

# OPINIO JURIS *in Comparatione*

## Studies in Comparative and National Law

Principles of Latin American Contract Law : General Harmonization Rehearsals

| Special Issue

La tutela sinallagmatica «anticipata» e l'armonizzazione  
del diritto patrimoniale nei Paesi latino-americani

Alberto Venturelli



# La tutela sinallagmatica «anticipata» e l'armonizzazione del diritto patrimoniale nei Paesi latinoamericani\*

Alberto Venturelli\*\*

### ABSTRACT

Taking into account the main issues raised by the wording of art. 103 of the «Principles of Latin American Contract Law», whose aim is to regulate the suspension of performance in case of «non-performance risk», the essay analyses the relationship between the dilatory remedies and the peremptory one and traces the path followed by some European Countries to face the problem of the anticipatory breach of contract. Underlined the key role played by the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – which represents a valuable compromise solution among different legal systems – in recognizing the anticipatory use of contractual remedies, the international discipline offers food for thought to the legislator of the «Principles», who is invit-

---

\* Lo scritto riproduce il testo della relazione al Convegno «L'armonizzazione del diritto patrimoniale nei Paesi latino-americani», tenutosi il giorno 17 luglio 2018 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

\*\* Professore associato di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Brescia.

ed to a broader reflection on the opportunity to provide a set of rules for the currently unregulated case of anticipatory breach, since it would ensure, case by case, the access to the most suitable remedy to realize the interest of the creditor.

#### KEY WORDS

Contractual Remedies – Anticipatory Breach – Suspension of Performance

## Sommario

1. Il problema nel diritto privato europeo
2. La regolamentazione dei «Principi latino-americani di diritto dei contratti»: la determinazione del termine di adempimento e le cause di decadenza dal suo beneficio
  - 2.1. L'adempimento *ante diem*
  - 2.2. La tutela dilatoria «per futura impossibilità di adempimento»
  - 2.3. La mancata regolamentazione della tutela perentoria «anticipata»

### 1. Il problema nel diritto privato europeo

I progetti di codificazione civile europea del diritto contrattuale hanno da tempo dedicato attenzione all'inadempimento «anticipato» e ai mezzi di tutela esperibili in sua presenza, individuando una duplicità di rimedi, incentrati, rispettivamente, sul riconoscimento della possibilità di sospendere l'esecuzione della prestazione da parte di chi è tenuto per primo ad adempierla e sulla liceità dell'interruzione immediata della relazione contrattuale, non appena appaia evidente che non si realizzerà la controprestazione, a nulla rilevando che quest'ultima sia ancora sottoposta ad una causa di inesigibilità collegata alla mancata scadenza del termine o all'incertezza circa il verificarsi dell'evento dedotto in una condizione sospensiva<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cfr., in ordine ai PECL, l'art. 9:201, 2° co., ai sensi del quale «la parte può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione fino a quando sia evidente che l'altra parte non adempirà alla scadenza»; e l'art. 9:304, ai sensi del quale «una parte può risolvere il contratto anche quando, prima del termine di scadenza, sia evidente che l'altra parte sarà inadempiente in maniera grave»; in ordine al DFCR, l'art. III, 3:401, ai sensi del quale «1. A creditor who is to perform a reciprocal obligation at the same time as or after, the debtor performs has a right to withhold performance of the reciprocal obligation until the debtor has tendered performance or has performed. 2. A creditor who is to perform a reciprocal obligation before the debtor performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the debtor when the debtor's performance becomes due may withhold performance of the reciprocal obligation for as long as the reasonable belief continues. However, the right to withhold performance is lost if the debtor gives an adequate assurance of due performance. 3. A creditor who withholds performance in the situation mentioned in paragraph (2) has a duty to give notice of that fact to the debtor as soon as a reasonably practicable and is liable for any loss caused to the debtor by a breach of that duty. 4. The performance which may be withheld under this Article is the whole or part of the performance as may be reasonable in the circumstances»; e l'art. III. – 3:504, ai sensi del quale «a creditor may terminate

La conclusione rappresenta il coerente compimento di una più articolata evoluzione giurisprudenziale, riscontrabile – sia pure secondo modalità non sempre coincidenti – in tutti i principali sistemi giuridici europei.

Chi volesse provare a delineare una rapida cronologia delle più significative decisioni dedicate al tema dovrebbe, quantomeno, prendere in considerazione tre date: il 1853, quando la *Queen's Bench* inglese affronta il *leading case*, nel quale, ammessa la risoluzione anticipata del contratto, si offre altresì una prima qualificazione concettuale dell'«anticipatory breach»<sup>2</sup>; il 1882, quando tocca al *Reichsgericht* tedesco attribuire contorni

---

before performance of a contractual obligation is due if the debtor has declared that there will be a non-performance of the obligation, or it is otherwise clear that there will be such a non-performance, and if the non-performance would have been fundamental»; in ordine al Progetto per un codice europeo della vendita, l'art. 113, 2° co., ai sensi del quale «a buyer who is to perform before the seller performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the seller when the seller's performance becomes due may withhold performance for as long as the reasonable belief continues»; e l'art. 116, ai sensi del quale «a buyer may terminate the contract before performance is due if the seller has declared, or it is otherwise clear, that there will be a non-performance, and if the non-performance would be such as to justify termination»; nonché, in ordine al progetto di «Codice europeo dei contratti» redatto dall'Accademia dei giuristi europei, l'art. 91, ai sensi del quale «se prima della scadenza del termine appare ragionevole ritenere che il debitore non è o non si è messo nella condizione di adempiere un obbligo contrattuale, o non è in grado di eseguirlo senza rilevanti difetti e tutto ciò non dipende da un fatto positivo od omissivo del creditore, quest'ultimo può invitarlo per iscritto a fornire entro un congruo termine, non inferiore a quindici giorni, un'adeguata garanzia circa il futuro adempimento, dichiarando inoltre che, in mancanza di ciò, l'inadempimento si riterrà definitivamente accertato. Il debitore, se non presta la garanzia richiesta, può entro il termine di otto giorni contestare per iscritto la richiesta del creditore e deve, se quest'ultimo non recede per iscritto negli ulteriori otto giorni dal suo atteggiamento, ricorrere al giudice negli ulteriori trenta giorni. In caso di inerzia del debitore l'inadempimento si considera definitivamente accertato». Le previsioni citate riprendono – con alcune non marginali differenze – quanto già contenuto nell'art. 7.3.3 Principi Unidroit, ai sensi del quale «se prima della data di esecuzione del contratto è certo che vi sarà inadempimento essenziale da parte del debitore, il creditore può risolvere il contratto».

<sup>2</sup> Cfr. *Hochster v. De La Tour*, [1853] 2 El. & Bl. 678; [1910] 118 E.R. 922 [Queen's Bench Division, 25 giugno 1853], che si richiama a *Ford v. Tiley*, [1828] 6 B. & C. 325; [1910] 108 E.R. 472 [King's Bench Division, 28 novembre 1827], che, tuttavia, si era occupata di un rifiuto reso prima della scadenza di un termine finale di adempimento e dunque a fronte di una prestazione già esigibile e supera *Leigh v. Paterson*, [1819] 8 Taunt 540; [1912] 129 E.R. 493 [Court of Common Pleas, 11 novembre 1818]; *Franklin v. Miller*, [1836] 4 Ad. & El. 598; [1910] 111 E.R. 912 [King's Bench Division, 26 gennaio 1836]; *Phillipotts v. Evans*, [1840] 5 M. & W. 475; [1915] 151 E.R. 200 [Exchequer Division, 12 novembre 1839]; *Fitt and Another v. Cassanet*, [1842] 4 Man. & G. 898; [1912] 134 E.R. 369 [Court of Common Pleas, 24 novembre 1842], che, prospettando un'incondizionata riconducibilità del rifiuto alla proposta, avevano negato al creditore la possibilità di esercitare anticipatamente la pretesa all'adempimento; nonché *Ripley v. M'Clure*, [1849] 4 Ex. 345; [1915] 154 E.R. 1245 [Exchequer Division, 6 luglio 1849]; *Goodman v. Pocock*, [1851] 1 Q.B. 574; [1911] 117 E.R. 577 [King's Bench Division, 6 giugno 1850]; *Curt and Gee v. The Ambergate, Nottingham and Boston and Eastern Junction Railway Co.*, [1851] 17 Q.B. 127; [1911] 117 E.R. 1229 [King's Bench Division, 27 maggio 1851]; *De Bernardy v. Harding*, [1853] 8 Ex. 822; [1916] 155 E.R. 1586 [Exchequer Division, 3 giugno 1853], tutte incentrate sull'affermazione della legittimità della condotta debitoria in pendenza della causa d'inesigibilità. All'interno di una produzione giurisprudenziale particolarmente cospicua, anche perché caratterizzata dalla tendenza a parlare di «anticipatory Breach» per ogni caso in cui il futuro adempimento risulti oggettivamente messo in pericolo dalla condotta debitoria, si segnalano, nella giurisprudenza inglese, *Johnstone v. Milling*, [1886] 16 Q.B.D. 460 [Court of Appeal, 16 gennaio 1886]; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railway Co. of London*, [1911] 1 K.B. 375 [King's Bench Divisional Court, 12 gennaio 1911]; *Martin v. Stout*, [1925] A.C. 359 [Judicial Committee of the Privy Council, 8 dicembre 1924]; *Universal Cargo Carriers Corp. v. Citati*, [1957] 2 Q.B. 401 [Queen's Bench Division, 12 marzo 1957], sulla quale cfr. anche F. Dawson, *Fundamental Breach of Contract*, in *L.Q.R.*, (91) 1975, p. 380 ss.; *White & Carter (Councils) Ltd. v. McGregor*, [1962] A.C. 413 [House of Lords, 6 dicembre 1961]; *Denmark Productions Ltd. v. Boscobel Productions Ltd.*, [1969] 1 Q.B. 699 [Court of Appeal, 28 giugno 1968]; *Maredelanto Compania Naviera S.A. v. Bergbau-Handel G.m.b.H (The Mibalis Angelos)*, [1971] 1 Q.B. 164; [1971] 1 Lloyd's 118 [Court of Appeal, 1 luglio 1970]; *Moschi v. Lep Air Services Ltd. and Others*, [1973] A.C. 331 [House of Lords, 26 aprile 1972]; *Federal Commerce & Navigation Co. Ltd. v. Molena Alpha Inc. and Others*, [1979] A.C. 757 [House of

abdicativi alla manifestazione, da parte del debitore, della sua ingiustificata intenzione di non adempiere alla scadenza del termine, ricostruendola come rinuncia a quest'ultimo idonea a legittimare la controparte ad agire immediatamente per recedere dal contratto e chiedere il risarcimento del danno<sup>3</sup>; il 1930, quando infine anche la Cassazione italiana ammette la presentazione *ante diem* della domanda giudiziale di risoluzione per inadempimento, sia pure subordinandola all'effettiva realizzazione dell'inadempimento stesso, in corso di causa, per sopravvenuta scadenza del termine<sup>4</sup>, anche se, in ordine al sistema italiano, bisognerebbe quantomeno menzionare anche il 1908, quando fu la Corte d'Appello di Milano a riconoscere l'immediata risolvibilità del contratto per anticipata impossibilità della prestazione imputabile al debitore<sup>5</sup>, nonché il 1949, quando la Cassazione non esitò

---

Lords, 23 novembre 1978]; *British and Commonwealth Holdings PLC v. Quadrex Holdings Inc.*, [1989] 1 Q.B. 842 [Court of Appeal, 23 febbraio 1989]; *Yukong Line Ltd. of Korea v. Rendsburg Investment Corp. of Liberia and Others*, [1996] 2 Lloyd's 604 [Queen's Bench Division, Commercial Court, 1 luglio 1996]; *Stocznia Gdanska S.A. v. Latvian Shipping Co., Latreefer Inc. and Others*, [1997] 2 Lloyd's 228 [Queen's Bench Division, 6 marzo 1997], confermata in [2001] 1 Lloyd's 537 [Queen's Bench Division, Commercial Court, 1 febbraio 2001]; e in [2002] 2 Lloyd's 436; [2002] 1 W.L.R. 574 [Court of Appeal, 21 giugno 2002]; *Ocean Marine Navigation Ltd. v. Koch Carbon Inc. (The «Dynamic»)*, [2003] 2 Lloyd's 693 [Queen's Bench Division, Commercial Court, 31 luglio 2003].

<sup>3</sup> Cfr. RG, 19 maggio 1882, n. II ZR 231/82, in *RGZ*, (7) 1882, p. 44 s.; e in *PucheltZ*, (14) 1883, p. 27 ss., che eleva a *ratio decidendi* quanto osservato, con meri *obiter dicta*, da ROHG, 3 novembre 1871, n. I ZR 653/71, in *ROHG*, (3) 1874, p. 436 ss.; ROHG, 9 aprile 1872, n. I ZR 70/72, *ivi*, (5) 1878, p. 376 ss.; ROHG, 23 novembre 1872, n. II ZR 694/72, *ivi*, (8) 1873, p. 73 ss.; ROHG, 7 maggio 1873, n. II ZR 368/73, *ivi*, (9) 1873, p. 317 ss.; ROHG, 26 maggio 1873, n. II ZR 457/73, *ivi*, (10) 1874, p. 144 s.; ROHG, 4 giugno 1873, n. II ZR 296/73, *ivi*, (10) 1874, p. 233 ss.

<sup>4</sup> Cfr. Cass., 3 maggio 1930, n. 1507, in *Rep. Foro it.*, 1930, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 282-284, le cui conclusioni sono riprese anche da Cass., 15 gennaio 1935, n. 128, in *La Giur.*, 1935, c. 161 ss., ove, peraltro, il contratto non fu risolto in ragione dell'assenza di un vero e proprio inadempimento; Cass., 31 luglio 1939, n. 3109, in *Rep. Foro it.*, 1939, voce cit., n. 385; Cass., 31 marzo 1947, n. 489, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, p. 627 (s.m.); Cass., 1 marzo 1955, n. 620, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, c. 166 s., con nota di A. Attardi, *Risoluzione del contratto e interesse ad agire*; App. Genova, 19 giugno 1956, in *Temi gen.*, 1956, c. 277 s. (tutte queste sentenze possono altresì leggersi in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, a cura di A. Venturelli, Torino, 2013, pp. 140 ss., 163 ss., 174 ss., 205 ss., 247 s. e 253 ss.); Cass., 11 febbraio 1987, n. 1497, in *Vita not.*, 1987, p. 719 s.; Cass., 16 novembre 2001, n. 14429, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Obbligazioni in genere*, n. 23; Cass., 20 febbraio 2004, n. 3378, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1447 (s.m.); e in *Gius*, 2004, p. 2665 (s.m.); Cass., 1 giugno 2004, n. 10490, in *Vita not.*, 2004, p. 963 s.; in *Corr. giur.*, 2004, p. 999 s. (s.m.); in *Gius*, 2004, p. 3724 (s.m.); e in *Impr.*, 2004, p. 1640 (s.m.).

<sup>5</sup> Cfr. App. Milano, 4 febbraio 1908, in *Giur. it.*, 1908, I, 2, c. 239 ss., confermata da Cass. Torino, 25 maggio 1909, in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., p. 92 ss., le cui conclusioni sono riprese anche da Cass., 26 febbraio 1944, n. 123, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1944, p. 490 (s.m.); Cass., 26 aprile 1951, n. 1024, in *Rep. Foro it.*, 1951, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 289-290; Cass., 27 giugno 1961, n. 1542, in *Cal. giud.*, 1961, p. 517 ss.; e in *Giur. it.*, 1962, I, 1, c. 336 (s.m.); Cass., 6 marzo 1962, n. 440, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce cit., n. 280; Cass., 6 ottobre 1962, n. 2858, *ivi*, n. 275; Cass., 4 marzo 1970, n. 529, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 261 ss.; e in D. Palmieri, *La risoluzione per inadempimento nella giurisprudenza*, Milano, 1994, p. 582 ss.; Cass., 27 luglio 1973, n. 2210, in *Foro it.*, 1974, I, c. 1769 ss.; Cass., 4 marzo 1977, n. 895, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Contratto in genere*, n. 256; Cass., 4 aprile 1979, n. 1950, *ivi*, 1979, voce *Contratto in genere*, nn. 348-349; Cass., 28 novembre 1984, n. 6196, *ivi*, 1984, voce *Contratto in genere*, n. 264; Cass., 10 aprile 1986, n. 2500, in *Riv. not.*, 1986, p. 787 ss.; in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 501 ss.; in *Riv. dir. comm.*, 1990, II, p. 155 ss., con nota di G. Conte, *Appunti in tema di mancato compimento dell'attività preparatoria e di risoluzione anticipata del contratto*; Cass., 10 dicembre 1986, n. 7318, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Contratto in genere*, n. 12; Cass., 4 novembre 2003, n. 16530, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, p. 966 ss.; in *Arch. civ.*, 2004, p. 1078 (s.m.); e in *Gius*, 2004, p. 940 s. (s.m.); Cass., 21 dicembre 2012, n. 23823, in *Contr.*, 2013, p. 553 ss., con nota di M. Della Chiesa, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto* (tutte queste sentenze possono altresì leggersi in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., pp. 191 ss., 228 ss., 268 ss., 272 ss., 278 ss., 302 ss., 308 ss., 327 ss., 335 ss., 344 ss., 348 ss., 352 ss., 378 ss. e 383 ss.).

ad adattare la regola operativa elaborata quasi vent'anni prima al fine di ribadire la responsabilità immediata del debitore che, rifiutato ingiustificatamente l'adempimento, aveva subito – prima della scadenza del termine – il verificarsi di una causa di impossibilità della prestazione a lui non imputabile, così da concludere che la risoluzione e il risarcimento del danno avrebbero dovuto essere calcolati dal momento della manifestazione del rifiuto, indipendentemente dagli eventi successivi<sup>6</sup>.

La dottrina non ha sempre mostrato piena condivisione nei confronti di queste conclusioni.

Se, nei sistemi di *common law*, oggetto di contestazione fu il c.d. «Offer and Acceptance Model», che attribuiva contorni contrattuali allo scioglimento anticipato del rapporto<sup>7</sup>, in Germania il rigido e tipizzato modello di inadempimento disegnato dal BGB mal si conciliava con l'introduzione di una figura inidonea ad assumere i contorni, rispettivamente, della mora o dell'impossibilità e, proprio per questo, destinata ad essere inclusa nella categoria residuale delle c.d. «violazioni positive del contratto», entro la quale essa rimase fino alla *Schuldrechtsreform* del 2002, quando entrambi i rimedi in esame trovarono espressa regolamentazione nei nuovi §§ 321 e 323, 4° co., BGB<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. Cass., 17 gennaio 1949, n. 46, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, I, p. 58 ss., con nota di D. Rubino, *Risoluzione giudiziale in pendenza del termine contrattuale* (questa nota può altresì leggersi in Id., *Studi giuridici*, Milano, 1970, p. 241 ss.); e in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., p. 210 ss. L'equiparazione tra attuale inadempimento e manifestazione anticipata dell'intenzione di non eseguire la prestazione si ritrova anche in Cass., 16 giugno 1951, n. 1589, in *Rep. Foro it.*, 1951, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 338; Cass., 30 giugno 1959, n. 2064, *ivi*, 1959, voce cit., n. 203; Cass., 8 ottobre 1963, n. 2677, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 651 ss.; Cass., 18 febbraio 1965, n. 265, in *Rep. Foro it.*, 1965, voce cit., n. 329; Cass., 12 dicembre 1975, n. 4089, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1613 ss.; e in D. Palmieri, *op. cit.*, p. 585 ss.; Cass., 17 marzo 1982, n. 1721, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2524 ss., con nota di N. Matassa; in *Dir. autore*, 1982, p. 418 ss.; e in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1306 ss., con nota di V.M. De Sanctis, *Inadempimento, prima del termine, del contratto di edizione*; Cass., 9 gennaio 1997, n. 97, in *Danno resp.*, 1997, p. 727 ss., con nota di A.M. Princigalli, *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere*; Cass., 16 luglio 2001, n. 9637, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 471 (tutte queste sentenze possono altresì leggersi in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., pp. 231 ss., 256 ss., 281 ss., 292 ss., 324 ss., 338 ss., 365 ss. e 369 ss.); Cass., 22 maggio 2015, n. 10546, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1518 ss., con nota di F. Astone, *Anticipatory Breach e termini di pagamento della parte non inadempiente, tra clausole generali e interpretazione letterale del contratto* (ma sulle implicazioni sistematiche di quest'ultima pronuncia, sia consentito il rinvio ad A. Venturelli, *Principio di buona fede e inadempimento «anticipato»*, in *Pers. merc.*, 2017, I, p. 89 ss.; Id., *Pericolo d'inadempimento e proposizione della domanda giudiziale ex art. 2932 c.c.*, in *Riv. dir. priv.*, 2/2017, p. 57 ss.; Id., *Interferenza di un terzo nella relazione contrattuale altrui e inadempimento «anticipato» del comune dante causa*, in *Liber amicorum Bruno Troisi*, a cura di C. Cicero e G. Perlingieri, II, Napoli 2017, p. 1399 ss.).

<sup>7</sup> Una puntuale analisi è offerta da H. Weidt, *Antizipierter Vertragsbruch. Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht*, Tübingen, 2008, pp. 20 ss. e 194 ss.; Q. Liu, *Anticipatory Breach*, Oxford-Portland, 2011, p. 25 ss.; e, in lingua italiana, da M. Della Chiesa, *La risoluzione anticipata del contratto in prospettiva comparatistica*, in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di P. Pardolesi, Bari, 2011, p. 392 ss.

<sup>8</sup> Per un'approfondita disamina dei principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali antecedenti alla riforma del 2002, cfr. U. Huber, *Leistungsstörungen*, II, *Die Folgen des Schuldnerverzugs. Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit*, in *Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen*, herausgegeben von J. Gernhuber, IX, 2, Tübingen, 1999, p. 565 ss.; J. Gernhuber, *Die endgültige Erfüllungsverweigerung*, in *Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von V. Beuthien, M. Fuchs, H. Roth, G. Schiemann, A. Wacke, Köln-Berlin-Bonn-München, 1999, p. 145 ss.; H.P. Glöchner, *Die positive Vertragsverletzung*, in *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)*, herausgegeben von U. Falk und H. Mohnhaupt, Frankfurt am Main, 2000, pp. 171 s. e 180 ss.; Id., *Positive Vertragsver-*

In Italia, la posizione contraria all'esperibilità «anticipata» dei rimedi sinallagmatici è ormai minoritaria, perché incentrata su una sovrapposizione concettuale tra inesigibilità ed inesistenza del vincolo obbligatorio puntualmente smentita da una più attenta valutazione sistematica del dato normativo vigente<sup>9</sup>.

Continua, però, ad essere vivo il dibattito in ordine alle caratteristiche fattuali che la violazione del debitore deve assumere per legittimare il ricorso ai rimedi.

Molti non esitano a parlare di inadempimento attuale, collegandolo alla violazione di un obbligo accessorio – variamente diretto a non mettere in pericolo il futuro adempimento – fondato sulla buona fede, operante in funzione integrativa<sup>10</sup>.

---

*letzung. Die Geburt eines Rechtsinstituts*, Frankfurt am Main, 2006, p. 291 ss. Sulla nuova regolamentazione del BGB, cfr. invece H. Otto e R. Schwarze, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, II, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 315-326 (Leistungsstörungsrecht II), Berlin, 2015, pp. 320 ss. e 385 ss.; V. Emmerich, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, III, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, 2, §§ 311-432, herausgegeben von W. Krüger, 8<sup>a</sup> ed., München, 2019, p. 515 ss.; W. Ernst, *ivi*, p. 525 ss.

<sup>9</sup> Cfr. G. Piola, voce *Obbligazione. II. Diritto civile*, in *Dig. it.*, XVI, Torino, 1908, p. 828; C.A. Cobianchi, *Sui diritti del creditore a termine di fronte alla dichiarazione fatta dal debitore di considerarsi esonerato dalla prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 475 s.; G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, 7<sup>a</sup> ed., IV, rist., Firenze, 1927, p. 516; F. Salvi, *Impossibilità di prestazione e diritto al termine*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 442 s.; G. Andreoli, *Appunti in tema di obbligazioni a termine e di impossibilità della prestazione*, in *Temì*, 1950, p. 305 s.; in *Studi in onore di Antonio Cicu*, I, Milano, 1951, p. 5 s.; e in *Id.*, *Scritti vari di diritto privato*, Milano, 1968, p. 27 s.; A. Ravazzoni, *La costituzione in mora del debitore*, in *Studi parmensi*, (VII) 1957, p. 408 s.; e, come volume autonomo, Milano, 1957, p. 34 s.; *Id.*, *Brevi note in tema di costituzione in mora del debitore*, in *Temì*, 1958, p. 695 s., che, però, muta radicalmente opinione – riconducendo il rifiuto ad un attuale inadempimento di prestazione fondata dal principio di buona fede – in *Id.*, voce *Mora del debitore*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 907 s.; *Id.*, voce *Mora del debitore*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 2; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, IV, Milano, 1964, p. 168 ss.; *Id.*, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, I, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1966, p. 160 s.; *Id.*, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. I. Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XVI, 1, Milano, 1974, p. 138 s.; F. Romano, *Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 607 s.; U. Natoli, L. Bigliuzzi Geri, *Mora accipiendi e mora debendi. Appunti delle lezioni*, Milano, 1975, p. 257 ss.

<sup>10</sup> Cfr. L. Mosco, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, pp. 35 ss. e 161 s.; G. Persico, *L'eccezione d'inadempimento*, Milano, 1955, p. 111 ss.; R. Luzzatto, *L'eccezione d'inadempimento (Note su una recente pubblicazione)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 744 s.; G. Muraro, *L'inadempimento prima del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 144 s.; *Id.*, *L'inadempimento prima del termine, ivi*, 1975, I, pp. 248 ss., spec. 275 ss.; M. Fragali, *La dichiarazione anticipata di non volere adempiere*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, pp. 243 ss., spec. 256 s.; e in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, II, Milano, 1967, pp. 283 ss., spec. 304 s.; M. Giorgianni, voce *Inadempimento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 861 s.; *Id.*, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1975, pp. 120 e 178 s.; A.M. Princigalli, *La dichiarazione orale e anticipata di non voler adempiere*, in *Corti Bari, Lecce, Potenza*, 1970, p. 242 ss.; e, con marginali adattamenti, in *Le obbligazioni in generale*, Corso per problemi e casi, svolto nell'anno accademico 1970-1971, nell'Università di Bari, dal prof. Michele Spinelli, Bari, 1971, p. 275 ss.; R. Miccio, *Delle obbligazioni in generale*, 3<sup>a</sup> ed., in *Commentario del codice civile Utet*, IV, 1, Torino, 1982, p. 257 s.; M. Cantillo, *Le obbligazioni*, II, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigliavi, Torino, 1992, p. 692 s.; E. Contino, *Casi e questioni in materia di inadempimento prima del termine e possibili rimedi*, in *Quadr.*, 1988, pp. 246 ss., spec. 249 s.; G. Visintini, in G. Visintini, L. Cabella Pisu, *L'inadempimento delle obbligazioni*, 2<sup>a</sup> ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, 1, Torino, 1999, p. 245; *Id.*, *Inadempimento e mora del debitore*, 2<sup>a</sup> ed., in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2006, p. 499 s.; E. Guerinoni, *Inadempimento anteriore alla scadenza del termine nel diritto italiano*, in *Dir. prat. soc.*, 13/2000, p. 21 ss.; M. Tamponi, *La risoluzione per inadempimento*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, 2<sup>a</sup> ed., II, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, E. Gabrielli, Torino, 2006, pp. 1728 e 1777 s.; *Id.*, *La risoluzione stragiudiziale*, in U. Carnevali, E. Gabrielli, M. Tamponi, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, 8, Torino, 2011, p. 131 s.; M. Fratini, *La mora del debitore*, in *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale*, a cura di P. Fava, I, *Caratteri*



Altri, invece, negano la sussistenza di un vero e proprio inadempimento, perché l'inesigibilità impedirebbe al creditore di lamentare il mancato ottenimento di una prestazione ancora non dovuta: bisognerebbe, piuttosto, ricorrere ad una qualificazione in termini di pericolo di inadempimento, eccezionalmente sufficiente a provocare l'attivazione del rimedio perentorio in ragione di un giustizio prognostico – controllato comunque dalla regola di buona fede – in forza del quale appaia più o meno fondato il rischio della futura inattuazione<sup>11</sup>.

In quest'ultima direzione si muove anche la dottrina francese, la quale, però, esclude che si possa ricorrere alla risoluzione anticipata del contratto e limita i rimedi esperibili alla sola tutela dilatoria, estesa a qualunque «rischio di inattuazione» ed ora puntualmente regolata dal nuovo art. 1219 *code civil*, introdotto ad esito della riforma del 2016<sup>12</sup>.

---

*generali, adempimento, inadempimento*, Milano, 2008, p. 664 s.; U. Carnevali, *Le eccezioni dilatorie*, in U. Carnevali, E. Gabrielli, M. Tamponi, *op. cit.*, p. 250 s.; R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 2016, p. 1603 s.

<sup>11</sup> Cfr. G. Mirabelli, *Richiesta e rifiuto di adempimento*, in *Foro it.*, 1954, IV, c. 33 s.; Id., *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, p. 387 s.; Id., *Dei contratti in generale*, 3<sup>a</sup> ed., in *Commentario del codice civile Utet*, IV, 2, Torino, 1980, p. 620 s.; F. Benatti, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, p. 162 s.; L. Brusciuglia, *Cessione del contratto, buona fede e condizione sospensiva*, in *Foro it.*, 1972, I, c. 1367; e in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 330 s.; A. Magazzù, voce *Mora del debitore*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 943, testo e nota 56; P. Tartaglia, *Dichiarazione di risoluzione per fatti imputabili alla controparte e inadempimento prima del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, p. 26 s.; A. Belfiore, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1314, testo e nota 33; S. Mazzaresse, voce *Mora del debitore*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 448 s.; V. Putorti, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001, p. 66 s.; Id., *La risoluzione anticipata del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 154 s.; Id., *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008, p. 265 ss.; Id., *Risoluzione giudiziale in pendenza del termine contrattuale*, in *Domenico Rubino*, a cura di P. Perlingieri e S. Polidori, I, *Interesse e rapporti giuridici*, Napoli, 2009, p. 969 ss.; Id., *Buona fede, pendenza della condizione e rimedi contro l'inadempimento*, in *Pers. merc.*, 2009, p. 32 ss.; Id., *Pendenza della condizione e tutela del contraente «fedele»*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 154 ss.; G. Sardo, *Pericolo di inadempimento ed exceptio inadimpleti contractus*, in *Contr.*, 2004, p. 452 s.; G. Amadio, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, *Rimedi*, 2, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, pp. 88 s. e 91; M. Dellacasa, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, pp. 556 s. e 568; Id., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Torino, 2008, p. 99 s.; A.M. Benedetti, *Le autodifese contrattuali*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2011, pp. 42 s., 57, testo e nota 153, e 102 s.; Id., in *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta ed A. Orestano, IV, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, pp. 489 e 511; F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, pp. 218 ss., spec. 226 s.; E. Gabrielli, *Appunti sulle autotutele contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 495 s.

<sup>12</sup> Ai sensi del nuovo art. 1219 *code civil*, «une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave». Per un primo commento, in lingua italiana, della previsione cfr. D.M. Locatello, *L'autotutela dilatoria anticipata nella prospettiva della «réforme del code civil»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1319 ss.; e, per la situazione antecedente alla riforma, R. Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Paris, 1914, pp. 532 ss., spec. 546; M. Vanwijck-Alexandre, *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme. Les droits belge et français face à l'«anticipatory breach» de la common law*, Liège, 1982, pp. 275 ss., 337 ss. e 453 s.; J. Ghestin, *L'exception d'inexécution. Rapport français*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, sous la direction de M. Fontaine et G. Viney, Bruxelles-Paris, 2001, p. 40; C. Malecki, *L'exception d'inexécution*, Paris, 1999, p. 257 s.; C. Bloud-Rey, *Le terme dans le contrat*, Aix en Provence, 2003, p. 416 ss.; A. Pinna, *L'exception pour risque d'inexécution*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2003, p. 31 ss.; Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, 2004, p. 554 ss.; T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, 2007, p. 228 ss.; C. Popineau-Dehaullon, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*, Paris, 2008, pp. 153 ss. e 307 ss., spec. 314 s.; F. Paraiso, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, Aix en Provence-Marseille, 2011, spec. p. 29 ss.

Il modello di riferimento costante dei progetti di codificazione civile europea e delle riforme legislative tedesca e francese resta, comunque, la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili (CISG).

Sempre più diffusa è infatti la posizione che vede nella Convenzione di Vienna un sistema normativo privilegiato per delineare i possibili futuri sviluppi del diritto contrattuale europeo. Le sue previsioni già rappresentano l'esito di un processo di uniformazione internazionale incentrato sull'elaborazione di una serie di soluzioni compromissorie capaci di superare i particolarismi dei singoli ordinamenti giuridici<sup>13</sup>.

Proprio nell'ultima parte della Convenzione, all'atto di delineare talune disposizioni comuni alle obbligazioni del venditore e del compratore, gli artt. 71 e 72 CISG confermano quel binomio rimediabile dilatorio e perentorio che – come si cercherà di dimostrare – rappresenta l'unica adeguata risposta alle molteplici forme di manifestazione di questa particolare violazione del rapporto sinallagmatico<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Cfr. A. Rizzi, *Interpretazione ed integrazione della Convenzione di Vienna sulla compravendita internazionale di cose mobili*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 237 ss.; Id., *Alius et idem: le norme uniformi nel diritto interno*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 1123 ss.; Id., *L'accettazione tardiva*, Milano, 2008, p. 78 ss.; A.M. Siniscalchi, *Formazione del contratto e determinazione del prezzo nel diritto uniforme della vendita internazionale*, Napoli, 2001, spec. p. 23 ss.; S. Orlando, *Rischio e vendita internazionale*, Milano, 2002, p. 1 ss.; M. Torsello, *Common Features of Uniform Commercial Law Conventions. A Comparative Study Beyond the 1980 Uniform Sales Law*, München, 2004, p. 56 ss.; O. Lando, *CISG and Its Followers: a Proposal to Adopt International Principles of Contract Law*, in *Am. J. Comp. L.*, (53) 2005, p. 379 ss.; S. Mazzamuto, *Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto delle diversità*, in *Contr. impr. Europa*, 2005, p. 523 ss.; e in V. Mannino, *Questioni di diritto*, Milano, 2007, p. 317 ss.; Id., *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 56 ss.; e in *Contratto e Costituzione in Europa. Convegno di studio in onore del prof. Giuseppe Benedetti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005, p. 93 ss.; R. Knieper, *Celebrating Success by Accession to CISG*, in *J.L. & Com.*, (25) 2005-2006, p. 477 ss.; C. Düchs, *Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht*, Berlin, 2006, p. 1 ss.; M. Reimann, *The CISG in the United States: Why It Has Been Neglected and Why Europeans Should Care*, in *RabelsZ*, (71) 2007, p. 115 ss.; M.J. Bonell, *The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law*, in *Am. J. Comp. L.*, (56) 2008, p. 1 ss.; F. Ragno, *Convenzione di Vienna e diritto europeo*, Padova, 2008, p. 59 ss.; I. Schwenzer e P. Hacher, *The CISG: Successes and Pitfalls*, in *Am. J. Comp. L.*, (57) 2009, p. 457 ss.; S. Claas Kiene, *Vertragsaufhebung und Rücktritt des Käufers im UN-Kaufrecht und BGB. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Baden-Baden, 2010, p. 23 ss.; B. Sirgiovanni, *Termination of Contracts by Non-performance in the Current Italian Legal System*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 79 ss.; nonché i numerosi contributi raccolti nei volumi collettanei *The 1980 Uniform Sales Law: Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences*, Verona, Conference 2003, edited by F. Ferrari, Milano, 2003; *The CISG and Its Impact on National Legal System*, edited by F. Ferrari, München, 2008; *CISG v. Regional Sales Law Unification: With a Focus on the New Common European Sales Law*, edited by U. Magnus, München, 2012.

<sup>14</sup> Una compiuta dimostrazione dell'incidenza delle disposizioni della Convenzione di Vienna sulla disciplina interna dei rimedi sinallagmatici è offerta da F. Addis, *La sospensione dell'esecuzione: dalla vendita con dilazione di pagamento alla Unsicherheitseinrede*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 7 ss.; in *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, a cura di F. Addis, Milano, 2006, p. 1 ss.; in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Variazioni storiche e prospettive nella parte generale del contratto*, a cura di F. Macario e M.N. Miletti, Milano, 2006, p. 459 ss.; e in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, I, Napoli, 2008, p. 1 ss.; Id., *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, 2, cit., pp. 424 ss., spec. 431 s. e 469 ss.; Id., *La tutela dilatoria nei contratti a prestazioni corrispettive nell'ottica della creazione di un diritto privato europeo*, in *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di G. Vettori, Padova, 2008, p. 18 ss.; e in *Studi in onore di Giorgio Cian*, a cura di M.V. De Giorgi, S. Delle Monache e G. De Cristofaro, I, Padova, 2010, p. 16 ss.; Id., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, p. 99 ss. (opera recensita da F. Piraino, in *Annuario del contratto 2013*, a cura di A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2014, p. 215 ss.; e da S. Pagliantini, *A proposito del libro di Fabio Addis, «Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti»*, in *Pers. merc.*, 2015,

## 2. La regolamentazione dei «Principi latino-americani di diritto dei contratti»: la determinazione del termine di adempimento e le cause di decadenza dal suo beneficio

I «Principi latino-americani di diritto dei contratti» analizzati in questo Convegno non dedicano alcuna attenzione alla risoluzione «anticipata», limitandosi, con l'art. 103, a regolare solo l'eccezione dilatoria «per rischio d'inesecuzione»<sup>15</sup>.

La determinazione dell'ambito di operatività di questa previsione, a sua volta, è sensibilmente condizionata dagli artt. 79 e 81 del progetto, che offrono una puntuale definizione dei connotati caratterizzanti l'esigibilità della prestazione e delle modalità temporali di individuazione dell'inadempimento<sup>16</sup>.

In termini generali, queste ultime previsioni sono equiparabili agli artt. 1183-1186 c.c. italiano, anche se presentano, rispetto alle norme appena citate, qualche non marginale differenza.

In ordine alle modalità di determinazione del termine pattiziamente non concordato, anzitutto, l'art. 79 del progetto fa espresso riferimento alla sua calcolabilità secondo buona fede, nonché alla necessità di garantire l'adempimento immediato solo laddove esso corrisponda all'esigenza di ottenere la prestazione il prima possibile.

Non ha dunque trovato integrale accoglimento il principio «quod sine die debetur statim debetur» fissato dalla formulazione letterale dell'art. 1183, 1° co., c.c., ma si tratta di un rilievo sostanzialmente privo di ricadute applicative, ove si consideri che la norma appena citata è ormai pacificamente temperata dal richiamo della buona fede al fine di escludere che il creditore possa invocare l'assenza di termine per pretendere un adempimento im-

---

III, p. 1 ss.; e, con il titolo *A proposito de «Il "mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti» nel canone di Fabio Addis*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2015, p. 253 ss.).

<sup>15</sup> L'art. 103 del Progetto è rubricato «Suspensión anticipada del cumplimiento» e dispone: «Una parte puede negarse a ejecutar el contrato cuando, antes de la fecha de cumplimiento, sea evidente que el deudor no podrá cumplirlo. La suspensión cesa si el deudor cumple o da garantías suficientes para el cumplimiento».

<sup>16</sup> L'art. 79 del progetto, in particolare, è rubricato «Momento del cumplimiento» e dispone: «1. El contrato debe cumplirse en el momento que éste determine, y si no lo dispusiere, se debe estar a las siguientes reglas: a) Si puede ejecutarse inmediatamente, su cumplimiento debe tener lugar en el más breve plazo posible desde que se perfeccionó; b) Si por su naturaleza supone necesariamente un lapso para su ejecución, debe cumplirse en el más breve plazo posible desde que se perfeccionó. 2. Si no fuere posible establecer el momento de cumplimiento de acuerdo con esas pautas, se debe estar al que resulte de su naturaleza, los usos o la buena fe». L'art. 81, invece, è rubricato «Exigibilidad anticipada de la obligación» e dispone: «El cumplimiento del contrato no puede exigirse antes de expirar el plazo, excepto cuando: a) El deudor haya sido constituido en quiebra o que se halle en notoria insolvencia; b) El deudor no haya constituido las garantías prometidas o éstas hayan disminuido, considerablemente, por un hecho que le sea imputable; c) El plazo esté establecido sólo en favor del acreedor».

mediato e precludere al debitore la possibilità di godere del tempo materialmente necessario per preparare ed offrire adeguatamente la prestazione<sup>17</sup>.

L'art. 81 del progetto, invece, ha una portata precettiva simile a quella del combinato disposto degli artt. 1184 e 1186 c.c., anche se non ricorre alla regola ermeneutica che porta, nel dubbio, a ritenere previsto a favore del debitore un termine pattiziamente concordato. L'utilizzo dell'avverbio «solo» lascia infatti chiaramente intendere che occorre un'espressa pattuizione affinché il termine sia previsto a favore del creditore, così da confermare l'eccezionalità delle ipotesi in cui è possibile far decadere il debitore dal beneficio del termine e pretendere l'immediata attuazione del rapporto.

Sarebbe comunque opportuno, in ordine alla portata del richiamo all'insolvenza, che la previsione estendesse espressamente la decadenza ai casi in cui l'insolvenza stessa risulti preesistente al momento della stipulazione del contratto ed ignorata, senza colpa, dal creditore<sup>18</sup>.

Un'interpretazione letterale dell'espressione scelta dal progetto («notoria insolvencia»), infatti, potrebbe condurre ad estendere la decadenza anche alle ipotesi in cui sussista uno stato di dissesto patrimoniale già noto a tutti – ivi compreso lo stesso creditore – fin dal momento della stipulazione. In questo modo, il debitore insolvente, nonostante abbia adeguatamente informato la controparte del suo stato o comunque l'abbia messa nelle condizioni, usando l'ordinaria diligenza, di accorgersi delle sue difficoltà e sia riuscito a stipulare il contratto ottenendo una dilazione nell'adempimento, correrebbe comunque il rischio di vedersi eccepire la decadenza dal creditore, incrementando ulteriormente il suo stato di dissesto.

<sup>17</sup> Cfr. per tutti A. di Majo, *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, Milano, 1972, p. 152 ss.; Id., *Dell'adempimento in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1994, pp. 196 s. e 202 ss.; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, cit., p. 98 ss.; M. Orlandi, *Pactum de non petendo ed inesigibilità*, Milano, 2000, p. 152 s.; F. Cappai, *Il tempo dell'adempimento: problemi e casistica*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, p. 718 ss.; e in *Liber amicorum per Angelo Luminoso. Contratto e mercato*, I, Milano, 2013, p. 485 ss.; Id., in *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, I, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2013, p. 364 ss.; nonché, con particolare riferimento ai rapporti tra gli artt. 1183 c.c. e 61 c. cons., F. Addis, *La consegna nel codice del consumo riformato*, in *Contr.*, 2016, p. 501 s.; e in *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, a cura di E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma, S. Polidori, I, Napoli, 2017, p. 5 s.; C. Romeo, *L'inadempimento dell'obbligazione di consegna nella vendita di beni di consumo. Un difficile equilibrio tra tutela del venditore e tutela del consumatore*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, p. 347 ss.

<sup>18</sup> È la medesima conclusione sviluppata da F. Addis, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali del debitore*, cit., p. 199 ss., in ordine all'ambito di applicabilità dell'art. 1461 c.c. Alla sua estensione alle ipotesi di decadenza per insolvenza non osta, in particolare, il fatto che l'insolvenza stessa configuri una situazione di dissesto patrimoniale più grave – in quanto tendenzialmente irreversibile – del «mutamento» richiamato appunto dall'art. 1461 c.c. È vero infatti che quest'ultima previsione suppone che la situazione possa modificarsi in senso favorevole all'*excipiens* mentre l'effettiva presenza di un'insolvenza rende quantomeno improbabile un rapido miglioramento delle condizioni patrimoniali, ma, poiché l'insolvenza stessa non vale impossibilità, ove le parti abbiano consapevolmente previsto termini di adempimento diversificati e, in particolare, una di esse si sia assunta l'impegno di eseguire per prima la prestazione pur essendo stata posta nelle condizioni di accorgersi della situazione patrimoniale della controparte, la concessione del rimedio consentirebbe un sostanziale ripensamento in ordine alla stessa convenienza dell'affare, risolvendosi in una soluzione incompatibile con la stessa forza di legge del contratto.

La necessità di tutelare l'affidamento del debitore in ordine alla vincolatività della relazione obbligatoria, nonché di incrementare l'auto-responsabilità del creditore, sollecitandolo a raccogliere adeguate informazioni circa il reale stato patrimoniale della controparte, inducono quindi a prediligere una soluzione compromissoria, che, ammessa senz'altro l'operatività della decadenza in tutti i casi in cui il dissesto si realizza materialmente dopo la stipulazione, la estende solo ad alcuni stati di insolvenza preesistenti, collegandola alla valutazione del grado di consapevolezza responsabile del creditore.

### 2.1. L'adempimento *ante diem*

La disposizione più problematica rimane comunque quella dell'art. 80 del progetto<sup>19</sup>. Essa, infatti, si discosta dall'art. 1185, 2° co., c.c. perché nulla dispone in ordine all'ipotesi in cui l'adempimento anticipato sia stato realizzato a seguito di un'erronea valutazione del debitore.

La disposizione italiana, sul punto, è chiarissima, perché, al fine di attribuire portata estintiva all'adempimento anticipato, preclude al debitore la ripetizione del pagamento «anche se ignorava l'esistenza del termine», lasciandogli solo la facoltà – in attuazione del divieto generale di arricchimento ingiustificato – di «ripetere, nei limiti della perdita subita, ciò di cui il creditore si è arricchito per effetto del pagamento anticipato».

La sua formulazione è causalmente riconducibile all'acceso dibattito maturato, in dottrina, sotto il vigore del c.c. del 1865 in ordine alla natura giuridica dell'adempimento<sup>20</sup>.

Dalla disposizione in commento, in particolare, si deducono due conseguenze sistematiche molto importanti.

La liceità dell'adempimento anticipato, anzitutto, conferma l'esistenza ed immediata vincolatività della relazione obbligatoria che impone al debitore di adempiere fin dal momento della sua nascita, indipendentemente dall'inesigibilità correlata alla mancata scadenza del termine.

<sup>19</sup> Rubricata «Cumplimiento anticipado», la previsione dispone: «1. El deudor puede anticipar el cumplimiento, a menos que perjudique gravemente los intereses de la otra parte. El cumplimiento anticipado no afecta la ejecución de las obligaciones de la otra parte. 2. El acreedor puede renunciar al plazo establecido en su favor».

<sup>20</sup> Cfr. F. de Filippis, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, V, *Diritti di obbligazione*, Milano, 1896, p. 213; G. Bonelli, *Contributo alla teoria scientifica dei titoli di credito*, in *Giur. it.*, 1897, IV, c. 25 s.; Id., *Sul fondamento e sulla natura dell'obbligazione cartolare nei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 185 ss.; L. Ramponi, *La determinazione del tempo nei contratti*, in *Arch. giur.*, (45) 1890, p. 294 s.; A. Rocco, *Ancora un contributo alla teoria dei titoli di credito*, *ivi*, (62) 1899, p. 59 s.; e in Id., *Studi di diritto commerciale*, II, Roma, 1933, p. 1 ss.; V. Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, 2ª ed., I, Roma, 1915, p. 299; M. Avanzini, *Sui contratti a termine*, Brescia, 1912, p. 247; C. Scuto, *La ripetizione dell'indebito nel diritto civile italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1915, p. 158 s.; N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, 3ª ed. a cura di L. Coviello, Milano, 1924, p. 442 s.; G. Giorgi, *op. cit.*, p. 440 s.; F. Messineo, *I titoli di credito*, 2ª ed., II, Padova, 1933, p. 22 ss.; G. Pacchioni, *Diritto civile italiano*, II, *Diritto delle obbligazioni*, 2, *Dei contratti in generale*, 2ª ed., Padova, 1936, p. 163 s.; U. Navarrini, *La cambiale e l'assegno bancario secondo la nuova legislazione*, Bologna, 1937, p. 68 s.; A. Asquini, *I titoli di credito. Corso di diritto commerciale. Anno accademico 1938-1939*, lezioni raccolte a cura di G. Oppo, Padova, 1939, p. 89; D. Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, pp. 18 s., 51 s., nota 3, 77 s., testo e nota 1, e 110 ss., spec. 113 s. e 125 s., testo e nota 1; G. Andreoli, *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940, pp. 222 ss. e 308 s.

L'incondizionata efficacia estintiva dell'adempimento anticipato, peraltro, evidenzia che non vi è alcuno spazio per attribuire contorni negoziali all'adempimento stesso: esso si traduce in un mero atto giuridico, produttivo di conseguenze indipendentemente dalla sussistenza della volontà del debitore di determinarle<sup>21</sup>.

L'art. 80 del progetto, invece, subordina l'ammissibilità dell'adempimento anticipato all'assenza di un grave pregiudizio in capo al creditore, al quale, dunque, si concede il potere di rifiutare l'offerta del debitore, salva una valutazione secondo buona fede della sua condotta.

Il silenzio in ordine all'efficacia incondizionatamente estintiva dell'adempimento anticipato, inoltre, autorizza ad ipotizzare che il progetto non abbia inteso, sul punto, prendere posizione in ordine alla natura giuridica del comportamento del debitore.

Ciò potrebbe legittimare la riproposizione di tesi favorevoli ad attribuire contorni negoziali all'adempimento, così da indurre a qualificare l'offerta anticipata della prestazione come rinuncia al beneficio del termine da parte del debitore.

Ciò comporterebbe, sul piano applicativo, il riconoscimento della possibilità di impugnare la rinuncia stessa per incapacità o vizi della volontà e, sotto il profilo sistematico, la necessità di concludere che l'inesigibilità incide negativamente sulla stessa vincolatività dell'obbligazione, dando luogo ad una situazione di attesa alla quale il creditore non può sottrarsi neppure quando la controparte pone in essere comportamenti funzionalmente idonei a pregiudicare il futuro adempimento.

Questi rilievi priverebbero di giustificazione lo stesso art. 103 del progetto, la cui presenza suggerisce di correggere la formulazione dell'art. 80 attraverso l'introduzione di una soluzione rimediale identica a quella preferita in Italia.

A favore di tale conclusione depone anche una più attenta valutazione del principio di effettività della tutela.

<sup>21</sup> Cfr. S. Pugliatti, *I fatti giuridici*, Revisione e aggiornamento di A. Falzea, ristampa dell'edizione del 1945 con prefazione di N. Irti, Milano, 1996, p. 51 s.; e in Id., *Scritti giuridici*, V, 1965-1996, Milano, 2011, p. 1392 s.; G. Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 279 s., nota 4; W. D'Avanzo, *Dell'adempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di M. D'Amelio e F. Finzi, IV, 1, Firenze, 1948, p. 37; P. Rescigno, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p. 191 s.; E. Simonetto, *I contratti di credito*, Padova, 1953, p. 119 ss.; A. Ravazzoni, *La costituzione in mora del debitore*, cit., p. 380; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, I, cit., p. 141; Id., *L'attuazione del rapporto obbligatorio, I, Il comportamento del creditore*, cit., p. 122 s.; F. Benatti, *op. cit.*, p. 141 s.; A. di Majo, *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, cit., p. 9 s.; Id., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 150; Id., voce *Obbligazione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1991, p. 40; Id., *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 200 s.; P. Perlingieri, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1972, p. 135; Id., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 298 s.; R. Oriani, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, p. 6 s.; C. Manzini, *L'imputazione del pagamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 972 s.; B. Troisi, *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1980, p. 66 s.; E. Merlin, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991, p. 226 ss.; M. Astone, *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, Milano, 2006, p. 125 s.; A. Lasso, *Le eccezioni in senso sostanziale*, Napoli, 2007, p. 211 ss.; R. Fadda, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, Napoli, 2012, p. 64 s.

Ammessa – quantomeno in presenza di un vizio della volontà come l'errore – l'azione di ripetizione dell'adempimento anticipato, infatti, il debitore sarebbe autorizzato ad avviare una lunga ed incerta controversia giudiziaria, quasi sempre inidonea a garantire una celere protezione delle sue ragioni, ma sufficiente a generare incertezza in capo al creditore, che, peraltro, si vedrebbe quasi sicuramente scadere il termine in corso di causa, così da poter poi pretendere la definitiva attuazione di quanto promesso dalla controparte.

La scelta di limitare la tutela del debitore all'eventuale arricchimento ingiustificato senza permettergli la ripetizione, invece, contempera efficacemente le ragioni dei due contraenti, perché, se da un lato rassicura il creditore circa il definitivo conseguimento della prestazione, dall'altro libera subito il debitore, permettendogli di non perdere tempo prezioso nel tentativo di riavere quanto, in realtà, è comunque destinato a dover dare.

## 2.2. La tutela dilatoria «per futura impossibilità di adempimento»

Un'adeguata qualificazione concettuale dell'inadempimento «anticipato» non è comunque offerta neppure dall'art. 103 del Progetto, il quale legittima il contraente tenuto per primo ad adempiere a non farlo quando, in ordine alla futura realizzabilità dell'adempimento, «sea evidente que el deudor no podrá cumplirlo».

Un'esegesi letterale della previsione conduce, invero, a risultati paradossali.

Il riferimento testuale alla «possibilità», infatti, sembrerebbe idoneo a limitare il diritto di rifiutare l'adempimento ai soli casi in cui la controprestazione futura sia già divenuta impossibile nel momento in cui il contraente tenuto per primo ad eseguire la sua prestazione sia chiamato a farlo.

In questo ordine di ipotesi, però, resterebbe da capire quale utilità abbia l'esercizio della tutela.

Conviene sul punto ricordare che, secondo l'orientamento ormai prevalente, un'eccezione dilatoria si concretizza nel conferimento, all'*excipiens*, di un diritto potestativo idoneo ad incidere sulla prestazione dovuta, rendendola temporaneamente inesigibile<sup>22</sup>.

L'eccezione in esame, infatti, persegue una finalità conservativa e si limita a cristallizzare l'esecuzione del sinallagma, sospendendola temporaneamente in attesa di un chiarimento della situazione.

Se però il debitore ha già reso anticipatamente impossibile il futuro adempimento con un comportamento a lui imputabile, la suddetta funzione conservativa non potrebbe che rivolgersi alla pretesa risarcitoria nascente dall'accertamento dell'imputabilità, in cui si sostanzia la prova dell'inadempimento, ma, in questo caso, essa si rivelerebbe tutto som-

<sup>22</sup> Cfr. G. Persico, *op. cit.*, p. 11 ss.; A. Galasso, *L'eccezione d'inadempimento nel contratto*, in *Circ. giur.*, 1964, p. 269; L. Bigliuzzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1974, pp. 193 ss., spec. 208 s.; Id., voce *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 331 s.; e in Id., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, p. 402 s.; A. Sassi, *Adempimento parziale ed «exceptio non rite adempti contractus»*, in *Rass. giur. umbra*, 2001, p. 82 s.; M. Tamponi, *op. cit.*, p. 1732 s.; F. Addis, *Le eccezioni dilatorie*, cit., p. 428 ss.; A.M. Benedetti, *op. cit.*, p. 15 ss.

mato inutile, non avendo alcun senso rinviare il risarcimento di un danno già attuale ad un momento successivo.

Più in generale, è la stessa attesa di un chiarimento della situazione ad apparire assurda: se la prestazione è già divenuta impossibile, non vi sarà alcun cambiamento dal mero trascorrere del tempo ed è inevitabile sciogliere subito il rapporto, liberando il contraente tenuto per primo ad adempiere dalla necessità di tenere pronta una prestazione che non potrà più essere causalmente giustificata dal comportamento della controparte.

Per dare un senso compiuto all'art. 103, non resta dunque che ipotizzare che il riferimento testuale alla «possibilità» vada più genericamente tradotto con un accenno alla stessa «esecuzione» della prestazione, cioè che l'eccezione sia esperibile ogni qualvolta sia evidente che la controparte «non eseguirà» la controprestazione.

A questa più ampia espressione, tuttavia, i più immediati modelli di riferimento normativi europei fanno seguire una – sia pure sommaria – indicazione delle situazioni fattuali che causano il pericolo d'inadempimento.

Si pensi, in particolare, all'art. 1461 c.c. italiano, che menziona il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali del debitore, al nuovo § 321 BGB, che parla della manifestazione di una «difettosa capacità di adempimento» del debitore, nonché all'art. 71 CISG, che elenca due ordini di ipotesi attinenti, rispettivamente, al dissesto patrimoniale e alle modalità con le quali il debitore prepara il futuro adempimento<sup>23</sup>.

Trattasi di indicazioni molto utili, perché dirette ad impedire una ricostruzione in termini esclusivamente soggettivi del pericolo, fatalmente destinata a renderlo riscontrabile anche solo in ragione del differimento dell'esecuzione della prestazione indotto dalla presenza del termine non scaduto o della condizione sospensiva non ancora realizzata.

La stessa «doverosità» dell'adempimento, infatti, non assicura di per sé un'assoluta certezza circa l'effettiva realizzazione della prestazione dovuta, ma si traduce nell'attribuzione al creditore di una situazione giuridica soggettiva attiva che consente l'attivazione di una serie di rimedi ove la prestazione stessa non sia eseguita<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Cfr. F. Addis, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., p. 89 ss.

<sup>24</sup> Cfr. A. Falzea, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 437 s.; e in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 16 s., che eleva a paradigma esemplificativo della relazione tra norma ed effetto la più specifica trattazione dei rapporti tra adempimento ed esecuzione forzata svolta da S. Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 9 s.; e in Id., *Scritti giuridici*, I, 1927-1937, Milano, 2010, p. 747 s., secondo cui «l'obbligazione, se è un vincolo giuridico, non può essere suscettibile, a rigore, di adempimento: un vincolo può soltanto costituirsi o sciogliersi; cioè può esistere o non esistere. Se mai, l'adempimento può essere causa di scioglimento del vincolo, vale a dire di estinzione dell'obbligazione; precisamente, anzi, causa esterna di estinzione dell'obbligazione, estranea al vincolo giuridico come tale». Similmente, secondo P. Perlingieri, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962, p. 122, è necessario distinguere tra «certezza dell'obbligazione» e «certezza della sua concreta realizzazione» e il carattere meramente ideale e non reale dell'esigenza dell'adempimento porta N. Irti, voce *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, p. 58 s.; in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1968, p. 1097; e in Id., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, p. 31, a rilevare che la stessa categoria della causalità non ha reale valenza giuridica, perché «causa» e «conseguenze giuridiche» non sono concetti legislativi, ma posizioni di concetti legislativi. Mediante la categoria della causalità, un termine viene posto in relazione con un altro termine. La norma presenta due termini, ma non contiene la categoria della causalità, che è una *funzione del nostro*



Il differimento, collegabile all'esigenza di soddisfare interessi diversi da quello incentrato sul conseguimento della prestazione, porta ad un fisiologico innalzamento del rischio di inattuazione, traducendosi nella preclusione della possibilità per il creditore di invocarlo a fini esclusivamente dilatori: concedergli il diritto di rifiutare l'adempimento solo perché ha il timore che la controparte non adempia si tradurrebbe in un'evidente lesione della stessa vincolatività della relazione concretamente instaurata, nonché dell'affidamento indotto dalla sua esistenza in capo al debitore.

Proprio per questo, lo stesso «mutamento» delle condizioni patrimoniali può essere inteso anche in termini gnoseologici, cioè con riferimento alla sopravvenuta conoscenza di uno stato di dissesto antecedente alla stipulazione del contratto, esclusivamente laddove esso risultasse non conoscibile in quel momento usando l'ordinaria diligenza<sup>25</sup>.

Il contraente tenuto per primo ad adempiere si è obbligato a farlo accettando un fisiologico innalzamento del rischio di non conseguire la prestazione e non è sufficiente invocare genericamente questo rischio per legittimarlo a sottrarsi al suo obbligo.

Ciò, tuttavia, non preclude in via generalizzata l'attivazione «anticipata» del rimedio dilatorio.

I modelli di riferimento richiamati – nonostante le molteplici differenze – evidenziano la necessità di ancorarne l'esercizio ad un oggettivo cambiamento della situazione fattuale,

---

*intelletto*, un modo di conoscere i fenomeni». Il concetto è ripreso ed approfondito anche in Id., *Sul concetto di titolarità (persona fisica ed obbligo giuridico)*, in Id., *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo - onere)*, Napoli, 1973, pp. 10, 12 e 22; e in Id., *Norme e fatti*, cit., pp. 69, 72 s. e 82: «la valutazione di doverosità riguarda un *contegno futuro ed eventuale*, che «il soggetto, nel tempo stabilito, potrà tenere o non tenere, ma che la norma già da adesso considera ed approva», sicché l'effetto giuridico si risolve sempre nella *sintesi della descrizione di un contegno umano e della qualifica di doverosità* e «l'azione dovuta, che al tempo della nascita dell'obbligo non è nel presente, ma nel futuro (...) giace nel campo della mera eventualità».

<sup>25</sup> Cfr. Cass., 21 dicembre 1942, n. 2729, in *Riv. dir. comm.*, 1943, II, 139 ss., con nota di G. Monaco, *La preesistente insolvenza del compratore nella vendita*, successiva alla nuova codificazione ma relativa ad un caso sorto prima del 1942; Cass., 26 novembre 1954, n. 4321, in *Giust. civ.*, 1954, I, 2831 [s.m.]; e, per esteso, in *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, cit., p. 217 ss.; App. Milano, 16 novembre 1956 e App. Bari, 27 novembre 1957, entrambe in *Rep. Foro it.*, 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 680 e 682; Cass., 5 luglio 1958, n. 2421, in *Banca borsa tit. cred.*, 1958, II, p. 324 ss.; e in *Giur. it.*, 1959, I, 1, c. 314 ss.; App. Lecce, 18 luglio 1962, in *Corti Bari, Lecce, Potenza*, 1962, p. 283 [s.m.]; App. Lecce, 16 febbraio 1967, *ivi*, 1968, p. 67 [s.m.]; Cass., 19 giugno 1972, n. 1935, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1774 ss.; Trib. Parma, 7 marzo 1977, in *Foro pad.*, 1977, I, c. 144 ss.; in *Arch. civ.*, 1977, p. 1139 ss.; in *Dir. fall.*, 1978, II, p. 237 ss., con nota di G. R[agusa] M[aggiore], *Sospensione della consegna della cosa venduta ex art. 1461 c.c. e successivo fallimento del compratore*; e in *Giur. merito*, 1978, p. 802 ss., con nota di M. Bessone, *Ambito di rilevanza dell'errore, principio pacta sunt servanda e alea normale del contratto*; Cass., 4 agosto 1988, n. 4835, in *Giust. civ.*, 1988, I, 2913 ss., con nota di M. Costanza, *Sul legittimo uso della facoltà di sospendere la prestazione*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 342 ss., con nota di F. Colonna, *Mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti. Sospensione della prestazione*; Trib. Milano, 17 settembre 1992, in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, II, p. 79 ss.; Cass., 22 gennaio 1999, n. 602, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Contratto in genere*, n. 555; Cass., 24 febbraio 1999, n. 1574, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1261 ss., con nota di F. Rolfi, *Art. 1461 c.c. e contratto preliminare*; in *Giur. it.*, 2000, p. 736 ss., con nota di P. Migliore; e in *Studium iuris*, 2000, p. 85 ss., con sintesi di M.A. Siconolfi; Cass., 15 maggio 2002, n. 7060, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Contratto in genere*, n. 535 (le ultime tre sentenze possono leggersi integralmente e con le relative pronunce di merito in *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, cit., pp. 153 ss., 169 ss. e 187 ss.); Cass., 20 febbraio 2008, n. 4320, in *Giur. it.*, 2008, p. 2480 ss.; in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 2158 ss.; e in *Foro pad.*, 2008, I, c. 312 ss., per una più approfondita disamina della quale sia altresì consentito il rinvio ad A. Venturelli, *Cessione del credito e «mutamento» delle condizioni patrimoniali del debitore*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 363 ss.

cioè all'innalzamento di un rischio di inattuazione effettivamente percepibile e dimostrabile anche in un'eventuale controversia giudiziale.

Ciò potrebbe essere correlato al peggioramento della situazione patrimoniale, ma anche prescindere da esso, in ragione di una più attenta valutazione del comportamento tenuto dal debitore per preparare l'adempimento<sup>26</sup>.

Il silenzio sul punto dell'art. 103 del Progetto è dunque particolarmente criticabile, perché la previsione, ove intesa alla lettera, rischia di non essere mai attuata e, ove intesa più genericamente, apre ad una concezione soggettiva del pericolo potenzialmente foriera di un innalzamento – a tratti incontrollabile – delle controversie tra le parti.

### 2.3. La mancata regolamentazione della tutela perentoria «anticipata»

I compilatori del Progetto, inoltre, dovrebbero cercare di ripensare anche alla mancata regolamentazione della risolubilità «anticipata» del contratto.

In ordine a questo punto, è vero che essi possono vantare un più diretto collegamento con l'esperienza francese, che continua – anche dopo la riforma del 2016 – a non regolare il rimedio.

Tuttavia, il Progetto si espone alle medesime critiche che è possibile rivolgere al modello francese e che si incentrano su una insufficiente valutazione dei criteri discretivi riscontrabili tra il pericolo d'inadempimento – sia pure oggettivamente valutabile – e il vero e proprio inadempimento «anticipato»<sup>27</sup>.

La questione attiene alla rilevanza giuridica che s'intenda attribuire alla possibilità materiale del futuro adempimento.

Ove, infatti, la prestazione divenga impossibile per causa imputabile al debitore, è pacifico che il sinallagma subisce una violazione così grave da non poter essere più attuato e ciò legittima senz'altro ad attivare subito il rimedio perentorio.

<sup>26</sup> La giurisprudenza italiana parla, talvolta, di «elevata probabilità del futuro inadempimento»: cfr. Cass., 4 marzo 1940, n. 765, in *Giur. it.*, 1940, I, 1, c. 531 ss., con nota di A. Iamalio, *Le «restituzioni» e la competenza a giudicarne*; e in *Sett. Cass.*, 1940, c. 498 s. (s.m.); Cass., 20 dicembre 1960, n. 3291, in *Rep. Foro it.*, 1960, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 284-285 (entrambe queste sentenze possono altresì leggersi in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., pp. 180 ss. e 264 ss.); Cass., 4 aprile 1979, n. 1950, cit.; Cass., 28 novembre 1984, n. 6196, cit.; Cass., 9 giugno 1993, n. 6441, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Contratto in genere*, n. 475; Cass., 19 aprile 1996, n. 3713, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2389 ss.; e in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 778 ss., con nota di A. Manna, *Osservazioni in tema di risoluzione del contratto d'appalto* (per una più attenta disamina della quale sia consentito il rinvio ad A. Venturelli, *Tutela dilatoria «anticipata» e contratto d'appalto*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 43 ss.); Cass., 14 marzo 2003, n. 3787, in *Gius.*, 2003, p. 1570 (s.m.); in *Impr.*, 2003, p. 876 (s.m.); in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 458 ss.; in *Contr.*, 2004, p. 446 ss., con nota di G. Sardo, *op. cit.*; e in *Arch. civ.*, 2004, p. 94 (s.m.) (tutte queste sentenze possono altresì leggersi in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., pp. 355 ss., 359 ss. e 375 ss.; Cass., 4 novembre 2003, n. 16530, cit.

<sup>27</sup> Una puntuale analisi del tema è ora offerta da V. Putortì, *Contratti «sub die» e dichiarazione di non voler adempiere*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 616 ss.; T. Pertot, *Inadempimento anticipato fra realtà italiana e prospettiva europea*, *ivi*, p. 956 ss.; e, con specifico riferimento all'esperibilità di rimedi conservativi e inibitori, D.M. Frenda, *Appunti per una teoria dell'inibitoria come forma di tutela preventiva dell'inadempimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 721 ss.

Il problema attiene, piuttosto, all'eventualità che il debitore si sottragga a quest'ultimo replicando che la prestazione è ancora possibile e che dunque il creditore deve attendere l'ultimo momento utile prima di considerarlo effettivamente inadempiente.

Per attribuire rilievo a questa eccezione, tuttavia, bisognerebbe necessariamente supporre che di inadempimento attuale si possa parlare esclusivamente nel momento in cui la prestazione divenga esigibile, ma questo postulato è facilmente confutabile proprio ponendo l'accento sulla già evidenziata esigenza di distinguere la vincolatività del rapporto obbligatorio dalla mera preclusione della facoltà di chiederne l'immediata attuazione indotta dalla sussistenza della causa di inesigibilità.

Se si assume che il debitore è già obbligato a preservare la possibilità di adempiere e a fare il possibile per preparare adeguatamente la prestazione fin dal momento in cui il vincolo è sorto, l'esigibilità degrada a mera condizione dell'azione del creditore, al quale, in sua assenza, è preclusa la possibilità di chiedere subito l'adempimento, ma non certo quella di reagire ad eventuali comportamenti della controparte idonei a pregiudicare la futura realizzazione della prestazione.

Tali comportamenti, peraltro, possono anche non determinare l'immediata impossibilità, ma, più semplicemente, incidere negativamente sulle modalità di preparazione del futuro adempimento, lasciando intendere che, in assenza di una tempestiva inversione di rotta, al momento dovuto esso non sarà realizzato.

In Italia, il combinato disposto degli artt. 1662 e 2224 c.c. evidenzia che dalla mera violazione dell'attività preparatoria dell'adempimento può anche discendere una risoluzione anticipata del contratto, ancorché non immediata, perché collegabile all'infruttuoso decorso di un termine supplementare, durante il quale il debitore è posto nella condizione di interrompere l'attività potenzialmente lesiva e dar conto della sua disponibilità ad eseguire esattamente la prestazione al momento dovuto. Ove questo termine scada senza che il debitore muti il suo comportamento, la risoluzione è collegata ad un attuale inadempimento, tanto che si accompagna – per espressa previsione legislativa – alla possibilità di ottenere il risarcimento del danno<sup>28</sup>.

Più in generale, è l'art. 72 CISG ad evidenziare che la risoluzione anticipata, proprio perché resa in un momento in cui il futuro adempimento è ancora possibile, non può essere realizzata secondo modalità tali da assicurare un immediato esito perentorio, ma si connota per una sequenza procedimentale finalizzata a conferire connotati di irreversibilità alla condotta debitoria<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Sia consentito il rinvio ad A. Venturelli, *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto e tutela sinallagmatica «anticipata»*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 461 ss.; Id., *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto e concorso di rimedi perentori*, in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova*, a cura di G. Gitti, F. Delfini e D. Maffei, IV, Milano, 2015, p. 3147 ss.

<sup>29</sup> Un aggiornato commento alla previsione è offerto da C. Fountoulakis, in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, edited by I. Schwenzer, 4<sup>a</sup> ed., Oxford, 2016, p. 1024 ss.; D. Saidov, in *Un Convention*

Il creditore, infatti, deve concedere alla controparte un termine affinché possa dare «idonee garanzie» circa il futuro adempimento e, solo se tale termine scade infruttuosamente, il recesso anticipato produce effetti perentori, salvo, peraltro, che il debitore abbia già dichiarato di non voler adempiere, posto che, in quest'ultimo caso, non è richiesta la concessione del termine supplementare e il recesso può essere immediato<sup>30</sup>.

La «certezza» del futuro inadempimento, cui fa riferimento lo stesso art. 72, 1° co., CISG, non indica dunque una situazione diversa da un attuale inadempimento, ma costituisce esito di un giudizio prognostico al quale l'infruttuoso decorso del termine supplementare conferisce contorni di irreversibilità.

Diventa, a tal stregua, inutile verificare se l'attualità dell'inadempimento sussista già prima della concessione del termine: talvolta, la risposta può essere positiva, avuto riguardo alla funzione integrativa della regola di buona fede; ma non si può escludere che la richiesta di idonee garanzie prenda le mosse da un mero pericolo d'inadempimento, in quanto tale superabile. Decorso il termine, tuttavia, la situazione muta i suoi connotati e diventa senz'altro inadempimento, arricchito da margini di irreversibilità che giustificano l'esito perentorio<sup>31</sup>.

---

*on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). A Commentary*, edited by S. Kröll, L. Mistelis, P.P. Viscasillas, 2<sup>a</sup> ed., München-Oxford, 2018, p. 918 ss.

<sup>30</sup> I progetti di codificazione civile europea dedicano attenzione anche a questo rimedio. L'art. 8:105 PECL, in particolare, è rubricato «Assicurazioni circa l'adempimento» e dispone: «il creditore che abbia fondato motivo di ritenere che vi sarà un inadempimento grave da parte del debitore può chiedergli adeguate assicurazioni di esatto adempimento e nel frattempo rifiutare l'adempimento delle proprie obbligazioni fino a quando dura la fondatezza del motivo. Se tali assicurazioni non sono date entro un termine ragionevole, la parte che le ha richieste può risolvere il contratto se ha fondato motivo di ritenere che vi sarà un inadempimento grave da parte del debitore e senza indugio dà comunicazione della risoluzione». La previsione riprende quanto contenuto nell'art. 7.3.4. Principi Unidroit, ai sensi del quale «la parte che ragionevolmente ritiene che vi sarà un inadempimento essenziale ad opera dell'altra parte può richiedere un'adeguata garanzia per l'adempimento dovuto e, nel frattempo, può sospendere il proprio adempimento. Se la garanzia non è prestata entro un ragionevole lasso di tempo, la parte che l'ha richiesta può risolvere il contratto» e si ritrova nell'art. III – 3:505 DCFR, rubricato «Termination for inadequate assurance of performance»: «a creditor who reasonably believes that there will be a fundamental nonperformance of a contractual obligation by the debtor may terminate if the creditor demands an adequate assurance of due performance and no such assurance is provided within a reasonable time».

<sup>31</sup> Cfr. P. Schlechtriem, *Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers*, in *Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984*, herausgegeben von Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung, Zürich, 1985, p. 149 ss.; Id., *Das Wiener Kaufrechtsübereinkommen von 1980 (Convention on the International Sale of Goods)*, in *IPRax*, 1990, p. 282 s.; Id., *Internationales UN-Kaufrecht. Ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)*, 4<sup>a</sup> ed., Tübingen, 2007, p. 190 s.; Id., *Calculation of Damages in Case of Anticipatory Breach under the CISG*, in *Commercial Law Challenges in the 21st Century. Jan Hellner in Memoriam*, edited by R. Cranston, J. Ramberg, J. Ziegler, Stockholm, 2007, p. 240 ss.; J. Aicher, *Leistungsstörungen aus der Verkäufersphäre. Ein Beitrag zur wesentlichen Vertragsverletzung und zur aliud-Lieferung im UN-Kaufrechtsübereinkommen*, in *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht. Neues Recht für den internationalen Warenkauf*, herausgegeben von H. Hoyer und W. Posch, Wien, 1992, p. 131 ss.; U. Ziegler, *Leistungsstörungenrecht nach dem UN-Kaufrecht*, Baden-Baden, 1995, p. 243; H.G. Leser, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, herausgegeben von P. Schlechtriem, 2<sup>a</sup> ed., München, 1997, p. 601 s.; e, in lingua inglese, in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2<sup>a</sup> ed., edited by P. Schlechtriem, translated by G. Thomas, Oxford, 1998, p. 536 s.; K. Pier-Eiling, *Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers aus Art. 48 CISG: unter besonderer Berücksichtigung seines Verhältnisses zu den Rechtsbehelfen des Käufers*, Berlin, 2003, p. 169 ss.; P. Winship, in *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales*

Rimane problematica la qualificazione della dichiarazione di non voler adempiere: se è facile evidenziare che, in sua presenza, è inutile perdere tempo prezioso, si deve aggiungere che essa, in sé e per sé considerata, potrebbe connotarsi – dal punto di vista contenutistico – in termini molto ampi, che, comprendendo anche la contestazione dell'esistenza o delle caratteristiche del rapporto obbligatorio, le impediscono di assumere rilievo negoziale e di far dipendere l'analisi della sua natura giuridica dalla mera sussistenza dell'intenzione di non adempiere. È piuttosto il suo carattere ingiustificato ad impedirle di produrre effetti corrispondenti alla sua formulazione, inducendo il creditore a reagire subito prendendo in parola la controparte.

Di ciò si è accorto il legislatore italiano, che all'art. 1219, 2° co., n. 2, c.c. fa decorrere dalla dichiarazione scritta di non voler adempiere l'immediata caduta in mora del debitore, senza offrire alcun riferimento testuale al momento della sua emissione, così da assicurare identico effetto anche all'ipotesi in cui essa sia resa prima della scadenza del termine<sup>32</sup>.

I vantaggi di tale soluzione sono evidenti: se il debitore vuole pienamente usufruire dell'inesigibilità, deve preservare con la sua condotta la futura realizzazione della prestazione ed evitare di formulare ingiustificate contestazioni che possano mettere la controparte di fronte alla necessità di verificare subito l'effettiva disponibilità all'adempimento del loro autore. Ove egli decida comunque di avviare la contestazione, si espone al rischio che la controparte reagisca altrettanto prontamente, anche fino al punto – ove la contestazione sia priva di giustificazione – di addivenire all'esito perentorio, stante l'irreversibilità della situazione indotta dalle particolari modalità espressive del rifiuto.

L'art. 93 del Progetto mostra di aver solo parzialmente affrontato il problema<sup>33</sup>.

---

*Convention*, Papers of the Pittsburgh Conference Organized by the Center for International Legal Education (CILE), edited by F. Ferrari, H. Flechtner and R.A. Brand, München-London, 2004, p. 766 s.; T. Himmen, *Die Lückenfüllung anhand allgemeiner Grundsätze im UN-Kaufrecht (Art. 7 Abs. 2 CISG)*, Gottmindingen, 2007, p. 127 s.; N.J. Dabelow, *Der Kauf mit Spezifikations-vorbehalt des Käufers nach HGB und UN-Kaufrecht*, München, 2008, p. 468 ss.; S. Claas Kiene, *Vertragsaufhebung und Rücktritt des Käufers im UN-Kaufrecht und BGB. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Baden-Baden, 2010, p. 272 s.; U. Magnus, *Wiener UN-Kaufrecht*, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 2013, p. 826 ss.; ma, in senso parzialmente difforme, pongono l'accento sulla necessità del giudizio prognostico, in Italia, G. Conte, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 463 ss.; V. Putortì, *La risoluzione anticipata del contratto*, cit., p. 122 s.; Id., *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., p. 97 ss.; M. Dellacasa, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., p. 561 s.; Id., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, cit., p. 111 ss.; R. Fadda, *op. cit.*, p. 262 ss.; Id., in *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, I, cit., p. 425 s.; Id., *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, in *Contratto e mercato. Liber amicorum per Angelo Luminoso*, I, cit., p. 525; F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 220 ss.

<sup>32</sup> Sia consentito il rinvio ad A. Venturelli, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013, spec. pp. 296 ss. e 323 ss.

<sup>33</sup> Tale previsione, rubricata «Plazo de subsanación», dispone: «1. Salvo incumplimiento esencial, el acreedor debe otorgar un plazo adicional de duración razonable al deudor para que subsane su incumplimiento. 2. Mientras se encuentre pendiente el plazo, el acreedor no puede ejercer ningún medio de tutela que sea incompatible con la subsanación, pero subsiste su derecho a la indemnización. 3. Si el deudor no subsana dentro del plazo o declara que no lo hará, el acreedor puede servirse de cualquiera medio de tutela».

Il 3° co. di tale previsione, infatti, prende in esame il rifiuto del debitore considerandolo come causa di esonero dalla concessione del termine supplementare ordinariamente richiesto prima di risolvere il contratto. Esso è dunque considerato dalla norma come idoneo a garantire una risoluzione immediata, cioè concorre a rendere irreversibile un inadempimento che, tuttavia, la previsione stessa suppone necessariamente preesistente alla sua manifestazione.

È facile però evidenziare che, se al rifiuto si ricollega la facoltà di incidere sull'irreversibilità e definitività dell'inadempimento, il mero fatto che, contenutisticamente, esso si presenti identico indipendentemente dal momento cronologico in cui è reso consente di escludere che questo stesso momento ne condizioni l'efficacia, legittimando a riaffermare l'opportunità di trattarlo allo stesso modo anche ove reso prima della scadenza del termine.

Delle due, in altri termini, l'una: o si assume che il rifiuto, di per sé, non ha alcuna conseguenza sui connotati dell'inadempimento, perché non incide sulla materiale eseguibilità della prestazione, e allora, preso atto che costituisce una manifestazione di pericolo, può tutt'al più legittimare l'esercizio di un rimedio dilatorio, ma non può incidere sulla sequenza che porta alla risoluzione del contratto, il che indurrebbe ad eliminare anche l'art. 93, ult. co., del Progetto; oppure si riconosce – muovendo proprio dalla disposizione appena citata – che il rifiuto rende irreversibile l'inadempimento, ed allora è incomprensibile che ciò non possa accadere anche quando è reso prima della scadenza del termine ed è necessario che i compilatori del Progetto operino sul punto apprestando una disciplina specifica.

In chiave rimediale, è solo il binomio tutela dilatoria – tutela perentoria «anticipata» a consentire una piena protezione del creditore, conferendogli una facoltà di scelta che, volta a volta, tiene conto delle circostanze del caso allo scopo di reagire in modo più specificamente correlato al grado di irreversibilità della futura violazione, così da permettergli, in particolare, di limitarsi a sospendere finché la situazione è ancora incerta, per poi passare al vero e proprio scioglimento quando gli indici fattuali più volte richiamati – l'atteggiamento tenuto a fronte della richiesta di idonee garanzie o le modalità espressive del rifiuto – rendano più conveniente cercare altrove quella prestazione che non si riuscirà più ad ottenere spontaneamente.