidenza dei rispettivi inadempimenti sul sinallagma contrattuale sono quelli di priorità, causalità e proporzionalità¹⁹².

L'esito della valutazione giudiziale può essere diversificata, perché – se è vero che l'inadempimento di uno dei contraenti può risultare significativamente più incisivo dell'altro e degradare quest'ultimo a mancato adempimento giustificato dall'altrui violazione – in concreto può accadere che entrambe le condotte non risultino conformi al programma negoziale o anche semplicemente agli obblighi derivanti dalla buona fede contrattuale (art. 1375 c.c.). Occorre stabilire, quindi, il momento in cui può ritenersi sciolto il contratto, che coincide con quello in cui uno dei contraenti abbia, prioritariamente rispetto all'altro, espresso la volontà di ritenere sciolto il contratto in conseguenza dell'altrui inadempimento. Non rileverà la propria ulteriore condotta inadempiente ai fini di ritenere estinto il rapporto contrattuale, ma esclusivamente sul piano delle eventuali conseguenze risarcitorie, le quali – in caso di reciproci inadempimenti – possono coesistere e dar luogo ad obbligazioni "post-contrattuali" suscettibili di compensazione.

È possibile, altresì, che il giudice ritenga che alcuno dei lamentati e rispettivamente allegati inadempimenti presenti i requisiti di importanza tali da rendere legittima la dichiarazione unilaterale di scioglimento. In tal caso, emergerà obiettivamente una comune volontà di non dare attuazione al programma negoziale, ma il contratto non potrà essere ritenuto implicitamente risolto, salvo che sussistano reciproche manifestazioni di volontà, anche implicite, tali da configurare il mutuo dissenso e la risoluzione volontaria del rapporto contrattuale¹⁹³.

¹⁹² In particolare, quest'ultimo è considerato il criterio prevalente: Cass., 24 settembre 2009, n. 20614; Cass., 16 maggio 2006, n. 11430.

¹⁹³ Sulla risoluzione consensuale del contratto, oltre agli Autori citati supra, nota 144, si vedano, nella letteratura conforme all'inquadramento nello schema del *contrarius consensus*, M. FRANZONI, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger-F.D. Busnelli, vol. I, Giuffrè, Milano, 1998, p. 42 ss.; F. ALCARO, *Il mutuo dissenso*, in *Tratt. dir. civ.* del Consiglio Nazionale del notariato, diretto da P. Perlingieri, vol. IV, t. 7, Esi, Napoli, 2011, p. 67 ss.; V. VERDICCHIO, *La circolazione dei beni di provenienza donativa*, Esi, Napoli, 2012, p. 53 ss. Per una diversa impostazione, che distingue il mutuo dissenso ad efficacia obbligatoria

L'altro problema, certamente estraneo alle previsioni del legislatore del 1942, che ha interessato dottrina e giurisprudenza degli ultimi anni, è quello della configurabilità della c.d. eccezione di risoluzione¹⁹⁴. Il problema è quello di stabilire se il contraente richiesto dell'adempimento possa paralizzare la pretesa non limitandosi semplicemente all'eccezione dilatoria di inadempimento (art. 1460 c.c.)¹⁹⁵, ma facendo valere l'inadempimento della prestazione e dichiarando di ritenere risolto il contratto. Mentre, infatti, con l'eccezione di inadempimento la parte rifiuta temporaneamente l'esecuzione della prestazione in mancanza dell'esecuzione (o della relativa offerta) dell'obbligazione corrispettiva, l'eccezione di risoluzione consiste nella manifestazione della volontà di considerare l'altrui inadempimento come sufficientemente rilevante e tale da far perdere ogni interesse all'esecuzione del contratto.

L'ammissibilità di tale figura è contestata dai sostenitori¹⁹⁶ della tradizionale natura giudiziale della risoluzione, in base alla considerazione della necessità di una pronuncia giudiziale che sancisca lo scioglimento del contratto e della conseguente inefficacia di una mera eccezione di risoluzione. Al contrario, la dottrina¹⁹⁷ più sensibile alla natura sostan-

dall'adempimento traslativo *solvendi causa*, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2007, p. 1034 ss.; F. TOSCHI VESPASIANI, *Riflessioni intorno al mutuo dissenso: spunti per il ripensamento di un dibattito nell'ottica di un raccordo tra opzioni dogmatiche e prassi negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 271 ss.

¹⁹⁴ Sul tema, ampiamente, M. DELLACASA in M. DELLACASA-F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., p. 156 ss., ove ulteriori richiami dottrinali e citazioni giurisprudenziali.

¹⁹⁵ Nell'ampia bibliografia sull'eccezione di inadempimento, F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in M. DELLACASA-F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., p. 413 ss.; P.M. VECCHI, *L'eccezione di inadempimento*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Giappichelli, Torino, 2002, p. 378 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Risoluzione per inadempimento*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, a cura di F. Galgano, t. II, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 1988; B. GRASSO, *Eccezione di inadempimento e risoluzione del contratto*, Jovene, Napoli, 1973; F. REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 222 ss.; in particolare, sulla proponibilità dell'eccezione conforme alla buona fede, M. COSTANZA, *Buona fede ed eccezione di inadempimento*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2839 ss.

¹⁹⁶ M. ROSSETTI, in M. ROSSETTI-C. BALLETTI-M. MARTINO, *Risoluzione. Inadempimento, impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità*, in *Dir. priv. Giur. Cendon, I contratti in generale*, vol. XIII, Utet, Torino, 2000, p. 456 ss.; R. ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, Cedam, Padova, 2003, p. 21 ss.

¹⁹⁷ I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 337 ss.; M. DELLACASA, in M. DELLACASA-F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., p. 156 ss.

ziale dell'atto risolutivo, ne ammette la proponibilità, non mancando di porre in luce il vantaggio per il contraente di pervenire allo scioglimento del rapporto contrattuale senza la «rigidità e la lentezza della risoluzione giudiziale». Anche la giurisprudenza¹⁹⁸ si è orientata in tal senso, affermando espressamente che il convenuto per l'adempimento, che intenda far valere l'inadempimento dell'attore, non ha l'onere di proporre domanda riconvenzionale di risoluzione, ma può invocare l'art. 1460 c.c. per rifiutare definitivamente l'adempimento.

Attribuendo alla risoluzione del contratto la natura di atto unilaterale espressione di un diritto potestativo del contraente non inadempiente, non v'è dubbio che la risoluzione possa essere fatta valere in via di eccezione nell'ambito del giudizio promosso dalla controparte per ottenere l'adempimento. Non si pone, infatti, in questa prospettiva, il problema di ammettere la proponibilità di un'eccezione che – a differenza di altri istituti (annullabilità: art. 1442, quarto comma c.c.; rescissione: art. 1449, secondo comma, c.c.) – non è stata espressamente prevista dalla legge¹⁹⁹, ma semplicemente di riconoscere che l'esercizio del diritto potestativo di risoluzione possa essere esercitato anche nell'ambito di un giudizio, nel quale la controparte abbia richiesto l'esecuzione del contratto, con effetti sostanziali di automatica estinzione del contratto stesso, a fronte della quale l'attore potrà domandare in via riconvenzionale l'accertamento dell'insussistenza del requisito di non scarsa importanza e la conseguente inefficacia della dichiarazione.

¹⁹⁸ Cass., 4 marzo 2005, n. 4777, in *Mass. Giur. it.*, 2005, in *CED Cassazione*, 2005; Cass., 23 aprile 2002, n. 5928, in *Danno resp.*, 2003, p. 66; Cass., 1 luglio 2002, n. 9517, in *Arch. civ.*, 2003, p. 531.

¹⁹⁹ Fattispecie “speciali” di eccezioni di inadempimento possono essere considerate l'art. 1482 c.c., che attribuisce al compratore di sospendere, secondo buona fede, il pagamento del prezzo, quando il bene sia gravato da un diritto reale di godimento in favore di terzi ma che la sospensione del pagamento non sia contrario alla buona fede (Cass., 6 agosto 1999, n. 8481, in *Mass. Giur. it.*, 1999); l'art. 1495, terzo comma, c.c., che consente al compratore di far valere, in via di eccezione, la garanzia per i vizi della cosa venduta, l'art. 1667 c.c., che contiene analoga disposizione in caso di difformità o vizi dell'opera oggetto del contratto di appalto e l'art. 1901 c.c., che ammette la sospensione della copertura assicurativa in caso di mancato pagamento del premio (come riconosciuto da Cass., 14 febbraio 2013, n. 3654).

8. *L'atto unilaterale di risoluzione nell'anticipatory breach e come rimedio alla violazione di obblighi precontrattuali*

Il modello della risoluzione attraverso l'atto unilaterale stragiudiziale si rivela particolarmente funzionale come rimedio nell'ipotesi di c.d. *anticipatory breach*, che ha avuto recentemente un importante riconoscimento nella giurisprudenza di legittimità²⁰⁰. L'*anticipatory breach* consiste nel comportamento del debitore che, prima della scadenza dell'obbligazione a suo carico, dimostri di non volere adempiere, così giustificando la volontà del creditore di sciogliere il rapporto contrattuale senza attendere l'esigibilità della prestazione corrispettiva.

Nonostante la mancanza di un espresso dato normativo²⁰¹, che consenta in questi casi di fondare la pretesa di scioglimento del contratto, la dottrina²⁰² ha ricondotto in prevalenza il comportamento del debitore alla violazione "attuale" dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto, legittimando in tal modo il diritto del creditore allo scioglimento del rapporto contrattuale anche *prima* della scadenza dell'obbligazione.

Una tale ricostruzione – che appare del tutto condivisibile, specie per il definitivo superamento dell'antitetico formalistico principio «nessun inadempimento prima del termine»²⁰³ – pone il problema della modalità (giudiziale o automatica) della risoluzione del rapporto contrattuale in presenza dell'*anticipatory breach*.

²⁰⁰ Cass., 21 dicembre 2012, n. 23823, in *Contratti*, 2013, 6, p. 553, con ampia nota di M. DELLA CHIESA, a cui si rinvia per ogni migliore riferimento, anche comparatistico, e approfondimento della problematica, nonché per un quadro completo della bibliografia sul tema, nell'ambito della quale è fondamentale il riferimento a V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Giuffrè, Milano, 2008. L'art. 1200 *Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos* riconosce espressamente la fattispecie dell'inadempimento anticipato, prevedendo che «En caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquél le hubiera fijado para ello, no cumpliere o subsanare la falta de conformidad» (primo comma), ma che «La fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones» (terzo comma).

²⁰¹ L'unica norma che – com'è noto – che stabilisce effetti giuridici conseguenti alla dichiarazione del debitore di non voler adempiere è l'art. 1219, n. 2, c.c., che prevede una delle tre ipotesi di mora *ex re*.

²⁰² Sul punto, V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., p. 22 ss., anche per ulteriori riferimenti.

²⁰³ Sul punto, G. MURARO, *L'inadempimento prima del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 248.

Una prima considerazione di carattere sistematico induce a preferire senza dubbio lo scioglimento mediante atto unilaterale, posto che l'art. 1662 c.c. già prevede il diritto del committente di ottenere la risoluzione automatica del contratto di appalto, come effetto della mancata conformazione dell'opera *in itinere* alle condizioni stabilite dal contratto e alle regole dell'arte entro il congruo termine fissato dall'intimazione del committente²⁰⁴. Si tratta di un'ipotesi in cui l'obbligazione dell'appaltatore di consegnare l'opera non è ancora esigibile, ma il contratto può sciogliersi di diritto come conseguenza di una condotta negligente dell'appaltatore. L'ordinamento, quindi, già conosce una fattispecie nella quale l'inadempimento "anticipato" conduce alla risoluzione automatica del contratto.

Ma deve considerarsi, altresì, che – nell'esecuzione dell'appalto – quando, nel corso dei lavori, risulti evidente che i vizi e le difformità in atto preannunciano un'opera «del tutto inadatta alla sua destinazione» e i vizi e le difformità stesse non risultino eliminabili, il committente può pretendere immediatamente la risoluzione del contratto, senza necessità di attendere il compimento dell'opera. Orbene, a fronte di una condotta che, stante l'irreversibilità dei difetti dell'opera, risulta oggettivamente più grave di quella descritta nell'art. 1662 c.c., apparirebbe a dir poco irragionevole che il committente, piuttosto che ottenere lo scioglimento immediato e automatico del contratto, debba adire necessariamente il giudice e attendere i tempi della pronuncia costitutiva. Si giungerebbe all'inaccettabile risultato di consentire la risoluzione "ritardata" proprio nel caso di più gravi violazioni contrattuali, a fronte della possibilità dello scioglimento automatico in presenza di un inadempimento "anticipato" ma pur sempre emendabile.

Anche al di là del confronto specifico con la disciplina dell'appalto, sovvienne la considerazione generale per cui la condotta del debitore, che ancor prima della scadenza dell'obbligazione, manifesti il proposito di non adempiere merita una reazione immediata a tutela dell'interesse del creditore allo scioglimento del rapporto e al reperimento *aliunde* della prestazione a cui ha interesse.

Se, dunque, anche la c.d. risoluzione per inadempimento anticipato merita di essere configurata come reazione di natura sostanziale, non emergono, in definitiva, ragioni ostative alla qualificazione della pretesa risolutiva come diritto potestativo stragiudiziale nell'intero ambito ap-

²⁰⁴ Sulla risoluzione anticipata nei contratti d'appalto e d'opera, V. PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., p. 40 ss.

plicativo della risoluzione per inadempimento disciplinata nella parte generale del contratto (artt. 1453 ss. c.c.).

Nell'ambito di un'interessante analisi riguardante possibili estensioni dell'ambito applicativo della risoluzione per inadempimento, è stato recentemente proposto, altresì, il rimedio risolutorio nei casi di violazione di obblighi precontrattuali specificamente previsti dalla legge²⁰⁵. È noto, infatti, l'esteso contesto e la progressiva espansione di previsioni normative che pongono a carico di uno o di entrambi i contraenti precisi obblighi (soprattutto informativi) di natura precontrattuale. In questi casi, le soluzioni legislative oscillano tra il rimedio dell'annullamento²⁰⁶ e quello del recesso²⁰⁷, ma l'autorevole dottrina, che ha affrontato la questione, sottolinea l'opportunità di consentire la risoluzione per inadempimento, che offrirebbe il duplice vantaggio di «superar[e] il ricorso alla complessità dell'annullamento per vizi del consenso (dolo, errore), che normalmente sono disagevoli da configurare»²⁰⁸ e di permettere di far valere sul piano risarcitorio la risoluzione precontrattuale. In questa prospettiva si rileva come «risoluzione e recesso, sostanzialmente, si sovrappongono, sempre che il secondo non sia convenzionalmente limitato: esso, infatti, assolverebbe alla funzione di rimediare ad un inadempimento»²⁰⁹. Non v'è dubbio che una simile ricostruzione risulterebbe decisamente semplificata nell'ottica dell'identificazione tra risoluzione e recesso per inadempimento.

9. Conclusioni

L'analisi delle ragioni storiche del modello giudiziale di risoluzione, il confronto con gli ordinamenti europei e con i progetti di unificazione del diritto dei contratti, e, infine, la valutazione dei numerosi indici sistematici di diritto interno consentono di ritenere che il dato letterale

²⁰⁵ E. DEL PRATO, *Ai confini della risoluzione per inadempimento*, in *Contratti*, 2013, 7, p. 653 ss.

²⁰⁶ Nel Codice Civile, ad esempio, art. 1971 c.c., art. 1892 c.c.; nella legislazione speciale, art. 8, l. 6 maggio 2004, n. 129; art. 4, terzo comma, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

²⁰⁷ In particolare, le ipotesi previste nel Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), che, tuttavia, sono configurate dal legislatore per lo più come ipotesi di recesso "penitenziale" e non connesse, pertanto, alla specifica violazione precontrattuale consumata dal professionista.

²⁰⁸ E. DEL PRATO, *Ai confini della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 657.

²⁰⁹ E. DEL PRATO, *op. ult. cit.*

dell'art. 1453 c.c. possa essere oggetto di una lettura alternativa a quella finora tradizionalmente accolta dalla giurisprudenza.

In primo luogo, le modalità (convenzionali o giudiziali) di liquidazione del danno non costituiscono una ragione sufficiente per riservare al giudice il potere di scioglimento del contratto, posto che la coincidenza dei requisiti sostanziali dell'inadempimento nell'ipotesi di caparra confirmatoria e di risoluzione in generale consentono di riconoscere al creditore il diritto allo scioglimento automatico del rapporto contrattuale anche nel caso in cui egli preferisca adire il giudice per la liquidazione integrale del danno; tanto più che il Codice Civile non ha previsto il recesso nella parallela fattispecie della clausola penale, con ciò dimostrando che la liquidazione convenzionale del danno non voleva essere elevata a presupposto condizionante il meccanismo di risoluzione per atto unilaterale.

A sua volta, il generale riconoscimento del c.d. «diritto sostanziale alla risoluzione», che determina il potere del creditore di rifiutare l'adempimento tardivo in tutte le ipotesi in cui – indipendentemente dalla scelta dei contraenti per una specifica modalità di risoluzione automatica (artt. 1385, 1456, 1457 c.c.) – il ritardo abbia provocato la perdita dell'interesse alla prestazione, dimostra che non vi sono ragioni per precludere al contraente fedele il diritto a riacquistare la libertà dal vincolo contrattuale con immediatezza e in conseguenza del mero esercizio di un diritto potestativo. La rapidità dei tempi e la snellezza delle modalità di scioglimento del contratto costituiscono un dato apprezzabile anche nelle non rare ipotesi di anticipatory breach o di violazione di obblighi precontrattuali.

La disciplina della diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.), del *Rücktritt* per ritardo o inesatto adempimento (§ 323 BGB), del termine supplementare per l'adempimento nella Convenzione di Vienna (art. 47) e, infine, della Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos dimostra che, nel caso in cui il ritardo sia grave e determini la caducazione dell'interesse a ottenere la prestazione, la parte adempiente deve essere ammessa a dichiarare la risoluzione del contratto, senza attendere i lunghi tempi del procedimento giudiziario.

I labili confini tra le figure dell'inadempimento e dell'impossibilità sopravvenuta segnalano, allo stesso modo, l'opportunità di un identico meccanismo di scioglimento del contratto e della natura dichiarativa della successiva verifica giudiziale dei relativi presupposti sostanziali.

La natura stragiudiziale e unilaterale della risoluzione per inadempimento appare coerente, del resto, da un lato, con la scelta espressa-

mente compiuta dal legislatore con riferimento a contratti speciali particolarmente significativi per la rilevanza economica e sociale degli interessi delle parti (come il contratto di lavoro subordinato o il contratto di società) e, dall'altro, con le figure di scioglimento del rapporto contrattuale in alcune ipotesi di modifica delle originarie condizioni esistenti al momento di stipulazione del contratto (successione nel contratto, presupposizione).

La possibilità di una disciplina unitaria dell'«atto unilaterale di risoluzione per inadempimento» rivela importanti riflessi pratici della diversa interpretazione dell'art. 1453 c.c., anche sul piano processuale: dal riconoscimento dell'eccezione di risoluzione fino all'esperibilità dei rimedi monitori, cautelari e d'urgenza per il recupero della controprestazione già eseguita dalla parte adempiente. Per queste ragioni, la crescente sensibilità della giurisprudenza verso nuove interpretazioni di istituti sostanziali in funzione del principio costituzionale della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.)²¹⁰ può indurre a valutare l'opportunità di riconoscere che, anche nel nostro ordinamento, il diritto del contraente alla risoluzione del contratto per inadempimento possa essere esercitato con atto unilaterale ad effetti sostanziali.

²¹⁰ Così, Cass., sez. un., 14 maggio 2013, n. 11523, in *Dir. giust.*, 2013, che predilige l'interpretazione restituitiva del litisconsorzio necessario nella simulazione per interposizione fittizia di persona; Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, che ha ritenuto di regola abusivo, perché in contrasto con gli obblighi di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., il frazionamento giudiziale (contestuale o sequenziale) di un credito unitario; anche Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553 ha evocato il principio della ragionevole durata del processo a fondamento della regola *electa una via non datur recursus ad alteram*, intorno alla quale è stato ricostruito il rapporto tra i commi 1 e 2 dell'art. 1385 c.c.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2013
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna 220

VOLUMI PUBBLICATI:

1. MARIA GIOVANNA CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, 1995, pp. X-330.
2. MANUELA MANTOVANI, «*Vizi incompleti*» del contratto e rimedio risarcitorio, 1995, pp. XII-308.
3. EMANUELA NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, 1996, pp. XVI-452.
4. DIANORA POLETTI, *Danni alla persona negli «accidenti da lavoro e da automobile»*, 1996, pp. X-334.
5. LINO SALIS, *Scritti in tema di condominio*, raccolti da Giovanni Maria Uda, 1997, pp. XVIII-620.
6. CLAUDIO TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, 1997, pp. X-254.
7. FRANCESCO D. BUSNELLI - SALVATORE PATTI, *Danno e responsabilità civile. Terza edizione*, 2013, pp. XX-416.
8. ROBERTO CARLEO, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, 1998, pp. VI-154.
9. GIOVANNI COMANDÉ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, 1999, pp. XXIV-512.
10. PIETRO SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, 1999, pp. IV-490.
11. UMBERTO BRECCIA, LUCIANO BRUSCUGLIA, FRANCESCO D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, 2001, pp. XIV-394.
12. FRANCESCO D. BUSNELLI, *Il danno biologico. Dal "diritto vivente" al "diritto vigente"*, 2001, pp. XXVIII-404.
13. LUCILLA GATT, *La liberalità. I*, 2002, pp. XIV-478.
14. ALBERTO MARIA BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, 2002, pp. X-438.
15. ENRICO CAMILLERI, *La formazione unilaterale del rapporto obbligatorio*, 2004, pp. XIV-194.
16. ELENA BARGELLI, *Proprietà e locazione. Prelazione e valore di scambio*, 2004, pp. XII-324.
17. MATTEO DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, 2004, pp. XIV-466.

18. GIOVANNI MARIA UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, 2004, pp. XIV-562.
19. MARILENA GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto. Contributo per una ricostruzione sistematica*, 2005, pp. XII-292.
20. MARIA CARLA CHERUBINI, *Tutela del «contraente debole» nella formazione del consenso*, 2005, pp. VIII-168.
21. ENZA PELLECCCHIA, *Scelte contrattuali e informazioni personali*, 2005, pp. XVI-224.
22. ALESSANDRO P. SCARSO, *Il contraente «debole»*, 2006, pp. VIII-240.
23. ROBERTO PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, 2007, pp. X-302.
24. STEFANO PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, 2007, pp. XII-260.
25. ANTONIO SPADAFORA, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno*, 2007, pp. X-298.
26. ENRICO CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, 2007, pp. VIII-184.
27. ANDREA RENDA, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, 2008, pp. XVIII-374.
28. GRAZIA CECCHERINI, *Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato*, 2008, pp. VIII-282.
29. VALENTINA CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, 2008, pp. VIII-548.
30. LAURENCE KLESTA DOSI, *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino. Modelli privatistici e orizzonte europeo*, 2008, pp. XII-404.
31. ALESSANDRO GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, 2008, pp. XII-268.
32. GIORGIO AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, 2008, pp. XIV-290.
33. CARMINE B.N. CIOFFI, *Classe, concetto e tipo nel percorso per l'individuazione del diritto applicabile ai contratti atipici*, 2008, pp. VIII-308.
34. STEFANO CHERTI, *L'obbligazione alternativa. Nozione e realtà applicativa*, Seconda edizione riveduta e ampliata, 2008, pp. XII-212.
35. MARIA GAGLIARDI, *Contratto di assicurazione*, 2009, pp. XII-328.
36. ARIANNA FUSARO, *Informazioni economiche e «reputazione d'impresa»*, 2010, pp. X-278.

37. LUCA NOCCO, *Il sincretismo causale e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, 2010, pp. XXXIV-390.
38. ANNA SCOTTI, *Obbligo e obbligazione nel diritto di famiglia*, 2010, pp. X-258.
39. ANNA PAOLA UGAS, *Fatto e dinamica nel diritto*, 2011, pp. VIII-280.
40. AGNESE QUERCI, *Sicurezza e danno da prodotti medicali*, 2011, pp. XXII-346.
41. FILIPPO VIGLIONE, *Metodi e modelli di interpretazione del contratto. Prospettive di un dialogo tra common law e civil law*, 2011, pp. X-278.
42. MARCO MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, 2011, pp. XVI-292.
43. MAURO GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, 2011, pp. XVIII-510.
44. LUCA GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, 2012, pp. XIV-242.
45. PAOLA IAMICELI, *L'esclusione dal contratto*, 2012, pp. XXXIV-318.
46. ENZA PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, 2012, pp. XXVIII-236.
47. BENEDETTA AGOSTINELLI, *Il patto abusivo. Fenomenologia e rimedi*, 2012, pp. VIII-252.
48. NICOLETTA MUCCIOLI, *Studio sul contegno concludente*, 2012, pp. VIII-156.
49. MATTEO DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, 2013, pp. XXIII-545.
50. CHIARA PASQUINELLI, *Le leggi dannose. Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, 2013, pp. VIII-288.
51. ALESSANDRO MANTELERO, *Il ruolo dello stato nelle dinamiche della responsabilità civile da danni di massa. Tre variazioni sul tema: uranio impoverito, emoderivati e Vajont*, 2013, pp. XIV-226.
52. L. PASCUCCI, *Ritrattazione della volontà risolutoria e reviviscenza del contratto*, 2013, pp. X-326.
53. M.. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, 2013, pp. VIII-272.

€ 25,00

