

Matteo Ambrosoli

LA DICHIARAZIONE STRAGIUDIZIALE DI RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO COME
FORMA DI RECESSO

I. I rimedi per l'inadempimento

Nei sistemi giuridici europeo-continentali, al centro del sistema si colloca il diritto soggettivo: la proprietà, gli altri diritti reali, i diritti di credito. I rimedi sono gli strumenti che l'ordinamento predispone a garanzia dell'effettività del diritto: lo proteggono dalle aggressioni esterne e ne assicurano la fruizione a favore del titolare.

Ovviamente, non è possibile impedire ogni interferenza e raggiungere il risultato di assicurare che il titolare possa esercitare il proprio diritto nella pienezza del suo significato economico: banalmente, se un bene è distrutto, il proprietario avrà perduto per sempre la possibilità di impiegarlo. I rimedi si misurano in termini di efficienza e capacità di assicurare che le interferenze illegittime siano contenute in limiti considerati accettabili.

In linea di massima, possiamo dire che i diritti soggettivi sono protetti, in caso di lesione, con tutele specifiche (dirette a eliminare l'interferenza; si pensi all'azione di rivendicazione, per la difesa del diritto di proprietà, ossia del diritto del proprietario al possesso del bene) o con tutela risarcitorie (dirette a eliminare le conseguenze economiche dell'interferenza).

Ove il diritto soggettivo origini da un contratto a prestazioni corrispettive, il discorso si fa più articolato: accanto ai rimedi sopra menzionati (che, in tale ambito, sono rappresentati dall'azione di adempimento e da quella risarcitoria), il legislatore ne prevede uno ulteriore, costituito dalla possibilità di risolvere il contratto. La funzione della risoluzione è molteplice e dipende dalle circostanze del caso concreto: di fronte all'inadempimento, il contraente fedele può desiderare di non adempiere la propria prestazione, ove non l'abbia ancora eseguita, così liberandosi del contratto, per soddisfare il proprio bisogno in un'operazione alternativa; se, invece, ha già adempiuto, può preferire recuperare la propria prestazione, piuttosto che inseguire la controprestazione a mezzo dell'azione di adempimento.

Una triade di rimedi rappresenta un sistema complesso e richiede che si chiariscano le relazioni che corrono tra essi: l'art. 1453 c.c. sembra porli in posizione di pariordinazione, rimettendo integralmente al contraente fedele la scelta su quale utilizzare. In realtà, l'ambito di fruibilità non è coestensivo: la risoluzione non si accontenta di un inadempimento, ma ne richiede la gravità; l'azione di adempimento, del pari, non è utilizzabile sol che vi sia stato un inadempimento, ma richiede che la prestazione sia ancora possibile e che quanto già compiuto dal debitore non abbia consumato la pretesa (così, di fronte a un adempimento inesatto, non può domandarsi un secondo adempimento). L'unico rimedio utilizzabile in tutti i casi è costituito dal risarcimento del danno (naturalmente, a condizione che l'inadempimento abbia causato un danno effettivo).

Pur fatte queste precisazioni, rimane vero che la scelta del rimedio è affidata al contraente fedele: ma non basta la sua volontà e neppure la sua dichiarazione.

Non bastano per ottenere l'adempimento coattivo: esso, infatti, richiede una pronuncia di condanna che deve essere emessa dal giudice.

Non bastano per ottenere il risarcimento del danno: esso richiede, dapprima, una misurazione e, poi, una pronuncia di condanna, senza i quali la pretesa risarcitoria sarebbe manifestazione dell'uso della forza da parte dei singoli per la composizione delle liti. Una tecnica potenzialmente distruttiva dell'ordine sociale.

Ma, ecco il punto che ci interessa, non bastano neanche per ottenere la risoluzione del contratto, che, nel nostro ordinamento, è affidata al potere del giudice, almeno nell'ipotesi base dell'art. 1453 c.c. La ragione di questa scelta necessita di essere indagata: posto che l'effetto della risoluzione è solamente giuridico e non comporta un immediato mutamento nella realtà fattuale, non può certo dirsi che la sua derivazione immediata dalla dichiarazione della parte comporti un attentato inaccettabile alla pace sociale. Perché, allora, non è previsto che, di fronte all'inadempimento, il contraente fedele possa semplicemente dichiarare la risoluzione del contratto?

Per dare una risposta compiuta alla domanda, occorre riprendere la contrapposizione che si è proposta al principio, ossia quella tra diritti e rimedi: i primi delineano un'area di sovranità dell'individuo, dominata dalla sua libertà e, quindi, dalla sua volontà, elemento sufficiente a determinare conseguenze giuridiche; i secondi, invece, non rispondono alla stessa logica, ossia non sono oggetto di pura appartenenza, ma sono strumenti pensati per la tutela dei primi e che rispondono a ragioni di opportunità ed efficienza. Queste caratterizzazioni comportano la necessità di considerare elementi ulteriori rispetto alla semplice volontà del titolare del diritto:

a) in primo luogo, si nota che il rimedio, se da un lato protegge il diritto, dall'altro incide negativamente sulla sfera della controparte: benché questi sia il soggetto responsabile della lesione del diritto, la sua 'riprovevolezza morale' non è elemento sufficiente per considerare che qualsiasi conseguenza negativa sia per lui una sanzione ben meritata;

b) in secondo luogo, se la tutela di un interesse può essere ottenuta con due strategie diverse, l'una più onerosa dell'altra, ma equivalenti nel risultato, vi è motivo di dubitare che la scelta debba essere semplicemente lasciata ad un soggetto che non abbia particolari ragioni per preferire la strada meno onerosa. Possiamo, in questo senso, pensare al risarcimento del danno in forma specifica (art. 2058 c.c.): il legislatore non si è limitato a prevederlo come un rimedio nella libera disponibilità del danneggiato, ma ha stabilito che il giudice possa escluderlo, laddove sia eccessivamente oneroso per il debitore.

Ecco, quindi, due valide ragioni che possono suggerire di limitare la volontà del contraente fedele come causa sufficiente della risoluzione del contratto, in caso di suo inadempimento.

Prima di procedere nell'analisi, merita proporre due osservazioni.

In primo luogo, si deve chiarire il significato del termine 'recesso' che compare nel titolo della presente ricerca. È noto che il legislatore italiano non ha disciplinato in via generale tale istituto; di esso fa menzione in diversi casi, senza però governarlo compiutamente; di fronte a questa lacuna, risulta legittima la scelta qui compiuta, di far coincidere il recesso con la semplice manifestazione di volontà capace di provocare lo scioglimento del vincolo contrattuale (per l'inadempimento della controparte). Il recesso, nell'accezione qui accolta, si caratterizza per essere una manifestazione negoziale di

volontà diretta a far venire meno gli effetti di un contratto, risultato che si attua senza la necessità della mediazione giurisdizionale¹.

Sulla base di una tale (ampia) nozione, consideriamo forme di recesso sia quella prevista dall'art. 1385 c.c., che quella contenuta nella diffida ad adempiere, in cui l'effetto è subordinato soltanto all'inutile trascorrere del termine assegnato, che, ancora, quella della parte che dichiara di avvalersi di una clausola risolutiva espressa. Il tema di indagine, quindi, è costituito dalla dichiarazione negoziale atta a provocare lo scioglimento del contratto per causa di inadempimento.

Non è inclusa nella ricerca la considerazione delle ipotesi di recesso per inadempimento previste all'interno di singoli contratti tipici.

In secondo luogo, si vuole esplicitare sin d'ora una conseguenza implicita nell'impostazione adottata, che ha rilevanza nella soluzione di qualche problema pratico.

Chiarito che i rimedi sono altro dai diritti, deve osservarsi che essi non sono neppure oggetto di diritti. Certamente, in termini di analisi tecnica, potremo affermare che il singolo sia titolare di diritti (potestativi) ad agire per la risoluzione o per l'adempimento; tuttavia, sbagliremmo a considerare questi come veri e propri diritti soggettivi, perché non ne svolgono (in senso economico e sociale) la funzione. I diritti soggettivi sono lo strumento con cui sono allocate, tra i consociati, le risorse economiche e con cui è organizzata la collaborazione (la coesistenza) sociale. I rimedi, invece, come si è osservato sopra, si valutano in termini di opportunità e di efficienza, non di appartenenza. Il rilievo è importante perché, all'opposto, non è infrequente trovare l'affermazione opposta, utilizzata come medio logico per pervenire a conseguenze giuridiche. Così, affermato che il contraente fedele acquista un 'diritto alla risoluzione' sol che il debitore abbia realizzato un inadempimento grave, se ne ricava che quest'ultimo non potrebbe più adempiere, perché, se lo facesse, esproprierebbe un diritto alla risoluzione ormai acquisito.

Si tratta di ragionamenti proposti anche dalla Suprema Corte ma che, a mio avviso, trascurano il significato corretto sia del "diritto soggettivo" che del "rimedio giuridico".

II. Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione: storia e comparazione

II.A. Origine storica della risoluzione

La risoluzione del contratto per inadempimento ha una storia complicata.

Il diritto romano non la conosceva come rimedio generale: essa nacque con l'inserimento, nella compravendita, di un'apposita convenzione (*lex commissoria*), che attribuiva al venditore il potere di dichiarare la risoluzione del contratto in caso di

¹ Spesso si ritiene che il recesso abbia efficacia *ex nunc*, laddove la risoluzione travolge il contratto con efficacia *ex tunc*. Se ciò fosse vero, allora il recesso andrebbe contrapposto alle manifestazioni di volontà risolutoria (come quella collegata ad una clausola risolutiva espressa). Invece, come la retroattività non è una caratteristica costante della risoluzione (essendo esclusa nei contratti ad esecuzione continuata o periodica), così non è affatto condivisa l'idea che il recesso non abbia effetto retroattivo: in questo senso, si sostiene che anche il recesso dovrebbe determinare una 'risalita' temporale dello scioglimento al momento di verifica dell'inadempimento che ne abbia giustificata l'invocazione. E correttamente, in tal senso, si osserva come debba ritenersi giusto che, ad es., il socio escluso per non aver effettuato il conferimento promesso debba restituire gli utili che gli siano stati distribuiti e che egli non abbia contribuito a creare (GABRIELLI Giovanni, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1974, pag. 739).

mancato pagamento del prezzo, così da recuperare il bene alienato, sottraendosi al rischio di insolvenza dell'acquirente.

Dunque, si trattava di una clausola utilizzabile in un solo contratto e unicamente a protezione del venditore. Non è da qui che l'istituto ha preso davvero le mosse.

La risoluzione per inadempimento è stata, piuttosto, una creazione dei canonisti, che la hanno ricavata dal principio *frangenti fidem non est fides servanda*; ciò che, ai fini della nostra analisi, più conta è che la risoluzione è nata, in questo ambiente, come rimedio giudiziale: il giudice era chiamato a valutare la condotta delle parti e ad applicare il rimedio, tenendo conto della meritevolezza morale della parte che la domandava.

Nel XVII secolo, con Domat, la risoluzione per inadempimento è ormai riconosciuta come rimedio di portata generale, nei contratti a obbligazioni corrispettive; essa trova accoglienza nel Code Civil, nella famosa formulazione dell'art. 1184, secondo cui «(1) *la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. (2) Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. (3) La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances*».

Il Code Civil, quindi, accoglie la soluzione della giudizialità (necessaria) della risoluzione.

Essa è fatta propria anche dal codice civile italiano del 1865.

Parzialmente diversa è la soluzione accolta dal codice civile italiano del 1942: ma, sul punto, torneremo *infra*.

II.B. Common Law

La giudizialità necessaria della risoluzione è rifiutata dal *common law*.

L'inadempimento attribuisce al creditore un potere di scelta: può considerare il contratto come *still in force* oppure come definitivamente *discharged (terminated)*.

La *termination* è possibile solamente se sia rimasta inadempita una prestazione che costituisca una *condition (express o implied)* ritenuta dalle parti capace di giustificare la risoluzione oppure se si possa parlare di un *fundamental breach* (un inadempimento che «*has the effect of depriving the other party of substantially the whole benefit which it was the intention of the parties that he should obtain from the contract*»²).

La risoluzione (*termination*) deriva da un'iniziativa stragiudiziale della parte, che deve notificare all'inadempiente la propria intenzione risolutoria: l'effetto è immediato e, quindi, «*the terminating party need not give the contract breaker an opportunity to remedy his breach before exercising his right to terminate*»³.

Dunque, la risoluzione opera stragiudizialmente, per effetto di una semplice comunicazione, senza necessità di assegnare un termine per la sanatoria dell'inadempimento, sulla base della verifica di un *fundamental breach*.

² CARTWRIGHT John, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, III ed., Hart Publ., Oxford and Portland, Oregon, 2016.

³ CARTWRIGHT, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, cit.; TREITEL Guenter H., *Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved)*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Chapter 16, Mouton, The Hague and J.C.B. Mohr, Tübingen, 1976, pagg. 119 ss.

Emerge un tema sul quale metteremo l'accento nel seguito: l'analisi sulla modalità della risoluzione non può limitarsi a registrare l'alternativa tra giudizialità e stragiudizialità; deve, infatti, osservarsi anche quella tra soluzioni che esplicitano un potere del creditore di provocare in via immediata la risoluzione, ossia senza l'interferenza di decisioni o comportamenti riferibili ad altri soggetti e capaci di precludere l'effetto, e soluzioni che, invece, consentono di pervenire alla risoluzione solo se non si verificano altri eventi, a loro volta capaci di impedirla (come possono essere una sanatoria dell'inadempimento o una valutazione giudiziale di opportunità del rimedio risolutorio).

Merita segnalare come le regole siano parzialmente diverse in caso di ritardo del debitore nell'adempimento. Il termine di adempimento, nel *common law* originario, era considerato di norma 'essenziale'; a temperare questa regola molto severa, era intervenuta l'*equity*; il quadro attuale è illustrato da *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*⁴: l'essenzialità del termine dipende da una corrispondente volontà delle parti o dalla natura del contratto; se il debitore è in ritardo, il contratto può risolversi se il termine sia essenziale oppure causi un effetto frustrante oppure il creditore (a valle del ritardo) assegni un termine adeguato, che il debitore lasci inutilmente trascorrere⁵.

La decisione del creditore, una volta assunta, è definitiva: «*once he has done this, his election is final and cannot be retracted*»⁶

La *termination of contract for breach* ha per effetto di liberare dalle obbligazioni non ancora eseguite, senza però che venga meno la stabilità di quelle già adempiute: «*discharge by breach never impinges upon rights and obligations that have already matured. (...) The effect is to terminate the contract for the future as from the moment when the acceptance is communicated to the party in default. The breach does not operate retrospectively*»⁷.

II.C. Germania

Anche in Germania la risoluzione per inadempimento è stragiudiziale: ciò, però, non deve portare a concludere in via immediata per una significativa somiglianza di soluzioni; infatti, in Germania si evidenzia un certo *favor* per la conservazione del contratto, laddove in *common law*, come si è osservato, il contraente fedele ha il potere di provocare in via diretta lo scioglimento del rapporto.

Per i contratti sinallagmatici, il § 323 BGB stabilisce che il creditore possa, se abbia senza successo fissato un termine ragionevole per l'adempimento, recedere dal contratto; la soluzione stragiudiziale si combina, così, con un previo tentativo di recupero del rapporto, che passa dalla fissazione di un termine entro il quale la prestazione debba essere regolarizzata.

Quanto ai presupposti sostanziali della risoluzione, il BGB non contiene un espresso riferimento alla 'gravità'⁸; la normativa prevede che:

⁴ House of Lords, 1978 AC 904

⁵ FURMSTON Michael, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, XVI ed., Oxford University Press, 2012, pagg. 693 ss.

⁶ FURMSTON, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, cit., pag. 684.

⁷ FURMSTON, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, cit., pag. 683.

⁸ «*The most interesting aspect of these provisions lies in what they do not say: a fundamental non-performance (as in the PECL) or breach of a condition (as in English Law) is not required (...) A minimum threshold (much lower than the one provided by the PECL, English and French law) can be found in the*

a) in caso di prestazione parziale, il creditore possa recedere se non abbia alcun interesse all'esecuzione parziale della prestazione (§ 323, comma 5, BGB);

b) in caso di adempimento qualitativamente inesatto, il recesso sia escluso quando la violazione sia irrilevante.

Nulla è precisato con riferimento al ritardo, dal che può ricavarsi la legittimità di una reazione risolutoria anche a prescindere dall'essenzialità dell'inadempimento, anche considerato che il meccanismo della diffida consente al debitore di disporre di un congruo termine per rimediare la violazione commessa⁹.

Con riguardo al sistema tedesco, è stato osservato che *«the real innovation that § 323 BGB brings, lies in the rule that termination is allowed in case of any non-performance, provided that the debtor is given a second chance to perform (...). The main point is that German law thus makes it possible for the creditor to terminate the contract for any less than trivial breach by giving the debtor a second chance to perform. This is particularly useful in case of delay or defective performance»*¹⁰.

II.D. Francia

Il Code Civil del 1804 aveva abbracciato senza incertezze la strada della risoluzione giudiziale, perpetuando la soluzione originariamente fatta propria dai canonisti: si è già ricordato sopra il testo dell'art. 1184.

Quanto ai presupposti necessari per ottenere la risoluzione, il codice non è stato esplicito: hanno supplito dottrina e giurisprudenza, richiedendo al giudice di tenere conto di diversi elementi, come la gravità della violazione e la colpa del debitore; ne è derivato il riconoscimento di un ampio potere discrezionale del giudice nel valutare l'opportunità del rimedio risolutorio; egli *«examine aussi l'utilité et la possibilité qu'il y a encore à exécuter le contrat à l'avenir, ce qui explique l'importance dei pouvoirs qui lui sont conférés»*¹¹; il giudice, inoltre, aveva la possibilità di riconoscere un termine di grazia al debitore, al fine di rimediare alla violazione commessa, così permettendo di superare la necessità della risoluzione.

Come efficacemente è stato rilevato, in quel sistema *«le juge a un pouvoir souverain»*¹².

Il legislatore non aveva neppure introdotto i meccanismi preclusivi che leggiamo nel nostro art. 1453 c.c.; di conseguenza, il debitore avrebbe potuto adempiere anche in corso

second sentence of paragraph (5): the breach may not be 'trivial'» (SMITS Jan M., *Contract law. A comparative introduction*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014, pagg. 233).

⁹ In questo senso, CANARIS Claus-Wilhelm, *Il programma obbligatorio e la sua inattuazione: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in CIAN Giorgio (cur.), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Quaderni della Rivista di Diritto Civile, Cedam, Padova, 2004, pag. 45.

¹⁰ SMITS, *Contract law. A comparative introduction*, cit., pagg. 234.

¹¹ MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, *Les obligations*, II ed., Defrénois, Paris, 2005, pag. 446.

¹² MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, cit., pag. 446.

«Cette appréciation judiciaire est nécessaire pour empêcher que des contractants malhonnêtes ne cherchent à se dégager d'un marché devenu désavantageux pour eux, sous prétexte de déficiences mineures relevées dans les prestations de leurs cocontractants» (CARBONNIER Jean, *Droit civil, tome 4, Les obligations*, XXII ed., Presse Universitaires de France, Paris, 2000, pag. 341).

di causa, mentre il creditore avrebbe potuto domandare l'adempimento, anche dopo aver chiesto la risoluzione¹³.

La soluzione adottata dal codice è stata sottoposta, nel XIX e nel XX secolo, a un intenso lavoro integrativo, che ha condotto, grazie alla giurisprudenza, a riconoscere la clausola risolutiva convenzionale e alcune ipotesi di risoluzione stragiudiziale per effetto di apposita dichiarazione del contraente fedele.

Con l'Ordonnance n. 131 del 2016, il quadro è significativamente mutato, rispetto a quello risultante dalle norme del 1804 (non altrettanto rispetto al diritto vivente, come conformato dall'importante evoluzione giurisprudenziale della materia).

La riforma, però, non ha inciso significativamente sulla risoluzione giudiziale e sui suoi presupposti; piuttosto, ha introdotto forme ulteriori di risoluzione, attuabili stragiudizialmente.

Sul piano sistematico, si segnala l'art. 1224, secondo cui la risoluzione può derivare dall'applicazione di una clausola risolutiva oppure, in caso di inadempimento sufficientemente grave, da una notificazione operata dal creditore o, ancora, da una decisione giudiziale. La centralità (meglio: unicità) della risoluzione giudiziale è così venuta oggi meno, a favore di una prevalenza di quella stragiudiziale.

Più dubbio è che, con la riforma, la risoluzione sia davvero divenuta un potere del creditore: il meccanismo del potere, come è noto, si collega alla soggezione della controparte; ma di una semplice soggezione, qui, non sembra il caso di parlare; piuttosto, possono dirsi introdotte diverse procedure volte a provocare la risoluzione.

Il creditore non ha (quasi) mai il potere di comunicare *sic et simpliciter* di ritenere sciolto il contratto a causa dei precedenti inadempimenti della controparte:

- a) con la clausola risolutiva, egli deve (salvo patto contrario) costituire in mora il debitore (art. 1225); la costituzione in mora, come è chiaro, serve in primo luogo a stimolare l'adempimento;
- b) in caso di risoluzione tramite notifica (art. 1226), il creditore, *sauf urgence*, deve costituire in mora il debitore intimandogli di adempiere; ove l'inadempienza permanga, il creditore può notificare al debitore la risoluzione, motivandola; essa, peraltro, è assoggettata alla condizione della gravità dell'inadempimento che, in caso di giudizio (eventualmente avviato dal debitore), deve essere provata dal creditore. Il Code precisa, in apertura dell'art. 1226, che *«le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification»*; dunque, compiendo la scelta, la parte accetta il rischio di una diversa valutazione giudiziale (nell'eventuale giudizio promosso dal debitore per contestare la ricorrenza dei presupposti di risoluzione¹⁴);
- c) l'art. 1227 precisa, infine, che la risoluzione può essere in ogni caso domandata in via giudiziale.

¹³ «Après l'échéance du terme, et même après l'assignation, le débiteur peut encore exécuter, même en cours d'instance, ce qui correspond à l'idée que le droit civil demande une infinie patience; ce n'est pas toujours une solution satisfaisante, car elle altère la ponctualité des engagements. Le seul tempérament est que le juge peut estimer inopérante l'exécution trop tardive» (MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, cit., pag. 447).

¹⁴ Con riferimento a tale giudizio, il quarto comma dell'art. 1226 dispone che *«le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution»*.

In caso di risoluzione giudiziale, l'istituto del termine di grazia è conservato; dispone l'art. 1228 che *«le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts»*.

Dunque, anche nel contesto della riforma, il sistema francese non cessa di essere dominato da alcune caratteristiche proprie di quello anteriore: l'introduzione di forme di risoluzione stragiudiziale non equivale al riconoscimento di un diritto soggettivo alla risoluzione nascente dal fatto dell'inadempimento grave del debitore. Anche oggi, quindi, l'ordinamento predilige l'idea del recupero del rapporto (di un *favor contractus*¹⁵), postergando l'effetto risolutorio all'adozione di iniziative atte a fornire impulso al debitore affinché si conformi all'impegno assunto. Possiamo dire, quindi, che dal contratto nasce il diritto all'adempimento: la rinuncia a tale diritto, nel quadro di una risoluzione, non costituisce una scelta incondizionata del creditore, ma è l'esito di procedure in cui sempre è oggetto di protezione l'interesse del debitore all'adempimento, sia pure tardivo.

Mette conto aggiungere come il legislatore della riforma si sia occupato anche della tematica degli effetti retroattivi della risoluzione (che nel nostro ordinamento è governata dall'art. 1458 c.c. con l'affermazione di una retroattività in senso forte, limitata però dalla salvezza dei diritti dei terzi e dalla sua esclusione nel caso di contratti a esecuzione continuata o periodica).

Nel sistema originario, il modello della condizione risolutiva era preso sul serio, dal punto di vista degli effetti: il rapporto cadeva retroattivamente, travolgendo le prestazioni eseguite (così, per chiarire, il venditore tornava proprietario del bene, con ciò trovandosi in posizione favorevole anche nell'eventualità di un fallimento dell'acquirente)¹⁶: *«c'est envers les tiers que se mesurent surtout les inconvénients de la rétroactivité, qui les soumet à une grave insécurité. La résolution à cet égard, produit les mêmes effets que la nullité : sont anéantis les actes de disposition faits par l'acquéreur dont le titre est résolu»*¹⁷.

Restavano salvi gli atti di amministrazione attuati anteriormente alla risoluzione, proprio come in caso di retroattività della condizione.

In materia, la giurisprudenza era giunta a stabilire una retroattività limitata (risalente all'insorgenza dell'inadempimento) nei contratti sinallagmatici a *exécution successive*.

L'art. 1229 dispone, ora, che *«(1) la résolution met fin au contrat. (2) La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice. (3) Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure*

¹⁵ PAGLIANTINI Stefano, *La risoluzione per inadempimento tra legge e giudizio (studio sull'inadempimento definitivo)*, in CONSOLO Claudio, PAGNI Ilaria, PAGLIANTINI Stefano, ROPPO Vincenzo, MAUGERI Marisaria, *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Il Mulino, Bologna, 2018, pag. 102

¹⁶ SMITS, *Contract law. A comparative introduction*, cit., pag. 238.

¹⁷ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, cit., pagg. 449. V. anche CARBONNIER, *Droit civil, tome 4, Les obligations*, cit., pag. 343.

de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation. (4) Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9».

La riforma del 2016 è intervenuta, dunque, prevedendo che le obbligazioni restitutorie siano governate da un criterio di stabilità di quelle che, reciprocamente eseguite, abbiano procurato utilità ugualmente corrispettive (un criterio differente rispetto a quello rigido adottato dall'art. 1458 c.c., secondo cui la retroattività è esclusa nei soli casi di contratti a esecuzione continuata o periodica).

III. (segue): il diritto italiano vigente

III.A. La risoluzione giudiziale

Il legislatore del 1942 sembra essersi mosso in una linea di parziale continuità con il sistema previgente, con la conferma della giurisdizionalità¹⁸ e l'introduzione di alcune ipotesi di risoluzione di diritto¹⁹. Dunque, ancora, domina la giurisdizionalità: i casi in cui il contraente fedele può provocare la risoluzione di propria iniziativa, senza dover passare attraverso un giudizio e una pronuncia costitutiva, sono disegnati su fattispecie specifiche e non generalizzabili²⁰; così, la clausola risolutiva espressa richiede un previo accordo; quella per diffida, che l'inadempimento sia rappresentato dal ritardo (o da un'inesattezza suscettibile di correzione); quella per termine essenziale, che il ritardo si converta, per la peculiarità della sua rilevanza, in una sorta di impossibilità sopravvenuta (nel senso di rendere inutile per il creditore una prestazione tardiva).

Merita però osservare come le scelte del legislatore con riguardo alla stessa risoluzione giudiziale siano state più incisive di quanto non appaia a prima vista; infatti, la posizione del giudice ha perduto, nell'impianto dell'art. 1453 c.c., molta di quella importanza che, invece, gli era attribuita nei sistemi previgente²¹ e francese.

L'art. 1455 c.c. specifica il presupposto sostanziale della risoluzione (la ricorrenza di un inadempimento grave²²: qui, la discrezionalità giudiziale rimane importante nel sindacare un elemento così poco caratterizzato in senso quantitativo e anche qualitativo),

¹⁸ Cui si lega il carattere costitutivo della pronuncia di risoluzione: BIANCA Cesare Massimo, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, III ed., Giuffrè, Milano, 2021, pag. 302.

¹⁹ Si osserva, in questo senso, che «*il sistema del nostro ordinamento si caratterizza per l'alternativa offerta in generale al creditore tra l'azione di risoluzione e l'esercizio diretto del rimedio risolutivo*» (BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, cit., pag. 279). Mette però conto aggiungere che i rimedi stragiudiziali legali non hanno un'area di operatività coestensiva a quella della risoluzione giudiziale.

²⁰ «*Queste varie figure di risoluzione hanno verosimilmente un fondamento genericamente comune, ma il fondamento di ognuna di esse potrebbe anche comportare elementi specifici differenzianti*» (SACCO Rodolfo, *I rimedi sinallagmatici*, in SACCO Rodolfo e DE NOVA Giorgio, *Il contratto*, IV ed., Utet, Milano, 2016, pag. 1589).

²¹ Nel vigore del c.c. 1865, la dottrina trovava apprezzabile la soluzione normativa, proprio per il fatto di attribuire al giudice un ampio potere valutativo, così da consentirgli di pronunciare la risoluzione nei soli casi in cui essa si presentasse come rimedio conveniente e opportuno.

Già allora, però, si riconosceva la possibilità di una risoluzione stragiudiziale nei casi di condizione risolutiva espressa e di termine essenziale.

In arg., GRANELLI Carlo, *Uno strumento (di dubbia efficacia) di risoluzione stragiudiziale: la diffida ad adempiere*, in CONSOLO Claudio, PAGNI Iliaria, PAGLIANTINI Stefano, ROPPO Vincenzo, MAUGERI Marisaria, *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Il Mulino, Bologna, 2018, pagg. 195 ss.

²² La Relazione del Ministro Guardasigilli sul codice precisa, al n. 661, che l'elemento della 'gravità' dell'inadempimento esprime un «*criterio di proporzione fondato sulla buona fede contrattuale*».

mentre lo stesso art. 1453 c.c. sembra indicare la rilevanza sostanziale (stragiudiziale, pregiudiziale) della fattispecie giustificativa della risoluzione, attribuendo valore preclusivo dell'adempimento alla domanda di risoluzione; tale preclusione opera in danno del debitore, ma, più significativamente, opera nei confronti del giudice, privandolo del potere di accordare un termine di grazia²³.

In questo modo, la risoluzione disposta dal giudice tende a coincidere con l'attuazione giudiziale di un diritto sostanziale già acquisito dal contraente fedele al momento dell'introduzione del giudizio.

Questa impostazione si rivelerà, nel corso del tempo, foriera di sviluppi importanti, anche se, a mio avviso, poco convincenti. Se ci domandiamo da dove sorga questo supposto diritto della parte alla risoluzione, la risposta più ragionevole sembra quella che si riferisce all'esistenza di un inadempimento dotato della caratteristica della gravità: ma, se così è, è quasi immediato il passaggio successivo, consistente nel vedere la nascita di questo diritto in un momento già anteriore rispetto a quello disegnato dall'art. 1453 c.c.; si vuol dire, cioè, che la domanda giudiziale può essere considerata un elemento ultroneo rispetto all'acquisto del diritto alla risoluzione in capo al contraente fedele.

Seguendo questo percorso ricostruttivo, è facile allora (ma non convincente) giungere alla conclusione per cui, anche prima dell'avvio del giudizio, il contraente fedele abbia il potere di rifiutare l'adempimento offerto a valle della maturazione di un inadempimento grave, perché una soluzione opposta comporterebbe il risultato di riconoscere al debitore la possibilità di sottrarre al creditore un diritto già acquisito al suo patrimonio.

La rilevanza della volontà risolutoria insita nella domanda formulata si manifesta anche in un'altra direzione. Se il creditore esercita il suo diritto, ossia compie la scelta potestativamente affidatagli, allora egli muta anche la sfera giuridica del debitore, liberandolo dal dover adempiere: il che l'art. 1453 c.c. esprime dicendo che, domandata la risoluzione, il creditore non può più domandare l'adempimento (mentre non è vero il contrario). Anche a questo riguardo sorge il dubbio sulla necessaria giudizialità della scelta: se il diritto compete sul piano sostanziale, è già a questo livello che dovrebbero svilupparsi gli effetti del suo esercizio; con la conseguenza che anche una dichiarazione stragiudiziale di voler ottenere la risoluzione dovrebbe impedire di chiedere un successivo adempimento. Eppure, è indubbio che il legislatore abbia legato gli effetti preclusivi all'introduzione del giudizio.

*

Per completare questo discorso introduttivo sulla conformazione della risoluzione nel codice italiano del 1942, merita ricordare come essa comporti lo scioglimento retroattivo del contratto, con conseguente venir meno della giustificazione delle prestazioni già eventualmente eseguite; l'art. 1458 c.c. provvede in argomento, ponendo il limite dell'inapplicabilità della regola di retroattività:

- a) nei contratti ad esecuzione continuata o periodica;
- b) in danno dei terzi (a prescindere dal loro stato di buona o mala fede).

²³ Sempre nella Relazione del Ministro Guardasigilli si legge che: «*per non indulgere eccessivamente verso il debitore, il nuovo sistema nega ogni diritto a dilazione giudiziaria, in modo che si evita ogni turbamento alla prontezza degli adempimenti, fondamentale in ogni ramo dell'economica, e si adegua tutto il sistema delle obbligazioni alla norma dell'art. 42 cod. comm.*».

Escludendo il termine di grazia, il legislatore del 1942 ha recepito la soluzione già adottata dal codice di commercio del 1882.

Dunque, sia pure *ex post*, i rapporti tra le parti debbono essere considerati come se mai un contratto fosse stato tra loro stipulato. Ogni prestazione adempiuta deve essere restituita, sulla base della disciplina quasi contrattuale e senza considerazione alcuna per le altre prestazioni eventualmente eseguite²⁴.

Con riguardo alle restituzioni, quindi, il nostro codice segue parzialmente la soluzione francese originaria, salvo per il fatto che, in quella, conformemente alla disciplina della condizione risolutiva, la retroattività travolgeva anche gli acquisti dei terzi, mentre, da noi, essi sono fatti salvi.

III.B. Le risoluzioni stragiudiziali

Il codice del 1942 ha dato spazio alla risoluzione stragiudiziale per inadempimento, basata sulla volontà del contraente fedele espressa al di fuori del giudizio.

Le ipotesi sono quelle della clausola risolutiva espressa, del termine essenziale, della diffida ad adempiere e della caparra confirmatoria. Le analizziamo sinteticamente, in particolare considerando il modo in cui esse valorizzano il potere della volontà.

III.B.1. La clausola risolutiva espressa

La clausola risolutiva espressa è il patto con cui le parti stabiliscono che, al verificarsi di determinate inadempienze, il creditore possa provocare la risoluzione attraverso una propria semplice dichiarazione (art. 1456 c.c.).

In questo caso, il legislatore ritiene che non vi sia necessità di un intervento giudiziale: in effetti, posto che il ruolo del giudice è ormai confinato alla verifica dell'elemento della gravità, la prevalutazione pattizia della rilevanza risolutiva di specifiche inadempienze lo rende superfluo.

Si deve osservare come la necessità della valutazione giudiziale possa essere esclusa dalle parti, ma non possa, invece, essere semplicemente differita, rispetto alla dichiarazione stragiudiziale di risoluzione; così, se la clausola prevedesse che, in caso di inadempimento, la parte creditrice possa dichiarare risolto il contratto, non si avrebbe un patto risolutorio con sindacato giudiziale postergato in ordine alla gravità dell'inadempimento, ma si avrebbe una clausola risolutiva espressa nulla per indeterminatezza del suo contenuto. In questo senso, è solido l'orientamento che proscrive le clausole risolutive estese a qualsiasi inadempimento della parte²⁵. Secondo

²⁴ In senso diverso, ma isolata, Cass. civ. 23 aprile 1980 n. 2678 (in DeJure), secondo cui «*nell'ipotesi di risoluzione - giudiziale o per mutuo consenso - di una compravendita, le reciproche prestazioni delle parti che conseguono alla risoluzione restano tra loro collegate, per cui l'una non può essere pretesa se l'altra non sia adempiuta*».

²⁵ «*La clausola risolutiva espressa presuppone che le parti abbiano previsto la risoluzione di diritto del contratto per effetto dell'inadempimento di una o più obbligazioni specificamente determinate, sicché la clausola che attribuisca ad uno dei contraenti la facoltà di dichiarare risolto il contratto per "gravi e reiterate violazioni" dell'altro contraente "a tutti gli obblighi" da esso discendenti va ritenuta nulla per indeterminatezza dell'oggetto, in quanto detta locuzione nulla aggiunge in termini di determinazione delle obbligazioni il cui inadempimento può dar luogo alla risoluzione del contratto e rimette in via esclusiva ad una delle parti la valutazione dell'importanza dell'inadempimento dell'altra*» (Cass. civ. 11 marzo 2016 n. 4796, in DeJure; v. anche Cass. civ. 27 giugno 2018 n. 16905, *ivi*).

Accanto a sentenze che giustificano la nullità con l'indeterminatezza del suo oggetto, altre preferiscono richiamare il concetto di 'clausola di stile', come clausola usualmente utilizzata senza che ad essa si accompagni un'effettiva volontà negoziale: «*costituisce clausola di stile la clausola risolutiva espressa redatta in maniera generica, con riferimento cioè, non già ad una specifica inadempienza, ma ad una qualsiasi delle clausole del negozio, nulla aggiungendo alla norma generale di cui all'art. 1453 c.c.; l'accertamento in ordine alla portata della clausola risolutiva, onde valutare se essa coinvolga una*

questo pacifico orientamento, quindi, le parti possono predeterminare i casi di gravità giustificativi della risoluzione, ma non possono creare un potere libero di risoluzione da inadempimento, semplicemente sottoposto a un sindacato successivo di ricorrenza dell'elemento della gravità.

Quanto al modo di funzionamento della clausola risolutiva espressa, si segnala una notevole differenza rispetto a quella disciplinata nel sistema francese: qui, infatti, il legislatore si preoccupa di salvare, nei limiti del possibile, il contratto, anche in presenza di un inadempimento tale da integrare quanto richiesto dalla clausola risolutiva; il creditore deve passare da una previa costituzione in mora, se vuole giungere all'esito risolutorio. In Italia, invece, il contraente fedele può immediatamente reagire all'inadempimento (convenzionalmente considerato grave) provocando direttamente lo scioglimento del contratto.

III.B.2. Il termine essenziale

Il termine essenziale (art. 1457 c.c.) determina la risoluzione del contratto senza neppure necessità di una dichiarazione del creditore: questi, piuttosto, deve dichiarare la propria eventuale volontà di mantenere fermo il contratto nonostante la scadenza del termine essenziale.

Si tratta di una sorta di impossibilità sopravvenuta, nel senso che la prestazione resa oltre il termine finisce per essere completamente snaturata, ossia privata della propria funzione economica. Proprio per questa ragione, è da considerare remota la possibilità che il creditore abbia interesse al mantenimento del rapporto a valle della scadenza del termine; poiché, però, non si tratta di impossibilità naturalistica, non vi è ragione per negare al creditore tale scelta.

III.B.3. La diffida ad adempiere

Con la diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.), il creditore intima al debitore di adempiere, assegnandogli un termine (che deve essere congruo) e preavvertendolo che, in difetto, il contratto si risolverà (di diritto).

L'istituto pone il problema di stabilire quale sia la ragione della previsione del termine, perché possa prodursi l'effetto risolutorio.

A me sembra che essa risponda alla volontà del legislatore di consentire al debitore di sanare la propria inadempienza: dunque, esso è in funzione dell'interesse del debitore alla conservazione del contratto, nonostante questa sia messa in pericolo proprio dal suo inadempimento.

In senso opposto, è stato sostenuto che il termine da assegnare al debitore si giustifichi «perché l'adempimento presenta ancora una qualche utilità per il creditore, che perciò è disposto a concedere una 'prova d'appello'»²⁶; in tal modo, l'accento è messo sul

specifica inadempienza, è demandato al giudice del merito e non è sindacabile in cassazione, se correttamente motivato» (Cass. civ. 12 febbraio 1982 n. 851, in DeJure; in questo senso, v. anche Cass. civ. 12 novembre 1981 n. 5990, ivi).

In arg., v. TRIMARCHI Pietro, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2010, pagg. 69 ss.

²⁶ PAGNI Iliaria, *La risoluzione del contratto tra azione ed eccezione: ancora sulla natura dichiarativa della sentenza che pronuncia la risoluzione*, in CONSOLO Claudio, PAGNI Iliaria, PAGLIANTINI Stefano, ROPPO Vincenzo, MAUGERI Marisaria, *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Il Mulino, Bologna, 2018, pag. 77.

In termini molto prossimi, v. anche PALADINI Mauro, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Giappichelli, Torino, 2013, pagg. 65 ss.: «si deve ritenere che la ratio della diffida consista

creditore e sul suo possibile interesse a ricorrere alla diffida in luogo della ‘risoluzione ordinaria’.

La questione è evidentemente importante: essa influenza la soluzione da dare al problema della utilizzabilità o meno della risoluzione su diffida nel caso in cui la prestazione non possa essere regolarizzata. Sul punto, sono possibili due risposte alternative:

a) la prima ravvisa nella perdurante possibilità della prestazione una condizione necessaria per la risoluzione stragiudiziale su diffida e ne ricava che, in suo difetto, il contraente fedele debba fare ricorso all’alternativo strumento della risoluzione giudiziale;

b) la seconda collega la necessità del termine assegnato al diffidato alla perdurante possibilità della prestazione, ricavandone, *a contrario*, che esso debba semplicemente essere considerato superfluo, nel caso in cui la prestazione non possa più essere adempiuta (per fatto imputabile al debitore)²⁷. Si crea in questo modo lo spazio per sostenere la possibilità di una ‘diffida senza assegnazione di termine’, ossia un vero e proprio recesso da inadempimento.

Si legge, al riguardo, che *«il rimedio della risoluzione per diffida conferma che la parte non inadempiente non ha il potere di risolvere il contratto con effetto immediato. Questo potere deve tuttavia essere riconosciuto al contraente nell’ipotesi in cui la prestazione dovutagli sia divenuta totalmente e definitivamente impossibile per dolo o colpa della controparte»*²⁸. Questa dottrina rileva che, in caso di impossibilità, *«non sussiste un apprezzabile interesse della parte inadempiente a veder fissato un termine per l’adempimento, viceversa, sussiste un apprezzabile interesse della parte non inadempiente a liberarsi immediatamente di un contratto insuscettibile di esecuzione»*²⁹.

L’idea di una risoluzione per dichiarazione stragiudiziale, ma senza assegnazione di un termine per l’adempimento, secondo questa impostazione, è da limitare al caso della impossibilità totale e definitiva: non sembra, invece, ragionevole estenderla a ipotesi ulteriori, come potrebbe essere un inadempimento parziale o un adempimento inesatto, pur se il debitore non sia in condizione di porvi rimedio. In questi casi, prevale l’opportunità di una verifica giudiziale della gravità.

Ipotesi di risoluzione stragiudiziale mediante dichiarazione che non implichi l’assegnazione di un termine sono previste, come casi di recesso per giusta causa, nell’ambito della disciplina di alcuni contratti tipici: qui, però, *«l’immediatezza del loro effetto trova ragione in ciò, che il grave inadempimento rende intollerabile la prosecuzione di rapporti aventi carattere fiduciario e personale»*³⁰.

Al di fuori di queste figure specifiche, la possibilità dell’adempimento costituisce una condizione di utilizzabilità della diffida: in suo difetto, non si dà una risoluzione per

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 prestazione».

²⁷ Partendo dall’analisi della riforma francese del 2016, è stato scritto: *«traslando il discorso all’ordinamento italiano, perché allora non immaginare che il disposto dell’art. 1454 c.c. annoveri due forme di stragiudizialità extraconvenzionale, una con termine dilatorio e l’altra no, per il principio che, quando un adempimento correttivo non si dia più, il contraente fedele deve poter procedere de lui-même e con una notifica in quanto atto sufficiente?»* (PAGLIANTINI, *La risoluzione per inadempimento tra legge e giudizio (studio sull’inadempimento definitivo)*, cit., pag. 111).

²⁸ BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, cit., pag. 330.

²⁹ BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, cit., pag. 330.

³⁰ BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, cit., pag. 331.

dichiarazione stragiudiziale senza assegnazione di un termine, ma si rifluisce nella regola della risoluzione giudiziale ex art. 1453 c.c. (si pensi ad un adempimento inesatto, la cui inesattezza sia irrimediabile)³¹.

Lo studio della diffida ad adempiere, dal punto di vista della rilevanza della volontà del contraente fedele, richiede che si tratti di un problema ulteriore: se siano o meno disponibili gli effetti di una diffida già inviata, ma per la quale non sia già spirato il termine assegnato, e se lo siano quelli di una diffida che si sia accompagnata allo spirare del termine assegnato. Dobbiamo ricordare, al riguardo, come il sistema rimediario risponda a più interessi: non ha unicamente per fine di fornire al creditore la tutela per lui preferibile. La soluzione dipenderà, allora, dalla considerazione congiunta degli interessi del diffidante e del diffidato. La dottrina opta prevalentemente per la possibilità per il diffidante di rinunciare agli effetti della propria iniziativa, purché tale decisione intervenga prima della scadenza del termine assegnato: da tale momento si verifica la modifica sostanziale della posizione giuridica del diffidato, con la sua liberazione dal debito³². La soluzione è da condividere, perché, sino alla scadenza del termine, non è ancora intervenuta alcuna effettiva modifica della situazione giuridica tra le parti. Diversa la questione, una volta che la risoluzione si sia prodotta: da tale momento, il contratto è risolto e sarebbe assai strano che il contraente fedele potesse, con iniziativa unilaterale, determinarne la reviviscenza. La giurisprudenza, al riguardo, era tradizionalmente favorevole alla possibilità, per il diffidante, di rinunciare alla risoluzione anche a valle della scadenza del termine assegnato³³: tale orientamento è poi stato superato, a favore della tutela dell'affidamento del contraente inadempiente³⁴.

Nel prevedere la risoluzione del contratto come conseguenza di una diffida ad adempiere, il legislatore non precisa quali condizioni l'inadempimento debba soddisfare per giustificare questo risultato.

³¹ In questo senso, si afferma che «fondata è la tesi che esclude l'operatività della diffida quando l'inadempimento sia definitivo» (COSTANZA Maria, *La diffida ad adempiere*, in LUMINOSO A., CARNEVALI U., COSTANZA M., *Risoluzione per inadempimento*, in GALGANO F. (cur), Comm. del Codice Civile Scialoja-Branca, Zanichelli, Bologna, 1990, pag. 439).

Diversamente, DELLACASA Matteo, *Le risoluzioni di diritto: la diffida ad adempiere*, in DELLACASA Matteo e ADDIS Fabio, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in ROPPO Vincenzo (cur.), *Trattato del contratto*, V, *Rimedi* - 2, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 276. Ivi si afferma che l'esclusione dell'operatività della diffida nei casi di inadempimento definitivo sarebbe arbitraria e priva di riscontro nel dato normativo; non sembra corretto: la considerazione sistematica degli artt. 1453 e 1454 c.c. rappresenta il 'dato normativo' su cui si basa la riferita opinione.

³² BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., pag. 327.

³³ «La diffida ad adempiere è stabilita nell'interesse della parte adempiente e non costituisce un obbligo, bensì una facoltà, che si esprime - "a priori" - nella libertà di scegliere questo mezzo di risoluzione del contratto a preferenza di altri, e - "a posteriori" - nella possibilità di rinunciare agli effetti risolutivi già prodotti. In particolare pur producendosi, per effetto della diffida ad adempiere, la risoluzione di diritto, indipendentemente dalla volontà dell'intimato, la stessa rimane nella disponibilità dell'intimante che può, successivamente, rinunciare ad avvalersene e agire, per l'effetto, per l'esecuzione del contratto» (Cass. civ. 8 novembre 2007 n. 23315, in DeJure).

³⁴ Così Cass. civ. SS.UU. 14 gennaio 2009 n. 553, con nota di SICCHIERO Gianluca, *Indisponibilità dell'effetto risolutivo stragiudiziale del contratto (artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.)*, in Giur. It. 2009, pagg. 1114 ss.; v. anche Cass. civ. 22 marzo 2017 n. 7313 (in DeJure), secondo cui: «la parte che abbia ottenuto la risoluzione, legale o giudiziale, del contratto non può rinunciare ai relativi effetti, restando altrimenti leso l'affidamento legittimo del debitore sulla dissoluzione del contratto».

Si pone allora il problema di stabilire se l'inadempimento debba essere grave, secondo quanto richiesto dall'art. 1455 c.c., o se tale caratterizzazione debba ricorrere nel solo caso della risoluzione giudiziale. La dottrina maggioritaria segue la prima soluzione³⁵. Ugualmente orientata appare la giurisprudenza³⁶.

Seguendo questa impostazione, ne risulta che le differenze tra risoluzione per diffida e risoluzione giudiziale si risolvano nel carattere costitutivo della sentenza, nel secondo caso, laddove, nel primo, ove lite insorga, la decisione avrà natura di accertamento (della risoluzione prodottasi stragiudizialmente) e nella verifica *ex post*, anziché *ex ante*, della sussistenza delle condizioni di risolvibilità (inadempimento, sua imputabilità e sua gravità).

Si tratta di differenze essenzialmente tecniche e di importanza tutto sommato limitata, dalle quali, quindi, non sembra che si debba ricavare la giustificazione di un forte *favor* per la giudizialità, con collegata interpretazione limitativa della fruibilità del mezzo stragiudiziale.

A mio avviso, queste conclusioni non sono giustificate.

La risoluzione è rimedio distruttivo di un'area economica coestensiva all'intera operazione contrattuale:

a) alternativo a strumenti meno invasivi, come sono l'azione di adempimento e soprattutto il risarcimento del danno;

b) capace di procurare la liberazione del contraente fedele dalla necessità di adempiere la propria prestazione dopo aver scoperto l'inadempimento altrui, ma concorrente, in ciò, con l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.), idonea a servire lo stesso bisogno.

Il carattere sub a) spiegherebbe la necessità della gravità dell'inadempimento.

Il carattere sub b) opera in direzione diversa: se consideriamo il contratto in dimensione programmatica, possiamo dire che esso obbliga entrambe le parti a rispettarlo

³⁵ TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., pag. 71; BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., pag. 325; GRANELLI, *Uno strumento (di dubbia efficacia) di risoluzione stragiudiziale: la diffida ad adempiere*, cit., pag. 206.

Critico DELLACASA, *Le risoluzioni di diritto: la diffida ad adempiere*, cit., pagg. 282 ss.

³⁶ «L'intimazione da parte del creditore della diffida ad adempiere, di cui all'art. 1454 c.c., e l'inutile decorso del termine fissato per l'adempimento non eliminano la necessità, ai sensi dell'art. 1455 c.c., dell'accertamento giudiziale della gravità dell'inadempimento in relazione alla situazione verificatasi alla scadenza del termine e al permanere dell'interesse della parte all'esatto e tempestivo adempimento; anche ai fini dell'accertamento della risoluzione di diritto conseguente alla diffida ad adempiere, intimata dalla parte adempiente e rimasta senza esito, il giudice è tenuto a valutare la sussistenza degli estremi, soggettivi e oggettivi, dell'inadempimento, verificando, in particolare, sotto il profilo oggettivo, che l'inadempimento non sia di scarsa importanza, alla stregua del criterio indicato dall'art. 1455 c.c.» (Cass. civ. 19 marzo 2020 n. 7463, in DeJure); ancora: «l'intimazione da parte del creditore della diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 c.c. e l'inutile decorso del termine fissato per l'adempimento non eliminano la necessità ai sensi dell'art. 1455 c.c. dell'accertamento giudiziale della gravità dell'inadempimento in relazione alla situazione verificatasi alla scadenza del termine, secondo un criterio che tenga conto, sia dell'elemento oggettivo della mancata prestazione nel quadro dell'economia generale del contratto, sia degli aspetti soggettivi rilevabili tramite un'indagine unitaria sul comportamento del debitore e sull'interesse del creditore all'esatto e tempestivo adempimento. (Nella specie la S.C. ha escluso la gravità dell'inadempimento in relazione alla circostanza dell'offerta da parte della compratrice del prezzo alcuni giorni dopo la scadenza del termine e della mancanza di elementi da cui desumere che il decorso del termine fissato nella diffida comportasse la perdita dell'utilità economica perseguita con il contratto)» (Cass. civ. 18 aprile 2007 n. 9314, in DeJure).

scrupolosamente; non sarebbe legittimo, per uno degli obbligati, pretendere di adempiere la propria prestazione in maniera diversa dal programmato, quand'anche potesse sostenere che la modifica da lui pretesa non sia gravemente lesiva degli interessi dell'altra. Per tale ragione, l'eccezione d'inadempimento non è soggetta ad alcun requisito di gravità, pur richiedendo che il suo esercizio non sia contrario a buona fede (requisito ben diverso: esso impone di non invocare formalisticamente il dovere altrui, se ciò non risponda ad un effettivo interesse e se, in tal modo, si finisca per ledere gravemente gli interessi della controparte).

A me sembra che la gravità costituisca un adeguato metro di misura per un accadimento ormai passato, al tempo del giudizio: ossia un inadempimento del quale si deve misurare la idoneità a giustificare l'eliminazione di tutto quanto avvenuto sotto la vigenza del contratto; la diffida, invece, mostra la pretesa ad una prestazione che ancora può e deve essere resa e deve esserlo nel rispetto rigoroso dell'impegno preso; da qui deriva che, assegnato un termine congruo, il debitore debba regolarizzare pienamente la propria posizione, sotto pena della risoluzione. Dunque, il permanere di un inadempimento, ancorché non grave, dovrebbe giustificare la risoluzione, ove sia scaduto il termine assegnato.

Se il debitore si mantiene in tutto o in parte inadempiente, ciò significa che egli sta cercando di sottrarsi al dovere contrattuale con consapevolezza: controparte potrà ben sostenere che il vincolo fiduciario che è alla base della relazione contrattuale sia venuto meno.

In questa prospettiva, si rivela interessante il modello dell'art. 1662 c.c., in tema di appalto, secondo cui «(1) il committente ha diritto di controllare lo svolgimento dei lavori e di verificarne a proprie spese lo stato. (2) Quando, nel corso dell'opera, si accerta che la sua esecuzione non procede secondo le condizioni stabilite dal contratto e a regola d'arte, il committente può fissare un congruo termine entro il quale l'appaltatore si deve conformare a tali condizioni; trascorso inutilmente il termine stabilito, il contratto è risolto, salvo il diritto del committente al risarcimento del danno»; qui il legislatore non pone la necessità di un sindacato di gravità del ritardo, ma si accontenta della sua permanenza a valle della scadenza del termine. Nel senso che la risoluzione, in questo caso, non richieda l'elemento della gravità, si pronuncia la giurisprudenza³⁷.

Lo strumento della risoluzione su diffida, in sintesi, si presta a essere interpretato in termini differenti rispetto a un doppione della risoluzione giudiziale, privata della necessità dell'intervento del giudice; il senso della diffida sta nella possibilità di una regolarizzazione scrupolosa di una prestazione difettosa (per ritardo o inesattezza), la cui mancanza consente la risoluzione, senza necessità di uno scrutinio di gravità come quello richiesto nel rimedio giudiziale.

III.B.4. La caparra confirmatoria

³⁷ «In tema di appalto, il particolare rimedio risolutorio previsto dall'art. 1662 comma 2 oltre a costituire una deroga alla norma generale sulla risoluzione per inadempimento di cui all'art. 1453 c.c. perché si riferisce ad una obbligazione in corso di attuazione, differisce da quello previsto per il caso di inadempimento finale dall'art. 1668 comma 2 c.c. perché la risoluzione è ammessa anche quando l'opera non sia del tutto inadatta alla sua destinazione e quindi anche quando l'inadempimento sia temporaneo e di scarsa importanza e si presenti pertanto solo allo stato di pericolo» (Cass. civ. 4 marzo 1993 n. 2653, in DeJure).

Ove le parti abbiano pattuito una caparra confirmatoria, il legislatore, all'art. 1385 c.c., prevede espressamente, a favore di ciascuna, un potere di recesso, cui si collega il diritto a ritenere la caparra (o a pretenderne il doppio, a seconda di chi eserciti il recesso).

La stessa norma indica che il recesso costituisce un'alternativa alle opzioni offerte dall'art. 1453 c.c. e aggiunge che, laddove il contraente scelga la strada della risoluzione ordinaria, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali, ossia dagli artt. 1223 ss. c.c.

La regola sembra chiara: la sua logica, no.

L'alternativa secca posta dal codice è stata valorizzata dalla Suprema Corte: «*in caso di caparra confirmatoria, che ha la funzione di consentire una liquidazione anticipata e convenzionale del danno volta ad evitare l'instaurazione di un giudizio contenzioso, 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 sicché, 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 della caparra*»³⁸.

Peraltro, nonostante la ricordata pronuncia, la giurisprudenza successiva ha ammesso che, a valle di una risoluzione stragiudiziale (per diffida), il contraente fedele mantenga la possibilità di esercitare il recesso associato alla caparra confirmatoria³⁹. Dunque, la stessa Suprema Corte conserva fondati dubbi sul collegamento necessario tra modo della risoluzione e effetti risarcitori, laddove sia presente una caparra confirmatoria: il potere di scelta del contraente fedele, a favore dell'acquisizione definitiva della caparra in funzione risarcitoria (o del pagamento del doppio, laddove sia lui ad aver versato la caparra), si consuma solo con una scelta inequivoca e manifestata alla controparte, non potendosi far discendere per implicito dall'adozione di una tecnica risolutoria stragiudiziale diversa dal recesso in senso proprio (e neppure dal semplice fatto di aver optato a favore della risoluzione giudiziale⁴⁰).

È allora da condividere l'opinione di chi ha osservato che «*si può ritenere del tutto logico (e rispondente anche a logiche di comune buon senso) che la pretesa di trattenere la caparra o di pretenderne il doppio dell'ammontare sia legittima a prescindere dalla*

³⁸ Cass. civ. SS.UU. 14 gennaio 2009 n. 553, in DeJure.

³⁹ «*La parte adempiente di un contratto preliminare di compravendita, che abbia ricevuto una caparra confirmatoria e si sia avvalsa della facoltà di provocare la risoluzione del contratto mediante diffida ad adempiere, può agire in giudizio esercitando il diritto di recesso. In tale caso ha diritto di ritenere definitivamente la caparra confirmatoria, non anche di ottenere il risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento che ha giustificato il recesso. Nel caso - infine - in cui sia inadempiente la parte che ha ricevuto la caparra, l'altra può esercitare il recesso per ricevere la restituzione e il pagamento del doppio della caparra*» (Cass. civ. 3 novembre 2017 n. 26206, in DeJure).

⁴⁰ «*Nell'ipotesi di versamento di una somma di denaro a titolo di caparra confirmatoria, la parte non inadempiente che abbia agito per l'esecuzione o la risoluzione del contratto e per la condanna al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1453 c.c., può, in sostituzione di queste pretese, chiedere nel corso del giudizio il recesso dal contratto a norma dell'art. 1385, comma 2, c.c., non costituendo tale richiesta una domanda nuova, bensì configurando l'esercizio di una perdurante facoltà e un'istanza ridotta rispetto all'azione di risoluzione. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione del giudice di merito con cui si era affermato che l'iniziale proposizione della domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare non precludeva alla parte attrice la possibilità di avvalersi, in corso di causa, della facoltà di recesso di cui all'art. 1385, comma 2, c.c.)*» (Cass. civ. 24 novembre 2011 n. 24841, in DeJure).

specifica modalità che il contraente abbia scelto per addivenire allo scioglimento del rapporto contrattuale»⁴¹.

Il risultato di questa interpretazione porta, dunque, a considerare il recesso collegato alla caparra solamente come un modo aggiuntivo di risoluzione del contratto per inadempimento, ammettendo l'utilizzo di una specifica e ulteriore tecnica (convenzionale) di determinazione del danno da inadempimento.

IV. Il valore sostanziale della dichiarazione risolutoria

Il nostro ordinamento prevede che, in caso di inadempimento di un contratto a prestazioni corrispettive, il contraente fedele possa invocare la risoluzione:

a) con una domanda giudiziale, che contiene la volontà risolutoria e che tende all'ottenimento di una sentenza;

b) con una manifestazione di volontà risolutoria, espressione di un potere derivante dalla ricorrenza dei presupposti stabiliti, volta a volta, da diverse norme.

In tal modo, rispetto alle soluzioni tradizionali (del codice previgente e di quello francese originario), la dominanza della giurisdizionalità ha subito un primo arretramento. È però diffusa l'opinione che esso non sia sufficiente e che si debba andare con più decisione verso il riconoscimento della centralità della manifestazione di volontà risolutoria del contraente fedele.

Questo movimento tende a più risultati:

a) fondare l'autonomia del 'diritto alla risoluzione' come posizione giuridica rilevante già a monte del giudizio e, quindi, invocabile dal creditore per paralizzare il contratto;

b) riconoscere il valore sostanziale della volontà risolutoria, al punto di fare della sua forma giudiziale un mero accidente, capace di essere eliminato senza farne venire meno gli effetti;

c) accreditare in via diretta la stragiudizialità della risoluzione.

IV.A. Il diritto soggettivo alla risoluzione

Alla domanda giudiziale sono raccordati effetti giuridici specifici, dato che, a far data da essa, il debitore non può più adempiere e il creditore non può più mutare avviso (per tornare a chiedere l'adempimento).

In giurisprudenza, però, la preclusione per il debitore non è collegata all'iniziativa giudiziale, ma ad un fatto sostanziale, costituito dalla maturazione di un inadempimento grave: *«nei contratti a prestazioni corrispettive, successivamente alla scadenza del termine non essenziale fissato per l'adempimento di una delle parti, l'altra, anche se non abbia ancora proposto la domanda di risoluzione, può legittimamente rifiutare l'offerta di adempimento tardivo e resistere od agire in giudizio per la caducazione del vincolo contrattuale quando, tenuto conto della condizione imprescindibile della non scarsa importanza dell'inadempimento, sia venuto meno il suo interesse all'esecuzione del contratto»⁴².*

⁴¹ PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., pag. 58.

⁴² Cass. civ. SS.UU. 9 luglio 1997 n. 6224, in *Giust. Civ.*, 1998, pagg. 825 ss.; di poco anteriore e nello stesso senso orientata è Cass. civ. SS.UU. 6 giugno 1997 n. 5086, in *Corriere Giuridico*, 1997, pagg. 768 ss., con nota di CARBONE Vincenzo, *Il creditore può rifiutare il tardivo adempimento?*. Con queste decisioni si è composto un contrasto interpretativo: nel senso dell'illegittimità di rifiuto di un adempimento tardivo, offerto prima dell'instaurazione del giudizio di risoluzione, v. Cass. civ. 24 novembre 1981 n.

Anche in dottrina è sostenuta l'esistenza di un diritto soggettivo alla risoluzione del contratto⁴³. Di contro, bisogna ricordare come il *proprium* del diritto potestativo risieda in una relazione tra un potere e una soggezione, tale per cui l'esercizio del potere determini in via immediata un mutamento della situazione giuridica della parte in soggezione; quando, invece, una tale modifica non è effetto immediato della manifestazione di volontà, ma è mediato dalla necessità di una pronuncia giudiziale, allora «non si può parlare di un potere del soggetto privato, ma ricorre la situazione comune di una soggezione del soggetto passivo al potere giurisdizionale dello Stato e dell'azione del privato per ottenere l'esercizio di tale potere da parte dello Stato. (...) Nelle ipotesi di sentenze costitutive quello che si presenta con un particolare contenuto è il potere giurisdizionale dello Stato, quale potere di costituire un rapporto giuridico anziché di accertarlo, non il potere d'azione»⁴⁴.

Ho già in precedenza osservato come la teoria del “diritto soggettivo alla risoluzione del contratto” non appaia convincente in ragione della funzione propria della categoria del diritto soggettivo.

Mi sembra di poter aggiungere come la costruzione considerata finisca per essere alleata di una visione della risoluzione sul modello del *common law*, ove l'iniziativa risolutoria non necessita di essere preceduta da alcuna contestazione al debitore, distaccandosi, così, dalle scelte europeo-continentali, che vedono la risoluzione come rimedio operante solo a valle di un infruttuoso tentativo di recupero del rapporto.

La rilevanza dell'inadempimento grave nel fondare *ex se* un diritto alla risoluzione non è poi ben coordinata con la regola, cui si conforma la giurisprudenza, secondo cui, in caso di ritardo, la tutela del contraente fedele passa dalla necessità di una costituzione in mora⁴⁵, il che sembra confermare la diversa idea per cui la risoluzione possa intervenire

6247, Cass. civ. 5 marzo 1987 n. 2345; in senso opposto, v. Cass. civ. 21 febbraio 1985 n. 1531, Cass. civ. 31 luglio 1987 n. 6643, Cass. civ. 9 febbraio 1993 n. 1595.

Conforme all'orientamento adottato dalle Sezioni Unite, v. Cass. civ. 5 settembre 2006 n. 19074, in Riv. Dir. Civ., 2007, II, pag. 509: «in un contratto a prestazioni corrispettive, ciascuna delle parti può rifiutare di ricevere la prestazione tardiva e di eseguire la controprestazione solo se il ritardo maturato al momento dell'offerta è grave. Se invece il ritardo è lieve, la prestazione non può essere rifiutata: il contraente che subisce il rifiuto può ottenere la risoluzione del contratto e la condanna della controparte al risarcimento del danno».

⁴³ In questo senso, PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., pagg. 107 ss.; v. anche BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, cit., pag. 285: «pur avendo efficacia costitutiva la sentenza di risoluzione è l'attuazione di un diritto del creditore. Se ne ricorrono i presupposti, il giudice deve infatti procedere alla risoluzione conformemente alla domanda del creditore. Può dirsi quindi che il creditore ha un diritto potestativo giudiziale di risoluzione del contratto. La risoluzione è effetto diretto della pronuncia del giudice, ma effetto mediato del diritto esercitato dal creditore».

⁴⁴ AULETTA Giuseppe Giacomo, *La risoluzione per inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1942, pag. 203.

⁴⁵ «La domanda di risoluzione del contratto per inadempimento della controparte produce gli effetti della costituzione in mora, ove questa sia necessaria e non sia già avvenuta, con la conseguenza che il debitore è abilitato ad adempiere anche dopo la notificazione della citazione, in deroga alla preclusione sancita dall'ultimo comma dell'art. 1453 c.c., e che, in difetto di adempimento, nessun ostacolo si oppone alla pronuncia di risoluzione, sempre che sussista la dedotta inadempienza» (Cass. civ. 26 marzo 1980 n. 2013, in DeJure). «Per la risoluzione del contratto per inadempimento non è, in generale, richiesta la costituzione in mora, essendo dalla legge imposta come unica condizione, al riguardo, il fatto obbiettivo dell'inadempimento di non scarsa importanza ed essendo la intimazione ad adempiere richiesta soltanto per la produzione di specifici effetti dell'inadempimento, quali il trasferimento, a carico del debitore, del rischio della prestazione (cosiddetta *perpetuatio obligationis*), e il rendere, inoltre, il debitore responsabile

solamente a valle di una contestazione che permetta al debitore di sanare la violazione commessa.

IV.B. Il valore sostanziale della volontà risolutoria

IV.B.1. La domanda di risoluzione come proposta di accordo risolutorio

La domanda di risoluzione produce gli effetti preclusivi stabiliti dall'art. 1453 c.c.

Per la giurisprudenza, essa, però, produce anche un effetto ulteriore: vale come proposta di risoluzione del contratto, destinata a darvi luogo sol che si incontri con una condivisione dell'obiettivo da parte del debitore. Se questi, costituendosi in giudizio, pur contestando la fondatezza degli addebiti rivoltigli, concluda anch'egli con una domanda riconvenzionale di risoluzione (fondata su pretesi inadempimenti dell'attore), la sorte del contratto è segnata.

Si ha, in tal modo, un accordo risolutorio, che devia dalla regola in tema di conclusione dei contratti⁴⁶: ai sensi dell'art. 1326 c.c., un accordo può dirsi formato solamente se, alla proposta di A, B risponda in termini di pura adesione; qualsiasi incongruenza tra le due dichiarazioni dovrebbe portare a ritenere che esso non si sia perfezionato e che la risposta difforme valga come nuova proposta. Trattandosi di manifestazione di volontà risolutoria, invece, il nucleo delle due dichiarazioni consistente nel consenso alla risoluzione prevale su ogni elemento ulteriore e differenziale e convince l'interprete della risoluzione del contratto. La giurisprudenza, nel caso in cui non vi siano inadempimenti sufficienti a giustificare la risoluzione, arriva a qualificare il contratto risolto per una sorta di impossibilità sopravvenuta⁴⁷.

dei danni derivati dall'inadempimento. La necessità della costituzione in mora ai fini della risoluzione per inadempimento (e, a fortiori, ai fini della domanda di risarcimento) può concepirsi soltanto se la risoluzione si basi sulla mora in senso stretto, cioè su di un inadempimento temporaneo e quindi non definitivo, e l'inadempimento riguardi una prestazione da eseguire al domicilio del debitore» (Cass. civ. 18 giugno 2018 n. 15993, in DeJure).

Sul punto, v. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., pag. 299; ivi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

⁴⁶ «Quando i contraenti richiedano reciprocamente la risoluzione del contratto, ciascuno attribuendo all'altro la condotta inadempiente, il giudice deve comunque dichiarare la risoluzione dello stesso, atteso che le due contrapposte manifestazioni di volontà, pur estranee ad un mutuo consenso negoziale risolutorio, sono tuttavia, in considerazione delle premesse contrastanti, dirette all'identico scopo dello scioglimento del rapporto negoziale» (Cass. civ. 21 settembre 2020 n. 19706, in DeJure). «Accertata l'insussistenza degli adempimenti addotti a fondamento di contrapposte domande di risoluzione e rilevata l'impossibilità di esecuzione del contratto in conseguenza della scelta operata dalle parti a favore dello scioglimento del contratto, il giudice deve decidere solo sugli effetti risolutivi e sui conseguenti obblighi restitutori gravanti sulle parti» (Cass. civ. 18 giugno 1982 n. 3744, in Giur. it. 1983, I, pagg. 963 ss.). «Qualora un contraente comunichi la dichiarazione di recesso con contestuale richiesta di restituzione della somma versata a titolo di anticipo (o caparra) e di rimborso delle spese sostenute ed il contraente asseritamente inadempiente comunichi anch'esso la volontà di recedere - pur attribuendo l'inadempimento all'altra parte - e la disponibilità alla restituzione delle somme richieste, si verifica la risoluzione del contratto, atteso che le due dichiarazioni di recesso - pur non determinando un accordo negoziale risolutorio, come nell'ipotesi del mutuo consenso, in quanto muovono da premesse contrastanti - sono tuttavia dirette all'identico scopo dello scioglimento del contratto e della restituzione delle somme versate, con la conseguenza che resta preclusa la domanda di adempimento successivamente proposta da uno dei contraenti» (Cass. civ. 26 luglio 2011 n. 16317, in DeJure).

⁴⁷ «Non sussiste violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato allorché il giudice, qualificando giuridicamente in modo diverso rispetto alla prospettazione della parte i fatti da questa posti a fondamento della domanda, le attribuisca un bene della vita omogeneo, ma ridimensionato, rispetto a quello richiesto, cosicché, proposte reciproche domande di risoluzione per inadempimento contrattuale,

Sul piano stragiudiziale, simili manifestazioni di volontà possono ricavarsi da comportamenti conformi alla volontà risolutoria⁴⁸.

La soluzione trova l'approvazione della dottrina⁴⁹.

IV.B.2. La dichiarazione stragiudiziale e l'affidamento del debitore

Che valore ha una dichiarazione risolutoria stragiudiziale, se non si versa in uno dei casi normativamente previsti per la sua idoneità all'effetto risolutorio?

Senz'altro vale a costituire in mora il debitore.

Si suggerisce, in dottrina, che essa valga anche a creare un affidamento meritevole di tutela della controparte, in ordine alla definitività della volontà risolutoria, con conseguente possibilità di abbandonare legittimamente ogni sforzo di predisposizione dell'adempimento⁵⁰; si avrebbe, così, il collegamento tra effetto preclusivo della domanda di adempimento e comunicazione della volontà risolutoria avvenuta in via stragiudiziale, laddove l'art. 1453 c.c. lega tale effetto alla domanda giudiziale.

La tesi non è condivisibile. Al riguardo, un dato normativo contrario emerge dall'art. 1492 c.c. che, in tema di garanzia per vizi nella compravendita, stabilisce che il compratore possa domandare la risoluzione o la riduzione del prezzo, precisando che «*la scelta è irrevocabile quando è fatta con la domanda giudiziale*»; benché la norma non si occupi in via diretta dell'alternativa tra adempimento e risoluzione, ma di quella tra

non pronunzia ultra petita il giudice che dichiari risolto il contratto per impossibilità sopravvenuta di esecuzione derivante dalle scelte risolutorie di entrambe le parti ex articolo 1453, comma 2, del codice civile, ancorché le due contrapposte manifestazioni di volontà non configurino un mutuo consenso negoziale risolutorio. In definitiva, il giudice che, in presenza di reciproche domande di risoluzione fondate da ciascuna parte sugli inadempimenti dell'altra, accerti l'inesistenza di singoli specifici addebiti, non potendo pronunciare la risoluzione per colpa di taluna di esse, deve dare atto dell'impossibilità dell'esecuzione del contratto per effetto della scelta, ex articolo 1453, comma 2, del codice civile, di entrambi i contraenti, essendo le due contrapposte manifestazioni di volontà dirette all'identico scopo dello scioglimento del rapporto negoziale, e decidere di conseguenza quanto agli effetti risolutivi di cui all'articolo 1458 dello stesso codice» (Cass. civ. 6 marzo 2020 n. 6480, in DeJure). V. anche Cass. civ. 18 maggio 2005 n. 10389, in DeJure.

Diversamente: «*il giudice adito, con contrapposte domande di risoluzione per inadempimento del medesimo contratto, può accogliere l'una e rigettare l'altra, ma non anche respingere entrambe e dichiarare l'intervenuta risoluzione consensuale del rapporto, implicando ciò una violazione del principio della corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato, mediante una regolamentazione del rapporto stesso difforme da quella perseguita dalle parti*» (Cass. civ. 17 luglio 2017 n. 17665, in Foro it. 2017, 11, I, pagg. 3375 ss.).

⁴⁸ «*Affinché possa configurarsi una risoluzione del rapporto per mutuo consenso, è necessario che sia accertata - sulla base del lasso di tempo trascorso dopo la conclusione dell'ultimo contratto a termine, nonché del comportamento tenuto dalle parti e di eventuali circostanze significative - una chiara e certa comune volontà delle stesse parti di porre definitivamente fine ad ogni rapporto lavorativo. La mera inerzia del lavoratore dopo la scadenza del contratto a termine, quindi, è di per sé insufficiente per potere ritenere sussistente una risoluzione del rapporto per mutuo consenso, mentre grava sul datore di lavoro, che eccipisca tale risoluzione, l'onere di provare le circostanze dalle quali possa ricavarsi la volontà chiara e certa delle parti di volere porre fine ad ogni rapporto di lavoro*» (Cass. civ. 3 giugno 2020 n. 10536, in DeJure).

⁴⁹ In questo senso, CONSOLO Claudio, *Della risoluzione per inadempimento anche stragiudiziale, senza processo, purché (fuori dagli artt. 1454 e 1456) ... per contratto anche tacito (o discordia concors per acquiescenza)*, in CONSOLO Claudio, PAGNI Ilaria, PAGLIANTINI Stefano, ROPPO Vincenzo, MAUGERI Marisaria, *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Il Mulino, Bologna, 2018, pagg. 68 ss. L'A. rileva come il dissenso sull'imputabilità dell'inadempimento non sia di ostacolo all'accordo.

⁵⁰ In questo senso, v. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, cit., pagg. 1618 ss.

risoluzione e stabilità mediante riequilibrio tra le prestazioni, essa contribuisce a chiarire che l'affidamento su una dichiarazione stragiudiziale ha ben diverso valore rispetto a quello collegato alla formulazione di una domanda in giudizio. Ne ricaviamo che la formulazione dell'art. 1453 c.c. non collega la preclusione alla domanda giudiziale solo perché di quest'ultima si occupa, ma proprio perché quest'ultima non è equiparabile ad una dichiarazione stragiudiziale.

Il valore preclusivo della dichiarazione stragiudiziale non è condiviso dalla giurisprudenza⁵¹ e vede l'opposizione critica di altra dottrina⁵².

Aggiungo due osservazioni:

a) una domanda giudiziale è il frutto di un'attenta valutazione conseguente alla consultazione di un professionista legale, mentre una dichiarazione stragiudiziale può essere il frutto di una rabbia del momento; proprio la diversa ponderazione che naturalmente le accompagna giustifica un loro diverso trattamento e, quindi, la conclusione per cui la dichiarazione stragiudiziale non genera un affidamento serio sulla definitività della volontà risolutoria. Si pensi al committente che dica all'appaltatore di non volerlo mai più rivedere: ricavarne che egli abbia consapevolmente deciso di adire un Tribunale per ottenere la tutela risarcitoria, rinunciando a quella di adempimento, mi sembra contrario al dato di esperienza;

b) considerato che entrambe le parti sono astrette da un dovere di correttezza e buona fede, è ragionevole che il debitore non possa invocare formalisticamente un proprio astratto affidamento sulla volontà risolutoria manifestata a livello stragiudiziale, ma sia tenuto a ricercare un chiarimento, capace di riportare quella dichiarazione al quadro delle possibili vicende giuridiche del contratto. Si tratta di un onere non gravoso, laddove la tesi qui criticata avrebbe conseguenze assai importanti per il creditore.

IV.B.3. Effetti della domanda di risoluzione a valle dell'estinzione del giudizio

La domanda di risoluzione svolta in giudizio determina, per l'attore, l'effetto preclusivo di quella di adempimento: egli non può mutare avviso e chiedere l'adempimento.

La ragione di questa regola, secondo una comune ricostruzione, risiede nell'esigenza di proteggere il convenuto inadempiente contro i capricci dell'attore, che avrebbero per conseguenza di interferire gravemente con la sua sfera organizzativa, prima autorizzandolo a 'disorganizzare' quanto apprestato in funzione dell'adempimento e poi dandogli un'indicazione esattamente opposta⁵³.

⁵¹ In giurisprudenza: «la risoluzione del contratto in difetto di una clausola risolutiva espressa, della quale la parte dichiara di avvalersi, può essere ottenuta, a norma dell'art. 1454 c.c. soltanto mediante intimazione ad adempiere in un congruo termine indicato come risolutorio; a tal fine la semplice dichiarazione unilaterale della parte di ritenere il contratto risolto, configurandosi come mera pretesa che non consente all'altra parte l'attuazione del rapporto, deve considerarsi priva di effetti e quindi non preclusiva della successiva domanda di adempimento, alla quale è ostativa, a norma dell'art. 1453, comma 2, c.c. solo la domanda giudiziale di risoluzione» (Cass. civ. 29 maggio 1990 n. 5017, in DeJure).

⁵² CONSOLO, *Della risoluzione per inadempimento anche stragiudiziale, senza processo*, (...), cit., pag. 63. Ivi, l'A. osserva che: «per noi non vi sono situazioni nelle quali possa dirsi che il destinatario della proposta risolutoria, che pur non l'accetti, possa fare legittimo affidamento sulla risoluzione del vincolo negoziale».

⁵³ Questa spiegazione si ricava anche dalla Relazione del Ministro Guardasigilli sul codice precisa, ove, al n. 661, si legge che «scegliendo la risoluzione, il contraente implicitamente dichiara di non avere più interesse al contratto, e il debitore non deve ulteriormente mantenersi pronto per l'esecuzione della prestazione».

Ci si domanda se questo effetto preclusivo abbia una dimensione e una rilevanza solamente processuali o se operi anche sul piano sostanziale⁵⁴: il quesito assume senso, in particolare, per il caso in cui la domanda di risoluzione sia rigettata e, quindi, possa sorgere per il creditore l'interesse ad agire per l'adempimento della prestazione originariamente dovuta.

Secondo l'opinione più diffusa, «*il rigetto della domanda di risoluzione lascia fermi il vincolo contrattuale e gli obblighi di adempimento dell'una e dell'altra parte. La parte che ha agito in risoluzione può pertanto esigere la prestazione e proporre l'azione di adempimento*»⁵⁵.

Una dottrina esprime diverso avviso; essa parte dalla considerazione per cui il divieto, per chi abbia agito in risoluzione, di mutare domanda, per ottenere la condanna all'adempimento, sia giustificato dall'esigenza di evitare che al debitore sia imposto «*di tenersi pronto allo stesso tempo alla risoluzione e all'adempimento*»⁵⁶; se il creditore agisce in risoluzione, «*il contraente inadempiente ha giustificato motivo di ritenere che la controparte non ha più interesse all'esecuzione del contratto e che, pertanto, può regolarsi di conseguenza (disponendo altrimenti della prestazione promessa, o procurandosi altrove la prestazione promessagli)*»⁵⁷. Se ne ricava, quindi, che la scelta a favore della risoluzione debba avere valore sostanziale e non soltanto processuale: pertanto, essa sarebbe invocabile anche a valle del giudizio, eventualmente conclusosi con il rigetto della domanda di risoluzione⁵⁸.

⁵⁴ In questo senso, v. già KLITSCHKE DE LA GRANGE Adolfo, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, in Riv. Dir. Civ., 1964, I, pagg. 29 ss.

⁵⁵ BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., pag. 321. L'A. precisa che il convenuto potrebbe invocare la risoluzione, nonostante il giudizio sia terminato senza la sua pronuncia, ove sia trascorso un tempo tale da rendere irragionevole la persistenza del suo obbligo o estinguere il suo interesse all'esecuzione del contratto, secondo la previsione dell'art. 1256 c.c. (pag. 322).

Nel senso della permanenza del rapporto a valle di un giudizio di risoluzione conclusosi infruttuosamente per l'attore, v. anche MIRABELLI Giuseppe, *Dei contratti in generale*, III ed., Utet, Torino, 1980, pagg. 612 ss.

⁵⁶ TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., pag. 63.

⁵⁷ TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., pag. 63.

⁵⁸ In questo senso, si trovano anche pronunce giurisprudenziali: «*nell'ipotesi in cui la parte adempiente abbia agito per ottenere la risoluzione del rapporto, il convenuto deve ritenersi in ogni caso liberato dall'obbligo di esecuzione della prestazione a suo carico qualunque sia l'esito processuale del giudizio di risoluzione*» (Cass. 11 febbraio 1993 n. 1698, in DeJure); «*il creditore che agisce in risoluzione del contratto per inadempimento non può mutare tale domanda in quella di adempimento, perché il debitore, il quale non abbia domandato in via riconvenzionale l'adempimento, rimane liberato dalla prestazione a suo carico e tale liberazione non può essere posta nuovamente in discussione dall'esito della domanda stessa e, in genere, da vicende processuali che facciano risorgere l'interesse del creditore all'adempimento*» (Cass. civ. 9 giugno 1992 n. 1698, in Giust. Civ., 1993, I, pagg. 1263 ss.).

Si tratta di orientamento niente affatto pacifico e, anzi, contrastato da decisioni prevalenti in senso opposto: «*Il divieto, posto dall'articolo 1453 c.c., di chiedere l'adempimento, una volta domandata la risoluzione del contratto, viene meno e non ha più ragion d'essere quando la domanda di risoluzione venga rigettata, rimanendo in vita in tal caso il vincolo contrattuale e risorgendo l'interesse alla esecuzione della prestazione, con inizio del nuovo termine prescrizione del diritto di chiedere l'adempimento*» (Cass. civ. 25 giugno 2020 n. 12637, in DeJure). In questo senso, v. anche Cass. civ. 27 dicembre 2010 n. 26152, in Corriere Giur., 2011, pagg. 1597 ss. e Cass. civ. 19 gennaio 2005 n. 1077, in DeJure («*il principio dell'inammissibilità della domanda di adempimento proposta successivamente a quella di risoluzione (art. 1453 c.c.) deve ritenersi applicabile alla duplice condizione: 1) che la domanda di risoluzione sia stata proposta senza riserve, in quanto, alla luce del principio di buona fede oggettiva, il comportamento del*

L'esito di questa costruzione è, però, quello di trasformare l'effetto preclusivo della domanda giudiziale, in un esito risolutorio della dichiarazione di parte, così generando un potere di risoluzione unilaterale del contratto come conseguenza della semplice manifestazione di volontà. Una volta affermato che l'effetto preclusivo debba avere valore a prescindere dal giudizio in cui sia stata formulata la domanda, diventa arduo negare che la dichiarazione - anche stragiudiziale - sia a tal fine sufficiente. Ed è dichiarazione che non necessita di appoggiarsi ad un grave inadempimento, visto che si afferma che la preclusione dovrebbe permanere a valle del rigetto della domanda di risoluzione.

Ne deriva che la manifestazione di volontà risolutoria dovrebbe sempre comportare l'effettiva risoluzione, il che non può ammettersi, perché significherebbe riconoscere un potere di recesso libero dal contratto (sia pure, eventualmente, responsabilizzante), a prescindere dalla ricorrenza di un inadempimento effettivo (per chiarirsi: se provoca risoluzione la domanda giudiziale di risoluzione, ancorché infondata, vuol dire che la provoca la semplice dichiarazione di risoluzione contenuta in una domanda giudiziale; posto che la 'giudizialità' della domanda - almeno secondo alcune tesi - non è l'elemento chiave, se ne ricava che la dichiarazione di risoluzione per inadempimento, anche se infondata, provoca la risoluzione; il che è quanto dire che la dichiarazione stragiudiziale di risoluzione provoca la risoluzione, anche se motivata con un inadempimento consapevolmente inesistente, oppure, più semplicemente, non grave⁵⁹).

In alternativa, dovrebbe ipotizzarsi che la controparte del 'risolvente' possa scegliere se invocare o meno la risoluzione del contratto (affermando, nel primo caso, di aver nutrito affidamento su quanto comunicato)⁶⁰: avremmo, così, una situazione di incertezza perniciosa, questa volta, per il 'risolvente', tenuto ad adempiere la propria prestazione o libero da essa, a seconda del capriccio della controparte. Dunque, lo stesso problema (ma rovesciato) dalla cui considerazione si era partiti.

Il punto, mi sembra, è che l'interprete non deve domandarsi la ragione della preclusione della domanda di adempimento, a valle di quella di risoluzione: questa, infatti, non è affatto un'eccezione, ma è la regola pura e semplice della domanda nel giudizio; il mutamento di domanda non è ammesso e il giudice pronuncia su quella originaria delle parti.

L'eccezione è l'altra, ossia la possibilità di mutare la domanda, passando da quella di adempimento a quella di risoluzione: la spiegazione di questa scelta si collega ad un dato

contraente che chieda incondizionatamente la risoluzione è valutato dalla legge come manifestazione di carenza di interesse al conseguimento della prestazione tardiva - sicché l'esercizio dello "ius variandi" deve, per converso, ritenersi consentito quando la domanda di risoluzione e quella di adempimento siano proposte nello stesso giudizio in via subordinata; 2) che esista un interesse attuale dell'istante alla declaratoria di risoluzione del rapporto negoziale - di talché, quando tale interesse venga meno per essere stata la domanda di risoluzione rigettata o dichiarata inammissibile, la preclusione "de qua" non opera, essendo venuta meno la ragione del divieto di cui al ricordato art. 1453 c.c.»).

In questo senso, v. anche Cass. civ. 29 novembre 2001 n. 15171, in DeJure, e Cass. civ. 11 maggio 1996 n. 4444, in N.va Giur. Civ. Commentata, 1997, I, pagg. 742 ss.

⁵⁹ Su questo tema, v. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., pag. 104.

⁶⁰ «La preclusione è rilevabile solo su eccezione della controparte: poiché la preclusione della domanda di adempimento, una volta proposta quella di risoluzione, è disposta a tutela dell'affidamento del debitore, è ovvio che essa non operi quando il debitore non intenda valersene» (TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., pag. 64).

sostanziale ben comprensibile; la sfiducia nel debitore può maturare anche in corso di causa e, quindi, il creditore può ben rendersi conto dell'irragionevolezza del pretendere l'adempimento da un debitore che si riveli sempre più inaffidabile; poiché nulla osterebbe, appena a valle del giudizio di adempimento, all'introduzione di un giudizio di risoluzione, il legislatore ammette un'anticipazione di questo futuro giudizio, rendendolo possibile già all'interno di quello pendente, mercé il mutamento di domanda.

Così ricostruita la relazione tra le domande, l'interprete può chiedersi perché il legislatore, dopo aver riconosciuto che la sfiducia possa maturare in corso di giudizio (di adempimento), non abbia valorizzato l'eventualità che, invece, in corso di causa, possa ricrearsi un rapporto di fiducia tra le parti, tale da consentire la trasformazione della domanda di risoluzione in domanda di adempimento.

La risposta è agevole: nulla impedisce la ripresa della fiducia, ma deve essere un fatto bilaterale, perché, se fosse unilaterale, in primo luogo non sarebbe vera fiducia e, in secondo luogo, intaccherebbe troppo gravemente la sfera del debitore, chiamato a dover riorganizzare l'adempimento, dopo essere stato 'autorizzato' a disorganizzarlo. Dunque, un problema di tutela dell'affidamento del debitore sulla serietà della scelta del creditore (compiuta con l'avvio del giudizio).

Ma questi effetti operano solamente fintanto che il giudizio sia in corso: a valle della sua conclusione, i rapporti tra le parti saranno quelli derivanti dal titolo originario, come modificati dalla sentenza, non dalla domanda giudiziale che sia stata respinta; il debitore dovrà adempiere e, per converso, il creditore sarà fatto responsabile dei danni subiti dal debitore per la protrazione ingiustificata del suo vincolo, dipesa dall'infondata domanda di risoluzione.

IV.C. La tesi del potere risolutorio stragiudiziale

In dottrina, si trova sviluppata l'idea dell'ammissibilità di una risoluzione stragiudiziale per inadempimento ad iniziativa del contraente fedele, in limiti più ampi di quelli previsti dai casi normativamente stabiliti.

Si tratta di costruzioni che aspirano ad obiettivi molto chiari: liberare il contraente fedele, che voglia risolvere il contratto per inadempimento, dai tempi (inaccettabili) dei giudizi civili e dalle incertezze associate alla discrezionalità giudiziale (che si esercita sulla valutazione della gravità dell'inadempimento).

Chiaro è anche il fondamento ultimo di queste costruzioni: poiché non vi è dubbio che la scelta del rimedio per l'inadempimento competa al contraente fedele, esse tendono semplicemente a rendere autonoma tale scelta, liberandola dai condizionamenti di una concorrente discrezionalità esterna (giudiziale), che con l'autonomia si trova in evidente contrasto.

Una proposta interpretativa suggerisce che il debitore, attraverso l'inadempimento, manifesti la volontà di sciogliersi dal vincolo assunto: ne deriva che il creditore, dichiarando di risolvere il contratto, non farebbe altro che accettare la proposta risolutoria implicita nell'inadempimento. Seguendo questa impostazione, *«il divieto per una parte di chiedere, e per l'altra di prestare, l'adempimento quando si è chiesta la risoluzione non è dunque una preclusione processuale, bensì un effetto sostanziale dello scioglimento del contratto, voluto dall'una e dall'altra parte contraente»*⁶¹.

⁶¹ KLITSCHKE DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, cit., pag. 40.

La tesi è forzata: essa è formulata pensando, forse, all'inadempimento consistente nel puro e semplice rifiuto di eseguire la prestazione dovuta; nella realtà, però, è normale trovarsi in presenza di adempimenti inesatti o di inadempimento di prestazioni che non si ritiene di aver assunto, situazioni tutte in cui ipotizzare un'implicita volontà risolutoria dell'inadempiente diviene un azzardo indimostrato (e indimostrabile).

Dunque, la teoria esaminata appare sostanzialmente fragile, nel momento in cui la sua persuasività è fatta dipendere da un inquadramento sistematico dell'inadempimento come proposta contrattuale che è del tutto contrario sia al dato di esperienza, sia ad una necessità logica.

Si riscontrano poi opinioni che, valorizzando le scelte operate dal legislatore all'interno di contratti tipici, giungono a generalizzare il rimedio della risoluzione stragiudiziale per recesso a classi di operazioni economiche e, in particolare, ai contratti di durata, in cui il potere di recesso proprio della diffida ad adempiere si presenterebbe privato della necessità di assegnare un termine al debitore per regolarizzare la propria prestazione: *«non avrebbe senso [nei contratti ad esecuzione continuata] una richiesta di recupero successivo della quantità di prestazione mancata: nei rapporti a esecuzione continuata è invero essenziale la collocazione della prestazione dovuta nella prevista dimensione temporale»*⁶².

Altra dottrina procede attraverso un'organizzazione sistematica delle ipotesi di risoluzione contemplate dal legislatore, collegando tra loro quella giudiziale e quella su diffida, per vederne un nucleo comune, costituito dalla scelta (manifestazione di volontà) del contraente fedele; in questo senso, *«l'importanza del termine aggiunto non deve essere esasperata»*⁶³. Dunque, la risoluzione dovrebbe conseguire tanto all'iniziativa giudiziale, quanto a quella stragiudiziale: quest'ultima non determinerebbe solamente l'effetto preclusivo della domanda di adempimento (al pari di una domanda giudiziale), ma genererebbe un affidamento meritevole di tutela sulla risoluzione del rapporto; *«a questo punto, bisogna concludere che il contratto è reso inefficace dall'atto della parte, e non dal giudice, nel senso che il contraente che lo ha disdetto non può più invocarlo. La conclamata natura costitutiva della sentenza cessa allora di essere un dogma superiore ad ogni dubbio»*⁶⁴.

La teoria in esame, peraltro, si preoccupa di limitare la libertà di iniziativa del contraente fedele, in modo da introdurre cautele protettive per il debitore: pertanto, se l'inadempimento consiste in un ritardo o nella mancata regolarizzazione della prestazione inesattamente adempiuta, si esclude che la dichiarazione risolutoria possa *«prendere di sorpresa il debitore, che avrà pur sempre diritto ad un termine, se la sopraggiunta inutilità della prestazione non è evidente»*⁶⁵; quindi, la dichiarazione risolutoria semplice dovrebbe essere integrata forzatamente con un termine adeguato a consentire l'adempimento, pari a quello previsto per la diffida ad adempiere.

In tal modo, molto opportunamente, la soluzione stragiudiziale viene integrata in una vicenda articolata che, anziché basarsi sulla semplice potestà del contraente fedele di determinare un effetto definitivo, passa da una contestazione che permette al debitore di regolarizzare la propria prestazione.

⁶² GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, cit. pag. 743.

⁶³ SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, cit., pag. 1597.

⁶⁴ SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, cit., pag. 1619.

⁶⁵ SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, cit., pag. 1620.

Secondo un'ulteriore teoria, la possibilità di risolvere stragiudizialmente il contratto per inadempimento si fonderebbe sull'eccezione d'inadempimento⁶⁶; questa potrebbe essere sollevata dal contraente fedele non solamente per rifiutare la propria prestazione, al fine di indurre la controparte all'adempimento, ma anche nel caso in cui la controprestazione sia già stata eseguita e presenti vizi. Dunque, si tratterebbe di un'eccezione sollevabile sul piano stragiudiziale e capace di paralizzare gli effetti del contratto, estinguendoli definitivamente. L'A. ne ricava anche che la sentenza di risoluzione non avrebbe carattere costitutivo, ma di accertamento: *«la proposizione della domanda di risoluzione non è che uno dei modi di esercizio di un diritto già acquisito al patrimonio del contraente non inadempiente, col quale si chiede al giudice di accertare se il contratto si può considerare risolto e non di sciogliere le parti dal vincolo negoziale»*⁶⁷.

A sostegno, si richiama un orientamento giurisprudenziale, sviluppatosi nell'ambito dei contratti di prestazione d'opera professionale, che afferma la perdita del diritto al compenso del professionista, nel caso in cui la prestazione da lui resa sia affetta da inesattezze tali da renderla del tutto inutile (es.: avvocato che proponga opposizione a decreto ingiuntivo a valle della scadenza del termine perentorio; architetto che predisponga un progetto in difformità dalle prescrizioni urbanistiche)⁶⁸.

⁶⁶ PAGNI Ilaria, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Giuffrè, Milano, 1998; v. anche PAGNI, *La risoluzione del contratto tra azione ed eccezione (...)*, cit., pagg. 75 ss.

⁶⁷ PAGNI, *La risoluzione del contratto tra azione ed eccezione (...)*, cit., pag. 94.

⁶⁸ *«Il professionista, nella prestazione dell'attività professionale, sia questa configurabile come adempimento di un'obbligazione di risultato o di mezzi, è obbligato, a norma dell'art. 1176 c.c., ad usare la diligenza del buon padre di famiglia; la violazione di tale dovere comporta inadempimento contrattuale, del quale il professionista è chiamato a rispondere anche per la colpa lieve (salvo che nel caso in cui, a norma dell'art. 2236 c.c., la prestazione dedotta in contratto implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà), e, in applicazione del principio di cui all'art. 1460 c.c., la perdita del diritto al compenso. (Nella specie, la sentenza impugnata, confermata dalla S.C., aveva accertato la responsabilità professionale di un difensore nella gestione di una causa di opposizione a decreto ingiuntivo, per avere omesso di indicare la data dell'udienza di comparizione nella copia notificata dell'atto di opposizione e per avere omesso di citare un teste in una prova delegata, e aveva conseguentemente escluso che al professionista spettasse il compenso per la propria prestazione professionale)»* (Cass. civ., 23 aprile 2002 n. 5928, in *Danno e responsabilità*, 2003, pagg. 753 ss., con nota di BENEDETTI Alberto M., *La deriva dell'eccezione d'inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio criptosolutorio?*). Ancora: *«l'architetto, l'ingegnere o il geometra, nell'espletamento dell'attività professionale consistente nell'obbligazione di redigere un progetto di costruzione o di ristrutturazione di un immobile, è debitore di un risultato, essendo il professionista tenuto alla prestazione di un progetto concretamente utilizzabile, anche dal punto di vista tecnico e giuridico, con la conseguenza che l'irrealizzabilità dell'opera, per erroneità o inadeguatezza del progetto affidatogli, dà luogo ad un inadempimento dell'incarico ed abilita il committente a rifiutare di corrispondere il compenso, avvalendosi dell'eccezione di inadempimento»* (Cass. civ. 18 gennaio 2017 n. 1214, in *DeJure*; nello stesso senso, Cass. civ. 10 febbraio 2020 n. 3052, *ivi*).

Rispetto al tentativo di fondare un potere stragiudiziale e generale di risoluzione del contratto per inadempimento, questa giurisprudenza non sembra un punto di appoggio solido: in primo luogo, essa si è sviluppata in un ambito specifico, ossia i contratti d'opera professionale, sicché la sua generalizzazione sembra per ciò solo poco persuasiva; vi è poi un dato ulteriore, che attiene alla giustificazione di questa giurisprudenza, che tende a escludere il diritto al corrispettivo per l'erogazione di attività inutili: l'idea sottesa sembra essere quella per cui, in caso di inutilità della prestazione dipesa da fatto colposo del professionista, il cliente subisca un danno pari almeno al costo della prestazione rivelatasi inutile. Si riferisce ad una compensazione tra pretesa del professionista e credito risarcitorio (fatto pari al costo inutile

È la stessa A., però, a riconoscere il valore del tutto parziale di questa costruzione, confinata a gestire il solo problema del diritto dell'inadempimento alla controprestazione non ancora eseguita⁶⁹: l'invocazione stragiudiziale dell'inadempimento varrebbe, cioè, a precludere solamente la pretesa dell'adempimento, non a far venire meno gli effetti già prodotti dal contratto; per tale risultato, resterebbe la necessità di una pronuncia giudiziale (costitutiva, viene da ritenere); inoltre, solo l'azione in giudizio consentirebbe di rendere la vicenda risolutoria trascrivibile e opponibile ai terzi.

Non solo: l'A. introduce un'ulteriore condizione, cui la risoluzione stragiudiziale dovrebbe essere subordinata, costituita dall'irreversibilità dell'inadempimento; in tal modo, resta definito anche il rapporto tra risoluzione su diffida e risoluzione per dichiarazione stragiudiziale: la prima dovrebbe operare nei casi di ritardo (nell'esecuzione di una prestazione ancora possibile), mentre la seconda si applicherebbe agli inadempimenti definitivi.

Mi sembra, però, che la contrapposizione da ultimo indicata susciti un problema, per la coerenza della costruzione, dato che non risulta confermata la possibilità effettiva di una dichiarazione stragiudiziale di risoluzione del contratto gravemente inadempito: l'inadempimento grave, infatti, non giustificherebbe questa (ipotizzata) risoluzione stragiudiziale, a meno che non si tratti di inadempimento definitivo; quest'ultimo, poi, come si è già osservato, non potrebbe essere invocato per risolvere realmente il contratto, ma solo per paralizzare la pretesa di adempimento della prestazione dovuta dal contraente fedele; le pretese restitutorie resterebbero subordinate alla necessità di una pronuncia giudiziale (che condizionerebbe anche l'opponibilità ai terzi della risoluzione).

Si ricava, quindi, che, in caso di inadempimento grave di una prestazione ancora eseguibile, la risoluzione stragiudiziale dovrebbe essere esclusa, a meno di non utilizzare la diffida ad adempiere.

della prestazione) CONSOLO, *Della risoluzione per inadempimento anche stragiudiziale, senza processo*, (...), cit., pagg. 33 ss.

Con riguardo a questa giurisprudenza, si è anche parlato di un uso distorto dell'eccezione d'inadempimento: «tra l'evidenziare un uso distorto dell'eccezione d'inadempimento ovvero registrare una 'trasformazione' di tale rimedio in una sorta di atipica 'risoluzione unilaterale' del contratto, preferiamo il primo atteggiamento». (BENEDETTI Alberto M., *La deriva dell'eccezione d'inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio criptosolutorio?*, in *Danno e responsabilità*, 2003, pagg. 753 ss.; v. anche BENEDETTI, *Una nuova eccezione d'inadempimento? Usi 'criptorisolutori' e 'costituzionalmente orientati'*, cit., pagg. 219 ss.).

⁶⁹ L'A. afferma che l'attore in risoluzione è, di fatto, un potenziale convenuto che agisce in prevenzione, rispetto alla domanda di adempimento di controparte; in realtà, il senso della risoluzione sta più ampiamente nel far venire meno un titolo che può aver già prodotto l'adempimento del contraente fedele, che quindi non agisce in prevenzione, ma tende a far venire meno il titolo della sua propria prestazione. Non è allora chiaro perché si debba dare prevalenza, nel ricostruire l'istituto, alla liberazione dall'obbligazione, rispetto all'estinzione complessiva degli effetti del contratto.

Altra dottrina rileva, in senso analogo, che «il ricorso al processo si rende necessario solo quando almeno una delle parti è interessata all'esercizio di un'azione di condanna» (DELLACASA Matteo, *L'ambiente della risoluzione per inadempimento*, in CONSOLO Claudio, PAGNI Ilaria, PAGLIANTINI Stefano, ROPPO Vincenzo, MAUGERI Marisaria, *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Il Mulino, Bologna, 2018, pag. 168). L'osservazione non appare corretta: il ricorso al processo risulta necessario anche al fine di rendere opponibile ai terzi la risoluzione: non sembra, infatti, che si possa ottenere la trascrizione di una comunicazione di risoluzione giudiziale, con la conseguenza che la domanda giudiziale diviene elemento necessario per disporre di un atto trascrivibile nei pubblici registri.

In ultima istanza, la costruzione qui esaminata sembra risolversi, più che nell'introduzione di un'ulteriore figura di risoluzione stragiudiziale per inadempimento, nel riconoscimento che l'eccezione d'inadempimento possa essere proposta non soltanto in funzione dilatoria⁷⁰, ma anche in presenza di un inadempimento irreversibile⁷¹. Non si discute, quindi, di risoluzione in senso proprio, ma dei confini di operatività dell'eccezione d'inadempimento.

Ulteriori contributi propongono il riconoscimento del potere di risoluzione stragiudiziale del contratto per inadempimento, senza attribuzione di un termine al debitore per regolarizzare la prestazione, sulla base della generalizzazione di figure già attualmente presenti (si pensi alla caparra confirmatoria, in cui il potere di recesso non sembra da collegare in via logica alla predeterminazione della prestazione risarcitoria) e di un confronto con le scelte e le evoluzioni riscontrabili in ordinamenti prossimi al

⁷⁰ Il legislatore ha previsto eccezioni di questo tipo, ad es., nella compravendita, prevedendo che, in caso di vizi, l'acquirente possa sempre farli valere in via di eccezione (anche quando sia prescritta l'azione), per resistere alla domanda di pagamento del corrispettivo (art. 1495 c.c.); analoga regola è stabilita per l'appalto (art. 1667 c.c.). In arg., DELLACASA Matteo, *Risoluzione giudiziale e "di diritto": orientamenti e problemi*, in DELLACASA Matteo e ADDIS Fabio, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in ROPPO Vincenzo (cur.), *Trattato del contratto*, V, *Rimedi - 2*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 156.

⁷¹ La funzione dell'eccezione di inadempimento come mezzo alleato dell'adempimento emerge in quella giurisprudenza che la esclude nel caso in cui il soggetto che la invoca non sia più in grado di tenere fede al proprio impegno: «*il promittente venditore, che si sia reso definitivamente inadempiente all'obbligo assunto con il preliminare, avendo ad altri trasferito il bene, può far valere, ove evocato in giudizio con azione di risoluzione proposta dal promissario acquirente, il pregresso inadempimento di quest'ultimo, solo a sostegno di una propria domanda riconvenzionale di risoluzione, non quale mera eccezione per paralizzare la pretesa attrice, atteso che l'eccezione d'inadempimento, di cui all'art. 1460 c.c., configura uno strumento accordato alla parte che voglia salvaguardare i propri interessi, nell'ambito della conservazione del rapporto, e non può essere quindi utilizzata da chi si sia volontariamente posto nell'impossibilità di dare esecuzione al contratto*» (Cass. civ. 28 aprile 1986 n. 2923, in Giust. civ. 1987, I, pagg. 919 ss.).

Che l'eccezione d'inadempimento tenda a stimolare l'adempimento, anziché a provocare la perdita definitiva di efficacia del contratto, emerge anche dalla diversità dei suoi presupposti sostanziali, rispetto a quelli previsti per la risoluzione; mentre quest'ultima richiede la gravità dell'inadempimento, l'eccezione d'inadempimento ne prescinde completamente. Il punto è importante: prescindendone, essa diviene l'unico mezzo efficace a presidio della pretesa a una prestazione rigorosamente esatta, laddove l'avvenuta esecuzione di una prestazione inesatta finisce, in molti casi, per costringere il creditore a trovare nel risarcimento del danno l'unico presidio effettivo ai suoi interessi, non potendosi pretendere un secondo adempimento (esatto) dopo che ne sia stato effettuato un primo, ancorché inesatto.

La tutela del debitore inadempiente, quindi, non è affidata al requisito della gravità, ma ad un sindacato sul comportamento del creditore, che non deve porsi in contrasto con la regola di buona fede (art. 1460, comma 2, c.c.).

È interessante notare come sia profondamente diversa la scelta operata dal legislatore francese della riforma, che ha introdotto l'eccezione d'inadempimento all'art. 1219, stabilendo che: «*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*». In tal modo, la gravità dell'inadempimento diviene condizione necessaria per sollevare l'eccezione, con evidente possibile sacrificio dell'interesse del creditore all'esattezza dell'adempimento. La formula adottata dall'art. 1219 Code civil, peraltro, riprende le soluzioni già accolte a livello giurisprudenziale: in arg., BENEDETTI Alberto M., *Una nuova eccezione d'inadempimento? Usi 'criptorisolutori' e 'costituzionalmente orientati'*, in CONSOLO Claudio, PAGNI Ilaria, PAGLIANTINI Stefano, ROPPO Vincenzo, MAUGERI Marisaria, *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Il Mulino, Bologna, 2018, pag. 230.

nostro⁷². In tal modo, si potrebbe determinare una marginalizzazione della giurisdizione, nonostante l'art. 1453 c.c. ne indichi, all'opposto, una posizione centrale.

Al di là delle teorie che vorrebbero accreditare già attualmente un potere risolutorio generale del contraente fedele esercitabile al di fuori del giudizio, si trovano poi elaborazioni che, con riguardo a ipotesi specifiche, ritengono che un tale potere sia configurabile: in questo senso, ad es., si ritiene che il contraente fedele possa dare attuazione al proprio dovere di mitigazione del danno ex art. 1227 c.c., attraverso la stipulazione di contratti alternativi, diretti a procurare quella medesima risorsa che sia mancata a causa dell'inadempimento e la cui protratta mancanza sia causativa di un ingente danno che, in mancanza del nuovo contratto, resterebbe a carico del debitore inadempiente.

V. Valutazioni conclusive

La tendenza a riconoscere in più ampi termini la possibilità di una risoluzione stragiudiziale si fonda su una valutazione critica del funzionamento del rimedio giudiziale: tempi del processo e discrezionalità del giudice (quindi: l'incertezza dell'esito del giudizio) sono due elementi che dovrebbero indurre a preferire la stragiudizialità.

Vi è, allora, da domandarsi se siano fondate le critiche e se sia adeguata la soluzione.

L'idea che la risoluzione stragiudiziale attuata attraverso una manifestazione di volontà liberi le parti dal dover sottostare al lungo tempo dei giudizi civili è solo parzialmente corretta: il fatto è che la stragiudizialità si risolve nel rendere protagonista dell'avvio del giudizio il debitore inadempiente, anziché il creditore. Se il primo riconosce la propria responsabilità, allora è verosimile che accetti l'iniziativa risolutoria senza reagire; nella maggior parte dei casi, però, l'inadempiente non si considera tale: frequentemente ritiene che le colpe della controparte siano prevalenti, o che la prestazione pretesa non sia in realtà da lui dovuta, o che l'inesattezza contestatagli non sussista, etc.; in tutti questi casi, la scelta a favore della stragiudizialità si collegherà ad un giudizio promosso da chi, in un sistema di risoluzione giudiziale, sarebbe il convenuto. Ne deriva che uno stato di certezza giuridica dovrà comunque attendere il (lungo) corso del giudizio.

Che la stragiudizialità risolva il problema della discrezionalità giudiziale è, poi, poco credibile: il mezzo tecnico non incide sui presupposti dell'istituto. Se soltanto un inadempimento grave consente la risoluzione, l'iniziativa stragiudiziale non può valere a rendere il creditore arbitro nel valutare la ricorrenza di tale elemento; ne deriva che, anche in questo caso, la stragiudizialità si limiterebbe a postergare l'accertamento della gravità rispetto alla dichiarazione risolutoria, escludendone la necessità nel solo caso in cui il debitore presti acquiescenza all'iniziativa del contraente fedele. Dunque, la sorte del contratto resterebbe incerta per il tempo e per l'alea del giudizio⁷³.

⁷² PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit.; DELLACASA Matteo, *Risoluzione giudiziale e "di diritto": orientamenti e problemi*, cit., pag. 170.

⁷³ Un recesso per inadempimento con successivo accertamento della gravità, in un giudizio promosso dal debitore, non aggiungerebbe certezza al sistema; «l'incertezza è potenziale fonte di conseguenze più dannose e ad ampio raggio di quelle che derivano al contraente fedele dalla necessità di attendere il (non poco, ne siamo coscienti) tempo necessario al formarsi di un giudicato sostanziale sulla risoluzione» (CONSOLO, *Della risoluzione per inadempimento anche stragiudiziale, senza processo*, (...), cit., pag. 42).

In senso quasi opposto, però, è stato osservato che «the statutory requirement that the court needs to allow the termination seems highly impractical. If only a court order can put an end to a contract, the

Se si desidera soddisfare prontamente un ragionevole bisogno di certezza (delle situazioni giuridiche), non è affatto detto che la risoluzione stragiudiziale sia il mezzo adeguato allo scopo. La certezza conseguirebbe soltanto al riconoscimento dell'effetto caducatorio del recesso, anche ove esso fosse fondato su un inadempimento non grave o falsamente invocato; ma questo significherebbe ammettere un recesso libero dal contratto, il che non è possibile.

L'impressione è che la discussione sul mezzo con cui si perviene alla risoluzione debba essere spostata su due temi diversi:

- a) quali siano i corretti presupposti per la risoluzione;
- b) quale ruolo sia opportuno assegnare al giudice nell'amministrare la crisi del contratto.

Dal primo punto di vista, per ridurre il problema della discrezionalità giudiziale, occorrerebbe semplificare la fattispecie risolutoria; se la gravità non fosse un requisito, allora la discrezionalità giudiziale avrebbe un ambito assai più ristretto sul quale esercitarsi (resterebbe aperto il problema della valutazione comparativa degli inadempimenti, nel caso in cui, come spesso accade, le parti si addossino reciproche colpe).

Dal secondo punto di vista, si nota come il codice del 1942 abbia già significativamente ridotto l'area di intervento del giudice: egli non può più assegnare un termine al convenuto per regolarizzare la prestazione. Questa evoluzione, che tende a trattare con maggior severità la posizione dell'inadempiente, si collega in via diretta agli effetti preclusivi associati alla domanda di risoluzione e, in particolare, alla preclusione della possibilità di adempiere a valle della domanda: si è visto, però, che, proprio a questo riguardo, la riforma francese del 2016 non muove nella stessa direzione; l'iniziativa del contraente fedele non è immediatamente preclusiva dell'adempimento (e ciò sia in quella giudiziale, che in quella stragiudiziale). Nel nostro ordinamento, invece, non è diffusa la preoccupazione di tutelare il debitore, attribuendogli la possibilità di conoscere l'intenzione del creditore prima che si produca l'effetto preclusivo dell'adempimento. In questo senso, si ritiene che la costituzione in mora non sia necessaria per domandare la risoluzione; lo stesso principio è affermato per l'esercizio del recesso, nel caso in cui sia prevista una caparra confirmatoria⁷⁴.

Abbiamo visto come la scelta a favore della sanatoria dell'inadempimento sia condivisa anche dall'ordinamento tedesco.

Forse, il riconoscere in termini più ampi un dovere di contestazione, finalizzato alla regolarizzazione della prestazione, aiuterebbe a rendere più agevole l'accertamento degli inadempimenti giustificativi della risoluzione; inoltre, tale strategia potrebbe consentire di ridurre il peso dell'elemento della gravità: come si è visto, in altri ordinamenti si riconosce che la perseveranza nell'inadempimento nonostante l'intimazione possa essere

creditor will have to wait endlessly before it can get rid of the defaulting debtor and contract with somebody else» (SMITS, Contract law. A comparative introduction, cit., pag. 232).

⁷⁴ «In caso di azione di recesso ai sensi dell'art. 1385 c.c., non è necessaria la formale costituzione in mora del debitore, la quale è prescritta dalla legge per l'effetto preminente dell'attribuzione al debitore medesimo del rischio riguardante la sopravvenuta impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile, basandosi, viceversa, l'azione menzionata sulla sola obiettiva esistenza dell'inadempimento di non scarsa importanza di una delle parti» (Cass. civ. 12 ottobre 2012 n. 17489, in DeJure).

trattata più severamente, rispetto al caso del semplice inadempimento (e la disciplina italiana in tema di appalto conferma questo diverso trattamento tra i due casi).

La complessità della materia, peraltro, porta a ritenere che solamente un intervento legislativo possa determinare un miglioramento effettivo nel sistema, dato che un risultato di maggior certezza dei diritti presuppone una maggior certezza delle regole applicabili.