



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL DIRITTO

Corso di dottorato in Diritto comparato, privato, processuale civile e dell'impresa

Curriculum di Diritto privato

XXXIII ciclo

Tesi di dottorato di ricerca

RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO E COMPORTAMENTO CONTRADDITTORIO

Contributo al dibattito su giurisdizionalità e stragiurisdizionalità della risoluzione

settore scientifico disciplinare IUS/01

Andrea Caloni

Tutor:

Chiar.mo prof. Gianroberto Villa

Coordinatore del dottorato:

Chiar.ma prof.ssa Maria Teresa Carinci

A.A. 2019/2020

INDICE SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	IX
---------------------------	----

CAPITOLO I

LA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO NEL CODICE CIVILE E NEL CONTESTO EUROPEO: IL RUOLO DEL PRINCIPIO DI NON CONTRADDI- ZIONE ESPRESSO DALL'ART. 1453, COMMA 2, COD. CIV.

SEZIONE I – <i>Risoluzione giudiziale e stragiudiziale nel Codice civile e nel diritto europeo: il possibile ruolo del principio di non contraddizione</i>	1
1. L'eterogeneità del modello codicistico	1
2. Le tendenze europee, il contesto internazionale (cenni) e il dibattito tra giurisdizionalità e stragiudizialità (rinvio)	7
3. Il comportamento contraddittorio quale nesso tra fatto e diritto: un'ipotesi	9
SEZIONE II – <i>La preclusione di cui all'art. 1453, comma 2, cod. civ. e il suo ruolo nel sistema</i>	12
1. L'origine e la <i>ratio</i> storica della preclusione	12
2. Gli interessi in gioco e i problemi	16
3. L'efficacia endoprocessuale della preclusione	19
3.1. La preclusione e la sua assolutezza	19
3.2. Il possibile rilievo delle condotte e delle difese del debitore	26
3.3. Conclusioni	31
4. L'efficacia extraprocessuale e sostanziale della preclusione	32
4.1. Una prima tesi: la domanda di risoluzione estingue il diritto di chiedere l'adempimento. L'aporia dei «contratti giuridicamente morti»	32
4.2. Le tesi restrittive e la relativizzazione della preclusione	38
4.2.1. L'«interesse» del creditore nella giurisprudenza: imprecisioni di una massima pragmatica	38
4.2.2. Le singole fattispecie: rigetto in rito della domanda di risoluzione; estinzione del primo processo per inattività delle parti; rigetto nel merito; estinzione del processo per rinuncia agli atti. L'ammissibilità della domanda di adempimento in caso di rigetto determinato dalle difese del de-	

bitore	43
4.3. Una valutazione della soluzione dal punto di vista economico, alla luce del principio di effettività	49
4.4. Conclusioni: la natura anche sostanziale del divieto, la sua portata e la persistente lacuna dei «contratti morti»	53
5. La natura giuridica del divieto: la domanda di risoluzione come «atto responsabile»	55
5.1. Il divieto di cui all'art. 1453, comma 2, cod. civ., la rinuncia tacita e gli atti non negoziali che comportano la perdita del diritto	55
5.2. La domanda di risoluzione come «opzione»	59
5.3. La domanda di risoluzione come atto responsabile e il disvalore della successiva domanda di adempimento: un'epifania del divieto di venire contro il fatto proprio?	61
5.4. Conseguenze applicative: la flessibilità del divieto	64
6. Il ruolo della preclusione nel sistema	67
6.1. Un indice testuale: la preclusione di cui al secondo comma dell'art. 1492 cod. civ.	67
6.2. Il bilanciamento degli interessi operato dal legislatore e la sua estensibilità	70

CAPITOLO II

FORME TIPICHE DI RISOLUZIONE STRAGIUDIZIALE E COMPORTAMENTO CONTRADDITTORIO

1. Introduzione	74
1.1. Oggetto dell'indagine	74
1.2. Le forme tipiche di risoluzione stragiudiziale: linee di fondo del sistema	77
2. Diffida ad adempiere	79
2.1. Caratteri generali	79
2.2. Vicende anteriori al decorso del termine concesso al diffidato	82
2.2.1. Ritiro e revoca della diffida; proroga del termine	82
2.2.2. Domanda di adempimento e di risoluzione giudiziale	85

2.3. Vicende successive al decorso del termine	85
2.3.1. Diffida ad adempiere e rimedi <i>ex art</i> 1453 cod. civ.	86
2.3.1.1. Risoluzione giudiziale	86
2.3.1.2. Domanda di adempimento	93
2.3.2. Reiterazione della diffida	95
2.3.3. Accettazione dell'adempimento tardivo	99
2.4. Risoluzione per diffida ad adempiere e recesso: in particolare, il recesso <i>ex art.</i> 1385 cod. civ. (rinvio)	100
2.5. Considerazioni di sintesi	101
3. Clausola risolutiva espressa	102
3.1. Caratteri generali	102
3.2. Vicende anteriori alla dichiarazione del creditore di volersi valere della clausola	104
3.2.1. Condotte che precludono l'invocazione della clausola	105
3.2.2. La tolleranza	107
3.3. Vicende successive alla dichiarazione di volersi valere della clausola ..	109
3.3.1. Accettazione dell'adempimento	109
3.3.2. Accordi successivi alla risoluzione	110
3.4. Clausola risolutiva espressa e rimedi <i>ex art</i> 1453 cod. civ.	113
3.5. Clausola risolutiva espressa e recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. (rinvio)	115
3.6. Considerazioni di sintesi	116
4. Termine essenziale	117
4.1. Caratteri generali	117
4.2. Vicende situate tra la scadenza del termine essenziale e il termine entro il quale il creditore può esigere la prestazione	119
4.3. Vicende successive allo <i>spatium deliberandi</i>	120
4.3.1. L'invocazione della risoluzione da parte del contraente inadempiente	121
4.3.2. Proroghe, dilazioni, inerzia	123
4.3.3. Accordo delle parti	123
4.3.4. Pretesa della prestazione	123

4.3.5. Accettazione dell'adempimento tardivo	125
4.3.6. Termine essenziale e recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. (rin- vivo)	126
4.4. Considerazioni di sintesi	126
5. Caparra confirmatoria e recesso	126
5.1. Premessa e caratteri generali	126
5.2. Recesso <i>ex art.</i> 1385 cod. civ. e rapporti con i rimedi generali contro l'inadempimento: rilevanza del tema	128
5.3. Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. e rimedi ordinari <i>ex art.</i> 1453 cod. civ.	130
5.3.1. Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. e azione di adempimento ..	130
5.3.1.1. Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. dopo l'azione di adempimento	131
5.3.1.2. Azione di adempimento dopo il recesso	131
5.3.2. Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. e azione di risoluzione e risarcimento del danno	131
5.3.2.1. In generale: l'incompatibilità e l'infungibilità tra le do- mande e il divieto di cumulo	131
5.3.2.2. Domande <i>ex art.</i> 1453 cod. civ. proposte dopo il recesso .	133
5.3.2.3. Domanda di accertamento del diritto di recedere ritenen- do la caparra (o con condanna alla consegna del doppio della ca- parra corrisposta) dopo l'azione <i>ex art.</i> 1453 cod. civ.	134
5.3.2.4. (<i>segue</i>): La pronuncia delle Sezioni Unite, l'oggetto del principio di diritto e la giurisprudenza successiva	135
5.4. Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. e risoluzione per diffida ad adempiere	138
5.4.1. Ritenzione o restituzione del doppio della caparra in caso di riso- luzione per diffida ad adempiere	138
5.4.2. Esercizio del recesso con ritenzione o restituzione del doppio della caparra dopo la risoluzione per diffida ad adempiere	140
5.5. Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. e clausola risolutiva espressa ..	143
5.6. Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. e termine essenziale	144

5.7. Considerazioni di sintesi	145
6. Conclusioni parziali	146
6.1. L'altra faccia del comportamento contraddittorio nella risoluzione: nelle risoluzioni stragiudiziali, la contraddizione mantiene in vita il vincolo contrattuale	146
6.2. Il falso problema della rinuncia agli effetti risolutivi: un espediente argomentativo errato per soluzioni (quasi sempre) opportune	150
6.3. Una questione rilevante e poco studiata: la rilevabilità d'ufficio dell'avvenuta risoluzione di diritto	151

CAPITOLO III

GIUDIZIALITÀ E STRAGIUDIZIALITÀ DELLA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO: IL RUOLO DEL COMPORTAMENTO CONTRADDITTORIO

1. Introduzione	155
2. Contraddizione e conservazione del contratto	157
2.1. Il modello della tolleranza	157
2.2. Risoluzione parziale e «selettiva»: spazio per una nuova <i>exceptio doli</i> ?	165
2.2.1. La risoluzione parziale: rilevanza dell'accettazione parziale e del contemperamento degli interessi delle parti	165
2.2.2. Risoluzione di singoli ordini di investimento e buona fede	171
2.3. Considerazioni di sintesi su contraddizione e conservazione del vincolo contrattuale	174
3. Divieto di contraddizione e atto unilaterale di risoluzione del contratto: le prime tesi favorevoli alla risoluzione stragiudiziale atipica	175
4. L'ampliamento della risoluzione per atto stragiudiziale: una figura generale .	179
4.1. Le tesi	180
4.1.1. Dall'eccezione di risoluzione all'atto unilaterale di risoluzione	180
4.1.2. Risoluzione e necessità di ricorso al processo	183
4.1.3. I termini del dibattito attuale nel contesto europeo	185
4.2. I due modelli di riferimento: il recesso per inadempimento tedesco e la	

<i>résolution par notification</i> del <i>Code civil</i> riformato	187
4.2.1. Il modello tedesco e le forme speciali di recesso per inadempimento nell'ordinamento italiano	187
4.2.2. L'introduzione della <i>résolution unilatérale</i> nel <i>Code civil</i> : un istituto molto simile alla diffida ad adempiere?	190
4.2.2.1 La riforma	190
4.2.2.2. Osservazioni critiche in relazione al diritto italiano	194
5. Le critiche alla proposta dell'atto stragiudiziale atipico di risoluzione	196
6. Il comportamento contraddittorio come legame tra giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento	204
6.1. Certezza dei rapporti giuridici e dimensione bilaterale della risoluzione per inadempimento	204
6.2. I due modelli, generali e alternativi, di risoluzione per inadempimento: risoluzione giudiziale e diffida ad adempiere. Il ruolo del comportamento contraddittorio	208
6.2.1. Il comportamento contraddittorio nella risoluzione giudiziale. Il superamento dell'aporia dei «contratti morti»	210
6.2.2. La diffida ad adempiere come modello generale di risoluzione stragiudiziale. Rapporto con il comportamento contraddittorio	214
7. Considerazioni conclusive	218

CAPITOLO IV

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE E SINTESI DEI RISULTATI

1. Introduzione	223
2. Il comportamento come categoria giuridica: alcuni spunti	224
3. La contraddizione e le regole	231
3.1. Il divieto di <i>venire contra factum proprium</i> nel diritto italiano: un argomento senza regole?	231
3.2. Le regole operative individuate	237
3.3. L'«effetto opzionale» e l'«atto responsabile» tra effettività e autore-sponsabilità	238
4. Il comportamento contraddittorio nel sistema della risoluzione per inadem-	

pimento	242
4.1. Il sistema della risoluzione per inadempimento: «aporie» classiche e dibattiti attuali	242
4.2. La prospettiva del comportamento contraddittorio come utile metodo di selezione di problemi omogenei	246
4.2.1. Selezione delle fattispecie rilevanti	246
4.2.2. Selezione di interessi e rimedi: sintesi delle conclusioni raggiunte .	247
 <i>Bibliografia</i>	 251

INTRODUZIONE

In un editoriale pubblicato nel 2004 sui *Contratti*¹, Giorgio De Nova proponeva al lettore un «gioco»: aveva consultato la banca dati del Foro Italiano, alla voce «contratto in genere», e preso nota del numero di pronunce giurisprudenziali associate a ciascun articolo del titolo sul contratto in generale del Codice civile, stilando poi la classifica dei dieci articoli con il maggior numero di risultati. Ben quattro norme tra le prime dieci riguardavano la risoluzione del contratto per inadempimento: gli artt. 1453, 1455, 1458 e 1460.

A sedici anni di distanza, il risultato non è cambiato. L'art. 1453 è ancora in testa alla classifica e gli artt. 1455, 1458 e 1460 sono sempre tra i primi dieci². Registrano un buon piazzamento, inoltre, l'art. 1385, in tema di caparra confirmatoria, e gli artt. 1454 e 1456, che disciplinano due forme di risoluzione di diritto per inadempimento.

Ora come allora il «gioco», in quanto tale, non ha valore scientifico, ma la frequenza con cui una norma appare nelle pronunce giurisprudenziali raccolte in una banca dati ci può dire almeno due cose.

La prima: le norme sulla risoluzione per inadempimento sono spesso applicate nelle aule di giustizia. La constatazione potrebbe sembrare ovvia, se si pensa alla centrale importanza dell'adempimento nella disciplina dell'obbligazione e del contratto sinallagmatico. È però meno banale se si considera che una maggiore applicazione giurisprudenziale di una norma non dipende solo dalla rilevanza dell'istituto, ma anche, almeno in parte, dal grado di conflittualità che esso genera. Certamente la conflittualità è in parte connaturata alla fattispecie dell'inadempimento e alle sue conseguenze, tuttavia occorre chiedersi se essa, in qualche misura, derivi da margini di incertezza lasciati aperti dalla disciplina legale.

¹ G. DE NOVA, *Le top ten del titolo sui contratti in generale*, in *Contratti*, 2004, 977 s.

² La *top ten* del 2020, stilata consultando la Banca dati del Foro Italiano secondo i medesimi criteri seguiti nel contributo citato *supra*, alla nota 1, è la seguente: art. 1453, 1256 risultati; art. 1362, 1079 risultati; art. 1322, 808 risultati; art. 1351, 621 risultati; art. 1418, 592 risultati; art. 1341, 580 risultati; art. 1455, 474 risultati; art. 1460, 411 risultati; art. 1350, 402 risultati; art. 1458, 381 risultati.

La seconda considerazione: spesso da una copiosa giurisprudenza deriva la sedimentazione di un compatto diritto applicato, fatto di regole operative, massime consolidate, norme di creazione pretoria, che entrano in relazione e talvolta in conflitto con le regole codificate. Può trattarsi di regole *praeter legem*, che sopprimono pragmaticamente a mancanze delle norme scritte, oppure di principi di carattere generale, all'ombra dei quali possono confondersi fattispecie tra loro diverse.

La dottrina, che pure offre autorevoli e approfondite trattazioni della risoluzione per inadempimento, non sempre sembra intercettare tutti i numerosi intrecci del diritto applicato. Ciò pare dovuto al fatto che il tema è spesso studiato in opere di ampio respiro, per lo più di genere trattatistico, che, per quanto attente, rispondono necessariamente a uno schema espositivo tradizionale. D'altro canto, saggi e note a sentenza si confrontano con una casistica imponente e riescono spesso ad offrire appena un quadro di alcuni frammenti del sistema.

In questo contesto, alcune zone d'ombra sono inevitabili, perché inevitabili sono le frizioni tra il regime codificato, le regole operative utilizzate dalla giurisprudenza, espresse o non, e le costruzioni degli interpreti. Il presente studio nasce proprio dall'interesse — inizialmente episodico — verso tre questioni, tra loro apparentemente piuttosto distanti, da cui traspare come il sistema della risoluzione per inadempimento non sia compiutamente definito come si potrebbe pensare.

Un primo spunto viene dal classico problema dell'interpretazione del secondo comma dell'art. 1453 cod. civ., il quale dispone che la parte che ha domandato la risoluzione del contratto non può più pretendere l'adempimento. Ad una prima lettura la norma pare chiara: la parte che ha disdetto il contratto non può poi pretendere l'esecuzione, perché ciò lederebbe l'affidamento della controparte. Senonché un rapido approfondimento svela i numerosi interrogativi, ancora aperti, che la disposizione suscita: il divieto vale solo all'interno del processo o anche dopo il processo, se questo si conclude con una sentenza che non risolve il contratto? Se la domanda di risoluzione, come dicono alcuni, estingue il diritto all'adempimento, la risoluzione è veramente prodotta da una sentenza costitutiva o è un effetto della domanda? Se la sentenza non accoglie la domanda, cosa ne è di quel contratto non azionabile ma nemmeno risolto?

Si tratta di interrogativi di fondo su una norma che ci dice molto sul significato della risoluzione, indicando quali sono gli interessi tutelati di ciascuna delle parti — il diritto di sciogliersi dal contratto, per l'una, l'affidamento e la certezza dei rapporti, per l'altra — e come questi incidono, direttamente, sugli effetti del contratto. Né ci si può fermare, per risolvere il problema, alla massima tramandata dalla giurisprudenza, che ritiene operante il divieto «nei limiti in cui sussiste l'interesse attuale del contraente che ha chiesto la risoluzione». Come si è accennato, difatti, la stratificazione giurisprudenziale porta spesso alla diffusione di massime poco aderenti al caso concreto, sicché l'interprete è chiamato a un'opera di puntuale distinzione di singole fattispecie, quale unico metodo da cui possono emergere le effettive regole applicate.

Un secondo spunto proviene da una recente pronuncia ³, una delle molte che si occupano delle sovrapposizioni tra i diversi rimedi contro l'inadempimento, con cui la Corte di cassazione ha statuito che la parte di un contratto preliminare cui acceda la consegna di una caparra confirmatoria, la quale abbia prospettato alla controparte di voler risolvere il contratto mediante una diffida ad adempiere, possa agire successivamente in giudizio chiedendo l'accertamento del proprio recesso *ex art. 1385 cod. civ.* e del diritto di ritenere la caparra. La breve sentenza pare giungere a una soluzione ragionevole, considerate le affinità tra recesso *ex art. 1385 cod. civ.* e risoluzione per diffida ad adempiere nonché la funzione di preventiva quantificazione del danno risarcibile svolta dalla caparra.

Eppure, nel 2009, con una nota sentenza, le Sezioni Unite — che, occorre chiarirlo, non erano state interrogate espressamente sul punto — avevano stabilito esattamente l'opposto. Comprendere le ragioni della pronuncia delle Sezioni Unite apre lo studio di un vasto capitolo dell'applicazione giurisprudenziale della risoluzione per inadempimento, giacché porta a confrontarsi con la regola, radicata nella giurisprudenza, della «rinunciabilità dell'effetto risolutivo». Sino all'intervento delle Sezioni Unite, difatti, i giudici sembravano ammettere — ma così non era, in realtà, come si vedrà — che la parte che avesse provocato la risoluzione del contratto potesse tornare sui propri passi e ripristinare unilateralmente il vincolo. Con una costruzione ancor più artificiosa, per quanto riguarda la singo-

³ Cass., 3 novembre 2017, n. 26206, in *Foro it.*, 2018, 214 ss., con nota di L. LAMBO – R. PARDOLESI, *Recesso, risoluzione e precedente tricolore*, esaminata *infra*, al cap. II, par. 5.4.2.

la fattispecie che ci interessa, la giurisprudenza riteneva che la parte potesse «rinunciare» alla risoluzione per diffida ad adempiere e recedere ritenendo la caparra.

Ebbene, le Sezioni Unite avevano inteso mettere un punto fermo nella materia e avevano escluso, in via generale, la rinunciabilità della risoluzione enunciando, tra i vari corollari della decisione, anche il divieto di domandare l'accertamento del recesso da un contratto già risolto.

La vicenda giurisprudenziale sollecita, ancora oggi, molti interrogativi: perché, per decenni, la giurisprudenza ha ritenuto che la parte potesse «rinunciare» alla risoluzione? Quali erano gli interessi che i giudici intendevano tutelare con questa regola? E inoltre, tornando alla fattispecie del recesso *ex art.* 1385 cod. civ. dopo la risoluzione per diffida ad adempiere, la soluzione delle Sezioni Unite può dirsi opportuna oppure è una conseguenza rigorosamente deduttiva di una regola — l'irrinunciabilità della risoluzione — enunciata dalla Corte pensando, principalmente, a casi differenti? Questa seconda ipotesi sarebbe confermata dal fatto che la Corte stessa, appena interrogata sul problema specifico, è tornata sui propri passi. L'impressione è ancora quella di trovarsi di fronte a due regole giurisprudenziali di carattere generale, la «rinunciabilità» e l'«irrinunciabilità» della risoluzione, nessuna delle quali sembra cogliere la molteplicità e la diversità delle fattispecie concretamente esaminate, che invece l'interprete è tenuto a ricostruire.

A ben guardare, inoltre, la questione non è molto distante dai problemi sollevati dall'esegesi dell'art. 1453, comma 2, cod. civ. La norma codificata prende in considerazione la condotta di una parte che prima manifesta disinteresse per il contratto e poi ne pretende l'esecuzione. Il contraente che «rinuncia» alla risoluzione — e vedremo cosa ciò significhi — fa la stessa cosa. La parte che recede da un contratto già risolto pone in essere un atto che contrasta con la volontà già manifestata. Sembrerebbe esservi un elemento costante: un comportamento della parte che contraddice la condotta precedentemente tenuta ed incide sul vincolo contrattuale, determinandone la permanente efficacia o lo scioglimento. L'interrogativo da verificare è dunque se la contraddizione, nella risoluzione per inadempimento, comporti effetti uniformi sul piano dell'efficacia o dell'inefficacia del contratto.

Per comprendere le ragioni dell'indagine occorre però riferire del terzo spunto da cui essa muove. Si è recentemente riaperto il dibattito sulla giudizialità o la stragiudizialità della risoluzione per inadempimento⁴. Il dibattito è risalente, giacché si fonda sulla classica questione se la risoluzione *ex art. 1453 cod. civ.* consegua necessariamente a una sentenza costitutiva. La rinnovata attenzione della dottrina italiana al tema è sollecitata dalle due codificazioni europee di riferimento, il BGB e il *Code civil*. Entrambe, a seguito delle riforme del 2001-2002 e del 2016, prevedono oggi forme generali di risoluzione stragiudiziale per inadempimento, confinando apparentemente il sistema italiano in un certo isolamento. Parte della dottrina sostiene pertanto che anche nel nostro ordinamento sarebbe possibile ricondurre la risoluzione del contratto ad una manifestazione stragiudiziale di volontà della parte, che, di fatto, coinciderebbe con una generale figura di recesso per inadempimento.

Ma qual è il legame tra questo dibattito, dai profili sistematici, e il tema, apparentemente più esegetico-ricognitivo, della contraddizione? Il collegamento va ricercato nelle prime tesi che, nel nostro sistema, hanno connesso la risoluzione a un atto della parte anziché alla sentenza, ritenendo che la tutela dell'affidamento che ispira l'art. 1453, comma 2, cod. civ. imponesse di considerare sciolto il contratto per effetto della sola domanda di risoluzione o, addirittura, della sola dichiarazione della parte.

L'ipotesi che sta alla base del lavoro è, allora, che vi possa essere un filo che unisce la disciplina legislativa dell'art. 1453, comma 2, cod. civ. all'imponente casistica relativa alle ipotesi in cui la parte di un contratto a prestazioni corrispettive si avvale di una certa forma rimediale in via giudiziale o di autotutela e poi ne invoca un'altra o si comporta come se nulla fosse stato, e che seguendo questo filo si possa arrivare a comprendere, con maggiore chiarezza, in quali casi la risoluzione per inadempimento, nel nostro ordinamento, è necessariamente giudiziale — salve le forme tipiche di risoluzione di diritto — e in quali, invece, l'inefficacia del contratto non necessita di una pronuncia del giudice.

⁴ Ne è una dimostrazione il recente volume C. CONSOLO – I. PAGNI – S. PAGLIANTINI – V. ROPPO – M. MAUGERI (a cura di), *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Bologna, 2018, che sarà spesso citato nel prosieguo.

Ciò premesso, si possono definire l'oggetto e la scansione dell'indagine. Lo studio, trasversale tra le varie forme di risoluzione per inadempimento, si propone di esaminarle sotto uno specifico punto di vista: quello del comportamento contraddittorio nell'esercizio dei rimedi. Non si affronteranno, pertanto, se non per quanto strettamente strumentale, i presupposti della risoluzione.

Il primo capitolo, che muove dal primo dei tre spunti di riflessione, dopo una breve introduzione sullo stato dell'arte del sistema della risoluzione per inadempimento, è dedicato all'esegesi del secondo comma dell'art. 1453 cod. civ., al duplice scopo di chiarire la portata del divieto e di comprendere come il legislatore abbia composto gli interessi delle parti in una fattispecie tipica di contraddizione.

Il secondo capitolo, che dà corpo al secondo spunto di riflessione, offrirà un'analisi casistica di fattispecie che possono ricondursi alla contraddizione nelle diverse forme di risoluzioni di diritto. Come si vedrà, si incontrerà spesso la regola giurisprudenziale della «rinunciabilità dell'effetto risolutivo». L'interprete, però, è tenuto ad andare oltre la massima e a verificare, caso per caso, quali siano le regole effettivamente applicate dalla giurisprudenza.

Il terzo capitolo cerca di compendiare i dati raccolti nei precedenti e di chiarire se, effettivamente, la regolamentazione legale o giurisprudenziale delle fattispecie esaminate possa interagire con il sistema della risoluzione per inadempimento e offrire un contributo al dibattito sulla giudizialità e la stragiudizialità della risoluzione.

Il lavoro muove da una certa precomprensione del significato dell'espressione «comportamento contraddittorio», dettata, da un lato, certamente, da una povertà di concettualizzazione, dall'altro, però, anche dall'interesse a far emergere dall'indagine se e quali fattispecie possano rientrare nella categoria. Le conclusioni, raccolte nel quarto capitolo, cercheranno di illustrare se essa si sarà rivelata di una qualche utilità e cioè se abbia permesso di selezionare fattispecie tra loro uniformi — per vicenda sostanziale e interessi coinvolti —, distinguendole da altre simili, e di ricondurvi conseguenze giuridiche omogenee.

L'interrogativo di fondo che si cercherà di sciogliere è se una maggiore efficienza del sistema della risoluzione per inadempimento passi necessariamente

dall'accoglimento della tesi innovativa di un atto stragiudiziale atipico di risoluzione o se le asperità della disciplina codificata possano essere smussate dal riconoscimento di alcune regole operative concretamente applicate ed immanenti nel sistema.

CAPITOLO I

LA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO NEL CODICE CIVILE E NEL CONTESTO EUROPEO: IL RUOLO DEL PRINCIPIO DI NON CONTRADDIZIONE ESPRESSO DALL'ART. 1453, COMMA 2, COD. CIV.

SEZIONE I – *Risoluzione giudiziale e stragiudiziale nel Codice civile e nel diritto europeo: il possibile ruolo del principio di non contraddizione.*

SOMMARIO: 1. L'eterogeneità del modello codicistico — 2. Le tendenze europee, il contesto internazionale (cenni) e il dibattito tra giudizialità e stragiudizialità (rinvio) — 3. Il comportamento contraddittorio quale nesso tra fatto e diritto: un'ipotesi.

1. L'eterogeneità del modello codicistico.

Una delle parti di un contratto sinallagmatico non esegue, o esegue in modo inesatto, la propria prestazione, senza che ciò dipenda da impossibilità non imputabile. L'ordinamento si trova a dover prendere posizione in merito ai rimedi accordabili al contraente deluso per una patologia verificatasi nel momento dell'attuazione del rapporto contrattuale ¹.

¹ L'inadempimento è tradizionalmente ricondotto alle patologie del c.d. sinallagma funzionale. Tra i molti, A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, in *Nov. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 127. Come noto, si intende per sinallagma genetico il rapporto tra le prestazioni originariamente previsto dalle parti e considerato nella sua dimensione statica. Sono dunque patologie del sinallagma genetico le invalidità e, segnatamente, le patologie della causa. Il sinallagma funzionale è invece lo scambio nel momento della sua realizzazione, dell'esecuzione del contratto. L'inadempimento, quale patologia che si verifica in tale momento, successivo rispetto alla conclusione del contratto, dà luogo alla risolubilità, rimedio tipicamente posto a presidio della corretta esecuzione del contratto. La distinzione, classica nella civilistica italiana, è così espressa da F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv. – teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 959 ss.: «Nel primo caso (si parla, allora di sinallagma *genetico*), il contratto si limita a generare e a legittimare il rapporto obbligatorio; o il rapporto di diritto reale; epperò, il fatto e il momento del suo nascere. Tale rapporto, una volta costituito, si svolge, poi, secondo i principi che gli sono propri; e il contratto esaurisce la propria funzione e si estingue. Nel secondo (sinallagma *funzionale*), il contratto permane in vigore, pur dopo la costituzione del rapporto, per disciplinarne o il nesso di corrispettività e di interdipendenza (prestazione e controprestazione), ovvero l'esecuzione continuata o periodica [...]. In quanto sinallagma *genetico*, il contratto stabilisce l'*interdipendenza fra le obbligazioni*, al momento del suo perfezionamento; laddove, in quanto sinallagma *funzionale*, stabilisce tale *interdipendenza, anche fra le prestazioni*» (corsivi nel testo). V. da ultimo U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *La risoluzione*, in *Il contratto in generale*, VIII**, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2011, 3 ss. e spec. 5, il quale ribadisce l'inquadramento della risoluzione, secondo la sistematica ormai invalsa, tra i rimedi c.d. sinallagmatici. Contrario alla riconduzione della risoluzione a una patologia del sinallagma funzionale G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: le fattispecie*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi-2*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 6 ss.

L'ordinamento deve esprimersi, in primo luogo, sulla possibilità per le parti di porre fine al contratto o meno: sull'*an* dello scioglimento del contratto, stabilendo in presenza di quali presupposti il contratto può essere sciolto o lasciando alle parti tale compito². Attraverso questa scelta l'ordinamento stabilisce a quali condizioni i contraenti possono essere liberati dai rispettivi obblighi e possono tornare sul mercato per collocare la propria prestazione e reperire la prestazione attesa dalla controparte³.

In secondo luogo, l'ordinamento dovrà chiarire in quale modo le parti — e soprattutto la parte delusa⁴ — potranno porre fine al rapporto: il *quomodo* dello scioglimento del contratto.

L'istituto cui por mente nel diritto italiano è la risoluzione per inadempimento.

L'art. 1453 cod. civ., con regola apparentemente generale, pone in capo al contraente deluso — a meno che questi non intenda insistere per una, invero non sempre agevole, tutela in forma specifica *sub specie* di azione di adempimento⁵ — la facoltà di domandare in giudizio la risoluzione del contratto.

La norma sembra delineare in modo netto il modello della risoluzione per inadempimento accolto dall'ordinamento, risolvendo così i due quesiti sopra esposti:

² Cfr. R. SACCO, *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta d'insieme)*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 144 ss.

³ ID., in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. Sacco*, III ed., Torino, 2004, 613.

⁴ Ma non solo: la sorte del contratto non è, ovviamente, solo nelle mani di una delle parti, ma entrambe, concordemente, possono essere arbitri della sorte del contratto.

⁵ Sui presupposti e i limiti dell'azione di adempimento si veda C. ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Milano, 2008. Limite all'accoglimento della domanda è, principalmente, la possibilità della prestazione, come illustrato *ivi*, 119 ss. Non deve dimenticarsi, inoltre, che la tutela in forma specifica non pare sempre opportuna dal punto di vista economico: è spesso più agevole e meno costoso socialmente il rimedio del risarcimento del danno. Non sembra inopportuno, in tale contesto, il richiamo all'insegnamento della migliore dottrina gius-economica, che, nel distinguere tra forme di tutela riconducibili al modello delle *property rules* – regole di tutela in forma specifica – e a quello delle *liability rules* – regole di tutela, diremmo, obbligatoria – ha messo in luce come la prima forma di tutela possa talvolta risultare inefficiente e inopportuna dal punto di vista sociale. Così G. CALABRESI – A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of The Cathedral*, 85 *Harv. L. Rev.* 1089 1971-1972 e spec. 1110: «We should also recognize that efficiency is not the sole ground for employing liability rules rather than property rules. Just as the initial entitlement is often decided upon for distributional reasons, so too the choice of a liability rule is often made because it facilitates a combination of efficiency and distributive results which would be difficult to achieve under a property rule. As we shall see in the pollution context, use of a liability rule may allow us to accomplish a measure of redistribution that could only be attained at a prohibitive sacrifice of efficiency if we employed a corresponding property rule. More often, once a liability rule is decided upon, perhaps for efficiency reasons, it is then employed to favor distributive goals as well. Again accidents and eminent domain are good examples. In both of these areas the compensation given has clearly varied with society's distributive goals, and cannot be readily explained in terms of giving the victim, as nearly as possible, an objectively determined equivalent of the price at which he would have sold what was taken from him». Il celebre lavoro è oggi consultabile, nella traduzione italiana a cura di Cl. Amato, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 497 ss.

quanto al primo, la parte può liberarsi dal vincolo contrattuale allorché ricorra un inadempimento di non scarsa importanza; quanto al secondo, il contratto può essere sciolto dal giudice, con sentenza costitutiva, su espressa domanda della parte delusa.

L'art. 1453 cod. civ. configurerebbe così la risoluzione come un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale⁶, mentre i restanti modi di risoluzione del contratto, le risoluzioni di diritto, per quanto rilevanti dal punto di vista socio-economico, sembrerebbero collocati, nella sistematica del Codice, in subordine, quali forme derogatorie alla regola generale. La conclusione sembra avallata dall'insegnamento tradizionale che contrappone la «risoluzione giudiziale» alle singole ipotesi di «risoluzione di diritto».

Senonché tale apparente rapporto tra regola ed eccezione non riesce a dare conto compiutamente del modello di risoluzione per inadempimento accolto dal nostro ordinamento, né con riguardo ai presupposti richiesti ai fini dello scioglimento del contratto né con riguardo alle sue modalità.

Prima ancora di rivolgere l'attenzione alle norme dettate in tema di risoluzione del contratto, giova ricordare il ruolo essenziale che, nel campo delle conseguenze dell'inadempimento, può essere giocato dall'autonomia privata. L'accordo tra le parti, in particolare, può intervenire sia in un momento antecedente all'inadempimento, regolandone anticipatamente gli effetti, sia nel momento successivo, per gestirne le conseguenze.

Quanto a questo secondo caso, ad esempio, le parti possono liberamente disporre della sorte del contratto mediante il mutuo dissenso, il quale costituisce una modalità tipica di scioglimento del contratto⁷, che può ovviamente trovare applicazione anche a seguito di un inadempimento. Quanto alla possibilità per le parti di prevedere e regolare *ex ante* gli effetti dell'inattuazione del contratto, stabilendo tanto i presupposti quanto le modalità del suo scioglimento, è ancora ad istituti tipizzati

⁶ L'interpretazione tradizionale riterrebbe quello previsto dall'art. 1453 cod. civ. un «diritto potestativo ad esercizio giudiziale che dà luogo necessariamente a una pronuncia costitutiva»: così I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, 311. L'Autrice nega la correttezza di questa ricostruzione, come avremo modo di illustrare nel prosieguo dell'indagine.

⁷ Espressamente prevista dall'art. 1372 cod. civ. Il mutuo dissenso è «esso stesso un contratto: il *contratto con cui le parti sciogliono un precedente contratto fra loro*, liberandosi dal relativo vincolo» (V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, II ed., Milano, 2011, 508, corsivi nel testo). Sul tema cfr., oltre alla classica monografia di A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, M. GIROLAMI, *Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, spec. 208 ss.

dal legislatore, quali la clausola risolutiva espressa e il termine essenziale, che si può guardare⁸. Per non parlare degli strumenti atipici con cui le parti possono regolare le conseguenze dell'inadempimento in deroga al modello legale⁹.

In secondo luogo, il rimedio della risoluzione per inadempimento non può certo dirsi riassunto nella regola della risoluzione giudiziale *ex art.* 1453 e nella formalistica riconduzione delle c.d. risoluzioni di diritto a mera deroga rispetto alla regola generale.

È indubbio che il legislatore del 1942, in linea di continuità con le scelte Codice previgente, abbia inteso confermare, quanto meno programmaticamente, l'adesione allo storico modello francese. La versione originaria dell'art. 1184 del *Code Napoléon*, in vigore dal 1804 al 2016, disponeva difatti, con eloquenza, che, nel caso di un inadempimento tale da giustificare la risoluzione, «le contrat n'est point résolu de plein droit». Una singolare disciplina in negativo, «il contratto non si risolve automaticamente», la quale preludeva al riconoscimento del diritto della parte delusa di domandare la risoluzione (solamente) in giudizio.

D'altro canto, il legislatore italiano aveva ben presente anche il modello tedesco, in cui lo scioglimento del contratto segue — già da prima della riforma del 2001-2002, che ha riordinato la materia — una dichiarazione unilaterale (*Rücktritt*) e non una sentenza costitutiva¹⁰.

⁸ R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 624, parla, a proposito di clausola risolutiva espressa e di termine essenziale, di «risoluzioni automatiche», secondo le previsioni della legge contrattuale. Tali modalità di risoluzione si contrapporrebbero a quelle di cui agli artt. 1453 e 1454, definite «risoluzioni volontarie», dipendenti dalla volontà, appunto, della parte insoddisfatta. La distinzione sarebbe, secondo l'Autore, più feconda di quella istituzionale tra risoluzione giudiziale e risoluzioni di diritto, che non rende la diversità degli interessi sottesi.

⁹ Come noto, la dottrina tendenzialmente ammette la derogabilità della disciplina codicistica della risoluzione del contratto per inadempimento sia con riguardo ai presupposti della risoluzione sia con riguardo ai suoi effetti. Cfr. sul punto A. BELFIORE, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1309 ss. e R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 588 s. Quanto al primo aspetto — derogabilità dei presupposti della risoluzione —, correttamente si ricorda che lo stesso Codice prevede un istituto, la clausola risolutiva espressa, che pacificamente consente alle parti di prevedere fattispecie di inadempimento che legittimano la risoluzione anche in assenza della gravità richiesta dall'art. 1455 cod. civ. Maggiori dubbi vi sono, invece, con riguardo ai patti di irresolubilità. La soluzione maggioritaria sembra orientata ad ammetterli nei limiti dell'art. 1229 cod. civ. Sul punto, v. per tutti F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998. Lo stesso limite varrebbe per i patti in deroga agli effetti della risoluzione: in particolare alla sua retroattività *inter partes*. Così A. BELFIORE, voce *Risoluzione*, cit., 1311.

¹⁰ Per un primo inquadramento dei differenti modelli di risoluzione per inadempimento si vedano B. SCHMIDLIN, *La risoluzione del contratto nella prospettiva storico-dogmatica: dalla nullità ex tunc al rapporto di liquidazione contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 825 ss.; A. DI MAJO, *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 13 ss.; M. DELLACASA, *Il giudice e la risoluzione del contratto nell'esperienza italiana e nella prospettiva europea*, in *Studium iuris*, 2006, 537 ss. Al tema sarà dedicato il par. 4.2 del cap. III.

Tali influenze hanno concorso alla realizzazione di un sistema composito sin dalla sua parte generale ¹¹, in cui alla previsione di una risoluzione di regola giudiziale si contrappone, nella norma subito successiva, un rimedio stragiudiziale di portata tendenzialmente generale ¹² quale la diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 cod. civ.

Non solo. La disciplina della risoluzione per inadempimento non può dirsi confinata ai — pur eterogenei — strumenti di parte generale ¹³. Le regole sui singoli contratti prevedono modalità di scioglimento differenti, alternative o esclusive rispetto a quelle generali: basti pensare alla revoca del mandato o al recesso come strumento d'impugnativa contrattuale ¹⁴.

La diversità di soluzioni rinvenibili nel Codice è giustificata dal ruolo svolto dalla risoluzione per inadempimento nell'economia dei rimedi contrattuali: essa mira primariamente a una sicura e definitiva liberazione da un contratto non più perseguibile ¹⁵.

È quindi comprensibile un sistema che, per meglio realizzare la finalità descritta, tenga conto delle differenti variabili in gioco, individuabili, in via di prima approssimazione:

¹¹ Cfr. da ultimo G. CIAN, *Di alcune aporie nel sistema codicistico della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, spec. 1157.

¹² Diciamo *tendenzialmente* per questa ragione: la diffida ad adempiere è rimedio che sembra ben adattarsi alle fattispecie dell'adempimento inesatto o del ritardo, non, invece, all'inadempimento definitivo. Lo nota, recentemente, G. CIAN, *Di alcune aporie*, cit., 1155: il termine, di regola non inferiore a quindici giorni, che dev'essere concesso al debitore inadempiente, mal si concilia con l'ipotesi in cui l'adempimento sia divenuto impossibile o in cui l'inadempimento debba considerarsi definitivo per la perdita di interesse alla prestazione da parte del creditore. Cenni al problema *infra*, al cap. II, par. 2.1 e *amplius* al cap. III, par. 6.2.

¹³ Del resto, come insegna G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti. Appunti da una ricerca*, in ID. (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994, 1: «la disciplina della risoluzione è quella, all'interno della disciplina del contratto in genere, che trova più spesso deroghe e specificazioni nella disciplina dei singoli contratti».

¹⁴ Quella impugnativa è una delle funzioni tradizionalmente riconosciute al recesso. Cfr. sul punto G. GABRIELLI – F. PADOVINI, voce *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, spec. 32 ss. Allo stesso modo G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione*, cit., 9. In questa prospettiva il recesso svolgerebbe la funzione di rimedio contro patologie negoziali originarie o sopravvenute, in parallelo, rispettivamente, all'annullamento o alla risoluzione del contratto. Con particolare riguardo a quest'ultimo aspetto, giova infine ricordare che la parte generale del diritto dei contratti prevede una forma di recesso pacificamente ritenuta un rimedio contro l'inadempimento omogeneo alla risoluzione: il recesso dal contratto in presenza di una caparra confirmatoria, ex art. 1385 cod. civ. Sul tema, da ultimo, L. PENASA, *Il concorso tra il potere di recesso riconosciuto dall'art. 1385, comma 2, c.c. e l'azione costitutiva di risoluzione del contratto per inadempimento*, in C. CONSOLO – I. PAGNI – S. PAGLIANTINI – V. ROPPO – M. MAUGERI (a cura di), *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Bologna, 2018, 271 ss. Cfr. *amplius infra*, cap. III.

¹⁵ Questo l'insegnamento di R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 641: «La risoluzione non è l'omaggio offerto ad una vittima per premiare la sua propria santità giuridica, ma è la liberazione offerta ad una vittima perché *la controparte* ha ritenuto di non adempiere. Il giudizio di risoluzione non mira ad accertare chi è *più inadempiente*; mira ad accertare che la parte è inadempiente» (corsivi nel testo).

(i) nella tipologia negoziale prescelta: è razionale che la disciplina della risoluzione si adegui al singolo regolamento contrattuale ¹⁶;

(ii) nell'intensità delle relazioni *inter partes*: vi sono contratti caratterizzati da un intenso *intuitus personae* o inseriti in una più ampia relazione ¹⁷, in cui il venir meno del vincolo contrattuale può avere gravi ripercussioni sugli investimenti specifici sostenuti, sicché i migliori arbitri della sorte del contratto saranno le parti stesse piuttosto che il giudice; mentre vi sono contratti in cui gli interessi delle parti si presentano più standardizzati e possono dar luogo a pronunce giudiziali prevedibili e controllabili;

(iii) nella natura della prestazione dedotta in contratto: vi sono prestazioni degne di particolare interesse, sulla cui ripetizione o attribuzione è ragionevole attendersi una controversia che merita una decisione giudiziale; mentre vi sono contratti con prestazioni scarsamente significative, facilmente reperibili sul mercato, rispetto ai quali rileverà una pronta e certa risoluzione che consenta alle parti di procurarsi il bene della vita atteso sul mercato nel più breve tempo possibile ¹⁸;

(iv) nelle pretese collaterali rispetto alla risoluzione del rapporto: vi sono casi in cui la risoluzione si accompagna a pretese risarcitorie o restitutorie; altri casi in cui l'interesse delle parti è esclusivamente incentrato sulla cessazione degli effetti del contratto ¹⁹.

Non si devono perdere di vista, inoltre, alcuni valori fondanti del diritto contrattuale, quali l'affidamento, la forza di legge del contratto, la certezza del diritto, che indicano interessi di portata generale che l'interprete è sempre tenuto a compendiare attentamente.

¹⁶ G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione*, cit., 3.

¹⁷ La dottrina statunitense ha coniato, in proposito, la categoria dei *relational contracts*, la cui teorizzazione si deve a Ian Macneil. Cfr. I. MACNEIL, *The Many Futures of Contract*, 47 *S. Cal. L. Rev.* 691 (1974). Nella dottrina italiana la categoria è stata studiata, da ultimo, da A. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto di durata*, Milano, 2018.

¹⁸ Sul tema sono particolarmente interessanti le osservazioni di V. ROPPO, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto*, in C. CONSOLO – I. PAGNI – S. PAGLIANTINI – V. ROPPO – M. MAUGERI (a cura di), *La risoluzione per inadempimento*, cit., 13 ss., su cui avremo modo di tornare *infra*, sezione II, par. 4.3.

¹⁹ Cfr. M. DELLACASA, *L'ambiente della risoluzione per inadempimento*, *ivi*, 174.

2. *Le tendenze europee, il contesto internazionale (cenni) e il dibattito tra giudizialità e stragiudizialità (rinvio).*

Dal quadro appena tratteggiato emergono scelte di fondo non univoche da parte del legislatore italiano, specialmente quanto all'alternativa tra giudizialità e stragiudizialità della risoluzione, mentre la linea di tendenza riscontrabile a livello internazionale sembra progressivamente allontanarsi con decisione dalla forma giudiziale.

Negli ultimi anni, il modello della risoluzione giudiziale di stampo francese è parso difatti recessivo rispetto al modello negoziale tedesco. Le ragioni, in via di prima approssimazione, sembrano rintracciabili nella maggior snellezza generalmente ricondotta alla risoluzione stragiudiziale, che eviterebbe alle parti le lungaggini e l'alea del processo. Si avrà modo di tornare successivamente sul tema ²⁰, ma sin d'ora si può osservare la distanza tra i modelli. Tanto era perentorio il *Code civil*, nella sua formulazione originaria, nel precludere la possibilità di una risoluzione stragiudiziale, quanto perentorio è il § 349 *BGB*, immodificato rispetto al testo del 1900, secondo cui «Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil»: è la dichiarazione della parte a sciogliere il contratto.

La consacrazione di questo secondo modello è stata sancita dalla riforma apportata nel 2016 proprio al *Code civil*, che ha fatto della risoluzione stragiudiziale la regola proprio là dove la giudizialità era enfaticamente proclamata sin dall'inizio del XIX secolo. La riforma, attuata con l'*Ordonnance* 2016-131, non è evidentemente il frutto dell'arbitrio del legislatore, ma è — come si dirà ²¹ — il risultato di un'evoluzione giurisprudenziale che aveva progressivamente eroso la regola della necessaria giudizialità della risoluzione per inadempimento ²².

Oggi, con una formulazione certamente prudente ma di evidente novità, l'art. 1226 del *Code civil* prevede che il contraente deluso possa, a suo rischio e pericolo, risolvere il contratto mediante *notification*, mettendo preventivamente in mora, salvo

²⁰ Per cenni ai modelli tedesco e francese v. *infra*, cap. III, par. 4.2; per una critica alla tesi secondo cui la risoluzione stragiudiziale sarebbe fonte di minore incertezza v. *ivi*, par. 6.1.

²¹ *Infra*, cap. III, par. 4.2.2.1.

²² Sulla riforma del *Code civil* in tema di risoluzione per inadempimento possono richiamarsi sin d'ora M. DELLACASA, *La nuova résolution du contrat pour inexécution, ovvero come aggiornare la tradizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1539 ss.; ID., *L'ambiente della risoluzione per inadempimento*, cit.

urgenza, il debitore, e assegnandogli un termine ragionevole per adempiere. Solo se allo scadere del termine l'inadempimento persiste il contratto può essere sciolto.

Il controllo giudiziale è meramente eventuale e può essere sollecitato dalla parte asseritamente inadempiente che contesti la sussistenza dei presupposti della risoluzione.

La riforma del codice francese è però il culmine di una più ampia corrente internazionale che ha progressivamente condiviso il modello stragiudiziale.

Così, le codificazioni di diritto contrattuale uniforme, quali i *Principles of European Contract Law* (PECL)²³ e i *Principles* redatti da Unidroit, condividono la regola della risoluzione stragiudiziale. In entrambi i testi si prevede che la parte delusa possa sciogliere il contratto tramite una *notice of termination*²⁴, la quale, come disposto anche dal nuovo art. 1226 del *Code civil*, deve essere preceduta dall'intimazione ad adempiere entro un *reasonable time*, pena l'inefficacia dell'atto risolutivo.

Simile soluzione è stata adottata anche dal *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)²⁵.

La regola della stragiudizialità aveva già, però, autorevoli antecedenti di diritto positivo. È il caso della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose

²³ Sui quali v., recentemente, P. SIRENA, *La scelta dei Principles of European Contract Law (PECL) come legge applicabile al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 609 ss.

²⁴ Quanto ai PECL, l'art. 9:303, rubricato *Notice of termination*, dispone che «(1) A party's right to terminate the contract is to be exercised by notice to the other party. (2) The aggrieved party loses its right to terminate the contract unless it gives notice within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the non-performance. (3) (a) When performance has not been tendered by the time it was due, the aggrieved party need not give notice of termination before a tender has been made. If a tender is later made it loses its right to terminate if it does not give such notice within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the tender. (b) If, however, the aggrieved party knows or has reason to know that the other party still intends to tender within a reasonable time, and the aggrieved party unreasonably fails to notify the other party that it will not accept performance, it loses its right to terminate if the other party in fact tenders within a reasonable time. (4) If a party is excused under Article 8:108 through an impediment which is total and permanent, the contract is terminated automatically and without notice at the time the impediment arises». Per quanto riguarda i *Principles* Unidroit, nella più recente versione del 2016, l'art. 7.3.2, anch'esso rubricato *Notice of termination*, prevede che «(1) The right of a party to terminate the contract is exercised by notice to the other party. (2) If performance has been offered late or otherwise does not conform to the contract the aggrieved party will lose its right to terminate the contract unless it gives notice to the other party within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the offer or of the nonconforming performance».

²⁵ In caso di «non-performance», ai sensi del par. 3:507 «(1) A right to terminate under this Section is exercised by notice to the debtor. (2) Where a notice under III. – 3:503 (Termination after notice fixing additional time for performance) provides for automatic termination if the debtor does not perform within the period fixed by the notice, termination takes effect after that period or a reasonable length of time from the giving of notice (whichever is longer) without further notice».

mobili del 1980, la quale, all'art. 49, consente al compratore di dichiarare risolto il contratto in caso di inadempimento di un'obbligazione essenziale da parte del venditore o in alcuni casi di ritardo nella consegna, anche qui previa concessione di un termine ragionevole, e, all'art. 64, prevede un analogo rimedio in favore del venditore.

La tendenza qui solo accennata permette di affrontare con maggior consapevolezza l'indagine sul sistema italiano, almeno in due direzioni.

Sotto un primo aspetto, l'evoluzione cui si è fatto cenno ha avuto un'eco significativa nella dottrina italiana, la quale, rispolverando spunti più risalenti ²⁶, ha dato luogo a un vivace e moderno dibattito sull'alternativa tra giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento, su cui si tornerà più avanti ²⁷. Quel che ora preme osservare, su un secondo e più generale piano, è che il dibattito su giudizialità e stragiudizialità della risoluzione, così come il progressivo allineamento di codificazioni uniformi e diritti nazionali verso un modello anziché verso l'altro, portano al centro del dibattito sulla dinamica della risoluzione per inadempimento gli interessi sostanziali delle parti e tendono a svalutare ogni formalismo, in ossequio a una maggior funzionalizzazione, o effettività ²⁸, del rimedio. Se si vuole studiare la risoluzione per inadempimento al giorno d'oggi, quindi, non si può prescindere dall'indagare il rapporto tra le soluzioni giuridiche e i loro effetti sulla realtà socio-economica.

3. *Il comportamento contraddittorio quale nesso tra fatto e diritto: un'ipotesi.*

In una riflessione *de iure condito* non indifferente agli ultimi sviluppi cui si è fatto cenno, sorge l'esigenza di leggere il complesso modello della risoluzione per inadempimento del Codice civile rifuggendo, al tempo stesso, da un eccessivo formalismo, da un lato, e, dall'altro, dalla sovrapposizione di categorie, quali la giudizialità e la stragiudizialità, agli istituti di diritto positivo e alle regole operative effettivamente applicate.

²⁶ Provenienti da quegli Autori che, nell'esegesi delle norme sulla risoluzione per inadempimento, hanno dato particolare rilievo alla manifestazione di volontà di risolvere il contratto e ai suoi effetti, contestando, in modo più o meno radicale, la necessità del giudizio di risoluzione e la costitutività della sentenza. È il caso, tra gli altri, di R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 646 ss.; A. KLITSCH DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, 28 ss.; I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 348 ss.

²⁷ *Infra*, cap. III, parr. 4 ss.

²⁸ G. VETTORI, voce *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, 381 ss.

Occorre allora partire dal dato che le attuali tendenze normative e il dibattito dottrinale portano a valorizzare: il «fatto», la realtà degli interessi e della condotta delle parti quale criterio di selezione di un sistema o di un altro.

I contratti — lo si è già osservato — sono diversissimi di fronte alla risoluzione per inadempimento. Vi sono rapporti contrattuali che, una volta che si è giunti allo scontro, sono irrimediabilmente compromessi. Ciò può accadere perché la prosecuzione del rapporto richiede una particolare relazione fiduciaria tra le parti ed è dunque incompatibile con la lite oppure, tutto all'inverso, perché oggetto del contratto sono prestazioni perfettamente fungibili, facilmente rinvenibili altrove appena sciolto il contratto. Vi sono, viceversa, contratti da cui non è facile uscire, perché i legami tra le parti sono particolarmente intensi.

Ciò ha indubbe influenze sulla dinamica della risoluzione da inadempimento, che in alcuni casi potrebbe condurre agevolmente allo scioglimento consensuale o unilaterale del contratto, mentre altre volte può richiedere valutazioni delicate, da delegare necessariamente al giudice.

Su questo sfondo si inserisce la presente indagine, che ha ad oggetto uno specifico fatto: il comportamento²⁹ contraddittorio tenuto da una parte nella dinamica conflittuale della risoluzione per inadempimento, consistente, ad esempio, nella domanda di risoluzione del contratto seguita da una domanda di adempimento, nella revoca della diffida ad adempiere, nella reiterazione della diffida stessa una volta già scaduto il termine per l'adempimento, nel recesso dal contratto con ritenuta della caparra confirmatoria dopo l'esercizio giudiziale della domanda di risoluzione ordinaria, e così via.

La parte manifesta l'interesse allo scioglimento del contratto, ma poi si comporta come se questo fosse ancora vincolante; la parte invia una diffida ad adempiere entro quindici giorni, trascorsi i quali il contratto si intenderà risolto, ma poi, scaduto il termine, invia un'altra diffida, concedendo un ulteriore termine e

²⁹ Secondo l'accezione accolta dal linguaggio giuridico, specialmente alla luce dell'insegnamento di A. FALZEA, voce *Comportamento*, in ID., *Voci di teoria generale del diritto*, III ed., Milano, 1985, 709 ss. L'Autore definisce il comportamento come «ogni atteggiamento fisico del soggetto, in quanto non è fisicamente necessitato dalla realtà esterna ed eventualmente in quanto ha il potere di necessitare la realtà esterna» (*ivi*, 773). La categoria è ricompresa in quella del fatto umano, ma si presta a ricomprendere altro che non sia un atto giuridico (rientrando tra i comportamenti c.d. «manifestativi»). Sul punto v. *amplius infra*, cap. IV, par. 2.

dimostrando, così, di nutrire ancora interesse all'adempimento da parte del debitore; la parte tollera i ritardi della controparte, finché, un giorno, decide che il minimo ritardo dovrebbe giustificare la risoluzione. I casi sono molteplici, tutti accomunati dall'utilizzo di istituti tipici in un contesto atipico.

Il comportamento contraddittorio e la sua eventuale rilevanza dovrebbero appunto condurre l'interprete a misurarsi con il fatto, contestualizzando il comportamento all'interno del singolo contratto, della singola relazione economica, degli interessi concreti delle parti, senza però dimenticare il contesto normativo, fatto di esigenze di certezza e di interessi protetti. Ciò in un'ottica trasversale, che non guardi al singolo istituto, ma cerchi soluzioni univoche per le diverse modalità di risoluzione per inadempimento, secondo il monito di autorevole dottrina³⁰.

Si cercherà perciò, in primo luogo, di comprendere in quale modo i comportamenti contraddittori sono valutati nel sistema positivo della risoluzione per inadempimento e se dalle singole fattispecie individuate possa trarsi una regola comune; in secondo luogo, di verificare se e come l'eventuale rilevanza del comportamento contraddittorio incida sulla costruzione teorica della risoluzione per inadempimento e sulla distinzione tra giurisdizionalità e stragiurisdizionalità; infine, di evidenziare, su un piano più generale, quali interessi appaiano tutelati nel nostro ordinamento e di comprendere se essi possano portare a una lettura unitaria del sistema della risoluzione per inadempimento che prescindano dalle dicotomie teoriche.

Punto di partenza è una norma di controversa interpretazione che sembra espressamente considerare il comportamento contraddittorio nell'ambito della risoluzione per inadempimento: l'art. 1453, comma 2, cod. civ., che preclude al contraente che abbia domandato la risoluzione del contratto di chiederne successivamente l'adempimento. Occorre dunque chiarire il significato della norma e il suo campo di applicazione, individuando il bilanciamento di interessi operato dal legislatore per saggiarne la riproducibilità nei casi non regolati³¹.

³⁰ M. GIORGIANNI, *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Contratto e impr.*, 1991, 67 s.

³¹ Sembra cogliere nel segno l'osservazione di chi sottolinea l'importante valore sistematico della norma. Così A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, 305: «La rigorosa disciplina dello *jus variandi*, disposta dal II co. dell'art. 1453 del codice vigente non è un momento isolato; al contrario è espressione della armonica evoluzione storica dell'istituto della risoluzione, tendente da una parte alla erosione dell'area giudiziale con l'ampliamento delle ipotesi di scioglimento del rapporto sulla base della

SEZIONE II – *La preclusione di cui all’art. 1453, comma 2, cod. civ. e il suo ruolo nel sistema.*

SOMMARIO: 1. L’origine e la *ratio* storica della preclusione. — 2. Gli interessi in gioco e i problemi. — 3. L’efficacia endoprocessuale della preclusione. — 3.1. La preclusione e la sua assolutezza — 3.2. Il possibile rilievo delle condotte e delle difese del debitore. — 3.3. Conclusioni. — 4. L’efficacia extraprocessuale e sostanziale della preclusione. — 4.1. Una prima tesi: la domanda di risoluzione estingue il diritto di chiedere l’adempimento. L’aporia dei «contratti giuridicamente morti». — 4.2. Le tesi restrittive e la relativizzazione della preclusione. — 4.2.1. L’«interesse» del creditore nella giurisprudenza: imprecisioni di una massima pragmatica. — 4.2.2. Le singole fattispecie: rigetto in rito della domanda di risoluzione; estinzione del primo processo per inattività delle parti; rigetto nel merito; estinzione del processo per rinuncia agli atti. L’ammissibilità della domanda di adempimento in caso di rigetto determinato dalle difese del debitore. — 4.3. Una valutazione della soluzione dal punto di vista economico, alla luce del principio di effettività. — 4.4. Conclusioni: la natura anche sostanziale del divieto, la sua portata e la persistente lacuna dei «contratti morti». — 5. La natura giuridica del divieto: la domanda di risoluzione come «atto responsabile». — 5.1. Il divieto di cui all’art. 1453, comma 2, cod. civ., la rinuncia tacita e gli atti non negoziali che comportano la perdita del diritto. — 5.2. La domanda di risoluzione come «opzione». — 5.3. La domanda di risoluzione come atto responsabile e il disvalore della successiva domanda di adempimento: un’epifania del divieto di venire contro il fatto proprio? — 5.4. Conseguenze applicative: la flessibilità del divieto. — 6. Il ruolo della preclusione nel sistema. — 6.1. Un indice testuale: la preclusione di cui al secondo comma dell’art. 1492 cod. civ. — 6.2. Il bilanciamento degli interessi operato dal legislatore e la sua estensibilità.

1. L’origine e la ratio storica della preclusione.

In caso di inadempimento di un contratto sinallagmatico, l’ordinamento italiano consente alla parte non inadempiente di provocarne la risoluzione o di insistere per l’adempimento. Qual è il rapporto tra i due rimedi? Ha una qualche rilevanza per il diritto la scelta compiuta dal contraente deluso? Può questi tornare sui suoi passi e

semplice iniziativa della parte interessata; dall’altra, nella risoluzione giudiziale, a dare il massimo risalto al momento della domanda, e cioè all’atto di esercizio del diritto».

domandare, in un momento successivo, una tutela diversa da quella richiesta originariamente: in una parola, contraddirsi?

L'art. 1165 del Codice civile del 1865 disponeva, al secondo comma, che «[l]a parte, verso cui non fu eseguita l'obbligazione, ha la scelta o di costringere l'altra all'adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandarne lo scioglimento, oltre il risarcimento dei danni in ambedue i casi». La norma poneva su un piano di perfetta alternatività i due rimedi.

Nel silenzio della legge, il problema della possibilità del mutamento della domanda da parte del contraente non inadempiente era ben conosciuto dalla dottrina ed era risolto, quasi unanimemente, nel senso della piena intercambiabilità delle domande: la parte delusa poteva sempre domandare la risoluzione anche se aveva precedentemente chiesto l'adempimento e poteva pretendere l'adempimento anche una volta domandata la risoluzione ³².

Invero, pur nell'identità delle soluzioni, la questione era affrontata scindendo il problema in due interrogativi. Il primo, circa la possibilità di chiedere la risoluzione dopo la domanda di adempimento, non dava adito ad alcun dubbio ³³.

Diverso il discorso per il secondo interrogativo: quello circa la possibilità di chiedere l'adempimento dopo la domanda di risoluzione. La soluzione positiva anche a questo quesito rispondeva alla concezione della risoluzione per inadempimento come rimedio posto essenzialmente nell'interesse del creditore della prestazione inadempita, che sarebbe stato frustrato se, venuti meno i presupposti per l'accoglimento di una delle due pretese — indipendentemente da quale essa fosse —, l'altra via gli fosse stata preclusa ³⁴.

³² Sul punto sembra sufficiente il richiamo alla ricostruzione di G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 459 ss., il quale riferisce del sostanziale accordo della dottrina, fatta eccezione per l'autorevole opinione di Osti. Cfr., più di recente, C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 437 ss.

³³ Difatti G.G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., 459 afferma che «La soluzione è intuitiva per quanto si riferisce al passaggio dalla domanda di adempimento a quella di risoluzione».

³⁴ ID., *La risoluzione*, cit., 462 s.: «se la domanda di risoluzione precludesse la domanda di esecuzione specifica o del risarcimento del danno, si toglierebbe al creditore la possibilità di servirsi del mezzo, che in un determinato momento meglio soddisfa il suo interesse (si pensi all'ipotesi, in cui, durante le more del giudizio di risoluzione sia diventata possibile, diversamente che dall'inizio, l'esecuzione specifica), frustrando così lo stesso scopo per cui è stata introdotta la risoluzione, quello della massima possibile coincidenza tra l'interesse riconosciuto legislativamente e l'interesse tutelato giudiziarmente». Nel pensiero dell'Autore la soluzione, pur condivisa dalla maggioranza della dottrina del tempo, si iscrive

Non mancavano tuttavia, già sotto il vigore del Codice del 1865, voci dissenzienti, ancorché minoritarie, in merito alla facoltà accordata al creditore di chiedere l'adempimento una volta domandata la risoluzione. Cesare Vivante, in particolare, scriveva che «la parte adempiente che ha chiesto giudizialmente la risoluzione, non può sostituirvi la domanda di esecuzione»³⁵ e giustificava così la soluzione: «[e]sercitato il diritto di scelta nella forma concreta e specifica di una domanda giudiziale, scartato il diritto principale all'esecuzione, essa ha assolto il debitore inadempiente dall'obbligo della prestazione contrattuale. Qui il cambiamento è incompatibile colla via già scelta. Il debitore che appunto per ciò ha disposto della cosa apprestata per la consegna e rifiutata dal creditore; che avrà lasciato trascorrere la buona occasione per procurarsela, non può più essere richiesto dell'esecuzione che lo metterebbe in una posizione difficile pel cambiamento della domanda». È netta la diversità di prospettiva, decisamente attenta anche agli interessi del debitore e orientata alle pragmatiche esigenze della produzione e del commercio anziché alla pretesa sanzionatoria nei confronti della parte inadempiente.

La tesi ha trovato pieno accoglimento nel Codice vigente, il quale — si accennava — al secondo comma dell'art. 1453, dopo aver ribadito che al contraente deluso spettano, in via alternativa, il rimedio della risoluzione del contratto e l'azione per l'esecuzione in forma specifica, dispone che «[l]a risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione» e, specularmente, al terzo comma preclude alla parte inadempiente di eseguire la propria prestazione dalla data della domanda di risoluzione³⁶.

nella peculiare concezione della risoluzione per inadempimento come sanzione della condotta dell'inadempiente.

³⁵ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, Milano, 1935, rist. anastatica a cura di G. Alpa-C. Angelici-F. d'Alessandro, 114, n. 1626.

³⁶ La letteratura sul tema consiste in alcuni contributi specificamente dedicati all'esegesi della norma e nei passaggi ad essa riservati nelle opere sulla risoluzione per inadempimento o sul contratto in generale. Tra i primi: C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione*, cit.; C. ABATANGELO, *Divieto di proporre domanda di adempimento una volta chiesta la risoluzione: la Cassazione opera il regolamento di confini*, nota a Cass., 27 dicembre 2010, n. 26152, in *Corr. giur.*, 2011, 1598 ss.; U. CARNEVALI, *Domanda di adempimento dopo quella di risoluzione: divieto assoluto o relativo?*, nota a Cass., 11 maggio 1996, n. 4444, in *Corr. giur.*, 1996, 898 ss.; G.V. FACCIOLO, *Risoluzione per inadempimento ex art. 1453, commi 1 e 2, c.c. ed arbitrato: una stupefacente ma coerente decisione della Suprema Corte*, nota a Cass., 26 marzo 2003, n. 4463, in *Corr. giur.*, 2005, 58 ss.; M. GIORGIANNI, *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Contratto e impr.*, 1991, 61 ss.; A. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, 28 ss.; M. LASCIALFARI, *Sul mutamento della domanda giudiziale ex art.*

La norma rappresenta tanto una radicale evoluzione rispetto al Codice italiano previgente quanto una soluzione originale nel panorama europeo³⁷. La Relazione del Guardasigilli al Re giustifica la scelta normativa, secondo l'insegnamento di Vivante, concentrando l'attenzione sugli interessi del debitore inadempiente³⁸, ma prendendo anche una chiara posizione sul significato giuridico della domanda di risoluzione. Si legge così al n. 661: «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».

La disposizione, anzitutto, considera un comportamento non coerente da parte del contraente deluso, il quale prima mostra disinteresse per la prosecuzione dell'affare e poi invece ne esige l'attuazione. Essa mostra, più in generale, l'attenzione, da parte del legislatore, agli interessi delle parti sottesi alla dinamica della risoluzione del

1453, 2° comma c.c., nota a Cass., 11 maggio 1996, n. 4444, in *Giur. it.*, 1996, 1149 ss.; R. TRIOLA, *In tema di rapporti tra domanda di risoluzione e domanda di adempimento*, nota a Cass., 9 giugno 1992, n. 7085, in *Giust. civ.*, 1993, 1264 ss.; L. ZAPPATA, nota a Cass., 11 maggio 1996, n. 4444, in *Contratti*, 1997, 123 ss. Tra i secondi: A. BELFIORE, voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1335 s.; M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento*, Padova, 2004, 238 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, II ed., Milano, 2012, 310 ss.; U. CARNEVALI, *sub art.* 1453, in A. LUMINOSO – U. CARNEVALI – M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 1, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 1990, 80 ss.; ID., *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *La risoluzione*, in *Il contratto in generale*, VIII**, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2011, 39 ss.; D. CARUSI, *sub art.* 1453, in E. NAVARRETTA – A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, in *Comm. Gabrielli*, Assago, 2011, 400 ss.; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, in *Nov. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 139 ss.; M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi-2*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 225; P. GALLO, *Trattato del contratto*, III, Assago, 2010, 2099 ss.; G. IORIO, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, Milano, 2012, 94 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1958, 480 ss.; S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006, 107 ss.; I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, 350 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, II ed., Milano, 2011, 909; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 2012, 658 ss.; R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. Sacco*, III ed., Torino, 2004, 646 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. Grosso-Santoro-Passarelli*, Milano, 1961, 265 ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2007, *sub art.* 1453, 260 ss.; A. SMIROLO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, 296 ss.; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, in *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, II ed., Assago, 2006, 1739 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 63 ss.

³⁷ Sulla novità della norma e sul dibattito che ha condotto alla sua introduzione cfr. A. SMIROLO, *Profili della risoluzione*, cit., 296 s.; M. GIORGIANNI, *In tema di risoluzione*, cit., 68. Sull'originalità della norma nel panorama europeo, anche in un contesto — quello in cui la norma è stata introdotta — ancora massicciamente ancorato alla giudizialità della risoluzione per inadempimento, cfr. C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione*, cit., 428, *sub nota* 1. Da ultimo, cfr. G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 261.

³⁸ Da ultimo, M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 225, secondo cui nel testo del Codice vigente «le istanze di autonomia e affidamento — prima sacrificate all'esigenza di favorire l'adempimento nel corso del giudizio di risoluzione — vengono ora adeguatamente valorizzate».

contratto, che però non possono dirsi compiutamente riassunti nelle poche righe della Relazione.

2. *Gli interessi in gioco e i problemi.*

La Relazione evidenzia due ragioni complementari che sorreggono la preclusione: da un lato il significato, *lato sensu* abdicativo, attribuibile alla proposizione della domanda di risoluzione da parte del creditore e, dall'altro, l'interesse del debitore a poter confidare nella perdita d'interesse nell'esecuzione della prestazione contrattuale da parte del creditore.

In una dinamica, come quella della risoluzione per inadempimento, che vede come *dominus* — almeno quanto alla scelta di dar vita al procedimento e agli strumenti con cui farlo — il contraente deluso³⁹, la preclusione di cui all'art. 1453, comma 2, cod. civ. è perciò norma, anzitutto, che tutela gli interessi del debitore, proteggendone l'affidamento⁴⁰.

La dottrina illustra che se la parte inadempiente, una volta che la controparte ha domandato la risoluzione, non è esposta al rischio che quest'ultima possa domandare l'adempimento in un momento successivo, potrà riorganizzare la sua attività disponendo della prestazione dovuta o reimpiegandola. Se così non fosse, il contraente inadempiente dovrebbe mantenersi pronto all'adempimento *sine die*, esposto, durante il giudizio di risoluzione, alla possibilità di un mutamento della domanda e, nell'eventualità in cui il giudizio si concludesse con il rigetto della domanda di risoluzione, a un successivo processo per la condanna all'adempimento⁴¹.

³⁹ Osserva M. GIORGIANNI, *In tema di risoluzione*, cit., 64; «Certamente il sistema disegnato negli artt. 1453 e ss. indica che giustamente il legislatore privilegia la posizione della parte adempiente». Come vedremo, l'osservazione dell'illustre Autore prelude all'interpretazione della norma di cui all'art. 1453, comma 2, cod. civ. come norma a favore del debitore inadempiente, che dunque bilancia gli interessi in gioco. Di qui la conclusione che gli interventi correttivi della portata del divieto, operati da giurisprudenza e dottrina, tendono a ripristinare il tendenziale *favor creditoris* che permea la disciplina della risoluzione per inadempimento.

⁴⁰ Ancora sul punto, *ex multis*, M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 225: «Precludendo il mutamento dell'azione di risoluzione in quella di adempimento, il codificatore del 1942 tutela l'affidamento del debitore, che in seguito alla notificazione della prima domanda agisce confidando nel disinteresse del creditore per l'esecuzione del contratto; qualora l'attore, mutando opinione, potesse chiedere l'adempimento, il convenuto sarebbe esposto alla condanna e alla successiva esecuzione forzata dopo aver operato nella ragionevole prospettiva dello scioglimento del contratto»; in tal senso anche M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 1748.

⁴¹ Tra le voci più autorevoli, cfr. A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione*, cit., 140; P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 63; U. CARNEVALI, *sub art. 1453*, cit., 81; ID., *La risoluzione giudiziale*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *La risoluzione*, cit., 75; R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit.,

Ciò è ritenuto iniquo ⁴², perché ingiustificatamente gravoso nei confronti del debitore, e, da un punto di vista generale, inefficiente ⁴³, perché, di fronte a un rapporto difficilmente recuperabile ⁴⁴, è generalmente preferibile che il debitore possa prontamente ricollocare la propria prestazione e che il contraente deluso sia libero di ricercare la prestazione attesa *aliunde*.

Si aggiunge, inoltre, che sarebbe indesiderabile che il contraente deluso potesse speculare sui mutamenti di valore della prestazione attesa, domandando opportunisticamente l'adempimento dopo avervi dimostrato disinteresse ⁴⁵.

Questa la tradizionale ricostruzione della *ratio* della preclusione del secondo comma dell'art. 1453 cod. civ., su cui vi è sostanziale concordia tra gli interpreti e continuità con gli obiettivi del legislatore del 1942.

I problemi interpretativi emergono nell'applicazione della preclusione.

Non è pienamente chiaro, anzitutto, fino a quale momento abbia effetto la preclusione: fino a quando — e, ovviamente, a quali condizioni —, cioè, possa dirsi che al contraente che ha domandato la risoluzione sia impedito di pretendere l'adempimento del contratto.

Già nel corso dello stesso processo, difatti, le difese del debitore convenuto potrebbero far sorgere un nuovo interesse alla pretesa di adempimento, in particolare qualora la parte convenuta non contestasse il rapporto contrattuale, opponendosi semplicemente alla risoluzione. È opportuno tener fede alla lettera della legge e precludere in ogni caso il mutamento della domanda? Occorre un'attenta analisi delle conseguenze, perché se si preclude il mutamento della domanda bisogna poi rispondere a un ulteriore interrogativo: se la domanda di risoluzione viene rigettata, è ammissibile la domanda di adempimento in un successivo giudizio?

650, che eloquentemente scrive: «Che si vuole, dal debitore convenuto? Che tenga pronta la prestazione promessa e, nello stesso tempo, la prestazione ricevuta e soggetta a restituzione per effetto della risoluzione? Ma ciò equivale a dire che il debitore soggiace non già ad una scelta, ma ad un cumulo di obblighi incompatibili».

⁴² U. CARNEVALI, *sub* art. 1453, cit., 81.

⁴³ P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 63.

⁴⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, cit. 910, osserva realisticamente che, a fronte della crisi della collaborazione prodotta dall'inadempimento, nonché della duplice preclusione di cui al comma 2 e al comma 3 dell'art. 1453 cod. civ., «un contratto che non ha più nessuna ragionevole prospettiva di essere adempiuto, sembra un contratto destinato inevitabilmente a sciogliersi», corsivo nel testo.

⁴⁵ U. CARNEVALI, *sub* art. 1453, cit., 81; A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione*, cit., 296.

Il problema dell'ammissibilità della domanda di adempimento in un separato e successivo giudizio, dopo che nel primo sia stata chiesta e non accolta la risoluzione, non riguarda, peraltro, la sola ipotesi in cui la domanda di risoluzione sia stata rigettata nel merito. Analogo interrogativo si pone nel caso in cui il primo processo si sia chiuso in rito o sia stato dichiarato estinto. Può dunque il contraente deluso, il quale, per diverse ragioni, non si è visto accogliere la domanda di risoluzione, chiedere l'adempimento in un successivo e separato processo?

Occorre sin d'ora segnalare che l'interpretazione più rigorosa, secondo cui la domanda di adempimento sarebbe preclusa tanto nel medesimo processo quanto in un processo separato, si trova a dover ammettere un'aporia del sistema: nel caso in cui la sentenza non accogliesse la domanda di risoluzione, il contratto non sarebbe risolto, ma al tempo stesso non se ne potrebbe domandare l'adempimento. Un contratto morto⁴⁶, insomma, anche se non formalmente privato dei suoi effetti.

Da tali interrogativi operativi sorge poi un quesito teorico: che natura ha, dunque, la domanda di risoluzione? Ad essa si collega una mera preclusione processuale o produce effetti sul terreno sostanziale? Occorre cioè spiegare se la domanda di risoluzione costituisce anche una rinuncia alla pretesa di adempimento o se, viceversa, è sulla domanda di adempimento che si concentra l'ordinamento, paralizzandola a certe condizioni, qualora si riveli sintomo di un'intollerabile contraddizione.

Il valore assegnato alla domanda di risoluzione conduce infine, conseguentemente, a interrogarsi sulla natura della sentenza di risoluzione. A seconda della natura giuridica della domanda — rinuncia, atto unilaterale risolutivo, semplice domanda cui l'ordinamento riconduce uno speciale effetto preclusivo — muta il ruolo della sentenza di risoluzione, con la quale il giudice si limita, secondo alcuni, ad accertare una risoluzione già avvenuta sul piano sostanziale oppure, secondo

⁴⁶ Ci serviamo dell'efficace espressione utilizzata da un illustre Autore in un contesto parzialmente diverso, per identificare contratti in cui la collaborazione *inter partes* è irrimediabilmente compromessa e il giudizio di risoluzione diviene, a certe condizioni, superfluo (V. ROPPO, *Giudizialità e stragiudizialità*, cit., 23). Sul tema specifico sollevato dall'Autore si avrà modo di tornare *infra*, par. 4.3. L'espressione pare utile anche in questa sede, perché designa un contratto efficace, ma non azionabile, o almeno non azionabile dalla parte non inadempiente. L'aporia che sorge dall'ammettere la portata assoluta del divieto di cui al secondo comma dell'art. 1453 cod. civ. è ben nota agli interpreti. Cfr., *ex multis*, C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione*, cit., 443, secondo cui, nell'intendere la portata del divieto come assoluta «non si è poi, almeno in dottrina, stati altrettanto precisi nel descrivere costruttivamente la sorte cui soggiace il rapporto contrattuale, che appare allora *sine die* né risolto giudizialmente né eseguibile od azionabile in giudizio».

l'insegnamento tradizionale, con cui il giudice risolve, con effetto costitutivo, il contratto.

La risposta a tali quesiti non può essere trovata in via generale per deduzione, ma deve essere relativizzata, per essere di qualche utilità, ad alcune variabili, che tengano opportunamente conto degli interessi delle parti e delle differenti situazioni di fatto.

Un primo fattore rilevante — già vi si faceva cenno — è senza dubbio il momento in cui viene proposta la successiva domanda di adempimento. L'effettiva portata della preclusione andrà verificata prima con riguardo al suo aspetto endoprocessuale e poi rispetto alla proposizione della domanda di adempimento in un separato giudizio: i valori e gli interessi in gioco non sono necessariamente uniformi e potrebbero giustificare soluzioni anche parzialmente dissimili.

Un secondo fattore può essere rappresentato dalle condotte del debitore. Ha sempre senso precludere la domanda di adempimento, anche qualora l'inadempiente abbia manifestato interesse per il contratto o disponibilità all'esecuzione della prestazione? Anche questa variabile dovrà essere relativizzata a seconda del momento in cui potrebbe assumere rilevanza: nello stesso processo o invece in un separato processo.

Un terzo fattore è la tipologia negoziale: la stessa soluzione può dirsi utilmente applicabile a tutti i contratti?

3. *L'efficacia endoprocessuale della preclusione.*

3.1. *La preclusione e la sua assolutezza.*

Il divieto di cui all'art. 1453, comma 2, cod. civ. ha, anzitutto, una indiscussa portata processuale⁴⁷.

La parte che ha agito domandando la risoluzione del contratto non può — secondo l'esegesi maggioritaria — chiederne l'adempimento nel corso del processo⁴⁸, senza eccezioni.

⁴⁷ Testualmente, P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 63.

⁴⁸ Oltre all'Autore citato alla nota precedente, cfr. anche, *ex multis*, A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione*, cit., 140; U. CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit., 81; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 330; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 1744; D. CARUSI, *sub art. 1453*, cit., 401; M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 224 ss.

Nel descrivere l'effetto ostativo alla successiva domanda di adempimento si utilizza sovente il termine «preclusione»⁴⁹. Per quanto generalmente compreso, non è ben chiaro se il termine richiami un vero e proprio istituto o abbia, invece, una portata puramente descrittiva. Non è poi chiaro se, nel caso in cui si riconosca natura di istituto alle preclusioni, il divieto di cui all'art. 1453, comma 2, sia ad esso riconducibile.

Con riguardo alla configurabilità della preclusione come istituto vi è, tra la quantitativamente modesta ma autorevole dottrina che ha affrontato il tema, scarsa concordia⁵⁰.

La dottrina propensa ad ammettere la configurabilità dell'istituto limita il concetto di preclusione alla c.d. preclusione per incompatibilità, ovvero la «perdita di un potere per comportamento incompatibile del suo titolare»⁵¹, distinguendola dalla perdita del potere per mancato esercizio entro un termine perentorio, ricondotta all'istituto della decadenza⁵². Secondo la citata dottrina, l'istituto della preclusione risponderebbe ad esigenze di certezza del processo⁵³, cristallizzando il *thema*

⁴⁹ A titolo esemplificativo, si veda M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 226.

⁵⁰ Tra la letteratura più autorevole che ha affrontato il tema, senza pretesa di completezza, si veda, come voce favorevole alla configurazione delle preclusioni come istituto di diritto processuale E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991, 274 ss. Contrario alla configurazione di un principio di preclusione è A. ATTARDI, voce *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 893 ss. L'Autore si esprime in questi termini: «se l'esigenza di un ordinato svolgimento del processo è connaturata alla stessa funzione processuale, non vi [è] ragione valida per costruire — ad esprimere quell'esigenza — addirittura un principio accanto a quelli che possono caratterizzare nei vari aspetti un processo [...]». A. PROTO PISANI – G. TOMBARI FABBRINI, voce *Preclusioni (I – Diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 2009, danno il concetto per presupposto. Questi ultimi Autori, d'altro canto, si riferiscono a quelle preclusioni che, come si vedrà a breve nel testo, sono classificate dalla dottrina come preclusioni per mancato esercizio di un potere processuale entro un certo termine perentorio.

⁵¹ E. MERLIN, *Compensazione*, cit., 282.

⁵² Un interessante ponte tra diritto processuale e diritto sostanziale è offerto dalle preziose osservazioni di S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 463. Nel paragrafo dedicato a quelle che definisce «preclusioni processuali», l'illustre civilista riconduce la preclusione processuale — intesa esplicitamente come decadenza e anzi affiancata a livello descrittivo a tale istituto di carattere sostanziale — al concetto di autoresponsabilità. L'Autore, in proposito, afferma che «il principio di autoresponsabilità domina la legge processuale». Come vedremo (*infra*, par. 5) quello di autoresponsabilità è un concetto particolarmente utile per spiegare il significato dell'art. 1453, comma 2, cod. civ. e per illustrarne la portata tanto processuale quanto sostanziale.

⁵³ E. MERLIN, *Compensazione*, cit., 294. L'Autrice osserva: «è proprio nella dinamica delle relazioni processuali, infatti, che il valore della «certezza», che quest'ultima [la preclusione, n.d.r.], può, in ultima analisi, considerarsi rivolta — diversamente dalla rinuncia tacita — a tutelare, viene ad assumere un ruolo preminente». P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 63 spiega la portata processuale del divieto di cui all'art. 1453, comma 2, cod. civ. facendo espresso riferimento al valore della certezza del rapporto processuale. Tuttavia l'Autore soggiunge che questa non è l'unica spiegazione del divieto e che — come vedremo — esso non può dirsi limitato alla vicenda processuale, ma deve avere anche una portata sostanziale.

decidendum in presenza di condotte processuali della medesima parte incompatibili tra loro ⁵⁴.

Non è questa la sede per prendere posizione sulla configurabilità della preclusione come istituto. Certo è che il divieto di cui parliamo presenta notevoli affinità con i contorni del concetto così tratteggiati, che possono dunque risultare utili nella descrizione della regola in esame. Altrettanto certo è, del resto, il carattere tipico del divieto in parola, specificamente previsto dal legislatore, sicché sfuma, sul piano pratico, l'esigenza della riconduzione di tale previsione testuale a una più ampia categoria.

Sotto il profilo pratico, oltre che teorico, è invece di primaria importanza il coordinamento tra la norma in esame e le norme processuali in tema di mutamento delle domande. Ci si riferisce, in particolare, alle previsioni relative al processo ordinario di cognizione di primo grado contenute nell'art. 183, comma 5 e 6, cod. proc. civ. ⁵⁵.

Come noto, nel corso della prima udienza di trattazione l'attore può, in primo luogo, proporre «le domande [...] che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto». Le parti possono poi chiedere — ed è qui, in particolare, che ci si deve soffermare — di essere autorizzate dal giudice, entro il termine perentorio di trenta giorni, al deposito di una memoria per le «sole precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte» (art. 183, comma 6, n. 1, cod. proc. civ.).

A proposito di quest'ultima disposizione, l'insegnamento tradizionale — e consolidato, almeno formalmente, fino al notevole *revirement* delle Sezioni Unite del 2015 di cui si dirà a breve — è quello secondo cui dovrebbe nettamente distinguersi tra la semplice *emendatio libelli*, testualmente ammessa, la quale integrerebbe appunto la modifica o la precisazione delle domande già proposte, senza incidere né sul *petitum*

⁵⁴ Interessante l'utilizzo del termine «comportamento» da parte di E. MERLIN, *Compensazione*, cit., 282. Come si avrà modo di osservare, ci si servirà anche in questa sede del termine, il quale ha il pregio di abbracciare veri e propri atti giuridici — quali sono sovente quelli processuali —, ma anche meri atti materiali. Sul concetto giuridico di «comportamento» giova richiamare A. FALZEA, voce *Comportamento*, in ID., *Voci di teoria generale del diritto*, III ed., Milano, 1985, 709 ss.

⁵⁵ L'esigenza è avvertita, tra gli altri, da U. CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit., 81; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 266; G. IORIO, *Ritardo nell'adempimento*, cit., 107 s.; M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 227; oltre che ovviamente da C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione*, cit., *passim* e spec. 456 ss.

né sulla *causa petendi*, e la *mutatio libelli*, ravvisabile qualora sia modificato uno di questi due elementi, così da configurare una nuova e inammissibile domanda ⁵⁶.

Con il mutamento della domanda di risoluzione in domanda di adempimento, seguendo questa linea interpretativa, è evidente che si avrebbe una modificazione del *petitum* e dunque una domanda nuova, inammissibile ai sensi dell'art. 183 cod. proc. civ. ⁵⁷, sicché la domanda di adempimento sarebbe preclusa allo stesso modo tanto dalla norma generale di cui all'art. 183 cod. proc. civ. quanto, nello specifico, dall'art. 1453, comma 2, cod. civ. ⁵⁸.

Senonché, alla luce della recente pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite cui si faceva cenno ⁵⁹, l'esegesi dell'art. 183, comma 6, cod. proc. civ. non può arrestarsi a questo punto.

La Corte, rifiutando l'astratta contrapposizione tra *mutatio libelli*, sempre vietata, ed *emendatio libelli*, ammessa nei termini di cui all'art. 183 cod. proc. civ., ha riletto il concetto di «modificazioni delle domande» di cui all'art. 183, comma 6, n. 1, cod. proc. civ. nel senso che «[l]a vera differenza tra le domande «nuove» implicitamente vietate [...] e le domande «modificate» espressamente ammesse non

⁵⁶ Così, tra le molte, Cass., 28 gennaio 2015, n. 1585, in *De Jure*; Cass., 20 luglio 2012, n. 12621, *ivi*, secondo la quale «Si ha "mutatio libelli" quando si avanzi una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel processo un "petitum" diverso e più ampio oppure una "causa petendi" fondata su situazioni giuridiche non prospettate prima e particolarmente su un fatto costitutivo radicalmente differente, di modo che si ponga al giudice un nuovo tema d'indagine e si spostino i termini della controversia, con l'effetto di disorientare la difesa della controparte ed alterare il regolare svolgimento del processo; si ha, invece, semplice emendatio quando si incida sulla "causa petendi", in modo che risulti modificata soltanto l'interpretazione o qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto, oppure sul "petitum", nel senso di ampliarlo o limitarlo per renderlo più idoneo al concreto ed effettivo soddisfacimento della pretesa fatta valere».

⁵⁷ Un argomento a favore della configurazione come *mutatio libelli* della proposizione della domanda di adempimento dopo quella di risoluzione si può trarre, *a contrario*, dal pacifico insegnamento giurisprudenziale secondo cui il procedimento inverso, ossia la proposizione della domanda di risoluzione successivamente a quella di adempimento, sia una *mutatio libelli* eccezionalmente ammessa ai sensi dell'art. 1453, comma 2, seconda parte, cod. civ. in deroga agli ordinari limiti. Così, tra le molte, Cass., 14 marzo 2013, n. 6545, in *De Jure*, secondo cui «Il comma 2 dell'art. 1453 c.c. deroga alle norme processuali che vietano la "mutatio libelli" nel corso del processo, nel senso di consentire la sostituzione della domanda di adempimento del contratto con quella di risoluzione per inadempimento, non già anche con quella di risarcimento del danno (fatto "salvo in ogni caso" dal comma 1). Questa ultima integra un'azione del tutto diversa per "petitum" dalle altre due, con la conseguenza che urta contro tale divieto, e quindi è inammissibile, la domanda risarcitoria introdotta in corso di causa, in luogo di quella (iniziale) di adempimento». Conformi Cass. 23 gennaio 2012, n. 870, *ivi*; Cass., 27 maggio 2010, n. 13003, *ivi*.

⁵⁸ Così U. CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit., 81 e G. IORIO, *Ritardo nell'adempimento*, cit., 107 s.

⁵⁹ Si tratta di Cass., S.U., 15 giugno 2015, n. 12310, *ex plurimis* in *Riv. dir. proc.*, 2016, 807 ss., con nota di E. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado* e in *Corr. giur.*, 2015, 961 ss., con nota di C. CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*.

sta [...] nel fatto che in queste ultime le «modifiche» non possono incidere sugli elementi identificativi, bensì nel fatto che le domande modificate non possono essere considerate «nuove» nel senso di «ulteriori» o «aggiuntive», trattandosi pur sempre delle stesse domande iniziali modificate — eventualmente anche in alcuni elementi fondamentali — o, se si vuole, di domande diverse che però non si aggiungono a quelle iniziali ma le sostituiscono e si pongono pertanto, rispetto a queste, in rapporto di alternatività».

La pronuncia, che poggia sulla preminenza dei principi di economia processuale ed effettività sul rigore dell'interpretazione più formalista ⁶⁰, riconosce dunque apertamente che vi sono ipotesi di *mutatio libelli* ammessa e ipotesi di *mutatio libelli* vietata ⁶¹. Per essere ammissibile, la nuova domanda (o domanda modificata, ma nei suoi elementi identificativi), deve essere «alternativa» o, secondo la terminologia coniata dalla dottrina, «complanare» ⁶² alla domanda originaria.

La dottrina spiega il rapporto di alternatività tra le domande affermando che la domanda siccome modificata «viaggia *complanarmente* verso una meta sostanzialmente *unitaria*, seppur — come oggetto del giudicato — tutt'altro che identica, e che condivide quindi con la prima l'identità dell'episodio socio-economico di fondo [...] e che assai spesso origina da concorsi di pretese ad unico *petitum* o [...] da diversi *petita* conseguenti a diverse qualificazioni della *causa petendi*» ⁶³.

Ora, in questo scenario più complesso, la continuità tra il divieto di cui all'art. 1453, comma 2 cod. civ. e quelli di cui all'art. 183 cod. proc. civ. deve, quanto meno, essere studiata con maggior attenzione.

Tra le due norme, come interpretate tradizionalmente, non vi è difatti discordanza e non si pongono problemi all'interprete, che potrà al più ricondurre la disposizione speciale in tema di risoluzione per inadempimento alla regola generale del Codice di procedura civile; se invece tra le due norme si ravvisassero discordanze, perché, in ipotesi, si ritenesse che, ai sensi dell'art. 183 cod. proc. civ., come reinterpretato dalle Sezioni Unite, la domanda di adempimento proposta successivamente alla domanda di risoluzione fosse una *mutatio libelli* lecita, allora

⁶⁰ E. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli*, cit., 820.

⁶¹ C. CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande "complanari"*, cit., 969.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ ID., *Le S.U. aprono alle domande "complanari"*, cit., 969 s. Corsivi nel testo.

l'interprete si troverebbe di fronte a un contrasto tra norme, che meriterebbe espressa soluzione. Occorre dunque capire se, nel nuovo assetto offerto dalle Sezioni Unite, la modifica dell'originaria domanda di risoluzione in domanda di adempimento costituirebbe una *mutatio* ammessa o vietata.

Preliminarmente — anticipando quanto si dirà a breve — si può osservare che la soluzione del problema, che pure in questa sede non potrà che essere dubitativa, è irrilevante ai fini pratici se si ritiene in ogni caso — qualunque sia il significato da attribuire all'art. 183 cod. proc. civ. — che la sola norma applicabile in caso di modifica della domanda di risoluzione in domanda di adempimento sia, in forza del principio di specialità, quella di cui all'art. 1453, comma 2, cod. civ. Rileva invece ai fini teorici, perché la sua soluzione potrebbe corroborare — qualora si ritenesse la modifica una *mutatio* vietata — l'argomento secondo il quale l'art. 1453, comma 2, cod. civ. ha un significato processuale analogo a quello dell'art. 183 cod. proc. civ. e così coerente con le regole processuali generali⁶⁴ oppure privarlo di pregio.

La soluzione non pare facile. Certo, la domanda di risoluzione e quella di adempimento si pongono in rapporto di alternatività già ai sensi dell'art. 1453, comma 1, cod. civ.; inoltre poggiano sicuramente su uno stesso rapporto non solo socio-economico ma anche giuridico e pongono rimedio alla stessa fattispecie: l'inadempimento del contratto. Non può dimenticarsi, infine, che il divieto di domandare l'adempimento nello stesso processo potrebbe alimentare il contenzioso qualora, invece, si ammettesse, in alcuni casi, che la domanda sia proponibile in un successivo giudizio, dopo l'eventuale rigetto della domanda di risoluzione, giacché il contraente deluso sarebbe onerato di introdurre non uno, ma due processi. Tuttavia, vi è un elemento di discontinuità tra il caso in esame e la fattispecie decisa dalla Corte che ha dato luogo al principio di diritto. In quel caso la *mutatio* ritenuta ammissibile consisteva nella modifica dell'originaria domanda di tutela costitutiva ex art. 2932 cod. civ. in domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: non vi era solo identità di rapporto sottostante, ma anche di interesse pratico tutelato. Ed è proprio sugli interessi della parte che le stesse Sezioni Unite fanno leva più volte.

Ora, la domanda di adempimento e la domanda di risoluzione chiedono tutela per la medesima situazione sostanziale, ma non mirano a realizzare lo stesso interesse.

⁶⁴ U. CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit., 81.

Quando la parte chiede l'adempimento, il suo interesse è quello di ricevere la prestazione, rimanendo, d'altro canto, vincolata alla controprestazione; nel secondo caso, invece, l'interesse primario dell'attore è l'uscita dal contratto, per liberarsi dal proprio obbligo e poter tornare sul mercato. Per queste ragioni può almeno dubitarsi che la modifica della domanda di risoluzione in domanda di adempimento rientri nel perimetro della *mutatio* ammissibile secondo i criteri enunciati dalle Sezioni Unite e, specularmente, vi sono ragioni per ritenere la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 1453 cod. civ. coerente con le regole processuali generali di cui all'art. 183 cod. proc. civ. anche come reinterpretate.

Peraltro — già vi si faceva cenno — la specialità della norma di cui all'art. 1453, comma 2, cod. civ. e il suo tenore letterale ⁶⁵, pur nella loro semplicità, paiono argomenti decisivi per affermare la tendenziale assolutezza del divieto di cambiamento della domanda nel corso del processo.

Gli argomenti di carattere sostanziale a sostegno di questa conclusione sono molteplici.

In primo luogo, ritorna, ovviamente, la *ratio* della norma: la tutela dell'affidamento dell'inadempiente ⁶⁶.

Si aggiunge inoltre che, poiché è pacifico che il contraente deluso possa proporre, con l'atto introduttivo, la domanda di adempimento in via subordinata per il caso di rigetto della domanda di risoluzione ⁶⁷, non merita tutela colui il quale, pur potendo sin da subito proporre entrambe le domande, l'una subordinata all'altra, non l'abbia fatto ⁶⁸.

In sintesi, il mutamento sarebbe vietato in forza, da un lato, nel principio di affidamento, che impone di tutelare la ragionevole aspettativa del debitore, e, dall'altro, del principio di autoresponsabilità processuale, secondo il quale l'omissione colpevole del creditore deluso non deve ricadere sulla controparte.

⁶⁵ G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 266; U. CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit., 81.

⁶⁶ V. nuovamente per tutti U. CARNEVALI, *sub art. 1453*, cit., 81; M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 229.

⁶⁷ In dottrina, tra gli altri, U. CARNEVALI, *sub art. 1453*, cit., 92; P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 64. *Ex plurimis*, Cass., 12 settembre 2013, n. 20899, in *De Jure*; Cass., 19 gennaio 2005, n. 1077, *ivi*.

⁶⁸ G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 268.

L'esegesi, per quanto puntuale, può esporsi a un rilievo. La preclusione processuale si giustifica perché protegge interessi o valori generali, non l'interesse della singola parte. Una simile giustificazione del divieto, invece, non legittima la permanenza del divieto qualora, nel caso concreto, gli interessi particolari protetti difettino, come quando il contraente inadempiente tenga una condotta processuale dalla quale non possa desumersi il suo affidamento nello scioglimento del contratto e nella sua liberazione. Se così fosse e se la tutela dell'affidamento dell'inadempiente fosse l'unica giustificazione del divieto, esso potrebbe non trovare applicazione in tali ipotesi.

3.2. Il possibile rilievo delle condotte e delle difese del debitore.

Nel giudizio di risoluzione, il debitore convenuto può assumere diverse posizioni. La domanda di adempimento proposta dall'attore in un momento successivo rispetto alla domanda di risoluzione potrebbe essere una reazione alle difese del convenuto.

Questi può, in primo luogo, restare contumace. In tal caso, la modifica dell'originaria domanda di risoluzione in domanda di adempimento da parte del creditore della prestazione inadempita potrebbe essere solo l'effetto di un suo pentimento ⁶⁹.

In secondo luogo, il convenuto può proporre eccezioni di rito, le quali non sembrano idonee a ingenerare un interesse dell'attore al mutamento della domanda.

Veniamo alle diverse posizioni che il convenuto può assumere sul merito.

Anzitutto il convenuto potrebbe contestare il titolo sulla cui base agisce controparte, ma qui si uscirebbe dal nostro campo d'indagine.

Incontestato il rapporto, invece, il convenuto potrebbe proporre una domanda riconvenzionale di risoluzione, in tal modo manifestando a sua volta l'intenzione di sciogliere il contratto ⁷⁰.

⁶⁹ Così A. BELFIORE, voce *Risoluzione per inadempimento*, cit., 1336.

⁷⁰ Ciò non significa, tuttavia, che l'oggetto del processo muti da giudizio di risoluzione a giudizio di accertamento di uno scioglimento già verificatosi per mutuo dissenso. È quanto ritiene anche la giurisprudenza che pure riconduce specifici effetti caducatori alle domande di risoluzione c.d. reciproche. Così Cass., 19 marzo 2018, n. 6675, in *De Jure*: «In presenza di reciproche domande di risoluzione contrattuale fondate da ciascuna parte sugli inadempimenti dell'altra, il giudice che 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 di entrambi i contraenti ex art. 1453,

Il convenuto potrebbe poi difendersi contestando i presupposti della sola domanda di risarcimento del danno, qualora proposta dall'attore in cumulo con la domanda di risoluzione: ad esempio, opponendosi alla quantificazione del danno *ex adverso* proposta. Potrebbe, più in generale, non opporsi alla risoluzione del contratto, manifestando anche in questo caso implicita adesione alla volontà della controparte di sciogliere il contratto.

Assai spesso, il debitore convenuto contesta il proprio inadempimento e chiede il rigetto tanto della domanda di risoluzione quanto di quella di adempimento. Talvolta, peraltro, essa può riguardare il solo presupposto specifico e ulteriore della domanda di risoluzione: la gravità dell'inadempimento *ex art. 1455 cod. civ.*

È su quest'ultima serie di fattispecie — quelle della contestazione, da parte del debitore convenuto, dei presupposti della risoluzione per inadempimento, sia che essi siano comuni alla domanda di risarcimento del danno sia che essi siano esclusivi della domanda di risoluzione — che autorevole dottrina ha concentrato la sua attenzione ⁷¹. Le posizioni espresse, in particolare, da Michele Giorgianni e, successivamente, da Claudio Consolo, riprese poi anche da altri autori ⁷², possono essere così sintetizzate: se la preclusione di cui all'art. 1453, comma 2, cod. civ. tutela l'affidamento riposto dal convenuto nel disinteresse della controparte nei confronti del contratto, tale

comma 2, c.c. , e pronunciare comunque la risoluzione del contratto, con gli effetti di cui all' art. 1458 c.c., essendo le due contrapposte manifestazioni di volontà dirette all'identico scopo dello scioglimento del rapporto negoziale» (conf. Cass., 3 luglio 2013, n. 16637, *ivi*). L'orientamento tradizionale è invece espresso dalla seguente massima, che non contiene aperture alla possibilità di una pronuncia di risoluzione *ultra petita*: «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., 17 luglio 2017, n. 17665, in *Corr. giur.*, 2018, 1378 ss., con nota di F. CERRI, *Reciproche domande di risoluzione per inadempimento e mutuo dissenso*: electa una via non datur recursus ad alteram e *ivi* per riferimenti anche ai precedenti difformi). Sono consolidate le seguenti massime: «In tema di risoluzione del contratto, qualora siano dedotte reciproche inadempienze, la valutazione comparativa del giudice intesa ad accertare la violazione più grave, incensurabile in sede di legittimità se congruamente motivata, deve tenere conto non solo dell'elemento cronologico ma anche degli apporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempite e della loro incidenza sulla funzione del contratto, sicché, ove manchi la prova sulla causa effettiva e determinante della risoluzione, entrambe le domande vanno rigettate per insussistenza dei fatti costitutivi delle pretese azionate» (Cass., 18 settembre 2015, n. 18320, *ivi*), nonché: «in caso di contrapposte domande di risoluzione del medesimo contratto, il giudice può accogliere l'una e rigettare l'altra, ma non anche respingere entrambe e dichiarare la intervenuta risoluzione consensuale del rapporto, implicando ciò una violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, mediante una regolamentazione del rapporto stesso difforme da quella perseguita dalle parti» (Cass., 25 febbraio 2014, n. 4493, in *De Jure*).

⁷¹ M. GIORGIANNI, *In tema di risoluzione*, cit.; C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione*, cit., 456 ss.

⁷² S. PAGLIANTINI, *La risoluzione*, cit., 112.

affidamento non può esservi, e non merita dunque tutela, allorché, contestando i presupposti della risoluzione del contratto, il convenuto abbia chiesto il rigetto della domanda di risoluzione, non potendo così confidare nel suo scioglimento.

Le due autorevoli posizioni si mostrano, peraltro, diverse tra loro.

Michele Giorgianni, partendo dal riconoscimento dell'assenza di un affidamento protetto in capo al convenuto qualora questi si opponga alla risoluzione, si pone, con originalità, nella prospettiva del convenuto, dalla condotta processuale del quale dipenderebbe la sopravvivenza del vincolo contrattuale. Secondo l'illustre Autore, difatti, il convenuto che si opponga alla risoluzione è tenuto a offrire l'adempimento e a provare di poter adempiere. In tal caso, il giudice deve attribuire la prestazione all'attore. Se invece non lo fa, il giudice deve pronunciare la risoluzione, anche se i presupposti per l'accoglimento della domanda difettavano nel momento dell'azione. Al centro della teoria di Giorgianni vi è dunque, esplicitamente, un onere di coerenza in capo al debitore inadempiente che contesti la risoluzione⁷³: se questi lo fa potendo adempiere, allora adempia; se invece lo fa senza avere la possibilità di eseguire la sua prestazione, il contratto sarà risolto.

Claudio Consolo ha preso le mosse dalla teoria di Giorgianni, criticandone, però, tanto la severità nei confronti del debitore, quanto la legittimità sotto il profilo processuale⁷⁴. L'illustre processualista ha tuttavia valorizzato gli spunti emersi, concludendo che, sulla base delle difese del convenuto, e segnatamente nei casi «in cui il convenuto per la risoluzione o sostenga di aver già adempiuto o sostenga di dovere e di essere in grado ancora tempestivamente di adempiere», «[l]a regola del 2° comma dell'art. 1453 deve [...] cedere il passo e lasciare campo aperto alle norme processuali ordinarie sui tempi e limiti di ammissibile modificazione della domanda»⁷⁵.

La tesi, certamente suggestiva, postula, anzitutto, la disapplicazione del secondo comma dell'art. 1453, comma 2, cod. civ. ogniqualvolta venga meno

⁷³ M. GIORGIANNI, *In tema di risoluzione*, cit., 70: «Tuttavia egli dovrà agire di conseguenza, non limitandosi ad opporre le suddette eccezioni di fronte alla pretesa del creditore».

⁷⁴ C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione*, cit., 475 ss. In particolare, sotto il profilo processuale, l'Autore ricorda come l'ammissibilità dell'offerta della prestazione — di cui, secondo la ricostruzione di Giorgianni, il convenuto è onerato — potrebbe trovare legittimità solo se proposta nelle forme di apposita domanda giudiziale.

⁷⁵ Le citazioni sono di C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione*, cit., 458.

l'esigenza di tutela dell'affidamento del convenuto in merito alla risoluzione del contratto. In secondo luogo, essa si fonda su una lettura quanto meno liberale del sistema delle preclusioni uscito dalla modifica dell'art. 183 cod. proc. civ. ad opera della l. 26 novembre 1990, n. 353 ⁷⁶. L'Autore, evidentemente, era già propenso a ritenere la modifica dell'originaria domanda di risoluzione in domanda di adempimento una *mutatio* ammissibile. Si è già avuto modo di osservare come, anche nel sistema disegnato dalle Sezioni Unite nel 2015, la soluzione non possa dirsi certa ⁷⁷.

Non mancano rilievi alle tesi esposte.

Una prima critica si fonda sul tenore dell'art. 183 cod. proc. civ. a seguito della riforma ad opera del D.L. 21 giugno 1995, n. 238, critica che resta valida anche alla luce del testo vigente, frutto della riforma del 2005. Si osserva che, anche a voler disapplicare in certe circostanze l'art. 1453, comma 2, cod. civ., persisterebbe la preclusione generale di ogni *mutatio libelli* ⁷⁸. L'argomentazione, anteriore al *revirement* delle Sezioni Unite, dovrebbe essere riconsiderata alla luce della pronuncia richiamata.

Si sostiene inoltre che se la giustificazione della possibilità per l'attore di mutare la domanda giace squisitamente sul piano degli interessi sostanziali delle parti e, segnatamente, sull'interesse dell'adempiente a chiedere la prestazione qualora la controparte non si sia mostrata disinteressata al contratto, sarebbe improprio limitare poi tale potere, di carattere sostanziale, attraverso norme processuali. In altre parole, una volta scardinata la preclusione sul piano sostanziale, sarebbe contraddittorio ripristinarla sotto il profilo processuale, ritenendo applicabile l'art. 183 cod. proc. civ., pur letto in modo liberale ⁷⁹. La critica non pare però decisiva, giacché, come abbiamo detto, la preclusione processuale risponde a esigenze generali di certezza, che ben potrebbero giustificare una cristallizzazione dell'oggetto del giudizio prescindendo da pur legittimi interessi sostanziali.

Un terzo rilievo mosso alle tesi esaminate poggia sul principio di parità delle armi. Come al contraente adempiente è consentito insindacabilmente di mutare la

⁷⁶ Anche il testo allora vigente, difatti, prevedeva, entro la prima memoria autorizzata, il solo potere in capo alle parti di precisazione o modifica delle domande già proposte.

⁷⁷ *Supra*, par. 3.1.

⁷⁸ U. CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit., 81.

⁷⁹ G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 266.

domanda di adempimento in domanda di risoluzione, così dev'essere insindacabile la decisione dell'inadempiente di opporsi alla *mutatio* avversaria, eccependone l'illegittimità, senza che abbia rilievo la sua condotta processuale antecedente, sostanziata nella contestazione della domanda di risoluzione, dalla quale non può desumersi univocamente la volontà di far valere il contratto ⁸⁰.

Occorre ricordare, in proposito, che il mancato rispetto del divieto di mutamento della domanda di risoluzione in domanda di adempimento dev'essere eccepito dalla controparte e non è rilevabile d'ufficio ⁸¹. Ammettere la *mutatio* a seguito delle difese del convenuto significa, conseguentemente, precludere a quest'ultimo di eccepire l'illegittimità della *mutatio* qualora con le sue difese abbia contestato i presupposti della risoluzione.

Nello stesso senso pare l'osservazione di chi ritiene non immeritevole l'interesse del convenuto che in ogni caso si opponga alla risoluzione, perché ciò integrerebbe l'esercizio di un legittimo potere processuale che può recare notevoli vantaggi empirici, come ad esempio la difesa contro la domanda di risoluzione in attesa della prescrizione del diritto all'adempimento ⁸².

Un ultimo ordine di considerazioni porta l'attenzione sul fatto che l'affidamento del convenuto, che pure abbia negato i presupposti per la risoluzione, sarebbe ugualmente pregiudicato ingiustificatamente da una modifica della domanda. Ciò perché — come detto — la contestazione dei presupposti della risoluzione — e, in particolare, dell'inadempimento stesso — è normalmente funzionale, al tempo stesso, al rigetto sia della domanda di risoluzione sia, soprattutto, di quella di risarcimento del danno. Il convenuto potrebbe contestare l'inadempimento allo scopo primario di ottenere il rigetto di quest'ultima domanda, pur confidando nel disinteresse dell'attore alla prestazione ⁸³.

Sembra insomma che le argomentazioni da ultimo riportate valorizzino, sotto due diversi aspetti, la libertà del convenuto di esercitare a pieno il suo diritto di difesa nel processo, che non dovrebbe pregiudicare il suo affidamento nella volontà della controparte di risolvere il contratto.

⁸⁰ U. CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit., 81.

⁸¹ P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 64; Cass., 14 marzo 2006, n. 5460, in *De Jure*; Cass., 25 marzo 2004, n. 5964, in *Mass. Gius. civ.*, 2004.

⁸² G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 267.

⁸³ M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 229.

Gli argomenti, per quanto apprezzabili, scontano lo stesso limite che abbiamo rilevato quanto all'identificazione della *ratio* della preclusione processuale: assestandosi, come del resto gli argomenti a favore dell'ammissione della *mutatio*, sul solo piano degli interessi sostanziali, sembrano svalutare la speciale dinamica del processo, che richiede maggior rigore applicativo.

3.3. Conclusioni.

Nel cercare di chiarire la portata processuale del divieto di chiedere l'adempimento una volta domandata la risoluzione si è dato conto degli argomenti sia a favore dell'assolutezza della preclusione sia favorevoli a una sua relativizzazione in base alle difese svolte dal convenuto.

Non è sicuro, si è detto, se esista l'istituto processualistico delle preclusioni. È però sicura l'esigenza di certezza del rapporto processuale, che si traduce, tra l'altro, in un obbligo di coerenza in capo alle parti. Tale esigenza si riflette in una maggior celerità e in una più sicura parità delle armi e realizza dunque i principi costituzionali del giusto processo *ex art. 111 Cost.*

La spiegazione del funzionamento processuale del divieto di cui al secondo comma dell'art. 1453, comma 2, cod. civ. dovrebbe perciò partire da qui, servendosi degli interessi cui il concetto di preclusione rimanda — e non, necessariamente, dell'istituto in sé — ⁸⁴.

Si deve dunque osservare che il legislatore ha posto una norma speciale per precludere il mutamento della domanda di risoluzione in domanda di adempimento. Tale divieto è in sostanziale continuità con le preclusioni processuali di cui all'art. 183 cod. proc. civ. e affonda su solide considerazioni di carattere sostanziale: *in primis* sull'esigenza di tutela dell'affidamento del convenuto inadempiente.

La lettera della norma, che non ammette eccezioni, e la sua rispondenza alle esigenze sovraindividuali di certezza del rapporto processuale inducono a svalutare — sul piano endoprocessuale — il ruolo delle difese del convenuto e i suoi effetti sull'eventuale interesse dell'attore a modificare la domanda.

Il contraente deluso, nel momento in cui agisce per la risoluzione, inquadra l'oggetto di quel processo dandogli un preciso indirizzo. È suo onere tenersi aperta la

⁸⁴ Cfr. P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 63.

strada della pretesa dell'adempimento, proponendo la corrispondente domanda in via subordinata. Se non lo fa, il problema si può porre, questa volta sul terreno sostanziale, nel caso di rigetto della domanda di risoluzione o di rigetto in rito o di estinzione del giudizio: rimane preclusa ulteriormente la domanda di adempimento o meno?

Sul terreno del singolo processo, però, sembra doversi dare prevalenza allo stretto dato letterale della disposizione e dunque precludere in ogni caso la modifica della domanda ⁸⁵. L'accoglimento di questa interpretazione, che sembra aderente alla *ratio* della norma, non è privo, tuttavia, di costi per il sistema: qualora fosse ammessa, in alcuni casi, la proponibilità di un secondo processo sulla domanda di adempimento, a seguito del rigetto della domanda di risoluzione, il risultato sarebbe che la parte delusa, la quale non potrebbe mutare la domanda nel singolo processo, potrebbe invece introdurre uno nuovo, ciò che comporta un'indesiderabile moltiplicazione dei giudizi. È anche per tale ragione che — come stiamo per vedere — occorre limitare con accortezza questa facoltà della parte delusa.

4. L'efficacia extraprocessuale e sostanziale della preclusione.

4.1. Una prima tesi: la domanda di risoluzione estingue il diritto di chiedere l'adempimento. L'aporia dei «contratti giuridicamente morti».

Concluso il processo, si torna al piano sostanziale.

Se il giudice ha accolto la domanda di risoluzione, non si pongono problemi: il contratto è sciolto. Se il processo ha avuto un esito diverso occorre prestare maggiore attenzione.

Nelle more del giudizio — durante il quale, abbiamo concluso, il contraente che aveva domandato la risoluzione nel proprio atto di citazione non ha più potuto legittimamente chiedere l'adempimento — il mondo è andato avanti. La domanda di risoluzione e i suoi effetti preclusivi, tanto della successiva domanda di adempimento, ai sensi del secondo comma dell'art. 1453 cod. civ., quanto della possibilità di adempiere per il convenuto, ai sensi del terzo comma, hanno paralizzato il contratto

⁸⁵ Alla stessa soluzione giunge, tra gli altri sopra citati, M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 226 ss. L'argomento di maggior peso, ad avviso dell'Autore, è la tutela dell'affidamento del debitore. Si è già detto nel testo come, ad avviso di chi scrive, la giustificazione di una così ampia portata del divieto sotto il suo profilo processuale debba trovare ragione in un più generale interesse, quale quello della certezza dei rapporti processuali.

⁸⁶. Difficile credere, se si guarda con realismo alla dinamica della risoluzione per inadempimento, che entrambi i contraenti abbiano mantenuto a disposizione le rispettive prestazioni e, al tempo stesso, non abbiano ricercato la prestazione attesa sul mercato ⁸⁷.

Chiusa, dunque, la fase processuale, con le sue specifiche esigenze di celerità e certezza, il mancato accoglimento della domanda di risoluzione pone nuovamente le parti di fronte a un contratto in cattiva salute, ma non sciolto giudizialmente. In giurisprudenza e in dottrina si dibatte, da decenni, sulla seguente questione: se il divieto di chiedere l'adempimento una volta domandata la risoluzione valga anche una volta chiuso il processo e se quindi tale divieto abbia una portata — oltre che pacificamente processuale — anche sostanziale ⁸⁸.

Un orientamento — che sul punto rivela forse eccessivo formalismo — si concentra sulla natura della sentenza di risoluzione, cui l'azione esercitata dal contraente deluso mirava. Essa è, secondo opinione pressoché unanime ⁸⁹, una sentenza costitutiva. Senza una sentenza che pronunci la risoluzione il contratto è dunque efficace e il vincolo contrattuale rimane in vita ⁹⁰.

⁸⁶ Tale situazione economico-giuridica è ben evidenziata in V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 910. L'Autore così commenta l'effetto del combinato disposto delle preclusioni di cui al secondo e al terzo comma dell'art. 1453 cod. civ.: «A questo punto l'adempimento, non potendo più essere né preteso né eseguito, ragionevolmente non avverrà più. Ma un contratto che non ha più nessuna ragionevole prospettiva di essere adempiuto, sembra un *contratto destinato inevitabilmente a sciogliersi* [corsivo nel testo]».

⁸⁷ Tanto più se si considera che il reimpiego della prestazione destinata alla controparte inadempiente può essere ritenuta un onere della parte delusa, la quale non potrebbe ottenere, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, cod. civ., il risarcimento del danno che avrebbe potuto evitare ricollocando tempestivamente la propria prestazione sul mercato. La dottrina ritiene che la regola, di cui vi sono epifanie giurisprudenziali specialmente nel campo del reimpiego della prestazione del lavoratore subordinato, sia generalizzabile, poiché «risponde ad evidenti esigenze di efficienza che le risorse in origine destinate ad un affare non andato a buon fine vengano celermente reinserite nel circuito economico, evitando che il titolare si disinteressi alla loro sorte e speculi unicamente sulla prospettiva di ottenere un risarcimento»: così G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in V. ROPPO (a cura di), *I rimedi-2*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, V, 2, Milano, 2006, 925.

⁸⁸ L'interrogativo è così posto da P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 63: «Questa disposizione [l'art. 1453, comma 2, cod. civ., n.d.r.] ha, in primo luogo, una portata processuale. Ci si può chiedere se abbia anche una portata di diritto sostanziale; cioè, se domandare in giudizio la risoluzione estingua il diritto all'adempimento, con la conseguenza che la relativa pretesa non possa essere fatta valere neppure in un successivo giudizio, dopo che la domanda di risoluzione sia respinta o dopo che il processo si sia estinto».

⁸⁹ V. per tutti, tra le opere più recenti, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 910. La soluzione non è però pacifica. Secondo le note opinioni di A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 33 e *passim* e di R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 646 ss., è la stessa domanda di risoluzione del contratto a provocare l'effetto risolutivo. Tali opinioni hanno aperto la strada del dibattito, oggi più che mai vivace, tra giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento cui già abbiamo fatto cenno e che sarà oggetto di più approfondita analisi *infra*, cap. III, par. 3.

⁹⁰ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 330; C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione*, cit., 481.

Non può negarsi però che la *ratio* della norma, come sopra individuata, abbia una forte connotazione sostanziale: il divieto tutela, in primo luogo, l'affidamento del convenuto.

È così diffuso l'orientamento secondo cui l'art. 1453, comma 2, cod. civ. operi anche al di fuori del singolo processo e abbia dunque una valenza sostanziale⁹¹. Ma, se così stanno le cose — e se quindi permane, in una qualche misura, il divieto di domandare l'adempimento in capo a chi abbia chiesto la risoluzione — ci si chiede se, chiuso il giudizio senza l'accoglimento della domanda di risoluzione, il contraente deluso potrà comunque, a certe condizioni, pretendere l'adempimento del contratto o se questa strada gli è in ogni caso preclusa.

Una prima opinione, oggi minoritaria, ritiene che il divieto abbia una portata assoluta: una volta domandata la risoluzione, la pretesa dell'adempimento è definitivamente preclusa⁹² in ogni caso e dunque a prescindere dall'esito del giudizio di risoluzione. Questa tesi trova la sua sintesi più espressiva nelle parole di chi scrive che «proposta la domanda di risoluzione, il debitore acquista il diritto di non adempiere»⁹³, offrendo una tutela particolarmente intensa del suo affidamento⁹⁴.

Parte della giurisprudenza ha condiviso tale soluzione.

Una nota e risalente sentenza della Corte di Cassazione⁹⁵ ha testualmente accolto la tesi secondo cui, proposta la domanda di risoluzione, la controparte acquisterebbe il «diritto di non adempiere», argomentando che la condotta contraddittoria dell'attore che muta l'originaria domanda di risoluzione in domanda di adempimento deve ritenersi vietata alla luce del principio di buona fede oggettiva, in quanto lesiva del legittimo affidamento del convenuto nella manifestazione di disinteresse nel contratto da parte dell'attore. Il divieto di cui all'art. 1453, comma 2,

⁹¹ *Ex plurimis*, esplicitamente, P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 63.

⁹² *Id.*, *Il contratto*, cit., 63. Salvo, come si vedrà a breve, per l'Autore, l'eccezione rappresentata dal caso in cui il convenuto costituito abbia contestato l'avversaria domanda di risoluzione senza proporre una in via riconvenzionale. La medesima soluzione è raggiunta, pur con toni dubitativi («Al consenso del debitore si può forse equiparare la resistenza in giudizio del debitore convenuto in risoluzione»), da R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 650. Posizioni nette sono quelle di U. CARNEVALI, *sub art. 1453*, cit., 92; A. KLITSCH DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento*, cit.; R. TRIOLA, *In tema di rapporti*, cit., 1265.

⁹³ . SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 650.

⁹⁴ V. per tutti U. CARNEVALI, *sub art. 1453*, cit., 81.

⁹⁵ Cass., 23 novembre 1979, n. 6134, in *Giur. it.*, 1980, 559 ss.

cod. civ., posto a tutela dell'interesse del convenuto inadempiente, comporterebbe dunque l'estinzione dell'obbligazione in capo a quest'ultimo.

La tesi ha trovato adesione anche in parte della giurisprudenza più recente, tanto di legittimità⁹⁶ quanto di merito⁹⁷.

Le pronunce presentano peraltro sfumature differenti. Alcune, nel motivare la soluzione, fanno riferimento al disvalore del comportamento contraddittorio di chi prima manifesta disinteresse verso il contratto e poi chieda l'esecuzione proprio di quel contratto⁹⁸. Altre si concentrano sulla natura della domanda di risoluzione, ritenuta una rinuncia alla pretesa di adempimento⁹⁹.

Si avrà modo di tornare a breve sulla natura giuridica del divieto¹⁰⁰. Occorre qui osservare che, seguendo questo indirizzo, non vi sarebbe, ad ogni modo, soluzione di continuità fra la pendenza del processo e il momento successivo alla chiusura del giudizio: come la domanda di adempimento è preclusa in corso di causa, così non può essere proposta in un successivo giudizio dopo il rigetto della domanda di risoluzione.

Ciò ha portato parte della dottrina a concludere che non sarebbe tanto la sentenza a produrre l'effetto risolutorio, quanto piuttosto la stessa domanda di risoluzione del contratto: chi esercita l'azione di risoluzione manifesta la volontà di sciogliersi dal vincolo come nelle fattispecie di risoluzione di diritto¹⁰¹. In tal modo la preminenza degli interessi sostanziali protetti dall'art. 1453, comma 2, cod. civ. condurrebbe a un superamento della tradizionale concezione della sentenza di risoluzione come sentenza costitutiva¹⁰².

⁹⁶ Cass., 9 giugno 1992, n. 7085, in *Giust. civ.*, 1993, 1263 ss. con nota di R. TRIOLA, *In tema di rapporti*, cit.; Cass., 11 febbraio 1993, n. 1698, in *De Jure*. Nel contesto di una controversia più complessa, tale sembra anche l'orientamento di Cass., 14 agosto 1986, n. 5050, in *Foro it.*, 1987, 94 ss.

⁹⁷ Trib. Roma, 19 agosto 2009, in *De Jure*; Trib. Ascoli Piceno, 17 febbraio 2007, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Contratto in genere*, 573. Quasi a vent'anni dalla sua pubblicazione, commentando la successiva Cass. 4444/1996, un Autore concludeva che «non sussist[ono] validi motivi per discostarsi da quanto affermato da Cass. 23 novembre 1979, n. 6134». Così U. CARNEVALI, *Domanda di adempimento*, cit., 900.

⁹⁸ È il caso della già citata Cass. 6134/1979, cit. e di Cass., 7085/1992, cit.

⁹⁹ Così Cass. 1698/1993, cit.

¹⁰⁰ *Infra*, par. 5.

¹⁰¹ A. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 33 e *passim* e di R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 648. Sul tema si rinvia nuovamente *infra*, cap. III.

¹⁰² Il tema è stato da ultimo nuovamente approfondito da C. CONSOLO, *Della risoluzione per inadempimento anche stragiudiziale, senza processo, purché (fuori dagli artt. 1453 e 1456)... per contratto anche tacito (o discordia concors per acquiescenza)*, in C. CONSOLO – I. PAGNI – S. PAGLIANTINI – V. ROPPO – M. MAUGERI (a cura di), *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Bologna, 2018, 33 ss.

Più moderata, ma sempre incline a riconoscere la definitività, anche sul piano sostanziale, dell'opzione esercitata dal contraente deluso con la proposizione della domanda di adempimento, è la posizione di chi, pur tenendo ferma la costitutività della sentenza di risoluzione, afferma che la domanda di risoluzione estingue, sul piano sostanziale, il diritto a domandare l'adempimento ¹⁰³.

È appena il caso di notare che le due impostazioni appena riportate non presentano solo una differenza teorica di fondo — la prima dando un particolare peso alla manifestazione della volontà risolutiva in sé, la seconda riconducendo alla domanda giudiziale effetti sostanziali nel particolare contesto degli interessi coinvolti, differenza su cui si avrà modo di tornare ¹⁰⁴ —, ma sembrano portare a conseguenze pratiche differenti. Se la risoluzione consegue alla domanda giudiziale ¹⁰⁵, la parte delusa che abbia eseguito la prestazione — come anche la parte inadempiente che abbia eseguito la propria in modo parziale o inesatto — può chiedere la restituzione di quanto prestato, indipendentemente dall'esito del giudizio. Viceversa, se si ritiene che la risoluzione consegua alla sola sentenza di risoluzione, pur con l'effetto retroattivo *inter partes* di cui all'art. 1458 cod. civ., il contratto rimane vivo sino ad essa e l'eventuale restituzione di quanto prestato è subordinata all'accertamento giudiziale dell'esistenza dei presupposti della risoluzione e alla sua pronuncia. Qualora poi questa non fosse pronunciata, il contratto entrerebbe in una fase di quiescenza: esso sarebbe ancora efficace, ma, non accolta la domanda di risoluzione ed estinto il diritto all'adempimento, esso non potrebbe essere attuato: l'unica soluzione sarebbe un altro giudizio di risoluzione sulla base di fatti sopravvenuti ¹⁰⁶.

¹⁰³ P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 63; U. CARNEVALI, *sub art. 1453*, cit., 81 e *passim*; di tale avviso sembra anche A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione*, cit., 141.

¹⁰⁴ *Infra*, cap. III.

¹⁰⁵ Occorre precisare sin d'ora che la dottrina propensa a ricondurre l'effetto risolutorio alla domanda di risoluzione non lo ritiene, d'altro canto, un effetto immediato, ma configura la domanda giudiziale alla stregua di una diffida ad adempiere, che produce l'effetto risolutorio trascorso un congruo termine. Ciò allo scopo di non sacrificare l'interesse del debitore, che sarebbe altrimenti colto di sorpresa da una dichiarazione idonea essa stessa a risolvere il contratto. R. SACCO, *op. loc. ult. cit.* Il contenzioso che potrebbe aprirsi sarebbe perciò analogo a quello che può sorgere sulla risoluzione di diritto per diffida ad adempiere: un giudizio di mero accertamento verterebbe così sul fatto che la risoluzione si sia o non si sia verificata.

¹⁰⁶ A tale inconveniente la già richiamata Cass. 6134/1979, cit., nella sua complessa motivazione, prova a porre soluzione ritenendo applicabile analogicamente l'art. 1463 cod. civ. in tema di impossibilità sopravvenuta: la manifestazione di disinteresse del contraente che ha chiesto la risoluzione precludendo l'azione di adempimento estingue l'obbligazione. Estinta l'obbligazione del contraente inadempiente, si estinguerebbe, parimenti, automaticamente, l'obbligazione del contraente fedele, con conseguente diritto alla restituzione di quanto prestato. A tale ricostruzione è possibile opporre che difettano i presupposti

Ed è proprio quest'ultimo problema il più spinoso: se si ritiene che la domanda di risoluzione produca effetti anche sul piano sostanziale, ma non un immediato effetto risolutorio, e che la preclusione che ne deriva abbia portata assoluta, ci si trova inevitabilmente di fronte a un'aporia del sistema: vi sarebbero contratti efficaci ma giuridicamente «morti», di cui non può essere chiesto l'adempimento ma che — salvo l'aggravamento dell'inadempimento, da provarsi in un successivo processo — non possono essere risolti ¹⁰⁷. La fattispecie non sarebbe dissimile da quella delle obbligazioni naturali: il debitore sarebbe ancora obbligato, ma il creditore non potrebbe pretendere l'adempimento. Non solo: anche la controparte si troverebbe legata a un contratto quiescente e non sarebbe ben chiaro di quali rimedi disponga, ad esempio per l'eventuale ripetizione della prestazione eseguita in modo inesatto.

È soprattutto per far fronte a questa aporia, non certo di poco conto anche a livello pratico, che sia la dottrina sia, soprattutto, la giurisprudenza hanno proposto un'interpretazione restrittiva del divieto per il caso in cui la domanda di risoluzione non fosse accolta, relativizzandone la portata.

dell'applicazione analogica. Se anche si ritenesse esistente una lacuna involontaria dell'ordinamento, difatti, mancherebbe una *eadem ratio* tra la norma in tema di impossibilità sopravvenuta e l'ipotetica norma richiesta nel caso in esame. Nel primo caso la norma pone rimedio a una patologia involontaria del contratto, mentre nel nostro caso le condotte rilevanti sono entrambe imputabili a qualcuno: l'inesecuzione della prestazione costituisce un inadempimento, mentre la proposizione della domanda di risoluzione *tout court* è frutto di un'autonoma scelta dell'attore, i cui effetti l'ordinamento vuole evitare che siano riversati sulla controparte. Si preoccupa di tale argomentazione U. CARNEVALI, *sub* art. 1453, cit., 89 s. Sebbene contestualizzata nel più ampio dibattito dell'ammissibilità di una risoluzione stragiudiziale per inadempimento, la critica alla tesi sostenuta nella sentenza — pur, già si è osservato, condivisa nelle sue conclusioni dall'Autore — è chiara: «Tale soluzione non può essere condivisa. Il fondamento normativo di essa non può essere visto che nell'art. 1174, laddove la norma dispone che la prestazione «deve corrispondere ad un interesse... del creditore». Ma è assai arduo attribuire alla norma suddetta, e al requisito dell'interesse ivi menzionato, la rilevanza affermata dalla Corte. Inoltre il meccanismo di estinzione del contratto innescato dall'argomentazione della sentenza finisce in sostanza per far capo ad una forma di risoluzione atipica, più vicina a quella per impossibilità sopravvenuta che a quella per inadempimento: con la conseguenza che diventa problematico trovare la base per la condanna al risarcimento del danno».

¹⁰⁷ Tra i molti che sollevano il problema, lo esprime in modo particolarmente eloquente C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione*, cit., 443: «non si è poi, almeno in dottrina, stati [...] precisi nel descrivere costruttivamente la sorte cui soggiace il rapporto contrattuale, che appare allora *sine die* né risolto giudizialmente né eseguibile o azionabile in giudizio».

4.2. Le tesi restrittive e la relativizzazione della preclusione.

4.2.1. L'«interesse» del creditore nella giurisprudenza: imprecisioni di una massima pragmatica.

Nel caso in cui la domanda di risoluzione non sia stata accolta, la giurisprudenza maggioritaria tramanda la seguente massima: «il divieto posto dall'art. 1453 comma 2, c.c., di chiedere l'adempimento una volta domandata la risoluzione del contratto non può essere inteso in senso assoluto, ma è operante solo nei limiti in cui sussiste l'interesse attuale del contraente che ha chiesto la risoluzione. Quando viene meno tale interesse, cessa la ragione del detto divieto, di modo che la domanda di adempimento diviene proponibile dopo il rigetto o la declaratoria di inammissibilità di quella di risoluzione o l'estinzione del giudizio relativo»¹⁰⁸. Sono numerose le pronunce conformi: alcune fanno riferimento, complessivamente, a tutte le ipotesi di mancato accoglimento della domanda (rigetto nel merito, rigetto in rito, estinzione)¹⁰⁹; altre prendono in esame una singola fattispecie¹¹⁰.

Con questa massima la giurisprudenza prende di petto il problema: la domanda di risoluzione preclude la pretesa dell'adempimento, ma quando la domanda non è accolta l'interesse a chiedere l'adempimento risorge, altrimenti vi sarebbe un contratto efficace ma non azionabile e del quale nessuna delle parti può liberarsi. Il concetto giuridico di cui si serve la giurisprudenza è l'«interesse attuale» del contraente deluso.

Prima di commentare la massima, come sempre in questi casi, nei quali una massima risalente — peraltro non espressione dell'orientamento maggioritario nel momento in cui ha fatto la sua comparsa —¹¹¹ è reimpiegata quasi alla lettera nella giurisprudenza successiva, occorre osservare da vicino la motivazione delle sentenze pubblicate per esteso che ne fanno uso.

Una prima pronuncia del 1988¹¹² richiama alcuni precedenti, di cui è disponibile solo la massima¹¹³, nel contesto di una più ampia ricognizione della

¹⁰⁸ Citiamo la massima di Cass., 24 maggio 1976, n. 1874, in *Mass. Giust. civ.*, 1976.

¹⁰⁹ È il caso della già citata Cass., 4444/1996.

¹¹⁰ Così, ad esempio, Cass, 29 agosto 1990, n. 8955, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, 188 ss. riguarda l'ipotesi di rigetto nel merito della domanda di risoluzione, così come Cass., 27 dicembre 2010, n. 26152, in *Corr. giur.*, 2011, 1597 ss.

¹¹¹ La massima si tramanda da decenni, come si evince chiaramente consultando il Massimario di Giustizia Civile del 1976, che pone in relazione la massima di Cass., 1874/1976, cit., con precedenti più datati.

¹¹² Cass., 9 dicembre 1988, n. 6672, in *De Jure*.

¹¹³ Si tratta, oltre alla già citata Cass., 1874/1976, di Cass., 18 luglio 1977, n. 3214, in *Giur. it.*, 1979, 903; Cass., 10 gennaio 1980, n. 220, in *Mass. Gius. civ.*, 1980; Cass., 22 settembre 1981, n. 5172, in *Mass. Gius.*

portata del divieto di cui al secondo comma dell'art. 1453 cod. civ. Tuttavia l'esegesi della norma costituisce un mero *obiter dictum*, poiché la controversia verte sulla rilevanza, ai fini della valutazione della gravità dell'inadempimento ex art. 1455 cod. civ., dell'alienazione a un terzo da parte del convenuto per la risoluzione del contratto del bene che avrebbe dovuto essere consegnato all'attore.

Non si tratta propriamente di un *obiter dictum*, ma sicuramente di un argomento non decisivo ed espresso solo *ad abundantiam*, l'argomento riproposto in una successiva pronuncia avente ad oggetto la proposizione della domanda di garanzia dell'appaltatore ex art. 1669 cod. civ. in sede di precisazione delle conclusioni, sulla scorta di fatti emersi in sede di consulenza tecnica d'ufficio, in un giudizio in cui, con l'atto introduttivo, era stata chiesta la risoluzione del contratto ¹¹⁴. Qui l'argomento decisivo, secondo la Corte, sarebbe la natura extracontrattuale della responsabilità invocata, rispetto alla quale non troverebbe applicazione la preclusione limitata dall'art. 1453 cod. civ. alla sola domanda di esecuzione in forma specifica. La soluzione adottata dalla Corte consiste quindi nel non applicare la norma in questione, non nel relativizzarne la portata.

Cass., 11 maggio 1996, n. 4444 ¹¹⁵, sentenza tra quelle che hanno avuto maggiore eco, risponde al seguente quesito: se il convenuto nel processo di risoluzione di un contratto preliminare, il quale — peraltro solo in primo grado, avendo nei successivi gradi del primo processo «implicitamente rinunciato» alla domanda — abbia proposto domanda riconvenzionale di risoluzione, possa in un successivo processo, dopo il rigetto definitivo della domanda avversaria di risoluzione, chiedere l'adempimento del contratto, *sub specie* di sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ.

Il richiamo da parte della Corte alla citata massima porta all'accoglimento della domanda di esecuzione in forma specifica. Il precedente, però, non sembra evocato a proposito. La massima, difatti, si riferisce alle ipotesi di rigetto o di inammissibilità della domanda di risoluzione, mentre, nel caso di specie, la domanda di risoluzione

civ., 1981. Occorre precisare che queste ultime due massime fanno riferimento al terzo comma dell'art. 1453 cod. civ. e riguardano dunque l'interesse del debitore inadempiente ad eseguire la propria prestazione una volta rigettata l'avversaria domanda di risoluzione del contratto.

¹¹⁴ Cass., 9 febbraio 1995, n. 1457, in *Giur. it.*, 1996, con nota di M. LASCIALFARI, *Sul mutamento della domanda giudiziale ex art. 1453 2° comma c.c.*

¹¹⁵ In *Corr. giur.*, 1996, 898 s. con nota di U. CARNEVALI, *Domanda di adempimento*, cit.; in *Contratti*, 1997, 121 ss., con nota di L. Zappata; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 742 ss., con nota di M.G. CUBEDDU, *Divieto di domanda di adempimento e interesse del creditore*.

sulla quale si erano espressi i giudici del primo processo era quella dell'attore, giudicata dapprima fondata e poi infondata. L'«interesse» della convenuta a chiedere, in un successivo processo, l'adempimento, non nascerebbe dunque dalla sorte della sua domanda riconvenzionale, quanto piuttosto dalle vicende della domanda avversaria. È allora chiaro che, piuttosto che alla massima richiamata, occorrerebbe fare riferimento, nel decidere il caso, alla *ratio* dell'art. 1453 cod. civ.: la norma tutela l'affidamento del convenuto contro la possibilità che verso di lui sia domandato a sorpresa l'adempimento dopo che è stata chiesta la risoluzione. Non tutela chi ha chiesto la risoluzione, una volta rigettata la domanda, contro la domanda di adempimento della controparte.

Una più recente sentenza ¹¹⁶ affronta un altro caso di domanda di adempimento proposta successivamente a un giudizio in cui erano state rigettate tanto la principale quanto la riconvenzionale di risoluzione. Qui il richiamo della massima sembra superfluo: a mettere fuori gioco il divieto di cui all'art. 1453, comma 2, cod. civ. è una diffida ad adempiere inoltrata dai convenuti in risoluzione nel secondo giudizio dopo la formazione del giudicato sulla prima sentenza. Quest'atto è dalla Corte interpretato come indice univoco del fatto che i diffidanti considerassero ancora efficace il contratto, sicché non vi sarebbe alcun affidamento da tutelare circa la cessazione degli effetti dello stesso.

Una fattispecie particolare è quella affrontata da Cass., 19 gennaio 2005, n. 1077 ¹¹⁷: in tal caso la domanda di risoluzione, di cui non era stata chiarita dall'attore la *causa petendi*, è stata qualificata dai giudici come domanda di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, sicché potrebbe almeno dubitarsi che trovi applicazione l'art. 1453 cod. civ. Inoltre, nonostante la Corte richiami la massima consolidata in commento, qui non si verte nell'ipotesi di due diversi giudizi, il secondo conseguente al mancato accoglimento della domanda di risoluzione avanzata nel primo. Viceversa, siamo ancora nello stesso processo e il richiamo alla massima appare quindi poco appropriato. Peraltro, il vero dato decisivo ai fini dell'ammissibilità della domanda di adempimento risiede nella proposizione, sin dall'atto introduttivo,

¹¹⁶ Cass., 27 dicembre 2010, n. 26152, in *Corr. giur.*, 2011, 1597 ss., con nota di C. ABATANGELO, *Divieto di proporre domanda di adempimento una volta chiesta la risoluzione: la Cassazione opera il regolamento di confini.*

¹¹⁷ In *De Jure*.

della domanda di esecuzione in forma specifica in via subordinata rispetto a quella di risoluzione. Ciò è pacificamente ritenuto lecito ¹¹⁸, così come pacificamente si ritiene che la proposizione in via subordinata della domanda di adempimento non possa ingenerare nella controparte quell'affidamento che sta alla base dell'operatività dell'art. 1453, comma 2, cod. civ.

Occorre poi sgomberare il campo da quelle pronunce — pure richiamate da alcune delle sopra menzionate sentenze a sostegno della soluzione adottata ¹¹⁹ — che non hanno ad oggetto il divieto di cui al secondo comma dell'art. 1453 cod. civ., ma quello del terzo comma della norma: il divieto per l'inadempiente di liberarsi eseguendo la sua prestazione una volta che la controparte abbia chiesto la risoluzione ¹²⁰. Anche in questi casi la giurisprudenza fa uso del concetto di «interesse», il quale rinascerebbe per effetto del rigetto della domanda avversaria di risoluzione. Qui però gli interessi in gioco sono decisamente differenti: non può equipararsi la posizione di chi ha ingenerato nella controparte l'affidamento nel proprio disinteresse nei confronti del contratto rispetto a quella di chi ha subito tale determinazione avversaria. Sembra quindi accettabile che il debitore contro cui è stata chiesta infondatamente la risoluzione possa adempiere senza che controparte possa giustificatamente opporgli di avergli precluso l'adempimento mediante la sua domanda (infondata). Diversa l'eccezione di chi abbia confidato nella volontà risolutoria di controparte e subisca poi l'azione di condanna all'adempimento: la sua eccezione pare, verosimilmente, da considerare con maggior attenzione ¹²¹.

La disamina svolta mostra come la massima tramandata sia spesso utilizzata dalla giurisprudenza per risolvere casi nei quali non è direttamente in gioco la stretta applicabilità del divieto di cui al secondo comma dell'art. 1453.

¹¹⁸ Cfr., *ex multis*, P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 64.

¹¹⁹ È il caso ad esempio di Cass. 4444/1996, cit., che in motivazione richiama, tra le altre, Cass. 5172/1981, su cui cfr. la nota seguente.

¹²⁰ Riguardano il divieto di adempimento di cui al terzo comma dell'art. 1453 cod. civ. le massime di Cass., 10 gennaio 1980, n. 220, in *Mass. Giust. civ.*, 1980; Cass., 22 settembre 1981, n. 5172, in *Mass. Giust. civ.*, 1981; nonché di Cass., 29 agosto 1990, n. 8955, in *Nuova giur. civ. comm.*, con nota di R. D'ANGIOLELLA, *Rilevanza del comportamento del debitore successivo alla domanda di risoluzione del contratto*.

¹²¹ Si avrà modo di tornare a breve su questa prospettiva suggerita da G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 482. L'Autore descrive la dinamica dell'art. 1453, comma 2, cod. civ. non guardando alla domanda di adempimento, ma all'eccezione della controparte: l'art. 1453, comma 2, cod. civ. concede a colui che subisce il mutamento di domanda di eccepirne l'inammissibilità. Il giudizio si concentra allora sulla meritevolezza dell'eccezione.

Tra le sentenze consultabili per esteso, una, per il vero, fa uso della massima in un caso in cui è proprio la portata del divieto di cui all'art. 1453, comma 2, cod. civ. a venire in rilievo ¹²². Il caso di specie è il seguente: è stata chiesta la risoluzione nel precedente processo; la domanda è stata rigettata e, nel successivo processo, il contraente deluso chiede l'adempimento. Come si vedrà a breve, il caso può essere risolto senza far ricorso a una massima generica e spesso travisata come quella in commento ¹²³.

Occorre, nell'analisi di questo orientamento giurisprudenziale, svolgere ancora un'osservazione. La massima, come detto, pone rimedio a un problema pratico: la non azionabilità di un contratto ancora efficace. Essa però, oltre ad essere menzionata non sempre a proposito, fa uso di un concetto non facilmente governabile dal punto di vista dogmatico: «l'interesse» della parte delusa.

Anzitutto, non vi è univocità, tra le diverse pronunce, in merito a quale sarebbe l'oggetto di questo interesse. Alcune parlano di «interesse attuale del contraente [...] alla cessazione del rapporto» ¹²⁴, il quale verrebbe meno per effetto del mancato accoglimento della domanda di risoluzione; altre, al contrario, fanno riferimento all'«interesse alla esecuzione della prestazione» ¹²⁵, che riemergerebbe dopo il primo processo.

Nel primo caso, dunque, l'interesse menzionato sarebbe assimilabile all'interesse ad invocare il rimedio. Esso, tuttavia, non potrebbe essere inteso né come un interesse qualificato a domandare la risoluzione, il quale non è presupposto del rimedio, né in senso processuale, giacché il giudicato di rigetto non incide direttamente sull'interesse ad agire, il quale ben potrebbe sussistere in una successiva azione di risoluzione fondata su fatti nuovi e quindi non coperta dal giudicato ¹²⁶.

¹²² Si tratta di Cass., 29 novembre 2001, n. 15171, in *De Jure*.

¹²³ *Infra*, par. 4.2.2.

¹²⁴ Ad esempio Cass., 4444/1996, cit.

¹²⁵ È il caso, ad esempio, di Cass. 26152/2010, cit.

¹²⁶ Ancora la giurisprudenza più recente tramanda l'insegnamento secondo cui «l'interesse ad agire richiede [...] che la parte prospetti l'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice» (*ex multis*, Cass., 24 gennaio 2019, n. 2057, in *Mass. Gius. civ.*, 2019). Tale condizione dell'azione, secondo l'insegnamento della dottrina, «serve ad evitare che si scenda all'esame del merito, quando la domanda o la difesa possono anche essere fondate, ma — anche se lo sono — il loro accoglimento non produce alcun effetto utile nella sfera giuridica di chi le ha proposte» (F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, IX ed., Milano, 2017, 224). È evidente, dunque, che il rigetto della domanda di risoluzione non incida, *tout court*, su questa condizione dell'azione: superato il limite del giudicato, in un successivo processo la risoluzione può essere rimedio giuridicamente utile.

Nel secondo caso, l'interesse avrebbe ad oggetto la prestazione. Senonché l'interesse alla prestazione, ai sensi dell'art. 1174 cod. civ., è elemento strutturale del rapporto obbligatorio, dunque sussistente sin dall'inizio e fin quando il rapporto non sia estinto. Invero, sembra difficile assimilare l'interesse di cui parla la giurisprudenza ai concetti giuridici che il legislatore civile esprime con il termine «interesse» in ambito contrattuale ¹²⁷. Molto più semplicemente esso sembra rinviare a un interesse di carattere empirico-economico, certamente apprezzabile e di cui l'ordinamento deve farsi carico, ma che deve essere motore della regola giuridica, non suo elemento costitutivo, sicché non giova ad esprimere una regola generale, ma semmai a spiegare la *ratio* di scelte interpretative.

4.2.2. Le singole fattispecie: rigetto in rito della domanda di risoluzione; estinzione del primo processo per inattività delle parti; rigetto nel merito; estinzione del processo per rinuncia agli atti. L'ammissibilità della domanda di adempimento in caso di rigetto determinato dalle difese del debitore.

Opportunamente la dottrina, pur dando conto dell'orientamento giurisprudenziale anzidetto, non si mostra propensa a servirsi dello stesso argomento.

D'altra parte, la dottrina maggioritaria, esattamente come la giurisprudenza, tende a circoscrivere la portata del divieto di domandare l'adempimento in un successivo giudizio ¹²⁸.

¹²⁷ Tale interesse non può essere certamente l'«interesse meritevole di tutela» di cui parla l'art. 1322 cod. civ.: quello è l'interesse che sorregge *ab origine* il contratto e dunque la sua causa ed è l'interesse comune alle parti che stipulano quel contratto. Non è nemmeno l'interesse a invocare il rimedio, come quello di chi voglia far valere la nullità del contratto *ex art.* 1420 cod. civ. o come quello della parte legittimata *ex lege* a proporre l'azione di annullamento a mente dell'art. 1441 cod. civ. Non sembra assimilabile nemmeno all'«interesse» il cui difetto legittima il creditore della prestazione contrattuale divenuta parzialmente impossibile a recedere dal contratto a norma dell'art. 1464 cod. civ. In tale ipotesi, come in quella in esame, l'«interesse» riguarda l'esecuzione della prestazione: siamo, correttamente, nell'ambito dell'esecuzione del contratto. Tuttavia, nel caso che stiamo esaminando, la domanda di adempimento ha ad oggetto la prestazione originariamente dovuta, mentre l'art. 1464 cod. civ. prende in considerazione l'interesse ad ottenere una prestazione diversa — e segnatamente quantitativamente inferiore — rispetto a quella promessa.

¹²⁸ Le formule usate in dottrina sono eterogenee, ma i risultati simili. Tra i molti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 311 scrive che «[l']effetto preclusivo della domanda di risoluzione è subordinato alla fondatezza della stessa». Sulla stessa scia D. CARUSI, *sub art.* 1453, cit., 401 s.; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 1748 s. C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione*, cit., 481 conclude che «il pronunciato e formatosi *giudicato di rigetto nel merito* [corsivo nel testo] dell'azione di risoluzione, avendo negato l'inadempimento con riguardo al momento della precisazione delle conclusioni [...] non preclude [...] una azione di esecuzione del contratto lasciato dal giudice non risolto. Ad essa non potrebbe qui opporsi il 2° comma dell'art. 1453, poiché la difesa a suo tempo addotta dal convenuto, e trovata fondata dal giudice, pone fuori campo la regola».

Una prima spiegazione, fornita da alcuni Autori, è quella secondo cui la preclusione del secondo comma dell'art. 1453 è ancillare all'accoglimento della domanda di risoluzione: essa ha senso perché paralizza gli effetti del contratto fino alla sentenza costitutiva, la quale sola risolve il contratto. Qualora questa non sia pronunciata, per qualsiasi ragione, il contratto risulta ancora efficace e ne può senz'altro essere domandato l'adempimento ¹²⁹.

Non tutti, però, prospettano una soluzione unitaria per ciascuna ipotesi di mancato accoglimento della domanda di risoluzione.

È condivisibile, in proposito, il rilievo di chi sostiene che «le ipotesi di esito del giudizio diverso dall'accoglimento della domanda non si possono collocare tutte sullo stesso piano, ma vi è una profonda differenza, ove il processo non si concluda col giudicato costitutivo, tra la situazione che si crea con l'estinzione del processo o col rigetto in rito e il caso in cui si abbia infondatezza della domanda» ¹³⁰.

Si distingueranno dunque, di seguito, le seguenti ipotesi: rigetto in rito della domanda; estinzione del processo per inattività delle parti; rigetto nel merito della domanda; estinzione del processo per rinuncia agli atti.

a) Rigetto in rito della domanda.

Cominciamo con le ipotesi di rigetto in rito della domanda: il giudice non entra nel merito della vicenda per carenza di una condizione dell'azione o di un presupposto processuale.

Se la *ratio* del divieto di domandare l'adempimento a seguito della domanda di risoluzione è, in sintesi, la tutela dell'affidamento del debitore convenuto, sembra che il rigetto in rito della domanda nulla aggiunga, sul piano sostanziale, agli effetti che già la domanda può produrre. L'attore ha chiesto la risoluzione. Era sua legittima facoltà quella di proporre in via subordinata la domanda di adempimento, con la quale, pacificamente, si sarebbe potuto tenere aperta la porta dell'esecuzione del contratto.

¹²⁹ D. CARUSI, *sub* art. 1453, cit., 401; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., 266; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, 331; G. IORIO, *Ritardo nell'adempimento*, cit., 110 ss., il quale pone come limite alla pretesa del creditore la possibilità della prestazione, limite che, però, è già esplicito nel sistema (artt. 1256 e 1463 cod. civ.).

¹³⁰ I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 352 s. Si tenga presente che l'opinione dell'Autrice è espressa in un contesto in cui la domanda di risoluzione è vista come esercizio di un diritto potestativo che produce *ex se* l'effetto risolutivo, che la sentenza si limiterebbe ad accertare. La diversità di fattispecie viene quindi affermata nonostante nell'economia dell'opera la maggiore attenzione cade sull'atto di manifestazione della volontà risolutiva.

Egli, sin dalla proposizione della domanda di risoluzione, ha così ingenerato nel convenuto l'affidamento nella sua volontà di sciogliere il contratto.

Inoltre, se la domanda non può essere decisa nel merito, ciò dipende da un vizio della domanda stessa: è dunque opportuno che sia l'attore a farsi carico delle conseguenze del rigetto in rito, secondo il principio di autoresponsabilità¹³¹.

Se così non fosse e fosse ammissibile la domanda di adempimento in un successivo giudizio, il convenuto subirebbe la più grave conseguenza di dover tenere la propria prestazione a disposizione del capriccio dell'attore¹³².

b) Estinzione del processo per inattività delle parti.

Alla medesima conclusione occorre giungere per il caso di estinzione del processo per inattività¹³³: in tal caso tutte le parti, compreso l'attore, hanno manifestato disinteresse — o hanno colpevolmente omesso di manifestare interesse — alla prosecuzione del processo. Sembra dunque corretto che l'attore subisca la conseguenza dell'affidamento che ha ingenerato in controparte, tanto più che, diversamente dall'ipotesi di rigetto in rito, qui non vi è un provvedimento del giudice frutto di una più o meno ampia valutazione discrezionale, e dunque un'attività processuale ulteriore e diversa rispetto a quella delle parti, ma un effetto automatico dell'inattività della parte.

Non è pienamente condivisibile la tesi di chi, anche nelle ipotesi di estinzione del processo per inattività o di rigetto in rito della domanda, dà rilievo alle difese svolte dal convenuto in tale processo, affermando che la sussistenza del divieto di cui al secondo comma dell'art. 1453 va apprezzata a seconda che il convenuto si sia opposto alla domanda di risoluzione o meno. Nel primo caso, si afferma, il convenuto non avrebbe dimostrato il proprio affidamento nella cessazione degli effetti del contratto.

¹³¹ Sul rapporto tra onere e autoresponsabilità cfr. S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, cit., 145: «L'autoresponsabilità, come è stata caratterizzata, si circoscrive nella sfera degli interessi del soggetto agente. Così che appare più proprio il richiamo al concetto di *onere*, che non implica l'idea di un *vinculum iuris* verso altri, ma, se mai, quella di una valutazione in lato senso economica della *opportunità* di tenere un determinato comportamento per il conseguimento di un dato risultato», corsivi nel testo).

¹³² Condividono tale soluzione M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 238; G. SICCHIERO, *La risoluzione*, cit., 286. Più prudente C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione*, cit., 482 s., secondo cui la soluzione, in tal caso, «dipende [...] dal contenuto e finalità delle difese in quella sede adottate dal convenuto e dalla loro idoneità a liberare l'attore dalla preclusione sostanziale di cui al 2° comma».

¹³³ M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 239.

Non sembra corretto, difatti, far discendere dalle difese semplicemente avanzate dal debitore — e non esaminate dal giudice — la successiva proponibilità della domanda di adempimento. Come già rilevato, le difese sono espressione di un diritto costituzionalmente garantito e possono avere come obiettivo quello, solitamente principale, di evitare la condanna al risarcimento del danno ¹³⁴ o, in ogni caso, mirare a scopi, per quanto egoistici, meritevoli di tutela se rientranti nella fisiologica dinamica processuale. Esse non manifestano univocamente interesse alla prosecuzione nel contratto e, in ogni caso, non sembrano esse stesse sufficienti a spostare sul convenuto l'onere di tenere a disposizione la propria prestazione mentre, correlativamente, si priva il creditore di un banale onere di attenzione nel formulare le conclusioni in giudizio.

c) Rigetto nel merito della domanda di risoluzione.

Diverso il caso in cui le difese nel merito del convenuto siano esaminate e colgano nel segno, determinando il rigetto delle domande *ex adverso* proposte.

Perché sia rigettata la domanda di risoluzione per inadempimento occorre che il giudice non ritenga sussistente: (i) l'inadempimento *tout court*, il che impone il rigetto non solo della domanda di risoluzione, ma anche, all'opposto, di quella di adempimento e in ogni caso di quella di risarcimento del danno; (ii) i presupposti specifici della domanda di risoluzione, e segnatamente la gravità dell'inadempimento *ex art. 1455 cod. civ.*

In entrambi i casi il debitore si è difeso contestando i presupposti della risoluzione e chiedendone il rigetto. Non sembra esserci, in questo caso, quell'esigenza di tutela del suo affidamento che giustificerebbe il divieto per la controparte di domandare, successivamente, l'adempimento.

Occorre però guardare più da vicino alle ragioni di tale soluzione.

Non sembra condivisibile l'opinione secondo cui difetterebbe, in tal caso, l'esigenza di protezione dell'affidamento del debitore convenuto nel primo giudizio perché egli, con le proprie difese, non aderendo alla domanda di risoluzione dell'attore, avrebbe manifestato interesse nel contratto ¹³⁵. Affermando ciò si attribuisce arbitrariamente alle difese del debitore un significato ulteriore al loro ruolo

¹³⁴ G. SICCHIERO, *La risoluzione*, cit., 267.

¹³⁵ C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione*, cit., 451.

processuale: tali difese, difatti, sono finalizzate al rigetto delle domande avversarie, spesso non limitate alla sola risoluzione ma anche al risarcimento del danno, e possono essere ispirate dalle più diverse e meritevoli esigenze, quali la volontà di non tenere una condotta difensiva interpretabile come confessoria dell'inadempimento o di evitare di dover restituire — almeno nell'immediato — quanto ricevuto e così via ¹³⁶.

Nemmeno può condividersi la giustificazione fornita da chi afferma che «l'esito del giudizio [ossia il rigetto della domanda di risoluzione, n.d.r.] presuppone [...] che il debitore abbia conservato la possibilità di eseguire la prestazione, sicché l'azione di adempimento successivamente proposta dal creditore non pregiudica un suo legittimo affidamento» ¹³⁷. Il rigetto della domanda di risoluzione presuppone che, al momento della precisazione delle conclusioni, il debitore abbia adempiuto o abbia posto in essere un inadempimento di scarsa importanza o giustificato. Ciò però non significa, automaticamente, che al debitore — a quel debitore — sia soggettivamente ancora possibile adempiere terminato il giudizio. Egli potrebbe, dopo la precisazione delle conclusioni, aver alienato il bene oggetto della prestazione o essersi obbligato verso terzi. Ciò potrebbe senz'altro costituire un inadempimento che potrebbe dare luogo a una successiva domanda di risoluzione. Non può però darsi per scontato che il debitore che ha ottenuto il rigetto della domanda di risoluzione sia ancora disponibile (o disposto) ad adempiere.

Più realisticamente, occorre riconoscere che la soluzione deve necessariamente fondarsi su un bilanciamento degli interessi sicuramente non predeterminato dalla legge ¹³⁸, che tenga conto dei costi e dei rischi del contenzioso.

È dunque da condividere, perché più corretta e pragmatica, l'interpretazione di chi, solo per l'ipotesi in cui le difese del debitore abbiano portato al giudicato di rigetto

¹³⁶ Su questa linea, si è già detto, G. SICCHIERO, *La risoluzione*, cit., 267.

¹³⁷ M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 237.

¹³⁸ Sembra prezioso richiamare l'insegnamento di autorevole dottrina nel contesto di un ragionamento di più ampio respiro sul tema. Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 912: «La verità è che — aperto un giudizio sulla risoluzione del contratto — quell'incertezza e quel rischio [quelli della lite e dunque della pronuncia giudiziale circa la permanenza o la cessazione degli effetti del contratto, n.d.r.] sembrano *ineliminabili*, e ciascuna parte dovrà gestirli secondo la consapevolezza della propria ragione o del proprio torto, ragionevolmente apprezzati» (corsivo nel testo). Ciò non toglie che la ricostruzione del sistema possa tendere a minimizzare le incertezze.

della domanda di risoluzione, non ritiene operante il divieto di cui al secondo comma dell'art. 1453 cod. civ.¹³⁹.

A maggior ragione la medesima conclusione si impone — come pressoché pacifico — nel caso in cui il debitore non si sia solamente opposto alla risoluzione, ma abbia offerto di adempiere nel corso del primo processo, manifestando esplicitamente il proprio interesse all'esecuzione della prestazione e alla prosecuzione dell'affare¹⁴⁰.

Non sembra invece sufficiente a ripristinare il diritto del creditore di pretendere l'adempimento il rigetto della domanda pur in assenza di difese del convenuto, costituito o contumace.

d) Estinzione del processo per rinuncia agli atti.

Per concludere, occorre dar conto di una fattispecie — invero marginale — cui alcuni Autori riconducono, quale effetto, la possibilità, per l'attore che abbia domandato la risoluzione per inadempimento in un primo processo, di chiedere l'adempimento in un processo successivo: l'estinzione del processo per rinuncia agli atti.

Poiché la rinuncia agli atti del giudizio richiede l'accettazione di tutte le parti costituite, e dunque anche del convenuto in risoluzione, non troverebbe luogo, in tal caso, l'esigenza di tutela dell'affidamento di quest'ultimo nell'avvenuto scioglimento del contratto¹⁴¹.

A questa ricostruzione si può opporre che, con la rinuncia agli atti, l'attore, con il consenso del convenuto, dispone del solo rapporto processuale¹⁴². Sul piano sostanziale nulla muta. Non si vede perché, dunque, dovrebbe essere accolta una soluzione diversa rispetto al caso dell'estinzione del processo per inattività delle parti,

¹³⁹ M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 236. Così anche P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 64; in senso dubitativo R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 650.

¹⁴⁰ Per tutti, S. PAGLIANTINI, *La risoluzione*, cit., 111 s.

¹⁴¹ Così R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 650; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 312.

¹⁴² R. VACCARELLA, voce *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 961 s.: «il collegamento della rinuncia agli atti con l'estinzione [...] fa sì che la rinuncia sia un mero atto processuale, del tutto 'astratto' rispetto alle ragioni che consigliano la parte a porlo in essere e del tutto insensibile ai fini che la parte, ponendolo in essere, si propone: un atto, pertanto, che produce sempre e soltanto l'effetto tipico previsto dalla legge, di determinare l'estinzione della fase processuale nel corso della quale è intervenuto [...]. Rinunciando agli atti le parti rinunciano esclusivamente al loro potere di provocare una pronuncia di merito in quel procedimento, e l'effetto della rinuncia è soltanto quello di privare il giudice del potere-dovere di emanare una (valida) pronuncia di merito». Cfr. anche A. SALETTI – T. SALVIONI, voce *Estinzione del processo (dir. proc. civ.)*, in *Diritto online Treccani*, 2015.

tanto più che, anche in questo caso, ai sensi del primo comma dell'art. 310 cod. proc. civ., la rinuncia, di regola, non estingue l'azione.

La questione si complica se si tiene presente che alla base di una rinuncia agli atti sta di solito un accordo transattivo, il quale potrebbe essere impugnato con conseguenze anche sul piano degli effetti del rapporto sottostante. Il tema meriterebbe però un'indagine a parte.

4.3. Una valutazione della soluzione dal punto di vista economico, alla luce del principio di effettività.

Concordemente con parte della dottrina, ma in parziale disaccordo con la giurisprudenza maggioritaria, si è giunti alla seguente conclusione: il divieto di domandare l'adempimento una volta chiesta la risoluzione, ai sensi del secondo comma dell'art. 1453 cod. civ., non trova applicazione solamente all'interno dello stesso processo, ma ha una portata più ampia, giustificata dalla sua natura extraprocessuale e dunque sostanziale. Così dovrà ritenersi inammissibile la domanda di adempimento proposta in un successivo giudizio da colui che abbia proposto la domanda di risoluzione in un precedente processo concluso con sentenza di rigetto in rito o estinto.

L'unico caso in cui è ammissibile la proposizione della domanda di adempimento una volta chiesta la risoluzione è il rigetto, con efficacia di giudicato, della domanda di risoluzione determinato dalle difese del debitore convenuto.

La regola, dunque, è il divieto di chiedere l'adempimento. L'eccezione è la possibilità di domandarlo, in un unico caso, pur certamente rilevante.

Può essere utile domandarsi se la soluzione sia opportuna non solo sul piano degli interessi giuridici coinvolti — sinora gli argomenti utilizzati sono stati quelli della tutela dell'affidamento, della coerenza, della certezza e così via — ma anche sotto il profilo dell'efficienza economica.

Due premesse si rendono necessarie. In primo luogo, si osserva che la soluzione raggiunta esprime un certo *favor* per lo scioglimento del contratto — o meglio per la sua non azionabilità da parte del contraente che abbia domandato la risoluzione —. Tale inclinazione può apparire in contrasto con la sensibilità emersa negli ultimi decenni tra i giuristi italiani con riguardo alle peculiari esigenze di

continuità di alcune tipologie contrattuali, e segnatamente di alcuni contratti di durata¹⁴³. Sulla scorta della dottrina americana dei *relational contracts*, anche i giuristi italiani hanno riconosciuto che alcuni contratti, caratterizzati da una relazione particolarmente stretta tra i contraenti, manifestata da investimenti specificamente finalizzati a quell'affare e non recuperabili *aliunde*¹⁴⁴, sono insofferenti ai c.d. rimedi demolitori in caso di sopravvenienze. Gli interpreti hanno così messo in dubbio l'efficienza del rimedio della risoluzione — nello specifico per eccessiva onerosità sopravvenuta — qualora questa si riveli distruttiva di ricchezza, e hanno invece proposto rimedi che favoriscano la continuità dell'affare¹⁴⁵.

Lo spirito che anima queste riflessioni, tuttavia, non sembra trovare spazio nella dinamica della risoluzione per inadempimento. Proponendo la domanda di risoluzione per inadempimento, difatti, la parte dà atto che la collaborazione si è rotta e che ritiene il rapporto irrecuperabile. L'ordinamento non deve allora premurarsi di mantenere in vita il contratto per quanto possibile ma, preso atto della crisi del rapporto, deve consentire alle parti la via di uscita migliore e più equilibrata.

In secondo luogo, parte della dottrina avverte che i rimedi contro l'inadempimento hanno un diverso impatto a seconda della tipologia negoziale. In alcuni contratti, in caso di inadempimento, non è centrale la questione della sopravvivenza del vincolo: per tali contratti il giudizio di risoluzione è sostanzialmente pleonastico¹⁴⁶ e, specularmente, le parti non avranno quasi mai interesse alla domanda di esecuzione in forma specifica¹⁴⁷. Si tratta dei contratti aventi ad oggetto beni fungibili e dei contratti di collaborazione. Nei primi, in caso di inadempimento, la priorità delle parti è sovente la possibilità di un pronto ritorno sul mercato, per ricollocare o reperire il bene: non serve il giudizio di risoluzione — e anzi esigenze di

¹⁴³ Opera di riferimento sul tema, cui ha fatto seguito copiosa letteratura, è F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

¹⁴⁴ V. per tutti O.E. WILLIAMSON., *L'organizzazione economica. Imprese, mercati e controllo politico*, Bologna, 1991 (trad. it. di L. Lambertini. Titolo originale: *Economic Organization. Firms, Markets and Policy Control*, Brighton, 1986), 144 ss.

¹⁴⁵ È il caso del c.d. obbligo di rinegoziazione, che troverebbe fondamento nel generale principio di buona fede. La proposta è di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit. Per un aggiornamento e i riferimenti si veda anche ID., voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II, 2, Milano, 2008, 1026 ss.

¹⁴⁶ V. ROPPO, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto*, in C. CONSOLO – I. PAGNI – S. PAGLIANTINI – V. ROPPO – M. MAUGERI (a cura di), *La risoluzione per inadempimento*, cit., 22 ss.

¹⁴⁷ R. COOTER – U. MATTEI – P.G. MONATERI – R. PARDOLESI – T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, II, II ed., Bologna, 2006, 148.

certezza indurrebbero a farne a meno ¹⁴⁸ —, perché non ha particolare rilievo una situazione di appartenenza. Per la medesima ragione, anche l'esecuzione in forma specifica non gioca un ruolo centrale. Nei secondi, invece, il giudizio di risoluzione nulla aggiunge alla realtà di fatto: se una delle parti si è convinta ad adire il giudice, la collaborazione è, di fatto, già cessata ¹⁴⁹. Né avrà senso la domanda di adempimento, specialmente se ha ad oggetto una prestazione di fare. In entrambe le fattispecie il rimedio che interessa alle parti è il risarcimento del danno.

Queste osservazioni assecondano l'interpretazione offerta dell'art. 1453, comma 2, cod. civ., tendente a cristallizzare le posizioni delle parti, precludendo la pretesa di adempimento dopo la domanda di risoluzione.

Vi sono però contratti — si osserva — per i quali tanto il giudizio di risoluzione quanto quello di adempimento possono essere significativi: si tratta dei contratti aventi ad oggetto beni infungibili, in cui dunque rilevano situazioni di appartenenza ¹⁵⁰. Ci si può chiedere dunque se generalizzare una soluzione tendente alla cristallizzazione delle posizioni delle parti sia opportuno anche in questo caso.

Anche qui la risposta passa dalla valutazione del contegno del contraente deluso. Questi, chiedendo la risoluzione, ha inequivocabilmente manifestato una presa di posizione rispetto alla situazione di appartenenza del bene, scegliendo di non pagarlo, se acquirente, lasciandolo alla controparte, oppure optando per la restituzione, se l'ha alienato. Proprio perché la situazione sostanziale oggetto del rapporto è particolarmente rilevante, sembra allora opportuno tutelare l'affidamento della controparte nella scelta dell'attore e precludergli successivamente la strada dell'adempimento. Altro discorso, che occorrerà affrontare, è se non sia auspicabile una regola che offra certezza su una più rapida liberazione delle parti, anziché lasciare il contratto in uno stato di quiescenza ¹⁵¹.

Manifestato il disinteresse per l'adempimento, anche in questo caso — oltre alle eventuali restituzioni — il rimedio cui potrà puntare il contraente deluso è il risarcimento del danno. Non sembrano quindi esservi particolari esigenze per tutelare la pretesa del contraente deluso all'esecuzione in forma specifica.

¹⁴⁸ V. ROPPO, *Giudizialità e stragiudizialità*, cit., 26 ss. Sul punto cfr. *infra*, cap III.

¹⁴⁹ ID., *Giudizialità e stragiudizialità*, cit., 22 ss., parla, in proposito, di «forza del fatto».

¹⁵⁰ ID., *Giudizialità e stragiudizialità*, cit., 18 ss.; R. COOTER – U. MATTEI – P.G. MONATERI – R. PARDOLESI – T. ULEN, *Il mercato delle regole*, cit., 148.

¹⁵¹ *Infra*, cap. III, par. 6.2.1.

Ciò premesso, è quindi possibile guardare agli interessi economici ingenerati dalla domanda di risoluzione.

In una situazione fisiologica, la domanda di risoluzione manifesta l'intenzione del contraente deluso di sciogliersi dal contratto: c'è dunque da attendersi che egli intenda reimpiegare la propria prestazione il prima possibile e con minori costi possibile e reperire al più presto una prestazione succedanea a quella di controparte.

In una situazione patologica, cui mira a rimediare il secondo comma dell'art. 1453 cod. civ., l'interesse del contraente che domanda la risoluzione non è così univoco. È però univoco, in entrambi i casi, l'interesse della parte contro cui è domandata la risoluzione: anch'egli, a fronte dell'intenzione manifestata dalla controparte di sciogliere il contratto, vorrà collocare *aliunde* la propria prestazione e reperire una prestazione succedanea nel minor tempo e al minor costo possibile.

In questa situazione, la pendenza del giudizio di risoluzione determina, di per sé, un'incertezza poco apprezzabile ¹⁵²: se, come si insegna tradizionalmente, il contratto non è sciolto sino alla sentenza, per anni le parti possono non essere sicure della sorte del contratto. Rispetto a tale incertezza, però, le parti possono fare i loro calcoli: possono cioè valutare il rischio dell'esito della lite e determinare il proprio comportamento di conseguenza ¹⁵³.

Se a tale incertezza — fisiologica in un modello di risoluzione giudiziale — si aggiunge un'ulteriore causa di insicurezza, quale la possibilità incontrollata che il contraente deluso che ha domandato la risoluzione possa chiedere l'adempimento — nello stesso giudizio come in giudizi diversi, a prescindere dall'esito del giudizio precedente — la situazione si complica notevolmente, perché moltiplica le variabili e i rischi che controparte deve fronteggiare per calcolare razionalmente cosa le convenga fare.

Una soluzione tendenzialmente severa nei confronti del contraente che ha domandato la risoluzione si presta così ad assicurare certezza relativamente alla situazione determinata per effetto della domanda. Tale certezza è essenziale nella

¹⁵² Motivo per cui è da molti messa in dubbio l'opportunità della regola della risoluzione giudiziale, che con i suoi tempi mantiene a lungo tale situazione di incertezza. Cfr. *infra*, cap. III.

¹⁵³ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 911 s.

dinamica della risoluzione ¹⁵⁴, perché permette alle parti di comportarsi in modo più razionale e prevedibile, nonché di allocare le risorse nel modo migliore.

Al tempo stesso, il contraente deluso non resta sfornito di tutela, ma dispone, ove ne ricorrano i presupposti, del risarcimento del danno. Come illustrato, quest'ultimo rimedio è in molti casi il solo a interessare alla parte non inadempiente ed è in ogni caso coerente con il manifestato interesse allo scioglimento del contratto ¹⁵⁵.

Ben s'intende, dunque, che la preclusione non operi quando il debitore abbia contestato vittoriosamente la domanda di risoluzione avversaria: in tal caso egli si è mostrato pronto ad adempiere e dunque la successiva condanna all'adempimento non lede il suo affidamento.

Anche sotto il profilo dell'effettività, quale principio volto ad assicurare un rimedio adeguato al soddisfacimento degli specifici interessi in gioco ¹⁵⁶, il risarcimento del danno pare il rimedio generale meno invasivo e al tempo stesso il più delle volte sufficiente a soddisfare l'interesse del creditore. Il disincentivo verso la pretesa di adempimento in ogni tempo e a qualunque costo sembra, sotto questo aspetto, particolarmente rispettosa degli interessi economici delle parti e dunque, nel suo realismo, maggiormente rispettosa del citato principio di effettività.

4.4. Conclusioni: la natura anche sostanziale del divieto, la sua portata e la persistente lacuna dei «contratti morti».

Si è giunti alla seguente conclusione: alla parte che abbia domandato la risoluzione del contratto è preclusa la domanda di adempimento nello stesso processo e in successivi processi se il primo giudizio ha avuto un esito diverso dal rigetto nel merito dovuto alle difese del convenuto.

La norma, così interpretata, sanziona la parte adempiente tutte le volte in cui questa non si sia stata sufficientemente accorta da proporre — in via subordinata

¹⁵⁴ Eloquente il titolo di un paragrafo del recente lavoro di V. ROPPO, *Giudizialità e stragiudizialità*, cit., 27; C. CONSOLO, *Della risoluzione per inadempimento anche stragiudiziale, senza processo, purché (fuori dagli artt. 1453 e 1456) ... per contratto anche tacito (o discordia concors per acquiescenza)*, ivi, 41 ss.

¹⁵⁵ Il risarcimento del danno è, inoltre, il rimedio meno invasivo e meno lesivo delle posizioni di terzi. È quanto illustrano G. CALABRESI – A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of The Cathedral*, 85 *Harv. L. Rev.* 1089 1971-1972.

¹⁵⁶ Da ultimo, per tutti, v. G. VETTORI, voce *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, 381 ss.

rispetto all'infondata domanda di risoluzione — anche la domanda di adempimento, ad esclusione del caso in cui non vi sia un affidamento di controparte da tutelare.

La regola, fedele alla sua *ratio* storica ma al tempo stesso non ingessata, sembra opportuna anche nell'ottica di salvaguardare la certezza dei rapporti giuridici e di incentivare il reimpiego delle prestazioni contrattuali una volta innescata da una delle parti la dinamica della risoluzione per inadempimento, trasferendo principalmente sul risarcimento del danno le aspettative di tutela della parte delusa.

Occorre sottolineare da ultimo che, così interpretata la norma, permane l'aporia dei «contratti giuridicamente morti»: ogni volta in cui il giudizio di risoluzione ha un esito diverso dall'accoglimento della domanda o dal rigetto nel merito, dipendente dalle difese del debitore convenuto, il contraente deluso si trova in mano un contratto che non ha potuto risolvere, ma del quale non può chiedere l'adempimento.

La conclusione non sorprende: al centro della vicenda, a ben guardare, vi è un onere di autoresponsabilità. Così come il convenuto, qualora si difenda vittoriosamente nel merito contro la domanda di risoluzione, dev'essere pronto ad affrontare un successivo giudizio di adempimento, anche l'attore che propone la domanda di risoluzione deve valutare accuratamente la propria strategia, senza che la sua mancata accortezza debba andare a detrimento degli interessi della controparte e generali. La mancanza di azionabilità di alcuni contratti, allora, trova spiegazione non tanto nella dicotomia «efficacia-inefficacia» del contratto, quanto in una perdita di un potere, in capo all'attore, dovuta alla sua precedente condotta e agli affidamenti da questa ingenerati.

Nondimeno, l'ammissione di contratti «morti» è imbarazzante per il sistema, anche perché ad essere legata al contratto non è soltanto la parte creditrice della prestazione non adempiuta, ma anche la controparte. Si rende pertanto desiderabile un'interpretazione delle regole tale da superare questa aporia ¹⁵⁷.

¹⁵⁷ *Infra*, cap. III, par. 6.2.1.

5. *La natura giuridica del divieto: la domanda di risoluzione come «atto responsabile».*
5.1. *Il divieto di cui all'art. 1453, comma 2, cod. civ., la rinuncia tacita e gli atti non negoziali che comportano la perdita del diritto.*

Se il divieto di cui all'art. 1453, comma 2, cod. civ. ha una portata sostanziale, uno sforzo ricostruttivo ulteriore può essere svolto per comprendere di fronte a quale tipo di dinamica sostanziale ci troviamo: se, cioè, la domanda di risoluzione sia un atto di disposizione del diritto all'adempimento o se invece la preclusione ricada sulla successiva domanda di adempimento come una sanzione.

Si trova affermato — per vero sporadicamente — che la proposizione senza riserve della domanda di risoluzione varrebbe come rinuncia tacita alla pretesa di adempimento¹⁵⁸. La stessa relazione del Guardasigilli, nell'illustrare la preclusione, può prestare il fianco a tale ricostruzione, utilizzando un linguaggio di stampo volontaristico: «scegliendo la risoluzione, il contraente implicitamente dichiara di non avere più interesse al contratto».

Per valutare la compatibilità tra il sistema delineato dall'art. 1453, comma 2, cod. civ. e il modello negoziale della rinuncia tacita occorre brevemente ricordarne i tratti essenziali individuati dalla dottrina.

La rinuncia¹⁵⁹ è un atto unilaterale non recettizio¹⁶⁰ a forma libera, salvi i casi espressamente previsti dalla legge¹⁶¹. La rinuncia produce un effetto dismissivo, attraverso il quale il soggetto del rapporto giuridico fa uscire dal suo patrimonio il rapporto oggetto di rinuncia¹⁶². Abdicando alla situazione giuridica di cui è titolare il

¹⁵⁸ Con riguardo al sistema del codice previgente, utilizza il termine «rinuncia» all'interno della sua analisi G.G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., 460 ss. A. SMIRLODO, *Profili della risoluzione*, cit., 302 menziona l'istituto per escludere che la norma considerata preveda una fattispecie di rinuncia. Parla di rinuncia, commentando la norma di cui all'art. 1492, comma 2, cod. civ. in parallelo con l'art. 1453 cod. civ., C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, II, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1993, 957.

¹⁵⁹ A. BOZZI, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, in *Nov. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1140 ss.; F. MACIOCE, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 923 ss.; L.V. MOSCARINI, voce *Rinuncia I – diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994; P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968; F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova, 1971; R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Tratt. Sacco*, Assago, 2005, *passim* e spec. 418 ss.; F. SATTA, *La rinuncia tacita ad impugnare la deliberazione assembleare annullabile e la regola «protestatio contra factum non valet»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, 671 ss.; G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. IX, Assago, 2014, 604 ss.; V. TEDESCHI, *L'acquiescenza del creditore alla prestazione inesatta*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, II, Torino, 1960, 1579 ss.

¹⁶⁰ Si veda ad esempio L.V. MOSCARINI, voce *Rinuncia*, cit., 6.

¹⁶¹ Ha forma scritta la rinuncia ai diritti reali su beni immobili e mobili registrati, ai sensi dell'art. 1350, comma 1, n. 5, cod. civ.

¹⁶² P. PERLINGIERI, *Remissione*, cit., 76.

rinunciante modifica così, quanto meno sotto il profilo soggettivo, il rapporto giuridico¹⁶³. Effetti ulteriori, come l'estinzione del diritto, sono meramente accidentali¹⁶⁴.

La rinuncia è ritenuta dalla dottrina un atto negoziale¹⁶⁵: ciò significa che la volontà del rinunciante deve coinvolgere tanto l'atto quanto l'effetto tipico¹⁶⁶.

Come conseguenza del principio di libertà della forma della rinuncia, è pacificamente ammessa la rinuncia tacita. In tal caso, la giurisprudenza ripete costantemente che la rinuncia deve consistere in un comportamento del titolare del diritto assolutamente incompatibile con la volontà di esercitarlo e dal quale sia invece desumibile univocamente la volontà di dismetterlo. Tale volontà non può essere presunta¹⁶⁷. Non costituiscono perciò rinuncia tacita né il mero silenzio né il mancato esercizio del diritto per un periodo di tempo anche inusualmente lungo¹⁶⁸.

La rinuncia tacita è stata accuratamente studiata da una tradizione comparatistica e civilistica che contrappone due modelli di atto dismissivo del diritto: il modello negoziale di stampo romanistico e il modello non negoziale di stampo germanico¹⁶⁹. In entrambi i casi l'effetto è il medesimo: la perdita del diritto da parte

¹⁶³ F. MACIOCE, voce *Rinuncia*, cit., 926.

¹⁶⁴ P. PERLINGIERI, *Remissione*, cit., 76: «L'effetto essenziale e costante che caratterizza la rinuncia è la perdita del diritto da parte del soggetto rinunciante, mentre l'estinzione dello stesso è effetto secondario, riflesso, eventuale». A conferma dell'enunciato l'Autore ricorda, ad esempio, il caso della rinuncia del comunista, il cui diritto si accresce agli altri (su cui, *ex multis*, Cass., 9 novembre 2009, n. 23691, in *De Jure*).

¹⁶⁵ Da ultimo, in una recente ricognizione, P. GALLO, *I contratti. Le promesse unilaterali. L'apparenza*, Torino, 2017, 625.

¹⁶⁶ Come noto, citando la più autorevole dottrina, nel negozio giuridico «[n]on solo l'azione è voluta come negli atti giuridici in senso stretto, ma l'azione è espressione di una volontà diretta a uno scopo e come tale è giuridicamente rilevante. Il negozio giuridico consta, pertanto, di questi due elementi: l'uno esterno, che è l'atto, e l'altro interno, che è la volontà». Così F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., rist. 2012, 125 s.

¹⁶⁷ Così, da ultimo, Cass., 3 ottobre 2018, n. 24139, in *De Jure*: «La rinuncia ad un diritto oltre che espressa può anche essere tacita; in tale ultimo caso può desumersi soltanto da un comportamento concludente del titolare che riveli in modo univoco la sua effettiva e definitiva volontà abdicativa; al di fuori dei casi in cui gravi sul creditore l'onere di rendere una dichiarazione volta a far salvo il suo diritto di credito, il silenzio o l'inerzia non possono essere interpretati quale manifestazione tacita della volontà di rinunciare al diritto di credito, la quale non può mai essere oggetto di presunzioni».

¹⁶⁸ Come si vedrà a breve nel testo, il sistema italiano, conformandosi a quello francese, è rimasto fedele alla necessità di un atto di volontà, quale la rinuncia, affinché si produca l'effetto estintivo del diritto. Diversamente, il sistema tedesco conosce da tempo l'istituto giurisprudenziale della *Verwirkung*, il quale «comporta la perdita del diritto soggettivo in seguito alla inattività del titolare, durata per un periodo di tempo non determinato a priori, ed alla concorrenza di circostanze idonee a determinare una affidamento meritevole di tutela in base al principio di buona fede» (S. PATTI, voce *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 722). È sufficiente osservare dunque, per il momento, che in entrambi i sistemi la mera inerzia, a meno che non conduca al decorso del termine di prescrizione, non comporta di per sé l'estinzione del diritto.

¹⁶⁹ Nella dottrina italiana l'analisi in parallelo dei due modelli, quello della rinuncia tacita e quello della *Verwirkung*, è stata condotta, in particolare, da F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, cit. L'Autore

del titolare. Nel modello romanistico, però, la perdita è sovente spiegata ricorrendo al concetto di rinuncia tacita: il titolare non può più esercitare il diritto perché vi ha rinunciato con comportamenti concludenti ¹⁷⁰. Nel diritto germanico, invece, la perdita del diritto non viene fatta risalire a un atto negoziale, ma a una preclusione al successivo esercizio del diritto da parte di colui il quale abbia ingenerato in altri l'affidamento circa la dismissione del diritto stesso: si tratta di un'applicazione del divieto di *venire contra factum proprium*, il cui esempio più noto e tipizzato a livello giurisprudenziale è la *Verwirkung*, ossia la perdita del diritto per il suo mancato esercizio per un lungo lasso temporale da parte del titolare, in concorso con circostanze idonee a determinare un affidamento meritevole di tutela in altri soggetti ¹⁷¹.

Da tempo, tuttavia, tale contrapposizione è messa in dubbio sotto un duplice profilo. Da un lato si è rilevato come nel diritto applicato sia gli ordinamenti romanistici sia quelli germanici raggiungano gli stessi risultati pur ricorrendo, sul piano formale, ad argomentazioni diverse: i giuristi neo-latini parlano di rinuncia tacita laddove i tedeschi parlano di *Verwirkung* ¹⁷². Dall'altro lato, anche nel nostro ordinamento sono conosciuti e studiati fatti e comportamenti che importano la perdita di un diritto pur non inserendosi nel modello della rinuncia tacita.

In tal senso si distingue la rinuncia tacita da altre fattispecie in cui possono crearsi affidamenti anche particolarmente qualificati, ma nelle quali è assente un atto o un comportamento concludente direttamente finalizzato alla dismissione del diritto da parte del suo titolare. È il caso del silenzio o dell'inattività, i quali, in alcuni casi, possono produrre effetti, tra cui la perdita del diritto ¹⁷³. È anche il caso della tolleranza

giunge alla conclusione che, nonostante le differenze argomentative — la fedeltà dei giudici francesi e italiani al modello negoziale e quella dei giudici tedeschi all'istituto della *Verwirkung* —, le due soluzioni muovano da esigenze sostanzialmente uniformi e conducano a risultati assimilabili. Sul tema cfr. inoltre S. PATTI, voce *Verwirkung*, cit.

¹⁷⁰ F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, cit., 65 ss.

¹⁷¹ ID., *Rinuncia tacita e Verwirkung*, cit., 14 ss.; S. PATTI, voce *Verwirkung*, cit. Da ultimo, R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 234 individua nella *Verwirkung* un «tronco» nato dalla radice del divieto di contraddizione, divenuto istituto autonomo tipizzato da dottrina e giurisprudenza.

¹⁷² F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, cit., 120 ss.

¹⁷³ Si pensi a istituti come la prescrizione e l'acquiescenza. Sull'acquiescenza sostanziale, la sua negozialità e le differenze tra il modello continentale negoziale e il modello germanico del *venire contra factum proprium* cfr. V. TEDESCHI, *L'acquiescenza del creditore*, cit., spec. 1586 ss. In una nota sentenza, la Corte di cassazione ha espressamente escluso che nell'ordinamento italiano sia riscontrabile un istituto analogo a quello della *Verwirkung*, concludendo che il semplice ritardo del titolare nell'esercitare il diritto non costituisce *ex se* condotta contraria a buona fede. Così Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, in *Riv. dir. civ.*, 2005, con nota di F. ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*,

di fronte all'inadempimento altrui o alla violazione del diritto da parte di altri soggetti¹⁷⁴, su cui avremo modo di tornare in seguito¹⁷⁵.

Sul punto, per tenere distinte queste fattispecie dalla rinuncia, è prezioso l'insegnamento di chi, a proposito della differenza tra rinuncia tacita e tolleranza (la quale, a certe condizioni, preclude l'esercizio del diritto), servendosi dell'istituto giuridico della *Verwirkung*, scrive: «Nel caso della *Verwirkung* il comportamento rileva [...] come elemento che determina il sorgere di un affidamento. Si prescinde dalla ricerca dell'intento del titolare del diritto e si valuta unicamente l'incidenza che la sua tolleranza ha avuto nei confronti della controparte. Dalla valutazione del comportamento possono derivare effetti sfavorevoli al titolare del diritto e certamente da lui non voluti. In definitiva, l'accertamento dell'esistenza di una rinuncia tacita, anche se determina la perdita del diritto, comporta un risultato che non contrasta con la volontà del titolare perché costituisce la realizzazione di un suo atto di disposizione del diritto. A seguito della tolleranza, invece, data l'esigenza di tutelare l'affidamento che il comportamento ha determinato, viene imposto al titolare del diritto un sacrificio che non trova fondamento nella sua volontà ma nella limitazione che la legge impone a tutti i diritti privati tramite la norma di buona fede»¹⁷⁶.

Il passo citato esprime la differenza decisiva tra la rinuncia tacita e quegli atti o comportamenti, particolarmente rilevanti nel diritto tedesco ma conosciuti anche dal nostro ordinamento, in cui la perdita del diritto non è l'effetto di un negozio giuridico ad essa finalizzato: nel caso della rinuncia, la dismissione del diritto è coerente con la volontà del titolare del diritto; nell'altro caso, la perdita del diritto si verifica a prescindere dalla volontà del titolare o in contrasto con essa.

Sulla base di queste considerazioni è possibile tornare all'interrogativo da cui siamo partiti: se l'estinzione del diritto all'adempimento prevista dall'art. 1453, comma 2, cod. civ. sia l'effetto di una rinuncia tacita, manifestata dalla proposizione della domanda di risoluzione.

Delineate, pur brevemente, le due categorie di atti e comportamenti dismissivi, ossia quella negoziale della rinuncia tacita e quella non negoziale, sembra di poter

¹⁷⁴ Sul punto cfr. S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978; ID., voce *Tolleranza (atti di)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 701 ss.

¹⁷⁵ *Infra*, cap. III, par. 2.1.

¹⁷⁶ S. PATTI, *Profili della tolleranza*, cit., 56.

affermare che chi domanda la risoluzione non esprime, con ciò stesso, la volontà di dismettere il rapporto contrattuale: invoca un rimedio, ma non possiamo dire che dismetta volontariamente la propria posizione contrattuale. La perdita della pretesa all'adempimento non è, perciò, necessariamente conforme alla volontà del contraente deluso che ha chiesto la risoluzione e non è certamente l'unico effetto cui mira l'atto¹⁷⁷.

Chi domanda la risoluzione, però, può ingenerare nella controparte l'affidamento nel suo disinteresse verso la prestazione oggetto del contratto. La perdita della pretesa all'adempimento non è allora l'effetto di una rinuncia, ma assomiglia maggiormente all'altra categoria: quella della perdita del diritto contro la (o a prescindere dalla) volontà del titolare.

5.2. La domanda di risoluzione come «opzione».

Si è detto che il divieto di domandare l'adempimento è un effetto prodotto *praeter* o *contra* la volontà del contraente che ha domandato la risoluzione ed è come tale assimilabile a quelle fattispecie in cui il titolare perde il diritto come effetto dell'affidamento da lui ingenerato verso terzi specificamente individuati o verso la collettività nel suo insieme.

Tuttavia, rispetto alle fattispecie cui si è fatto rapido riferimento appena sopra (silenzio, inerzia, tolleranza), vi è, nel caso che ci occupa, una palese differenza: nel nostro caso il contraente deluso esercita una scelta e compie un atto, peraltro formalizzato in una domanda giudiziale. Sebbene non concreti una rinuncia alla posizione contrattuale, la domanda di risoluzione è, senz'altro, un atto giuridico.

A livello descrittivo, per meglio inquadrare la fattispecie, può allora essere utile recepire l'insegnamento di autorevole dottrina che riconduce la dinamica della risoluzione per inadempimento alla famiglia di quelle che denomina «fattispecie ad effetto opzionale»¹⁷⁸. Si tratta di quelle fattispecie in cui la produzione di un certo effetto giuridico dipende da una manifestazione di volontà di un soggetto. L'ampia categoria si presta così a ricomprendere i diritti potestativi (si pensi al recesso), le

¹⁷⁷ Con la domanda di risoluzione il contraente deluso, normalmente, fa anche valere la propria pretesa al risarcimento del danno, con ciò intendendo soddisfare un duplice interesse: quello a ottenere il profitto atteso dall'esecuzione del contratto e, contemporaneamente, quello a liberarsi dalla propria obbligazione.

¹⁷⁸ R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 46 ss. e spec. 52.

eccezioni con cui la parte processuale dispone del diritto (su tutte la prescrizione), i rimedi contrattuali (annullamento e risoluzione su tutti).

Questa categoria trasversale ha il pregio di porre in luce l'aspetto dinamico degli istituti interessati: viene difatti messa al centro della ricostruzione la scelta del titolare del diritto, cui l'ordinamento concede la possibilità di attivare o meno una certa dinamica.

La scelta, per quanto libera, comporta conseguenze, perché modifica direttamente la realtà sostanziale o attiva meccanismi previsti dall'ordinamento e volti al raggiungimento del fine perseguito dal titolare del diritto ¹⁷⁹.

Alcuni degli effetti della scelta del titolare del diritto incidono sulla posizione sostanziale degli altri soggetti del rapporto: una su tutte la creazione di affidamenti.

È tra queste conseguenze che sembra inserirsi il divieto di domandare l'adempimento per chi abbia chiesto la risoluzione del contratto: la manifestazione dell'intento di risolvere il contratto ha effetti diretti nella sfera giuridica della controparte, che l'ordinamento si preoccupa di tutelare.

Perché, allora, vietare la domanda di adempimento? La ragione sembra essere che tale domanda è connotata da un disvalore che ne impedisce l'accoglimento. Tale disvalore è dovuto al fatto che il contraente deluso ha ritrattato la propria scelta: ha cioè tenuto un comportamento che, contraddicendo la condotta precedente, ha interferito con le aspettative e gli affidamenti da questa generati.

È allora il caso di chiedersi se il divieto espresso dal legislatore italiano nell'art. 1453, comma 2, cod. civ. possa essere una manifestazione di un più ampio principio di non contraddizione: se, cioè, sia vero, come insegna la dottrina citata, che «il sistema dell'opzionalità opera assistito dalla ratio etica. Il soggetto del potere di scelta non può optare e poi cambiare idea, non può creare affidamenti e disillusioni» ¹⁸⁰.

¹⁷⁹ È bene precisare che, attraverso la scelta, il titolare del diritto o dell'azione non modifica necessariamente la realtà sostanziale: ciò accade sicuramente nel caso dell'esercizio dei diritti potestativi; non invece nel caso dell'invocazione dei rimedi contrattuali a necessario esercizio giudiziale — quale la risoluzione *ex art.* 1453, comma 1, cod. civ., appunto (salvo quanto si avrà modo di dire a proposito dell'opinione di chi, tra cui lo stesso Sacco, riconduce alla proposizione della domanda di risoluzione l'effetto risolutivo: cfr. *infra*, cap. III, par. 3).

¹⁸⁰ R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 49.

5.3. *La domanda di risoluzione come atto responsabile e il disvalore della successiva domanda di adempimento: un'epifania del divieto di venire contro il fatto proprio?*

Prima di procedere oltre occorre soffermarsi sul significato dell'indagine che stiamo svolgendo. Il divieto di cui all'art. 1453, comma 2, cod. civ. è un divieto espressamente previsto dal legislatore e l'applicazione giurisprudenziale e l'interpretazione dottrinale ne permettono una spiegazione autonoma e in larga parte soddisfacente. Perché, dunque, insistere nel cercare la riconducibilità di questa norma a una categoria o una *ratio decidendi* di più ampia portata?

L'indagine merita di essere condotta per due ragioni: da un lato per meglio spiegare il funzionamento della norma, perché ricondurre il divieto a una categoria più ampia può permettere di confermare con maggior consapevolezza o rivedere le conclusioni cui si è giunti sulla sua natura e la sua portata. Dall'altro, un inquadramento sistematico di più ampio respiro può essere funzionale al prosieguo dell'indagine, per aiutare a capire come i conflitti che possono sorgere nella dinamica della risoluzione da inadempimento sono risolti nel nostro ordinamento.

Fatta questa premessa, torniamo alla scelta operata dal contraente deluso e agli affidamenti che essa genera.

Indagini comparatistiche dimostrano come tutti gli ordinamenti giuridici conoscano, come istituti di creazione giurisprudenziale o *rationes decidendi* occulte, fattispecie in cui a una determinata condotta del titolare del diritto consegue la preclusione all'esercizio del diritto stesso in un momento successivo. Istituti di questo tipo sono, ad esempio, la *Verwirkung* tedesca e l'*exceptio doli* del diritto romano, l'*estoppel* di *common law*, l'abuso del diritto. Un argomento, più o meno esplicito, che giustifica l'applicazione di istituti di tal genere è sovente il divieto di contraddizione, espresso anche dalla formula *nemo contra factum proprium venire potest*. Segno comune di tutti questi istituti e argomenti, pur nella loro diversità, sarebbe il fatto che dà luogo alla vicenda giuridica, definito «atto responsabile»¹⁸¹: un atto, ma anche una condotta, che crea un'apparenza e ingenera negli altri l'affidamento sulla situazione apparente. Chi ha dato luogo all'apparenza e al relativo affidamento non può, successivamente, ritrattare ed esercitare, pur in modo formalmente lecito, un potere in contrasto con l'affidamento creato.

¹⁸¹ R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 227 ss.

Nell'ordinamento italiano il ruolo di precludere l'esercizio di diritti in contrasto con le aspettative altrui è svolto, su un piano più generale, dal divieto di abuso del diritto — istituto di particolare ampiezza che esula dall'oggetto della presente trattazione — e, più nel particolare, dall'*exceptio doli generalis*.

Quest'ultima ¹⁸², risalente al diritto romano, è un rimedio volto a precludere l'esercizio di un diritto che, pur strettamente conforme all'ordinamento, lede gli affidamenti sorti tra le parti ¹⁸³. Oggi l'istituto, a lungo sopravvissuto come *ratio decidendi* occulta nel nostro ordinamento ¹⁸⁴, è sovente applicato dalla giurisprudenza e studiato dalla dottrina ¹⁸⁵, nonché riconosciuto come specificazione del principio di buona fede, per quanto, da parte di autorevoli Autori, ne vengano criticati il fondamento e il rigore applicativo ¹⁸⁶.

¹⁸² In generale sul tema, nella dottrina italiana, cfr. A.A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, 147 ss.; L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Padova, 2006; G. MERUZZI, *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005; ID., *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, in *Contratto e impr.*, 2007, 1369 ss.; F. RANIERI, voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1991, 311 ss.; C. ROMEO, *Exceptio doli generalis ed exceptio doli specialis*, nota a Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, in *Contratti*, 2007, 980 ss.; A. TORRENTE, voce *Eccezione di dolo*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 218 ss.

¹⁸³ V. per tutti F. RANIERI, voce *Eccezione di dolo generale*, cit., 312.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ L'*exceptio doli* trova frequente applicazione nel diritto vivente. Tra le fattispecie più note, l'istituto è applicato: nel caso di escussione di una fideiussione a prima richiesta — o contratto autonomo di garanzia — quando il debito garantito sia già estinto o comunque non esigibile, ad esempio, per nullità del titolo (Cosi, nella giurisprudenza più recente, Cass., 11 dicembre 2018, n. 31956, in *De Jure*; Cass., 31 luglio 2015, n. 16213, *ivi*); di frazionamento del credito (cfr., anche se la Corte non menziona espressamente l'*exceptio*, Cass., S.U., 15 novembre 2007, n. 23726, in *De Jure* e, da ultimo, Cass., 19 gennaio 2018, n. 1356, in *Corr. giur.*, 2018, 759 ss., con nota critica di F. Festi). Sul tema sono tornate recentemente le Sezioni Unite, la cui motivazione tiene conto dei principi elaborati all'interno della categoria, confinante con quella dell'*exceptio*, dell'abuso del processo (Cass., S.U., 16 febbraio 2017, n. 4090, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1302 ss., con nota di M.F. GHIRGA, *Frazionamento dei crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*). Da ultimo, è stata sottoposta alle Sezioni Unite una fattispecie in cui avrebbe potuto trovare applicazione, secondo parte della giurisprudenza, l'*exceptio*, quale espressione del generale principio di buona fede e di divieto di abuso dello strumento processuale: l'impugnazione, da parte dell'investitore, delle sole singole operazioni d'investimento a lui sfavorevoli svolte in esecuzione di un contratto quadro viziato, la c.d. «nullità selettiva» (l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite è Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927, tra gli altri in *Corr. giur.*, 2019, 172 ss., con nota di D. MAFFEIS, *Nullità selettive: la "particolare importanza" di selezionare calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa tra opportunisti*). La decisione delle Sezioni Unite (Cass., S.U., 4 novembre 2019, n. 28314, citata *infra*, al cap. III, par. 2.2.2) non ha fatto espresso uso dell'*exceptio doli* nell'enunciazione del principio di diritto, ma ad un'eccezione «di buona fede» opponibile dall'intermediario convenuto nei limiti del *petitum* azionato dall'investitore.

¹⁸⁶ G. CATTANEO, *Buona fede e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 638, parla di «concetto a sua volta sostanzialmente ambiguo, data la varietà di applicazioni che ne sono state proposte, e per conseguenza discutibile anche sul piano sistematico, a causa della diversità dei fenomeni che potenzialmente esso potrebbe designare».

Si avrà modo di tornare sull'*exceptio doli* quando si affronteranno fattispecie non regolate espressamente da una norma, nonché quando si cercheranno di tracciare le linee complessive del sistema ¹⁸⁷.

In questa sede, invece, il richiamo all'*exceptio doli*, per quanto utile a fini descrittivi, è senz'altro improprio: l'*exceptio* preclude l'esercizio di un diritto formalmente azionabile quando tale esercizio si rivela difforme a giustizia. Essa dunque opera, per definizione, come rimedio non scritto. Nel nostro caso, invece, l'oggetto dell'indagine è un divieto espresso: non vi è bisogno di un rimedio atipico per precludere la domanda di adempimento successiva a quella di risoluzione.

È però interessante, ai nostri fini, una delle *rationes* normalmente sottese all'*exceptio doli*: il divieto di *venire contra factum proprium* ¹⁸⁸. Quest'ultimo, più che un istituto, è un argomento ¹⁸⁹ particolarmente valorizzato dalla dottrina tedesca dell'inizio del XX secolo come espressione del generale principio di buona fede e utilizzato nell'ordinamento tedesco, da un lato, a sostegno della preclusione dell'esercizio arbitrario dei diritti e, dall'altro, come abbiamo già visto, quale giustificazione dell'istituto della *Verwirkung* ¹⁹⁰.

Nonostante la giurisprudenza italiana non ne facesse sovente un utilizzo espresso ¹⁹¹, la recente dottrina ha studiato con attenzione questo argomento, cercando di comprendere se trova posto, nel diritto italiano, un generale divieto di contraddizione ¹⁹². Una conclusione in linea con la ricostruzione sin qui proposta è quella secondo cui l'ordinamento italiano non vieta la contraddizione in sé, ma la contraddizione che lede un legittimo affidamento ¹⁹³, intervenendo e ponendo un limite all'esercizio del diritto.

Gli studi specificamente dedicati al brocardo non menzionano la norma di cui all'art. 1453, comma 2, cod. civ. tra le regole del Codice civile italiano ritenute

¹⁸⁷ *Infra*, cap. III.

¹⁸⁸ Il tema del divieto di contraddizione ha ricevuto particolare attenzione da parte della dottrina italiana nel corso della prima decade del secolo. Si vedano, sul punto, F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006; F. FESTI, *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"*, Milano, 2007; D. MAFFEIS, *Forma ad substantiam, gestione di affari e divieto di venire contro il fatto proprio*, nota a Trib. Roma, 13 luglio 2004, in *Giust. civ.*, 2005, 1938 ss.; A.P. SCARSO, *Venire contra factum proprium e responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 513 ss. e ancora R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 231 ss.

¹⁸⁹ Di «criterio pratico» parla G. CATTANEO, *Buona fede e abuso del diritto*, cit., 639.

¹⁹⁰ R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 231 ss.

¹⁹¹ Di «applicazione occulta» parla D. MAFFEIS, *Forma ad substantiam*, cit., 1939.

¹⁹² Cfr., in particolare, l'indagine di F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, cit.

¹⁹³ ID., *Venire contra factum proprium*, cit., 237.

espressione del generale divieto di contraddizione¹⁹⁴. Viceversa, taluni studiosi della risoluzione del contratto spiegano il divieto di cui alla norma in commento ricorrendo esattamente al divieto di contraddizione. Leggiamo così, in uno dei primi studi specificamente dedicati al problema del divieto di domandare l'adempimento una volta chiesta la risoluzione, che «quand'anche non vi fosse il secondo comma dell'art. 1453, chi agisce in risoluzione potrebbe chiedere l'adempimento solo in via subordinata o in successivo processo, non potendosi volere nello stesso tempo la risoluzione e la conservazione del contratto, per la contraddizione che nol consente»¹⁹⁵.

Il divieto di cui all'art. 1453, comma 2, cod. civ. sembra effettivamente ispirato a sanzionare la contraddizione di chi prima ingeneri l'affidamento nella controparte circa il proprio disinteresse verso la prestazione e poi ne chieda l'esecuzione. Il divieto, difatti, sanziona esattamente la condotta di chi, manifestata una certa intenzione, tiene successivamente un comportamento antitetico.

In tal senso, la domanda di risoluzione ricalcherebbe il modello dell'«atto responsabile» cui si è poc'anzi fatto cenno: dopo averla proposta l'attore non può più agire arbitrariamente, ma è vincolato alla situazione di apparenza e affidamento creata e deve rispettare l'affidamento della controparte.

Con ciò non s'intende prendere posizione sull'esistenza di un principio di non contraddizione immanente nell'ordinamento italiano. L'indagine sin qui svolta offre tuttavia molteplici elementi per ritenere il divieto di cui all'art. 1453, comma 2, cod. civ. fondato su un'esigenza di tutela dell'affidamento contro comportamenti arbitrari sicuramente coerente con il canone di non contraddizione.

5.4. *Conseguenze applicative: la flessibilità del divieto.*

Il modello del divieto di contraddizione si presta a chiarire il funzionamento della norma di cui al secondo comma dell'art. 1453, comma 2, cod. civ. in coerenza con le soluzioni che si sono raggiunte.

¹⁹⁴ Compiono una dettagliata analisi di singole norme ritenute indici dell'immanenza del principio nel nostro ordinamento F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, cit., 177 ss. e F. RANIERI, voce *Eccezione di dolo generale*, cit., 322 s. Cfr. anche P. GALLO, *I contratti*, cit., 612 ss.

¹⁹⁵ A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 33. Pur dissentendo dall'interpretazione offerta del divieto, P. GALLO, *Trattato*, cit., 2101 ritiene la norma espressione del divieto di venire contro il fatto proprio.

Quando una norma è ispirata al divieto di contraddizione o una sentenza ne fa uso, esplicitamente o meno, il comportamento è precluso in quanto considerato con disvalore dall'ordinamento. Esso è considerato con disvalore in quanto contrastante con un precedente atto generatore di affidamento. L'attenzione, dal punto di vista sostanziale, ricade dunque sul secondo atto, su quello che contraddice il primo, creatore della situazione di apparenza e dell'affidamento.

Ciò vale a distinguere nettamente la fattispecie in esame dalla rinuncia tacita: nella dinamica della rinuncia tacita, l'attenzione è tutta focalizzata sul «primo» atto, quello dismissivo. Il «secondo» atto, quello di disposizione del diritto cui si è già rinunciato, è un atto privo di oggetto, un atto insensato.

Ciò significa che, se la domanda di risoluzione fosse considerata una rinuncia tacita, il diritto di chiedere l'adempimento sarebbe perso in ogni caso: ogni volta che il contraente deluso proponesse senza riserve la domanda di risoluzione perderebbe senz'altro il diritto a domandare l'adempimento. Tale conclusione — pur autorevolmente sostenuta, anche senza bisogno di ricorrere all'istituto della rinuncia tacita ¹⁹⁶ — sarebbe in contrasto con quella sopra raggiunta, che ritiene che il divieto in esame abbia una portata relativa.

Viceversa, una spiegazione della preclusione secondo i termini del divieto di contraddizione offre maggior flessibilità applicativa.

Se, difatti, l'attenzione ricade sul «secondo» atto, ossia sulla pretesa di adempimento, occorrerà, caso per caso, valutare se essa sia meritevole di tutela o, viceversa, meriti disvalore da parte dell'ordinamento. Coerentemente con le conclusioni raggiunte, perciò, il diritto di chiedere l'adempimento dovrà ritenersi estinto — e quindi non azionabile in un successivo processo — tutte le volte in cui la controparte ha potuto fare legittimo affidamento sulla volontà del contraente deluso di sciogliere il contratto. Al contrario, quando l'affidamento non c'è, perché il debitore ha contrastato vittoriosamente la domanda di risoluzione, non potrà essere valutata negativamente, da parte dell'ordinamento, la domanda di adempimento successiva da parte del contraente deluso.

Come si può agevolmente osservare, parliamo di pretesa meritevole o immeritevole: affiora qui forse quella «ratio etica» di cui parla la citata dottrina a

¹⁹⁶ È, come illustrato, tra le altre, l'opinione di U. CARNEVALI, *sub* art. 1453, cit., 92

proposito della responsabilità generata dall'opzione nelle fattispecie ad effetto opzionale ¹⁹⁷.

Da ultimo, osserviamo che questa spiegazione, anziché proteggere unilateralmente gli interessi dell'una o dell'altra parte, consente un contemperamento dei rispettivi interessi secondo il canone di autoresponsabilità.

È difatti possibile guardare al contenzioso sulla risoluzione da inadempimento, secondo un brillante insegnamento ¹⁹⁸, da entrambe le prospettive: quella, tradizionale, del contraente deluso, sui cui atti ci si è sinora concentrati, e quella, meno studiata, del debitore.

Ora, poiché, secondo un diffuso insegnamento ¹⁹⁹, il mancato rispetto del divieto di cui al secondo comma dell'art. 1453 cod. civ. non sarebbe rilevabile d'ufficio, esso dovrebbe essere necessariamente eccepito dal convenuto inadempiente. Se si guarda alla condotta processuale di quest'ultimo sotto l'angolo visuale del divieto di contraddizione, si può osservare come egli possa legittimamente opporsi alla domanda di adempimento solo qualora non abbia precedentemente tenuto una condotta ostativa alla domanda di risoluzione. Tanto il contraente deluso quanto il debitore sono tenuti a una condotta coerente. Se il primo agisce chiedendo l'adempimento in contrasto con la precedente condotta o il secondo resiste alla domanda di adempimento dopo essersi opposto vittoriosamente alla risoluzione, l'azione del primo o l'eccezione del secondo sono colpiti, simmetricamente, dallo stesso disvalore.

La spiegazione della portata del divieto data sulla base della *ratio* di tutela dell'affidamento del contraente inadempiente sembra così confermata anche da una lettura alla luce del principio di non contraddizione, cui si può dire che la norma in commento si ispiri. Altro discorso, che si affronterà solo dopo una disamina delle fattispecie non codificate, è quello della riconoscibilità, nel principio di non contraddizione, di una delle linee di fondo del sistema della risoluzione per inadempimento ²⁰⁰.

¹⁹⁷ R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 49.

¹⁹⁸ G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 482.

¹⁹⁹ *Ex plurimis*, Cass., 14 marzo 2006, n. 5460, in *De Jure*.

²⁰⁰ *Infra*, cap. IV, par. 3.

6. Il ruolo della preclusione nel sistema.

6.1. Un indice testuale: la preclusione di cui al secondo comma dell'art. 1492 cod. civ.

Nell'illustrare la portata e il significato del divieto di cui al secondo comma dell'art. 1453 cod. civ., si sono invocati principi generali quali la tutela dell'affidamento, l'autoresponsabilità, la certezza, il divieto di contraddizione.

Il divieto in parola non è dunque frutto di una norma isolata nel diritto dei contratti, ma risponde a esigenze generali profondamente avvertite dal legislatore. Di ciò si può trovare conferma nel dettato del secondo comma dell'art. 1492 cod. civ., che riguarda il rapporto tra le azioni edilizie in caso di vendita di un bene affetto da vizi.

L'art. 1492 cod. civ., al secondo comma, prevede che, nel caso in cui il compratore agisca facendo valere la garanzia per vizi della cosa venduta, la scelta tra la risoluzione del contratto e la riduzione del prezzo «è irrevocabile quando è fatta con la domanda giudiziale»²⁰¹.

Anzitutto, alcune osservazioni preliminari sulla norma. La lettera della disposizione parla di «scelta»: il lessico del legislatore sembra dunque coerente con la prospettazione sopra ricordata che configura l'esercizio di un rimedio posto in alternativa a un altro come un'«opzione»²⁰².

La norma poi precisa che la scelta diviene irrevocabile quando fatta con domanda giudiziale: il legislatore è qui esplicito nel richiedere una particolare forma della manifestazione di volontà, che le imprime solennità e definitività. L'art. 1453, comma 2, cod. civ. riguarda anch'esso, sicuramente, la domanda giudiziale di risoluzione. D'altro canto, si è già accennato che è dibattuto se la diffida stragiudiziale possa produrre un effetto preclusivo analogo²⁰³.

²⁰¹ Sul punto, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 955 ss.; P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 1492-1494, Bologna-Roma, 1981, 267 ss.; A. LUMINOSO, *La compravendita*, VIII ed., Torino, 2015, 322; ID., *La vendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2014, 489 s.; C. CONSOLO, *Il concorso di azioni nella patologia della vendita*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 765 ss.; B. AGOSTINIS, *La garanzia per i vizi della cosa venduta. Le obbligazioni del compratore*, in *Comm. Schlesinger*, sub art. 1492, Milano, 2012, spec. 82 ss.; D. NARDI, *L'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale dell'art. 1492 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1988, II, 91 ss.

²⁰² R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 46 ss. e *supra*, par. 5.2.

²⁰³ È, come noto, la tesi espressa da R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 646. Si tornerà sul punto parlando di giudizialità e stragiudizialità delle forme di risoluzione per inadempimento (*infra*, cap. III).

Venendo all'interpretazione della norma, deve essere senz'altro rilevata una differenza sostanziale tra l'ipotesi regolata dall'art. 1492 cod. civ. e quella di cui all'art. 1453 cod. civ.: la prima norma riguarda due rimedi — le azioni edilizie — perfettamente alternativi tra loro, i cui presupposti di accoglibilità sono identici ²⁰⁴. L'art. 1453 cod. civ. riguarda due domande — quella di adempimento e quella di risoluzione — dai presupposti almeno parzialmente non coincidenti ²⁰⁵.

Una seconda differenza rilevante tra le due ipotesi è poi la seguente: nei rimedi generali contro l'inadempimento, l'azione di adempimento consiste nella richiesta al giudice di costringere la controparte a svolgere ciò che già è obbligata a fare, senza quindi una modifica della situazione sostanziale, mentre la risoluzione è volta a ottenere un nuovo e diverso stato delle cose; tra le azioni edilizie, invece, nessuna delle due mira a far ottenere al compratore esattamente la prestazione dovuta: entrambe incidono sul vincolo contrattuale, alterando le prestazioni (*actio quanti minoris*) o sciogliendo il contratto (*actio redhibitoria*).

Tra i rimedi generali, solo l'azione di risoluzione è volta a determinare un nuovo stato delle cose ed è dunque la sola in grado di ingenerare in controparte un affidamento meritevole di tutela in una nuova situazione. Per quanto riguarda le azioni edilizie, l'esercizio di ciascuna delle due è idoneo a ingenerare l'affidamento del venditore in un nuovo assetto di interessi: nel caso di esercizio dell'*actio quanti minoris* il venditore potrà confidare nell'accettazione della prestazione, nonostante i vizi, da parte del compratore; nel caso della domanda di risoluzione — come nel regime generale — il venditore confiderà nel disinteresse nella cosa venduta ²⁰⁶.

Da quanto detto, emerge che la preclusione ha una duplice giustificazione.

Da un lato, essa tutela l'affidamento del venditore nell'accettazione o nel rifiuto da parte del compratore del bene viziato.

²⁰⁴ Ciò è stato chiarito già da Cass., S.U., 25 marzo 1988, n. 2565, in *De Jure*, che, tra i tanti, ha raccolto l'assenso, sul punto, di C. CONSOLO, *Il concorso di azioni*, cit., 771. Conseguenza pratica di non poco rilievo è quella per cui, ai fini della risoluzione, sono sufficienti i presupposti di cui agli artt. 1490 ss. cod. civ. e non quelli di cui all'art. 1455 cod. civ. L'insegnamento delle Sezioni Unite trova costante conferma. Tra le più recenti cfr. Cass., 27 gennaio 2004, n. 1434, in *De Jure*.

²⁰⁵ La giurisprudenza riconosce opportunamente la differenza e ritiene perciò inapplicabile la norma speciale in tema di vendita al contratto di appalto, cui è invece applicabile la regola generale. Così, tra le più recenti, Cass., 24 gennaio 2019, n. 2037, in *De Jure*; Cass., 29 novembre 2007, n. 24948, *ivi*.

²⁰⁶ C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 957.

Dall'altro, secondo la spiegazione comunemente utilizzata in giurisprudenza, essendo identici i presupposti di accoglibilità di entrambe le azioni, l'inesistenza dei presupposti di una preclude l'esercizio dell'altra.

Le differenze di fondo illustrate si riflettono sull'operatività della preclusione, comportando due differenze applicative rispetto al regime di cui all'art. 1453 cod. civ.

La prima: la preclusione, come abbiamo accennato, opera in entrambe le direzioni. Non solo l'*actio quanti minoris* è preclusa dalla precedente domanda di risoluzione, ma anche la risoluzione è preclusa dalla precedente domanda di riduzione del prezzo.

La seconda: la preclusione è destinata a operare senza limiti di tempo e indipendentemente dall'esito del giudizio²⁰⁷: essendo i due rimedi su un piano di perfetta alternatività, non vi è spazio per la proposizione in un successivo giudizio della diversa domanda, nemmeno in caso di rigetto nel merito — caso in cui abbiamo concluso che l'azione di adempimento ex art. 1453, comma 2, cod. civ. sarebbe proponibile dopo il rigetto della domanda di risoluzione —, perché anch'essa sarebbe destinata alla medesima sorte²⁰⁸.

Detto delle vistose differenze tra le due norme, vi è però da sottolineare un elemento comune agli artt. 1453, comma 2, e 1492, comma 2, cod. civ.: entrambe le norme hanno lo scopo, pacificamente riconosciuto, di tutelare l'affidamento del convenuto nella decisione assunta dall'attore. Nel caso della norma in tema di vendita, tale affidamento merita di essere valorizzato in entrambe le direzioni: se il compratore chiede la riduzione del prezzo, il venditore deve poter legittimamente contare sulla definitiva accettazione della prestazione²⁰⁹; se egli domanda la risoluzione, come nel regime generale, il venditore dovrà poter contare nel definitivo disinteresse nei confronti della prestazione.

²⁰⁷ Così P. GRECO – G. COTTINO, *Della vendita*, cit., 267 s.; C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 956. Osserviamo che quest'ultimo Autore, in altra sede, sostiene che la preclusione di cui all'art. 1453, comma 2, cod. civ. riguarda la sola domanda di risoluzione fondata, sicché la facoltà di domandare l'adempimento sarebbe esercitabile dal contraente che non si sia visto accogliere la domanda di risoluzione (cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 311). La differenza di opzioni interpretative si spiega con le rilevanti diversità tra le norme brevemente illustrate nel testo.

²⁰⁸ Per la stessa ragione è generalmente ritenuta inammissibile la proposizione in via subordinata della domanda di riduzione del prezzo rispetto a quella di risoluzione. Così, *ex multis*, Cass., S.U., 2565/1988, cit.; Cass., 1434/2004, cit. *Contra*, Cass., 7 luglio 2000, n. 9098, in *De Jure*; C. CONSOLO, *Il concorso di azioni*, cit., 778.

²⁰⁹ C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 957.

Quest'ultima soluzione, consistente nel precludere in ogni caso la successiva diversa domanda, pacifica in dottrina, non sembra giustificabile solo facendo ricorso all'identità dei presupposti di accoglibilità di entrambe le domande: se così fosse, non si vede perché dovrebbe essere preclusa la diversa domanda nel caso in cui la prima fosse rigettata senza la formazione di un giudicato sull'inesistenza dei suoi presupposti, come nel caso di rigetto in rito o di estinzione del processo. Il divieto espresso dall'art. 1492, comma 2, cod. civ. ha invece una sicura portata sostanziale, analoga a quella dell'art. 1453, comma 2, cod. civ. (ma biunivoca tra le due azioni edilizie).

Nonostante le indubbie differenze, dunque, il legislatore sembra aver replicato anche nello specifico campo della vendita lo stesso bilanciamento di interessi già operato in sede di parte generale: anche qui oggetto della tutela è l'affidamento del venditore convenuto e, con lui, la stabilità e la certezza del rapporto, attraverso una limitazione dell'arbitrio del compratore. Sembra dunque da condividere l'idea di chi vede in questa norma una proiezione della medesima *ratio* che ispira l'art. 1453, comma 2, cod. civ.²¹⁰, con la conseguente conferma che quest'ultima norma non è frutto di un'occasionale scelta del legislatore, ma espressione di una più ampia *ratio* di tutela.

6.2. Il bilanciamento degli interessi operato dal legislatore e la sua estensibilità.

È possibile, alla fine di questa prima parte di indagine, trarre alcune considerazioni.

Nella sua dimensione processuale, il divieto di domandare l'adempimento per il contraente che abbia chiesto la risoluzione integra una preclusione per incompatibilità: una sanzione in capo alla parte che tenga un comportamento contraddittorio a tutela della certezza dell'oggetto del processo e della celerità di quest'ultimo.

Nella sua dimensione sostanziale, la domanda di adempimento risulta vietata a colui che abbia chiesto, in un precedente processo, la risoluzione, ancorché la domanda sia stata rigettata, perché l'ordinamento fa prevalere l'esigenza di tutela

²¹⁰ P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 64.

dell'affidamento della controparte e della circolazione dei beni sulla tutela in forma specifica del singolo contraente che abbia tenuto una condotta contraddittoria.

Quella che sul piano «micro», della singola lite, è una sanzione del comportamento contraddittorio tenuto da una parte, cui è preclusa la soddisfazione in forma specifica, diviene, dal punto di vista generale, un incentivo alla circolazione e ai traffici commerciali, che non trovano ostacolo nel capriccio di una parte poco accorta. D'altro canto, quest'ultima non sarà priva di tutela, ma, qualora ne ricorrano i presupposti, avrà pur sempre a disposizione il risarcimento del danno.

Nell'interpretazione fornita, la regola opera un realistico bilanciamento di interessi e dà atto del fatto che la conservazione del contratto non sia un valore da perseguire ad ogni costo: se la collaborazione entra in crisi, se vengono attivati meccanismi rimediali, la soluzione socialmente meno costosa può essere lo scioglimento del contratto o, meglio, la perdita di forme di tutela particolarmente invasive per una delle parti di quel contratto.

Vista dal punto di vista generale, questa epifania del divieto di contraddizione perde la connotazione etica e diviene regola operativa del mercato.

Non mancano tuttavia zone d'ombra, considerata la persistente aporia dei c.d. «contratti morti», cui dovrà essere cercata una soluzione.

Così inquadrata questa regola esplicita, però, si è solo all'inizio dell'indagine. Come detto, l'ordinamento dà spazio a regole accostabili al divieto di contraddizione all'interno della dinamica della risoluzione per inadempimento. Occorre ora chiedersi se anche al di fuori di questo caso tipico vi siano altre fattispecie in cui dottrina e giurisprudenza applicano — anche occultamente — un criterio di giudizio analogo.

CAPITOLO II

FORME TIPICHE DI RISOLUZIONE STRAGIUDIZIALE E COMPORTAMENTO CONTRADDITTORIO

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 1.1. Oggetto dell'indagine. — 1.2. Le forme tipiche di risoluzione stragiudiziale: linee di fondo del sistema. — 2. Diffida ad adempiere. — 2.1. Caratteri generali — 2.2. Vicende anteriori al decorso del termine concesso al diffidato. — 2.2.1. Ritiro e revoca della diffida; proroga del termine. — 2.2.2. Domanda di adempimento e di risoluzione giudiziale. — 2.3. Vicende successive al decorso del termine — 2.3.1. Diffida ad adempiere e rimedi *ex art* 1453 cod. civ. — 2.3.1.1. Risoluzione giudiziale — 2.3.1.2. Domanda di adempimento — 2.3.2. Reiterazione della diffida. — 2.3.3. Accettazione dell'adempimento tardivo. — 2.4. Risoluzione per diffida ad adempiere e recesso: in particolare, il recesso *ex art*. 1385 cod. civ. (rinvio). — 2.5. Considerazioni di sintesi. — 3. Clausola risolutiva espressa — 3.1. Caratteri generali. — 3.2. Vicende anteriori alla dichiarazione del creditore di volersi valere della clausola. — 3.2.1. Condotte che precludono l'invocazione della clausola. — 3.2.2. La tolleranza. — 3.3. Vicende successive alla dichiarazione di volersi valere della clausola. — 3.3.1. Accettazione dell'adempimento — 3.3.2. Accordi successivi alla risoluzione. — 3.4. Clausola risolutiva espressa e rimedi *ex art* 1453 cod. civ. — 3.5. Clausola risolutiva espressa e recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. (rinvio). — 3.6. Considerazioni di sintesi. — 4. Termine essenziale. — 4.1. Caratteri generali. — 4.2. Vicende situate tra la scadenza del termine essenziale e il termine entro il quale il creditore può esigere la prestazione. — 4.3. Vicende successive allo *spatium deliberandi*. — 4.3.1. L'invocazione della risoluzione da parte del contraente inadempiente. — 4.3.2. Proroghe, dilazioni, inerzia. — 4.3.3. Accordo delle parti. — 4.3.4. Pretesa della prestazione. — 4.3.5. Accettazione dell'adempimento tardivo. — 4.3.6. Termine essenziale e recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. (rinvio). — 4.4. Considerazioni di sintesi. — 5. Caparra confirmatoria e recesso. — 5.1. Premessa e caratteri generali. — 5.2. Recesso *ex art*. 1385 cod. civ. e rapporti con i rimedi generali contro l'inadempimento: rilevanza del tema. — 5.3. Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. e rimedi ordinari *ex art*. 1453 cod. civ. — 5.3.1. Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. e azione di adempimento. — 5.3.1.1. Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. dopo l'azione di adempimento. — 5.3.1.2. Azione di adempimento dopo il recesso. — 5.3.2. Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. e azione di risoluzione e risarcimento del danno. — 5.3.2.1. In generale: l'incompatibilità e l'infungibilità tra le domande e il divieto di cumulo. — 5.3.2.2. Domande *ex art*. 1453 cod. civ. proposte dopo il recesso. — 5.3.2.3. Domanda di accertamento del diritto di recedere ritenendo la caparra (o con condanna alla consegna del

doppio della caparra corrisposta) dopo l'azione *ex art.* 1453 cod. civ. — 5.3.2.4. (*segue*): La pronuncia delle Sezioni Unite, l'oggetto del principio di diritto e la giurisprudenza successiva. — 5.4. Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. e risoluzione per diffida ad adempiere. — 5.4.1. Ritenzione o restituzione del doppio della caparra in caso di risoluzione per diffida ad adempiere. — 5.4.2. Esercizio del recesso con ritenzione o restituzione del doppio della caparra dopo la risoluzione per diffida ad adempiere. — 5.5. Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. e clausola risolutiva espressa. — 5.6. Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. e termine essenziale. — 5.7. Considerazioni di sintesi. — 6. Conclusioni parziali. — 6.1. L'altra faccia del comportamento contraddittorio nella risoluzione: nelle risoluzioni stragiudiziali, la contraddizione mantiene in vita il vincolo contrattuale. — 6.2. Il falso problema della rinuncia agli effetti risolutivi: un espediente argomentativo errato per soluzioni (quasi sempre) opportune. — 6.3. Una questione rilevante e poco studiata: la rilevanza d'ufficio dell'avvenuta risoluzione di diritto.

1. Introduzione.

1.1. Oggetto dell'indagine.

Nel precedente capitolo si è acquisita una prima consapevolezza: il divieto di contraddizione entra, quale *ratio* dell'art. 1453, comma 2, cod. civ., nella dinamica della risoluzione giudiziale per inadempimento e incide sugli effetti del contratto, precludendo, in presenza dei presupposti individuati, la pretesa dell'adempimento. In questo senso l'ordinamento — nei suoi diversi formanti: a partire dal legislatore e passando per l'interpretazione di dottrina e giurisprudenza¹ — ha preso espressamente posizione sull'inazionabilità del contratto in presenza di un comportamento contraddittorio, effetto che non richiede la pronuncia di una sentenza costitutiva di risoluzione. Qui — si può dire, anticipando alcune riflessioni che saranno svolte più avanti² — risoluzione giudiziale e stragiudiziale sembrano confondersi, perché, pur nel contesto della risoluzione giudiziale, l'effetto descritto è prodotto senza bisogno di una sentenza.

L'ordinamento conosce, sin dalle norme codicistiche sul contratto in generale, accanto alla risoluzione giudiziale, forme tipiche di risoluzione stragiudiziale: diffida ad adempiere, clausola risolutiva espressa e termine essenziale, nonché il recesso accordato in capo alla parte non inadempiente in caso di inadempimento di un contratto

¹ R. SACCO, voce *Formanti*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1992, 438 ss.

² *Infra*, cap. III.

cui acceda la consegna di una caparra confirmatoria ex art. 1385 cod. civ. Si tratta di istituti particolarmente rilevanti in un'indagine che si pone, come scopo ultimo, di comprendere l'effettivo rapporto, apparentemente di regola ed eccezione, tra risoluzione giudiziale e stragiudiziale.

Oggetto del presente capitolo sarà pertanto una ricognizione delle diverse specie di comportamento contraddittorio nelle risoluzioni di diritto. L'obiettivo è chiarire quale assetto di interessi prevalga, nei singoli casi, al fine di definire un quadro completo delle opzioni del sistema nelle diverse fattispecie risolutorie.

Da questo obiettivo discendono alcune scelte metodologiche.

Non si andrà alla ricerca delle sole fattispecie nelle quali gli interessi confliggenti delle parti siano composti secondo il criterio di cui all'art. 1453, comma 2, cod. civ., ossia facendo prevalere l'affidamento riposto dalla parte inadempiente nello scioglimento del contratto. L'approccio sarà esattamente l'opposto: da una ricognizione di casi concreti, ordinati in base alla diversa fattispecie, in cui sembra essere stato portato all'attenzione dei giudici un comportamento contraddittorio di una delle parti che si sia avvalsa di — o abbia subito una — forma di risoluzione di diritto, si proverà a individuare, caso per caso, quale assetto di interessi viene preferito dall'ordinamento. La ricerca è pertanto aperta a risultati tra loro discordanti: in alcuni casi potrebbe risultare prevalente l'interesse di colui che si è contraddetto, in altri l'affidamento di chi ha subito il comportamento altrui.

Ne consegue che l'oggetto dell'analisi non sarà, direttamente, la c.d. «rinuncia agli effetti risolutivi», espressione con la quale la giurisprudenza, tramandando massime risalenti, sembrerebbe aver affermato negli anni, con riguardo a tutte le forme di risoluzione di diritto, che la parte che abbia ottenuto la risoluzione del contratto possa, in diversi modi, rinunciare all'effetto risolutivo già prodottosi³. Il *dictum* ha

³ La giurisprudenza ha affermato, per lungo tempo, la rinunciabilità agli effetti della risoluzione nelle tre forme di risoluzione di diritto. Il *dictum* ha destato la comprensibile preoccupazione della dottrina, che temeva che ne potesse derivare un'esposizione del contraente inadempiente, anche dopo la risoluzione, all'arbitrio del creditore. Così non è stato perché, come vedremo, quasi mai la rinunciabilità dell'effetto risolutivo è stata invocata dalla giurisprudenza contro l'interesse del debitore inadempiente. Proprio il carattere fuorviante della massima suggerisce di non prendere le mosse da una sua analisi, quanto piuttosto dai casi affrontati dalla giurisprudenza e dalle reali *rationes decidendi*. Per ora, sulla nota questione della rinuncia agli effetti risolutivi, si vedano: C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla disponibilità degli effetti della diffida ad adempiere da parte dell'intimante*, nota a Cass., 18 maggio 1987, n. 4535, in *Giur. it.*, 1988, 447 ss.; D. CARUSI, *Clausola risolutiva espressa e rinuncia all'effetto risolutivo*, nota a Cass., 16 febbraio 1988, n. 1661, in *Giur. it.*, 1989, 141 ss.; U. CARNEVALI, *Risoluzione del contratto per inadempimento e rinuncia agli effetti risolutivi*, in *Contratti*, 2012, 1044 ss.; M. DELLACASA, *Il creditore può rinunciare alla*

dato luogo a un vivace dibattito, che ha visto la dottrina compatta nel negare la legittimità dell'orientamento giurisprudenziale. Ciò nonostante, persino l'intervento delle Sezioni Unite, che, nel 2009, con una pronuncia che si avrà modo di menzionare spesso ⁴, hanno espressamente preso posizione sul punto, negando la disponibilità unilaterale dell'effetto risolutorio, non ha arrestato l'utilizzo, nelle motivazioni delle sentenze, di questo apparente istituto.

Un'analisi della dottrina che si è confrontata sul tema conduce alle seguenti riflessioni: (i) la critica dottrinale della massima si è, quasi generalmente, arrestata al rilievo — corretto, ma poco fecondo — della contrarietà dell'orientamento giurisprudenziale al principio di tutela dell'affidamento espresso dall'art. 1453, comma 2, cod. civ., sicché la riproposizione di una critica della massima non aggiungerebbe alcun utile risultato alla presente indagine; (ii) la dottrina più attenta ha invece ammonito circa la necessità di leggere le sentenze per esteso, poiché la «rinunciabilità agli effetti risolutivi» è stata spesso utilizzata in contesti in cui non si è affatto affermato il diritto della parte che abbia ottenuto la risoluzione di pretendere l'adempimento del contratto: ne discenderebbe l'assenza del preteso contrasto tra gli effettivi *decisa* e il principio cui la dottrina si richiama; (iii) partire dalla massima giurisprudenziale, pur leggendo le motivazioni delle sentenze in cui è utilizzata ⁵, offrirebbe uno sguardo parziale del rapporto tra contraddizione e risoluzione di diritto, che non è invece limitato alla c.d. «rinuncia agli effetti risolutivi».

risoluzione «di diritto»? Luci ed ombre di una regola giurisprudenziale, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 21 ss.; L. PASCUCCI, *Ritrattazione della volontà risolutoria e reviviscenza del contratto*, Torino, 2013; R.S. BONINI, «Rinunciabilità dell'effetto risolutivo». Un principio da ridimensionare, Pisa, 2017; E. CICCONI, *Risoluzione del contratto, poteri del creditore, poteri del giudice*, in *Contratto e impr.*, 2018, 766 ss.

⁴ Cfr. *infra*, par. 5.3.2.3. Il riferimento è a Cass., S.U., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 327 ss., con nota di E. LUCCHINI GUASTALLA, *Caparra confirmatoria, recesso e risoluzione del contratto*; in *Giur. it.*, 2009, 1114 ss., con nota di G. SICCHIERO, *Indisponibilità dell'effetto risolutivo stragiudiziale del contratto (artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.)*; in *Contratti*, 2009, 779 ss., con nota di F. TORRASI, *Caparra confirmatoria e rimedi per la parte non inadempiente*; in *Giust. civ.*, 2009, 1309 ss., con nota di D. D'AMBROSIO; in *Danno e resp.*, 2009, 625 ss., con nota di M. DELLACASA, *Caparra confirmatoria e disponibilità dell'effetto risolutivo*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 680 ss., con nota di C. LEGGIERI, *Caparra confirmatoria ed inadempimento: inammissibilità del recesso nel caso di preventiva domanda di risoluzione e risarcimento del danno*; in *Corr. giur.*, 2009, 333 ss., con nota di A. PALMA, *La (in)compatibilità della domanda giudiziale di ritenzione della caparra (o di richiesta del suo doppio) con i vari modi di risoluzione del contratto diversi dal recesso ex art. 1385, comma 2, c.c.*; in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1189 ss., con nota di A. D'ALESSIO, *Sulla novità della domanda nei rapporti tra le azioni di recesso e risoluzione del contratto previste dall'art. 1385 c.c.*; in *Obbl. e contratti*, 2010, 107 ss., con nota di M. COGNOLATO, *La caparra confirmatoria e la «rinuncia» all'effetto risolutivo secondo le Sezioni Unite*.

⁵ Metodo seguito da R.S. BONINI, «Rinunciabilità dell'effetto risolutivo», cit.

Occorre pertanto affrontare l'analisi con la consapevolezza del rilevante dibattito su questo istituto e della diffusione della massima, che si avrà spesso occasione di incontrare e sulla quale si tornerà al termine dell'indagine, la quale sarà però condotta senza il condizionamento di un *dictum* ambiguo e potenzialmente fuorviante.

1.2. Le forme tipiche di risoluzione stragiudiziale: linee di fondo del sistema.

Punto di partenza dell'indagine sono le funzioni delle diverse forme di risoluzione di diritto, le quali impattano, in modo differente, sugli interessi dei contraenti.

Le risoluzioni di diritto sono strumenti che consentono all'autonomia privata di gestire più agilmente le conseguenze dell'inadempimento di un contratto sinallagmatico. Sono accomunate, in tal senso, dalla funzione deflattiva del contenzioso, in casi in cui l'accertamento giudiziale sarebbe superfluo e inutilmente gravoso⁶, nonché da un'esigenza di certezza dei rapporti giuridici⁷. È ormai radicata, però, la consapevolezza che le forme di risoluzione di diritto rispondono a interessi ben diversi tra loro e si prestano a trovare applicazione in fattispecie concrete tra loro difformi.

Occorre pertanto muovere da un dato acquisito: diffida ad adempiere, clausola risolutiva espressa e termine essenziale non possono essere letti come una categoria unitaria.

Clausola risolutiva espressa e termine essenziale possono essere considerati congiuntamente, con le dovute accortezze. In entrambi i casi è previsto dalle parti o, con riguardo al termine essenziale, anche *ex lege*, in relazione al contenuto del contratto, che un certo inadempimento — nel caso di termine essenziale, il ritardo senz'altro — legittimi una parte a sciogliere il contratto, con l'esclusione di un accertamento giudiziale della gravità dell'inadempimento quale requisito della risoluzione. In entrambi i casi, ancora, la risoluzione è subordinata alla decisione del contraente non inadempiente⁸, che, in presenza di una clausola risolutiva espressa,

⁶ M. COSTANZA, *sub art.* 1454, in A. LUMINOSO – U. CARNEVALI – M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 1, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 1990, 433.

⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, II ed., Milano, 2011, 903.

⁸ Sottolinea la potestatività della risoluzione A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, 228 ss.

deve dichiarare di volersene avvalere e, in caso di violazione di un termine essenziale, non deve esigere la prestazione nei successivi tre giorni ⁹; il presupposto che dà luogo alla risolubilità del contratto è però, sempre, predeterminato.

La diffida ad adempiere, invece, pone rimedio a quello stesso inadempimento che può dare luogo alla risoluzione giudiziale ¹⁰ e si presta ad essere letta in relazione a quest'ultima, poiché entrambe consistono in manifestazioni di volontà di sciogliere il contratto in presenza di un grave inadempimento.

Un'ultima forma di risoluzione stragiudiziale di carattere tendenzialmente generale è il recesso con ritenzione o restituzione del doppio della caparra confirmatoria. In questo caso, l'interesse della parte non inadempiente è godere di un agile strumento di scioglimento del contratto disponendo, al tempo stesso, di una quantificazione predeterminata del danno. La pattuizione di una caparra si presta specialmente alla contrattazione preliminare ¹¹, perché la parte — solitamente il promittente venditore — ha a disposizione un efficace strumento di pressione verso il promissario acquirente per la conclusione del definitivo.

Il recesso con ritenzione o restituzione del doppio della caparra si intreccia con i rimedi risolutivi ordinari, dando luogo a un'ampia e intricata casistica.

Di seguito, premessi alcuni cenni sugli aspetti rilevanti delle singole forme di risoluzione di diritto, si cercheranno di illustrare, raggruppandole per fattispecie uniformi, i casi in cui sembrerebbe venire in rilievo un comportamento contraddittorio delle parti.

⁹ L'accostamento tra i due istituti, in epoca di poco successiva all'emanazione del Codice, si rinviene in U. NATOLI, *Il termine essenziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, spec. 228 ss.

¹⁰ E difatti la dottrina ne riconosce la portata di rimedio generale. V. A. SMIRLODO, *Profili della risoluzione*, cit., 101 s.: «essa comporta, così, un'eccezione di notevole portata, al sistema della risoluzione giudiziale, forse ben più importante delle stesse fattispecie di risoluzione di diritto previste dagli artt. 1456 e 1457 [...]. Il sistema della risoluzione per diffida è invero applicabile a tutti i contratti a prestazioni corrispettive».

¹¹ Lo osserva G. DE NOVA, voce *Caparra*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1998, 240, *sub* nota 11, lo conferma la casistica che sarà esaminata *infra*, ai parr. 5.3 ss.

2. Diffida ad adempiere.

2.1. Caratteri generali.

La diffida ad adempiere¹² è comunemente definita come un atto negoziale unilaterale, recettizio e formale¹³, che consiste nell'intimazione scritta con la quale la parte non inadempiente intima al contraente infedele di adempiere entro un congruo termine, decorso il quale il contratto s'intenderà risolto.

Sono molteplici le funzioni ricollegate all'istituto, come plurali si mostreranno gli interessi delle parti di volta in volta sottesi alle decisioni delle singole fattispecie. La Relazione al Re, al paragrafo 661, vede nella diffida ad adempiere un celere strumento in mano al creditore¹⁴, mettendo in risalto lo spostamento dell'onere dell'azione giudiziaria in capo al debitore inadempiente e la rapidità con la quale può essere conseguita la risoluzione.

La dottrina, nell'individuare la funzione della diffida, ne coglie l'elemento differenziale dalla domanda di risoluzione giudiziale: quest'ultima, come visto,

¹² La bibliografia è ampia, perché abbraccia, oltre agli scritti specificamente dedicati alla diffida ad adempiere, anche le opere sul contratto in generale e sulla risoluzione per inadempimento. V. in particolare: R. ALOISIO, voce *Diffida ad adempiere*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, II ed., Milano, 2012, 331 ss.; D. CARUSI, *sub art.* 1454, in E. NAVARRETTA – A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, I, in *Comm. Gabrielli*, Assago, 2011, 418 ss.; M. COSTANZA, *sub art.* 1454, *cit.*, 431 ss.; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, in *Nov. Dig. it.*, XVI, Torino, 1957, 141 ss.; M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi-2*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 269 ss.; P. GALLO, *Trattato del contratto*, III, Assago, 2010, 2154 ss.; C. GRANELLI, *Uno strumento (di dubbia efficacia) di risoluzione stragiudiziale: la diffida ad adempiere*, in C. CONSOLO – I. PAGNI – S. PAGLIANTINI – V. ROPPO – M. MAUGERI (a cura di), *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Bologna, 2018, 195 ss.; R. LOZUPONE, *La diffida ad adempiere*, Milano, 2007; U. NATOLI, voce *Diffida ad adempiere*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 508 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, *cit.*, 902 ss.; R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. Sacco*, III ed., Torino, 2004, 654 ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2007, *sub art.* 1454, 496 ss.; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, II, II ed., Assago, 2006, 1750 ss.; ID., *La risoluzione stragiudiziale*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *La risoluzione*, in *Il contratto in generale*, VIII**, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2011, 125 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 71 s.

¹³ V. per tutti A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, *cit.*, 141. In giurisprudenza, sulla ricettizietà della diffida, cfr., *ex multis*, Cass., 23 maggio 2017, n. 12930, in *De Jure*. La negozialità dell'atto è collegata alla necessità che il diffidante manifesti espressamente la volontà di sciogliere il contratto qualora l'inadempimento si protragga oltre il termine concesso e dunque voglia non solo porre in essere la diffida, ma anche l'effetto risolutorio ad essa ricondotto. *Contra* M. COSTANZA, *sub art.* 1454, *cit.*, 444, secondo cui la diffida sarebbe un atto giuridico in senso stretto, in particolare perché l'effetto risolutivo non conseguirebbe solo alla manifestazione di volontà del diffidante ma anche a presupposti di carattere oggettivo. Posizione più cauta, tra gli altri, in R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, *cit.*, 655 che parla di «atto».

¹⁴ Non mancano considerazioni di questo segno anche in dottrina. U. NATOLI, voce *Diffida ad adempiere*, *cit.*, 509, parla di «singolare efficienza» della diffida ad adempiere.

preclude immediatamente l'adempimento *ex art. 1453*, comma 3, cod. civ.; la diffida, invece, apre una finestra temporale nella quale l'adempimento è ancora possibile, ciò che presuppone un permanente interesse del diffidante alla prestazione¹⁵. Essa però, al tempo stesso, nel fissare il termine entro il quale la prestazione può ancora essere adempiuta, preclude l'adempimento tardivo¹⁶, consentendo ad entrambe le parti — non solo al diffidante, ma anche al diffidato, che potrebbe scegliere di far decorrere inutilmente il termine — di riporre affidamento nello scioglimento del contratto¹⁷. Ne risultano tutelati anche gli interessi dell'inadempiente, che è avvertito dell'intenzione della controparte e al tempo stesso gode di un termine di grazia entro il quale poter ancora adempiere¹⁸.

L'effetto risolutivo è subordinato ai medesimi requisiti richiesti per la risoluzione giudiziale, oltre che alla sussistenza degli elementi essenziali della diffida ad adempiere¹⁹.

Sotto il profilo sistematico, è discusso in dottrina se il rimedio, apparentemente a carattere generale come la risoluzione *ex art. 1453* cod. civ., si presti a essere

¹⁵ *Ex multis*, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 903; R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 654; M. COSTANZA, *sub art. 1454*, cit., 435.

¹⁶ M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 1781. Con la precisazione che l'assegnazione del termine non sana l'inadempimento già verificatosi, che potrà dar luogo, anche in caso di successivo adempimento, al risarcimento del danno. Chiaramente ID., *La risoluzione per inadempimento*, cit., 1753, secondo cui il nuovo termine assegnato «non costituisce una proroga di quello contrattuale originario, bensì la concessione di un termine di tolleranza che non vale a rimuovere la mora cui già il contraente inadempiente ha dato vita. Di qui il corollario che l'adempimento entro il termine intimato non preclude all'intimante di esigere il risarcimento subito per il ritardo nel conseguimento della prestazione».

¹⁷ P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 71 s.

¹⁸ M. COSTANZA, *sub art. 1454*, cit., 434.

¹⁹ Quanto ai primi, l'inadempimento, pertanto, deve essere imputabile e di non scarsa importanza *ex art. 1455* cod. civ. e deve essersi già verificato al momento dell'intimazione (C. GRANELLI, *Uno strumento (di dubbia efficacia)*, cit., 205) la prestazione deve essere esigibile, il diffidato non deve poter eccepire l'inadempimento del diffidante. Quanto ai secondi, come detto, la diffida deve avere forma scritta. Deve inoltre contenere l'assegnazione al debitore di un congruo termine entro cui adempiere. Il requisito è duplice: da un lato, la diffida deve indicare espressamente il termine (v. per tutti G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 523 ed *ivi* per riferimenti); dall'altro il termine deve essere congruo. La congruità del termine — di regola, ai sensi del secondo comma dell'art. 1454, non inferiore a quindici giorni, ma da relativizzare alla prestazione inadempita (ID., *La risoluzione per inadempimento*, cit., 534) e alle condizioni delle parti (M. COSTANZA, *sub art. 1454*, cit., 445) — può essere, ovviamente, oggetto di scrutinio del giudice. L'intimazione ad adempiere in un termine non congruo è ritenuta inefficace (v. per tutti, tra le opere più recenti, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 903. Cfr. Cass., 22 giugno 1994, n. 5979, in *De Jure*). La diffida deve contenere, altresì, la dichiarazione che, decorso il termine, il contratto s'intenderà risolto. La dichiarazione, pacificamente, non richiede formule sacramentali (U. NATOLI, voce *Diffida ad adempiere*, cit., 510), ma deve essere tale da rendere edotta la controparte della rimessione in termini e degli effetti che deriveranno dall'inadempimento oltre il termine assegnato. Sul punto, ancora V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 903: «il destinatario della diffida deve sapere che non ha ricevuto una generica sollecitazione, ma un atto capace di provocare — se egli persisterà nell'inadempimento — la distruzione del contratto».

utilizzato in tutti i casi di inadempimento e, segnatamente, se sia rimedio adeguato in caso di inadempimento definitivo ²⁰, rispetto al quale l'assegnazione di un nuovo termine non porta giovamento, nonché in caso di inadempimento di obbligazioni di non fare ²¹. Probabilmente occorre distinguere il piano dell'opportunità dell'utilizzo del rimedio, sicuramente poco adatto a tali fattispecie, e quello della legittimità del ricorso al rimedio, contro il quale non vi sono indici normativi espliciti ²².

Nel contesto della presente indagine assume particolare rilievo la dimensione contenziosa.

Si è detto che, nelle intenzioni del legislatore, la diffida ad adempiere costituirebbe una fase monitoria, che sposterebbe sul diffidato l'onere di agire in giudizio per un'azione di accertamento dell'illegittimità della diffida e della persistente efficacia del contratto. Ciò è sicuramente vero e dimostrato dal fatto che spessissimo, nella casistica giurisprudenziale, la risoluzione di diritto per diffida ad adempiere è oggetto di eccezione da parte del convenuto.

L'intimazione della diffida ad adempiere, tuttavia, non priva il diffidante dell'interesse ad avanzare pretese in sede giudiziale. Il diffidante potrebbe azionare rimedi che necessitano della pronuncia di un giudice: le restituzioni, il risarcimento del danno; oppure potrebbe agire per trascrivere la domanda giudiziale di risoluzione ²³. Il diffidante potrebbe però anche chiedere — se del caso, cumulando la domanda con quella restitutoria e/o risarcitoria — l'accertamento della risoluzione di diritto, per porre fine a una situazione di incertezza.

In proposito, occorre rilevare come anche la più recente dottrina abbia denunciato l'inefficienza della diffida ad adempiere rispetto all'obiettivo di certezza perseguito dal legislatore ²⁴. Il sindacato giurisdizionale può estendersi, infatti, a numerosi presupposti ²⁵, provocando incertezza sull'avvenuta risoluzione.

²⁰ D. CARUSI, *sub art. 1454*, cit., 423 e già A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione*, cit., 104 ss.

²¹ M. COSTANZA, *sub art. 1454*, cit., 439 s.

²² La questione è di seria rilevanza sistematica: ricondurre alla diffida il medesimo ambito di applicazione della risoluzione giudiziale significa riconoscerne la portata del tutto generale ed alternativa; viceversa, essa rimarrebbe un rimedio di carattere speciale. Una posizione sul tema sarà presa all'esito dell'indagine condotta nel prossimo capitolo, *infra*, cap. III, par. 6.2.

²³ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 903; M. COSTANZA, *sub art. 1454*, cit., 431.

²⁴ In particolare, C. GRANELLI, *Uno strumento (di dubbia efficacia)*, cit., 203 e *passim*.

²⁵ La gravità, l'imputabilità e la sussistenza al momento della diffida dell'inadempimento, l'assenza di un'eccezione di inadempimento in capo alla controparte, l'esigibilità della prestazione, la congruità del termine assegnato, la forma della diffida, la chiarezza dell'intimazione, il decorso del termine.

La diffida ad adempiere, insomma, è un istituto complesso, che nasce come rimedio in capo alla parte non inadempiente, ma tutela anche l'affidamento di controparte; è concepita come strumento di certezza e deflazione del contenzioso, ma viene spesso azionata in giudizio dallo stesso diffidante. Non deve sorprendere, pertanto, se le fattispecie riconducibili a un comportamento contraddittorio delle parti sono molteplici.

2.2. *Vicende anteriori al decorso del termine concesso al diffidato.*

Un primo gruppo di comportamenti contraddittori delle parti in materia di diffida ad adempiere può collocarsi in un momento intermedio tra l'intimazione e lo spirare del termine concesso per l'adempimento.

Le ipotesi di seguito illustrate non hanno dato luogo, tuttavia, a un'importante casistica giurisprudenziale: si tratta, per lo più, di fattispecie individuate dalla dottrina.

La ragione può forse essere così intuita: prima dello spirare del termine, lo spazio per una soluzione demandata all'autonomia privata è più ampio, mentre sembra esservi meno margine per una trattativa una volta che una delle parti abbia interesse a invocare la risoluzione già prodottasi.

Ad ogni modo, queste fattispecie contribuiscono a chiarire la natura giuridica della diffida e i conflitti di interessi che essa produce.

2.2.1. *Ritiro e revoca della diffida; proroga del termine.*

Il diffidante potrebbe decidere, intimata la diffida ma non ancora decorso il termine, di tornare sui suoi passi e revocarla. Sulla revocabilità della diffida vi sono opinioni contrastanti in dottrina.

Nulla quaestio se la dichiarazione di revoca giunge alla controparte ²⁶ prima della diffida o contestualmente ad essa: quest'ultima non ha ancora prodotto i suoi effetti, sicché, più che una revoca, si avrà un ritiro della diffida ²⁷.

²⁶ Nei modi di cui agli artt. 1334 s. cod. civ. Cfr. U. NATOLI, voce *Diffida ad adempiere*, cit., 510.

²⁷ Analogamente, con riguardo alla revoca della proposta contrattuale che giunga a conoscenza dell'oblato ancor prima della proposta stessa, R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 202 s. Sul punto, in tema di diffida ad adempiere, D. CARUSI, *sub art.* 1454, cit., 422.

Diverso il caso in cui la diffida sia già giunta alla controparte: qui la dichiarazione dev'essere intesa come revoca²⁸.

Una parte della dottrina nega la revocabilità della diffida, come nega, tendenzialmente, la legittimità di qualsiasi iniziativa del creditore in pendenza del termine assegnato al debitore²⁹. La ragione di questo orientamento è la protezione dell'affidamento del debitore: la diffida rende edotta la parte inadempiente che, decorso il termine, potrà ritenersi liberata dall'obbligazione, salvo l'eventuale risarcimento del danno. Tale dottrina sarebbe, pertanto, propensa ad applicare analogicamente alla diffida ad adempiere il divieto di cui all'art. 1453, comma 2, cod. civ.³⁰. Soccorrono, sul punto, i diversi argomenti già analizzati a proposito della portata di quest'ultima norma³¹: la certezza del rapporto, la maggior efficienza di un pronto ricollocamento delle prestazioni sul mercato e così via.

L'opposto orientamento ritiene, invece, che la diffida possa essere revocata³². Le ragioni sembrano due: da un lato, il dato acquisito secondo cui la diffida ad adempiere è un rimedio a carattere potestativo, il cui esercizio costituisce una facoltà dell'intimante³³; dall'altro, non si rinviene un diritto, una situazione soggettiva già acquisita, in capo al debitore³⁴ e si osserva che «non si comprende come possa questo

²⁸ Sulla revoca della precedente manifestazione di volontà v. SALV. ROMANO, voce *Revoca (dir. priv.)*, in *Nov. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 809 ss.; L. FERRI, voce *Revoca (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pagine; M. COSTANZA, voce *Revoca*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, 443 ss.

²⁹ V. in particolare A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, cit., 141: «la diffida è atto impegnativo anche per il creditore. Ed è in questa ragione la radice della seconda particolare conseguenza: la quale sta in ciò che il creditore non può né revocare, né unilateralmente modificare la diffida, neppure ampliando il termine da lui indicato [...] e ciò perché va tutelato anche l'interesse che il debitore ha alla certezza della situazione». Per l'irrevocabilità della diffida v. anche R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 655 ss.; U. NATOLI, voce *Diffida ad adempiere*, cit., 510; R. ALOISIO, voce *Diffida ad adempiere*, cit., 2. Più in generale M. COSTANZA, *sub art. 1454*, cit., 448, secondo cui «non dovrà ritenersi ammissibile durante il periodo di pendenza dell'intimazione alcuna ulteriore iniziativa da parte del creditore».

³⁰ Espressamente L. PASCUCCI, *Ritrattazione*, cit., 58 s.

³¹ *Supra*, cap. I.

³² C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 335; D. CARUSI, *sub art. 1454*, cit., 422 e 426; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 1754; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 509.

³³ Ritoveremo l'affermazione nel prosieguo, quale giustificazione della c.d. rinunciabilità agli effetti della risoluzione. Il *dictum* diffuso, tratto, tra le molte, dalla massima di Cass., 8 novembre 23315, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, è il seguente: «tale diffida è stabilita nell'interesse della parte adempiente e costituisce non un obbligo ma una facoltà che si esprime a priori nella libertà di scegliere questo mezzo di risoluzione del contratto a preferenza di altri».

³⁴ Osserva C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 335, *sub nota 17*, che la diffida ha «ad oggetto un termine posto a favore del rinunziante» e, nel testo, che «trova infatti applicazione il principio generale della revocabilità dell'atto unilaterale che non abbia creato in capo al destinatario un diritto incompatibile con la revoca. Il debitore non è titolare di un tale diritto perché il suo interesse alla certezza della situazione non

vantare interessi di tal tipo che meritino tutela di sorta: adempia i propri obblighi e sarà libero»³⁵.

La scelta tra l'una e l'altra soluzione sembra richiedere una presa di posizione, in ultima istanza di carattere valoriale, riguardo alla natura dell'interesse del debitore: se esso costituisca una posizione giuridica già consolidata e meritevole di autonoma tutela, tale da precludere la revoca³⁶, o se invece sia una mera aspettativa di fatto, che può cedere di fronte a un persistente diritto contrattuale del creditore.

Una notazione, però, s'impone: se il complesso assetto degli interessi delle parti nella dinamica della diffida ad adempiere è stato correttamente tratteggiato³⁷, l'applicazione analogica dell'art. 1453, comma 2, cod. civ. deve essere valutata con prudenza. Nel caso della risoluzione giudiziale la volontà del creditore è univoca: la parte vuole la risoluzione. La parte che intima la diffida ad adempiere, invece, ha come primario interesse — tutelato dall'ordinamento — l'adempimento. È dunque legittimo interrogarsi se meriti tutela il debitore che, a fronte dell'invocazione, da parte del creditore, di un rimedio finalizzato, in prima istanza, al conseguimento della prestazione, si serva del termine intimato per provocare la risoluzione del contratto.

Simili contrasti si registrano sulla possibilità, per l'intimante, di prorogare il termine concesso per l'adempimento³⁸. La tesi recisamente contraria alla prorogabilità del termine sembra, però, eccessivamente rigida. Il termine è posto, in primo luogo, nell'interesse del creditore intimante; una proroga, peraltro, può giovare al debitore e, comunque, non frustra la sua aspettativa relativa alla risoluzione del contratto, limitandosi solo a ritardarla.

Diversa potrebbe essere la conclusione nel caso — per vero non affrontato in giurisprudenza — dell'abuso della proroga del termine: si pensi al reiterato differimento del termine o alla proroga che giunga appena prima della risoluzione automatica del contratto. In questi limitati e patologici casi, sembrerebbe possibile

può conferirgli l'ulteriore pretesa alla risoluzione del contratto, ossia la pretesa ad un rimedio che è previsto nell'interesse esclusivo del creditore».

³⁵ G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 509.

³⁶ Che non può intaccare posizioni irreversibili: M. COSTANZA, voce *Revoca*, 447.

³⁷ *Supra*, par. 1.2.

³⁸ Sfavorevoli A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, cit., 141; U. NATOLI, voce *Diffida ad adempiere*, cit., 510; M. COSTANZA, *sub art. 1454*, cit., 448; L. PASCUCCI, *Ritrattazione*, cit., 55 ss. *Contra* C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 335; D. CARUSI, *sub art. 1454*, cit., 426; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 1754; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 509; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 904; P. GALLO, *Trattato del contratto*, III, cit., 2159.

invocare l'inefficacia della proroga e comunque dubitare della gravità dell'inadempimento *ex art. 1455 cod. civ.*

In sintesi, per quanto di interesse in questa sede, si potrebbe concludere che di per sé la revoca della diffida e la proroga del termine intimato non integrino un comportamento contraddittorio e, in quanto tale, meritevole di un qualche disvalore, giacché rispondono pur sempre al primario interesse del creditore all'adempimento.

2.2.2. *Domanda di adempimento e di risoluzione giudiziale.*

Le posizioni sopra esposte si confrontano anche sulla proponibilità, in pendenza del termine intimato, delle azioni di adempimento e risoluzione *ex art. 1453 cod. civ.*³⁹.

L'azione giudiziale consisterebbe in una revoca tacita⁴⁰ della diffida, sicché il problema si ripropone in termini analoghi a quanto visto sopra.

L'azione di risoluzione giudiziale, difatti, precluderebbe l'adempimento da parte del debitore che pure abbia intenzione di rispettare il termine già intimato. Si tratta di comprendere quale interesse prevalga: se quello del diffidante a reagire all'inadempimento già maturato con tutti i rimedi a sua disposizione, o quello del debitore a confidare — nell'organizzazione dei mezzi per l'adempimento — di avere a disposizione tutto il termine di cui alla diffida.

Allo stesso modo, l'azione di adempimento da un lato sarebbe instaurata prima che il — nuovo — inadempimento si sia verificato e, dall'altro, impedirebbe la produzione dell'effetto risolutivo della diffida.

Sembra pertanto da condividere la tesi secondo cui l'esercizio dei rimedi di cui all'art. 1453 cod. civ. contraddica l'intimazione della diffida ad adempiere e possa ritenersi ammissibile solo qualora la si intenda come revoca della diffida stessa.

2.3. *Vicende successive al decorso del termine.*

Passiamo, ora, alle diverse fattispecie esaminate dalla giurisprudenza in cui viene in rilievo un comportamento della parte — sovente, l'intimante —

³⁹ Contrari, espressamente, U. NATOLI, voce *Diffida ad adempiere*, cit., 511; M. COSTANZA, *sub art. 1454*, cit., 448; favorevole G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 509 s.: «la domanda di adempimento, in quanto incompatibile con la volontà di avvalersi degli effetti non ancora realizzati della diffida, varrà come rinuncia tacita alla stessa».

⁴⁰ Pacificamente ammissibile: M. COSTANZA, voce *Revoca*, cit., 448 s.

apparentemente o sostanzialmente in contrasto con la risoluzione del contratto già ottenuta tramite diffida ad adempiere.

La differenza rispetto alle ipotesi sinora considerate è che qui, decorso il termine, l'effetto risolutivo si è già prodotto. Non stupisce, pertanto, se si avrà spesso occasione di imbattersi nell'apparente istituto della «rinuncia agli effetti risolutivi».

La dottrina ne è consapevole e si divide tra chi si dedica alla minuziosa analisi di questo *dictum* giurisprudenziale e chi, nel contesto di opere più ampie, accenna brevemente al tema, generalmente confermando la tesi secondo cui l'effetto risolutivo, una volta prodotto, non è rinunciabile⁴¹.

Il metodo seguito suggerisce, però, un'indagine dei singoli casi e delle reali *rationes decidendi*.

2.3.1. *Diffida ad adempiere e rimedi ex art 1453 cod. civ.*

Un primo gruppo di fattispecie riguarda i molteplici rapporti tra la diffida ad adempiere e i rimedi giudiziali *ex art. 1453 cod. civ.*: azione di risoluzione e azione di adempimento.

2.3.1.1. *Risoluzione giudiziale.*

1) Domanda di risoluzione giudiziale dopo il decorso del termine intimato con la diffida ad adempiere.

Alcune pronunce hanno affrontato il rapporto tra diffida ad adempiere e risoluzione giudiziale.

Tra queste, una prima serie si occupa della domanda di risoluzione giudiziale proposta dopo il decorso del termine intimato con la diffida.

⁴¹ Si ritrovano affermazioni — sicuramente corrette — del seguente tenore: «non si deve trascurare che il debitore diffidato ha interesse a non subire le conseguenze dei cambiamenti di opinione della controparte, dato che anch'egli ha la facoltà di determinare gli effetti risolutivi non procedendo all'adempimento», così M. COSTANZA, *sub art. 1454*, cit., 448; e ancora P. GALLO, *Trattato del contratto*, III, cit., 2160, afferma che la c.d. rinunciabilità dell'effetto risolutivo «non tiene conto dell'affidamento ingenerato dalla diffida nell'inadempiente; esito che lo stesso legislatore ha voluto evitare in virtù del disposto dell'art. 1453, 2° co., c.c.».

Particolarmente rilevante è Cass., 23 aprile 1977, n. 1530⁴², la prima sentenza⁴³ a far uso della categoria della «rinuncia agli effetti risolutivi».

Partiamo dal *dictum*. Muovendo dalla censura della società ricorrente, secondo cui i giudici di merito avrebbero errato ad accogliere la domanda avversaria di risoluzione parziale e, contestualmente, di adempimento parziale, nonostante la precedente intimazione di una diffida ad adempiere da parte della resistente, la Corte statuisce che «la diffida costituisce, per il creditore *in bonis*, una facoltà e non un obbligo [...]. Ne deriva che tale atto [...] rimane nella piena disponibilità dell'intimante, il quale, pertanto, ben può, successivamente anche rinunciare ad avvalersene».

La sentenza si presta ad essere analizzata su tre piani diversi.

Primo piano: la pertinenza della soluzione al caso concreto. Sin dall'annotazione a corredo della massima apparsa sul Foro italiano, è stato osservato come il caso deciso dalla Corte non fosse — come invece sembrerebbe dalla motivazione — una fattispecie di domanda di risoluzione giudiziale a seguito di una risoluzione di diritto per diffida ad adempiere. Il caso era quello della diffida, da parte della società resistente e rivolta alla ricorrente, a ritirare dei contenitori prodotti dalla resistente e a darle istruzioni su come procedere per la già concordata produzione di altri contenitori. La resistente aveva poi agito in giudizio per la risoluzione con effetto *ex nunc* del contratto — qualificato come vendita a consegne ripartite — e contestualmente per ottenere la condanna della ricorrente al pagamento del corrispettivo per i contenitori già realizzati e non ritirati. Si è notato che la diffida, qualificata dalla Corte, senza dubbi, come diffida ad adempiere, parrebbe piuttosto un atto di costituzione in mora del creditore. È discutibile, pertanto, che l'impostazione giuridica dell'intera sentenza sia fondata.

Secondo piano: utilità della massima in relazione alla fattispecie concreta. Come diretta conseguenza delle osservazioni precedenti, si può rilevare come un *dictum* così innovativo non fosse necessario ai fini della soluzione del caso. La Corte

⁴² In *Giur. it.*, 1978, 536 ss. e in *Foro it.*, 1977, 1913 s., con annotazione di A. LENER. Per un'esauriente analisi della pronuncia — nonché delle sentenze dei precedenti gradi di giudizio e del processo di rinvio — cfr. R.S. BONINI, «*Rinuncia all'effetto risolutivo*», cit., 34 ss.

⁴³ Muove dall'analisi di questa pronuncia, nel ripercorrere le vicende del *dictum* giurisprudenziale, tra gli altri, U. CARNEVALI, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1046.

d'appello, difatti, si era limitata, da quanto risulta ⁴⁴, a qualificare la diffida come costituzione in mora del creditore e ad accordare la risoluzione con riguardo alle prestazioni ancora da eseguire. La questione della rinunciabilità dell'effetto risolutivo è questione nuova e diversa affrontata solo in Cassazione.

Terzo piano: l'effettiva portata della massima. Il *dictum* della Corte è stato, senz'altro, dirompente, per la sua innovatività e per la diffusione che ha avuto in seguito. Da quanto esposto, la massima non risulta pienamente aderente alla fattispecie, sicché non è possibile verificarne l'impatto sugli interessi concreti delle parti. Limitando l'angolo visuale alla massima, si può osservare come la rinuncia agli effetti risolutivi non sia qui utilizzata per legittimare l'attivazione di un rimedio di senso opposto alla diffida ad adempiere, ma la possibilità di chiedere la risoluzione giudiziale: rimedio certo non esercitabile con riguardo a un contratto già risolto, ma di fatto coerente con la volontà risolutoria della parte. Non sembra esservi dunque, a discapito dell'enfasi della massima, un'effettiva lesione dell'affidamento della controparte ⁴⁵.

Il rapporto tra risoluzione per diffida ad adempiere e domanda costitutiva *ex* art. 1453 cod. civ. delineato da Cass. 1530/1977 si ritrova espresso — anche senza il ricorso alla categoria della rinuncia agli effetti risolutivi — in massime del seguente tenore: «la diffida ad adempiere, prevista dall'art. 1454 c.c., costituisce una facoltà, e non già un onere, della parte adempiente, la quale, pertanto, indipendentemente dalla diffida, può sempre chiedere ed ottenere dal giudice che venga dichiarata la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1453 dello stesso codice» ⁴⁶, principio certamente notevole, considerato che, ricorrendo i presupposti di cui all'art. 1454 cod. civ., il contratto di cui viene ammessa la risoluzione giudiziale sarebbe, in realtà, già sciolto.

La giurisprudenza più recente offre le seguenti pronunce che — occorre dirlo subito — parrebbero riguardare fattispecie in cui il contraente che ha intimato una diffida ad adempiere si avvalga, in giudizio (anche in appello), della risoluzione giudiziale. L'analisi delle motivazioni conduce però a maggior prudenza.

⁴⁴ V. R.S. BONINI, «*Rinuncia all'effetto risolutivo*», cit., 39 s.

⁴⁵ Cfr. in tal senso U. CARNEVALI, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1046.

⁴⁶ Cass., 22 luglio 1981, n. 4717, in *De Jure*.

Cass., sez. lav., 28 agosto 2003, n. 12644 ⁴⁷ esamina la questione della sussistenza di ultrapetizione qualora il giudice, cui è domandato l'accertamento della risoluzione *ex art. 1454 cod. civ.*, dichiari la risoluzione ai sensi dell'art. 1453.

Il caso è il seguente: la società A aveva intimato diffida ad adempiere alla società B. Decorso il termine, A aveva agito per l'accertamento della risoluzione. Le conclusioni rassegnate da A non erano univoche, perché recitavano, da quanto risulta: «accertata l'avvenuta risoluzione di diritto dichiarato risolto il contratto» (testualmente). Il giudice di primo grado, rilevata l'insussistenza dei presupposti della risoluzione *ex art. 1454 cod. civ.*, aveva nondimeno dichiarato risolto il contratto ai sensi dell'art. 1453 *cod. civ.*, «interpretata la domanda della [A], formulata in termini di art. 1454 *cod. civ.*, come estesa anche alla risoluzione *ex art. 1453 c.c.*». Il giudice d'appello, considerata l'astratta incompatibilità delle due domande, aveva ritenuto che il giudice di primo grado non potesse legittimamente pronunciarsi, senza apposita domanda di parte, sulla diversa domanda non proposta. In concreto, alla luce del contenuto complessivo degli atti di A, aveva ritenuto non proposta la domanda di risoluzione giudiziale e riformato la sentenza impugnata per vizio di ultrapetizione.

La Corte, esaminata la censura relativa al vizio di ultrapetizione ravvisato in appello, si è così pronunciata, citando un risalente precedente ⁴⁸: «non può ravvisarsi ultrapetizione nella pronuncia del giudice il quale, richiesto di pronunciare la risoluzione [...] *ex art. 1454 c.c.*, accolga la domanda ai sensi dell'art. 1453 *c.c.*, in base al principio secondo il quale nella domanda maggiore o più ampia è compresa la minore». La ragione dell'orientamento è la maggiore ampiezza della domanda di risoluzione di diritto *ex art. 1454* rispetto a quella di risoluzione giudiziale.

Il *dictum* è univoco. Il caso affrontato presenta, in realtà, due questioni: una è quella affrontata dalla Corte. Ve ne è, però, una preliminare: la corretta qualificazione delle domande di parte. Non è ben chiaro, difatti, se nei due gradi di merito le — differenti — soluzioni proposte si siano fondate su una diversa qualificazione delle domande: in primo grado, come due domande cumulate ai sensi degli artt. 1454 e 1453 *cod. civ.*, in secondo grado come un'unica domanda proposta ai sensi dell'art. 1454 *cod. civ.*

⁴⁷ *Ivi.*

⁴⁸ Cass., 18 giugno 1975, n. 2423, in *Mass. Giust. civ.*, 1975, 1130 s.

Simile l'oggetto di Cass., 16 novembre 2006, n. 24389 ⁴⁹.

Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo promosso da B nei confronti di A, in cui B aveva eccepito — a quanto è dato comprendere — la risoluzione del contratto *inter partes* — titolo della pretesa dell'opposto — ai sensi dell'art. 1454 cod. civ., il Tribunale aveva rigettato l'opposizione. La Corte d'appello, invece, aveva revocato i decreti opposti, dichiarando il contratto risolto *ex art.* 1453 cod. civ., rilevato che «non costituisce domanda nuova, né comporta vizio di ultrapetizione, l'accoglimento della domanda *ex art.* 1453 c.c. essendo essa compresa in quella originaria di risoluzione [...] *ex art.* 1454 c.c.; in ogni caso dal contenuto delle opposizioni si evince che la [B] aveva fatto valere il grave inadempimento del locatore e aveva chiesto la risoluzione del contratto».

La Corte di cassazione respinge il ricorso richiamato l'insegnamento della sentenza del 2003 appena citata e rilevando che «la menzione esclusiva, nel ricorso introduttivo del giudizio, dell'art. 1454 c.c. non preclude al giudice il potere-dovere di deliberare la domanda *ex art.* 1453 c.c.».

Due precisazioni sono necessarie. La prima: il caso non riguarda, nonostante l'equivoco passaggio della sentenza d'appello riportato, una fattispecie di mutamento della domanda in secondo grado. La seconda: la pronuncia si concentra sull'ammissibilità della dichiarazione della risoluzione *ex art.* 1453 cod. civ. qualora sia stata domandato espressamente il solo accertamento della risoluzione di diritto. Tuttavia, nel prosieguo della motivazione, la Corte sembra suggerire che, in realtà, il giudice d'appello abbia semplicemente proposto una qualificazione delle domande diversa da quella del Tribunale: «la Corte territoriale [...] ha interpretato il contenuto delle opposizioni proposte dalla [B] rilevando che essa aveva inteso [...] richiedere che venisse dichiarata la risoluzione del contratto». Si può lecitamente dubitare, pertanto, che il *dictum* sia aderente alla questione affrontata.

Le sentenze da ultimo esaminate, Cass. 12644/2003 e Cass. 24389/2006, non pongono, a dire il vero, un problema di domanda di risoluzione giudiziale dopo il decorso del termine intimato con la diffida ad adempiere: in entrambi i casi, difatti, la domanda di parte intesa a far valere la risoluzione *ex art.* 1454 cod. civ. non ha trovato accoglimento. Le pronunce si segnalano, perciò, per il contributo che offrono a chiarire

⁴⁹ In *De Jure*.

il rapporto tra le due domande, ma non affrontano, in realtà, casi di condotta contraddittoria dell'intimante.

Lo stesso si può dire di Cass., 18 gennaio 1995, n. 522 ⁵⁰, che si serve del principio di diritto enunciato per risolvere un caso piuttosto semplice: l'intimante aveva proposto sia domanda di accertamento sia domanda di risoluzione giudiziale; rigettata la prima, i giudici di merito avevano accolto la seconda. Non vi sono né questioni di *mutatio* né problemi di ultrapetizione.

Anche Cass., 13 dicembre 2007, n. 26225 ⁵¹ attiene a un problema di interpretazione delle domande: il giudice di appello aveva rilevato come gli attori — che pure avevano intimato una diffida ad adempiere — avessero chiesto sin dal primo grado la declaratoria della risoluzione giudiziale. La Cassazione ha confermato la sentenza impugnata escludendone il vizio di ultrapetizione.

Infine, Cass. 23 maggio 2014, n. 11493 ⁵², che pure ribadisce la massima della ricomprensione, all'interno della domanda di accertamento *ex art. 1454*, della domanda di risoluzione giudiziale, riguarda un caso in cui la domanda di risoluzione giudiziale era stata proposta, in via alternativa, sin dal primo grado di giudizio.

Alcune considerazioni conclusive: (i) solo una tra le pronunce citate, Cass. 1530/1997, affronta — sebbene con scarsa aderenza al caso concreto — il problema della proponibilità della domanda di risoluzione giudiziale dopo la già avvenuta — almeno così si dà per presupposto — risoluzione di diritto; (ii) le altre sentenze riguardano, in realtà, problemi di interpretazione delle domande proposte in primo grado. Se ne ricava, tuttavia: (ii-a) che è ormai radicato l'insegnamento secondo cui la domanda di accertamento della risoluzione *ex art. 1454* cod. civ. ricomprende la domanda di risoluzione giudiziale, principio dal quale è probabile che possa discendere l'affermazione della proponibilità — *rectius*: l'esplicitazione — della domanda in ogni stato e grado del processo. Le domande, secondo questa impostazione, sembrerebbero non solo «complanari» — tali, cioè, da poter dare luogo a una *mutatio* consentita *ex art. 183*, comma 6, n. 1 cod. proc. civ. — ma pienamente

⁵⁰ In *De Jure*. La pronuncia si ispira espressamente — pur con un errore di citazione — a Cass., 2423/1975, cit.

⁵¹ *Ivi*.

⁵² *Ivi*.

fungibili⁵³. Le conseguenze in termini di efficienza processuale sarebbero evidenti; il rispetto del principio della domanda meriterebbe maggiore approfondimento; (*ii-b*) il *dictum* mostra una certa flessibilità della giurisprudenza nei confronti della parte non inadempiente: flessibilità che sembra condivisibile. L'omogeneità tra i rimedi, infatti, porta ad assimilare l'azione giudiziale diretta all'accertamento dell'avvenuta risoluzione con l'azione di risoluzione giudiziale. Se il convenuto intende evitare le lungaggini processuali può aderire alla domanda di accertamento di controparte.

Diversa questione, pur correttamente prospettata da taluno⁵⁴, è la necessità di una domanda della parte che abbia agito *ex art.* 1454 cod. civ. affinché il giudice possa pronunciare la risoluzione giudiziale. Il problema attiene alla più generale questione dei poteri d'ufficio del giudice nel processo di risoluzione⁵⁵, ma sembra distante dalla casistica esaminata.

II) Domanda di accertamento della risoluzione di diritto nel giudizio di risoluzione giudiziale.

Il problema della proposizione — questa volta in concreto, non solo in apparenza — della domanda di accertamento dell'avvenuta risoluzione di diritto dopo la domanda di risoluzione giudiziale sembra trovare una risposta di stampo eminentemente processuale.

Una massima affronta così il tema: «Nella controversia promossa per ottenere una pronuncia di risoluzione del contratto, per inadempimento del convenuto, la richiesta di accertamento di una pregressa risoluzione di diritto del contratto stesso, a seguito d'intimazione di diffida ad adempiere a norma dell'art. 1454 c.c., configura domanda nuova, per diversità di *petitum* e di causa *petendi*, e non può essere pertanto proposta in grado d'appello, ai sensi dell'art. 345 c.p.c.»⁵⁶.

⁵³ Con le debite differenze, potrebbero rinvenirsi analogie con l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la domanda di ripetizione delle somme corrisposte in forza della provvisoria esecutività di un decreto ingiuntivo deve ritenersi implicitamente proposta con quella di revoca del decreto ingiuntivo, sicché può essere esplicitata in ogni stato e grado del giudizio. Cfr. Cass., 20 marzo 2006, n. 6098, in *Pluris*; Cass., 24 maggio 2010, n. 12622, in *De Jure*; Cass., 20 gennaio 2015, n. 814, *ivi*.

⁵⁴ M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 2012, pag. 377.

⁵⁵ *Infra*, par. 6.3.

⁵⁶ Cass., 4 luglio 1985, n. 4036, in *Mass. Giust. civ.*, 1985, 1237 s.

Una pronuncia più recente risolve nel medesimo modo la questione, in un caso in cui la parte aveva proposto la domanda di risoluzione per inutile decorso del termine intimato con la diffida ad adempiere solo in appello ⁵⁷.

La domanda, in effetti, richiede l'allegazione di un fatto principale nuovo, nonostante sia diretta al medesimo risultato empirico.

La giurisprudenza si è occupata della *mutatio* in grado di appello: ci si potrebbe chiedere se tale cambiamento sia consentito, quanto meno, entro la prima memoria di cui all'art. 183, comma 6, cod. proc. civ., alla luce dell'orientamento delle Sezioni Unite, cui si è fatto riferimento ⁵⁸, propenso ad ammettere una *mutatio* entro questo termine, purché la domanda originaria e quella modificata siano tra loro «complanari».

Sul piano sostanziale si può rilevare come la soluzione non sembri poggiare su un'esigenza di protezione del debitore. D'altro canto, una *ratio decidendi* occulta nel nostro ordinamento — che emerge espressamente, invece, in quelle sentenze che si occupano della *mutatio* dalla domanda di risoluzione con risarcimento del danno a quella dell'accertamento del recesso con condanna alla restituzione o al pagamento del doppio della caparra confirmatoria ⁵⁹ — pare essere la volontà di sanzionare il contraente che ha attivato il processo, azionando la domanda di risoluzione giudiziale, per poi dichiarare di volersi avvalere di uno strumento, la diffida ad adempiere, codificato allo scopo di ridurre il contenzioso.

2.3.1.2. Domanda di adempimento.

La proponibilità della domanda di adempimento dopo la risoluzione per diffida ad adempiere non ha dato luogo a una notevole casistica. Una volta risolto il contratto, infatti, la domanda di adempimento sembra *ictu oculi* inammissibile.

Si registra, però, un rilevante precedente di senso contrario: Cass., 8 novembre 2007, n. 23315 ⁶⁰.

⁵⁷ Cass., 29 agosto 2011, n. 17703, in *De Jure*.

⁵⁸ *Supra*, cap. I, par. 3.1.

⁵⁹ *Infra*, par. 5.3.2.4.

⁶⁰ In *Contratti*, 2008, 437 ss., con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *Diffida ad adempiere e disponibilità degli effetti risolutivi*; in *Corr. giur.*, 2008, 935 ss., con nota di M. RUVOLO, *Diffida ad adempiere e rinuncia dell'avente diritto ad avvalersi dell'effetto risolutivo*; in *Europa e dir. priv.*, 2008, 525 ss., con nota di D. LETIZIA, *Sulla disponibilità degli effetti della diffida ad adempiere da parte dell'intimante*. Si segnala inoltre il commento di R. RINALDI, *Brevi note in tema di rinuncia agli effetti della risoluzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 329 ss.

Il caso è semplice: A, dopo la scadenza del termine intimato con una diffida ad adempiere, conviene in giudizio B per ottenere una sentenza costitutiva che tenga luogo del contratto definitivo *ex art. 2932 cod. civ.* Il Tribunale, ritenuto che l'effetto della diffida ad adempiere rimanga nella disponibilità dell'intimante, accoglie la domanda. La Corte d'appello, al contrario, in accoglimento del gravame, rigetta la domanda, motivando, da quanto si apprende dalla sentenza di legittimità, che «l'intimante non ha [...] il potere di porre nel nulla l'effetto risolutorio già verificatosi e chiedere l'adempimento».

La Corte di cassazione accoglie il ricorso di A, richiamando, sinteticamente, l'orientamento giurisprudenziale favorevole alla rinuncia agli effetti risolutivi. Sulla scia di altre pronunce — sempre in tema di diffida ad adempiere, ma riguardanti altre fattispecie, che si avrà modo di illustrare —, la Corte argomenta così: (i) l'intimazione della diffida ad adempiere è una facoltà del diffidante — come ovvio, peraltro ⁶¹ —; (ii) la diffida è un negozio giuridico, sicché non può produrre effetti oltre la volontà dell'autore; (iii) di conseguenza, è il diffidante a dover scegliere se avvalersi dell'effetto prodotto dalla diffida ad adempiere.

L'argomentazione affonda le radici, come si è visto, in decenni di stratificazione giurisprudenziale e si avrà modo di tornare sulla categoria della rinuncia all'effetto risolutorio.

Occorre rilevare, in questa sede, che la Corte, nella breve motivazione, si mostra consapevole dell'unanime critica della dottrina alla rinunciabilità dell'effetto risolutorio, ma si propone di dar seguito all'orientamento consolidato. Senonché, sino ad allora, il *dictum*, pur ambiguo e infelice, non aveva mai frustrato l'affidamento del debitore, bensì, come ha notato la dottrina più accorta ⁶², era stato invocato contro la parte che voleva avvalersi della risoluzione. Insomma: una massima poco corretta, ma, sino ad allora, innocua.

Questo, invece, è uno dei rarissimi casi in cui la rinunciabilità dell'effetto risolutorio viene utilizzata contro il debitore inadempiente e si espone, opportunamente, a tutte le critiche avanzate, negli anni, dalla dottrina. Non a caso, solo

⁶¹ Rileva la superfluità dell'affermazione R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 654, *sub* nota 1.

⁶² C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla disponibilità*, cit., *passim*, U. CARNEVALI, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1048; M. DELLACASA, *Il creditore può rinunciare*, cit., 24 e *passim*.

due anni più tardi le Sezioni Unite hanno sentito l'esigenza di fornire un chiarimento sul punto.

Non deve però dimenticarsi che, anche quando non fa uso di *dicta* di dubbia legittimità, la giurisprudenza sembra ritenere che l'avvenuta risoluzione di diritto non possa essere rilevata d'ufficio dal giudice, ma che possa essere fatta valere solo dalla parte che ha interesse a invocare il rimedio⁶³. Applicando questo principio alla lettera, sarebbe sufficiente che la parte che si è avvalsa della risoluzione del contratto *ex art.* 1454 cod. civ. agisse per l'adempimento senza dedurre l'avvenuta risoluzione per ottenere la tutela richiesta. In questo caso specifico, la regola giurisprudenziale merita, probabilmente, un correttivo, che consenta quanto meno alla controparte di sollevare l'eccezione di risoluzione del contratto.

2.3.2. Reiterazione della diffida.

Si è prodotta una significativa casistica sulla reiterabilità della diffida ad adempiere da parte del contraente insoddisfatto. Le pronunce hanno attirato l'attenzione dei commentatori perché si sono spesso servite della massima della rinunciabilità all'effetto risolutivo. L'analisi delle motivazioni mostra, però, come la massima sia utilizzata, contrariamente al caso appena esaminato, contro il diffidante e senza frustrare l'affidamento del debitore nell'avvenuta risoluzione.

Cass., 25 novembre 1983, n. 7079⁶⁴ si espone a valutazioni di diverso tenore. A intima una diffida ad adempiere a B. In pendenza del termine, le parti tenevano un incontro, nel quale il termine intimato non veniva modificato. Decorso il termine, A inoltra a B una nuova diffida ad adempiere, questa volta nel brevissimo termine di 3 giorni. Infine, decorso anche questo termine, il creditore agisce per sentire accertare l'avvenuta risoluzione del contratto. Il Tribunale accoglie la domanda e la Corte d'appello conferma la decisione.

La Corte di cassazione cassa la sentenza d'appello, argomentando come segue: (i) la risoluzione per diffida ad adempiere — secondo l'orientamento già richiamato — è nella disponibilità dell'intimante («essendo l'essenzialità posta nell'interesse del creditore, è sempre a lui rimessa la valutazione della convenienza di far valere

⁶³ *Amplius infra*, par. 6.3.

⁶⁴ In *Giust. civ.*, 1984, 3141 ss., con nota di P. MALFATTI LETTA, *In tema di diffida ad adempiere*.

senz'altro l'inutile decorso del termine»); (ii) intimando una nuova diffida, dopo l'incontro interlocutorio, A ha «collega[to] ormai gli effetti risolutivi alla seconda diffida e non più alla prima, che veniva superata»; (iii) il termine intimato con la seconda diffida è incongruo, sicché il contratto non può intendersi risolto.

Una prima prospettiva — la meno significativa — da cui può essere vista la pronuncia è quella della disponibilità dell'effetto risolutivo. La sentenza non fa espresso uso dell'istituto della rinuncia all'effetto risolutivo, ma ne condivide i fondamenti. Ebbene, si osserva, come di consueto, che la disponibilità della risoluzione già prodottasi sembra contrastare con la cessazione del vincolo e con la protezione dell'affidamento del debitore prevista dall'art. 1453, comma 2, cod. civ.⁶⁵. L'osservazione è condivisibile, ma non sembra aderente al merito della vicenda, in cui il superamento degli effetti della prima diffida non giova all'intimante, ma anzi è posto a fondamento del rigetto della sua pretesa: la prima diffida, infatti, avrebbe potuto risolvere il contratto, mentre la seconda è stata giudicata incongrua.

La prospettiva da cui guardare la pronuncia è dunque quella dell'intimante. La Corte si è servita di una massima comoda, perché consolidata, anche se non rilevante nel caso concreto — la disponibilità dell'effetto risolutivo —, per sanzionare un comportamento dell'intimante giudicato contraddittorio. Sembra questo il cuore della pronuncia, che pure è stata criticata anche sotto questo profilo⁶⁶.

Le medesime considerazioni possono svolgersi per Cass., 18 maggio 1987, n. 4535⁶⁷. Nonostante un complicato *iter* processuale, la fattispecie è analoga a quella appena analizzata. Il promissario acquirente B conviene in giudizio i coniugi e promittenti venditori A ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. I coniugi oppongono la risoluzione di diritto del contratto, deducendo, in particolare, di aver notificato a B due «inviti a comparire davanti al notaio», che la Corte, in motivazione, qualifica come

⁶⁵ P. MALFATTI LETTA, *In tema di diffida ad adempiere*, cit., 3143.

⁶⁶ R.S. BONINI, «*Rinunciabilità all'effetto risolutivo*», cit., 88, critica la soluzione contraria agli interessi dell'intimante: «il contratto si è risolto per effetto del vano scadere del termine indicato nella prima diffida; alla seconda «diffida» dovrà darsi il significato di una sorta di proposta: è una manifestazione della disponibilità del contraente corretto a far rivivere il contratto [...]. A noi pare che il contraente che pazientemente, dopo il vano scadere della prima diffida, assegna all'inadempiente un termine inferiore per adempiere, meriti di essere tenuto avvinto al programma contrattuale solo se l'altra parte adempie entro tale secondo pur brevissimo termine».

⁶⁷ In *Giur. it.*, 1988, 448 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla disponibilità*, cit.

diffide ad adempiere ⁶⁸, e di aver poi inviato una «dichiarazione di recesso dal preliminare» se B non si fosse presentato davanti al notaio entro 5 giorni. La Corte d'appello, in sede di giudizio di rinvio, aveva giudicato incongruo il termine da ultimo intimato *ex art.* 1454 e, confermando la sentenza di primo grado, aveva emesso la sentenza costitutiva richiesta.

I coniugi A censuravano la sentenza nella parte in cui aveva omesso di computare, ai fini della congruità del termine, anche i termini intimati con le precedenti diffide: l'ultimo brevissimo termine, insomma, doveva considerarsi come un'ulteriore ed ultima dilazione.

La Corte, sulla base dei noti argomenti della facoltatività della diffida ad adempiere e della disponibilità dei suoi effetti, ritiene che, con l'intimazione di nuove diffide, gli A abbiano rinunciato alle precedenti, sicché l'unica diffida rilevante è l'ultima.

La motivazione della pronuncia è stata criticata, con particolare riguardo alla disponibilità dell'effetto risolutivo ivi menzionata ⁶⁹. Si è notato, però, che l'argomentazione della Corte ha fatto uso, per corroborare la soluzione raggiunta, di una — scorretta — massima consolidata, che si è rivelata, come in altre occasioni, innocua, nel senso che non ha consentito all'intimante di ripristinare unilateralmente il rapporto contrattuale già sciolto ⁷⁰.

Occorre ancora osservare che la motivazione, incentrata sulla disponibilità della diffida, allontana dai veri interessi in gioco: la pronuncia sanziona il creditore che abbia concesso ripetute proroghe, impedendogli di giovare della risoluzione.

Cass., 20 marzo 1991, n. 2979 ⁷¹ sembrerebbe ammettere la possibilità per l'intimante di inoltrare più diffide — non è chiaro se in pendenza del termine intimato con la diffida precedente o anche dopo il decorso di tale termine —. Il problema affrontato dalla sentenza riguarda la questione se la reiterazione delle diffide incida

⁶⁸ R.S. BONINI, «*Rinunciabilità all'effetto risolutivo*», cit., 71 rileva l'incongruenza della pronuncia nella parte in cui sembrerebbe intendere che le prime due diffide non contenessero l'indicazione del termine di adempimento ma poi conclude che esse debbano essere qualificate come diffide ad adempiere. Il punto è secondario in questa sede.

⁶⁹ Gli argomenti sono quelli contrari alla rinunciabilità dell'effetto risolutivo, su cui *infra*, par. 6.2.

⁷⁰ Osserva C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla disponibilità*, cit., 455: «le pronunce dei giudici in *subiecta materia* sono spesso soddisfacenti i termini di giustizia sostanziale. Se ne deve dedurre allora che le *rationes decidendi* poste dai giudici in epigrafe alle loro decisioni non esprimono sempre fedelmente i reali motivi di esse». Allo stesso modo U. CARNEVALI, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1046.

⁷¹ In *De Jure*.

negativamente sulla gravità dell'inadempimento. Alla base sembra esservi la consapevolezza che la nuova diffida potrebbe contrastare con un precedente comportamento tollerante.

La Corte, ammettendo, pur in termini non chiarissimi, la possibilità di rinnovare la diffida, si esprime, condivisibilmente, come segue: «il fatto che ad una diffida sia seguita altra diffida non giustifica di per sé l'affermazione che il mancato adempimento nei termini sia di scarso interesse, quando sia omessa la valutazione delle ragioni che indussero a rinnovare la diffida».

Cass., 4 agosto 1997, n. 7182 ⁷² afferma incidentalmente la rinunciabilità dell'effetto risolutivo, mediante l'intimazione di una nuova diffida, in una causa nella quale l'avvenuta risoluzione era stata invocata dal diffidato. La domanda del diffidente, però, non era di adempimento, ma di accertamento della legittimità del recesso con condanna della controparte al pagamento del doppio della caparra ricevuta. Si intravede, qui, la questione dei rapporti tra recesso *ex art.* 1385 e risoluzioni di diritto ⁷³.

Con riguardo alle implicazioni del *decisum*, occorre rilevare come, sotto il profilo degli effetti del contratto, la sentenza pervenga a una conclusione — la legittimità del recesso — omogenea alla risoluzione di diritto. La differenza, ovviamente, sta nel profilo risarcitorio.

Cass., 3 marzo 2016, n. 4205 ⁷⁴ si occupa di un caso in cui, nei primi due gradi di giudizio, era stata accolta la domanda riconvenzionale di risoluzione *ex art.* 1454 cod. civ. del promittente venditore di un immobile, anch'egli convenuto *ex art.* 2932 dal promissario acquirente. Quest'ultimo contestava l'inadempimento di controparte, maturato tra una diffida e l'altra. La Corte conferma le pronunce di merito, ritenendo il contratto risolto, pur avendo la parte non inadempiente intimato due diffide ad adempiere. L'argomentazione della Corte è articolata, perché fa uso del noto argomento della disponibilità dell'effetto risolutivo. La vera *ratio decidendi* pare in realtà condensata in poche righe, nelle quali la Corte riconosce che, nonostante la facoltà di intimare una nuova diffida e rimettere in termini il debitore,

⁷² *Ivi*.

⁷³ Su cui *infra*, parr. 5.2. ss.

⁷⁴ In *Giur. it.*, 2016, 2351 ss., con nota di V. VITI, *Il conteso effetto risolutivo nella diffida ad adempiere: indisponibilità o rinunciabilità?*

«l'inadempimento continua ad essere tale, e si è manifestato, anche nella sua oggettiva gravità, a far data dalla scadenza del termine assegnato con la prima diffida».

La soluzione qui accolta pare differente dai casi sopra analizzati: qui la reiterazione della diffida ad adempiere non nuoce al diffidante. La Corte sembra interpretare la seconda diffida come una mera proroga, una rimessione in termini in favore del debitore che però, qualora non sfruttata, non elimina l'inadempimento già maturato.

2.3.3. *Accettazione dell'adempimento tardivo.*

Il diffidante, trascorso il termine, potrebbe accettare l'adempimento tardivo. La giurisprudenza si è occupata della fattispecie.

Cass., 4 maggio 1991, n. 4908 ⁷⁵ affronta il seguente caso: tra A e B era stato stipulato un preliminare di vendita immobiliare. Il venditore A, tuttavia, non era proprietario dell'immobile promesso. Il Tribunale accertava la risoluzione del preliminare perché nel termine intimato da B con diffida ad adempiere il promittente venditore non si era procurato la proprietà del bene. La Corte d'appello prendeva in considerazione la promessa di vendita che A aveva ottenuto dai proprietari dell'immobile: il trasferimento della proprietà non si era però perfezionato entro il termine intimato, ma successivamente. La Corte ne deduceva che il contratto fosse risolto.

Di diverso avviso la Corte di cassazione che, richiamata la nota giurisprudenza sulla rinunciabilità dell'effetto risolutivo, così motiva: «la Corte d'appello, pur avendo rilevato che in corso di causa il venditore [A] aveva adempiuto la propria obbligazione procurandogli l'acquisto del fondo di proprietà del terzo, ha ritenuto tale fatto un semplice adempimento tardivo, non idoneo a rimuovere l'effetto risolutorio [...]. Con ciò, rileva la Corte, il giudice d'appello ha palesemente trascurato il rilievo che fu lo stesso creditore [B] a mostrare un preciso interesse all'adempimento tardivo, partecipando alla stipulazione del rogito notarile con i proprietari del bene ed a volere rimuovere con ciò, non solo l'effetto risolutivo conseguente alla diffida, ma anche la preclusione dovuta alla domanda giudiziale di risoluzione (art. 1453 cod. civ.). Né la Corte del merito ha considerato che si veniva a creare una insanabile incompatibilità

⁷⁵ In *De Jure*.

logico-giuridica fra l'asserito carattere irreversibile dell'effetto risolutorio ed il successivo adempimento dell'obbligazione da parte del debitore».

L'accettazione dell'adempimento tardivo vale, insomma, a rimuovere la già intervenuta risoluzione e va contro l'interesse del diffidante.

A simile conclusione giunge Cass., 1 aprile 2005, n. 6891 ⁷⁶, che conferma la sentenza con cui la Corte d'appello aveva ritenuto che il diffidante, che agiva per l'accertamento dell'avvenuta risoluzione, avesse implicitamente rinunciato alla diffida dal momento che aveva sottoscritto la ricevuta della documentazione di cui lamentava la mancata consegna.

2.4. Risoluzione per diffida ad adempiere e recesso: in particolare, il recesso ex art. 1385 cod. civ. (rinvio).

Il tema del rapporto tra le forme di risoluzione di diritto e il recesso in caso di conferimento di caparra confirmatoria ha dato luogo a un'ingente casistica, oggetto specifico, peraltro, della pronuncia delle Sezioni Unite del 2009 cui si è fatto cenno ⁷⁷.

I rapporti tra risoluzione ex art. 1454 cod. civ. e recesso ex art. 1385 cod. civ. saranno pertanto affrontati nella sede specificamente dedicata al tema ⁷⁸.

Può essere invece richiamato, in questa sede, un precedente del Tribunale di Rimini sul rapporto tra risoluzione per diffida ad adempiere e recesso del committente nel contratto d'appalto ai sensi dell'art. 1671 cod. civ. ⁷⁹. L'appaltatore B conveniva in giudizio il committente A per sentirlo condannare alla corresponsione del compenso maturato sino a quello che qualificava come un atto di recesso di A.

A eccepiva, invece, l'intervenuta risoluzione del contratto a seguito di intimazione di diffida ad adempiere.

A ben vedere, la sentenza non affronta il rapporto tra i due rimedi, ma si fonda sul seguente rilievo: scaduto il termine intimato con la diffida, A aveva agito in giudizio con un ricorso per istruzione preventiva, perché «intendeva invocare la risoluzione del contratto di appalto [...] per grave inadempimento dell'appaltatore».

⁷⁶ In *De Jure*.

⁷⁷ E su cui *infra*, par. 5.3.2.4.

⁷⁸ *Infra*, par. 5.4.

⁷⁹ Trib. Rimini, 19 aprile 2016, n. 587, in *De Jure*.

Ne desume il giudice, ricordato l'ormai noto insegnamento della facoltatività della diffida, che A avesse rinunciato agli effetti della diffida: il contratto doveva perciò ritenersi sciolto a seguito del successivo recesso dello stesso A.

2.5. Considerazioni di sintesi.

Le fattispecie prese in considerazione da giurisprudenza e dottrina sono molteplici.

Il rapporto tra azione di risoluzione giudiziale e di accertamento della risoluzione *ex art. 1454 cod. civ.* non sembra chiarito: la giurisprudenza pare ammettere la *mutatio* dalla domanda *ex art. 1454 cod. civ.* a quella di risoluzione giudiziale, ma i casi esaminati affrontano, piuttosto, fattispecie in cui il dato rilevante era l'interpretazione della domanda. Il passaggio inverso sembra invece precluso.

La domanda di adempimento una volta prodottasi la risoluzione deve intendersi preclusa. Un precedente isolato non può portare a conclusioni diverse.

La reiterazione della diffida ad adempiere è ritenuta possibile e assume due diversi significati: nella maggioranza dei casi è intesa come rinuncia alla diffida previamente intimata; in altri è interpretata come proroga del termine già assegnato al debitore. In nessun caso la reiterazione della diffida consente un abuso nei confronti del debitore: anzi, essa viene invocata contro l'intimante, per precludergli di avvalersi della risoluzione conseguente alla prima diffida. L'ordinamento impedisce così al contraente che si sia mostrato tollerante di sciogliersi dal contratto.

Questa prospettiva potrebbe aiutare a risolvere i dubbi sulla revocabilità o sulla prorogabilità della diffida in pendenza del termine ⁸⁰: esse potrebbero essere ritenute rilevanti nella misura in cui vincolano il diffidante al contratto che questi ha inteso mantenere in vita.

L'accettazione dell'adempimento tardivo, infine, è ritenuta una rinuncia all'effetto risolutivo. La soluzione non pare esatta dal punto di vista teorico ⁸¹, ma è sicuramente condivisibile negli effetti.

⁸⁰ *Supra*, par. 2.2.1.

⁸¹ *Supra*, par. 2.3.3.

3. Clausola risolutiva espressa.

3.1. Caratteri generali.

La clausola risolutiva espressa⁸² è riconosciuta come uno strumento di autonomia privata⁸³, che permette alle parti di riconnettere all'inadempimento di una determinata obbligazione⁸⁴ la risoluzione del contratto, escludendo il sindacato

⁸² G. ANDREOLI, *Appunti sulla clausola risolutiva espressa e sul termine essenziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 72 ss.; F.D. BUSNELLI, voce *Clausola risolutiva*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 196 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 340 ss.; D. CARUSI, *sub art.* 1456, in M. NAVARRETTA – A. ORESTANO, *Dei contratti in generale*, cit., 438 ss.; M. COSTANZA, *sub art.* 1456, in L. NANNI – M. COSTANZA – U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 2, *Art. 1455-1459*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 2007, 44 ss.; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, cit., 142 s.; M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 295 ss.; P. GALLO, *Trattato del contratto*, III, cit., 2161 ss.; M. GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, Milano, 1998; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 904 ss.; R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 656 ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., *sub art.* 1456, 593 ss.; A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione*, cit., 109 ss.; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 1756 ss.; ID., *La risoluzione stragiudiziale*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *La risoluzione*, cit., 148 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 69 s.

⁸³ In una duplice direzione: da un lato le parti sono libere di selezionare gli specifici inadempimenti cui riconnettere l'effetto risolutivo; dall'altro, tramite questa espressa previsione, precludono il sindacato del giudice sulla gravità di tali violazioni contrattuali. Cfr. per tutti P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 69. Il dato è pacifico in giurisprudenza. Cfr., tra le più recenti, Cass., 5 luglio 2018, n. 17603, in *De Jure*; Cass., 11 novembre 2016, n. 23065, *ivi*. L'esplicazione dell'autonomia privata nella clausola risolutiva espressa è un dato acquisito. Cfr., per tutti, M. COSTANZA, *sub art.* 1456, cit., 44. Vi sono almeno due profili rispetto ai quali l'autonomia privata sembra però sottoposta a compressioni. In primo luogo, la clausola risolutiva espressa è veramente concordata se non è imposta da una delle due parti. Ciò conduce all'interrogativo circa la vessatorietà della clausola, su cui v. *infra* nelle note. In secondo luogo, la giurisprudenza più recente sembra ampliare lo spazio del controllo giudiziale sulla legittimità dell'invocazione della clausola risolutiva espressa. Sul punto può rinviarsi, quanto meno, a Cass., 23 novembre 2015, n. 13868, in *Giur. it.*, 2016, 2364 ss. e F.P. PATTI, *Due questioni in tema di clausola risolutiva espressa*, in *Contratti*, 2017, 695 ss.

⁸⁴ È pacifico che la clausola debba avere un contenuto determinato, come espressamente richiesto dal primo comma dell'art. 1456 cod. civ. Viene pertanto generalmente ritenuta di stile — e dunque irrilevante, perché come non apposta — la clausola che riconnetta la risolubilità di diritto all'inadempimento di ogni obbligazione contrattuale. La massima giurisprudenziale tralatizia è la seguente «Per la configurabilità della clausola risolutiva espressa, le parti devono aver previsto la risoluzione di diritto del contratto per effetto dell'inadempimento di una o più obbligazioni specificamente determinate, costituendo una clausola di stile quella redatta con generico riferimento alla violazione di tutte le obbligazioni contenute nel contratto; in tale ultimo caso, pertanto, l'inadempimento non risolve di diritto il contratto, sicché di esso deve essere valutata l'importanza in relazione alla economia del contratto stesso, non essendo sufficiente l'accertamento della sola colpa, come previsto, invece, in presenza di una valida clausola risolutiva espressa» (da ultimo in Cass., 12 dicembre 2019, n. 32681, in *De Jure*). La dottrina precisa, da un lato, l'inappropriatezza della qualificazione della clausola come «di stile», giacché tale sarebbe una clausola non specificamente voluta dalle parti, come invece solitamente è una clausola risolutiva espressa pur generica (così G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 610; P. GALLO, *Trattato del contratto*, cit., 2161 conclude, radicalmente, che «in realtà non si vede perché le parti non possano prevedere genericamente che l'inadempimento di qualsiasi obbligazione derivante dal contratto conduca alla risoluzione di diritto»); dall'altro lato, si suggerisce maggior cautela: la soluzione andrebbe relativizzata al contenuto e alla complessità del contratto. Cfr. G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 610: «il contratto può essere costituito di pochissime clausole, sicché il riferimento al generico inadempimento ben può valere ad individuare l'interesse dei contraenti alla sua esatta esecuzione: è chiaro che un tale accertamento non può essere formulato in astratto ma si fonda sull'interpretazione dell'intero complesso delle clausole del contratto, il che appunto vale ad escludere che, sempre in astratto,

giudiziale sulla gravità dell'inadempimento *ex art.* 1455 cod. civ.⁸⁵. A differenza della diffida ad adempiere, che è un rimedio concesso a posteriori, dopo l'inadempimento, al contraente deluso, la clausola rappresenta, nel momento della pattuizione, uno dei punti dell'accordo delle parti⁸⁶.

Una volta che l'inadempimento si sia verificato, la possibilità di avvalersi della clausola diviene, coerentemente con la sua natura rimediale⁸⁷, un diritto potestativo della parte non inadempiente⁸⁸, che può scegliere se dichiarare di valersi della clausola⁸⁹. La dichiarazione di cui al secondo comma dell'art. 1456 cod. civ. è un negozio

il riferimento alla violazione di tutti i patti del contratto risulti irrilevante. Anzi, semmai una tale clausola varrebbe a ben vedere proprio a dimostrare l'interesse all'adempimento di tutti i patti del contratto».

⁸⁵ A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, cit., 143.

⁸⁶ Come illustra M. COSTANZA, *sub art.* 1456, cit., 51, si tratta di una clausola in senso tecnico. Più specificamente, si tratta di un patto accessorio che, come tale, può essere aggiunto al contratto anche in un momento successivo (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 341; P. GALLO, *Trattato del contratto*, cit., 2162). È un patto a forma libera o, più correttamente, la cui forma è determinata *per relationem* rispetto al contratto (A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, cit., 142; M. COSTANZA, *sub art.* 1456, cit., 58; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 606), con due avvertenze: la previsione della risoluzione quale conseguenza di uno specifico inadempimento deve essere espressa e non è dunque compatibile con un accordo tacito; la natura di patto accessorio della clausola la sottopone alle limitazioni probatorie di cui all'art. 2722 cod. civ. Come ogni pattuizione contrattuale, anche la clausola risolutiva espressa può essere il frutto di un'adesione di una parte al regolamento contrattuale predisposto dall'altra o può comunque derivare da un assenso espresso da una parte che si trova in condizione di inferiorità socio-economica rispetto all'altra. In questo senso è lecito dubitare che la clausola risolutiva espressa valorizzi l'autonomia di entrambi i contraenti. Altro discorso è se dalla disparità di posizioni delle parti debbano derivare conseguenze sul piano giuridico. Secondo l'opinione nettamente maggioritaria la clausola risolutiva espressa non dev'essere considerata vessatoria né ai sensi dell'art. 1341 cod. civ. né ai sensi dell'art. 33 cod. cons., fermi ovviamente i rimedi in tema di vizi del consenso o rescissione del contratto in caso di abuso di una parte sull'altra. Incisive le parole di R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 657: «la clausola risolutiva espressa [...] si presta a sollecitare qualche diffidenza di chi teme che la diversa forza economica dei due contraenti favorisca l'abuso del più forte. Ma questa diffidenza non stinge sull'interpretazione». Nella giurisprudenza più recente cfr. Cass., 5 luglio 2018, n. 17603, in *De Jure*; Cass., 11 novembre 2016, n. 23065, *ivi*; Cass., 28 giugno 2010, n. 15365, *ivi*. La dottrina minoritaria riterrebbe invece riconducibile la clausola o a quelle che prevedono la facoltà di recedere del predisponente (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 341) o la limitazione della proponibilità di eccezioni da parte dell'aderente (M. COSTANZA, *sub art.* 1456, cit., 61 s.).

⁸⁷ E, più specificamente, di strumento di autotutela, come ricorda C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 340.

⁸⁸ La legittimazione a invocare la risoluzione — anche qualora la clausola contempli l'inadempimento di entrambe le parti — spetta solo al creditore deluso. Così G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 617; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 343.

⁸⁹ È il punto di maggiore innovatività introdotto dal legislatore del 1942. Mentre la codificazione della clausola risolutiva, difatti, riprende un consolidato orientamento interpretativo favorevole, pur nel silenzio del codice previgente, la novità della potestatività tanto della clausola risolutiva quanto della risoluzione conseguente al decorso del termine essenziale è rimarcata sia dagli interpreti (cfr. per tutti A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione*, cit., 219 ss.) sia dalla Relazione al Re, in cui, al n. 661, si legge «A tutela del creditore si è evitato l'effetto automatico assoluto, tanto della clausola risolutiva espressa quanto del termine essenziale. Tale automatismo potrebbe non corrispondere più all'interesse del creditore nell'atto in cui l'inadempimento si verifica: il creditore può quindi rinunciare all'effetto della clausola risolutiva espressa non dichiarando di volersene avvalere».

unilaterale e recettizio, non soggetto a forme⁹⁰, che scioglie il contratto, con effetto *ex tunc*, e preclude l'adempimento tardivo⁹¹.

Dopo l'inadempimento⁹², perciò, ha avvio una situazione di incertezza in cui i conflitti di interessi sono molteplici. In pendenza della scelta della parte non inadempiente le parti potrebbero mantenere l'interesse all'esecuzione del contratto o potrebbero entrambe avere interesse alla cessazione dei suoi effetti; potrebbero, ancora, avere interessi divergenti. In questo lasso di tempo, il creditore dispone degli ordinari rimedi *ex art.* 1453 cod. civ.; il debitore può adempiere e liberarsi, salvo l'eventuale risarcimento del danno da ritardo⁹³. La situazione di incertezza può protrarsi a lungo, poiché si ritiene che il contraente deluso possa avvalersi della clausola entro l'ordinario termine di prescrizione di dieci anni⁹⁴, mentre la parte inadempiente non dispone di una forma di interpello. Per questa ragione assumono particolare rilevanza tutte quelle condotte del creditore che manifestano, anche tacitamente, la sua volontà di non invocare la clausola risolutiva⁹⁵.

Nonostante la funzione di certezza e snellezza che il rimedio, nelle intenzioni del legislatore, condivide insieme alle altre forme di risoluzione stragiudiziale, i margini di incertezza e conflitto, dunque, non mancano.

3.2. *Vicende anteriori alla dichiarazione del creditore di volersi valere della clausola.*

Nella ricognizione delle ipotesi isolate da dottrina e giurisprudenza nelle quali viene in rilievo un comportamento contraddittorio delle parti nella risoluzione per clausola risolutiva espressa, occorre distinguere due momenti: da un lato vi è il tempo che intercorre tra l'inadempimento e la dichiarazione del creditore di volersi valere della clausola; dall'altro il tempo successivo alla dichiarazione.

La distinzione non è sempre agevole, perché le massime sono spesso generiche e le motivazioni delle pronunce non chiare sul punto. Sembra però che la maggior

⁹⁰ V. per tutti M. COSTANZA, *sub art.* 1456, cit., 67; salvo, secondo qualcuno, la medesima forma prescritta per il contratto: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 343.

⁹¹ P. GALLO, *Trattato del contratto*, III, cit., 2163.

⁹² Con la precisazione che affinché il contraente deluso possa legittimamente invocare la risoluzione occorre non solo che quella specifica obbligazione sia rimasta inadempita, ma che l'inadempimento non sia giustificato, nemmeno dall'inadempimento del creditore, e sia imputabile al debitore: per tutti G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 599; *contra* M. COSTANZA, *sub art.* 1456, cit., 65.

⁹³ P. GALLO, *Trattato del contratto*, III, cit., 2164.

⁹⁴ G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 620.

⁹⁵ Su cui *infra*, par. 3.2.

parte delle sentenze che affrontano il tema della rinuncia alla risoluzione tramite clausola risolutiva espressa si riferiscano a una rinuncia successiva alla dichiarazione di volersene avvalere. La rinuncia preventiva trova esplicitazione nelle analisi dottrinali e nell'imponente casistica in tema di tolleranza.

Muoviamo dalle vicende che si collocano nel primo arco temporale: tra l'inadempimento e la dichiarazione.

3.2.1. Condotte che precludono l'invocazione della clausola.

La dottrina isola alcune condotte del creditore che precludono l'efficacia della successiva dichiarazione di volersi avvalere della clausola. Si tratta di atti che non possono definirsi contraddittori: al più, potrebbe dirsi contraddittoria la successiva dichiarazione. La vicinanza del tema all'oggetto dell'indagine suggerisce di darne comunque conto.

L'accettazione dell'adempimento tardivo — già lo si è osservato ⁹⁶ — preclude l'invocazione della clausola risolutiva ⁹⁷. Il semplice inadempimento, *sub specie* di ritardo, difatti, non preclude la possibilità del debitore di liberarsi adempiendo. Lo si desume chiaramente dal terzo comma dell'art. 1453 cod. civ., ai sensi del quale, sinché il creditore non domanda la risoluzione del contratto, il debitore può eseguire la prestazione. La possibilità dell'adempimento tardivo non esclude, ovviamente, la risarcibilità del danno da ritardo.

Sul punto, si segnala una pronuncia, Cass., 24 novembre 2010, n. 23824 ⁹⁸, che ha destato l'attenzione della dottrina perché ha fatto espresso riferimento alla rinunciabilità dell'effetto risolutivo appena un anno dopo l'intervento delle menzionate Sezioni Unite, che si immaginava avrebbe posto un punto fermo sulla questione ⁹⁹. Un'analisi della pronuncia, tuttavia, mostra come la fattispecie non fosse quella di un comportamento abdicativo da parte del creditore che avesse già dichiarato di volersi avvalere della clausola risolutiva, ma quella dell'accettazione dell'adempimento tardivo. La Corte, difatti, rileva che il creditore «aveva manifestato con il proprio comportamento concludente una volontà contraria all'intendimento di

⁹⁶ *Supra*, par. 3.1.

⁹⁷ Cass., 21 luglio 1979, n. 4390, in *Foro it.*, 1980, 1061.

⁹⁸ In *De Jure*.

⁹⁹ Per un'analisi della pronuncia v. M. DELLACASA, *Il creditore può rinunciare*, cit., 44 ss.

avvalersi della clausola risolutiva espressa». Il richiamo alla rinunciabilità dell'effetto risolutivo appare, pertanto, superfluo.

Discorso analogo può farsi per la successiva Cass., 10 marzo 2011, n. 5734 ¹⁰⁰: in questo caso, la dichiarazione del creditore di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa era stata superata dal provvedimento del Tribunale che aveva rimesso in termini il convenuto ai sensi dell'art. 1183 cod. civ.

La giurisprudenza sembra considerare che anche l'offerta della prestazione prima dell'invocazione, da parte del creditore, della clausola risolutiva espressa renda quest'ultima inoperante ¹⁰¹.

Diverse considerazioni sembrano doversi condurre con riguardo ai casi in cui sia invece il creditore a eseguire la sua prestazione. Taluno vi intravede una rinuncia tacita alla clausola risolutiva espressa ¹⁰². Sembra però preferibile una maggior prudenza ¹⁰³, perché il mero adempimento della propria prestazione può rispondere a interessi differenti, primo tra tutti quello di evitare che il debitore inadempiente, una volta che il creditore abbia successivamente dichiarato di volersi valere della clausola, possa opporgli l'eccezione d'inadempimento.

Lo stesso sembra potersi dire della sollecitazione dell'adempimento da parte del creditore deluso. Una diffida con la quale il creditore intima di adempiere ben può essere un legittimo strumento per soddisfare il suo interesse primario — quello all'adempimento — prima di invocare la risoluzione ¹⁰⁴. Questa conclusione sembra coerente con l'orientamento giurisprudenziale di cui si dirà a breve, che ritiene integrata la tolleranza del creditore solo in presenza di un suo comportamento univoco.

Si ritiene poi che la facoltà di valersi della clausola risolutiva espressa sia rinunciabile, sia espressamente sia tacitamente ¹⁰⁵. Quanto alla rinuncia tacita, essa consiste in una condotta incompatibile con la volontà di valersi della clausola e che

¹⁰⁰ In *De Jure*.

¹⁰¹ Cass., 14 novembre 2006, n. 24207, *ivi*.

¹⁰² P. GALLO, *Trattato del contratto*, III, cit., 2165. Anche V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 906 vede nell'accettazione o nel sollecito della prestazione inadempita, come nell'esecuzione da parte del creditore della sua prestazione una rinuncia tacita a valersi della clausola.

¹⁰³ In tal senso D. CARUSI, *sub art.* 1456, cit., 443.

¹⁰⁴ Sembra ancora condivisibile, sul punto, l'opinione di D. CARUSI, *sub art.* 1456, cit., 443.

¹⁰⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 906.

può essere in larga parte sovrapposta a quella del creditore tollerante, fattispecie sulla quale la giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi a più riprese ¹⁰⁶.

3.2.2. La tolleranza.

È diffusa, in giurisprudenza, la massima secondo cui «la tolleranza del creditore nel ricevere la prestazione è idonea a rendere inoperante la clausola risolutiva espressa apposta al contratto se ed in quanto si sia consolidata attraverso una sua condotta abituale; che può tuttavia essere a sua volta neutralizzata qualora il creditore stesso provveda, dopo il suo comportamento tollerante, a richiamare il debitore all'esatto adempimento» ¹⁰⁷.

Una scorsa della giurisprudenza più recente mostra come la massima abbia trovato applicazione prevalentemente in materia di contratti di locazione immobiliare, i quali sovente contengono una clausola risolutiva espressa che consente al locatore di risolvere il contratto in caso di ritardo da parte del conduttore nel pagamento del canone. La prassi registra, tuttavia, comprensibilmente, la ripetuta disponibilità del locatore a sopportare brevi ritardi. La condivisibile esigenza della giurisprudenza è perciò quella di distinguere i casi in cui un inadempimento di pochi giorni, costantemente sopportato, sia usato dal locatore come pretesto per risolvere il contratto e quando, invece, l'inadempimento non sia, in effetti, tollerato.

Un caso di tolleranza preclusiva dell'invocazione della risoluzione è stato affrontato, ad esempio, da Cass., 9 febbraio 1998, n. 1316 ¹⁰⁸. Il fatto corrisponde alla fattispecie sopra tratteggiata: invocazione della clausola risolutiva espressa per il pagamento tardivo di un canone mensile di un contratto di locazione. È pacifico in

¹⁰⁶ Non solo, però. Un caso interessante è rappresentato da Cass., 22 ottobre 2004, n. 20595, in *De Jure*. Una banca mutuante, convenuta dal mutuatario, che ne chiedeva la condanna al risarcimento del danno contrattuale, aveva eccepito la risoluzione del contratto a seguito dell'invocazione di una clausola risolutiva espressa. L'eccezione della banca non trova accoglimento. Una prima dichiarazione — che, secondo la banca, esprimeva la volontà di valersi della clausola — non era ritenuta idonea a provocare la risoluzione, perché «non contene[va] la rituale manifestazione di volontà di avvalersi della clausola risolutiva espressa». I giudici hanno poi ritenuto irrilevante la successiva dichiarazione, contenuta negli atti di causa, di volersi valere della clausola, perché questa dichiarazione faceva seguito alla «lettera [...] con la quale la banca aveva manifestato la propria disponibilità a procrastinare l'inizio dell'ammortamento [...], in tal modo dimostrando di ritenere tuttora efficace il rapporto contrattuale». Vi era stato perciò, secondo la Corte, un comportamento univoco, tra il momento dell'inadempimento e la successiva dichiarazione di valersi della clausola, che manifestava la volontà della parte di mantenere in vita il contratto.

¹⁰⁷ Sulla tolleranza in generale cfr. *supra*, cap. I, sez. II, par. 5.1 e *infra*, cap. III, par. 2.1, ed ivi per riferimenti.

¹⁰⁸ In *Foro it.*, 1998, 3599 ss.

causa che il ritardo vi sia stato con riguardo a una mensilità, mentre su una seconda mensilità vi è stata contestazione del conduttore. La Corte di cassazione, concordemente con la pronuncia d'appello, ritiene che la clausola risolutiva espressa fosse stata resa inoperante dalla ripetuta tolleranza mostrata dal locatore nel corso del rapporto. In proposito, la Corte richiama i passaggi fattuali della pronuncia impugnata, in cui si dava conto del rapporto di amicizia tra il titolare della società locatrice e il conduttore, nonché dell'abitudine del primo a ricevere il pagamento del canone «qualche volta, senza problemi, oltre il ventesimo giorno del mese» e talora persino «cumulativamente, per due mesi insieme» oppure «dopo quindici, venti o venticinque giorni».

La sentenza richiama la citata massima, allora già diffusa, ritenendo i fatti accertati univoci nell'indicare la tolleranza del creditore.

Il principio di diritto si è conservato immutato ¹⁰⁹.

In alcuni casi, come in quello citato, l'applicazione del principio ha portato alla dichiarazione dell'inefficacia della dichiarazione di volersi valere della clausola risolutiva espressa ¹¹⁰.

In altre fattispecie, la soluzione è stata opposta. Così in un caso in cui la banca mutuante aveva bensì ommesso di invocare la clausola risolutiva in presenza dei consueti ritardi della società mutuataria, ma aveva inoltrato «non una, ma più esortazioni [...] alla debitrice affinché osservasse il termine di scadenza dei ratei» ¹¹¹. Non è stata ravvisata tolleranza del locatore neppure in un caso in cui questi, dopo aver «reagito» ai primi ritardi, non abbia successivamente assunto iniziative contro i successivi inadempimenti in pendenza del giudizio ¹¹². Parimenti, in un altro caso, la Corte di cassazione ha confermato la sentenza d'appello che non aveva ravvisato un comportamento tollerante del locatore per difetto di prova e perché era provato, invece, l'invio, da parte del locatore, di una diffida nella quale egli aveva intimato al

¹⁰⁹ Tra le varie pronunce in cui si fa menzione della massima senza che questa assuma valore dirimente cfr. Cass., 15 luglio 2005, n. 15026, in *De Jure*; Cass., 27 settembre 2016, n. 18991, *ivi*.

¹¹⁰ Trib. Roma, 21 marzo 2019, in *De Jure*.

¹¹¹ App. Milano, 10 maggio 2002, in *Giur. it.*, 2003, 502 ss.

¹¹² Cass., 14 febbraio 2012, n. 2111, in *De Jure*. La Corte si serve della menzionata massima, ma, in realtà, la questione sembra diversa, giacché la tolleranza invocata dal conduttore ricorrente non sembrerebbe essersi situata tra l'inadempimento e l'invocazione della clausola, ma dopo quest'ultima dichiarazione.

conduttore il pagamento tempestivo del canone ¹¹³. Simili soluzioni si rinvengono anche nella giurisprudenza di merito più recente ¹¹⁴.

La casistica menzionata, pur non esaustiva, tratteggia un quadro sufficientemente chiaro ai nostri fini: il principio recetto trova applicazione coerente nella giurisprudenza. I requisiti stringenti richiesti dalla massima affinché la tolleranza possa precludere la risoluzione sembrano condurre a un numero limitato di casi in cui ne è riconosciuta la rilevanza.

3.3. *Vicende successive alla dichiarazione di volersi valere della clausola.*

La dichiarazione del creditore di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa risolve il contratto.

Vi è però una notevole serie di pronunce che fanno uso della categoria della rinunciabilità dell'effetto risolutivo e sembrano affermare la disponibilità unilaterale, da parte del contraente deluso, dell'avvenuta risoluzione del contratto.

Si impongono due precisazioni.

La prima è che le fattispecie esaminate dalla giurisprudenza sono tra loro eterogenee, sicché si rende necessario procedere secondo il metodo casistico già sperimentato.

La seconda è che in nessuno dei casi che si esamineranno la c.d. rinunciabilità dell'effetto risolutivo legittima una domanda di adempimento da parte del contraente deluso nei confronti dell'inadempiente dopo l'avvenuta risoluzione. Anzi, la nota massima è spesso utilizzata a fronte della domanda di accertamento della risoluzione da parte del contraente deluso per accogliere l'eccezione del debitore inadempiente che invece intenda far valere la persistente efficacia del contratto ¹¹⁵.

3.3.1. *Accettazione dell'adempimento.*

Alcune pronunce si occupano dell'accettazione dell'adempimento da parte del creditore che abbia già dichiarato di volersi valere della clausola risolutiva espressa.

¹¹³ Cass., 6 giugno 2018, n. 14508, in *De Jure*.

¹¹⁴ Trib. Lucca, 16 giugno 2015, in *De Jure*; Trib. Piacenza, 16 ottobre 2019, *ivi*; Trib. Livorno, 18 gennaio 2019, *ivi*.

¹¹⁵ Vi sono peraltro pronunce che escludono recisamente la rinunciabilità dell'effetto risolutivo. Così Cass., 14 ottobre 2015, n. 20768, in *De Jure*.

Cass., 14 aprile 1975, n. 1409 ¹¹⁶ affronta il caso in cui il locatore di un immobile, dopo aver convenuto il conduttore moroso per chiedere l'accertamento della giudiziale in forza di una clausola risolutiva espressa, aveva accettato, nelle more del giudizio, l'adempimento tardivo dei canoni dovuti. La Corte, ricordata la facoltà, in capo al creditore, di rinunciare alla risoluzione provocata con la dichiarazione di volersi valere della clausola risolutiva espressa, ritiene che l'accettazione della prestazione tardiva non avesse integrato una rinuncia alla risoluzione, perché «il potere del debitore di eliminare la rilevanza del suo inadempimento nella ipotesi di clausola risolutiva espressa cessa al momento della dichiarazione del creditore di voler la risoluzione del contratto». Ai sensi dell'art. 1591 cod. civ., difatti, il debitore in mora è tenuto al pagamento dei canoni sino alla restituzione della cosa locata.

A uguale conclusione è giunta la successiva Cass., 8 gennaio 1991, n. 90 ¹¹⁷, nonostante la pleonastica premessa sulla rinunciabilità dell'effetto risolutivo.

In linea di principio, dunque, la Corte sembra ammettere che, con l'accettazione dell'adempimento tardivo, il creditore possa rinunciare alla risoluzione già avvenuta. Le pronunce in cui questo principio è enunciato, tuttavia, non ravvisano, in concreto, una simile rinuncia, fondandosi sulla norma speciale in materia di canoni di locazione maturati dopo la risoluzione.

3.3.2. *Accordi successivi alla risoluzione.*

Altre sentenze menzionano la rinunciabilità dell'effetto risolutivo in casi in cui, per la verità, sembra esservi stato un accordo delle parti per mantenere efficace il contratto o dare luogo a nuove obbligazioni.

La giurisprudenza si mostra assai liberale nel concedere alle parti, di comune accordo, di superare l'avvenuta risoluzione. La soluzione potrebbe essere sottoposta a un vaglio critico nel caso di contratti formali, in cui un nuovo accordo, a rigore, richiederebbe la forma prescritta per il contratto.

Quando questa soluzione poco rigorosa, ma pragmatica, è esplicitata, la massima è la seguente: «qualora, dopo la risoluzione di diritto di un contratto a norma dell'art. 1456 c.c., le parti si accordino per rimuovere gli effetti della risoluzione

¹¹⁶ In *Giur. it.*, 1976, 1820 ss.

¹¹⁷ In *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Contratto in generale*, n. 366.

medesima e mantenere in vita l'originario rapporto, il relativo patto non integra la sostituzione del vecchio con un nuovo contratto, né, conseguentemente, è soggetto ai requisiti di forma eventualmente prescritti per il medesimo, ma configura una mera rinuncia alle conseguenze della precedente dichiarazione di avvalersi della risoluzione di diritto»¹¹⁸.

Vi sono però sentenze in cui questa *ratio decidendi* rimane nascosta.

Sicuramente notevole è Cass., 16 febbraio 1988, n. 1661¹¹⁹. Il fatto non è ben chiaro. La Corte definisce il contratto *inter partes* come una permuta, ma fa riferimento all'inadempimento, da parte dell'acquirente, di obblighi di ristrutturazione. Risulta però che vi fosse un primo acquirente del bene, il quale si era reso pacificamente inadempiente al contratto. L'alienante aveva invocato la risoluzione ai sensi di una clausola risolutiva espressa. Successivamente, però, aveva accettato un «accollo» da parte del nuovo acquirente del bene in suo favore e si era interessato ai lavori che questi stava eseguendo. La Corte ritiene che queste condotte integrino una rinuncia tacita all'effetto risolutivo e cassa la sentenza di appello che aveva dichiarato il contratto risolto.

L'analisi della pronuncia non è agevole. Sembra esservi, nella fattispecie, qualcosa in più che una mera accettazione della prestazione dovuta: il creditore avrebbe accettato un accollo. Ebbene, una volta risolto il contratto ed estinta, conseguentemente, l'obbligazione dell'inadempiente, l'accollo dovrebbe ritenersi precluso. La *ratio decidendi* occulta della pronuncia, tuttavia, potrebbe così essere ricostruita: il creditore ha stipulato con un terzo — che potrebbe ritenersi un cessionario del contratto o semplicemente una nuova controparte — un accordo, che potremmo anche non definire di accollo, bensì come un nuovo contratto, con la chiara intenzione di produrre in capo a quest'ultimo le medesime obbligazioni che gravavano in capo al primo acquirente. La sentenza sembra fare, insomma, uso di una massima comoda — quella della rinunciabilità dell'effetto risolutivo — in un contesto

¹¹⁸ Cass., 31 maggio 1979, n. 3135, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, 1355. Osserva, correttamente, D. CARUSI, *Clausola risolutiva espressa*, cit., 142: «questa pronuncia svela la fondamentale ragione del ricorso [...] alla nozione della rinuncia: l'obiettivo è quello di favorire la circolazione giuridica [...] eludendo l'esigenza delle formalità che si convengono «alla sostituzione del vecchio con un novo contratto»». L'Autore ricorda, peraltro, che solo un vero e proprio contratto (dotato, sembrerebbe, dei necessari requisiti anche formali) possa ripristinare il contratto risolto.

¹¹⁹ In *Giur. it.*, 1989, 141 ss., con nota di D. CARUSI, *Clausola risolutiva espressa*, cit.

apparentemente più complesso. Chi ha commentato la pronuncia ne ha rilevato, in ogni caso, la giustizia sostanziale ¹²⁰.

Più lineare è la ricostruzione di Trib. Como, 3 novembre 2000 ¹²¹. La massima può essere fuorviante, perché conferma la possibilità del creditore di rinunciare alla risoluzione e collega, nel caso di specie, la rinuncia alla «adesione, prestata dal contraente ceduto-creditore, che aveva in precedenza dichiarato di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa, al subingresso del cessionario nella stessa posizione contrattuale del cedente-debitore». Ebbene, da una piana lettura della motivazione, si apprende, invece, che la concedente di un contratto di *leasing* «aveva sì manifestato l'intenzione di avvalersi della clausola risolutiva espressa, a fronte dell'inadempienza [...], ma ciò non ha peraltro impedito che le parti si accordassero successivamente per una reviviscenza del rapporto contrattuale»: insomma, un espresso accordo *inter partes* che ha superato la risoluzione del contratto.

Cass., 1 agosto 2007, n. 16993 ¹²² prende in considerazione il caso in cui una banca mutuante, dopo avere dichiarato di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa contenuta nel contratto di mutuo, si era resa disponibile a stipulare un «atto di erogazione a saldo e quietanza». La Corte richiama il noto insegnamento della rinunciabilità dell'effetto risolutivo, ma non accoglie il ricorso del mutuatario e conferma l'accertamento dell'avvenuta risoluzione del contratto.

La Corte condivide la motivazione della sentenza di appello, la quale aveva analizzato due scenari alternativi: un primo scenario era quello della risoluzione del contratto a seguito dell'invocazione della clausola risolutiva espressa, senza alcuna rinuncia successiva; il secondo era quello della rinuncia da parte della banca alla risoluzione. Questa rinuncia sarebbe stata manifestata attraverso la disponibilità della banca alla stipulazione di un accordo che però non era mai stata perfezionato a causa della condotta della mutuataria.

In sintesi: probabilmente la proposta di un nuovo accordo viene interpretata dalla Corte come una rinuncia all'effetto risolutivo. Non ne conseguono, tuttavia, gli

¹²⁰ D. CARUSI, *Clausola risolutiva espressa*, cit., 142. Dello stesso avviso R.S. BONINI, «*Rinunciabilità all'effetto risolutivo*», cit., 49.

¹²¹ In *Giur. it.*, 2001, 970 ss.

¹²² In *De Jure*.

effetti invocati dal mutuatario, giacché nessun contratto viene ritenuto concluso *inter partes*.

3.4. Clausola risolutiva espressa e rimedi ex art 1453 cod. civ.

Si è detto della possibilità per la parte che abbia intimato una diffida ad adempiere di agire, successivamente, per la risolu

zione giudiziale e mutare la domanda di accertamento ex art. 1454 cod. civ. in azione costitutiva ex art. 1453 cod. civ. nel corso del giudizio e, d'altro canto, della generale preclusione, per la parte che abbia azionato la risoluzione ex art. 1453 cod. civ., di domandare l'accertamento della risoluzione ai sensi dell'art. 1454 cod. civ.¹²³.

In tema di clausola risolutiva espressa la soluzione è negativa in entrambi i sensi¹²⁴.

La *ratio* è la seguente, come enunciata dalla più recente giurisprudenza: «la ordinaria domanda ai sensi dell'art. 1453 c.c. è ontologicamente diversa dalla domanda di accertamento dell'avvenuta risoluzione ope legis di cui all'art. 1456 c.c., sia per quanto concerne il petitum, — perché con la domanda di risoluzione ai sensi dell'art. 1453, si chiede una sentenza costitutiva mentre quella di cui all'art. 1456, postula una sentenza dichiarativa — sia per quanto concerne la causa petendi — perché nella ordinaria domanda di risoluzione, ai sensi dell'art. 1453, il fatto costitutivo è l'inadempimento grave e colpevole, nell'altra, viceversa, la violazione della clausola risolutiva espressa [...]: conseguentemente, ove la domanda di risoluzione ex art. 1453 c.c., sia stata proposta per la prima volta in appello, deve considerarsi domanda nuova, e pertanto preclusa a norma dell'art. 345 c.p.c.»¹²⁵.

È, ovviamente, pacifico che il contraente nel cui interesse sia stata prevista una clausola risolutiva espressa possa esercitare l'ordinaria azione ai sensi dell'art. 1453 cod. civ.¹²⁶.

¹²³ *Supra*, par. 2.3.1.

¹²⁴ Cfr. M. ROSSETTI, *La risoluzione*, cit., 401.

¹²⁵ Cass., 16 novembre 2018, n. 29654, in *De Jure*.

¹²⁶ Cass., 18 settembre 2015, n. 18320, in *De Jure* lo ammette richiamando l'orientamento sulla rinunciabilità dell'effetto risolutivo. Il riferimento non sembra però opportuno, poiché la (contestata) rinuncia potrebbe avvenire solo dopo che si sia prodotta la risoluzione; nel caso di specie, viceversa, la domanda di risoluzione giudiziale è stata proposta senza che fosse stata invocata la clausola.

Tra la giurisprudenza più recente, è significativamente maggiore la casistica sullo *ius variandi* dalla domanda di risoluzione giudiziale a quella di accertamento dell'avvenuta risoluzione per l'invocazione di una clausola risolutiva espressa.

Cass., 12 dicembre 2003, n. 19051 ¹²⁷ ritiene preclusa alla parte che abbia invocato, in primo grado, la risoluzione giudiziale di far valere la risoluzione *ex art.* 1456 cod. civ. per la prima volta in appello. La ragione è la seguente: «l'azione di risoluzione del contratto *ex art.* 1456 c.c., tendendo ad una pronuncia dichiarativa della avvenuta risoluzione di diritto [...], ha presupposti, caratteri e natura sostanzialmente diversi dalla azione ordinaria di risoluzione [...], che tende invece ad una pronuncia costitutiva, previo accertamento, ad opera del giudice della gravità dell'inadempimento».

Giova osservare che, tuttavia, nel caso di specie, l'argomento non si rivela decisivo, giacché era stata esclusa la natura di clausola risolutiva espressa del patto.

La medesima massima è stata utilizzata da Cass., 5 gennaio 2005, n. 167 ¹²⁸ per escludere la proponibilità della domanda di accertamento *ex art.* 1456 cod. civ. in sede di precisazione delle conclusioni in primo grado. La sentenza merita attenzione altresì per l'espressa esclusione della rilevabilità d'ufficio da parte del giudice dell'intervenuta risoluzione di diritto del contratto. Il tema meriterà un approfondimento ¹²⁹.

Occorre osservare che anche in questo caso sembra farsi strada la *ratio decidendi* occulta — già ritrovata ¹³⁰ e che troveremo ancora ¹³¹ — che tende a sanzionare la parte che, pur potendosi avvalere di un rimedio stragiudiziale, abbia adito il giudice per poi ripiegare opportunisticamente sulla risoluzione di diritto, così tenendo un comportamento dalle conseguenze inefficienti per il sistema giudiziario.

¹²⁷ In *De Jure*.

¹²⁸ *Ivi*. Negli stessi termini, anche sulla necessità di una domanda di parte per la pronuncia della risoluzione *ex art.* 1456 cod. civ., v. Trib. Genova, 12 luglio 2012, *ivi*. Trib. Roma, 14 febbraio 2018, *ivi*, ha dichiarato inammissibile la domanda proposta con una memoria integrativa. La massima è riprodotta, in *obiter*, da Cass., 14 novembre 2006, n. 24207, cit. La questione di fondo affrontata dalla sentenza, però, era la legittimità della domanda *ex art.* 1456 cod. civ. dopo l'offerta della prestazione da parte dell'inadempiente. Cfr. *supra*, par. 3.2.1.

¹²⁹ *Infra*, par. 6.3.

¹³⁰ *Supra*, par. 2.3.1.1.

¹³¹ *Infra*, par. 5.3.2.4.

Quanto alla minore casistica sulla *mutatio* dalla domanda di accertamento della risoluzione di diritto in quella di risoluzione giudiziale si segnalano le seguenti pronunce.

Cass., 12 gennaio 2007, n. 423 ¹³² ritiene inammissibile la domanda di risoluzione giudiziale avanzata in sede di appello, dopo che in primo grado era stata fatta valere una clausola risolutiva espressa. La ragione dell'inammissibilità della domanda, nel caso concreto, sembra però risiedere anche nel diverso inadempimento invocato nei due gradi di giudizio.

Una soluzione analoga è quella di Cass., 17 dicembre 2009, n. 26508 ¹³³.

L'orientamento — coerente, del resto, con l'analoga preclusione della successiva invocazione della risoluzione per diffida ad adempiere ¹³⁴ — può dirsi pacifico ¹³⁵.

Quanto ai rapporti tra domanda di adempimento e risoluzione *ex art.* 1456 cod. civ., la giurisprudenza si è pronunciata favorevolmente alla domanda di accertamento dell'avvenuta risoluzione proposta dopo la domanda di adempimento, in analogia con il dettato dell'art. 1453, comma 2, cod. civ. ¹³⁶.

3.5. Clausola risolutiva espressa e recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. (rinvio).

La specialità del tema giustifica una trattazione unitaria dei rapporti tra il recesso di cui all'art. 1385 cod. civ. e le forme di risoluzione di diritto, tra cui, dunque, anche la clausola risolutiva espressa, in una sede dedicata ¹³⁷.

¹³² *In De Jure*.

¹³³ *Ivi*.

¹³⁴ *Supra*, par. 2.2.2.

¹³⁵ Questo l'insegnamento di Cass., 6 settembre 1994, n. 7668, in *De Jure*: «L'azione di risoluzione del contratto in applicazione dell'art. 1456 c.c. tende ad una pronuncia dichiarativa dell'avvenuta risoluzione di diritto a seguito dell'inadempimento di una delle parti previsto come determinante per la sorte del rapporto, in conseguenza dell'esplicita dichiarazione dell'altra parte di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa. Tale azione, per presupposti, carattere, natura, differisce sostanzialmente dall'azione ordinaria di risoluzione per inadempimento per colpa *ex art.* 1453 c.c., la quale tende invece ad una pronuncia costitutiva diretta a sciogliere il vincolo contrattuale, previo accertamento ad opera del giudice della gravità dell'inadempimento. Ne consegue che proposta in primo grado domanda di risoluzione a norma dell'art. 1456 cit., la domanda di risoluzione *ex art.* 1453 che venga proposta per la prima volta in appello deve considerarsi nuova e, quindi, preclusa a norma dell'art. 345 c.p.c.».

¹³⁶ Cass., 21 ottobre 2013, n. 24564, *ivi*.

¹³⁷ *Infra*, par. 5.5.

3.6. Considerazioni di sintesi.

La casistica esaminata sembra mostrare un certo *favor* per la conservazione del vincolo contrattuale.

Questo *favor* emerge, anzitutto, con riguardo alle condotte tenute anteriormente alla dichiarazione del creditore di volersi valere della clausola risolutiva espressa e che ne precludono l'invocazione: l'accettazione dell'adempimento tardivo, talvolta l'esecuzione della prestazione da parte del creditore, la tolleranza, purché univocamente manifestata.

Le vicende del contratto cui sia apposta una clausola risolutiva espressa successive alla dichiarazione del creditore di avvalersi della clausola sono affrontate, dalla giurisprudenza, con l'ambiguo principio della rinunciabilità dell'effetto risolutivo.

L'analisi delle fattispecie mostra che: (i) la massima è stata utilizzata in casi di asserita accettazione dell'adempimento tardivo, ma le particolarità di fatto della vicenda hanno condotto alla conferma dell'avvenuta risoluzione del contratto; (ii) la giurisprudenza è piuttosto liberale nell'ammettere accordi tra le parti, anche per comportamenti concludenti, dopo l'avvenuta risoluzione. L'orientamento non pare dogmaticamente preciso, ma si rivela senz'altro pragmatico. Poiché si tratta di veri e propri contratti, il richiamo del concetto di rinuncia non pare opportuno.

La c.d. «rinunciabilità» non viene mai menzionata per ammettere un'azione del creditore in danno all'affidamento del debitore nell'ormai maturata risoluzione del contratto. Al contrario, assai spesso le pronunce che ne fanno uso rigettano la domanda di risoluzione avanzata proprio dalla parte nel cui interesse era posta la clausola risolutiva espressa.

Da ultimo, la diversità strutturale tra la domanda di accertamento *ex art.* 1456 cod. civ. e quella di risoluzione giudiziale preclude la *mutatio* all'interno del processo. La parte interessata a far valere la risoluzione è pertanto tenuta a scegliere accuratamente il rimedio da esperire. L'effetto indiretto di questo orientamento sembra, ancora, un certo *favor* per la conservazione del contratto.

4. Termine essenziale.

4.1. Caratteri generali.

Il termine essenziale¹³⁸, di cui all'art. 1457 cod. civ.¹³⁹, come detto, si presenta per alcuni aspetti simile alla clausola risolutiva espressa; ne differisce, però, con riguardo alla produzione della risoluzione.

Il carattere più notevole della risoluzione per scadenza del termine essenziale, difatti, è il suo automatismo¹⁴⁰: al contrario delle altre forme di risoluzione di diritto, che conseguono a un atto negoziale — la diffida ad adempiere stessa, unita al decorso del termine, in un caso, la dichiarazione di volersi valere della clausola, nell'altro — l'inutile decorso del termine essenziale comporta, con le precisazioni che si diranno a

¹³⁸ G. ANDREOLI, *Appunti*, cit., 72 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 348 ss.; D. CARUSI, *sub art.* 1457, in M. NAVARRETTA – A. ORESTANO, *Dei contratti in generale*, cit., 447 ss.; M. COSTANZA, *sub art.* 1457, in L. NANNI – U. CARNEVALI – M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 76 ss.; A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, cit., 143 s.; M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 325 ss.; A. DI MAJO, voce *Termine (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992, spec. 202 ss.; P. GALLO, *Trattato del contratto*, III, cit., 2168 ss.; U. NATOLI, *Il termine essenziale*, cit., 221 ss.; M. PROTO, *Termine essenziale e adempimento tardivo*, Milano, 2004; ID., *Rinuncia agli effetti della risoluzione?*, in *Obbl. e contratti*, 2005, 140 ss.; ID., *L'art. 1457 c.c. e la rilevanza dell'adempimento tardivo*, in *Studium Juris*, 2006, 847 ss.; ID., *Accordi sul termine*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 890 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 907 ss.; R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 660 ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., *sub art.* 1457, 635 ss.; ID., voce *Termine essenziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. VI, Assago, 2011, 867 ss.; A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione*, cit., 7 ss.; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 1762 ss.; ID., *La risoluzione stragiudiziale*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *La risoluzione*, cit., 173 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 70 s.

¹³⁹ Disposizione che ruota, all'evidenza, attorno al concetto di essenzialità del termine, la quale è stata intesa sia in senso oggettivo — ossia come perdita di utilità della prestazione dopo il decorso del termine — sia in senso soggettivo — quale frutto di un'espressa pattuizione delle parti —. Per l'identificazione dell'essenzialità solo in senso oggettivo v. M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 1763; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 909. Quanto al termine essenziale in senso soggettivo, si sottolinea che la pattuizione debba essere univoca. Tali non sono ritenute espressioni come «entro e non oltre» ed equivalenti (*ex multis*, Cass., 10 dicembre 2019, n. 32238, in *De Jure*; Cass., 16 marzo 2018, n. 6547, *ivi*). In generale, l'essenzialità non si presume. Così R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 661. Sembra prevalente l'opinione secondo cui l'essenzialità può rivestire entrambi i caratteri: per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 350; R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 660. Più articolata la posizione di M. COSTANZA, *sub art.* 1457, cit., 80, la quale ritiene accettabile la concezione anche soggettiva del termine essenziale se intesa come relativizzata ai concreti interessi delle parti e allo scopo del contratto. Sul punto sembra sufficiente segnalare l'interessante opinione di chi ritiene che in realtà un'espressa pattuizione di un termine essenziale coincida con la previsione di una clausola risolutiva espressa, tant'è che il secondo comma dell'art. 1457 cod. civ. dispone la risoluzione del contratto per termine essenziale anche in mancanza di un'espressa pattuizione, la quale integrerebbe, invece, una clausola risolutiva espressa (V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 908 s.). La tesi è suggestiva: vi è da chiedersi, però, se non vi sia una differenza tra l'espressa attribuzione del carattere di essenzialità a un termine, da un lato, e una clausola, come quella risolutiva, in cui ad essere espressa deve essere la risolvibilità del contratto quale conseguenza di uno specifico inadempimento, dall'altro.

¹⁴⁰ Lo sottolinea con particolare attenzione A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, cit., 144.

breve, lo scioglimento del contratto ¹⁴¹. Si osserva però che la risoluzione di cui all'art. 1457 cod. civ. non è priva di un elemento di potestatività del creditore: questi può difatti esigere, dopo scadenza del termine essenziale ed entro un breve termine, fissato di regola ¹⁴² dalla legge in tre giorni, la prestazione, così impedendo la risoluzione del contratto ¹⁴³.

È discusso il momento nel quale si produce la risoluzione: alcuni autori sostengono che l'effetto sia immediato alla scadenza del termine essenziale, salva la possibilità conferita *ex lege* alla parte non inadempiente di esigere comunque la prestazione entro tre giorni ¹⁴⁴; altre voci ritengono che la risoluzione sia sospensivamente condizionata alla mancata pretesa della prestazione entro il c.d. *spatium deliberandi* ¹⁴⁵. A prescindere da quale sia la tesi preferibile, si può osservare che anche la risoluzione per scadenza del termine essenziale comporta, come le altre forme di risoluzione di diritto, una vicenda bifasica: un primo periodo di pendenza — lo *spatium deliberandi* —, decorrente tra la scadenza del termine essenziale e il termine entro il quale il creditore può esigere la prestazione, e un secondo momento, in cui la risoluzione si è definitivamente prodotta.

¹⁴¹ Quanto ai presupposti della risoluzione, occorre precisare che essi sono, senz'altro, la scadenza del termine, l'imputabilità dell'inadempimento e la mancanza di una giustificazione, nonché l'assenza di un inadempimento della parte nel cui interesse è posto il termine (G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 643 s.). È poi sicuramente accertabile dal giudice l'essentialità del termine, su cui *supra*, sub nota 139. M. COSTANZA, *sub art. 1457*, cit., 82 s., vi ravvisa la più rilevante differenza tra termine essenziale e clausola risolutiva espressa: «la previsione nel contratto di un termine di esecuzione della prestazione lascia sempre spazio per una verifica della sua essentialità nell'economia della sua essentialità nell'economia del contratto, tanto è vero che, ove tale valutazione si concluda negativamente, ritrova applicazione la regola dell'art. 1455». A tale ultimo proposito, è dibattuto se il giudice sia chiamato ad accertare l'importanza dell'inadempimento *ex art. 1455* cod. civ. o se sia dispensato dal farlo come in presenza di una clausola risolutiva espressa. L'opinione maggioritaria nega che si debba compiere tale accertamento (R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 661; P. GALLO, *Trattato del contratto*, III, cit., 2170; A. DI MAJO, voce *Termine*, cit., 206. In giurisprudenza v. Cass., 18 giugno 1980, n. 3874, in *Mass. Giust. civ.*, 1980; Cass., 27 maggio 1983, n. 3228, in *Mass. Giust. civ.*, 1982, 1176. M. COSTANZA, *sub art. 1457*, cit., 92, come si è visto, ritiene che il requisito dell'essentialità ricomprenda quello della gravità), ma non mancano autorevoli voci di senso contrario (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 351; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 908; D. CARUSI, *sub art. 1457*, CIT., 453).

¹⁴² Il termine può essere aumentato, diminuito o escluso dalle parti: G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 661.

¹⁴³ La dichiarazione con la quale il creditore della prestazione inadempita dà notizia al debitore che intende esigere la prestazione non è soggetta a vincoli di forma (G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 664); si tratta di una dichiarazione negoziale, recettizia, non formale: per tutti, da ultimo, M. PROTO, *Accordi*, cit., 899. Cfr. anche M. COSTANZA, *sub art. 1457*, cit., 96.

¹⁴⁴ P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 70 s.; M. COSTANZA, *sub art. 1457*, cit., 94; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 867.

¹⁴⁵ M. PROTO, *Accordi*, cit., 900 s.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 909.

La scadenza del termine essenziale, in ogni caso, preclude di per sé l'adempimento tardivo del debitore ¹⁴⁶, salvo, ovviamente, il consenso del creditore, che rimane, nel periodo dello *spatium deliberandi*, arbitro della sorte del contratto.

Quanto agli interessi delle parti, il termine essenziale tutela, evidentemente, l'interesse del creditore a un adempimento tempestivo. La scadenza del termine comporta, come nel caso dell'inadempimento contemplato dalla clausola risolutiva espressa, un momento di pendenza. La tutela del creditore dev'essere bilanciata, pertanto, con le esigenze di tutela dell'affidamento del debitore, di certezza e celerità.

4.2. *Vicende situate tra la scadenza del termine essenziale e il termine entro il quale il creditore può esigere la prestazione.*

Con riguardo alla risoluzione per decorso del termine essenziale, vi sono alcune vicende rilevanti che possono collocarsi nell'arco temporale compreso tra la scadenza del termine e il successivo termine entro il quale può essere richiesto l'adempimento. Come nel caso della presenza, nel contratto, di una clausola risolutiva espressa ¹⁴⁷, si tratta di condotte delle parti che non possono dirsi in sé contraddittorie, ma che producono effetti tali da precludere la successiva risoluzione del contratto.

Si ritiene che il termine essenziale possa essere prorogato, sia per atto unilaterale del creditore ¹⁴⁸ sia per accordo delle parti ¹⁴⁹. Si osserva, condivisibilmente, che la concessione al debitore di un nuovo termine valga a privare quest'ultimo del requisito dell'essentialità, salva un'espressa dichiarazione della parte o l'univocità delle circostanze ¹⁵⁰.

La pretesa della prestazione tardiva è espressamente prevista dalla legge — contrariamente a quanto previsto in materia di clausola risolutiva espressa —, che ne tipizza l'effetto: essa evita la risoluzione del contratto.

¹⁴⁶ A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, cit., 144.

¹⁴⁷ *Supra*, par. 3.2.

¹⁴⁸ Cass., 4 giugno 1979, n. 3153, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto in genere*, n. 342.

¹⁴⁹ Cfr. Cass., 26 ottobre 1979, n. 5621, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto in genere*, n. 341: «Il carattere tassativo del termine essenziale non esclude che le parti contraenti possano, d'accordo, convenire una proroga della sua scadenza, trattandosi di materia disponibile».

¹⁵⁰ G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 645; R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 662; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 354; P. GALLO, *Trattato del contratto*, III, cit., 2171.

Come può chiedere l'adempimento, il creditore può accettare l'offerta della prestazione da parte del debitore ¹⁵¹, con i medesimi effetti.

Diversa conclusione, coerentemente con quanto osservato in tema di clausola risolutiva espressa, sembra doversi raggiungere con riguardo all'esecuzione, da parte del creditore, della propria prestazione: fatto che, di per sé, non è univoca manifestazione della volontà di non invocare la risoluzione.

Infine, oltre a tenere comportamenti univoci e contrari all'intenzione di risolvere il contratto, il creditore può, ovviamente, rinunciare in via preventiva ad avvalersi della risoluzione del contratto.

4.3. *Vicende successive allo spatium deliberandi.*

Giurisprudenza e dottrina hanno preso in considerazione fattispecie in cui il comportamento di una o di entrambe le parti, tenuto successivamente al decorso del termine entro il quale il creditore può esigere la prestazione, si ponga in contrasto con l'avvenuta risoluzione.

L'espedito argomentativo utilizzato dalla giurisprudenza per affermare la permanente vigenza del contratto, pur dopo la risoluzione, è, ancora, la «rinuncia all'effetto risolutivo».

La diffusione del preteso istituto è stata agevolata dalla scarsa chiarezza che talvolta si registra nelle massime o nelle motivazioni circa la fattispecie concreta che ha dato luogo alla pronuncia.

Un esempio è rappresentato dall'importante Cass., 23 settembre 1983, n. 5640 ¹⁵². Si comprende che tra le parti vi era un preliminare la cui esecuzione era sottoposta a un termine essenziale. La società nel cui interesse era posto il termine ricorre per cassazione, ma la motivazione edita non ne esplicita i motivi. Sembra però che la ricorrente lamenti il rilievo, da parte dei giudici di merito, di una sua rinuncia «ad avvalersi dell'essenzialità del termine». La Corte conferma, invece, la decisione e aggiunge che, pur essendo il preliminare di vendita immobiliare un contratto formale, la rinuncia all'effetto risolutivo non richiede né accordo né forma.

¹⁵¹ G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 644 S.; P. GALLO, *Trattato del contratto*, III, cit., 2172.

¹⁵² In *Foro pad.*, 1984, 371 ss.

Ebbene, dagli scarsi elementi a disposizione sembra che sia stata preclusa alla parte che abbia accettato la stipulazione del definitivo nonostante la scadenza del termine essenziale — e, parrebbe, del successivo *spatium deliberandi* — di invocare, poi, la risoluzione del contratto ¹⁵³.

Parimenti poco chiara, quanto ai presupposti e alle modalità della «rinuncia», è la massima di Cass., 22 luglio 1993, n. 8195 ¹⁵⁴, che pare ammettere, in via generale la «rinuncia, anche implicita, da parte del creditore, dopo la scadenza del termine, all'essenzialità dello stesso».

La massima è completata, dal punto di vista processuale, dall'insegnamento secondo cui la risoluzione per scadenza del termine essenziale non possa essere rilevata d'ufficio, ma solo fatta valere dalla parte ¹⁵⁵, questione sulla quale si dovrà tornare in seguito ¹⁵⁶.

Sembra ancora opportuna, per quanto possibile, un'indagine caso per caso delle diverse fattispecie. Se, difatti, anche in tema di termine essenziale la c.d. «rinunciabilità dell'effetto risolutivo» attira l'unanime dissenso della dottrina ¹⁵⁷, occorre ancora rilevare che, dall'analisi casistica, salvo un'eccezione di cui si dirà, emerge come essa non sia mai invocata per produrre la temuta conseguenza di consentire al creditore di esigere arbitrariamente la prestazione anche dopo la risoluzione del contratto.

4.3.1. *L'invocazione della risoluzione da parte del contraente inadempiente.*

Cass., 3 settembre 1998, n. 8733 ¹⁵⁸ affronta un caso interessante. Tra le parti era stato stipulato un preliminare di vendita immobiliare. Il promissario acquirente, decorso il termine per la stipulazione del definitivo, aveva chiesto l'accertamento della sua proprietà sul bene venduto o, in subordine, la pronuncia di una sentenza costitutiva

¹⁵³ La rinuncia all'effetto risolutivo sembra fatta valere, insomma, contro l'interesse del creditore e non, invece, in danno al debitore. Si può rilevare come la massima (in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Contratto in genere*, n. 336) possa apparire piuttosto ambigua: «In relazione al termine per la stipula del contratto definitivo, apposto in un preliminare di compravendita immobiliare, la rinuncia della parte interessata ad avvalersi, pur dopo la scadenza, della essenzialità di esso non richiede un atto scritto e sottoscritto da entrambi i contraenti, potendo la rinuncia risultare da *facta concludentia* e comporta il *venir meno* del presupposto della risoluzione di diritto di cui all'art. 1457, 2° comma, c.c.».

¹⁵⁴ In *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Contratto in genere*, n. 463.

¹⁵⁵ Cfr. Cass., 31 maggio 1971, n. 163, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce *Contratto in genere*, n. 413.

¹⁵⁶ *Infra*, par. 6.3.

¹⁵⁷ V. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 354; P. GALLO, *Trattato del contratto*, III, cit., 2172.

¹⁵⁸ In *Banca dati Foro it.*

ex art. 2932 cod. civ. Il promittente venditore convenuto non si era opposto, in primo grado, al trasferimento della proprietà. Solo in appello questi aveva sollevato l'eccezione di intervenuta risoluzione del contratto ex art. 1457, comma 2, cod. civ.

La Corte conferma la sentenza di appello che aveva, a sua volta, respinto il gravame, rilevando che: (i) il promittente venditore, non opponendosi, in primo grado, alla domanda ex art. 2932 cod. civ., aveva rinunciato alla eventuale risoluzione già maturata; (ii) era «assai dubbio» che il termine fissato nel contratto dovesse ritenersi essenziale; (iii) il mancato rispetto del termine dipendeva proprio da una condotta del promittente venditore.

La motivazione si presta ad alcuni rilievi. Anzitutto, l'inadempiente sembra essere lo stesso promittente venditore. Eppure la sentenza parla espressamente di una sua rinuncia a far valere la risoluzione del contratto. Il riferimento alla «rinuncia» fa perdere di vista la questione di fondo: vi è stato, da parte del creditore, un abuso dell'istituto della risoluzione di diritto, tramite la pretesa dell'adempimento del contratto pur dopo la risoluzione di diritto o meno? Stranamente non si parla, nella motivazione, di una rinuncia alla risoluzione da parte del promissario acquirente proprio in un caso in cui l'inadempiente assume violato il suo affidamento nell'avvenuta risoluzione del contratto.

Altra questione è chi sia legittimato a far valere la risoluzione di diritto: se solo la parte nel cui interesse essa è posta o anche l'altra e, se del caso, il giudice d'ufficio.

Può infine dubitarsi della legittimità, pur nell'accordo delle parti, di una sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ. quando il preliminare si sia già risolto, anche se, giova ribadirlo, nel caso di specie, in nessuno dei tre gradi di giudizio è stata accertata l'avvenuta risoluzione del preliminare.

In definitiva: la questione di fondo sembra essere, in questo caso, la pretesa della prestazione da parte del contraente non inadempiente una volta che il contratto si sia risolto per decorso del termine essenziale. Nel caso di specie, tuttavia: (i) non è stata ravvisata l'essenzialità del termine e, di conseguenza, la risoluzione del contratto; (ii) è stata valorizzata la dichiarazione del promittente venditore di non opporsi al trasferimento del bene per precludergli la successiva invocazione della risoluzione.

Il comportamento contraddittorio sanzionato sembra, insomma, proprio quello del promittente venditore.

4.3.2. Proroghe, dilazioni, inerzia.

È pacifico in dottrina che non possano essere concesse proroghe o dilazioni dopo la scadenza del termine entro il quale il creditore può esigere la prestazione ¹⁵⁹.

Un caso di inerzia del creditore deluso sembra affrontato in una recente pronuncia del Tribunale di Modena ¹⁶⁰, la quale verte sulla non essenzialità del termine invocato da un promissario acquirente e sul rapporto tra risoluzione di diritto e caparra confirmatoria. Viene affermato, però, in *obiter*, che quand'anche il termine fosse stato essenziale, la promissaria acquirente avrebbe rinunciato al termine, tramite la «mancata iniziativa della stessa di invitare il promissario venditore davanti al Notaio».

La pronuncia, isolata e avente ad oggetto, a ben vedere, una diversa questione, non pare però indicativa di un univoco significato da attribuire all'inerzia della parte.

4.3.3. Accordo delle parti.

È altrettanto pacifico che l'accordo delle parti possa permettere di superare l'inutile decorso del termine essenziale ¹⁶¹.

Come già osservato, la giurisprudenza è piuttosto liberale sulle forme di questi accordi, che pure parrebbero veri e propri nuovi contratti, come tali soggetti ai medesimi requisiti di validità cui era sottoposto il contratto ormai risolto.

4.3.4. Pretesa della prestazione.

Può il creditore, che abbia preteso la prestazione, pur dopo la scadenza del termine di tre giorni, avvalersi della già avvenuta risoluzione?

Questo il tema affrontato dai giudici in casi in cui la pretesa della prestazione da parte del creditore non è stata valutata sotto il profilo dell'eventuale lesione dell'affidamento del debitore nell'intervenuta risoluzione; al contrario, era quest'ultimo a invocare la persistente efficacia del contratto in forza della pretesa rinuncia da parte del creditore alla risoluzione.

¹⁵⁹ G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 647; M. PROTO, *Accordi*, cit., 906; R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 662; P. GALLO, *Trattato del contratto*, III, cit., 2172; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 354.

¹⁶⁰ Trib. Modena, 8 marzo 2012, n. 464, in *De Jure*.

¹⁶¹ Così già Cass., 6 novembre 1964, n. 2694, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto in genere*, nn. 327-328.

La massima di Cass., 6 luglio 1990, n. 7150 ¹⁶² recita «La parte che abbia rinunciato ad un termine essenziale con espressa manifestazione di volontà o per fatti concludenti, come quando abbia sollecitato o comunque accettato l'adempimento tardivo, non può invocare la risoluzione di diritto conseguente al mancato tempestivo adempimento della controparte, il quale può, eventualmente, rilevare ad altri fini (come per l'esercizio dell'azione generale di risoluzione e/o dell'azione risarcitoria)». È dunque chiaro che ad essere oggetto del giudizio di ammissibilità è la domanda di accertamento della risoluzione dopo che il creditore abbia sollecitato l'adempimento, pur decorsi il termine essenziale e lo *spatium deliberandi*.

Cass., 3 luglio 2000, n. 8881 ¹⁶³ affronta proprio un caso del genere: i contraenti delusi invocavano la risoluzione *ex art. 1457 cod. civ.*; il debitore sosteneva che questi, dopo il termine di tre giorni, gli avessero richiesto il pagamento di alcune somme, così rinunciando ad avvalersi della risoluzione.

La Corte afferma, in astratto, la rinunciabilità della risoluzione, ma, nel caso di specie, non ravvisa nel comportamento delle parti l'univocità necessaria da farne desumere una rinuncia.

Del tutto diversa pare la prospettiva della recente Trib. Nuoro, 22 aprile 2016 ¹⁶⁴. In questo caso è pacifico che sia il termine essenziale pattuito dalle parti sia il successivo termine di tre giorni siano decorsi e che la parte creditrice abbia preteso l'adempimento pur dopo il loro decorso. Ebbene, in questo caso il Tribunale ha ritenuto che l'esclusiva disponibilità dell'effetto risolutivo in capo al creditore potesse consentirgli di agire per l'adempimento pur dopo l'intervenuta risoluzione.

La sentenza si pone in esplicito contrasto con la pronuncia n. 553/2009 delle Sezioni Unite, i cui *dicta* non sono ritenuti applicabili alla diversa forma di risoluzione per decorso del termine essenziale, e, quanto all'affidamento del debitore nell'intervenuta risoluzione, così motiva: «un simile affidamento non può ritenersi ingenerato nel debitore per il sol fatto che in un contratto venga previsto un termine di pagamento e venga qualificato dalle pari contraenti come essenziale: non può infatti ingenerarsi nel debitore un affidamento meritevole di tutela prima che il creditore abbia espresso la propria volontà di risolvere il contratto ovvero di chiedere

¹⁶² In *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Contratto in genere*, n. 363

¹⁶³ In *De Jure*.

¹⁶⁴ In *Foro pad.*, 2017, 86 ss.

l'adempimento nonostante la scadenza del termine, così rinunciando all'effetto risolutivo che deriverebbe dall'applicazione dell'art. 1457 c.c.».

La pronuncia giunge alla conclusione temuta dalla dottrina quale conseguenza della rinunciabilità dell'effetto risolutivo, perché concede al creditore, una volta risolto il contratto, di pretendere l'adempimento, frustrando l'affidamento del debitore nell'avvenuto scioglimento del contratto. La pronuncia si presta, pertanto, a censure, anche perché sembra introdurre un requisito ulteriore, non richiesto dalla legge, per la risoluzione del contratto: una dichiarazione potestativa del creditore che scelga se avvalersi o meno della risoluzione.

4.3.5. Accettazione dell'adempimento tardivo.

L'accettazione dell'adempimento tardivo, pur dopo il decorso del termine di tre giorni, è ritenuto legittimo dalla giurisprudenza, che vi riconduce una rinuncia all'effetto risolutivo e dunque un effetto impeditivo della risoluzione ¹⁶⁵.

Tra le sentenze edite per esteso si occupa del tema Cass., 22 giugno 2007, n. 14573 ¹⁶⁶, ma solo in *obiter*, giacché oggetto del processo era una domanda di risarcimento del danno.

Più interessante Cass., 5 luglio 2013, n. 16880 ¹⁶⁷. Il promissario acquirente di un immobile aveva convenuto in giudizio il promittente venditore per sentire pronunciare una sentenza *ex art.* 2932 cod. civ. Quest'ultimo aveva opposto la risoluzione di diritto ai sensi dell'art. 1457 cod. civ. La Corte d'appello aveva rilevato che, poiché, dopo la scadenza del termine e dei tre giorni successivi, il promittente venditore si era detto comunque disponibile a stipulare il definitivo, il termine doveva ritenersi non essenziale e aveva accolto la domanda attorea.

La sentenza è stata confermata dalla Corte di cassazione, che ha riconosciuto nella condotta del promittente venditore una rinuncia all'effetto risolutivo.

Ancora una volta viene precluso alla parte che avrebbe potuto avvalersi della risoluzione, ma che abbia tenuto una condotta incompatibile, la possibilità di invocare successivamente l'avvenuto scioglimento del contratto.

¹⁶⁵ Si vedano le massime di Cass., 11 marzo 1976, n. 855, in *Rep. Foro it.* 1976, voce *Contratto in genere*, n. 306 e di Cass., 19 marzo 1984, n. 1881, in *Rep. Foro it.* 1984, voce *Contratto in genere*, n. 363.

¹⁶⁶ In *De Jure*.

¹⁶⁷ *Ivi*.

4.3.6. Termine essenziale e recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. (rinvio).

L'omogeneità dei problemi affrontati da giurisprudenza e dottrina in tema di rapporti tra il recesso *ex artt.* 1385 cod. civ. e le forme di risoluzione del contratto previste dal Codice civile suggerisce, come anticipato, una trattazione congiunta, che sarà affrontata a breve ¹⁶⁸.

4.4. Considerazioni di sintesi.

Anche nel campo della risoluzione per termine essenziale si registra un sostanziale *favor* per la conservazione del contratto.

Durante lo *spatium deliberandi* è espressamente ammesso dalla legge che il creditore possa pretendere l'adempimento; sono altresì considerate legittime proroghe e dilazioni del termine, che, peraltro, si ritiene ne facciano venir meno l'essentialità.

La c.d. «rinunciabilità» dell'effetto risolutivo è riferita, si è visto, a fattispecie assai diverse: accordi tra le parti, accettazione dell'adempimento tardivo, richiesta di adempimento.

La costante sembra, ancora, la seguente: salvo l'eccezione rappresentata dalla menzionata pronuncia del Tribunale di Nuoro, la perdurante efficacia del contratto è accertata su richiesta della parte inadempiente e conduce al rigetto della domanda di risoluzione promossa dal creditore.

5. Caparra confirmatoria e recesso.

5.1. Premessa e caratteri generali.

L'impostazione istituzionale e la disposizione delle norme del Codice tendono a separare la risoluzione per inadempimento, sia essa giudiziale o di diritto, dal recesso con ritenuta o restituzione del doppio della caparra confirmatoria, istituto collocato tra le norme sugli effetti del contratto, insieme con la clausola penale, con la quale condivide numerosi aspetti, ma anche insieme alla multa penitenziale e alla caparra penitenziale, che svolgono un ruolo assai differente.

¹⁶⁸ *Infra*, par. 5.6.

A uno sguardo più attento, il recesso di cui all'art. 1385 cod. civ.¹⁶⁹ si pone come rimedio contro l'inadempimento di carattere (i) tendenzialmente generale, (ii) stragiudiziale, con i vantaggi, dunque, di celerità e certezza delle risoluzioni di diritto. Ne consegue un utilizzo piuttosto diffuso del rimedio e un intreccio dei consueti interessi sottesi ai rimedi risolutivi con le funzioni specifiche della caparra, che si illustreranno a breve.

Per queste ragioni non stupisce che si sia sviluppata un'ingente casistica giurisprudenziale sul rapporto tra i rimedi di cui agli artt. 1453 ss. cod. civ. e il recesso con caparra confirmatoria. Rapporti spesso segnati da ripensamenti, da calcoli opportunistici della parte che attiva un rimedio, ma poi, *re melius perpensa*, opta per il rimedio alternativo.

Una panoramica delle conseguenze sull'efficacia del contratto del comportamento contraddittorio nelle dinamiche della risoluzione per inadempimento necessita, pertanto, di attenzione anche a questo tema.

La dottrina ha individuato numerose funzioni che la caparra può assolvere. Stando al dettato dell'art. 1385 cod. civ., le funzioni della caparra devono essere distinte a seconda che la prestazione cui la caparra accede sia adempiuta o meno.

In caso di adempimento, ai sensi dell'art. 1385, comma 1, cod. civ., la caparra deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta, qualora questa sia della stessa natura della caparra. In questa seconda ipotesi, la caparra funge dunque da acconto.

In caso di inadempimento, la caparra, al pari della clausola penale, ha una funzione eminentemente risarcitoria, quale alternativa al generale rimedio di cui all'art. 1453 cod. civ.¹⁷⁰. Come pacifico, la caparra costituisce, infatti, una

¹⁶⁹ Su cui v. W. D'AVANZO, voce *Caparra*, in *Nov. Dig. it.*, II, Torino, 1958, 893 ss.; G. DE NOVA, voce *Caparra*, cit., 240 s; F. GALGANO, in F. GALGANO – G. VISINTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 1993, sub art. 1385, 171 ss.; P. GALLO, *Trattato del contratto*, II, Assago, 2010, 1577 ss.; M. GORGONI, sub art. 1385, in M. NAVARRETTA – A. ORESTANO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Gabrielli*, Assago, 2011, 1010 ss.; A. MARINI, voce *Caparra – I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988; S. MAZZARESE – I. TARDIA, *Caparra*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2016; V.M. TRIMARCHI, voce *Caparra*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 191 ss.

¹⁷⁰ Per le conclusioni nel testo v. per tutti G. DE NOVA, voce *Caparra*, cit., 241. La giurisprudenza sembra parimenti ricondurre alla caparra una funzione eminentemente risarcitoria, tramandando la massima secondo cui la caparra ha la funzione di delimitare forfetariamente il danno risarcibile (*ex multis*, da ultimo, Cass., 27 marzo 2019, n. 8571, in *De Jure*). Come accennato nel testo, la caparra confirmatoria condivide questa funzione con la clausola penale. È noto il dibattito sui rimedi in caso di manifesta eccessività della caparra (cfr. Corte Cost., 2 aprile 2014, n. 77, in www.cortecostituzionale.it).

quantificazione del danno forfetaria operata preventivamente dalle parti nell'esercizio della loro autonomia privata.

La legittimità del recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. è subordinata ai medesimi requisiti della domanda di risoluzione per inadempimento: non scarsa importanza e imputabilità dell'inadempimento ¹⁷¹.

Di fronte all'inadempimento, il creditore si trova in una posizione di facoltà ¹⁷²: può optare per il recesso con caparra o per i rimedi ordinari. Nella seconda ipotesi, la prova del danno deve essere data secondo le regole ordinarie, potendo rilevare la caparra, al più, sul piano presuntivo. Il rapporto tra queste alternative sarà a breve oggetto di indagine.

Nel caso in cui sia inadempiente la parte che ha dato la caparra, l'altra può recedere ritenendo la caparra; se invece è inadempiente la parte che ha ricevuto la caparra, l'altra può recedere ed esigere il doppio della caparra data.

Il recesso in presenza di caparra confirmatoria è ritenuto una forma di risoluzione stragiudiziale del contratto ¹⁷³. Si ritiene pertanto che, al pari della risoluzione, abbia efficacia retroattiva ¹⁷⁴.

5.2. *Recesso ex art. 1385 cod. civ. e rapporti con i rimedi generali contro l'inadempimento: rilevanza del tema.*

Il recesso regolato dall'art. 1385 cod. civ. pone rimedio a un inadempimento di non scarsa importanza, esattamente come l'azione di risoluzione giudiziale. Non solo: il presupposto che legittima il recesso è il medesimo che legittima l'intimazione di una diffida ad adempiere e può coincidere — anche se non sempre — con l'inadempimento

¹⁷¹ P. GALLO, *Trattato del contratto*, II, cit., 1580. Cass., 13 gennaio 2012, n. 409, in *De Jure*.

¹⁷² F. GALGANO, in F. GALGANO – G. VISINTINI, *Degli effetti del contratto*, cit., 172.

¹⁷³ V.M. TRIMARCHI, voce *Caparra*, cit., 199; M. GORGONI, *sub art. 1385*, cit., 102; S. MAZZARESE – I. TARDIA, *Caparra*, cit., 244. In giurisprudenza, chiaramente, Cass., 6 settembre 2011, n. 18266, in *De Jure*: «il recesso previsto dall'art. 1385 cod. civ., comma 2 presupponendo, pur sempre, l'inadempimento della controparte avente i medesimi caratteri dell'inadempimento che giustifica la risoluzione giudiziale, configura un'evidente forma di risoluzione del contratto, collegata alla pattuizione di una caparra confirmatoria – quale determinazione convenzionale del danno risarcibile. [...] il recesso di cui si dice, costituisce null'altro che uno speciale strumento di risoluzione negoziale per giusta causa» e «identifica, in definitiva, in un'ipotesi di risoluzione di diritto, da affiancare (piuttosto che contrapporre) a quelle di cui gli artt. 1454, 1456, 1457 c.c.».

¹⁷⁴ G. GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 741; G. GABRIELLI – F. PADOVINI, voce *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 34. Nella giurisprudenza recente, Cass., 31 gennaio 2019, n. 2969, in *De Jure*; Cass., 6 settembre 2011, n. 18266, cit.

contemplato da una clausola risolutiva espressa o con il mancato rispetto di un termine essenziale.

Si è sviluppata un'ingente casistica sul rapporto tra il rimedio concesso alla parte non inadempiente in presenza di una caparra confirmatoria e i rimedi ordinari: se i rimedi siano cumulabili, se, *electa una via*, si possa far valere il rimedio precedentemente non invocato e così via.

L'applicazione del recesso di impugnazione si è pertanto intersecata anche con la c.d. rinuncia all'effetto risolutivo, nei casi in cui la parte intenda recedere dopo avere già dato luogo alla risoluzione stragiudiziale del contratto.

Proprio in tema di rapporti tra caparra e risoluzione del contratto è intervenuta la pronuncia delle Sezioni Unite già più volte richiamata. Nel caso di specie, la Corte era chiamata a pronunciarsi sulla proponibilità, nel giudizio di appello, della domanda di accertamento del recesso *ex art. 1385 cod. civ.* e del diritto di ritenere la caparra (o della condanna alla corresponsione del doppio) dopo che, in primo grado, la parte non inadempiente avesse agito per la risoluzione e il risarcimento del danno *ex art. 1453 cod. civ.* Una questione rilevante, in particolare perché la *mutatio* risponde, normalmente, all'interesse dell'attore che, avendo agito per conseguire un risarcimento maggiore della caparra, si sia visto rigettare la domanda o liquidare un risarcimento inferiore e si serva dunque della caparra come strumento risarcitorio di seconda istanza.

Le Sezioni Unite, nel pronunciarsi sulla questione, hanno affrontato anche il tema — non strettamente rilevante — del recesso dopo la scadenza del termine intimato con diffida ad adempiere e, in generale, della rinuncia agli effetti risolutivi, concludendo, perentoriamente, che «la rinuncia all'effetto risolutivo da parte del contraente non inadempiente non può ritenersi in alcun modo ammissibile, trattandosi di effetto sottratto, per evidente voluntas legis, alla libera disponibilità del contraente stesso».

Il *thema decidendum*, di per sé circoscritto, è così diventato l'occasione per una riflessione di carattere generale sui rimedi risolutivi, circostanza di cui occorre prendere atto e che conduce a dare conto delle principali questioni poste dalla pratica e dalla dottrina in tema di caparra confirmatoria.

Una precisazione s'impone, però, sin d'ora. Come vedremo, il recesso con ritenzione o restituzione del doppio della caparra è un rimedio omogeneo, sotto il profilo funzionale, con la risoluzione per inadempimento, tanto che, come illustrato, ne è ritenuta una forma stragiudiziale. Il passaggio da un rimedio risolutorio all'altro, pertanto, non sembra idoneo, in linea generale, a determinare una lesione dell'affidamento della controparte circa lo scioglimento o, viceversa, la perdurante efficacia del contratto. Difatti le *rationes* degli orientamenti che si esporranno risiedono su argomenti diversi: le esigenze del giusto processo, l'immeritevolezza del comportamento opportunistico, l'incompatibilità strutturale tra rimedi.

D'altro canto, più critico può essere ricostruire i rapporti tra il risarcimento del danno e la caparra, anch'essi rimedi che perseguono il medesimo scopo — il ristoro della perdita patrimoniale — ma con significative differenze. La questione, pur rilevante, non attiene, però, strettamente all'efficacia del contratto.

Per tali ragioni, occorre dare atto dei principali orientamenti in materia senza perdere di vista la diversità tra gli interessi sottesi alle pronunce sinora esaminate e quelli che emergono sul tema.

5.3. Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. e rimedi ordinari ex art. 1453 cod. civ.

5.3.1. Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. e azione di adempimento.

Nella breve premessa si è fatto riferimento al rapporto tra il recesso *ex art.* 1385 cod. civ. e i rimedi risolutivi ordinari.

Alcuni cenni merita anche il rapporto con l'altro rimedio generale contro l'inadempimento: l'azione di adempimento. Al contrario di quanto rilevato, in via generale, sul rapporto tra il recesso d'impugnazione e i rimedi risolutivi, l'azione di adempimento persegue, com'è evidente, uno scopo opposto al recesso, sicché si possono verificare conflitti tra la parte che invoca l'efficacia del contratto e quella che invece ne afferma l'avvenuto scioglimento.

I problemi applicativi non differiscono da quelli già esaminati nell'ambito delle diverse forme di risoluzione, come non ne differiscono le soluzioni.

5.3.1.1. *Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. dopo l'azione di adempimento.*

La parte che abbia agito per domandare l'adempimento conserva il diritto di recedere dal contratto, così come può sempre chiedere la risoluzione ai sensi dell'art. 1453, comma 2, cod. civ.¹⁷⁵.

5.3.1.2. *Azione di adempimento dopo il recesso.*

Anche con riguardo all'ipotesi opposta non si rilevano differenze rispetto ai rimedi generali. La parte che abbia receduto dal contratto non può più chiederne l'adempimento¹⁷⁶.

La soluzione è coerente col dettato dell'art. 1453, comma 2, cod. civ., ma, a differenza degli effetti della domanda di risoluzione¹⁷⁷, occorre ricordare che il recesso priva immediatamente di effetti — *ex tunc*, come si è osservato¹⁷⁸ — il contratto, sicché non può sicuramente proporsi l'azione di adempimento di un contratto già sciolto.

5.3.2. *Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. e azione di risoluzione e risarcimento del danno.*

5.3.2.1. *In generale: l'incompatibilità e l'infungibilità tra le domande e il divieto di cumulo.*

Un orientamento giurisprudenziale piuttosto consolidato ritiene inammissibile la ritenzione o la restituzione del doppio della caparra confirmatoria qualora la parte abbia domandato la risoluzione del contratto. L'art. 1385 cod. civ. imporrebbe una scelta tra due rigide alternative: risoluzione con risarcimento del danno, da un lato, recesso con caparra, dall'altro.

Ovviamente, altro sarebbe la semplice domanda di restituzione dell'importo consegnato a titolo di caparra confirmatoria a seguito della risoluzione del contratto: in tal caso, appunto, la domanda ha carattere restitutorio, non già risarcitorio¹⁷⁹.

¹⁷⁵ V.M. TRIMARCHI, voce *Caparra*, cit., 200; G. DE NOVA, voce *Caparra*, cit., 241 e *sub* nota 16 per riferimenti. Nella giurisprudenza più recente, Cass., 24 novembre 2011, n. 24841, in *De Jure*; Cass., 16 gennaio 2018, n. 882, *ivi*.

¹⁷⁶ G. DE NOVA, voce *Caparra*, cit., 241.

¹⁷⁷ Su cui *supra*, cap. I.

¹⁷⁸ *Supra*, par. 5.1.

¹⁷⁹ Cass., 8 settembre 2017, n. 20957, in *De Jure*.

Sono numerose, anche nella giurisprudenza più recente, le sentenze che, in forza di un rapido richiamo alla rigorosa alternatività dei rimedi, negano la possibilità di cumulo tra la domanda di risoluzione del contratto e la ritenzione/corresponsione del doppio della caparra ¹⁸⁰.

Le motivazioni più estese fanno leva, principalmente, sulla diversità strutturale delle azioni. Leggiamo così, in una sentenza del 2004 ¹⁸¹, che «diversa è la natura delle corrispondenti azioni e delle conseguenti pronunce giudiziali. Ed infatti nel primo caso la pronuncia di risoluzione del contratto inadempito è dichiarativa e la parte inadempiente è sollevata dall'onere di provare il danno effettivamente subito; nel secondo caso la pronuncia è costitutiva e spetta alla parte adempiente provare, secondo i principi generali (art. 1223 cod. civ.), il danno derivatone» ¹⁸².

Vi sono poi pronunce che, sempre sul presupposto dell'incompatibilità tra le domande, operano una riqualificazione delle domande proposte, a seconda dello scopo effettivamente perseguito dalle parti ¹⁸³.

La tesi dell'incompatibilità tra i rimedi è stata posta dalle Sezioni Unite alla base della nota pronuncia in materia, come vedremo a breve.

È minoritario il diverso orientamento, secondo il quale sarebbe ammissibile il cumulo, in particolare, della domanda di risoluzione del contratto con la ritenzione o la pretesa del doppio della caparra.

L'opzione interpretativa viene motivata in due modi: da un lato si evidenzia come la possibilità per il contraente deluso di chiedere il risarcimento dei danni si adatti bensì al caso in cui questi intenda conseguire un risarcimento maggiore della

¹⁸⁰ Cass., 30 marzo 1995, n. 3805, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Contratto in genere*, n. 370; Cass., 20 maggio 1997, n. 445, in *Banca dati Foro it.*; Cass., 17 luglio 2000, n. 9407, in *De Jure*; Cass., 29 gennaio 2003, n. 1301, in *Banca dati Foro it.*; Trib. Savona, 14 giugno 2005, *ivi*;

¹⁸¹ Cass., 20 settembre 2004, n. 18850, in *De Jure*.

¹⁸² Cass., 20 settembre 2004, n. 18850, in *De Jure*.

¹⁸³ Cass., 9 giugno 2008, n. 15198, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 1383 ss., con nota di I. L. NOCERA, *Caparra confermativa: risoluzione e recesso tra alternatività e mutatio libelli*: in questo caso la Corte ribadisce l'alternatività tra i due regimi e disattende la censura sollevata dal ricorrente, secondo cui la controparte, in primo grado, aveva, con l'atto introduttivo, promosso domanda di risoluzione del contratto con ritenuta della caparra e solo successivamente, inammissibilmente, aveva mutato la domanda in accertamento della legittimità del recesso. La Corte, nel caso di specie, ritiene di che la domanda introduttiva sia stata opportunamente riqualificata dal giudice di merito come domanda di accertamento del recesso; Cass., 27 marzo 2019, n. 8571, in *De Jure*, ha ritenuto erronea la qualificazione data dalla Corte d'appello della domanda di parte come di recesso con ritenzione della caparra: ritiene la Corte che, poiché la parte, in primo grado, ha richiesto anche il risarcimento del maggior danno, l'intera domanda vada qualificata come di risoluzione con risarcimento del danno. Nel medesimo senso cfr. Cass., 7 giugno 2006, n. 13339, in *De Jure*; Trib. Milano, 17 luglio 2017, in *Contratti*, 2018, 289 ss.

caparra, ma che ciò non esclude che egli, pur volendo risolvere il contratto — e, si potrebbe aggiungere, desiderando una pronuncia giudiziale sul punto — intenda mantenere il risarcimento entro i limiti della caparra¹⁸⁴; dall'altro lato l'espedito utilizzato dai giudici è una riqualificazione della domanda di risoluzione in domanda di accertamento del recesso¹⁸⁵. L'orientamento è seguito anche da parte della giurisprudenza di merito¹⁸⁶.

Quanto alle posizioni dottrinali, basti in questa sede rilevare che anche nella dottrina contemporanea la questione della cumulabilità delle domande è dibattuta.

Una tesi più liberale — a tratti apparentemente seguita dalle Sezioni Unite, non però nella formulazione del principio di diritto — ritiene fungibili, perché essenzialmente omogenei, i rimedi risolutivi: risoluzione e recesso; tra loro incompatibili sarebbero solo caparra e risarcimento, sicché la domanda del risarcimento integrale preclude la ritenzione o la ripetizione del doppio della caparra. Secondo questo orientamento, pertanto, la domanda di risoluzione, sia costitutiva sia dichiarativa, sarebbe cumulabile con la caparra¹⁸⁷.

È però ribadita anche recentemente la tesi tradizionale¹⁸⁸.

5.3.2.2. Domande ex art. 1453 cod. civ. proposte dopo il recesso.

Non desta problemi la domanda di risoluzione con risarcimento del danno dopo l'esercizio del diritto di recesso. In questo caso, poiché il contratto è già sciolto, devono ritenersi preclusi i rimedi ordinari¹⁸⁹. Potrebbe essere interessante chiedersi se il giudice, investito della domanda costitutiva di risoluzione, possa rilevare d'ufficio lo scioglimento del contratto per recesso della parte non inadempiente¹⁹⁰.

¹⁸⁴ Cass., 28 marzo 1988, n. 2613, in *De Jure*.

¹⁸⁵ Cass., 8 maggio 2018, n. 11012, in *Banca dati Foro it.*

¹⁸⁶ Trib. Genova, 16 gennaio 2004, in *Banca dati Foro it.*; App. Cagliari, 5 agosto 2011, *ivi*.

¹⁸⁷ M. DELLACASA, *Il creditore può rinunciare*, cit., 40 e *passim*; D. COLESANTI – N. COREA, *Caparra confirmatoria e inadempimento fra rimedi generali e speciali*, in *Obbl. e contratti*, 2007, 532; P. GALLO, *Trattato del contratto*, II, cit., 1583.

¹⁸⁸ L. PARNASI, *Il concorso tra il potere di recesso riconosciuto dall'art. 1385, comma 2, c.c. e l'azione costitutiva di risoluzione del contratto per inadempimento*, in C. CONSOLO – I. PAGNI – S. PAGLIANTINI – V. ROPPO – M. MAUGERI (a cura di), *La risoluzione per inadempimento*, cit., 285.

¹⁸⁹ P. GALLO, *Trattato del contratto*, II, cit., 1582; L. PARNASI, *Il concorso*, cit., 302; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Caparra confirmatoria*, cit., 336 sottolinea che la questione non ha destato problemi interpretativi.

¹⁹⁰ La questione si collega al tema della rilevabilità d'ufficio della risoluzione di diritto, su cui *infra*, par. 6.3.

È stato ipotizzato il caso, poco verosimile, in cui non sussistano i presupposti per l'esercizio del recesso, ma sussistano, invece, i presupposti per l'azione di risoluzione: il caso, insomma, in cui non vi sia una caparra eppure il recesso sia esercitato ¹⁹¹.

Vi sarebbero due fattispecie in cui ciò può accadere: nel caso in cui la parte abbia receduto stragiudizialmente e sia convenuta in accertamento negativo o per l'adempimento e il caso in cui la parte abbia agito per l'accertamento della legittimità del recesso, ma le difese di controparte la inducano a chiedere la pronuncia costitutiva di risoluzione.

La questione pone un problema prima processuale che sostanziale, giacché, sul terreno sostanziale, se il recesso non vi è stato, nulla osta alla domanda di risoluzione.

Per quanto di rilievo nella presente sede, può osservarsi che, al contrario della *mutatio* vietata dall'art. 1453, comma 2, cod. civ., in questo caso non sembrano esservi ragioni di carattere sostanziale che possano ostacolare il mutamento, il quale rimane dunque regolato dai principi processuali.

5.3.2.3. Domanda di accertamento del diritto di recedere ritenendo la caparra (o con condanna alla consegna del doppio della caparra corrisposta) dopo l'azione ex art. 1453 cod. civ.

Come anticipato, un significativo numero di pronunce affronta la questione della possibilità, per la parte che abbia domandato, in primo grado, la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno, di domandare in appello l'accertamento del suo diritto di recedere ritenendo la caparra o ottenendo il doppio di quella versata.

L'ampia casistica è giustificata dalla non rara evenienza che il contraente deluso si avvalga dei rimedi ordinari — in via esclusiva, ferma ovviamente la possibilità di far valere il recesso con caparra confirmatoria in via subordinata — ma, ottenuta in primo grado una liquidazione di un risarcimento inferiore alla caparra versata o ricevuta, abbia interesse in appello a ottenere, almeno, una somma pari alla caparra.

¹⁹¹ L. PARNASI, *Il concorso*, cit., 288 ss.

Sino all'intervento delle Sezioni Unite, l'orientamento favorevole alla *mutatio*, anche in appello, poteva dirsi nettamente prevalente ¹⁹².

Le ragioni dell'orientamento sono le seguenti. I presupposti delle domande sarebbero i medesimi (l'inadempimento di non scarsa importanza e imputabile); le domande sarebbero omogenee, perché sia il recesso sia la risoluzione sono volte allo scioglimento del contratto, mentre la caparra costituisce una forma di risarcimento del danno; il risarcimento rappresentato dalla caparra è, peraltro, quantificato in misura fissa, sicché la domanda di ritenzione o consegna del doppio della caparra è più limitata della domanda ordinaria; l'esercizio del recesso, infine, integra una facoltà che permane nel patrimonio del contraente.

Il diverso orientamento, sino all'intervento delle Sezioni Unite, era senza dubbio minoritario ¹⁹³ e motivato, succintamente, da ragioni di carattere processuale: la domanda di accertamento della legittimità del recesso *ex art. 1385 cod. civ.* era ritenuta diversa, quanto al *petitum* — almeno nella forma della tutela — e alla *causa petendi*, dalla domanda ordinaria di risoluzione e pertanto inammissibile in appello ai sensi dell'art. 345 cod. proc. civ.

5.3.2.4. (segue): *La pronuncia delle Sezioni Unite, l'oggetto del principio di diritto e la giurisprudenza successiva.*

Come preannunciato, sulla questione sono intervenute le Sezioni Unite nel 2009 ¹⁹⁴ con una pronuncia che ai nostri fini assume rilievo non solo, e non tanto, per

¹⁹² *Ex multis*, Cass., 6 marzo 1989, n. 1213, in *De Jure*, ed *ivi* riferimenti più risalenti; Cass., 3 settembre 1994, n. 7644, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Contratto in genere*, n. 367; Cass., 15 febbraio 1996, n. 1160, in *De Jure*; Cass., 11 gennaio 1999, n. 186, in *Banca dati Foro it.*; Cass., 6 settembre 2000, n. 11760, *ivi*; Cass., 24 gennaio 2002, n. 849, in *Contratti*, 2002, 892, con nota critica di V. TAMPANO, *Caparra confirmatoria e tutela del contraente non inadempiente*, e in *Corr. giur.*, 2002, 1020 ss., con nota di A. PALMA, *Rapporti tra caparra confirmatoria e integrale risarcimento del danno*; Cass., 10 febbraio 2003, n. 1952, in *Giust. civ.*, 2003, 1536 ss.; Cass., 16 maggio 2006, n. 11356, in *De Jure*; App. Lecce-Taranto, 24 maggio 1999, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Contratto in genere*, n. 429; App. Firenze, 25 febbraio 2009, n. 265, in *De Jure*. In dottrina cfr. V.M. TRIMARCHI, voce *Caparra*, cit., 200: «può dirsi dominante, infatti, se non addirittura pacifico, l'orientamento secondo cui si può ricorrere al recesso ed alla liquidazione del danno trattenendo la caparra o richiedendo il doppio, anche quando sia stata proposta e proseguita la domanda giudiziale di esecuzione o risoluzione del contratto».

¹⁹³ Cass., 8995/1993; Cass., 27 ottobre 2003, n. 16096, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 687 ss., con nota di M. Dellacasa. In dottrina cfr. P. GALLO, *Trattato del contratto*, II, cit., 1583; L. PARNASI, *Il concorso*, cit., 305 parla espressamente del divieto di venire contro il fatto proprio come *ratio* del divieto di *mutatio*. Per le ragioni brevemente illustrate nel testo, sembra potersi dubitare della conclusione.

¹⁹⁴ Cass., S.U., 553/2009, cit.

la soluzione di questo specifico quesito, quanto per l'intento nomofilattico perseguito dalla Corte con riguardo all'intero tema della c.d. rinuncia agli effetti risolutivi.

Soffermiamoci, però, al momento, sul tema oggetto di queste pagine.

Il caso e la questione di diritto sottoposti alle Sezioni Unite sono assai semplici da sintetizzare: i promittenti venditori, convenuti dal promissario acquirente per la risoluzione di un preliminare immobiliare, avevano domandato anch'essi, in via riconvenzionale, la risoluzione del contratto con ritenzione della caparra loro versata dalla controparte e «risarcimento del danno».

Il Tribunale aveva accolto la domanda riconvenzionale di risoluzione, ma aveva condannato i convenuti a restituire la caparra ricevuta, perché aveva ritenuto non provato il danno. Si deve ritenere che, in accoglimento dell'orientamento sopra ricordato, il giudice avesse considerato che la proposizione della domanda di ritenzione della caparra sommata a quella di risarcimento del danno dovesse essere considerata come un'ordinaria domanda risarcitoria.

In appello, i promittenti venditori avevano espressamente sostituito la domanda di risoluzione e risarcimento con quella di recesso con ritenzione della caparra, domanda ritenuta inammissibile dalla Corte d'appello, che aveva rigettato il gravame.

La questione sottoposta alla Corte era, pertanto, la possibilità di sostituire, in grado di appello, le originarie domande di risoluzione e risarcimento con la domanda di recesso *ex art. 1385 cod. civ.*

Con estrema sintesi, e rinviando ai numerosi commenti per un approfondimento sul contenuto della pronuncia, si può rilevare che la sentenza: (i) non si limita ad affrontare il rapporto tra le domande dal punto di vista processuale, ma scende sul piano sostanziale¹⁹⁵; (ii) in proposito, richiama l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi in materia di cumulo della domanda di recesso con quella di risarcimento del danno e (iii) osserva che, se la domanda di recesso e quella di risoluzione possono dirsi, pur con delle differenze, omogenee, le domande risarcitorie sono tra loro intrinsecamente differenti e incompatibili; (iv) la *mutatio* dalla domanda di risarcimento (e risoluzione) a quella di recesso con caparra è normalmente giustificata da un interesse non meritevole, perché volto a porre rimedio a una liquidazione del danno, in primo grado, inferiore alla caparra; (v) per tale ragione, la

¹⁹⁵ E. LUCCHINI GUASTALLA, *Caparra confirmatoria*, cit., 333.

mutatio si pone in contrasto coi principi del giusto processo: se legittimata, essa consentirebbe alla parte di azionare un rimedio, come quello risarcitorio, estremamente dispendioso, specialmente dal punto di vista probatorio, per poi ripiegare, impunemente, su un rimedio stragiudiziale che dovrebbe avere esattamente la funzione ridurre il contenzioso, come il recesso; (vi) la domanda di recesso, pertanto, per quanto omogenea con quella di risoluzione, è strumentale a una inaccettabile «riattivazione» del meccanismo dell'art. 1385 cod. civ.

Sul punto, la pronuncia è stata seguita dalla giurisprudenza successiva ¹⁹⁶.

Ai nostri fini, sono sufficienti alcune osservazioni.

La pronuncia sembra aggiungere argomenti nuovi rispetto a quelli noti: le Sezioni Unite prendono posizione, non senza dare luogo critiche ¹⁹⁷, sul rapporto di infungibilità dei rimedi e sul profilo più strettamente processuale dei *nova* in appello, ma il cuore della pronuncia sembra un altro.

La soluzione si fonda sulla contraddittorietà e l'inefficienza della *mutatio*, che viene stigmatizzata come opportunistica e immeritevole. Vi possono essere assonanze col modello dell'art. 1453, comma 2, cod. civ., che abbiamo analizzato, nel senso che anche in quella sede si è osservato come l'atto contraddittorio sia valutato come immeritevole dall'ordinamento e sia, pertanto, precluso.

Tuttavia, la fattispecie sembra radicalmente diversa. In quel caso, l'atto contraddittorio è precluso perché incide sull'efficacia del contratto e, di conseguenza, sull'affidamento della controparte. Nel caso di specie, invece, le finalità perseguite dal contraente non inadempiente sono omogenee: questi desidera sciogliersi dal contratto e ricevere una certa somma di denaro a titolo risarcitorio. Ciò che è ritenuto inammissibile è la modalità con cui la parte cerca di ottenere la tutela, perché la *mutatio* è considerata — non tanto lesiva dell'interesse individuale della controparte, quanto piuttosto — contraria all'interesse generale al corretto utilizzo del mezzo processuale.

¹⁹⁶ Cfr. Cass., 8 settembre 2017, n. 20957, in *De Jure*.

¹⁹⁷ M. DELLACASA, *Caparra confirmatoria*, cit., spec. 642, ravvisa una contraddizione tra la motivazione della pronuncia e il principio di diritto, perché da un lato le Sezioni Unite parrebbero ritenere tra loro omogenei i rimedi risolutivi e tra loro eterogenei quelli risarcitori, ma giungono poi a formulare il principio di diritto rimarcando l'incompatibilità strutturale tra entrambe le coppie di rimedi. Ciò ha una conseguenza pratica, non condivisa dall'Autore: affermare l'indissolubilità dei binomi di rimedi e la loro incompatibilità significa negare il cumulo tra la domanda di risoluzione e quella di ritenzione della caparra, invece ritenuta possibile dall'Autore. Dall'altro lato vi è chi non ritiene che tra le domande vi siano profili di differenza tali da far ritenere la domanda di recesso nuova rispetto a quella di risoluzione. Così A. D'ALESSIO, *Sulla novità della domanda*, cit., 1199.

Per quanto non manchino riferimenti, in dottrina, al divieto di *venire contra factum proprium*¹⁹⁸, la fattispecie non sembra prestarsi a essere assimilata alle altre esaminate.

Ciò non limita la rilevanza della pronuncia delle Sezioni Unite, che si è occupata di altre questioni e, in particolare, del rapporto tra il recesso *ex art.* 1385 cod. civ. e la risoluzione stragiudiziale per diffida ad adempiere, tema che stiamo per affrontare.

5.4. *Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. e risoluzione per diffida ad adempiere.*

Sono molteplici le affinità tra la risoluzione, anche in via giudiziale, e il recesso di cui all'art. 1385 cod. civ.

Sono ancora maggiori, dal punto di vista funzionale, le affinità con la risoluzione per diffida ad adempiere: i presupposti dei rimedi sono i medesimi, così come i loro effetti. La sola differenza risiede nel termine di tolleranza che nel meccanismo della diffida ad adempiere viene necessariamente riservato al debitore. Il medesimo risultato, però, è agevolmente raggiungibile tramite una diffida con la quale il creditore conceda un'ultima dilazione al debitore dichiarando che, in mancanza di adempimento, eserciterà il diritto di recesso *ex art.* 1385 cod. civ.

5.4.1. *Ritenzione o restituzione del doppio della caparra in caso di risoluzione per diffida ad adempiere.*

Giurisprudenza e dottrina si sono occupate della cumulabilità della domanda di accertamento dell'avvenuta risoluzione di diritto del contratto e quella di ritenzione o condanna al conferimento del doppio della caparra confirmatoria.

La fattispecie è la seguente: la parte non inadempiente intima diffida ad adempiere e poi agisce in giudizio per l'accertamento dell'avvenuta risoluzione e del suo diritto di ritenere la caparra.

La giurisprudenza si mostra favorevole al cumulo¹⁹⁹.

¹⁹⁸ L. PARNASI, *Il concorso*, cit., 305.

¹⁹⁹ Cass., 11 gennaio 2001, n. 319, in *Contratti*, 437 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Caparra confirmatoria e risoluzione stragiudiziale per inadempimento*; Cass., 28 febbraio 2012, n. 2999, in *Contratti*, 2012, 789 ss., con nota di S. GUADAGNO, *Risoluzione stragiudiziale e diritto di ritenzione della caparra confirmatoria* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 692 ss., con nota di L. GUERRINI, *I diritti che la caparra confirmatoria*

Non mancano gli ostacoli da superare e, segnatamente, il rilievo dell'alternatività e dell'incompatibilità che sussisterebbero tra i rimedi generali e il recesso con caparra, secondo quanto disposto dal terzo comma dell'art. 1385 cod. civ. e l'osservazione che, decorso il termine assegnato con la diffida, il contratto è ormai risolto, sicché non potrebbe più ritenersi ammissibile il recesso *ex art.* 1385 cod. civ.²⁰⁰.

La posizione favorevole al cumulo²⁰¹ muove da una precisazione condivisibile: la soluzione non può essere *tout court* omogenea per le tre forme di risoluzione di diritto, perché i loro presupposti non coincidono sempre con quelli che legittimano il recesso in presenza di una caparra confirmatoria²⁰². Ciò è vero soprattutto per la risoluzione per clausola risolutiva espressa e per spirare del termine essenziale, mentre, come si è visto, la risoluzione per diffida ad adempiere condivide con il rimedio speciale i medesimi presupposti.

Gli argomenti sono i seguenti: da un lato si valorizza l'elemento volontaristico²⁰³, sostenendo che, se la parte non inadempiente non ha inteso domandare il risarcimento integrale del danno, non vi è ragione di frustrare la sua intenzione di sciogliere il contratto e ritenere la caparra. Ciò presuppone un'interpretazione dell'art. 1385, comma 3, cod. civ. che non ponga il recesso con caparra in rigida alternativa con i rimedi ordinari: la norma si limiterebbe a concedere alla parte non inadempiente di domandare il risarcimento integrale, senza però che la scelta di risolvere il contratto comporti necessariamente la perdita della caparra.

Si sottolinea inoltre, sulla scia dell'insegnamento delle Sezioni Unite, l'uniformità dei rimedi risolutivi²⁰⁴, a fronte della difformità tra i soli rimedi risarcitori: i rimedi risolutivi sarebbero così intercambiabili tra loro, ferma la preclusione di ritenere la caparra qualora sia domandato il risarcimento integrale del danno.

attribuisce alla parte fedele sopravvivono, dunque, alla risoluzione di diritto; Trib. Torino, 7 gennaio 2019, n. 26, in *De Jure*; *Contra* App. Bari, 26 marzo 2014, in *Foro it.*, 2014, 1617.

²⁰⁰ In questo senso E. LUCCHINI GUASTALLA, *Caparra confirmatoria*, cit., 341 ss.

²⁰¹ In dottrina: M. DELLACASA, *Il creditore può rinunciare*, cit., 36 e *passim*; U. CARNEVALI, *Caparra confirmatoria*, cit., 440; P. GALLO, *Trattato del contratto*, II, cit., 1584; D. COLESANTI–N. COREA, *Caparra confirmatoria*, cit., 531 s.

²⁰² M. DELLACASA, *Il creditore può rinunciare*, cit., 36.

²⁰³ Lo sottolinea, con approvazione, U. CARNEVALI, *Caparra confirmatoria*, cit., 440.

²⁰⁴ In particolare Cass., 2999/2012, cit.

L'uniformità dei rimedi sembra consentire al giudice, infine, di riqualificare la domanda di accertamento della risoluzione come di accertamento della legittimità del recesso.

Ciò sembra valere ancor più nel caso delle risoluzioni stragiudiziali, che manifestano completa omogeneità con il recesso: negare la cumulabilità dei rimedi pare un'opzione formalista non giustificata da reali interessi sostanziali delle parti.

5.4.2. *Esercizio del recesso con ritenzione o restituzione del doppio della caparra dopo la risoluzione per diffida ad adempiere.*

Ci si è chiesti se il contraente che si sia avvalso della risoluzione per diffida ad adempiere possa, in un momento successivo, legittimamente recedere dal contratto ritenendo la caparra confirmatoria. La scelta può essere compiuta in momenti diversi, anche se le soluzioni giurisprudenziali non sembrano rilevare differenze in proposito: (i) il contraente non inadempiente può intimare una diffida ad adempiere ma agire per l'accertamento del recesso; (ii) può poi mutare la domanda nel corso del giudizio di primo grado — da domanda di accertamento della risoluzione di diritto a domanda *ex art. 1385 cod. civ.* — e ciò: (ii-a) entro il termine di cui all'art. 183, comma 6, n. 1 cod. proc. civ. o (ii-b) successivamente al termine predetto; (iii) può infine proporre la nuova domanda in appello.

La giurisprudenza si mostra tendenzialmente contraria alla proponibilità della domanda di accertamento del recesso con caparra dopo l'avvenuta risoluzione di diritto del contratto.

La ragione è di carattere sostanziale, sicché a poco rileva il momento — *rectius*: la fase processuale — nel quale la scelta è operata: il recesso è ritenuto precluso dall'intervenuto scioglimento del contratto per decorso del termine intimato. Ciò impedisce, conseguentemente, anche di ritenere o chiedere la restituzione del doppio della caparra confirmatoria ²⁰⁵.

²⁰⁵ Cass., 5 maggio 1988, n. 3371, in *De Jure*; Cass., 4 agosto 1997, n. 7182, in *Banca dati Foro it.*; Cass., 29 agosto 1998, n. 8630, in *Corr. giur.*, 1998, 1147 ss., con nota di G. GIOIA, *Caparra confirmatoria e risarcimento del danno*; Cass., 19 aprile 2006, n. 9040, in *De Jure*; Trib. Reggio Emilia, 21 febbraio 2013, in *Banca dati Foro it.* Con riguardo alla *mutatio* in appello: Cass., 2 dicembre 2005, n. 26232, in *Corr. giur.*, 2006, 1097 ss. con nota di A. PALMA, *La inammissibilità dell'esercizio del recesso e del diritto di ritenere la caparra, a seguito dell'avvenuta risoluzione di diritto del contratto*; Cass., 27 maggio 2010, n. 13000, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 956 ss., con nota critica di M.C. VANZ, *Caparra confirmatoria e rimedi risolutivi. Specchio di una metamorfosi*.

Il problema si arricchisce però di un'interessante sfaccettatura, perché alcune pronunce hanno fatto uso, in materia, dell'apparente istituto della rinuncia all'effetto risolutivo per enunciare principi di questo tenore: «è pur vero che, secondo la Suprema Corte, il contraente non inadempiente il quale, dopo aver intimato una diffida ad adempiere con dichiarazione che, decorso il termine fissato, il contratto si intenderà senz'altro risolto (art. 1454 cod. civ.) [...] non può — quando il termine da lui concesso con la diffida sia decorso — chiedere che sia dichiarato, in via riconvenzionale, il suo diritto di recesso con diritto a ritenere la caparra ricevuta, poiché [...] la dichiarazione di recesso trova il contratto già risolto [...]. Ma la massima di decisione non si attaglia al caso di specie, perché il [...] ebbe a concedere un ulteriore termine per la stipulazione dell'atto pubblico, dopo la diffida ad adempiere, implicitamente rinunciando alla diffida e all'effetto risolutivo»²⁰⁶.

Proprio perché la *ratio* della preclusione risiede nell'avvenuto scioglimento del contratto, la c.d. rinuncia all'effetto risolutivo, in quanto idonea a conservare gli effetti del contratto, consentirebbe di recedere con ritenzione della caparra pur dopo il termine intimato con la diffida ad adempiere²⁰⁷, sicché, in linea di principio, il recesso è precluso dall'intervenuto scioglimento del contratto, ma, qualora la parte avesse rinunciato alla risoluzione, esso tornerebbe possibile.

Il divieto di *mutatio* trova giustificazioni di carattere processuale in appello: è stata ritenuta inammissibile, perché nuova, la domanda *ex art. 1385 cod. civ.* da parte del contraente che avesse domandato, in primo grado, l'accertamento della risoluzione di diritto del contratto²⁰⁸.

Non manca un orientamento diverso, che concede alla parte che abbia — giudizialmente o stragiudizialmente — fatto valere la risoluzione del contratto per

²⁰⁶ Cass., 7182/1997, cit. Dalla pronuncia non è chiaro, per vero, se l'intimazione ad adempiere entro un nuovo termine fosse precedente alla scadenza del primo termine, con ciò integrando una mera proroga (*supra*, par. 2.2.1), oppure se fosse successiva alla risoluzione di diritto del contratto.

²⁰⁷ Fanno riferimento alla c.d. rinuncia all'effetto risolutivo, in materia: Cass., 3371/1988, cit., in cui il convenuto aveva domandato, in via riconvenzionale, l'accertamento dell'avvenuta risoluzione del contratto *ex art. 1454 cod. civ.* e controparte aveva eccepito che, con una dichiarazione di recesso posteriore alla scadenza del termine intimato, egli avesse rinunciato alla risoluzione. La Corte ritiene irrilevante il profilo; Trib. Reggio Emilia, 21 febbraio 2013, cit., ritiene invece espressamente rinunciabile la risoluzione di diritto dalla parte che intenda avvalersi, in giudizio, del recesso con caparra confirmatoria.

²⁰⁸ Cass., 13000/2010, cit. *Contra* la nota critica di M.C. VANZ, cit., *passim* e spec. 959: «vien davvero difficile pensare che i rimedi descritti nell'art. 1385, comma 2° e 3°, c.c. siano così profondamente diversi ed incompatibili tra loro. Se son vere le premesse, si tratta pur sempre di meccanismi di risoluzione negoziale con finalità risarcitorie, forfettarie o piene che siano».

diffida ad adempiere di recedere ritenendo la caparra. Gli argomenti sono la minore ampiezza della domanda di recesso con ritenzione (o restituzione del doppio) della caparra ²⁰⁹ e la facoltà della parte di rinunciare all'effetto risolutivo ²¹⁰, non più menzionata come eccezione a una regola generale.

Anche sul tema, sebbene non decisivo nel caso concreto, sono intervenute le Sezioni Unite con la più volte citata pronuncia del 2009, per escludere che la parte che abbia risolto il contratto con il meccanismo dell'art. 1454 cod. civ. possa poi recedere *ex art.* 1385 cod. civ.

Gli argomenti sono in buona parte coincidenti con quelli alla base della preclusione della *mutatio* dalla domanda di risoluzione con risarcimento del danno *ex art.* 1453 cod. civ. a quella di recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ.: (i) l'eterogeneità e l'incompatibilità dei rimedi, specialmente quelli risarcitori che si accompagnano alle due forme di risoluzione; (ii) l'immeritevolezza della *mutatio*, spesso giustificata da un mero intento opportunistico in conflitto con le esigenze del giusto processo e, infine, quanto alla specifica questione della risoluzione di diritto, (iii) l'inammissibilità della rinuncia all'effetto risolutivo.

La pronuncia, che pure è stata largamente condivisa, specialmente nella parte in cui ha preso una chiara posizione contro la c.d. rinuncia all'effetto risolutivo ²¹¹, sembra non tenere conto, però, della coincidenza, dal punto di vista funzionale, degli interessi perseguiti dai due rimedi.

Non convince, in particolare, la pretesa incompatibilità tra le due alternative, specialmente tra risoluzione stragiudiziale e recesso ²¹².

È per questo che l'intervento delle Sezioni Unite non ha posto fine al dibattito e che, in tempi recenti, una pronuncia della Suprema Corte, di fatto ignorando l'insegnamento delle Sezioni Unite, ha ritenuto ammissibile l'azione per l'accertamento della legittimità del recesso *ex art.* 1385 cod. civ. da parte del

²⁰⁹ Cass., 18 novembre 2012, n. 16221, in *Banca dati Foro it.*

²¹⁰ Cass., 10 febbraio 2003, n. 1952, in *Giust. civ.*, 2003, 1536 ss.

²¹¹ V. per tutti E. LUCCHINI GUASTALLA, *Caparra confirmatoria*, cit., 339; G. SICCHIERO, *Indisponibilità dell'effetto risolutivo*, 1119.

²¹² M. DELLACASA, *Il creditore può rinunciare*, cit., 33.

contraente che avesse previamente intimato diffida ad adempiere, purché la pretesa risarcitoria sia contenuta nei limiti della caparra ²¹³.

Possono svolgersi due considerazioni conclusive.

In primo luogo, la rinuncia all'effetto risolutivo pare, in questo campo, un superfluo espediente argomentativo: meglio sarebbe ammettere schiettamente che, attesa l'uniformità dei rimedi, la parte conservi il diritto di ritenere la caparra confirmatoria pur avendo intimato diffida ad adempiere anziché recedere. La c.d. rinuncia, però, non lede in alcun modo l'affidamento della controparte circa la perdita di efficacia del contratto: la rinuncia non rende nuovamente esigibile la prestazione, ma è un espediente per consentire alla parte di invocare un diverso rimedio risolutorio.

In secondo luogo, per quanto pregevole l'ordine dogmatico che le Sezioni Unite hanno inteso ristabilire, sembra opportuno valorizzare maggiormente gli interessi concreti delle parti. Sembra esservi continuità logica ed empirica tra l'intimazione di una diffida ad adempiere e l'incameramento della caparra: prima la parte si mostra ancora disposta ad accettare l'adempimento tardivo, poi, scaduto il termine, esige il risarcimento siccome forfetariamente quantificato.

Se ciò avviene all'interno del processo, è alle regole processuali che bisogna guardare per verificarne la praticabilità: le preclusioni di cui agli artt. 183 e 345 cod. proc. civ. possono evitare il preteso abuso dello strumento processuale.

5.5. *Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. e clausola risolutiva espressa.*

È certamente meno ampia la casistica sui rapporti tra i rimedi di cui all'art. 1385 cod. civ. e la clausola risolutiva espressa, da un lato, e il termine essenziale, dall'altro.

Giova, in materia, una premessa: non vi è corrispondenza nei presupposti della risoluzione per clausola risolutiva espressa e per termine essenziale con il recesso *ex art. 1385 cod. civ.* Si è difatti ricordato come le forme di risoluzione di cui agli artt. 1456 e 1457 cod. civ. prescindano, secondo l'opinione prevalente, dall'importanza dell'inadempimento *ex art. 1455 cod. civ.* e siano giustificate — esclusivamente — dal

²¹³ Cass., 3 novembre 2017, n. 26206, in *Foro it.*, 2018, 214 ss., con nota adesiva di L. LAMBO – R. PARDOLESI, *Recesso, risoluzione e precedente tricolore*, i quali rilevano che «l'operazione concettuale [delle Sezioni Unite] non è, però, calzante per il rapporto tra risoluzione di diritto del contratto e caparra confirmatoria».

verificarsi di quello specifico inadempimento previsto dalle parti o che costituisce un ritardo che priva senz'altro di interesse la prestazione.

Ciò premesso, nella giurisprudenza più recente consta un caso interessante nel quale la Corte di cassazione ha affrontato il rapporto tra la risoluzione per clausola risolutiva espressa e il recesso con caparra confirmatoria ²¹⁴.

Il ricorrente censurava la pronuncia di appello nella parte in cui aveva accertato che la controparte avesse legittimamente receduto dal contratto ai sensi dell'art. 1385 cod. civ., perché, invece, questa si sarebbe avvalsa, precedentemente, di una clausola risolutiva espressa.

Ebbene, sembra che la Corte non affronti specificamente il problema della possibilità di recedere ritenendo la caparra una volta risolto il contratto *ex art. 1456 cod. civ.*: la Corte, difatti, si limita a prendere atto che la Corte d'appello, con motivazione esente da vizi, ha accertato l'avvenuto recesso dal contratto e ad esprimere un principio, per la verità, ovvio, e cioè che anche in presenza di una caparra confirmatoria la parte non inadempiente dispone dei rimedi ordinari, regola chiaramente espressa al terzo comma dell'art. 1385 cod. civ.

5.6. *Recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. e termine essenziale.*

Vi sono tre interessanti pronunce che riguardano la pretesa di una parte di ritenere la caparra confirmatoria dopo lo scioglimento del contratto per decorso di un termine essenziale.

È utile una precisazione: al contrario della risoluzione per diffida ad adempiere e per clausola risolutiva espressa, che si producono solo in presenza di una espressa dichiarazione della parte, la risoluzione per decorso del termine essenziale si produce automaticamente, salva la facoltà della parte nel cui interesse è posto il termine di esigere l'adempimento nei tre giorni successivi alla scadenza.

La differenza è rilevante, perché non sembra potersi pretendere che, per esercitare il recesso *ex art. 1385 cod. civ.*, la parte dichiari di voler ricevere la prestazione, così da precludere lo scioglimento del contratto. Sembra, insomma, che se al contratto accedono sia un termine essenziale sia una caparra confirmatoria e l'inadempimento che si verifica in concreto sia esattamente il ritardo rispetto al

²¹⁴ Cass., 6 giugno 2017, n. 14014, in *De Jure*.

termine essenziale, il cumulo tra risoluzione *ex art.* 1457 e la caparra sia pressoché necessitato, a meno che la parte non inadempiente non intenda conseguire il risarcimento del danno per la via ordinaria.

Probabilmente per questa ragione, anche se non espressa nelle motivazioni, sembra univoca la soluzione per cui il contraente non inadempiente possa risolvere il contratto *ex art.* 1457 cod. civ. e contemporaneamente ritenere la (o esigere il doppio della) caparra confirmatoria ²¹⁵.

Le motivazioni si fondano su due argomenti. Da un lato si ritiene che l'art. 1385, comma 3, cod. civ. istituisca l'alternativa tra il recesso con caparra e la domanda di risoluzione giudiziale e risarcimento del danno, non invece tra la risoluzione *ex art.* 1457 cod. civ. e la ritenzione della caparra ²¹⁶. Dall'altro si utilizza l'argomento della rinunciabilità dell'effetto risolutivo, così come abbiamo visto con riguardo al rapporto tra recesso e risoluzione per diffida ad adempiere: poiché la risoluzione è sempre rinunciabile dalla parte nel cui interesse è posta, ben può questa, decorso inutilmente il termine essenziale, avvalersi del recesso di cui all'art. 1385 cod. civ. ²¹⁷.

Particolare rilievo assume la pronuncia n. 21838/2010, che, appena un anno dopo la sentenza delle Sezioni Unite, ne ignora i principi e riabilita la c.d. rinunciabilità dell'effetto risolutivo. Si tratta però, probabilmente, di un espediente argomentativo di comodo per raggiungere una soluzione apprezzabile ²¹⁸: non sembrano difatti esservi ragioni per escludere la cumulabilità dei rimedi, anche senza ricorrere alla c.d. rinuncia all'effetto risolutivo.

5.7. Considerazioni di sintesi.

L'impressione conclusiva è che il rapporto tra il recesso con ritenzione o pretesa del doppio della caparra confirmatoria e i rimedi risolutivi sia stato un terreno improprio per elaborare principi generali sulla risoluzione per inadempimento.

È infatti pacifica l'uniformità tra recesso e risoluzione giudiziale e di diritto, mentre di incompatibilità si parla, tutt'ora, con riguardo ai rimedi risarcitori, meno rilevanti ai nostri fini.

²¹⁵ Cass., 3 marzo 1997, n. 1851, in *Vita not.*, 1997, 254 ss.; Cass., 10 febbraio 2003, n. 1953, in *De Jure*; Cass., 25 ottobre 2010, n. 21838, *ivi*.

²¹⁶ Così Cass., 1851/1997, *cit*.

²¹⁷ Cass., 1953/2003, *cit.* e Cass., 21838/2010, *cit*.

²¹⁸ Lo mette bene in luce M. DELLACASA, *Il creditore può rinunciare*, *cit.*, 31 ss.

L'omogeneità tra i rimedi impedisce la frustrazione di un affidamento della controparte nel caso di cumulo tra rimedi diversi o di *mutatio* delle domande proposte.

Ne consegue che l'enunciazione, in questa sede, da parte delle Sezioni Unite, dell'inammissibilità della disponibilità unilaterale dell'effetto risolutivo, per quanto condivisibile, presta il fianco a una soluzione criticabile: l'inammissibilità della ritenzione della caparra da parte del contraente che abbia risolto il contratto con una diffida ad adempiere.

I rapporti tra il recesso *ex art. 1385 cod. civ.* e le risoluzioni di diritto dovrebbe invece porre all'attenzione dei giuristi le notevoli uniformità strutturali e funzionali.

6. Conclusioni parziali.

6.1. L'altra faccia del comportamento contraddittorio nella risoluzione: nelle risoluzioni stragiudiziali, la contraddizione mantiene in vita il vincolo contrattuale.

L'articolata casistica esaminata rende un quadro certamente complesso.

Le singole fattispecie esaminate sono senz'altro tra loro differenti: il cumulo tra azione di risoluzione giudiziale e caparra confirmatoria è tutt'altro rispetto alla proroga del termine intimato con la diffida ad adempiere; la rinuncia ad avvalersi della clausola risolutiva espressa poco ha in comune con la domanda di accertamento della risoluzione *ex art. 1454 cod. civ.* proposta dopo la domanda di risoluzione giudiziale.

Ciò è coerente con le premesse ²¹⁹: il mondo della risoluzione di diritto è variegato, le fattispecie sono molteplici.

È però possibile trarre dalle soluzioni delle singole fattispecie alcune conclusioni sintetiche, pur, come vedremo, non sempre uniformi:

(i) vi sono casi in cui la giurisprudenza è propensa ad ammettere la proponibilità di due rimedi tra loro incompatibili, spesso l'uno in una fase processuale successiva a quella in cui è stato esperito il primo, se i rimedi, pur strutturalmente differenti, perseguono il medesimo effetto giuridico e/o il medesimo risultato empirico.

È il caso della possibilità di domandare la risoluzione giudiziale dopo il decorso del termine intimato con diffida ad adempiere ²²⁰: qui la contraddizione risiede nel

²¹⁹ *Supra*, par. 1.1.

²²⁰ *Supra*, par. 2.3.1.1., n. I).

domandare lo scioglimento di un contratto che la parte ha già sciolto. Vi è però uniformità tra gli scopi perseguiti dalla parte con le sue iniziative. Così ancora nel diverso caso in cui la parte agisca per l'accertamento della risoluzione di diritto *ex art.* 1457 cod. civ. pretendendo, al tempo stesso, di ritenere la caparra confirmatoria ricevuta ²²¹.

La soluzione è però opposta in altri casi: si ritiene inammissibile la domanda di risoluzione giudiziale dopo l'esercizio del recesso *ex art.* 1385 cod. civ. ²²²; non è ritenuta possibile tale forma di recesso dopo il decorso del termine intimato con la diffida ad adempiere ²²³;

(ii) sempre con riguardo al concorso di rimedi risolutivi, pur diversi tra loro, è generalmente preclusa l'invocazione della risoluzione stragiudiziale nel medesimo giudizio in cui si sia domandata, in prima istanza, la risoluzione giudiziale.

Lo si è osservato a proposito della preclusione della domanda di accertamento della risoluzione di diritto ai sensi dell'art. 1454 ²²⁴ o dell'art. 1456 cod. civ. ²²⁵ nel giudizio in cui sia stata domandata la sola risoluzione giudiziale.

Alla medesima soluzione sono giunte le Sezioni Unite, ponendosi in contrasto con l'orientamento sino ad allora maggioritario, a proposito della domanda di accertamento della legittimità del recesso con ritenzione della caparra confirmatoria proposta in appello, dopo che in primo grado sia stata domandata la risoluzione giudiziale con risarcimento del danno ²²⁶. La *ratio* della decisione, esplicitata dalla Corte, risiede nella violazione dei principi del giusto processo da parte del contraente che, pur potendo avvalersi di un rimedio stragiudiziale, abbia adito il giudice per poi ripiegare, secondo la sua convenienza, proprio sul rimedio stragiudiziale;

(iii) si conferma in ogni caso preclusa la domanda di adempimento dopo la dichiarazione della parte di voler risolvere il contratto ²²⁷. La soluzione è coerente con il disposto del secondo comma dell'art. 1453 cod. civ., ma nel campo delle risoluzioni stragiudiziali è giustificata da una ragione ulteriore: qui il contratto è risolto dalla

²²¹ *Supra*, par. 5.6.

²²² *Supra*, par. 5.3.2.2.

²²³ *Supra*, par. 5.4.2.

²²⁴ *Supra*, par. 2.3.1.1.

²²⁵ *Supra*, par. 3.4.

²²⁶ *Supra*, parr. 5.3.2.3. s.

²²⁷ Cfr. *supra*, parr. 2.5.1.2. e 5.3.1.2.

dichiarazione della parte — unitamente, caso per caso, ai singoli presupposti che devono ricorrere nelle risoluzioni di diritto —, sicché è senz'altro preclusa l'azione di adempimento di un contratto già sciolto. È quanto è stato costantemente ripetuto dalla dottrina che ha criticato la c.d. rinunciabilità degli effetti risolutivi, anche se abbiamo avuto modo di riscontrare solo due casi, sui molti nei quali i giudici hanno fatto uso di questo apparente istituto, in cui la giurisprudenza ha, erroneamente, ammesso la domanda di adempimento dopo l'avvenuta risoluzione di diritto ²²⁸;

(iv) sono molte, infine, le fattispecie in cui si verifica la seguente situazione: una parte agisce per far accertare l'avvenuta risoluzione del contratto, ma la controparte eccepisce che l'altra, con un suo comportamento antitetico alla volontà di sciogliere il contratto, l'ha mantenuto efficace. Questa condotta può essere tenuta prima della risoluzione del contratto: è il caso della rinuncia, anche tacita, ad avvalersi della clausola risolutiva espressa o della tolleranza dell'adempimento che consentirebbe di avvalersi della clausola ²²⁹ o dell'accettazione dell'adempimento, durante lo *spatium deliberandi*, da parte del contraente nel cui interesse è previsto il termine essenziale ²³⁰. In tali casi il comportamento tenuto preclude la successiva dichiarazione risolutiva, che è pertanto inefficace.

La condotta contraddittoria può però essere tenuta anche dopo lo scioglimento del contratto: così la giurisprudenza ritiene che l'intimazione di una nuova diffida ad adempiere o l'accettazione dell'adempimento decorso il termine intimato con la diffida ad adempiere siano indici della perdurante efficacia del contratto ²³¹, come l'accettazione dell'adempimento da parte del contraente che abbia dichiarato di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa o della parte che, scaduto il termine essenziale, non abbia richiesto l'adempimento ²³².

Il paradigma del comportamento contraddittorio sembra pienamente integrato: la parte ha esercitato quella che la dottrina chiama un'«opzione» nella sua disponibilità ²³³, poi, con un diverso atto, ha smentito il precedente.

²²⁸ *Amplius infra*, par. 6.2.

²²⁹ *Supra*, parr. 3.2.1. s.

²³⁰ *Supra*, par. 4.2.

²³¹ *Supra*, parr. 2.3.2. s.

²³² *Supra*, parr. 3.3.1., 4.3.5.

²³³ Cfr. *supra*, cap. I, par. 5.2.

La situazione è però opposta a quella che abbiamo analizzato nel capitolo precedente: lì il primo atto, la dichiarazione di voler risolvere il contratto, determinava un affidamento nella controparte tale da precludere la successiva azione di adempimento. Qui, invece, il contratto è sciolto; tuttavia la parte che si è avvalsa della risoluzione si comporta come se il contratto fosse ancora efficace e produce, nella controparte, un affidamento sulla perdurante efficacia del contratto. La giurisprudenza allora preclude al contraente che ha tenuto una condotta non coerente di profittare, successivamente, della risoluzione del contratto.

È il modello della tolleranza: la mancata invocazione del rimedio esperibile pur in presenza dei presupposti per avvalersene.

Certo, come si è sottolineato, non tutte le soluzioni adottate dalla giurisprudenza sono dogmaticamente esatte. Se il contratto è già sciolto, la nuova diffida ad adempiere, inviata dopo la scadenza del termine intimato con una diffida precedente, si riferisce a un contratto non più efficace: non può certo ritenersi che la parte, con una sua dichiarazione unilaterale, possa rendere efficace un contratto risolto.

Vi saranno casi, allora, in cui dalla condotta delle parti è desumibile un nuovo accordo, quanto meno tacito: non è difficile immaginarlo nei casi di accettazione dell'adempimento pur dopo la risoluzione.

Vi sono casi, però, in cui un nuovo accordo deve escludersi: così nei contratti formali, in cui esso sarebbe soggetto a vincoli di forma. Eppure la soluzione giurisprudenziale sembra farsi portatrice di una pragmatica esigenza di semplificazione che non può essere stigmatizzata fino in fondo.

In sintesi: in molti casi, la contraddizione, nelle risoluzioni stragiudiziali, mantiene in vita il contratto. Ciò rende conto della complessità delle fattispecie che possono essere sussunte nell'espressione «comportamento contraddittorio»: una categoria che si presta a ricomprendere condotte che privano di effetti il contratto e altre di senso diametralmente opposto.

Alla base delle scelte giurisprudenziali giace una pragmatica valorizzazione degli interessi concreti, cui non può che guardarsi con interesse.

Altro sono le concettualizzazioni giuridiche utilizzate dalla giurisprudenza per giustificare tali soluzioni, quale la «rinunciabilità degli effetti risolutivi», sulla cui infondatezza è appena il caso di soffermarsi per alcune conclusioni sintetiche.

6.2. *Il falso problema della rinuncia agli effetti risolutivi: un espediente argomentativo errato per soluzioni (quasi sempre) opportune.*

Nel loro intervento nomofilattico, come detto, le Sezioni Unite hanno preso una netta posizione sull'inammissibilità della c.d. «rinunciabilità agli effetti risolutivi», fondando la loro motivazione, essenzialmente, sulla potenziale lesione dell'affidamento della parte inadempiente che sarebbe prodotta dalla disposizione unilaterale del rapporto da parte dell'altro contraente.

La motivazione accoglie la principale preoccupazione espressa, nel corso dei decenni, della dottrina²³⁴.

Al termine della ricognizione casistica condotta, si possono trarre alcune sintetiche valutazioni sulla «rinunciabilità agli effetti della risoluzione», spesso incontrata tra le motivazioni delle pronunce, a partire da un'osservazione di fondo: l'espressione non definisce un istituto giuridico, ma è piuttosto un espediente argomentativo con il quale la giurisprudenza legittima la parte che si è avvalsa di una forma di risoluzione di diritto a tornare sui suoi passi. E ciò tramite diversi istituti giuridici: l'accettazione dell'adempimento tardivo, la proroga di un termine già scaduto e così via.

Sembrano poi condivisibili le osservazioni pressoché unanimi della dottrina, secondo cui:

(i) non è possibile — ed è insensato sul piano logico, prima che inammissibile su quello giuridico — una rinuncia che involga degli effetti, senza investire il titolo da cui gli effetti derivano, sicché l'espressione non può ritenersi dogmaticamente esatta²³⁵;

(ii) la facoltatività del rimedio risolutivo e la sua disponibilità preventiva da parte del contraente nel cui interesse essa è posta non legittimano l'unilaterale ripristino del vincolo negoziale: la parte può decidere se avvalersi o meno della risoluzione, ma non può ricostituire unilateralmente il contratto. A tal fine sarà necessario un nuovo accordo²³⁶;

²³⁴ Già C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla disponibilità*, cit., 453.

²³⁵ M. PROTO, *Accordi sul termine*, cit., 906 s.; U. CARNEVALI, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1049.

²³⁶ Chiaramente D. CARUSI, *Clausola risolutiva espressa e rinuncia*, cit., 143 s. «è unicamente un accordo a poter rimuovere gli effetti della risoluzione». R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 663

(iii) la domanda di adempimento non può essere proposta dopo la risoluzione di diritto del contratto. Ne è sicuramente un indice sistematico la preclusione di cui al secondo comma dell'art. 1453 cod. civ., ma, alla radice, vi è una ragione dogmatica di fondo: non può pretendersi l'esecuzione di un contratto già sciolto.

Devono dunque accogliersi tutte le critiche della dottrina alla *ratio decidendi* lungamente tramandata dalla giurisprudenza, ma giova ripetere, concordemente con la dottrina più attenta, che

(iv) nell'indagine svolta, solo in due casi isolati ²³⁷ la «rinuncia agli effetti risolutivi» ha consentito alla giurisprudenza di accogliere una domanda di adempimento proposta dopo la risoluzione del contratto. Negli altri casi, l'espressione ha prestato il fianco a soluzioni dogmaticamente non ineccepibili ma che mostrano un apprezzabile pragmatismo ²³⁸.

In conclusione, se da un lato trova piena conferma l'estraneità al nostro ordinamento della rinunciabilità agli effetti risolutivi, occorre sottolineare che il problema sollevato dai *dicta* giurisprudenziali si è mostrato più apparente che reale. La reiterazione di una regola così erroneamente formulata, tuttavia, ha forse distolto gli interpreti da questioni operativamente e dogmaticamente più impegnative.

6.3. Una questione rilevante e poco studiata: la rilevabilità d'ufficio dell'avvenuta risoluzione di diritto.

Se la «rinunciabilità agli effetti risolutivi» è la tematica che, per le ragioni esposte, è stata al centro di un dibattito piuttosto astratto e sterile, una questione di fondo, dalle rilevanti conseguenze operative, sembra non aver goduto dell'opportuno risalto: la rilevabilità d'ufficio dell'avvenuta risoluzione di diritto, questione cui, nel corso dell'indagine sin qui condotta, si è talvolta accennato.

L'orientamento giurisprudenziale maggioritario, del quale la dottrina sembra limitarsi, il più delle volte, a prendere atto ²³⁹, pur espresso da pronunce risalenti,

parla, espressamente, di un «errore logico evidente» della giurisprudenza che «tratta la risoluzione di diritto come un vantaggio unilaterale conseguito dal creditore offeso e quindi da lui liberamente disponibile».

²³⁷ Cass., 23315/2007, cit., cfr. *supra*, par. 2.3.1.2 e Trib. Nuoro, 22 aprile 2016, cit., cfr. *supra*, par. 4.3.4.

²³⁸ D. CARUSI, *Clausola risolutiva espressa e rinuncia*, cit., 142; e, da ultimo, M. DELLACASA, *Il creditore può rinunciare*, cit., 23 e *passim*.

²³⁹ M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *La risoluzione*, in *Il contratto in generale*, VIII, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2011, 139; P. GALLO, *Trattato del contratto*, III, cit., 2160; con perplessità per il caso in cui il giudizio sia stato incardinato dalla parte che ha

ritiene che la risoluzione di diritto possa essere accertata dal giudice solo su espressa domanda della parte nel cui interesse è posto il rimedio e che il giudice non possa accertare d'ufficio la risoluzione ²⁴⁰.

Questa soluzione, presa alla lettera, può condurre a conseguenze indesiderate, di fatto analoghe a quelle censurate con riguardo alla «rinunciabilità agli effetti risolutivi»: la parte che abbia provocato la risoluzione del contratto potrebbe agire per l'adempimento e la controparte non potrebbe eccepire l'avvenuta risoluzione né il giudice potrebbe rilevarla d'ufficio.

Non mancano voci critiche, in dottrina e giurisprudenza, pur minoritarie ²⁴¹, che muovono dai seguenti argomenti: (i) la risoluzione di diritto compromette sul piano obiettivo l'attuazione del contratto e non è dunque collegata all'interesse di una delle parti ²⁴²; (ii) nel momento in cui il giudice è chiamato a pronunciarsi su un contratto — qualunque sia l'azione esperita — deve, da un punto di vista prima ancora logico che giuridico, conoscere dell'idoneità del titolo a produrre effetti ²⁴³.

Sul punto sembrano necessarie alcune precisazioni.

Non si dubita, anzitutto, che la risolubilità del contratto non sia rilevabile d'ufficio ²⁴⁴, per effetto della potestatività della risoluzione per inadempimento ²⁴⁵. È dunque pacifico che il giudice non possa, di propria iniziativa, rilevare i presupposti per la dichiarazione della risoluzione del contratto.

Quando, invece, la risoluzione si sia già prodotta, occorre verificare la sua deducibilità in giudizio alla luce del principio della domanda *ex art. 112 cod. proc. civ.*

risolto il contratto per domandare l'adempimento, R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 664 s.

²⁴⁰ Cass., 31 maggio 1971, n. 1637, in *Foro it.*, 1971, 2973 s.; Cass., 14 novembre 1979, n. 5919, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, 2613 s.; Cass., 9 maggio 1980, n. 3052, in *Mass. Foro it.*, 1980, 606; Cass., 18 maggio 1987, n. 4535, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, 1290 s. Non sembrano riguardare il nostro tema quelle pronunce che escludono la pronunciabilità d'ufficio della risoluzione allorché si sia verificato l'inadempimento integrante la previsione di una clausola risolutiva espressa, ma la parte non inadempiente non abbia dichiarato di volersi avvalere della clausola (*ex multis*, Cass., 1 agosto 2007, n. 16993, in *De Jure*): in questo caso la pronuncia d'ufficio è preclusa perché non vi è stata la risoluzione, che si produce con la dichiarazione del creditore.

²⁴¹ In giurisprudenza: Cass., 7 giugno 1988, n. 3880, in *De Jure*; in tema di risoluzione del contratto di assicurazione *ex art. 1901, comma 3, cod. civ.*, Cass., 12 gennaio 2007, n. 494, *ivi*. In dottrina: M. COSTANZA, *sub art. 1454*, cit., 447 s.; EAD., *sub art. 1457*, cit., 101 s.; L. PASCUCCI, *Ritirazione della volontà risolutoria*, cit., 267 ss.; M. PROTO, *Accordi sul termine*, cit., 910, *sub nota* 66.

²⁴² M. COSTANZA, *sub art. 1457*, cit., 102.

²⁴³ M. PROTO, *Accordi sul termine*, cit., 910, *sub nota* 66.

²⁴⁴ G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 417.

²⁴⁵ Per tutti G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: le fattispecie*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi-2*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 8.

Ebbene, ancora di recente la dottrina processualistica ricorda il persistente dibattito tra chi ritiene che la rilevabilità d'ufficio dei fatti estintivi, modificativi e impeditivi del diritto sia la regola generale e chi invece ritiene rilevabili a sola istanza di parte tutti quei fatti estintivi, modificativi o impeditivi che richiedono la manifestazione di volontà della parte ²⁴⁶.

Ora, la risoluzione giudiziale richiede certamente non solo la manifestazione di volontà della parte, ma una domanda riconvenzionale per essere fatta valere. Allo stesso modo, non si dubita che l'eccezione di inadempimento sia un'eccezione in senso stretto ²⁴⁷, perché sta alla parte che può valersene scegliere di non eseguire la prestazione deducendo l'inadempimento avversario.

Diversamente, nelle risoluzioni di diritto la manifestazione di volontà della parte vi sarebbe stata prima del processo e avrebbe integrato, appunto, la già maturata fattispecie estintiva.

Si può guardare al problema, però, anche da un punto di vista funzionale e, allo scopo, distinguere almeno due serie di fattispecie.

Se, difatti, è la parte inadempiente ad agire in giudizio per domandare l'esecuzione di un contratto già risolto, ben potrebbe essere che la controparte, che, ad esempio, si sia avvalsa di una clausola risolutiva espressa, ometta di eccepire l'avvenuta risoluzione del contratto. Può il giudice accertare d'ufficio l'avvenuta risoluzione? E con quale efficacia?

Il caso può essere accostato a quello in cui sia convenuta in giudizio la parte nel cui interesse sia posta una condizione risolutiva: la giurisprudenza ritiene che l'eccezione di avveramento della condizione corrisponda all'esercizio di un diritto potestativo e sia dunque un'eccezione in senso stretto ²⁴⁸.

Le Sezioni Unite, che si sono espresse sul rilievo ufficioso della nullità — patologia la cui rilevabilità d'ufficio è espressamente prevista dalla legge —, distinguono tra rilievo, sempre necessario e che conduce al rigetto della domanda, e

²⁴⁶ A. CARRATTA, *sub* art. 112 cod. proc. civ., in A. CARRATTA – M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice. Art. 112-120* 216 ss., in *Comm. Chiarloni*, Bologna-Roma, 2011, 216 ss.

²⁴⁷ Da ultimo, I. PAGNI, *La risoluzione del contratto tra azione ed eccezione: ancora sulla natura dichiarativa della sentenza che pronuncia sulla risoluzione*, in C. CONSOLO – I. PAGNI – S. PAGLIANTINI – V. ROPPO – M. MAUGERI (a cura di), *La risoluzione per inadempimento*, cit., 79.

²⁴⁸ Cass., 31 luglio 17474, in *De Jure*. Cfr. anche, pur relativamente a una fattispecie più complessa, Cass., 21 novembre 2016, n. 23667, *ivi*.

pronuncia con efficacia di giudicato sulla nullità, che, salvo domanda di parte, è da ritenersi facoltativa ²⁴⁹.

Una diversa fattispecie è quella nella quale la parte che si sia avvalsa della risoluzione stragiudiziale convenga l'altra per l'adempimento. La risoluzione non è certamente posta nell'interesse della controparte; non sembra esservi però ragione perché questa non possa eccepire l'avvenuta risoluzione del contratto e perché il giudice non possa rilevarla d'ufficio ²⁵⁰. E difatti la stessa giurisprudenza, quando è stata chiamata a pronunciarsi sulla domanda *ex art. 2932 cod. civ.* proposta dal contraente che aveva risolto il contratto ha ritenuto rilevabile d'ufficio l'avvenuta risoluzione.

Sembra imporsi, insomma, un raccordo tra le considerazioni sinora svolte dal punto di vista sostanziale e il processo, affinché i reali interessi sottesi alle singole fattispecie non siano pregiudicati da massime risalenti e lette fuori dal contesto in cui furono pronunciate.

²⁴⁹ Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242, *ex plurimis* in *Giur. it.*, 2015, 70 ss., con nota di I. PAGNI, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*.

²⁵⁰ U. CARNEVALI, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1049: «qualora il contraente risolvente, dichiarando di rinunciare agli effetti risolutivi (quale che sia stato il tipo di risoluzione), intimi all'altro contraente di adempiere e lo citi in giudizio, quest'ultimo potrà opporre l'eccezione di avvenuta risoluzione del contratto».

CAPITOLO III

GIUDIZIALITÀ E STRAGIUDIZIALITÀ DELLA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO: IL RUOLO DEL COMPORTAMENTO CONTRADDITTORIO

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Contraddizione e conservazione del contratto. — 2.1. Il modello della tolleranza. — 2.2. Risoluzione parziale e «selettiva»: spazio per una nuova *exceptio doli*? — 2.2.1. La risoluzione parziale: rilevanza dell'accettazione parziale e del contemperamento degli interessi delle parti. — 2.2.2. Risoluzione di singoli ordini di investimento e buona fede. — 2.3. Considerazioni di sintesi su contraddizione e conservazione del vincolo contrattuale. — 3. Divieto di contraddizione e atto unilaterale di risoluzione del contratto: le prime tesi favorevoli alla risoluzione stragiudiziale atipica. — 4. L'ampliamento della risoluzione per atto stragiudiziale: una figura generale. — 4.1. Le tesi. — 4.1.1. Dall'eccezione di risoluzione all'atto unilaterale di risoluzione. — 4.1.2. Risoluzione e necessità di ricorso al processo. — 4.1.3. I termini del dibattito attuale nel contesto europeo. — 4.2. I due modelli di riferimento: il recesso per inadempimento tedesco e la *résolution par notification* del *Code civil* riformato. — 4.2.1. Il modello tedesco e le forme speciali di recesso per inadempimento nell'ordinamento italiano. — 4.2.2. L'introduzione della *résolution unilatérale* nel *Code civil*: un istituto molto simile alla diffida ad adempiere? — 4.2.2.1 La riforma. — 4.2.2.2. Osservazioni critiche in relazione al diritto italiano. — 5. Le critiche alla proposta dell'atto stragiudiziale atipico di risoluzione. — 6. Il comportamento contraddittorio come legame tra giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento. — 6.1. Certezza dei rapporti giuridici e dimensione bilaterale della risoluzione per inadempimento. — 6.2. I due modelli, generali e alternativi, di risoluzione per inadempimento: risoluzione giudiziale e diffida ad adempiere. Il ruolo del comportamento contraddittorio. — 6.2.1. Il comportamento contraddittorio nella risoluzione giudiziale. Il superamento dell'aporia dei «contratti morti». — 6.2.2. La diffida ad adempiere come modello generale di risoluzione stragiudiziale. Rapporto con il comportamento contraddittorio. — 7. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

La contraddizione, nell'ampio significato in cui è intesa nel presente studio, sembrerebbe operare in due direzioni tra loro opposte. Nel campo della risoluzione giudiziale, la contraddizione sarebbe quella, inammissibile, della parte che ha domandato la risoluzione ma pretende, in un momento successivo, l'adempimento. Il divieto di contraddizione, in questo caso, tenderebbe a rendere inazionabile il

contratto, contribuendo, nei fatti, al suo scioglimento. Nelle risoluzioni stragiudiziali la contraddizione è invece, solitamente, un argomento nelle mani della parte inadempiente, la quale può giovarsi di una condotta del creditore contrastante con la risoluzione di diritto da questi già ottenuta per far valere la perdurante efficacia del contratto.

Tra le diverse prospettive sembra esservi, però, un legame: a ben vedere, l'efficacia o l'inefficacia del contratto, la legittimità o meno dell'invocazione di un rimedio non dipendono, esclusivamente, dalla condotta di una parte. La preclusione dell'azione di adempimento per il creditore che abbia agito, senza successo, per la risoluzione giudiziale, opera, si è detto, in relazione alle difese della parte inadempiente. L'ammissibilità dell'azione di adempimento dell'offerta della prestazione da parte del contraente inadempiente con riguardo a un contratto già risolto di diritto riposa sulla condotta tenuta dalla controparte.

L'impressione è che sotto il *nomen*, programmaticamente poco circoscritto, di «comportamento contraddittorio» giacciono regole operative radicate che interagiscono con la struttura codicistica dei rimedi risolutivi, temperandone alcune inevitabili rigidità normative in favore di una maggiore valorizzazione delle condotte e degli interessi concreti delle parti.

Ecco la ragione per la quale lo studio del comportamento contraddittorio nella risoluzione per inadempimento entra in relazione con il dibattito, quanto mai attuale, intorno alla giudizialità e alla stragiudizialità della risoluzione. Un dibattito, in estrema sintesi, tra gli studiosi che ammettono la configurabilità di un atto stragiudiziale atipico, di portata generale, di risoluzione per inadempimento e coloro i quali, invece, rimangono fedeli alla tradizionale regola della risoluzione giudiziale del contratto, *ex art. 1453 cod. civ.*, salvi i casi di risoluzione di diritto espressamente previsti.

Giova dire, sin da subito, che entrambe le prospettive meritano di essere reciprocamente integrate. Così, la tesi tradizionale deve, quanto meno, essere riletta alla luce dell'acquisita consapevolezza del fatto che le risoluzioni di diritto non sono eccezioni a una regola, ma rimedi dotati di un autonomo campo di applicazione, che può avere anche portata generale. La tesi della stragiudizialità deve confrontarsi, invece, con il sistema codificato: è difatti necessario distinguere quali siano gli argomenti strettamente giuridici a favore della tesi dell'atto stragiudiziale atipico di

risoluzione e quali, invece, rimangano ragioni di opportunità più adeguate a una prospettiva *de iure condendo*.

Lo studio del comportamento contraddittorio sembra avere un pregio, dal punto di vista metodologico: è un approccio che valorizza il fatto, la reale relazione tra le parti, ma, al tempo stesso, mantiene il discorso su un piano giuridico, perché raccoglie regole, espresse o occulte, concretamente applicate.

Tanto premesso, nelle pagine che seguono si cercherà di mettere in luce la bidirezionalità del comportamento contraddittorio nelle risoluzioni per inadempimento: verso la conservazione e verso lo scioglimento del contratto. Lo scopo è quello di verificare se, al di sotto della dicotomia tra giudizialità e stragiudizialità della risoluzione, esistano già, nel nostro ordinamento, regole operative che completino il sistema legale.

2. *Contraddizione e conservazione del contratto.*

2.1. *Il modello della tolleranza.*

Nel capitolo precedente si è osservato come nel campo delle risoluzioni di diritto la contraddizione del creditore gli impedisca di risolvere il contratto: una seconda diffida ad adempiere, inviata anche dopo la scadenza del termine intimato con la prima diffida, conduce al rigetto della domanda di accertamento della risoluzione provocata dalla prima diffida; l'accettazione dell'adempimento dopo lo spirare dello *spatium deliberandi* preclude al creditore di far valere la risoluzione per decorso del termine essenziale, e così via.

Ci troviamo di fronte a tante regole operative con le quali la giurisprudenza risolve pragmaticamente singole fattispecie. Si è già detto ampiamente che, però, la *ratio decidendi* che si trova spesso esplicitata nelle decisioni, ossia la «rinuncia all'effetto risolutivo», è un espediente non convincente.

Vi è, allora, una categoria, una regola generale cui ricondurre le molte soluzioni, tra loro simili, che si sono esaminate?

Uno spunto significativo può provenire dalla categoria della tolleranza ¹, cui si è fatto un rapido cenno in precedenza ². Occorre muovere, appunto, da una consapevolezza acquisita in quella sede: istituti e argomenti come la tolleranza, la *Verwirkung*, il divieto di contraddizione si distinguono dalla rinuncia e, in particolare, dalla rinuncia tacita, perché producono un effetto preclusivo dell'esercizio di un diritto in contrasto con la — o a prescindere dalla — volontà del suo titolare, mentre la rinuncia, ancorché tacita, in quanto atto negoziale, produce effetti conformi alla volontà del rinunciante ³.

Si è fatto riferimento anche al fatto che la tolleranza, così come alcune soluzioni giurisprudenziali riconducibili al divieto di contraddizione, ha la funzione di paralizzare una determinata azione o di impedire la produzione degli effetti di un certo atto. Istituti e argomenti di questo genere ben possono essere accostati, pertanto, sia al divieto di pretendere l'adempimento per il creditore che abbia domandato la risoluzione, preclusione che tende alla distruzione del contratto, sia alle ragioni di infondatezza della domanda di accertamento della risoluzione del contraente che abbia manifestato la volontà di tenere in piedi il contratto, infondatezza che comporta, invece, la conservazione del contratto. Si tratta, perciò, di regole che possono operare in modo bidirezionale, accompagnando sia lo scioglimento del contratto sia la sua manutenzione.

La tolleranza costituisce un modello particolarmente utile perché è da tempo parte del lessico legislativo e degli interpreti, sicché il suo impiego risponde a schemi

¹ In termini generali: U. BISEGNA, voce *Tolleranza (atti di)*, in *Nov. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 400 ss.; P. GALLO, *I contratti. Le promesse unilaterali. L'apparenza*, Torino, 2017, 609 ss.; S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978; ID., voce *Tolleranza (atti di)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 701 ss.; R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Tratt. Sacco*, Assago, 2005, 412 ss.; ID., in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Tratt. Sacco*, III ed., Torino, 2004, 91 ss.; R. SACCO – R. CATERINA, *Il possesso*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, III ed., Milano 2000, 162 ss.; G. SICCHIERO, voce *Tolleranza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 371 ss. Con specifico riguardo alla tolleranza dell'adempimento inesatto o tardivo, V. TEDESCHI, *L'acquiescenza del creditore alla prestazione inesatta*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, II, Torino, 1960, 1579 ss.; U. CARNEVALI, *sub art.* 1453, in A. LUMINOSO – U. CARNEVALI – M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 1, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 1990, 111 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, II ed., Milano, 2011, 896 ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2007, *sub art.* 1453, 487 ss.

² *Supra*, cap. I, sez. II, par. 5.1.

³ S. PATTI, *Profili della tolleranza*, cit., 56; G. SICCHIERO, voce *Tolleranza*, cit., 378, secondo il quale la differenza tra tolleranza e rinuncia tacita si misura, pertanto, sia sotto il profilo strutturale sia sotto il profilo degli effetti: «la tolleranza [...] differisce dalla rinuncia, la quale assume natura di atto giuridico ed implica la dismissione del diritto».

consolidati e verificabili. Diverso il discorso per il divieto di *venire contra factum proprium*, come detto raramente esplicitato nelle pronunce giurisprudenziali, o per la *Verwirkung*, istituto di diritto tedesco la cui trasponibilità nel nostro ordinamento non è certo scontata.

Veniamo, dunque, alla struttura e agli effetti della tolleranza, per come individuati dagli interpreti.

La tolleranza è ritenuta, anzitutto, un fatto umano: un comportamento, secondo la terminologia adottata nel presente lavoro ⁴. Ne è esclusa la natura di atto giuridico e, a maggior ragione, di negozio ⁵.

La dottrina distingue due accezioni del termine ⁶. La prima è quella dell'art. 1144 cod. civ., secondo il quale gli atti compiuti con l'altrui tolleranza non possono servire per l'acquisto del possesso. In questa accezione, particolarmente aderente alle vicende dei diritti reali, la tolleranza ha il significato di *scientia e patientia* e può essere accostata alla scriminante del consenso del titolare del diritto ⁷. Vi è, nella tolleranza di cui all'art. 1144 cod. civ., un elemento volontaristico significativo: il titolare del diritto percepisce l'intrusione altrui, ma non reagisce, implicitamente consentendovi. Evidentemente, questi non abdica al suo diritto per ciò stesso, perché, anzi, rientra tra le prerogative del proprietario la facoltà di far fruire altri delle utilità del bene. Si spiega, così, che i fatti posti in essere con la tolleranza dell'avente diritto non concorrano a integrare l'acquisto del possesso.

In una seconda accezione, rilevante nel campo dei rapporti obbligatori, il termine coinciderebbe con l'acquiescenza ⁸ e indicherebbe «una valutazione oggettiva dell'ordinamento in relazione a taluni *comportamenti* che, sebbene concretizzino un ritardo, un inadempimento, un comportamento altrimenti antiggiuridico, non

⁴ V. per tutti, molto chiaramente, S. PATTI, voce *Tolleranza*, cit., 713 s.: «mentre l'atto è sinonimo di azione, nel caso in esame rileva un atteggiamento. Mentre l'atto è sinonimo di azione, la situazione di tolleranza è caratterizzata da un atteggiamento di inazione, di non intervento. [...] In altri termini, non si deve qualificare la tolleranza come atto giuridico in senso stretto o atto negoziale perché non esistono nella realtà atti di tolleranza rilevanti come atti giuridici. Esiste invece la tolleranza, cioè un atteggiamento del titolare del diritto che ha un preciso ed autonomo significato sociale. L'atteggiamento di tolleranza presenta il tratto peculiare della sopportazione e della mancata reazione del titolare di fronte all'azione lesiva del terzo».

⁵ In ciò risiede la differenza strutturale con la rinuncia tacita, su cui *supra*, *sub* nota 3.

⁶ *Contra* S. PATTI, voce *Tolleranza*, cit., 713, secondo il quale la tolleranza costituisce una categoria unitaria, che raggruppa fattispecie con uguali effetti: «può dirsi che gli effetti della tolleranza, pur non essendo identici nelle varie ipotesi, sono sempre sfavorevoli al tollerante». La distinzione di diverse accezioni del termine può comunque essere utile dal punto di vista descrittivo ed è perciò riportata nel testo.

⁷ G. SICCHIERO, voce *Tolleranza*, cit., 372; R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 412.

⁸ R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 413.

consentono al soggetto passivo un'immediata reazione, siccome valutati dalla legge secondo l'id quod plerumque accidit appunto per imporne l'accettazione»⁹.

Questa definizione rende chiaro, con immediatezza, che il comportamento tollerante, obiettivamente considerato, assume rilievo per effetto di regole giuridiche che gli attribuiscono un preciso significato. La condotta esteriore del soggetto tollerante o che presta acquiescenza può essere, difatti, di mero silenzio o inerzia¹⁰. Se però il silenzio è serbato di fronte a un adempimento inesatto o tardivo della controparte ed è magari accompagnato da un comportamento che assume, nella coscienza sociale, il valore di accettazione della prestazione imperfetta, questo silenzio, circostanziato¹¹, può fare insorgere, nella controparte, l'affidamento sul fatto che il creditore non protesterà, in seguito, per gli inadempimenti già maturati.

La regola giuridica che dà senso a quel silenzio e impedisce la reazione tardiva del titolare del diritto è individuata nel principio di buona fede, spesso *sub specie* di divieto, non espresso, di *venire contra factum proprium*¹². È contrario a buona fede, perché contraddittorio e lesivo dell'affidamento della controparte, il comportamento del creditore che prima accetta — o sembra accettare — la prestazione inesatta e poi domanda la risoluzione.

La dottrina, per la verità, si sforza di trattare su piani separati la tolleranza e il divieto di contraddizione¹³, ma la differenza, sul piano funzionale, è piuttosto sfumata¹⁴: quest'ultimo altro non sembra se non la *ratio*, la regola non espressa che giustifica gli effetti della tolleranza.

⁹ G. SICCHIERO, voce *Tolleranza*, cit., 372, corsivo aggiunto.

¹⁰ La differenza tra inerzia e tolleranza, nel campo dei diritti di credito, non sembra difatti risiedere nella condotta materiale, quanto nel contesto in cui la condotta di accettazione o sopportazione è tenuta, tale da determinare un affidamento della controparte.

¹¹ Su cui R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., spec. 303 ss. Il comportamento tollerante è contraddistinto inoltre, secondo la dottrina, da esteriorità, spontaneità e contestualità (G. SICCHIERO, voce *Tolleranza*, cit., 373). Quest'ultimo requisito, come detto nel testo, deve essere relativizzato nel campo dei diritti di credito, in cui la tolleranza coincide con un'accettazione, *ex post*, della prestazione inesatta.

¹² S. PATTI, voce *Tolleranza*, cit., 706 riconduce chiaramente gli effetti della tolleranza al principio di buona fede. Sul divieto di contraddizione si veda, per riferimenti, *supra*, cap. I, sez. II, par. 5.3.

¹³ Nel contesto di un discorso sulla tolleranza dell'inadempimento, sembra suggerire un accostamento tra divieto di contraddizione e rinuncia tacita G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 490; una trattazione separata del divieto di *venire contra factum proprium* e della tolleranza si ritrova in P. GALLO, *I contratti*, cit., 611 ss. Sembra esservi, tra le pagine della dottrina, la consapevolezza di una differenza tra il divieto di contraddizione e la tolleranza, che però non trova compiuta formalizzazione. La soluzione proposta nel testo, mutuata da altra dottrina, è che il divieto di contraddizione integri la *ratio*, la regola giuridica implicita su cui si fondano gli effetti della tolleranza.

¹⁴ E difatti P. GALLO, *I contratti*, cit., 613 s., nel paragrafo dedicato alle applicazioni del divieto di *venire contra factum proprium* nel nostro ordinamento, riconosce che «in assenza di una specifica disciplina

La riconduzione della tolleranza ai principi della buona fede e del divieto di contraddizione dà conto anche della flessibilità dell'applicazione della regola: un'applicazione da valutare caso per caso, contemperando il significato di atti e comportamenti di entrambe le parti¹⁵. L'operatività del modello della tolleranza si coglie pertanto nell'analisi della decisione dei casi concreti, come sinora si è provato a fare: talvolta la giurisprudenza, nelle motivazioni, non si serve espressamente del concetto di tolleranza o del divieto di contraddizione, ma raggiunge soluzioni conformi al modello. Attenta dottrina avverte, di conseguenza, che «le massime giurisprudenziali tendono a ridurre l'impatto della tolleranza nella vita delle relazioni giuridiche»¹⁶, impatto che, però, va oltre i *dicta* espliciti¹⁷.

Con questa consapevolezza, veniamo ora all'utilizzo che della tolleranza è fatto nel campo dei rapporti obbligatori. Precisa la citata dottrina che, in questo ambito, l'acquiescenza «opera come una tolleranza concessa ex post»¹⁸: non è, dunque, consenso tacito manifestato nel momento della violazione, ma accettazione di una prestazione difforme da quella dovuta¹⁹. Rilevano qui, in particolare, le ipotesi in cui la condotta tollerante del creditore gli impedisce di servirsi, successivamente, della risoluzione.

In proposito, la giurisprudenza ritiene, a certe condizioni, precluso il rimedio risolutorio al contraente che abbia prestato acquiescenza all'adempimento inesatto o

legislativa, numerose sono le applicazioni giurisprudenziali, ancorché la giurisprudenza preferisca parlare in termini di acquiescenza, rinuncia e tolleranza. Lo si vede per esempio in materia di inadempimento; è infatti risaputo che l'acquiescenza mostrata dal creditore può precludergli la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto».

¹⁵ Espressamente V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 897.

¹⁶ R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 412.

¹⁷ Del resto, la medesima dottrina afferma, in altra sede, che «la giurisprudenza è [...] larghissima nell'ammettere la rilevanza del silenzio come mancata opposizione all'altrui comportamento di inadempienza» (R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., 93).

¹⁸ R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 415.

¹⁹ Nel campo dei diritti di credito, si trovano sovente riferimenti alla «tolleranza» in pronunce che si riferiscono a un «termine di tolleranza» che il creditore dovrebbe concedere al debitore. Si tratta di un criterio attraverso il quale la giurisprudenza valuta la gravità dell'inadempimento e non è quindi rilevante in questa sede. Sul punto v. S. PATTI, voce *Tolleranza*, cit., 708. La massima consolidata è la seguente: «L'inosservanza di un termine non essenziale previsto dalle parti per la esecuzione di un'obbligazione, pur impedendo, in mancanza di una diffida ad adempiere, la risoluzione di diritto ai sensi dell'art. 1457 c.c., non esclude la risolubilità del contratto, a norma dell'art. 1453 c.c., se si traduce in un inadempimento di non scarsa importanza, ossia se il ritardo superi ogni ragionevole limite di tolleranza; il relativo accertamento costituisce apprezzamento discrezionale del giudice di merito, che deve essere condotto in relazione all'oggetto ed alla natura del contratto, al comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla conclusione del contratto, ed al persistente interesse dell'altro contraente alla prestazione dopo un certo tempo» (Cass., 4 marzo 2016, n. 4314, in *Pluris*).

tardivo della controparte. La conclusione è raggiunta attraverso l'elemento normativo dell'importanza dell'inadempimento di cui all'art. 1455 cod. civ.: l'inadempimento tollerato sarebbe un inadempimento di scarsa importanza e non potrebbe dare luogo alla risoluzione *ex art.* 1453 cod. civ.²⁰.

Osserva la dottrina che ricondurre la tolleranza del creditore alla valutazione dell'importanza dell'inadempimento, presupposto del solo rimedio risolutorio e non della domanda di adempimento e del risarcimento del danno, permette alla giurisprudenza di accogliere queste due domande e di respingere solo la prima²¹. È forse appena il caso di osservare, tuttavia, che anche un inadempimento grave può essere tollerato, per ragioni diverse, quali un preciso interesse meritevole del creditore, il quale, ad esempio, preferisce prestare acquiescenza a una grave violazione di un contratto piuttosto che mettere a rischio più rapporti negoziali con la medesima controparte, o, viceversa, uno squilibrio tra le parti, che induca il creditore ad accettare la prestazione nonostante il grave inadempimento.

Da massime di questo genere si possono trarre due conseguenze interessanti. La prima, di carattere generale, è che l'inadempimento tollerato rimane pur sempre un inadempimento²²: in questo senso è corretto ritenere che la tolleranza non faccia sorgere un diritto della controparte né estingua un diritto del tollerante²³, ma «sospen[de] [l']applicazione dei rimedi contro l'inadempimento»²⁴ e, segnatamente, della risoluzione.

²⁰ La massima che si rinviene, pur con diverse sfumature, è la seguente: «In tema di risoluzione per inadempimento, il giudice, per valutarne la gravità, deve tener conto di un criterio oggettivo, avuto riguardo all'interesse del creditore all'adempimento della prestazione attraverso la verifica che l'inadempimento abbia inciso in misura apprezzabile nell'economia complessiva del rapporto (in astratto, per la sua entità, e, in concreto, in relazione al pregiudizio effettivamente causato all'altro contraente), sì da dar luogo a uno squilibrio sensibile del sinallagma contrattuale, nonché di eventuali elementi di carattere soggettivo, consistenti nel comportamento di entrambe le parti (come un atteggiamento incolpevole o una tempestiva riparazione, a opera dell'una, un reciproco inadempimento o una protratta tolleranza dell'altra), che possano, in relazione alla particolarità del caso, attenuarne l'intensità» (Cass., 5 marzo 2019, n. 6364, in *De Jure*). Cfr., tra le più recenti, Cass., 22 ottobre 2014, n. 22346, *ivi*; Cass., 11 ottobre 2013, n. 23148, *ivi*; Cass., 18 febbraio 2008, n. 3954, *ivi*; Cass., 28 marzo 2006, n. 7083, *ivi*.

²¹ U. CARNEVALI, *sub art.* 1453, cit., 111.

²² In questo senso, forse, non si può dire «giustificato», come sembra ritenere V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 897.

²³ G. SICCHIERO, voce *Tolleranza*, cit., 708. S. PATTI, voce *Tolleranza*, cit., 707 aggiunge che «la tolleranza non ha [...] l'effetto di modificare il rapporto obbligatorio o, in particolare, lo sforzo diligente richiesto al debitore».

²⁴ S. PATTI, voce *Tolleranza*, cit., 708.

La seconda, più vicina alle esigenze della presente indagine, è che la tolleranza si dimostra un modello prezioso, perché incide esattamente sull'efficacia del contratto, mantenendo vincolante un negozio che una parte intenderebbe risolvere per l'inadempimento dell'altra.

Sin qui la tolleranza sembrerebbe precludere iniziative che riguardano un inadempimento passato, senza pregiudicare iniziative contro inadempimenti futuri.

Le regole operative si spingono però anche oltre, in alcuni casi. Si è già visto come possa essere preclusa la dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa da parte del contraente che abbia tollerato l'inadempimento altrui²⁵. La giurisprudenza precisa che la tolleranza non produce effetti irreversibili²⁶, giacché il creditore può sempre richiamare il debitore all'esatto o puntuale adempimento, rendendo nuovamente operativa la clausola risolutiva espressa²⁷. La portata della massima può apprezzarsi se si ricorda che, in numerosi casi, essa trova applicazione nella fattispecie del pagamento tardivo dei canoni di locazione. Ebbene, se la tolleranza dei precedenti ritardi rende inoperante la clausola risolutiva è perché la controparte può legittimamente confidare che i successivi ritardi saranno tollerati allo stesso modo²⁸. La dottrina ne ricava la regola secondo cui la tolleranza, nei rapporti a esecuzione continuata o periodica, preclude la risoluzione anche per i ritardi futuri, sino a una diversa manifestazione di volontà del creditore²⁹.

Alcune voci autorevoli si spingono oltre, sino ad affermare che «l'affidamento del debitore [...] può legittimamente determinarsi soltanto quando l'atteggiamento del

²⁵ *Supra*, cap. II, par. 3.2.2. Cfr., *ex multis*, Cass., 6 giugno 2018, n. 14508, in *De Jure*; Cass., 27 settembre 2016, n. 18991, *ivi*; Cass., 31 ottobre 2013, n. 24564, *ivi*; Cass., 22 giugno 2006, n. 3867, *ivi*; Cass., 15 luglio 2005, n. 15026, *ivi*.

²⁶ Così anche R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 412.

²⁷ Con la precisazione che la rinnovata operatività della clausola risolutiva riguarderà gli inadempimenti futuri e non quelli già maturati e tollerati. Sul punto si veda la sintesi di M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *La risoluzione*, in *Il contratto in generale*, VIII**, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2011, 161: «la tolleranza abituale del creditore impedisce infatti che l'inadempimento del debitore conforme a ciò che è stato sempre consentito possa condurre alla risoluzione, perché crea nel secondo uno stato di buona fede incompatibile con la colpa ovvero vale come rinuncia del primo a pretendere l'osservanza del patto. Perché tale stato di buona fede e di impunità non si protragga ulteriormente occorre quindi una dichiarazione con la quale il creditore ponga fine, per il futuro, alla tolleranza sino a quel momento dimostrata».

²⁸ U. CARNEVALI, *sub art.* 1453, cit., 111 richiama l'attenzione sulla necessità di verificare caso per caso se la condotta del creditore rimanga entro i confini della tolleranza e produca, pertanto, un effetto preclusivo reversibile della risoluzione o se invece renda lecito il comportamento, modificando, tramite accordo tacito delle parti, il regolamento contrattuale.

²⁹ R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 415; S. PATTI, voce *Tolleranza*, cit., 709.

creditore fa prevedere che la tolleranza riguarderà anche le prestazioni successive»³⁰: così la fattispecie nota della tolleranza si tinge della *ratio* che ispira l'istituto della *Verwirkung* e si accosta, sotto alcuni aspetti, ad altre fattispecie dismissive del diritto.

Condotta questa rapida rassegna, ne risulta confermata l'impressione della dottrina secondo cui accanto all'uso espresso della tolleranza da parte della giurisprudenza vi siano notevoli applicazioni di regole operative non espresse riconducibili alla medesima *ratio* della tolleranza. Se ne è avuta una dimostrazione dalla casistica esaminata in tema di risoluzione di diritto: in molte circostanze il creditore pone in essere un comportamento — non necessariamente un atto negoziale e, comunque, mai un atto negoziale di rinuncia — che, dal punto di vista obiettivo, manifesta l'intenzione di dar corso al rapporto, nonostante l'inadempimento della controparte. L'affidamento ingenerato in quest'ultima preclude il rimedio risolutorio.

Non può ignorarsi una differenza rilevante tra buona parte della casistica esaminata in precedenza e le applicazioni della tolleranza nei rapporti obbligatori: nel capitolo precedente si sono illustrate molte fattispecie nelle quali la condotta contraddittoria del creditore si colloca in un momento successivo alla risoluzione del contratto. Il meccanismo sembra però il medesimo. Sarebbe oltremodo artificioso — per quanto forse dogmaticamente più accettabile — ritenere che la contraddizione faccia rivivere il contratto già sciolto. Sembra preferibile ritenere che la contraddizione precluda il definitivo utilizzo del rimedio risolutorio che, anche nelle risoluzioni di diritto, trova sede nell'accertamento giudiziale.

Con le debite precisazioni, si può pertanto concludere che il modello consolidato della tolleranza — più della *ratio* del divieto di *venire contra factum proprium*, raramente esplicitato nel diritto applicato — ben si presta ad abbracciare tutte queste fattispecie e a dare conto di come, in un notevole numero di circostanze, la contraddizione comporti la conservazione del vincolo contrattuale.

³⁰ ID., voce *Tolleranza*, cit., 707.

2.2. Risoluzione parziale e «selettiva»: spazio per una nuova *exceptio doli*?

2.2.1. La risoluzione parziale: rilevanza dell'accettazione parziale e del contemperamento degli interessi delle parti.

Spunti ulteriori di ricerca sulla preclusione dell'esercizio del rimedio risolutorio, con la conseguente permanenza del vincolo, possono rinvenirsi anche in un'altra direzione.

Vi sono casi nei quali è lo stesso contraente non inadempiente a limitare la sua domanda di risoluzione: ci troviamo nel campo della risoluzione parziale³¹. La parte che domanda la risoluzione parziale allo stesso tempo intende sciogliere una parte del contratto e mantenerne efficace un'altra.

La possibilità, per il creditore, di domandare la risoluzione parziale è ormai pacificamente ammessa da dottrina e giurisprudenza³². In caso di inadempimento parziale — si pensi alla consegna tempestiva di solo alcuni dei beni oggetto del contratto o alla consegna di una parte di beni conformi al dovuto e a un'altra parte di beni viziati — pertanto, si consente al creditore di mantenere in vita il contratto per la parte che è stata correttamente e tempestivamente adempiuta e di risolverlo per il resto.

Le resistenze iniziali della giurisprudenza e il preteso dogma dell'inscindibilità del contenuto del contratto³³ sono stati, ormai, superati³⁴. Sul piano delle scelte di *policy*, anzitutto, non consentire la risoluzione parziale porrebbe il creditore davanti a un'alternativa secca, ritenuta inefficiente e non rispondente agli interessi dei traffici commerciali³⁵, tra (i) mantenere in piedi l'intero contratto, rimanendo così obbligato al pagamento del corrispettivo e dovendo agire, fermo il diritto al risarcimento del danno, per ottenere l'esatto adempimento in un momento in cui potrebbe non avere

³¹ Su cui v. A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990 e inoltre C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, II ed., Milano, 2012, 328 s.; U. CARNEVALI, *Gli effetti della risoluzione*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *La risoluzione*, cit., 212 ss.; L. NANNI, *sub art. 1458*, in L. NANNI – M. COSTANZA – U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 2, *Art. 1455-1459*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 2007, 116 s.; A. FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*, Milano, 2005, spec. 324 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 914; R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. Sacco*, III ed., Torino, 2004, 638 ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 775 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 80 ss.

³² In giurisprudenza cfr. Cass., 2 luglio 2013, n. 16556, in *De Jure*; Cass., 13 dicembre 2010, n. 25157, *ivi*; Cass., 20 maggio 2005, n. 10700, *ivi*; Cass., 21 dicembre 2004, n. 23657, in *Contratti*, 2005, 654 s., con nota di G. OPROMOLLA, *Risoluzione parziale del contratto*; Cass., 15 aprile 2002, n. 5434, in *Contratti*, 2003, 238 s., con nota di M. POLLAROLI, *La risoluzione parziale per inadempimento del contratto*.

³³ Su cui ampiamente A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., *passim*.

³⁴ Cfr. ampiamente U. CARNEVALI, *Gli effetti della risoluzione*, cit., 212 s.

³⁵ G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 777.

più interesse alla prestazione in natura o avrebbe comunque potuto procurarsela più celermente *aliunde* e (ii) domandare la risoluzione dell'intero contratto, con la conseguenza, di non poco conto, di dover restituire anche la parte di prestazione correttamente percepita.

Sul piano normativo, pur in assenza di un'espressa previsione della risolubilità parziale del contratto per inadempimento, la dottrina ne ha individuato numerosi indici di ammissibilità: spicca la seconda parte del primo comma dell'art. 1458 cod. civ.³⁶, che, nei contratti di durata, prevede un'ipotesi testuale di risoluzione parziale, in quanto limitata alle sole prestazioni non ancora eseguite; si richiamano poi la previsione e l'interpretazione dell'art. 1419 cod. civ. in tema di nullità parziale³⁷, l'art. 1464 cod. civ. in tema di impossibilità parziale della prestazione, gli artt. 1181, 1480, 1484, 1564 cod. civ.

Perché il contratto ad esecuzione istantanea possa essere risolto in parte, occorre che la prestazione inadempita sia frazionabile, ossia che i beni oggetto della prestazione siano dotati, ciascuno, di una sua individualità³⁸; si aggiunge che anche la controprestazione deve essere frazionabile — di regola si tratterà di una prestazione pecuniaria — e, infine, che la prestazione parzialmente adempita, per quanto intrinsecamente divisibile, non sia stata resa indivisibile dalla volontà o dall'interesse delle parti³⁹.

La dottrina sottolinea, in ogni caso, che rimane invariata la necessità del presupposto dell'importanza dell'inadempimento *ex art.* 1455 cod. civ.⁴⁰

La scelta di domandare la risoluzione parziale spetta, ovviamente, al creditore: si aggiunge qui un ulteriore elemento di potestatività nell'opzione della parte non inadempiente, la quale non solo può scegliere se chiedere la risoluzione o meno, ma anche se domandare la risoluzione dell'intero contratto o se trattenere la prestazione parziale ricevuta⁴¹.

³⁶ Valorizza il riferimento normativo, in particolare, R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 639, secondo cui «l'art. 1458 dà una chiara testimonianza sulla divisibilità dell'effetto contrattuale dal punto di vista della risolubilità».

³⁷ In particolare, G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 776.

³⁸ La giurisprudenza parla di «autonomia economico-funzionale, che la renda definibile come bene a sé, suscettibile di diritti o di negoziazione distinti» (Cass., 2 luglio 2013, n. 16556, in *De Jure*).

³⁹ U. CARNEVALI, *Gli effetti della risoluzione*, cit., 212 s.

⁴⁰ ID., *Gli effetti della risoluzione*, cit., 215. Sul tema si veda ampiamente A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., 233 ss.

⁴¹ R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 639.

Vi sono vincoli a questa seconda scelta e, in particolare, vi sono casi in cui la parte non inadempiente non può domandare la risoluzione integrale del contratto, ma solo una risoluzione parziale, con la conseguente necessaria conservazione di parte del contratto? Viceversa, ci sono casi in cui una risoluzione parziale non è ammissibile ed è invece data solo l'alternativa tra conservazione del contratto e risoluzione integrale?

Il primo dei due interrogativi è affrontato dalla dottrina e, in alcune ricostruzioni, ha strettamente a che vedere con il comportamento contraddittorio. Il quesito è, infatti, se il contraente che abbia accettato una parte della prestazione divisibile possa, nel caso di mancato adempimento dell'intero, domandare sempre la risoluzione integrale del contratto ⁴².

⁴² Nel testo ci si chiede se una domanda di risoluzione integrale possa essere parzialmente rigettata, per effetto di un'eccezione del convenuto, con la conseguente permanenza di parte del vincolo. Un tema per certi versi simile che si pone all'attenzione degli interpreti è quello della risoluzione del contratto plurilaterale, con le precisazioni che si diranno a breve sul significato dell'espressione. Il problema è, infatti, se la singola parte non inadempiente possa provocare la risoluzione dell'intero contratto, disponendo, così, anche del rapporto giuridico altrui. Sul tema della risoluzione del contratto plurilaterale v., in particolare, G. VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, Milano, 1999 e ID., *Pluralità di contraenti e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 198 ss. ed ivi per riferimenti, nonché, tra le più recenti ed autorevoli opere sulla risoluzione in generale, G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: le fattispecie*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi-2*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 58 ss.; U. CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *La risoluzione*, cit., 57 ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., sub art. 1459, 790 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 76 ss. Poco utile si rivela la disciplina dettata dall'art. 1459 cod. civ., che, riferita espressamente ai contratti plurilaterali con comunione di scopo, di cui all'art. 1420 cod. civ., si ispira — conformemente alle disposizioni di cui agli artt. 1420, 1446, 1466 cod. civ. — al principio generale di conservazione del contratto e codifica la regola secondo cui l'inadempimento di una delle parti non comporta la risoluzione nei confronti di tutte, salvo che la prestazione inadempita debba ritenersi essenziale (cfr. G. VILLA, *Inadempimento*, cit., 52 ss.). Il campo di applicazione della norma, peraltro, è solo residuale, giacché nei contratti associativi tipici è previsto dalla legge il rimedio dell'esclusione dell'associato o del socio, esercitabile conformemente al principio maggioritario (v., per tutti, P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 76 s.). Diverso il caso dei contratti plurilaterali di scambio (su cui G. VILLA, *Inadempimento*, cit., 25 ss.), quali la transazione o la divisione stipulate da più di due parti, la cessione del contratto, il *leasing* e così via. È in questi contratti che ci si domanda se, a fronte dell'inadempimento di una delle parti, anche le parti incolpevoli debbano necessariamente subire la risoluzione domandata da un'altra. Si risponde che nei contratti a numero invariabile di parti — ossia i contratti che non sono configurabili senza la partecipazione di tutti gli interessati, come sono quasi tutti i contratti plurilaterali di scambio — l'azione di risoluzione esercitata da un contraente travolge necessariamente l'intero contratto (G. VILLA, *Inadempimento*, cit., 149). Non solo: non sarebbe giustificabile una compressione della tutela del contraente non inadempiente che sia interessato a risolvere il contratto. Si trae conferma dalla predetta soluzione dalla disciplina del contratto a favore di terzo, in cui il promittente può risolvere il contratto per inadempimento dello stipulante anche se ne risulta un pregiudizio per il terzo (ID., *Inadempimento*, cit., 133 ss.). È pertanto ipotizzabile solo un limitato numero di contratti in cui una delle parti sia interessata a risolvere il contratto e ne chiedi la risoluzione integrale, ma il contratto possa rimanere in piedi se risolto solo nei confronti della parte inadempiente. Sul punto, qui solo sommariamente accennato, la dottrina ritiene che la risoluzione del conflitto tra contraente deluso ed altre parti fedeli che abbiano interesse alla conservazione del contratto debba essere risolto sulla base della sussistenza della gravità dell'inadempimento ai sensi dell'art. 1455 cod. civ., apprezzata in relazione alla totalità dei partecipanti (ID., *Inadempimento*, cit., 171 s.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 822 s.). Si segnala, infine, che problemi simili si pongono anche con riguardo alla fattispecie, pur diversa, del contratto con parte soggettivamente

Si riscontra, dunque, la classica struttura bifasica della condotta contraddittoria: un primo comportamento di accettazione dell'adempimento, un secondo di impugnazione del contratto.

Un autorevole cenno al necessario contemperamento degli interessi di entrambe le parti, nella scelta tra risoluzione totale e parziale, si rinviene nelle parole di chi afferma che «sarà decisiva la *valutazione secondo buona fede* degli interessi, delle aspettative, degli affidamenti delle parti»⁴³. Il riferimento all'interesse di entrambe le parti sembra indicare che l'opzione del creditore tra risoluzione integrale e parziale debba tener conto anche dell'aspettativa della controparte al mantenimento in vita di una parte soltanto del contratto.

La dottrina specialistica è più netta nell'affermare che «se [la parte non inadempiente] chiede la risoluzione totale, l'altra può resistere dimostrando che l'esecuzione parziale fornisce in concreto una parte dell'utilità perseguita col patto senza imporre maggiori costi»⁴⁴. Vi è inoltre chi considera espressamente scorretta, in alcuni casi, l'azione di risoluzione totale e, nel domandarsi «se [...] la parte non inadempiente possa pretendere la risoluzione totale del contratto pur quando le prestazioni parziali già eseguite siano state idonee a soddisfare proporzionalmente e in via definitiva il suo interesse», conclude che «[u]na tale pretesa appare ingiustificata e contraria a correttezza, avendo come unico risultato quello di mortificare la convenienza della controparte a tener fermo il rapporto già attuato»⁴⁵.

L'argomento da ultimo riportato sembra assimilare l'eventuale eccezione del debitore inadempiente che abbia interesse alla conservazione parziale del contratto a

complessa, ossia in cui una delle parti è costituita da più soggetti (ad esempio, più venditori). Ci si chiede anche in questo caso se l'azione di risoluzione di uno dei componenti della parte soggettivamente complessa possa comportare la risoluzione dell'intero rapporto (per l'enunciazione del problema v. ancora G. VILLA, *Inadempimento*, cit., 11). Il problema si pone, in particolare, con riguardo ai contratti che abbiano ad oggetto una prestazione indivisibile, nei quali, quindi, il singolo membro della parte complessa non possa risolvere *pro quota* il contratto (cfr. P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 78 ss.). In questa peculiare fattispecie affiora, in dottrina, la questione della «ragionevolezza» dell'azione e della difesa delle parti coinvolte. Se, infatti, si nega generalmente che l'iniziativa di un singolo membro della parte possa comportare la risoluzione dell'intero contratto, si osserva che qualora «l'opposizione alla risoluzione degli altri concreditori sia irragionevole, perché l'inadempimento è ormai definitivo o il ritardo è tale da vanificare l'utilità della prestazione, allora non vi è ragione di non ammettere la risoluzione su iniziativa individuale» (ID., *Il contratto*, cit., 79 s.).

⁴³ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 914, corsivo nel testo.

⁴⁴ A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., 241.

⁴⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 328.

un'*exceptio doli*⁴⁶, giacché pone l'accento sul disvalore intrinseco dell'azione della parte non inadempiente. Vi è però forse, alla base della ricostruzione, anche la volontà di sanzionare la contraddizione, nella parte in cui si evidenzia l'inaccettabile scostamento tra un primo momento, di accettazione della prestazione esatta, e un secondo momento, della reazione — potrebbe dirsi, sproporzionata — all'inadempimento.

Le medesime esigenze di tutela dell'affidamento nutrito dall'inadempiente con riguardo alla soddisfazione, ancorché parziale, dell'interesse creditorio sembrano infine rinvenirsi anche nelle parole di chi riconosce la «rilevanza dell'affidamento riposto dal contraente infedele sulle prestazioni parziali adempiute, se l'accettazione di quelle assuma in concreto un significato oggettivamente rilevante», ma, aggiunge, «tali circostanze non potranno [...] mai impedire la pronuncia risolutoria, ma serviranno semmai al riequilibrio delle reciproche aspettative dal profilo risarcitorio»⁴⁷. L'Autore è peraltro perentorio nel negare che l'interesse dell'inadempiente possa incidere sulla domanda di risoluzione e richiama, in proposito, l'art. 1464 cod. civ., che, in tema di impossibilità parziale, non subordina la riduzione del prezzo alla rispondenza agli interessi del debitore della prestazione divenuta impossibile, in una circostanza in cui, peraltro, la sopravvenienza non è a lui imputabile.

Sin qui il problema della meritevolezza della domanda di risoluzione integrale a fronte dell'inadempimento parziale, sul quale, si può concludere, non manca un dibattito, e nel quale, ancora una volta, la buona fede parrebbe assumere il ruolo di criterio di giudizio.

Può essere interessante interrogarsi su un problema ulteriore, seguendo quell'opinione che richiama, nel campo della risoluzione parziale, a un generale contemperamento degli interessi delle parti.

⁴⁶ Pur nella difficoltà di tracciare una linea di confine tra figure affini, è difatti riconosciuta la differenza — come pure la vicinanza — tra la contraddizione, consistente nel tenere una condotta diversa dal comportamento sino ad allora tenuto, e le «ipotesi, nelle quali manca un preciso contegno idoneo a destare un affidamento. La lealtà non si caratterizza allora propriamente come coerenza [...], ma mira pur sempre ad evitare che una parte venga colta alla sprovvista da fatti sopravvenuti noti solo all'altra, oppure da iniziative non prevedibili di questa» (G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 652).

⁴⁷ G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 782.

Vi possono essere casi in cui è la domanda di risoluzione parziale a essere immeritevole o in cui il debitore inadempiente può eccepirne la contrarietà a buona fede?

L'autorevole dottrina appena citata afferma, perentoriamente, che «l'interesse della parte inadempiente a riavere l'intero non è un interesse apprezzabile»⁴⁸, escludendo così che, a fronte di una domanda di risoluzione parziale, l'inadempiente possa pretendere la risoluzione integrale dipendente dal suo stesso inadempimento.

Il tema non è irrilevante, se si pensa all'esempio di una vendita di 100 beni la cui produzione è sottoposta a rilevanti economie di scala e il cui acquisto avviene, normalmente, in elevate quantità. Il venditore realizza un profitto significativo solo se vende tutti i 100 pezzi e può preferire la risoluzione dell'intero contratto, con la conseguente possibilità di ricollocare l'intera prestazione, all'esecuzione solo parziale, che lo costringerebbe a rimettere sul mercato un quantitativo ridotto di beni⁴⁹.

Le questioni sono due: può il debitore inadempiente pretendere la risoluzione integrale del contratto? La risposta negativa offerta dalla citata dottrina sembra condivisibile. Può, allora, l'inadempiente opporsi alla domanda di risoluzione parziale, se questa incide gravemente sull'equilibrio delle prestazioni originariamente pattuite?

Non sembra esservi, in questo caso, un problema di contraddizione. La questione attiene, piuttosto, alla meritevolezza dell'azione del creditore, sicché l'eventuale opposizione dell'inadempiente potrebbe essere accostata *all'exceptio doli*.

La vicinanza tra il tema del divieto di contraddizione e il campo di applicazione dell'*exceptio* può però rendere utile un accenno al tema, anche perché il problema potrebbe presentarsi nell'ambito piuttosto rilevante nei contratti dell'intermediazione finanziaria.

⁴⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 328.

⁴⁹ La dottrina si mostra sensibile al tema, ipotizzando casi in cui «l'esecuzione solo parziale impone all'istante di accollarsi maggiori oneri per il risultato finale», ma esclude che in questo caso l'inadempiente possa fondatamente opporsi alla domanda di risoluzione parziale, salva la dimostrazione della scarsa importanza dell'inadempimento: A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., 241.

2.2.2. Risoluzione di singoli ordini di investimento e buona fede.

La risoluzione parziale è venuta ultimamente in rilievo con riguardo al tema della risoluzione di singoli ordini di investimento impartiti dall'investitore all'intermediario finanziario⁵⁰, cui può essere dedicata una breve digressione.

Ci si è chiesti se, in caso di inadempimento dell'intermediario agli obblighi di condotta — diligenza, correttezza, trasparenza, informazione — *ex art. 21 TUF*, sia consentito all'investitore domandare la risoluzione di singoli ordini — e conseguentemente pretendere la restituzione del capitale investito solamente in esecuzione di alcune operazioni di investimento —.

La risposta della giurisprudenza è positiva⁵¹. Si riscontrano, però, significative divergenze nelle motivazioni delle sentenze.

Una parte delle pronunce muove dalla considerazione che gli ordini di investimento integrino contratti autonomi, che costituiscono il titolo delle singole operazioni di investimento⁵². Così intesa, la risoluzione dell'ordine di investimento è un'ordinaria risoluzione contrattuale *ex art. 1453 cod. civ.*: l'inadempimento e la sua importanza devono essere accertati con riguardo alla singola operazione.

Vi sono recenti pronunce che invece sembrano ricondurre la risoluzione di alcuni ordini alla risoluzione parziale del contratto di investimento. In un caso⁵³, dopo aver chiarito che la risoluzione degli ordini «non deriva [...] dalla sussistenza di una speciale normativa di protezione dell'investitore o di favore per il medesimo», bensì dalle «regole proprie del comune diritto contrattuale», la Corte di cassazione richiama

⁵⁰ Come noto, nei rapporti di prestazione di servizi e attività di investimento e, segnatamente, di ricezione e trasmissione di ordini o di esecuzione di ordini per conto dei clienti ai sensi dell'Allegato 1, Sez. A, nn. 1 e 2 TUF (D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, Testo Unico della Finanza), spesso accompagnati da un servizio di consulenza in materia di investimenti, l'intermediario finanziario e il cliente stipulano un contratto quadro di investimento, ai sensi dell'art. 23 TUF; le singole operazioni sono svolte, poi, sulla scorta di singole istruzioni impartite dal cliente all'intermediario: gli ordini, appunto. V., per un primo sguardo d'insieme, F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, X ed., Torino, 2020, 100 ss.; R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, X ed., Torino, 2016, 139 ss.; D. MAFFEIS, *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 63 ss.; M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2012, 222 ss. e 463 ss.

⁵¹ Cass., 11 marzo 2020, n. 6974, in *De Jure*; Cass., 10 aprile 2018, n. 9382, in *www.dirittobancario.it*; Cass., 9 febbraio 2018, n. 3261, in *De Jure*; Cass., 25 maggio 2017, n. 12937, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II, 393 ss., con nota di C. RINALDO, *La risoluzione dei singoli ordini di investimento sotto una nuova luce: riflessioni su un recente intervento della Suprema Corte e in Corr. giur.*, 2018, 773 ss., con nota di F. LEMETRE, *Inadempimento degli obblighi dell'intermediario e autonoma risolubilità dei singoli ordini di investimento*; Cass., 9 agosto 2016, n. 16820, in *De Jure*; Cass., 27 aprile 2016, n. 8394, *ivi*.

⁵² Cass. 3261/2018, *cit.*; Cass. 9382/2018, *cit.*; Cass., 8394/2016, *cit.*; Cass., 16820/2016, *cit.*

⁵³ Cass., 12937/2017, *cit.*

espressamente la nota massima giurisprudenziale che ammette la risoluzione parziale. Allo stesso modo, un'altra sentenza fa espresso riferimento alla «risoluzione parziale» del contratto di investimento ⁵⁴.

Questo secondo inquadramento conduce a chiedersi, in conseguenza delle valutazioni svolte nel paragrafo precedente, se l'azione dell'investitore, rivolta alla risoluzione di alcuni ordini, incontri dei limiti. Possono difatti distinguersi almeno due ipotesi. La prima, in cui l'inadempimento riguarda un certo numero di operazioni di acquisto del medesimo titolo A, ad esempio perché l'intermediario ha dato corso ad acquisti di quel titolo, che pure non era adeguato al profilo di rischio dell'investitore. Il titolo A ha prodotto perdite, di cui l'investitore chiede il risarcimento, insieme alla restituzione del capitale quale conseguenza della risoluzione. Una seconda ipotesi è quella in cui il medesimo inadempimento abbia riguardato più operazioni, ad esempio sui titoli A e B, ma solo il titolo A abbia prodotto perdite e dunque l'investitore abbia interesse a impugnare le sole operazioni sul titolo A, non anche quelle sul titolo B.

Vi sono limiti alla scelta dell'investitore?

Sul punto, una delle citate sentenze si affretta a chiarire che «l'esito, che nel concreto ha riscosso un ordine di investimento e la sua realizzazione, viene a rilevare unicamente come misura dell'interesse che l'investitore, nella sua posizione di contraente non inadempiente, può venire a nutrire nei confronti della caducazione di uno (o più) degli ordini dati» ⁵⁵. La perdita, insomma, è la misura dell'interesse ad agire, ad esercitare un rimedio che rimane pur sempre potestativo. Eppure la medesima sentenza, poco sopra, sembra ragionare anche in termini di meritevolezza dell'azione, quando afferma che «condizionare nella specie la caducazione dei singoli ordini alla caducazione dell'intero rapporto [...] implica far perdere al contraente non inadempiente, quale è qui l'investitore, le utilità che pur il rapporto gli ha arrecato, per transitarle a vantaggio del contraente inadempiente [...]. Non sembra dubbio, per contro, che in situazioni del genere a risultare *meritevole di protezione* sia il contraente non inadempiente [corsivo aggiunto]». Vi è dunque, al fondo, un giudizio di carattere

⁵⁴ Cass., 6974/2020, cit. Occorre quindi precisare che il presupposto della risoluzione dovrà essere un inadempimento di non scarsa importanza da rapportare all'intero contratto quadro, non alla singola operazione

⁵⁵ Cass., 12937/2017, cit.

valutativo che pure potrebbe, forse, concludersi in senso opposto, a sfavore dell'investitore che agisca in modo immeritevole.

Le riflessioni che si svolgono richiamano, evidentemente, il dibattito sulla c.d. «nullità selettiva»⁵⁶, recentemente risolto dalle Sezioni Unite⁵⁷, che ha portato al centro del confronto tra gli interpreti il profilo della meritevolezza dell'impugnativa contrattuale e, segnatamente, di una porzione del rapporto anziché dell'intero.

Vi sono rilevanti differenze tra la nullità degli ordini di investimento, quale effetto della nullità del contratto quadro, e la risoluzione di singoli ordini. La nullità del contratto quadro è, difatti, una patologia che investe l'intero rapporto. Sebbene solo l'investitore sia legittimato a farla valere⁵⁸, è dunque comprensibile un dibattito sulla legittimazione alle azioni di restituzione che a quella nullità conseguono.

⁵⁶ Ossia sulla possibilità per l'investitore, che faccia valere la nullità di protezione del contratto quadro di investimento ex art. 23 TUF, di selezionare le operazioni di investimento delle quali fare accertare la nullità — che discende dalla nullità del contratto quadro stesso —, potendo dunque impugnare le sole operazioni a lui sfavorevoli, problema che è stato rimesso alle Sezioni Unite in due diverse occasioni: dapprima con l'ordinanza interlocutoria Cass., 27 aprile 2017, n. 10447, in *www.dirittobancario.it*, ma la questione non è stata affrontata dalle Sezioni Unite, e in seguito con l'ordinanza Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927, in *Corr. giur.*, 2019, 172 ss., con note di M. RIZZUTI, *Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle Sezioni Unite* (173 ss.) e di D. MAFFEIS, *Nullità selettive: la "particolare importanza" di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti* (177 ss.). Le tesi, tra loro opposte nel dibattito, erano l'una favorevole alla selezione, da parte dell'investitore, di quali operazioni impugnare, in ragione della natura di protezione del rimedio, l'altra, invece, tendente a rinvenire uno spazio per l'*exceptio doli* da parte dell'intermediario qualora, impugnando solo le operazioni a sé sconvenienti, l'investitore abusasse del suo diritto e dello strumento processuale.

⁵⁷ Cass., S.U., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 26 ss., con nota di AN. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*; in *Contratti*, 2020, 11 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione")*; in *Giur. it.*, 2020, 273, con note di A. IULIANI, *Le Sezioni unite e la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione* (273 ss.) e di S. PAGLIANTINI, *Una nullità di protezione (ancora) in cerca d'autore?* (280 ss.); cfr. inoltre, tra i più autorevoli commenti, A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., 28314/2019, in *Riv. dir. bancario*, 2020, 89 ss.; nonché il dibattito tra i seguenti autori: M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 154 ss.; D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, *ivi*, 160 ss.; S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, *ivi*, 163 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, *ivi*, 169 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, *ivi*, 176 ss. Con tale pronuncia, la Corte ha statuito che tanto la nullità del contratto quadro quanto i suoi effetti processuali e sostanziali operano esclusivamente a favore dell'investitore, ma ha aggiunto che l'intermediario può opporre un'eccezione di buona fede, se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, potendo compensare le pretese restitutorie dell'investitore con i guadagni conseguiti dall'investitore sulle operazioni non impuginate, sino alla concorrenza del *petitum* dell'investitore.

⁵⁸ La stretta connessione tra selettività e nullità di protezione è da ultimo rimarcata da A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione*, *cit.*, 101 e *passim*.

Diverso il caso della risoluzione. E ciò perché: (i) la patologia, ossia l'inadempimento, ben può riguardare, come si è detto, proprio e soltanto quegli specifici ordini di investimento e comunque (ii) anche qualora l'inadempimento dell'intermediario involgesse altre operazioni o, addirittura, l'intero contratto, l'azione di risoluzione rimarrebbe nella piena facoltatività dell'investitore: l'intermediario mai potrebbe giovare del suo stesso inadempimento, perché non sarebbe legittimato a domandare la risoluzione degli ordini né potrebbe domandare la restituzione se non con riguardo alle operazioni specificamente impugnate dall'investitore e per il caso di accoglimento della domanda di risoluzione proposta da quest'ultimo.

Gli echi del dibattito sulla nullità selettiva e — segnatamente — su una nuova eccezione di dolo sono però vivi nella dottrina e nella giurisprudenza, sicché pare utile segnalare che il campo della risoluzione dei singoli ordini di investimento potrebbe essere un terreno fertile per simili valutazioni.

L'inquadramento della risoluzione dei singoli ordini all'interno della risoluzione parziale e la sottoposizione dell'azione a un vaglio di meritevolezza da parte della giurisprudenza potrebbero dare concretezza all'ipotesi secondo cui anche l'azione di risoluzione parziale possa trovare limiti nell'affidamento della controparte e nella complessiva economia del contratto.

2.3. Considerazioni di sintesi su contraddizione e conservazione del vincolo contrattuale.

In conclusione, vi sono almeno due modelli, nel nostro ordinamento, che si prestano a sanzionare l'iniziativa immeritevole della parte del contratto che invoca un rimedio e, nello specifico, la risoluzione per inadempimento: il modello della tolleranza e quello dell'*exceptio doli*.

Il primo è un modello consolidato, che emerge spesso — anche se talvolta solo implicitamente — nelle decisioni giurisprudenziali e gode di un inquadramento dottrinale piuttosto nitido. La sua flessibilità rende il modello facilmente adattabile alle diverse fattispecie.

La tolleranza, per definizione, precede l'invocazione del rimedio. Abbiamo però analizzato, nello scorso capitolo, condotte contraddittorie poste in essere dal creditore dopo la risoluzione di diritto, ma prima dell'accertamento giudiziale: la soluzione dei singoli casi concreti riproduce comunque il modello della tolleranza,

perché l'acquiescenza del creditore tende a impedirgli di giovare anche di un rimedio di cui in realtà si sarebbe già avvalso.

Alcuni intravedono una contraddizione anche nella condotta della parte che, pur avendo accettato l'adempimento parziale, pretenda la risoluzione integrale. Anche in questo caso si è visto come parte della dottrina ritenga che in certi casi l'inadempiente possa opporsi alla domanda di risoluzione integrale e il creditore possa ottenere soltanto la risoluzione parziale.

Meno controllabile appare il modello dell'*exceptio doli*, che, per la verità, non trova nella risoluzione per inadempimento il suo campo di elezione, né sembra che la contraddizione tra una condotta precedente e una successiva integri un elemento indefettibile dell'*exceptio*.

L'ipotesi di un vaglio di meritevolezza di un'azione di risoluzione parziale o «selettiva», che affiorano appena tra le righe della giurisprudenza, potrebbero offrire banchi di prova, tutt'ora non pienamente esplorati, per la soluzione di un problema di questo tipo: può l'azione di risoluzione essere immeritevole, perché contrastante con l'affidamento del debitore inadempiente circa l'integrità del sinallagma?

3. Divieto di contraddizione e atto unilaterale di risoluzione del contratto: le prime tesi favorevoli alla risoluzione stragiudiziale atipica.

Sul versante opposto si trovano quelle condotte contraddittorie che compromettono — o, meglio, contribuiscono a compromettere — l'efficacia del contratto.

Abbiamo visto come la domanda di risoluzione abbia anche profondi effetti sostanziali e, in taluni casi, renda il contratto definitivamente inazionabile da parte del contraente deluso⁵⁹. Non stupisce se parte della dottrina, muovendo, già in tempi risalenti, dall'interpretazione del secondo comma dell'art. 1453 cod. civ., abbia ricondotto alla domanda giudiziale di risoluzione e, addirittura, alla dichiarazione stragiudiziale di voler risolvere il contratto, l'effetto risolutivo.

L'esegesi della preclusione del secondo comma dell'art. 1453 cod. civ. si fonda, come noto, sull'esigenza di tutela dell'affidamento del debitore inadempiente, il quale, confidando nella volontà di controparte di risolvere il contratto, deve poter

⁵⁹ *Supra*, cap. I, sez. II, par. 4.

reimpiegare la prestazione e riorganizzare la propria attività senza subire, tempo dopo, un'azione di adempimento⁶⁰. Il medesimo affidamento sussisterebbe, secondo alcuni, a fronte di qualunque dichiarazione, anche stragiudiziale, della volontà di risolvere il contratto.

Il divieto di contraddizione, *sub specie* di divieto di sottoporre nuovamente a obbligo il debitore che il creditore ha inteso liberare, entra nel discorso degli interpreti, pertanto, non solo nella ricostruzione della *ratio* della norma positiva, ma anche per aprire la strada a una nuova forma di risoluzione: un atto atipico e stragiudiziale, di portata generale, che mette in discussione il carattere costitutivo della sentenza di risoluzione. Il percorso dottrinale è perciò articolato in due passaggi: la riconduzione della risoluzione non già alla sentenza, bensì alla domanda giudiziale e la proposta di riconoscere pari effetto a una dichiarazione stragiudiziale.

Il primo passaggio si rinviene nelle pagine di una dottrina che ha preso le mosse dalla lettera dell'art. 1453 cod. civ., giudicandola un elemento insufficiente per sostenere che la risoluzione debba ritenersi, di regola, esclusivamente giudiziale⁶¹: non sarebbero indici univoci il verbo «chiedere» del primo comma né i riferimenti alla «domanda» nel secondo e nel terzo comma; anzi, la precisazione per cui il creditore non può «più» chiedere l'adempimento e il debitore non può «più» adempiere dopo la domanda di risoluzione denoterebbero che la risoluzione sarebbe ormai avvenuta per solo effetto della domanda stessa.

L'effetto meramente sospensivo della domanda giudiziale sarebbe poi irragionevole e inadatto a molte tipologie di obbligazioni⁶².

Il cuore della tesi sembra però l'inaccettabilità della contraddizione che sarebbe insita tanto nella contestuale proposizione della domanda di risoluzione e, in via subordinata, di quella di adempimento⁶³ sia — ed è questo il punto — nella domanda di adempimento successiva alla domanda di risoluzione⁶⁴, sicché il secondo comma

⁶⁰ *Supra*, cap. I, sez. II, par. 2 e, per tutti, P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 63; U. CARNEVALI, *sub art.* 1453, cit., 81.

⁶¹ A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, 29 s.

⁶² A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 30 s.: in particolare le obbligazioni aventi ad oggetto beni deteriorabili.

⁶³ Possibilità, però, pacificamente ammessa: cfr. *supra*, cap. I, sez. II, par. 3.1.

⁶⁴ *Id.*, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 33 e ciò «non potendosi volere nello stesso tempo la risoluzione e la conservazione del contratto, per la contraddizione che nol consente», come già ricordato *supra*, al cap. I, sez. II, par. 5.3.

dell'art. 1453 cod. civ. «o ha proprio lo scopo di rendere giuridicamente inammissibile la possibilità materiale di domandare l'adempimento in via subordinata (e *a fortiori* in un successivo processo), o è un'affermazione superflua e banale»: insomma, o la risoluzione si produce con la dichiarazione oppure la disposizione perde di significato.

La tesi perde di rigore — e d'interesse da parte della dottrina successiva — nella parte in cui cerca di risolvere il problema di come si produca la risoluzione. Ad avviso dell'Autore, sarebbe insoddisfacente concludere che la dichiarazione del creditore abbia come solo effetto quello di liberare il debitore, così caducando un solo rapporto obbligatorio tra quelli dedotti in sinallagma. Si propone, pertanto, di considerare l'inadempimento come la manifestazione della volontà di risolvere il contratto, ossia come la proposta di un contratto risolutivo, cui la controparte, con la sua dichiarazione, aderirebbe ⁶⁵.

Il secondo passaggio si deve a Rodolfo Sacco, il quale non solo ha condiviso la tesi secondo cui la domanda giudiziale produce la risoluzione, ma ha anche definito i contorni della dichiarazione stragiudiziale risolutoria. La proposta muove, ancora, dalla valorizzazione dell'affidamento del debitore inadempiente. Secondo l'illustre Autore non vi è differenza tra gli effetti della domanda giudiziale di risoluzione e della dichiarazione stragiudiziale con cui il creditore comunica alla controparte che intende risolvere il contratto: in entrambi i casi la dichiarazione impegna il creditore, che non può dunque esigere l'adempimento in un momento successivo, perché una simile condotta sarebbe contraria a correttezza ⁶⁶.

È agevole rinvenire le tracce della dogmatica dell'«effetto opzionale» e dell'«atto responsabile» che ricorrono nella produzione di Sacco ⁶⁷. Se la dichiarazione vincola la parte, allora, secondo Sacco, «bisogna concludere che il contratto è reso inefficace dall'atto della parte, e non dal giudice, nel senso che il contraente che lo ha

⁶⁵ ID., *Risoluzione per inadempimento*, cit., 36 s.

⁶⁶ R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 637 s. e 646 ss. Si veda, in particolare, quanto affermato a pag. 638: «il creditore ha diritto all'adempimento, ha diritto di essere esigente, e, in caso di infedeltà della controparte, ha diritto di scegliere fra esecuzione e risoluzione. Può agire con durezza. Ma deve agire con lealtà. Quando decide, deve dirlo; non deve dare false illusioni; e quando ha deciso e ha parlato, e ha quindi creato un affidamento, non può giocare su due scacchiere. La dichiarazione risolutoria impegna il creditore. Un elementare bisogno di buona fede, di rispetto per gli affidamenti, esige questo esito. Ma questa dichiarazione, in quanto produttiva di un effetto, è già esercizio del potere risolutorio» e, ancora, a pag. 646, dove l'Autore esprime il convincimento per cui «la dichiarazione stragiudiziale di risoluzione non possa non vincolare il dichiarante, sulla base di una evidente applicazione della regola dell'affidamento».

⁶⁷ *Supra*, cap. I, sez. II, par. 5.2.

disdetto non può più invocarlo»⁶⁸. La sentenza di risoluzione non sarebbe, pertanto, costitutiva, ma dichiarativa, poiché la risoluzione sarebbe prodotta dalla dichiarazione della parte, contenuta, al più tardi, nell'atto di citazione.

L'Autore, sollecitato da alcune autorevoli critiche, di seguito illustrate⁶⁹, offre, da ultimo, una ricostruzione di quali effetti produca la sentenza che rigetti la domanda di risoluzione giudiziale. Come si vedrà, difatti, uno dei problemi che destano maggiore imbarazzo tra i sostenitori della tesi per cui la domanda di risoluzione stessa risolverebbe il contratto è la sorte del rapporto nel caso in cui la sentenza che definisce il processo ritenga infondata la domanda attorea. A fronte della dichiarazione o della domanda di risoluzione, secondo Sacco, la parte inadempiente si trova in una posizione analoga a chi subisce la risoluzione di diritto: può rimanere inerte e tacitamente aderire alla risoluzione oppure agire per l'accertamento della perdurante efficacia del contratto⁷⁰. La dichiarazione risolutiva emessa in assenza dei presupposti di legge — i quali deve ritenersi che coincidano con quelli della risoluzione giudiziale — non sarebbe idonea, pertanto, a produrre la risoluzione del contratto, con la conseguente permanenza del vincolo.

Infine, a ulteriore tutela dell'affidamento del debitore, l'Autore ritiene che, «*se la sopraggiunta inutilità della prestazione non è evidente*»⁷¹, il creditore debba assegnare alla controparte un termine per l'adempimento, la cui estensione minima dovrà ricavarsi, per analogia, da quanto disposto dall'art. 1454 cod. civ. in tema di diffida ad adempiere.

In sintesi: Sacco muove dalla *ratio* della preclusione di cui al secondo comma dell'art. 1453 cod. civ. per riconoscere effetti sostanziali a qualunque dichiarazione — non solo alla domanda giudiziale — con cui la parte manifesta la volontà di sciogliere il contratto, giacché anche in questo caso sussisterebbero le medesime ragioni di tutela

⁶⁸ R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 467.

⁶⁹ *Infra*, par. 5.

⁷⁰ R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 648. Come vedremo, la tesi secondo cui l'atto stragiudiziale di risoluzione sarebbe una diffida ad adempiere non è prevalente tra coloro che pure ritengono ammissibile l'atto unilaterale di risoluzione, che è tendenzialmente ritenuto un atto di recesso. Cfr. sul punto M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi-2*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 171, il quale concorda sui presupposti del ragionamento di Sacco — specialmente la tutela dell'affidamento — ma non sulla struttura dell'atto. Cfr. nel medesimo senso M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione*, Torino, 2013, *passim*.

⁷¹ R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 648, corsivo aggiunto: si tratta di un'osservazione di non poco conto, perché segnala un'apertura a una dichiarazione di risoluzione stragiudiziale immediata — in sostanza: un recesso — nel caso di inadempimento definitivo.

dell'affidamento della parte inadempiente. Il divieto di contraddizione impedirebbe alla parte di pretendere l'adempimento, sicché quella dichiarazione varrebbe come una diffida ad adempiere, idonea a risolvere il contratto di diritto decorso un minimo termine di grazia. La controparte sarebbe onerata di agire in giudizio per l'accertamento della perdurante efficacia del contratto.

Il divieto di contraddizione entra così espressamente in un dibattito dalle ricadute dogmatiche e applicative di primo piano, e lo fa con il tipico modo di operare della regola dell'affidamento: offrendo una soluzione flessibile, che adegua i suoi effetti alla reazione della controparte. Si può forse già osservare, però, che la tesi di Sacco non sembra tenere pienamente conto delle aspettative e degli interessi del debitore inadempiente, il quale, per effetto di una regola posta a tutela del suo stesso affidamento, si troverebbe onerato di agire in giudizio tutte le volte che la controparte inoltrasse una dichiarazione di voler sciogliere il contratto ⁷².

4. L'ampliamento della risoluzione per atto stragiudiziale: una figura generale.

Da queste prime tesi, incentrate su un'evoluzione dell'interpretazione dell'art. 1453, comma 2, cod. civ., sono poi fiorite ulteriori teorie dell'atto stragiudiziale atipico di risoluzione.

Progressivamente, l'atto stragiudiziale atipico è diventato lo strumento attraverso il quale parte della dottrina ha cercato di porre rimedio, per via interpretativa, a quelle che sono percepite come inefficienze del sistema della risoluzione per inadempimento codicistica.

La risoluzione stragiudiziale, si ritiene, sarebbe un rimedio più celere e certo, che non lascia le parti nello stato di incertezza cui sono sottoposte per tutta la durata del giudizio di risoluzione. Ancora, l'onere per il creditore di agire in giudizio sarebbe irragionevole, mentre sarebbe preferibile che esso gravasse sul debitore inadempiente, il quale agirebbe in giudizio solo qualora effettivamente convinto dell'infondatezza dei presupposti della risoluzione e interessato alla prosecuzione del rapporto. All'obiezione, che sorge spontanea, secondo cui il sistema prevede tre forme di risoluzione di diritto per inadempimento, tra cui una di portata tendenzialmente generale, come la diffida ad adempiere, si replica che il rimedio mal si adatta

⁷² Cfr. *amplius infra*, par. 7.1.

all'inadempimento definitivo, tale perché la prestazione è divenuta impossibile o non più idonea a soddisfare l'interesse creditorio ⁷³.

L'operazione ermeneutica travalica così l'interpretazione estensiva dell'art. 1453, comma 2, cod. civ., imponendo una rilettura, anche culturale, del sistema della risoluzione per inadempimento, programmaticamente in contrasto con la «precomprensione sviante sottesa all'interpretazione corrente dell'art. 1453, una precomprensione annidata specificamente nell'idea che il monopolio giudiziale della risoluzione, fuori dei casi tassativi di legge, preservi quel valore per cui *pacta sunt servanda* che il recesso, per contro, appannerebbe» ⁷⁴.

4.1. *Le tesi.*

4.1.1. *Dall'eccezione di risoluzione all'atto unilaterale di risoluzione.*

Una tesi di successo è stata proposta, muovendo dal campo del diritto processuale, in uno studio sulle impugnative negoziali teso a dimostrare come la risoluzione contrattuale non consista — come comunemente ritenuto — in un diritto potestativo a necessario esercizio processuale, con la conseguenza che la sentenza emanata ha natura costitutiva, bensì in un fatto estintivo del rapporto contrattuale, che la parte può opporre per via di eccezione esercitando un potere di natura sostanziale ⁷⁵.

L'Autrice muove, nella sua dimostrazione, dalla possibilità di configurare un'eccezione di risoluzione del contratto da parte del contraente convenuto in giudizio per l'adempimento. Come la parte può opporre l'annullabilità del contratto in via di eccezione, si dice, così potrà spendere l'eccezione di risoluzione come fatto estintivo della pretesa avversaria ⁷⁶.

Il Codice, come noto, consente alla parte di opporre l'inadempimento della controparte come fatto impeditivo, attraverso l'eccezione dilatoria di cui all'art. 1460. È questo — come riconosciuto dalla stessa Autrice — lo strumento nelle mani del

⁷³ Per tutti questi argomenti cfr. M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 153.

⁷⁴ S. PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi*, in *Persona e mercato*, 2015, 89.

⁷⁵ I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, spec. 308 ss.

⁷⁶ EAD., *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 339.

contraente che voglia opporre un mero rifiuto del proprio adempimento in mancanza di un'offerta della controprestazione; altrimenti, se intende sciogliere il contratto, la parte si avvarrà, normalmente, della domanda di risoluzione in via principale o in via riconvenzionale; tuttavia, secondo questa tesi, «non si può ritenere strettamente necessario che per produrre l'estinzione [...] *dell'obbligo nascente dal contratto* la parte non inadempiente debba proporre una domanda e non possa limitarsi a sollevare un'eccezione»⁷⁷, conclusione la cui dimostrazione sul piano dogmatico non interessa in questa sede.

La configurazione del potere di risoluzione come un potere sostanziale della parte, opponibile in via di eccezione e non necessariamente attraverso un'azione, anche riconvenzionale, di carattere costitutivo, apre la strada per la dimostrazione che tale potere può essere esercitato anche fuori dal processo, tramite un atto atipico stragiudiziale di risoluzione⁷⁸.

Punto di partenza è, ancora, l'interpretazione della preclusione di cui al secondo comma dell'art. 1453 cod. civ., che, conformemente alla tesi accolta anche nel presente lavoro, viene configurata come una preclusione di carattere anche sostanziale e relativizzata all'esito del giudizio di risoluzione⁷⁹.

Una simile opinione ammette, dunque, che vi siano ipotesi in cui il processo non si concluda con una sentenza costitutiva di risoluzione, ma in cui pure il contratto non sia azionabile dal creditore. La ragione sarebbe che la domanda di risoluzione, e non la sentenza, produce l'effetto liberatorio⁸⁰.

Se la domanda di risoluzione è idonea, essa stessa, a risolvere il contratto, ci si chiede allora se lo sia una qualsiasi altra manifestazione, anche stragiudiziale, della medesima intenzione. Da questo momento la dimostrazione perde di innovatività, finendo per aderire alle conclusioni di Sacco: la situazione sostanziale che si determina a seguito di una dichiarazione stragiudiziale non sarebbe dissimile da quella provocata dalla domanda giudiziale e regolata espressamente dal secondo comma dell'art. 1453

⁷⁷ EAD., *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 338, corsivo nel testo.

⁷⁸ EAD., *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 348 ss.

⁷⁹ *Supra*, cap. I, sez. II, par. 4.2.2.

⁸⁰ I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 354: «se la sentenza fosse necessaria al prodursi dell'effetto, la domanda non potrebbe avere in nessun caso efficacia liberatoria in ipotesi di chiusura in rito o estinzione del giudizio; mentre se il diritto alla risoluzione fosse un diritto potestativo sostanziale, le vicende anomale del processo non potrebbero influire in alcun modo sull'esercizio di esso».

cod. civ. ⁸¹. La necessità di tutela dell'affidamento della parte inadempiente imporrebbe perciò di non esporla a una successiva richiesta di adempimento ⁸². L'atto stragiudiziale di risoluzione così configurato coincide, di fatto, con una diffida ad adempiere, sui cui effetti potrà intervenire una pronuncia dichiarativa del giudice.

La novità della tesi proposta sta nel ruolo conferito all'eccezione di risoluzione, quale manifestazione di un potere sostanziale risolutorio a carattere generale.

Parte della dottrina successiva ha condiviso la tesi della configurabilità, nel nostro ordinamento, di un'eccezione di risoluzione del contratto, muovendosi non già sul piano dogmatico, bensì sul piano applicativo, e constatando come la giurisprudenza farebbe inconsapevolmente e implicitamente uso dell'eccezione di risoluzione ⁸³. Ciò avverrebbe per il tramite di un utilizzo «criptosolutorio» dell'eccezione di inadempimento ⁸⁴, allorché la giurisprudenza consente alla parte non inadempiente, in particolare, di sollevare l'eccezione a fronte di un inadempimento irreparabile e dunque consentendole il rifiuto definitivo dell'esecuzione della propria prestazione: è il caso in cui la giurisprudenza legittima il definitivo rifiuto del pagamento del corrispettivo al professionista inadempiente da parte del cliente ⁸⁵. In tali fattispecie l'eccezione di inadempimento perderebbe la sua natura dilatoria e l'inadempimento definitivo diventerebbe esso stesso fatto estintivo della pretesa.

In aggiunta, si riscontrano altre fattispecie nelle quali la giurisprudenza parrebbe ammettere forme di risoluzione atipica. Così il rifiuto opposto all'adempimento tardivo dal contraente fedele che non abbia ancora domandato la risoluzione del contratto ⁸⁶; la facoltà di recesso consentita al creditore in contratti di durata con termine finale per l'adempimento, tale per cui il ritardo compromette definitivamente l'interesse creditorio ⁸⁷.

⁸¹ EAD., *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 362.

⁸² EAD., *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 346.

⁸³ M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 159: «la figura dell'eccezione di risoluzione trova riscontro nel diritto applicato. La giurisprudenza, sia pure inconsapevolmente, recepisce questo controverso strumento muovendosi lungo direttrici diverse».

⁸⁴ ID., in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 159 ss.; da ultimo, I. PAGNI, *La risoluzione del contratto tra azione ed eccezione: ancora sulla natura dichiarativa della sentenza che pronuncia sulla risoluzione*, in C. CONSOLO – I. PAGNI – S. PAGLIANTINI – V. ROPPO – M. MAUGERI (a cura di), *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Bologna, 2018, 80.

⁸⁵ M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 53; S. PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione*, cit., 89 ss.

⁸⁶ ID., *Eccezione (sostanziale) di risoluzione*, cit., 90 ss.

⁸⁷ ID., *Eccezione (sostanziale) di risoluzione*, cit., 93 ss.

4.1.2. Risoluzione e necessità di ricorso al processo.

La proposta dell'atto stragiudiziale atipico di risoluzione tende così a funzionalizzarsi, in quanto sarebbe ritenuto uno strumento opportuno nella soluzione di specifici conflitti di interessi. Non stupisce, allora, che alcune tra le più recenti proposte ricostruttive guardino principalmente allo scopo perseguito dalla parte per distinguere tra i casi in cui la risoluzione può essere stragiudiziale e i casi in cui, invece, permane la necessità di una pronuncia costitutiva.

Così, una tesi, che non è rimasta isolata ⁸⁸, si concentra sull'interesse del creditore. Quando questi mira esclusivamente a liberarsi dal contratto, si afferma, non sarebbe necessaria un'azione giudiziale: l'atto atipico di risoluzione stragiudiziale serve al meglio gli interessi di certezza e celerità della parte, trasferendo sul debitore inadempiente l'onere di agire in giudizio qualora ritenga infondate le ragioni della controparte ⁸⁹. Il processo sarebbe invece necessario qualora la parte non inadempiente intendesse esercitare un'azione di condanna al risarcimento del danno e/o alla restituzione della prestazione eseguita ⁹⁰.

Così «poco importa che [la risoluzione] si sia prodotta prima dell'avvio del processo [...], per poi essere dichiarata dal giudice, o che sia stata domandata dal creditore allegando un inadempimento di non scarsa importanza (art. 1455 c.c.) e pronunciata con sentenza costitutiva. In entrambi i casi la risoluzione opera retroattivamente, e la sentenza costituisce il presupposto necessario delle azioni di condanna che conseguono allo scioglimento del rapporto. In questa prospettiva, perde significato l'antitesi tra risoluzione costitutiva [...] e dichiarativa».

La tesi sembra riecheggiare le parole di Vincenzo Roppo, che rileva come vi siano esigenze pragmatiche e giuridiche che rendono talvolta desiderabile per il creditore esercitare l'azione di risoluzione anziché servirsi della diffida ad adempiere, tra cui appunto, la proposizione, in via cumulata, di domande di condanna al

⁸⁸ Compiutamente espressa in M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., *passim* e ripresa da S. PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione*, cit., 44 ss. Dellacasa, alle pagg. 50 ss. riprende altresì un primo argomento testuale, secondo cui l'art. 1453 cod. civ., nel fare riferimento alla domanda di risoluzione, non imporrebbe per ciò solo una risoluzione necessariamente giudiziale e un secondo argomento empirico, secondo cui la giurisprudenza farebbe uso, seppur inconsapevolmente, di strumenti di risoluzione atipici, su cui v. *supra*, par. 4.1.1.

⁸⁹ ID., *Risoluzione per inadempimento*, cit., *passim*.

⁹⁰ ID., *Risoluzione per inadempimento*, cit., *passim*.

risarcimento o alle restituzioni ⁹¹. Questa, che nell'opera di Roppo è una constatazione di carattere descrittivo, assume, nella tesi esposta, una connotazione prescrittiva: muovendo da ciò che normalmente accade — il creditore agisce in giudizio per chiedere, insieme con la risoluzione, anche una condanna —, si ricava una regola.

L'accostamento all'opera di Roppo non è casuale. L'illustre Autore, che pure aderisce alla tesi tradizionale della costitutività della sentenza di risoluzione ⁹², è recentemente intervenuto nel dibattito tra giudizialità e stragiudizialità della risoluzione richiamando gli interpreti a valorizzare — con un'espressione che si è già avuto modo di ricordare ⁹³ — la «forza del fatto»: a non ridurre la disputa a due categorie astratte, ma a comprendere quali tipologie contrattuali si presterebbero a una risoluzione tendenzialmente stragiudiziale e per quali invece il processo sembra un passaggio necessario ⁹⁴. Il metodo è, ancora, insieme empirico e giuridico, ma non è prescrittivo: lo scopo dell'Autore è chiarire in quali casi il processo è rilevante o meno, non quando esso sia giuridicamente necessario.

Ebbene, secondo Roppo il giudizio di risoluzione sarebbe rilevante quando la prestazione oggetto del contratto è interessante per le parti: quando, dunque, è un bene infungibile o quando si tratta di una prestazione di fare che si esaurisce nella sfera dell'obbligato ⁹⁵. Nel primo caso, il contenzioso verterà sulla restituzione del bene; nel secondo caso l'interesse della parte, vincolata, ad esempio, a non edificare, è di non essere più obbligata.

Il giudizio di risoluzione perderebbe di rilevanza nei contratti di collaborazione ⁹⁶, perché, secondo l'Autore, nel momento in cui una parte arriva a domandare la risoluzione, significa che non intende più ricevere la prestazione da quella controparte e desidera invece liberarsi dal vincolo per procurarsi la prestazione altrove ⁹⁷. Parimenti poco utile sarebbe il giudizio sulla risoluzione dei contratti aventi ad oggetto

⁹¹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 902 s. L'Autore ricorda anche come l'attore potrebbe avere interesse a trascrivere la domanda giudiziale di risoluzione.

⁹² ID., *Il contratto*, cit., 910.

⁹³ *Supra*, cap. I, sez. II, par. 4.3.

⁹⁴ V. ROPPO, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto*, in C. CONSOLO – I. PAGNI – S. PAGLIANTINI – V. ROPPO – M. MAUGERI (a cura di), *La risoluzione per inadempimento*, cit., *passim*.

⁹⁵ ID., *Giudizialità e stragiudizialità*, cit., 18 ss.

⁹⁶ ID., *Giudizialità e stragiudizialità*, cit., 22 ss.

⁹⁷ Scrive icasticamente l'Autore, a pag. 25: «Stiamo parlando di contratti che nella realtà effettuale sono morti: uccisi dalla forza del fatto, identificabile nella determinazione di una delle parti [...] di non darvi attuazione ulteriore».

beni fungibili, giacché anche in questo caso l'interesse della parte è poter reperire una prestazione succedanea nel minor tempo possibile ⁹⁸.

Si assiste, dunque, a una presa di coscienza, da parte della dottrina, della complessità del problema. La configurabilità di una dichiarazione stragiudiziale atipica di risoluzione, sollecitata dalla valorizzazione dell'affidamento del debitore, è stata prima al centro di una riflessione dogmatica ed è poi entrata nel dibattito sull'effettività delle tutele, tema, quest'ultimo, particolarmente sensibile nell'attuale contesto europeo dei rimedi contrattuali.

4.1.3. *I termini del dibattito attuale nel contesto europeo.*

La tesi dell'atto atipico di risoluzione per inadempimento è oggi sostenuta, come si è visto, da un nutrito gruppo di studiosi, pur con argomentazioni diverse.

La proposta intercetta l'insofferenza nei confronti della risoluzione giudiziale, senz'altro aggravata dalla cronica lentezza della giustizia civile, e si inserisce in un contesto internazionale e sovranazionale nel quale diverse fonti — lo si è ricordato in apertura del presente lavoro —, cogenti o persuasive, hanno fatto della risoluzione stragiudiziale la regola ⁹⁹.

Non manca chi ravvisa una carica ideologica nel dibattito, che vedrebbe a confronto tesi dirigiste, improntate al necessario controllo giudiziale dell'autonomia privata, e tesi più liberali, favorevoli alla soluzione stragiudiziale dei conflitti di interessi ¹⁰⁰.

L'insegnamento di Roppo, da ultimo esposto, deve però servire da monito: il dibattito non può essere incentrato sulla contrapposizione astratta tra due modelli, quello giudiziale e quello stragiudiziale, perché le due categorie, di carattere puramente descrittivo, non restituiscono, di per sé, né una rispondenza agli interessi concreti in gioco né una chiara configurazione giuridica dell'istituto.

⁹⁸ ID., *Giudizialità e stragiudizialità*, cit., 26 s.

⁹⁹ Cfr. M. DELLACASA, *L'ambiente della risoluzione per inadempimento*, in C. CONSOLO – I. PAGNI – S. PAGLIANTINI – V. ROPPO – M. MAUGERI (a cura di), *La risoluzione per inadempimento*, cit., 165 ss. e cfr. *supra*, cap. I, sez. I, par. 2, dove sono state richiamate le riforme, di questo secolo, del *BGB* e del *Code civil*, nonché gli artt. 49 e 64 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili, l'art. 9:303 dei PECL e l'art. 3:507 del DCFR.

¹⁰⁰ ID., in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 150.

Questo secondo aspetto, la natura giuridica dell'atto stragiudiziale di risoluzione, peraltro, merita maggiore attenzione. Sacco, come detto, fa coincidere la manifestazione stragiudiziale della volontà di risolvere il contratto con una diffida ad adempiere¹⁰¹, con la conseguenza che la risoluzione sarebbe tendenzialmente sospesa sino allo scadere del termine di grazia. Altri autori prendono espressamente le distanze da questo inquadramento, e ritengono che la necessità di dare un preavviso al debitore inadempiente mal si concilierebbe con la fattispecie dell'inadempimento definitivo, di fronte al quale dovrebbe ritenersi che il creditore sia legittimato a risolvere in tronco il contratto¹⁰². L'atto stragiudiziale di risoluzione coinciderebbe così, secondo alcuni, con un recesso per giusta causa¹⁰³.

La distinzione non è irrilevante, perché tra recesso e diffida ad adempiere corrono notevoli differenze di struttura ed effetti. La contrapposizione non è, peraltro, una peculiarità del dibattito interno, ma sembra riprodurre i due modelli di riferimento nel panorama europeo: il modello tedesco, improntato al recesso per inadempimento, e il nuovo testo del *Code civil* francese, che ha codificato la *résolution par notification*, istituito sotto molti aspetti più vicino alla nostra diffida ad adempiere — anche se non pienamente coincidente con essa¹⁰⁴ —, e che ha contribuito a rinverdire il dibattito interno sul tema¹⁰⁵.

I due modelli, cui si faranno cenni, certamente non esaustivi, nei paragrafi che seguono, sono qui considerati, in particolare, per l'influenza esercitata sui nostri interpreti.

¹⁰¹ *Supra*, par. 3.

¹⁰² M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 171.

¹⁰³ ID., in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 171 ss.; M. PALADINI, *L'atto unilaterale*, cit., *passim*; S. PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione*, cit., 102.

¹⁰⁴ Cfr. *infra*, par. 4.2.2.2.

¹⁰⁵ Come osserva C. CONSOLO, *La risoluzione per inadempimento anche stragiudiziale, senza processo, purché (fuori dagli artt. 1454 e 1456) ... per contratto anche tacito (o discordia concors per acquiescenza)*, in C. CONSOLO – I. PAGNI – S. PAGLIANTINI – V. ROPPO – M. MAUGERI (a cura di), *La risoluzione per inadempimento*, cit., 40.

4.2. *I due modelli di riferimento: il recesso per inadempimento tedesco e la résolution par notification del Code civil riformato.*

4.2.1. *Il modello tedesco e le forme speciali di recesso per inadempimento nell'ordinamento italiano.*

Sulla scorta del modello della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili ¹⁰⁶, la *Schuldrechtsmodernisierung* ha fatto del recesso l'unico rimedio sinallagmatico di cui può disporre la parte delusa in caso di inadempimento del contratto, cui può accedere il risarcimento del danno ¹⁰⁷.

La disposizione del primo comma del § 323 *BGB* ¹⁰⁸ consente alla parte di un contratto a prestazioni corrispettive, in caso di inesecuzione o di esecuzione inesatta della prestazione, di recedere dal contratto previa assegnazione al debitore di un termine entro il quale adempiere.

Presupposto per la risoluzione è il fatto obiettivo dell'inadempimento, mentre l'imputabilità rileva ai soli fini della risarcibilità del danno ai sensi del § 280 *BGB* ¹⁰⁹.

¹⁰⁶ *Supra*, cap. I, sez. I, par. 2, si è riferito del contenuto degli artt. 49 e 69 della Convenzione, i quali, previa concessione alla controparte di un termine ragionevole, concedono, rispettivamente, al compratore e al venditore, di dichiarare risolto il (ossia di recedere, con effetto retroattivo dal) contratto.

¹⁰⁷ Così A. DI MAJO, *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 13.

¹⁰⁸ La norma, rubricata «Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung», così dispone: «(1) Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten. (2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn 1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, 2. der Schuldner die Leistung bis zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer im Vertrag bestimmten Frist nicht bewirkt, obwohl die termin- oder fristgerechte Leistung nach einer Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner vor Vertragsschluss oder auf Grund anderer den Vertragsabschluss begleitenden Umstände für den Gläubiger wesentlich ist, oder 3. im Falle einer nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. (3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung. (4) Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden. (5) Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. (6) Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist». Sul tema, v. A. DI MAJO, *Recesso e risoluzione*, cit.; ID., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 204 ss.; D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contratto e impr.*, 2004, 816 ss.; M. PALADINI, *L'atto unilaterale*, cit., 177 ss.

¹⁰⁹ A. DI MAJO, *Recesso e risoluzione*, cit., 25; D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco*, cit., 817.

Nemmeno è previsto un requisito ulteriore come quello della non scarsa importanza richiesto dall'art. 1455 cod. civ.¹¹⁰.

Non si tratta, di regola, di un recesso in tronco. Il meccanismo, però, non coincide nemmeno con la diffida ad adempiere: il *Rücktritt* germanico estingue immediatamente il contratto e la concessione di un previo termine di adempimento ne è requisito di efficacia; nell'ordinamento italiano, invece, la diffida ad adempiere risolve il contratto dopo il decorso del termine intimato ed opera automaticamente alla scadenza.

La legge prevede, peraltro, rilevanti deroghe all'onere di previa assegnazione di un termine al debitore. Il secondo comma del § 323 *BGB* esonera il creditore dall'assegnazione del termine qualora l'inadempimento consista in un ritardo rispetto a un termine essenziale; inoltre l'inesatto adempimento giustifica il recesso in tronco alla luce di speciali circostanze del caso concreto.

Il legislatore tedesco ha poi disciplinato, in uno specifico capo, gli effetti del recesso, che si producono, ai sensi del § 349 *BGB*, con la sola dichiarazione di parte. Ai sensi del § 346 *BGB* il recesso obbliga le parti alla restituzione di quanto percepito, operando perciò retroattivamente *inter partes*¹¹¹.

Il recesso produce effetto se esercitato in difetto dei necessari presupposti, come può essere accertato dal giudice adito dal contraente inadempiente.

Il modello tedesco spicca, all'evidenza, per linearità: una sola forma di rimedio sinallagmatico all'inadempimento e una disciplina piuttosto semplice, seppur differenziata tra quelle fattispecie che richiedono la concessione di un termine di grazia al debitore e quelle in cui, invece, l'assegnazione del termine non è necessaria. Non vi è perciò da stupirsi se da esso hanno tratto ispirazione quegli autori che anche nel nostro sistema ritengono rintracciabile un atto atipico stragiudiziale di risoluzione per inadempimento e che ne sostengono l'opportunità per ragioni di certezza e di celerità¹¹².

In particolare, secondo alcuni, come detto, il recesso per inadempimento sarebbe un rimedio generale preferibile alla diffida ad adempiere in caso di

¹¹⁰ M. PALADINI, *L'atto unilaterale*, cit., 180.

¹¹¹ Evidenza A. DI MAJO, *Recesso e risoluzione*, cit., 15, che ciò è coerente con la tradizione della condizione risolutiva di inadempimento, da cui trae ispirazione la disciplina germanica.

¹¹² Sono le tesi, sopra riportate, di Dellacasa, Pagliantini e Paladini.

inadempimento definitivo, perché produrrebbe effetti immediati ¹¹³. Ciò non contrasterebbe con il sistema, ma sarebbe invece coerente con la *ratio* delle preclusioni di cui al secondo e terzo comma dell'art. 1453 cod. civ. Vi sarebbe insomma concordanza tra gli effetti della domanda di risoluzione e l'atto di recesso, giacché entrambi porrebbero immediatamente fine al contratto ¹¹⁴. Su un versante diverso, e al servizio di interessi differenti, starebbe la diffida ad adempiere, quale rimedio che stimola, in prima istanza, l'esecuzione della prestazione.

Il recesso per inadempimento, peraltro, è un istituto ben conosciuto nel nostro ordinamento ¹¹⁵, ma ciò può condurre a riflessioni tra loro di segno opposto.

Da un lato, vi è chi evidenzia come la previsione di una forma generale di recesso per inadempimento all'art. 1385 cod. civ., in presenza dei medesimi presupposti della risoluzione giudiziale, deponga a favore dell'abbandono della necessaria giudizialità della risoluzione. Si aggiunge, inoltre, che nella medesima direzione andrebbe la generale facoltà di recesso prevista dall'art. 1464 cod. civ. in caso di impossibilità parziale della prestazione ¹¹⁶.

Occorre, d'altro canto, ricordare l'autorevole insegnamento secondo cui «recesso e risoluzione costituiscono — insieme — un tema centrale per misurare la forza di legge di un contratto» ¹¹⁷, la cui ammissibilità nell'ordinamento richiede, quindi, un accurato bilanciamento tra le opposte esigenze di vincolatività del contratto e di tutela del singolo contraente di fronte alle sopravvenienze.

Secondo la sistematica offerta dalla dottrina ¹¹⁸, il recesso per inadempimento sarebbe una specie del recesso d'impugnazione. Esso è privo di una disciplina generale — prevista dall'art. 1373 cod. civ. per il solo recesso convenzionale —, ma condivide con la risoluzione i presupposti e si ritiene che con essa condivide anche gli effetti: il

¹¹³ M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 80.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ G. GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 725 ss.; ID., *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, spec. 37 ss.; ID. – F. PADOVINI, voce *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, spec. 32 ss.; G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti. Appunti da una ricerca*, in ID. (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994, 3 ss.; M. AMBROSOLI, voce *Recesso*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. IX, Assago, 2014, 527 ss.

¹¹⁶ S. PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione*, cit., 95; M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 76 ss.

¹¹⁷ G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione*, cit., 1.

¹¹⁸ G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., *passim*.

recesso per inadempimento produrrebbe, perciò, gli effetti retroattivi previsti dall'art. 1458 cod. civ.¹¹⁹.

Si aggiunge che il recesso è istituito «di parte speciale»¹²⁰, appunto perché non disciplinato da una norma generale e previsto da singole norme all'interno della disciplina dei diversi tipi contrattuali. Ciò non ha impedito consolidate generalizzazioni della disciplina del recesso.

Si ritiene, così, che il recesso c.d. determinativo, ossia il recesso che pone fine *ex nunc* all'efficacia di un contratto privo di termine finale, sia uno strumento comune a ogni contratto di durata, anche laddove non espressamente previsto dalla legge¹²¹. Non solo: anche il recesso per inadempimento è ritenuto una figura generale comune ai contratti di durata¹²².

Si osserva come sia invece considerata eccezionale la facoltà di recesso per inadempimento attribuita alle parti di un contratto a esecuzione istantanea¹²³. Del resto, anche la dottrina che è propensa a ritenere il recesso «uno *strumento normale e fisiologico di sistemazione degli interessi contrattuali*»¹²⁴, proprio alla luce delle vastissime previsioni legali di facoltà di recesso, si mostra più prudente nel campo dei recessi di autotutela, ritenendoli ammissibili «*solo in presenza di determinati presupposti giustificativi*»¹²⁵.

Possono quindi nutrirsi seri dubbi sull'estensibilità del recesso d'impugnazione come rimedio generale di reazione all'inadempimento.

4.2.2. *L'introduzione della résolution unilatérale nel Code civil: un istituto molto simile alla diffida ad adempiere?*

4.2.2.1 *La riforma.*

Come accennato, l'*Ordonnance* 2016-131 ha introdotto, agli artt. 1224 ss. del *Code civil*, un'organica disciplina della risoluzione per inadempimento¹²⁶, la cui

¹¹⁹ ID. – F. PADOVINI, voce *Recesso*, cit., 34.

¹²⁰ G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione*, cit., 3.

¹²¹ G. GABRIELLI – F. PADOVINI, voce *Recesso*, cit., 30.

¹²² G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione*, cit., 6 e, da ultimo, M. AMBROSOLI, voce *Recesso*, cit., 528.

¹²³ G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione*, cit., 6.

¹²⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 510, corsivo nel testo.

¹²⁵ ID., *Il contratto*, cit., 520, corsivo nel testo.

¹²⁶ Si vedano, tra le opere di più ampio respiro, G. CHANTEPIE – M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, II ed., Paris, 2018, 596 ss.; F. CHÉNÉDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Paris, 2016, 194 ss.; F. TERRÉ – P. SIMLER – Y. LAQUETTE – F. CHÉNÉDÉ, *Droit. Civil. Les obligations*, XII ed.,

novità rispetto alla disciplina previgente, in vigore sin dal 1804, è sicuramente sensibile. Il testo originario del terzo comma dell'art. 1184 *Code Napoléon*, come già ricordato, prescriveva la necessità dell'intervento giudiziale per la risoluzione del contratto.

La regola trovava fondamento in un *favor contractus* che permeava l'intera disciplina della risoluzione per inadempimento: il *Code* non prevedeva, difatti, preclusioni analoghe a quelle di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 1453 cod. civ., sicché, anche dopo la domanda di risoluzione, era sempre possibile l'adempimento da parte del debitore e il creditore poteva esigere la prestazione¹²⁷. In questo contesto, la previsione della risoluzione necessariamente giudiziale sarebbe un corollario del principio — importato anche nel nostro art. 1372 cod. civ. — secondo cui «les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites»¹²⁸: il contratto vincola le parti e il rapporto non è disponibile dalla singola parte.

Il nuovo testo dell'art. 1224¹²⁹ segna una netta discontinuità con il modello originario del *Code*, prima di tutto dal punto di vista simbolico¹³⁰. La norma prevede tre forme di risoluzione per inadempimento tra loro equiordinate. Le prime due hanno significativamente carattere stragiudiziale: la risoluzione per clausola risolutiva e la risoluzione per «*notification*»; solo al terzo posto viene la risoluzione giudiziale, la quale, da unico rimedio contro l'inadempimento, si ritrova ora parificata ad altri due strumenti di autotutela.

La novella ha, prima di tutto, si diceva, una portata simbolica e culturale; gli interpreti evidenziano, invece, come, sul piano strettamente giuridico, la *Réforme* abbia formalizzato — con alcuni accorgimenti — istituti ampiamente conosciuti dal diritto vivente¹³¹.

Paris, 2019, 807 ss. Tra gli autori italiani v. M. DELLACASA, *La nuova résolution du contrat pour inexécution, ovvero come aggiornare la tradizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1539 ss.; S. PAGLIANTINI, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: il modello italiano e la riforma francese (artt. 1219, 1224, 1226 e 1227 Code civil)*, in *Giust. civ.*, 2017, 607 ss.

¹²⁷ M. DELLACASA, *La nuova résolution*, cit., 1541 s.

¹²⁸ Cfr. l'art. 1134 *Code civil*, testo previgente, e l'attuale testo dell'art. 1103.

¹²⁹ «La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice».

¹³⁰ G. CHANTEPIE – M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, cit., 597.

¹³¹ F. TERRÉ – P. SIMLER – Y. LAQUETTE – F. CHÉNÉDÉ, *Droit. Civil*, cit., 854.

Così è stato per la clausola risolutiva, già pacificamente ammessa dalla giurisprudenza ¹³² e oggi disciplinata dall'art. 1225 *Code civil*. Come la clausola risolutiva espressa di cui all'art. 1456 cod. civ., anche la *clause résolutoire* permette all'autonomia privata di superare, tramite una specifica pattuizione, il giudizio di gravità dell'inadempimento, presupposto necessario per la risoluzione giudiziale e tramite *notification* ¹³³. La differenza tra clausola risolutiva espressa e *clause résolutoire* sta nella loro operatività. Di regola la risoluzione, ai sensi dell'art. 1225 *Code civil*, si produce dopo un'infruttuosa messa in mora del debitore da parte del creditore, con un atto che faccia espressa menzione della clausola risolutiva. Le parti possono però prevedere che la risoluzione abbia luogo automaticamente, pattuizione che avvicina la *clause résolutoire* a una condizione risolutiva di inadempimento ¹³⁴. Come noto, invece, la risoluzione per clausola risolutiva espressa si discosta da entrambe le alternative, perché consegue sempre a una dichiarazione di parte ¹³⁵, ma con effetto immediato.

Anche la risoluzione per atto unilaterale era ammessa dalla giurisprudenza, sin dal noto *Arrêt Tocqueville* del 1998 ¹³⁶: in caso di inadempimento grave, la giurisprudenza consentiva al contraente fedele di sciogliere unilateralmente il

¹³² ID., *Droit civil*, cit., 855.

¹³³ ID., *Droit civil*, cit., 858.

¹³⁴ Sulla cui ammissibilità nell'ordinamento italiano v., in dottrina, G. AMADIO, *La condizione di inadempimento: contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, *passim*; M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 316 ss.; S. MAIORCA, voce *Condizione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., III, Torino, 1988, 282 s.; I. RIVA, *A proposito della condizione risolutiva unilaterale di adempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, spec. 209; con riserve, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 583. In giurisprudenza v. Cass., 11 giugno 2014, n. 13216, in *De Jure*; Cass., 12 luglio 2013, n. 17287, *ivi*; Cass., 30 aprile 2012, n. 6634, *ivi*; Cass., 15 novembre 2006, n. 24299, in *Obbl. e contratti*, 2008, 215 ss., con nota di B. COLOSIMO, *La condizione risolutiva di inadempimento*; Cass., 24 novembre 2003, n. 17859, in *De Jure*; Cass., 8 agosto 1990, n. 8051, *ivi*. V. anche Cass., 9 dicembre 2019, n. 32109, *ivi*.

¹³⁵ Ci si domanda, invero, in dottrina, se sia valida la pattuizione di una clausola risolutiva con la previsione che la risoluzione consegua automaticamente all'inadempimento. In tal senso G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 620. Sembra però preferibile l'opinione secondo cui la necessaria dichiarazione di parte ai fini della risoluzione segni il *discrimen* tra clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva, sicché, nel caso di una simile pattuizione, non si pone tanto un problema di validità o invalidità della clausola, quanto piuttosto una sua corretta qualificazione come condizione risolutiva espressa. Sul confine tra clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva v., *ex multis*, M. COSTANZA., *sub art. 1457*, in L. NANNI – M. COSTANZA – U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 2, *Art. 1455-1459*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 2007, 46; M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., 152 s.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 907. Cfr. Cass., 31 agosto 2009, n. 18920, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 239 ss., con nota di I.L. NOCERA, *Clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva tra autonomia contrattuale e automatismo della risoluzione*.

¹³⁶ Cass., 12 ottobre 1998, *RTD civ.*, 1999, 394.

contratto con effetto immediato, gravando la controparte dell'onere di agire in giudizio per l'accertamento del difetto dei presupposti della risoluzione.

La *Réforme* ha introdotto, all'art. 1226 *Code civil*¹³⁷, una forma di risoluzione per atto unilaterale di parte, che sottopone però lo scioglimento del contratto a rigorosi requisiti procedurali¹³⁸. La codificazione si fa carico, così, di mediare tra due esigenze contrapposte: quella di una celere reazione all'inadempimento, che consenta una rapida liberazione dal vincolo, e la conservazione del contratto, valore ancora centrale nel sistema¹³⁹. Ancora recentemente, la più autorevole dottrina francese ricorda come, da un punto di vista economico, il contratto costituisca un valore, la cui distruzione ha un evidente costo, e come, sotto il profilo giuridico, la rinnovata sensibilità ai c.d. rimedi manutentivi — di cui la *Réforme* si è fatta portatrice nel campo delle sopravvenienze¹⁴⁰ — ne sia una dimostrazione¹⁴¹.

L'*iter* della risoluzione per atto unilaterale previsto dall'art. 1226 *Code civil* è, in effetti, piuttosto complesso.

La norma si apre con una disposizione eloquente: il creditore può risolvere unilateralmente il contratto «a suo rischio e pericolo». Sin dalle prime parole è dunque chiaro che il controllo giudiziale non è stato affatto soppresso, ma solo reso operante a posteriori¹⁴².

La risoluzione prevista dall'art. 1226 non è automatica: il creditore deve previamente mettere in mora il debitore, salvo urgenza. La deroga sembra decisamente meno ampia delle molte eccezioni previste dal § 323 *BGB*. Il contraente fedele deve assegnare al debitore un termine ragionevole entro il quale adempiere, comunicandogli espressamente che in difetto avrà il diritto di risolvere il contratto.

¹³⁷ «1. Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. 2. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. 3. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. 4. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution».

¹³⁸ In tal senso M. DELLACASA, *La nuova résolution*, cit., 1458.

¹³⁹ Cfr. ID., *La nuova résolution*, cit., 1553.

¹⁴⁰ Il riferimento è all'art. 1195 *Code civil*, il quale, per il caso di una sopravvenienza assimilabile all'eccessiva onerosità sopravvenuta nostrana, ha previsto una complessa disciplina che permette alle parti di comune accordo, in prima istanza, e, in seconda istanza, al giudice su domanda di una delle parti, di adeguare le prestazioni al rapporto di valore sopravvenuto e configura la risoluzione del contratto come *extrema ratio*.

¹⁴¹ F. TERRÉ – P. SIMLER – Y. LAQUETTE – F. CHÉNÉDÉ, *Droit. Civil*, cit., 864.

¹⁴² G. CHANTEPIE – M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, cit., 606.

Qualora l'inadempimento perdurasse, il creditore può notificare al debitore l'atto di risoluzione, che deve essere motivato. La motivazione deve dare conto della gravità dell'inadempimento, presupposto comune alla risoluzione giudiziale e alla risoluzione per *notification*. Le ragioni sembrano poter essere, ad avviso della dottrina, sia quelle che hanno dato luogo alla *notification* sia eventuali motivi sopravvenuti che abbiano aggravato l'inadempimento ¹⁴³.

Il debitore può adire il giudice «à tout moment», sin dalla costituzione in mora ¹⁴⁴, per contestare i presupposti della risoluzione. È dunque spostato sul debitore l'onere dell'azione giudiziale, che potrà vertere tanto sul difetto dei presupposti sostanziali della risoluzione — l'inadempimento e la sua gravità — quanto sul mancato rispetto delle numerose disposizioni di carattere procedurale da parte del creditore. L'azione del debitore sembrerebbe poter avere anche carattere inibitorio, dal momento che può essere esercitata anche prima della risoluzione.

4.2.2.2. Osservazioni critiche in relazione al diritto italiano.

La *Réforme* ha introdotto nel *Code civil* un istituto in larga parte assimilabile alla diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 cod. civ. ¹⁴⁵. La *notification* — conformemente al *favor contractus* che, si è detto, ispira tuttora il regime della *résolution* — è un istituto che, in prima battuta, mira a sollecitare l'adempimento del debitore. Per la verità, il meccanismo — ci si tornerà a breve, ma occorre chiarirlo da subito — è più simile a quello del *Rücktritt*, perché la *résolution* consegue a un atto autonomo e separato rispetto alla *notification*. Se, però, il § 323 *BGB* prevede notevoli deroghe all'onere di costituzione in mora, queste appaiono assai limitate nel nuovo art. 1226 *Code civil*: sembra, dunque, che la costituzione in mora, nelle intenzioni del legislatore francese, costituisca un passaggio quasi sempre necessario, in ciò avvicinando la *notification*, dal punto di vista operativo, alla diffida ad adempiere.

Anche la *résolution par notification* è legittima in presenza di un inadempimento grave ed è sottoposta a rigidi requisiti procedurali. La *notification* deve contenere non solo l'invito ad adempiere entro un termine ragionevole, ma deve anche

¹⁴³ F. TERRÉ – P. SIMLER – Y. LAQUETTE – F. CHÉNEDÉ, *Droit. Civil*, cit., 867 s.

¹⁴⁴ ID., *Droit. Civil*, cit., 868.

¹⁴⁵ E su cui cfr. *supra*, cap. II, spec. par. 2.1. Le analogie sono colte da M. DELLACASA, *La nuova résolution*, cit., 1557 ss.

recare l'espresso avvertimento che, in difetto, il creditore avrà il diritto di sciogliere il contratto. Le analogie con i requisiti di forma-contenuto della diffida ad adempiere sono evidenti.

La rilevante differenza tra la *résolution par notification* e la diffida ad adempiere consiste, come anticipato, nell'atto che produce la risoluzione. Nel nostro ordinamento, quest'atto è la diffida stessa, sicché la risoluzione consegue a una fattispecie complessa data dalla notificazione della diffida, completa nei suoi requisiti, e dall'infruttuoso decorso del termine. Secondo l'art. 1226 *Code civil*, invece, la risoluzione è prodotta da un atto distinto dalla *notification*, che il creditore può scegliere di porre in essere una volta decorso il termine intimato¹⁴⁶. La soluzione, che ricalca il modello tedesco, affida a una scelta del creditore, dopo la scadenza del termine, lo scioglimento del contratto. L'opzione legislativa sembra dovuta a due ordini di ragioni. Da un lato il favore verso la conservazione del contratto, obiettivamente favorita da una risoluzione che non operi automaticamente; dall'altro dalla considerazione che il creditore ben potrebbe voler attendere ancora, una volta spirato il termine, prima di ricorrere allo scioglimento del contratto. Del resto, l'esigenza è manifesta anche nel nostro ordinamento, in cui sono numerose le soluzioni giurisprudenziali che permettono al creditore — unilateralmente o d'accordo con la controparte — di mantenere efficace il contratto anche dopo la scadenza del termine intimato con la diffida¹⁴⁷.

La differenza tra i due modelli non è solo operativa ma anche dogmatica: un'autorevole dottrina italiana ha osservato come la forma di risoluzione introdotta dal codificatore francese sia, in realtà, un recesso¹⁴⁸. Ciò sembra esatto, perché lo scioglimento del contratto consegue a un atto unilaterale recettizio con effetto immediato. La portata della riforma francese si apprezza, però, sotto il profilo operativo. E in questo campo le affinità con la diffida ad adempiere sono indubbiamente prevalenti, anche per quanto riguarda gli inconvenienti del rimedio. La riforma, infatti, subordina la risoluzione a rigorosi requisiti, tutti oggetto del sindacato giudiziale a posteriori. Ciò rende l'esito della possibile lite non facilmente prevedibile

¹⁴⁶ Su questa differenza e sulle sue implicazioni cfr. ID., *La nuova résolution*, cit., 1559.

¹⁴⁷ *Supra*, cap. II, par. 2.

¹⁴⁸ C. CONSOLO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 40.

e controllabile: un margine di incertezza che rischia di compromettere lo scopo di celerità perseguito dal legislatore.

Insomma, la nuova *résolution par notification* non sembra quella forma piuttosto liberale di recesso per inadempimento di cui parte della dottrina italiana sostiene la configurabilità nel nostro ordinamento. Sembra piuttosto un istituto di compromesso tra le istanze di celerità dei traffici, condivise da questa stessa dottrina, e la conservazione del contratto, come, del resto, è la diffida ad adempiere.

Se la più recente riforma organica nel contesto europeo è giunta a una tale soluzione di compromesso occorre forse, allora, riflettere con cura sui vantaggi e sugli inconvenienti della proposta dell'atto stragiudiziale atipico di risoluzione nel sistema italiano.

5. *Le critiche alla proposta dell'atto stragiudiziale atipico di risoluzione.*

La tesi secondo la quale il contratto sarebbe risolto per effetto della domanda di risoluzione o, addirittura, di una dichiarazione stragiudiziale del creditore incontra numerose critiche.

Due obiezioni possono dirsi tradizionali. La prima è radicata nella lettera della legge e in particolare nel dato testuale dell'art. 1453 cod. civ., che al primo comma dispone espressamente che il creditore debba «chiedere» la risoluzione, al secondo comma, per due volte, utilizza il participio «domandata» in relazione alla risoluzione e, al terzo comma, l'espressione «domanda di risoluzione». Non solo: quando il legislatore ha previsto una forma di risoluzione stragiudiziale si è servito di espressioni univoche come «risolto di diritto»¹⁴⁹.

La seconda obiezione tradizionale guarda alle conseguenze che deriverebbero dal ritenere la risoluzione un effetto della domanda giudiziale o della dichiarazione stragiudiziale. Ci si domanda, in particolare, cosa accadrebbe nel caso di mancato accoglimento della domanda di risoluzione o di accertamento giudiziale della perdurante efficacia del contratto¹⁵⁰.

¹⁴⁹ U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *La risoluzione*, cit., 42. Esclusivamente sul piano letterale si muove la critica di G. IORIO, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, Milano, 2012, 19 ss.

¹⁵⁰ C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 443.

Le risposte plausibili sono due. Una prima risposta è che il mancato accoglimento della domanda faccia rivivere un contratto già risolto, soluzione giudicata decisamente artificiosa ¹⁵¹. Una seconda soluzione renderebbe invece l'efficacia del contratto, nei fatti, indipendente dall'esito del processo. È quanto si verifica se si ritiene in ogni caso che il creditore non possa più azionare il contratto dopo aver dichiarato di volerlo risolvere, a prescindere dall'esito dell'eventuale giudizio: se, insomma, si conferisce carattere assoluto alla preclusione del secondo comma dell'art. 1453 cod. civ. e se ne estende il campo di applicazione anche alla dichiarazione stragiudiziale ¹⁵².

Come si è illustrato, la tesi della risoluzione come effetto della dichiarazione di parte nasce dall'esegesi di questa disposizione e mira a risolvere l'aporia dei c.d. «contratti morti»: contratti dei quali il creditore non potrebbe più chiedere l'esecuzione, perché ne ha domandato la risoluzione, ma giudizialmente non risolti. La tesi elide apparentemente il problema, riconducendo la risoluzione alla domanda o alla manifestazione stragiudiziale di volontà. Il problema, però, si ripresenta all'esito del giudizio ed è dunque solo posticipato, perché in caso di accertamento della perdurante efficacia del contratto permane l'imbarazzo dell'interprete di fronte a un contratto vincolante ma non azionabile.

Di qui la precisazione di Sacco secondo cui la risoluzione per atto unilaterale sarebbe assimilabile a una diffida ad adempiere e opererebbe, pertanto, per dirla con le parole del legislatore francese, «a rischio e pericolo» del creditore ¹⁵³: la risoluzione sarebbe così subordinata alla sussistenza, nel momento della dichiarazione, dei presupposti previsti dalla legge, che la sentenza si limiterebbe ad accertare.

Ne nascono almeno due ordini di problemi: uno di carattere dogmatico e uno di *policy*.

Muoviamo dalle considerazioni di ordine dogmatico.

Si è detto che tra i sostenitori della stragiudizialità della risoluzione non c'è una veduta unanime sulla struttura dell'atto risolutivo unilaterale. Da un lato vi è chi, come, appunto, Sacco, assimila tale atto a una diffida ad adempiere ¹⁵⁴.

¹⁵¹ U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 40.

¹⁵² *Supra*, cap. I, sez. II, par. 4.1.

¹⁵³ R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 648.

¹⁵⁴ È la tesi anche di Ilaria Pagni, su cui *supra*, par. 4.1.1.

Sul punto possono esprimersi alcuni rilievi. Il fondamento stesso della tesi non pare saldo. L'Autore ritiene difatti necessaria l'estensione della disciplina della diffida ad adempiere per assicurare al debitore un termine di grazia, affinché questi non sia colto di sorpresa dalla dichiarazione del creditore ¹⁵⁵. Questa esigenza, però, non sembra radicata nel sistema, che invece riconnette alla semplice proposizione della domanda giudiziale la paralisi del contratto attraverso la duplice preclusione dell'art. 1453 cod. civ. Anche il debitore che si vede notificata la citazione contenente la domanda di risoluzione potrebbe avere interesse ad eseguire la prestazione, ma non può: perché, invece, la risoluzione stragiudiziale dovrebbe contemplare un termine di grazia? Ancora: nel caso di violazione di una clausola risolutiva espressa, la risoluzione consegue immediatamente alla manifestazione di volontà della parte. Si tratta di una scelta di politica legislativa diversa, ad esempio, da quella del legislatore francese, il quale, con l'evidente intento di offrire al debitore un'ulteriore occasione per adempiere, ha sottoposto, come si è detto, la risoluzione a una costituzione in mora del debitore.

Insomma, la tesi sembra sovrapporre indebitamente due piani, espressamente distinti nella lettera della legge: quello della risoluzione giudiziale, finalizzata a impedire immediatamente la prosecuzione del contratto, e quello della diffida ad adempiere, che invece persegue, in prima battuta, la realizzazione dello scambio. Con la tesi qui criticata, invece, l'esesesi dell'art. 1453 cod. civ. conduce a un'estensione, probabilmente eccessiva, della disciplina della diffida ad adempiere.

Come si è visto, una seconda tesi, che sembra aver riscosso maggiore successo in tempi recenti, assimila l'atto stragiudiziale di risoluzione a una forma di recesso di impugnazione con efficacia retroattiva *inter partes* ¹⁵⁶. Senonché, si è già osservato ¹⁵⁷, la diffusione di forme di recesso di impugnazione nel Codice e nell'applicazione giurisprudenziale non rende ammissibile, di per sé, una figura generale di recesso con effetti retroattivi. Sembra corretto ribadire, per le ragioni ricordate, che il recesso d'impugnazione, specialmente nei contratti ad esecuzione istantanea, rimane un rimedio eccezionale ¹⁵⁸.

¹⁵⁵ R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 648.

¹⁵⁶ Ne sono sostenitori Dellacasa, Pagliantini e Paladini. Cfr. *supra*, par. 4.

¹⁵⁷ *Supra*, par. 4.2.1.

¹⁵⁸ Si vedano ancora i riferimenti di G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., 37 ss. al recesso come rimedio «eccezionale» rispetto alla risoluzione.

In definitiva, l'incertezza sulla natura giuridica dell'atto di risoluzione non è certamente una questione di poco conto.

Sempre sul piano dogmatico, incontra notevoli resistenze anche la tesi dell'opponibilità della risoluzione in via di eccezione, che, come si è detto, ha aperto, dal punto di vista processuale, una diversa strada per la configurazione di un potere sostanziale di risoluzione del contratto¹⁵⁹. Né convince pienamente la valorizzazione dei c.d. usi «criptosolutori» dell'eccezione di inadempimento¹⁶⁰, rispetto ai quali non sembrano esserci indici sufficientemente univoci per ritenere dimostrata la tesi di un accoglimento, da parte dei giudici, seppure in forma implicita, di un'eccezione di risoluzione.

La questione richiederebbe una diffusa indagine *ad hoc*. Basti in questa sede riportare le perplessità di quella dottrina che da tempo ha stigmatizzato questo utilizzo, definito appunto «criptosolutorio», dell'eccezione di inadempimento, specialmente nei contratti di prestazione d'opera professionale¹⁶¹. La critica ha riguardato, anzitutto, l'utilizzo improprio dell'eccezione di inadempimento in senso estintivo e non solo sospensivo del contratto: come la medesima dottrina ha avuto modo di ricordare anche

¹⁵⁹ Una prima critica alla tesi può muovere proprio dalle parole di chi ne è stata la promotrice: è stata riconosciuta, sin dalla prima formulazione della tesi, la difficoltà, prima logico-empirica che giuridica, di immaginare che la parte convenuta eccepisca la risoluzione del contratto — e, si badi, non la già avvenuta risoluzione, ma lo scioglimento del contratto per effetto dell'inadempimento dedotto in via di eccezione — e non proponga, invece, o un'ordinaria eccezione di inadempimento o una domanda riconvenzionale di risoluzione¹⁵⁹. Del resto, se è astrattamente chiara la differenza tra un fatto impeditivo della pretesa, qual è l'inadempimento opposto in via di eccezione, e un fatto estintivo, quale sarebbe la risoluzione, non è invece chiara la sorte del contratto dopo che la domanda di adempimento sia stata rigettata in accoglimento dell'eccezione di risoluzione: il giudicato non si formerebbe sulla risoluzione, ma al tempo stesso il convenuto vittorioso non potrebbe certo azionare un contratto sinallagmatico di cui una prestazione risulta estinta. Queste impressioni sono state efficacemente formalizzate da autorevole dottrina, la quale formula i seguenti rilievi. Il primo: la possibilità, per il convenuto, di eccepire l'annullabilità del contratto — patologia che, se fatta valere in via di azione, dà luogo a una sentenza costitutiva — non gli conferisce affatto un potere estintivo del contratto, ma solo di spendere il potere in funzione difensiva, per provocare il rigetto della pretesa avversaria (C. CONSOLO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 50). Allo stesso modo, l'inadempimento, che può essere il presupposto di un'azione di risoluzione, può essere speso, in via di eccezione, ai sensi dell'art. 1460 cod. civ., senza incidere sull'efficacia del contratto. Il secondo rilievo concerne la «latitudine» del potere esercitato in via di eccezione e cioè l'oggetto sul quale si produce l'effetto della manifestazione di volontà della parte: l'eccezione che mira al rigetto della domanda di adempimento ha ad oggetto il diritto di credito dell'attore, non il contratto (ID., *La risoluzione per inadempimento*, cit., 52), sicché non può incidere sull'efficacia del rapporto sinallagmatico.

¹⁶⁰ Cfr. *supra*, par. 4.1.1.

¹⁶¹ A.M. BENEDETTI, *La deriva dell'eccezione di inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio criptosolutorio?*, nota a Cass., 23 aprile 2002, n. 5928, in *Danno e resp.*, 2003, 753 ss.; ID., *Le autodifese contrattuali*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2011, sub art. 1460, spec. 43 ss.

recentemente ¹⁶², l'eccezione di inadempimento è uno strumento al servizio della conservazione del contratto, non distruttivo ¹⁶³. Sono poi state espresse perplessità sulla portata della giurisprudenza che sembra ammettere un'eccezione di risoluzione: si rileva come questi «sconfinamenti risolutivi» rappresentino un'eccezione, che non modifica alla radice la fisionomia dell'eccezione di inadempimento ¹⁶⁴.

Tanto basta, per quanto qui di interesse, per concludere che sono da molti individuati utilizzi risolutivi dell'eccezione di inadempimento, ma che, a fronte di opinioni che ne desumono tracce dell'esistenza dell'istituto occulto dell'eccezione di risoluzione, vi è chi le ritiene mere deviazioni — poco opportune — dal modello legale.

Affrontate le questioni di carattere dogmatico, veniamo ai problemi di *policy*.

Un ponte tra i due campi — quello dell'opportunità delle scelte e quello della loro fondatezza giuridica — è offerto da quella tesi che sembra fare di una constatazione empirica una regola: il riferimento è all'opinione dottrinale secondo cui il giudizio di risoluzione sarebbe necessario solo se la risoluzione è prodromica a una domanda di condanna al risarcimento del danno o alla restituzione ¹⁶⁵. La tesi non è persuasiva, per via di un evidente salto logico dalla dimensione descrittiva a quella prescrittiva. Occorre poi valutare, sul piano dell'opportunità — da cui pure la tesi muove — se gli effetti di questa proposta siano apprezzabili.

Ebbene, vi è da chiedersi in quanti casi il creditore sia interessato esclusivamente a liberarsi dal vincolo contrattuale e se, in questi casi, nell'ordinamento vigente gli sia già imposto un onere di agire in giudizio.

La parte interessata esclusivamente alla risoluzione è una parte che non ha ancora eseguito la sua prestazione. Se il suo interesse è quello di non eseguire la prestazione prima che la controparte abbia almeno offerto di eseguire la propria, la parte dispone dell'eccezione di inadempimento. Se è invece ancora interessata alla controprestazione può inviare una diffida ad adempiere alla controparte. Non è agevole immaginare un caso in cui la parte che non intende proporre domande di condanna

¹⁶² ID., *Una nuova eccezione d'inadempimento? Usi «criptosolutivi» e «costituzionalmente orientati»*, in C. CONSOLO – I. PAGNI – S. PAGLIANTINI – V. ROPPO – M. MAUGERI (a cura di), *La risoluzione per inadempimento*, cit., spec. 223.

¹⁶³ ID., *Le autodifese contrattuali*, cit., *passim*.

¹⁶⁴ ID., *Una nuova eccezione d'inadempimento?*, cit., 247.

¹⁶⁵ Si tratta della tesi di Dellacasa di cui *supra*, al paragrafo 4.1.2.

abbia l'onere di agire in giudizio: possono essere i casi del contraente voglia essere certo di essere liberato dal vincolo o che necessiti di un titolo per la cancellazione della trascrizione del contratto. Ma in tal caso l'esigenza di certezza può essere assolta solo dal processo, sicché, anche qualora la risoluzione potesse essere ottenuta mediante un atto unilaterale, la parte sarebbe indotta ad esercitare un'azione di accertamento.

Ecco, allora, il cuore del problema: è proprio vero che la risoluzione per atto di parte sia un rimedio più celere ed efficiente?

Da un lato, si dirà, la liberazione immediata dal contratto, attraverso un atto di recesso, permetterebbe al creditore di tornare sul mercato.

Eppure, vi sono almeno due obiezioni.

La prima è che la risoluzione stragiudiziale non elimina il contenzioso, ma lo sposta: è il debitore a essere onerato di agire in giudizio se intende mantenere il contratto¹⁶⁶. Certo, può rilevarsi che in questo caso il debitore agirà in giudizio solo qualora ritenga fondata la propria domanda (di accertamento della permanente efficacia del contratto) e tenderà invece a rimanere inerte in caso di fondatezza della doglianza avversaria¹⁶⁷. Tuttavia, non si deve dimenticare che, qualora le parti siano sostanzialmente concordi nel volersi solo liberare dal vincolo, hanno già oggi a disposizione gli strumenti per farlo. Viceversa, difficilmente lo spostamento dell'onere dell'azione giudiziale sull'efficacia del contratto contribuirebbe a diminuire il contenzioso: le situazioni di incertezza condurrebbero comunque all'instaurazione della causa, così come tutte le — non poche — fattispecie nelle quali il creditore intendesse in ogni caso esercitare un'azione di condanna.

La seconda obiezione è che non è affatto detto che il contraente che recede, ma che non sa se controparte accetterà la risoluzione o la contesterà, sia indotto immediatamente a obbligarsi con una nuova controparte, con il rischio di trovarsi vincolato al nuovo contratto e al precedente, che all'esito di un lungo processo fosse riconosciuto ancora efficace¹⁶⁸.

Diviene centrale, come acutamente osservato di recente da Claudio Consolo, il profilo della certezza dei rapporti giuridici¹⁶⁹: valore giuridico ed economico di

¹⁶⁶ U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 38 s.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 901.

¹⁶⁷ ID., *Giudizialità e stragiudizialità*, cit., 30.

¹⁶⁸ C. CONSOLO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 44.

¹⁶⁹ ID., *La risoluzione per inadempimento*, cit., 42 e *passim*.

prim'ordine. L'autorevole opinione non si sottrae dal riconoscere che «uno dei chiari vantaggi che derivano (a prima vista) dalla impostazione che riconosce alla parte il potere sostanziale di liberarsi unilateralmente e istantaneamente dal vincolo è quello [...] di poter ricercare sul mercato la controprestazione che le è necessaria, o di collocare altrove la propria [...]. Questo costituisce non solo un (ovvio) vantaggio per chi «fugge» dal contratto, ma anche per l'altra parte, che così non si vedrà chiamata a rispondere pecuniariamente del (magari ingente) lucro cessante [...]. Questo è vero, non lo si può negare; sino a che, però, il contraente (supposto) inadempiente *si riconosca*, in effetti, tale, o *comunque concordi* [...] sulla utilità dello scioglimento del vincolo negoziale»¹⁷⁰.

Si tratta dell'ultima formalizzazione — che tiene conto dei più recenti sviluppi dottrinali — della tesi di chi è da lungo tempo il maggior critico della configurabilità — fuori dai casi tipici di risoluzione di diritto e di mutuo dissenso — di una risoluzione per inadempimento che non passi dalla sentenza costitutiva¹⁷¹.

Già nel 1995, commentando le tesi di Sacco, Consolo contestava un'impostazione che guardasse esclusivamente alla tutela del — preteso — affidamento del debitore ritenuto inadempiente e vincolasse sempre il creditore alla propria scelta, scrivendo, con eloquenza, che, se si segue la tesi di Sacco, «da un lato la parte creditrice sarà sempre vincolata alla sua scelta per la risoluzione, il debitore potrà invece ancora scegliere di mantenere in piedi il contratto (attraverso l'adempimento tardivo o la sua offerta), oppure ritenerlo definitivamente estinto per aver fatto affidamento nella propria [...] libertà dal vincolo contrattuale a seguito della semplice proposizione della domanda, o della recezione della dichiarazione stragiudiziale del creditore»¹⁷².

Già allora l'illustre processualista ricordava che *non sempre*, a fronte di una dichiarazione di voler risolvere il contratto, vi è un'esigenza di tutela dell'affidamento della controparte¹⁷³.

¹⁷⁰ ID., *La risoluzione per inadempimento*, cit., 42 s., corsivi nel testo.

¹⁷¹ Cfr. già ID., *Il processo nella risoluzione*, cit.

¹⁷² ID., *Il processo nella risoluzione*, cit., 446. Sull'unilateralità delle tesi che guardano solo alla tutela dell'affidamento del debitore inadempiente cfr. anche U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 44.

¹⁷³ ID., *Il processo nella risoluzione*, cit., 450.

Il merito di questa tesi, da ultimo ripresa e calata nel dibattito attuale, è quello di ricordare la necessaria dimensione (almeno) bilaterale del contratto, che sembra in effetti trascurata da coloro che pongono al centro, esclusivamente, l'affidamento del debitore oppure l'esigenza di una celere liberazione dal vincolo da parte del creditore.

In una prospettiva incentrata sulla certezza dei rapporti, le tesi unilateraliste risultano insoddisfacenti. Da un lato *per eccesso*, perché non sempre vi è un affidamento del debitore da tutelare a scapito della libertà negoziale del creditore; dall'altro *per difetto*, perché si rivelano insufficienti a contenere l'insorgenza di nuovi contenziosi.

L'osservazione non è nuova, giacché i due binomi risoluzione giudiziale/certezza e recesso/celerità sono ben noti alla dottrina¹⁷⁴ e hanno condotto alla redazione di un sistema di norme piuttosto articolato in tema di risoluzione per inadempimento. Le risoluzioni di diritto, ossia gli istituti di compromesso tra le due esigenze, darebbero luogo a un'incertezza più controllabile, perché sottoposte a rigorosi requisiti non difficilmente accertabili dal giudice¹⁷⁵.

La proposta ricostruttiva di Consolo è allora al tempo stesso conservatrice e innovativa. Conservatrice, perché l'Autore ritiene espressamente che la risoluzione per inadempimento, al di fuori delle ipotesi di risoluzione di diritto, debba passare necessariamente da una sentenza costitutiva. Innovativa, nella parte in cui apre a una forma stragiudiziale di risoluzione per accordo tra le parti¹⁷⁶. Apparentemente, la soluzione non ha nulla di nuovo: il mutuo dissenso è una forma tipica e ben nota di scioglimento del contratto. L'Autore ritiene però ravvisabili forme «leggere» di consenso: la risoluzione stragiudiziale potrebbe perfezionarsi non solo in presenza di un contratto risolutorio espresso, ma anche per effetto di un comportamento concludente tenuto dal debitore a fronte della dichiarazione stragiudiziale del creditore che intende risolvere il contratto¹⁷⁷, quale, anche, la mera inerzia, purché inserita — come spesso accade — in un contesto socio-economico in cui la comunicazione *inter partes* è frequente.

¹⁷⁴ Cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., 41.

¹⁷⁵ C. CONSOLO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 47.

¹⁷⁶ ID., *La risoluzione per inadempimento*, cit., spec. 52 ss.

¹⁷⁷ ID., *La risoluzione per inadempimento*, cit., spec. 60.

Ne emerge un quadro composito. Le tesi unilateraliste si mostrano non univoche dal punto di vista dogmatico e inadeguate a perseguire gli obiettivi di celerità ed efficienza che pure le animano. La tesi tradizionale della costitutività della sentenza di risoluzione di diritto mostra non poche aperture a una valutazione della condotta di entrambe le parti che assicuri, laddove possibile, una soluzione certa e anche stragiudiziale.

Ancora una volta, la soluzione non sembra da cercare, «per adesione», in un solo modello astratto, ma deve essere calata in concreto, nel tessuto normativo vigente e nei contrapposti interessi delle parti.

6. Il comportamento contraddittorio come legame tra giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento.

6.1. Certezza dei rapporti giuridici e dimensione bilaterale della risoluzione per inadempimento.

La certezza rimane un valore ineludibile dal diritto dei contratti, e ciò pure in un ordinamento, come quello attuale, in cui il sistema delle fonti non è più coeso e si mostra anzi frastagliato, nel quale i valori si intersecano con l'applicazione delle norme e in cui i conflitti di interessi sono spesso risolti alla luce di scelte di *policy* che tutelano alcune categorie di contraenti o, più in generale, di consociati¹⁷⁸.

L'oggetto dell'indagine non è tra quelli maggiormente esposti al problema dell'«incertezza» nell'individuazione della regola giuridica applicabile: la risoluzione per inadempimento è regolata da norme consolidate; il poco spazio lasciato a clausole generali, come la «non scarsa importanza» dell'inadempimento, è da tempo riempito da una casistica giurisprudenziale corposa; non è un tema particolarmente interessato da commistioni tra diritto pubblico e privato o condizionato da valori costituzionali¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Il tema è quello della calcolabilità giuridica, sul quale è in corso, negli ultimi anni, un dibattito su più fronti. La questione centrale, parzialmente diversa da quella affrontata in queste pagine, ma preziosa per qualunque indagine di carattere giurisprudenziale, come ad esempio quella condotta *supra*, al capitolo II, riguarda la prevedibilità delle decisioni giurisprudenziali. Sul punto si vedano gli autorevoli contributi raccolti in AA.VV., *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017; cfr. inoltre E. BATELLI, *Diritto dei contratti e razionalità economica*, in *Contratto e impr.*, 2019, 106 ss.; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 ss.; N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1115 ss.

¹⁷⁹ Vi sono, chiaramente, delle eccezioni. L'impatto crescente della clausola generale di buona fede nell'intero diritto dei contratti si manifesta anche nel campo della risoluzione per inadempimento. Un esempio, cui si è fatto cenno *supra*, al cap. II, par. 3.1, è lo scrutinio di buona fede operato dalla

La risoluzione per inadempimento è però terreno elettivamente conflittuale, sul quale si confrontano interessi e aspettative confliggenti, la cui composizione deve avvenire secondo criteri prevedibili ed efficaci. Rileva una particolare forma di certezza del diritto: la certezza dell'esito della lite, la quale implica certezza dei traffici e dei rapporti giuridici ed economici, di cui l'organizzazione economica ha intrinseca necessità¹⁸⁰.

La migliore composizione degli interessi confliggenti passa, anzitutto, dal riconoscimento del fatto che la risoluzione incide su un rapporto giuridico almeno bilaterale, come il contratto, e che coinvolge quindi necessariamente gli interessi di entrambe le parti. La soluzione più celere per una non è necessariamente la più conveniente per l'altra, che instaurerà allora un contenzioso, sicché, di conseguenza, il meccanismo prescelto dal creditore potrebbe rivelarsi niente affatto celere o efficiente. In ciò la tesi di Consolo, da ultimo esposta, sembra cogliere nel segno.

La proposta di un atto unilaterale di risoluzione, giova ricordare, muove dall'insoddisfazione nei confronti del sistema legale e in particolare di una risoluzione di regola giudiziale in cui (i) sino alla formazione del giudicato permane l'incertezza sulla risoluzione del contratto o meno; (ii) è incerto, ai sensi del secondo comma dell'art. 1453 cod. civ., se un contratto non risolto giudizialmente sia ancora azionabile dall'attore una volta concluso il giudizio; (iii) è altresì incerto se il contratto non risolto ed eventualmente non più azionabile dal creditore — nei casi, si è detto, in cui il rigetto della domanda non dipenda dalle difese di merito del convenuto¹⁸¹ — vincoli ancora il debitore o se questi possa ritenersi liberato.

La dottrina più autorevole si mostra consapevole di questi profili di inefficienza quando afferma che «nell'incertezza sull'esito del giudizio, per la durata di questo ciascuna parte subisce così *vincoli penalizzanti*. [...] In vista della possibile risoluzione, ciascuna parte dovrebbe non fare affidamento sulla prestazione ancora attesa in base al contratto, e se davvero le serve, procurarsela altrove: ma se il contratto

giurisprudenza più recente con riguardo alla dichiarazione del creditore di volersi valere della clausola risolutiva espressa.

¹⁸⁰ Cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., 20: «Il capitalismo ha bisogno di «un diritto che si possa calcolare in modo simile a una macchina». La calcolabilità esige un diritto formale, che si appoggi a fattispecie ed a giudizi sussuntivi».

¹⁸¹ Cfr. *supra*, cap. I, par. 4.4.

non sarà risolto, avrà inutilmente duplicato la provvista. E la stessa incertezza grava sulla sorte della prestazione già risolta»¹⁸².

Incertezza, appunto. Ma questa stessa incertezza viene davvero meno se la risoluzione per atto unilaterale diviene la regola? Secondo la citata dottrina, la risposta è negativa: «dal punto di vista pratico il problema non sarebbe affatto risolto: perché resterebbe pur sempre l'*incertezza sull'esito della lite*, che spetterà comunque al giudice dirimere con la sua sentenza. [...] ciascuna parte è esposta al *rischio di prendere alla fine torto* [...]». Di qui un insegnamento prezioso, nel suo realismo: «La verità è che — aperto un giudizio sulla risoluzione del contratto [e, sembra da aggiungere, sia che il giudizio sia introdotto dal risolvente sia che esso sia avviato dalla controparte, per l'accertamento della perdurante efficacia del contratto, n.d.r.] — quell'incertezza e quel rischio sembrano *ineliminabili*, e ciascuna parte dovrà gestirli secondo la consapevolezza della propria ragione o del proprio torto, responsabilmente apprezzati»¹⁸³.

L'ineliminabilità di un margine di incertezza, sia che la risoluzione sia di regola giudiziale sia che dipenda da un atto di parte, si coglie ancora di recente nell'analisi della *résolution par notification* francese, istituto nel quale il legislatore, come si è osservato, ha lasciato aperto lo spazio a notevoli profili di litigiosità¹⁸⁴.

In questa prospettiva, la tesi di un atto stragiudiziale unilaterale di risoluzione, assimilabile al recesso, non pare un'auspicabile soluzione, perché (i) non sufficientemente circostanziato nei presupposti e nella natura giuridica e dunque potenzialmente fonte di ampia incertezza; (ii) inidoneo a prevenire la proliferazione di un contenzioso successivo, di accertamento, che sarà introdotto ogni qualvolta il debitore non si riconosca nella risoluzione. Senza dimenticare le molte ipotesi in cui il creditore sarà comunque indotto ad agire in giudizio, per procurarsi un giudicato favorevole, una sentenza di condanna o trascrivere la domanda.

A diversi esiti sembra portare, invece, un recupero, in chiave critica, delle tesi originarie della risoluzione per atto unilaterale, che fanno leva sul divieto di contraddizione che graverebbe in capo al creditore il quale manifesti la volontà di

¹⁸² V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 911, corsivo nel testo.

¹⁸³ ID., *Il contratto*, 911 s., corsivi nel testo.

¹⁸⁴ *Supra*, par. 4.2.2.

risolvere il contratto. Recupero in chiave critica che può essere fecondo se condotto alla luce della necessaria bilateralità che connota la fattispecie.

Si è avuto modo di osservare¹⁸⁵ come la prospettiva dell'«atto responsabile» sia necessariamente relazionale: l'atto produce un determinato effetto — in questo caso, la risoluzione del contratto — se determina nella controparte un affidamento e, giova aggiungere, se questo affidamento è effettivamente nutrito. È stato opportunamente criticato l'«unilateralismo» della tesi di Sacco nella parte in cui sembra voler tutelare esclusivamente l'affidamento, sempre presunto, del debitore¹⁸⁶. A ben vedere, però, cenni a una dimensione bilaterale del problema vi sono nelle parole di chi, seguendo Sacco, afferma che «la norma [l'art. 1453, comma 2, cod. civ., n.d.r.] sembra chiara nel riconoscere che con la domanda di risoluzione il contraente deluso compie una scelta irretrattabile, nel senso che da quel momento egli ha esercitato il potere di sciogliere il rapporto [...] e il debitore potrà ritenersi, *se vuole*, libero dall'obbligo di adempiere»¹⁸⁷. Inoltre, se si guarda con accortezza alle parole di Sacco, si legge come, a fronte della dichiarazione stragiudiziale di risoluzione, il contraente che ha «disdetto» il contratto «non può più invocarlo»¹⁸⁸: l'Autore non esclude che il debitore inadempiente, destinatario della dichiarazione risolutiva del creditore, possa assumere una diversa iniziativa, ma si limita a riconoscere che il debitore, *se volesse*, acquisterebbe il diritto di non adempiere.

Si tratta di cenni a una prospettiva bilaterale della dinamica della risoluzione per inadempimento che ha trovato nelle parole di Giorgianni un'autorevole formalizzazione. L'Autore, nella ricerca di una soluzione al problema della preclusione di cui all'art. 1453, commi 2 e 3 cod. civ., ricordava l'esigenza di «contemperare il più possibile gli interessi di entrambe le parti del rapporto»¹⁸⁹ e portava fecondamente l'attenzione, come già illustrato¹⁹⁰, sulla condotta del debitore, affermando che anche questi fosse soggetto a un onere di autoresponsabilità pari a quello del creditore e che qualora dimostrasse interesse alla prosecuzione del rapporto

¹⁸⁵ Cap. I, sez. II, par. 5.3.

¹⁸⁶ C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione*, cit., *passim*.

¹⁸⁷ I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 363, corsivo aggiunto.

¹⁸⁸ R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 646.

¹⁸⁹ M. GIORGIANNI, *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Contratto e impr.*, 1991, 68.

¹⁹⁰ *Supra*, cap. I, sez. II, par. 3.2.

— contestando la domanda avversaria — venisse meno la ragione per ritenerlo liberato per effetto della domanda o della dichiarazione del creditore ¹⁹¹.

La questione di fondo non diventa allora l'effetto del singolo atto della parte — la domanda giudiziale, la dichiarazione stragiudiziale di risoluzione — ma il rapporto, ossia l'effetto dei reciproci atteggiamenti assunti da ciascuna delle parti di fronte alla crisi della cooperazione. La reazione del debitore rileva, ai fini dell'efficacia del contratto, tanto quanto la dichiarazione avversaria. E, come il creditore, anche il debitore è vincolato alla propria reazione, alla propria dichiarazione.

In sintesi: da un lato vi è il creditore della prestazione inadempita. Se dichiara di voler risolvere il contratto o propone una domanda giudiziale di risoluzione e crede nella fondatezza della sua pretesa potrà, nelle more del giudizio — incardinato da lui o dalla controparte — disporre della propria prestazione o ricercare una controprestazione alternativa. Dall'altro lato vi è il debitore, il quale, a fronte della manifestazione di volontà avversaria, potrà aderirvi, non reagendo o non difendendosi, ritenendosi, di fatto, liberato, oppure potrà contestare la risoluzione, continuando a ritenersi obbligato.

La prospettiva del comportamento contraddittorio può integrare l'interpretazione del vigente sistema della risoluzione giudiziale, fornendo soluzioni aderenti ai concreti interessi delle parti e, in quanto tali, prevedibili.

6.2. I due modelli, generali e alternativi, di risoluzione per inadempimento: risoluzione giudiziale e diffida ad adempiere. Il ruolo del comportamento contraddittorio.

Con questa consapevolezza, è tempo di tornare al diritto positivo.

Non bisogna dimenticare che il Codice civile prevede due rimedi risolutivi contro l'inadempimento di non scarsa importanza: la risoluzione giudiziale e la diffida ad adempiere, che perseguono fini tra loro diversi ¹⁹².

La risoluzione giudiziale, assistita dalle due preclusioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 1453 cod. civ., è un rimedio che tende alla paralisi e, poi, allo scioglimento del contratto ¹⁹³. Se il creditore persegue l'obiettivo primario della liberazione dal

¹⁹¹ M. GIORGIANNI, *In tema di risoluzione*, cit., 70.

¹⁹² Cfr. M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., 131.

¹⁹³ Cfr. A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 204, secondo il quale, rispetto al modello francese originario, «l'approccio dunque del nostro codice è ispirato a maggior rigore verso il contraente inadempiente e «di favore», si può dire, verso l'effetto risolutivo».

contratto sarà indotto a proporre una domanda giudiziale, così interrompendo immediatamente l'efficacia del contratto e aprendo la via a una pronuncia giudiziale di risoluzione, la sola a garantire la certezza sulla cessazione degli effetti del contratto.

La diffida ad adempiere, invece, sollecita, in un primo momento, l'adempimento ed ha dunque un fine, *prima facie*, conservativo.

Come vedremo a breve ¹⁹⁴, superata, ormai, l'impostazione secondo la quale le risoluzioni di diritto integrerebbero deroghe al modello giudiziale generale, non vi sono ragioni per le quali non ritenere ugualmente ampi gli ambiti di applicazione delle due forme di risoluzione. Si è inoltre avuto modo di osservare come la diffida ad adempiere condivida numerose caratteristiche con la *notification* di diritto francese, a dimostrazione del fatto che anche la più recente riforma europea si è mossa in un'ottica non dissimile da quella del nostro legislatore.

In questo contesto normativo non è probabilmente nemmeno desiderabile introdurre una forma nuova e diversa di risoluzione. Occorre invece procedere, nei limiti dell'interpretazione, a un adeguamento degli strumenti a disposizione qualora questi si rivelino inadeguati.

Gli interpreti, si è visto, hanno evidenziato alcune disfunzioni dei due modelli legali, cui possono occorrere, quindi, dei correttivi. La consapevolezza acquisita sul ruolo del comportamento contraddittorio nella risoluzione per inadempimento può aiutare l'interprete, entro il sistema positivo, a trovare alcuni di questi correttivi, in una prospettiva, come si è detto, bilaterale: che tenga cioè conto della condotta di entrambi i contraenti e che faccia dipendere l'efficacia del contratto da una forma, più o meno intensa, di manifestazione di volontà di entrambe le parti. Una prospettiva che non ignori la «forza del fatto», ma che ponga mente a quei fatti che assumono un preciso valore giuridico.

Nei paragrafi che seguono si proverà a illustrare quale ruolo può rivestire il comportamento contraddittorio rispettivamente nella risoluzione giudiziale e nella risoluzione per diffida ad adempiere.

¹⁹⁴ *Infra*, par. 6.2.1.

6.2.1. *Il comportamento contraddittorio nella risoluzione giudiziale. Il superamento dell'aporia dei «contratti morti».*

Si sono ricordate le ragioni di insoddisfazione di alcuni interpreti nei confronti della risoluzione giudiziale, la quale sarebbe fonte di incertezza, durante la — spesso lunga — lite e anche dopo, qualora il processo si concluda con una sentenza che non accolga la domanda attorea.

Con la domanda di risoluzione, il creditore della prestazione asseritamente inadempita prende una posizione netta: interrompe la collaborazione, attraverso le due preclusioni di cui all'art. 1453, commi 2 e 3, e chiede al giudice una pronuncia sullo scioglimento del contratto. Quando si è affrontata l'esegesi dell'art. 1453 cod. civ. si è concluso che il divieto per il creditore che abbia domandato la risoluzione, e che non abbia proposto domanda di adempimento in via subordinata, di pretendere l'esecuzione in forma specifica debba intendersi anche in senso sostanziale e permanga, talvolta, anche dopo la conclusione del giudizio. Con la domanda di risoluzione, il creditore perde, tendenzialmente, il diritto di domandare l'adempimento, con la rilevante eccezione, si è detto, che il rigetto della domanda di risoluzione dipenda da una difesa nel merito del debitore, che dimostri così interesse per la prosecuzione del rapporto ¹⁹⁵.

Già nel proporre l'interpretazione della norma ci si è serviti, quindi, di un'accezione bilaterale dell'autoresponsabilità: il creditore rimane vincolato alla sua dichiarazione, così come il debitore resta vincolato alla propria. Ci si è però trovati a riconoscere un'aporia: che ne è di quei contratti che non sono risolti, perché la sentenza non ha accolto la domanda dell'attore, ma di cui questi non può più domandare l'adempimento, perché non vi è stato un rigetto nel merito dovuto alle difese del debitore?

Ebbene, occorre ora chiedersi se davvero sempre, in assenza di una sentenza costitutiva, il contratto debba dirsi ancora efficace. La risposta può muovere dalla consapevolezza acquisita sul ruolo del comportamento contraddittorio.

La domanda di risoluzione o comunque la manifestazione unilaterale di volontà del creditore non sono mai idonee, di per sé, a risolvere il contratto. Tuttavia, come correttamente insegna Sacco, il creditore rimane vincolato alla sua dichiarazione. Il

¹⁹⁵ *Supra*, cap. I, sez. II, par. 4.

debitore, allora, deve scegliere: difendersi nel processo, contestando la domanda di risoluzione, oppure no. Può restare contumace, difendersi su profili estranei alla risoluzione. In tutti i casi in cui il debitore non si difende sulla domanda di risoluzione il contratto può ritenersi risolto, indipendentemente dall'esito del processo, nel termine entro il quale il debitore avrebbe dovuto prendere posizione sulla domanda di risoluzione e così, tendenzialmente, nel processo ordinario di cognizione, non oltre la prima memoria autorizzata *ex art. 183, comma 6, cod. proc. civ.* La condotta processuale del convenuto dovrebbe così essere considerata dal giudice ai fini dell'accoglimento della domanda dell'attore.

Si è detto, però, che il contratto sarà risolto indipendentemente dall'esito del processo, il quale, difatti, non è nella disponibilità delle parti, sicché, nonostante l'indifferenza manifestata dal debitore convenuto, il giudice ben potrebbe, in ipotesi, rigettare la domanda di risoluzione dell'attore, non ravvisando, al momento della precisazione delle conclusioni, la sussistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda. Ciò nonostante — e senza che ciò contrasti con il giudicato che potrebbe formarsi sulla sentenza di rigetto — la parte delusa potrebbe agire successivamente per l'accertamento della già avvenuta risoluzione e per l'eventuale ripetizione della prestazione eseguita, facendo valere la combinazione dell'inerzia della controparte, precedente al momento della preclusione del dedotto e del deducibile nel primo processo, e il fatto, nuovo, della identica inerzia serbata dalla controparte dopo la sentenza, che ne confermerebbe il disinteresse rispetto al contratto. Ad ogni modo, una simile fattispecie, per quanto poco probabile, comporterebbe un'indesiderabile moltiplicazione di giudizi, che sarebbe ovviata da un'opportuna valorizzazione, sin dal «primo» giudizio — come proposto in questa sede — della condotta processuale delle parti, che conduca, sin da subito, all'accoglimento della domanda di risoluzione.

Del resto, anche la mera inerzia — lo si è detto più volte — è idonea a creare affidamenti, sicché il dovere di cooperazione tra le parti imporrebbe al convenuto, ancora interessato al contratto, di dichiararlo nel processo; altrimenti l'attore potrà legittimamente considerarsi sciolto dal vincolo.

Giova appena precisare che la soluzione è coerente con quella accolta nel primo capitolo, dove si è escluso che, in simili fattispecie di mera inerzia del convenuto, il contraente deluso recuperi l'azione di adempimento per effetto del rigetto della

domanda di risoluzione: il sistema sembra orientato verso l'allentamento e lo scioglimento del vincolo, non già verso il potere unilaterale della parte di ripristinare il contratto.

Nei casi in cui il debitore si difenda nel merito, occorrerà distinguere. Se la difesa conduce al rigetto della domanda attorea, il contratto dovrà ritenersi ancora efficace. Se invece la domanda viene rigettata per profili diversi dal merito — ad esempio, profili di rito —, la soluzione andrà cercata caso per caso, anche alla luce della condotta delle parti successiva al processo.

Si possono immaginare numerosi esempi, tra cui quello in cui il convenuto in risoluzione eccepisca l'incompetenza per territorio del giudice adito e, contestualmente, si difenda anche nel merito. Il giudice dichiara la propria incompetenza. In un primo scenario, il creditore insiste nella domanda, riassumendo la causa davanti al giudice competente. Se il debitore si costituisce e si difende nel merito, in caso di rigetto della domanda entrambe le parti potranno adempiere e pretendere l'adempimento dell'altra. In una seconda ipotesi, il creditore non ripropone la domanda. Ora, egli rimane vincolato alla domanda precedentemente proposta e non può domandare l'adempimento. La scelta sarà del debitore, il quale potrà manifestare interesse a ricevere la controprestazione o eseguire la propria. In questi casi, il contratto non può dirsi risolto. Se, invece, il debitore non manifesta alcun interesse per il contratto, questo dovrà ritenersi sciolto.

Una simile ricostruzione, che poco aggiunge, in realtà, all'esegesi proposta dell'art. 1453, comma 2, cod. civ., è desiderabile per le seguenti ragioni:

(i) risolve l'aporia di quei contratti che si sono definiti «giuridicamente morti», perché non sciolti ma nemmeno azionabili dal creditore: secondo le circostanze — sulla base di un accertamento più o meno complesso — il contratto sarà ancora efficace, qualora il debitore abbia contestato vittoriosamente la domanda di risoluzione, oppure risolto, qualora il debitore, anche scegliendo di non difendersi nel processo, abbia mostrato acquiescenza alla domanda di risoluzione avversaria, con la conseguenza che la parte che abbia già eseguito la propria prestazione potrà ripeterla e ciascuna delle parti potrà ritenersi libera di collocare la propria prestazione o ricercare la controprestazione attesa sul mercato;

(ii) rifiuta la tesi dell'atto unilaterale atipico di risoluzione, ma intercetta la teoria dell'«atto responsabile» sottesa alla tesi di Sacco, vincolando ciascuna parte alla sua condotta, e la contempera con la proposta di Giorgianni, che responsabilizza notevolmente il debitore inadempiente, così favorendo una forma di risoluzione che prescindendo dalla sentenza costitutiva;

(iii) è ispirata alla tesi di Consolo secondo cui una risoluzione stragiudiziale può esservi — al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge — solo per mutuo dissenso, manifestato anche in forme «leggere», tacite; rispetto alla proposta dell'illustre Autore si mostra forse più liberale, ravvisando anche solo nel mero silenzio del debitore — non necessariamente circostanziato ¹⁹⁶ — un elemento sufficiente per condurre alla risoluzione stragiudiziale;

(iv) non sembra distante dalle suggestioni delle tesi secondo cui, in alcuni casi, il giudizio di risoluzione sarebbe superfluo perché la collaborazione è già venuta meno, nei fatti, o perché nessuna delle parti nutre un interesse nella prestazione oggetto del contratto: se il rapporto è già venuto meno nei fatti è probabile che la difesa del debitore sulla domanda di risoluzione sia meno intensa; tuttavia, conformemente all'insegnamento di Consolo, sembra da ribadire che il semplice dissidio tra contraenti non sia sufficiente a comportare la distruzione del contratto, per la quale servono quanto meno, in assenza della sentenza, condotte bilaterali univoche ¹⁹⁷;

(v) è conforme, infine, alla *ratio* che ispira la risoluzione giudiziale, assistita dalle due note preclusioni. L'istituto tende, evidentemente, all'interruzione e allo scioglimento del rapporto. L'interpretazione proposta asseconda questa tendenza, considerando risolto il contratto — prima o indipendentemente da una sentenza costitutiva — qualora anche il debitore mostri, più o meno esplicitamente, di aderire alle intenzioni del creditore.

¹⁹⁶ Non sempre, difatti, la parte è destinataria di un onere di parlare, di fronte al quale il silenzio assume un valore socialmente tipico e giuridicamente assimilabile a un consenso o a una dichiarazione. Nei casi esaminati, anzi, il silenzio sarà spesso mera inerzia: si pensi al silenzio del convenuto nel giudizio di risoluzione che rimanga contumace. Si tratta di un comportamento meramente omissivo, che di per sé non significa nulla. Sui valori del silenzio si veda l'insegnamento di R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., spec. 289 ss.

¹⁹⁷ Scrive C. CONSOLO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 45, sub nota 13: «le parti del contratto potrebbero «non piacersi», ma non è certo questa una ragione sufficiente (e non ci pare lo sia in concreto, statisticamente), per dire la cooperazione in crisi». Ci vuole di più di una crisi fattuale della cooperazione affinché il contratto possa dirsi risolto.

6.2.2. *La diffida ad adempiere come modello generale di risoluzione stragiudiziale. Rapporto con il comportamento contraddittorio.*

Per quanto riguarda la diffida ad adempiere, occorre anzitutto chiarirne, come anticipato, il ruolo nel sistema.

Si è fatta strada, in dottrina, la considerazione secondo cui il rimedio abbia una portata generale e configuri un'alternativa alla risoluzione giudiziale¹⁹⁸. I rimedi, però, non si sovrappongono: come visto, la domanda giudiziale interrompe l'efficacia del contratto attraverso le due note preclusioni, la diffida ad adempiere sollecita, invece, l'adempimento¹⁹⁹.

Si servirà della diffida, anziché della domanda giudiziale, il contraente ancora interessato alla prestazione ma che abbia perso la pazienza e sia disposto a tollerare solo ancora un breve ulteriore ritardo. Si tratterà inoltre di un contraente che, in mancanza di un tempestivo adempimento della controparte, sia primariamente interessato a liberarsi del contratto e a procurarsi una prestazione alternativa, confidando che la controparte non instauri una causa e riservandosi una successiva azione per l'eventuale risarcimento del danno.

Vi sono però non poche resistenze, proprio tra i sostenitori della tesi della risoluzione per atto unilaterale, a riconoscere che la diffida ad adempiere sia esattamente quell'istituto generale di risoluzione stragiudiziale del quale sono in cerca.

Le resistenze nascono dal rilievo dell'inadeguatezza del rimedio alla fattispecie dell'inadempimento definitivo, da cui ne conseguirebbe un campo di applicazione ristretto al solo adempimento parziale o al ritardo. L'intimazione ad adempiere entro un congruo termine, difatti, è da molti riconosciuta come un elemento essenziale della diffida, che la renderebbe incompatibile con una situazione in cui la prestazione non è più possibile o non è più idonea a realizzare l'interesse del creditore²⁰⁰. Da tempo la dottrina osserva così che proprio nel caso in cui il contraente non inadempiente avrebbe interesse a liberarsi velocemente del contratto, tramite una forma di

¹⁹⁸ La sistematica della risoluzione per inadempimento è — come già illustrato nel presente lavoro — quella disegnata da R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 623 s.

¹⁹⁹ La differenza è colta, tra i molti, da V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 902.

²⁰⁰ M. COSTANZA, *sub art. 1454*, in A. LUMINOSO – U. CARNEVALI – M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 440 s.; S. PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione*, cit., 97; M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., 135.

risoluzione immediata del contratto, l'ordinamento lo costringerebbe a introdurre un'azione giudiziale ²⁰¹.

Occorre chiedersi se si tratti di un'obiezione tale da confinare la diffida ad adempiere tra gli istituti di carattere particolare, utilizzabile in un novero significativamente inferiore di fattispecie rispetto alla risoluzione giudiziale.

La confutazione può muovere su due piani diversi.

(i) In una prima prospettiva, rispettosa del tenore letterale dell'art. 1454 cod. civ., che contempla la concessione di un congruo termine come elemento strutturale della diffida, ci si può domandare se, in effetti, ciò limiti davvero significativamente il campo di applicazione della diffida ad adempiere.

In proposito si può osservare che:

(i-a) i casi di impossibilità totale della prestazione, imputabile al debitore, non sono allo stesso modo frequenti in tutte le tipologie di obbligazioni: vi sono, ad esempio, obbligazioni che molto raramente divengono impossibili. Si tratta di tipologie di obbligazioni di primo rilievo economico, quali le obbligazioni pecuniarie o di dare cose generiche ²⁰². Almeno per queste tipologie di obbligazioni la scarsa adattabilità della diffida ad adempiere all'inadempimento definitivo ha un impatto poco significativo;

(i-b) il secondo comma dell'art. 1454 cod. civ. apre ad ipotesi in cui, secondo le circostanze, il termine intimato possa essere inferiore a quindici giorni. Se la prestazione è divenuta impossibile — e ciò spesso non sarà noto con certezza al creditore, che potrà al più ipotizzarlo con un qualche grado di probabilità —, non sembra inverosimile che il creditore possa intimare un brevissimo termine per l'adempimento, sufficiente affinché si manifesti la completa impossibilità per il debitore di adempiere. Ma ancora, ci si può chiedere se, di fronte a una prestazione impossibile, al creditore sia in un qualche modo inibita l'intimazione di un termine per l'adempimento. Non si vedono ragioni, in effetti, per le quali il creditore non potrebbe intimare al debitore di eseguire una prestazione che quest'ultimo ha reso impossibile. Se si consente di fare ciò al creditore, ci si può allora domandare in quanti casi questi nutra un esclusivo interesse alla risoluzione in tronco e non possa attendere quindici

²⁰¹ A. SMIRALDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, 105.

²⁰² Per il concetto di impossibilità *ex art.* 1218 cod. civ. applicabile a queste tipologie di obbligazioni v. G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi-2*, cit., 785 ss.

giorni (o un congruo termine inferiore) per la produzione dell'effetto risolutivo. Nei casi in cui questa attesa sia intollerabile probabilmente sarà stata pattuita una clausola risolutiva espressa o ci si troverà di fronte a un termine essenziale. Si può infine osservare che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione rileva di per sé ai sensi dell'art. 1463 cod. civ. come causa di risoluzione automatica del contratto, che potrebbe essere invocata in ogni caso dalla parte creditrice della prestazione divenuta impossibile;

(i-c) nel caso in cui l'inadempimento sia definitivo per l'inidoneità della prestazione tardiva a soddisfare l'interesse creditorio, occorre rilevare come l'interesse del creditore per un adempimento tempestivo darà normalmente luogo, nei rapporti commerciali minimamente formalizzati, alla pattuizione di una clausola risolutiva espressa, quando non sia tale da integrare un termine essenziale. In ogni caso, se così non fosse, si potrebbe ritenere che, ai sensi dell'art. 1454, comma 2, cod. civ., il termine intimato possa anche essere assai breve.

(ii) Un secondo approccio consiste nel domandarsi se l'intimazione di un termine sia sempre e comunque un elemento essenziale della diffida ad adempiere.

A fronte di un inadempimento definitivo, non vi è alcuna utile dilazione che possa essere concessa al debitore, ma ciò potrebbe significare non già che il meccanismo della diffida ad adempiere risulti inapplicabile *tout court*, bensì che l'unico termine «congruo» per l'adempimento sia un termine immediato e già scaduto: la risoluzione potrebbe così essere conseguenza di una diffida che, anziché concedere un termine di grazia, si limiti a prendere atto dell'inadempimento definitivo, sicché la risoluzione, quale effetto di questo atto unilaterale della parte non inadempiente, sarebbe automatica.

È quanto di recente ha proposto autorevole dottrina, che ritiene che nel caso di inadempimento definitivo la risoluzione per diffida si produca per effetto della semplice manifestazione di volontà della parte non inadempiente²⁰³.

Non sfugge la somiglianza tra una risoluzione per diffida ad adempiere senza la concessione di un termine per l'adempimento e il recesso per inadempimento con

²⁰³ G. CIAN, *Di alcune aporie nel sistema codicistico della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1155. Un cenno in tal senso si rinviene anche nelle parole di R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 648, il quale, come detto, assimila l'atto stragiudiziale atipico di risoluzione a una diffida ad adempiere, con la conseguente necessità dell'intimazione di un termine al debitore, salvo che «*la sopraggiunta inutilità della prestazione non [sia] evidente*» (corsivo nel testo).

effetti retroattivi ²⁰⁴. La riconduzione di un atto unilaterale di risoluzione immediata allo schema della diffida ad adempiere ha però il pregio di appoggiarsi ad un istituto noto a dottrina e giurisprudenza e perciò maggiormente controllabile rispetto alla proposta di un atto unilaterale atipico.

In definitiva, sia che si prenda coscienza del limitato ambito in cui la diffida ad adempiere risulti inadeguata, senza che ricorra l'applicabilità di un'altra forma di risoluzione di diritto [*supra, sub (i)*], sia che, per via interpretativa, si concepisca una risoluzione per diffida ad adempiere anche priva dell'intimazione di un termine per l'adempimento in caso di inadempimento definitivo [*supra, sub (ii)*], si recupera la consapevolezza di una tendenziale generalità del rimedio, quasi perfettamente alternativo alla risoluzione giudiziale ²⁰⁵.

Ne consegue che, accanto a un rimedio demolitivo del contratto, come la risoluzione giudiziale — e salvo l'ampio margine della dialettica processuale *inter partes* di cui si è detto — ve n'è un altro, che svolge due rilevanti funzioni: (i) da un lato incentiva la conservazione del contratto, concedendo, di regola, un termine per l'adempimento tardivo; (ii) dall'altro realizza, anche nell'ordinamento italiano, quella forma di risoluzione «a rischio e pericolo del creditore» che potrà essere utilizzata tutte quelle volte in cui la probabilità che il debitore inadempiente possa agire con successo in giudizio sia limitata ²⁰⁶.

Se la risoluzione per diffida ad adempiere serve, in prima battuta, a cercare di mantenere in vita il contratto, una conseguenza indesiderata della disposizione dell'art. 1454 cod. civ. può essere l'automatismo con cui si produce la risoluzione alla scadenza del termine intimato. Sul punto le previsioni del *BGB* e del *Code civil* paiono più ragionevoli: scaduto il termine è pur sempre il creditore a poter scegliere se avvalersi della risoluzione o meno, la risoluzione non opera automaticamente contro l'interesse della parte fedele.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ ID., *Di alcune aporie*, cit., *passim* e, riassuntivamente, a pag. 1157, parla di una «compresenza alternativa, con scelta discrezionale a favore del creditore insoddisfatto, di due meccanismi risolutivi, l'uno agente *ope iudicis* e l'altro agente *ope partis*».

²⁰⁶ Sui pregi di una risoluzione stragiudiziale a rischio e pericolo del creditore cfr. V. ROPPO, *Giudizialità e stragiudizialità*, cit., 30. Per i limiti dell'effetto deflattivo della diffida ad adempiere cfr. *supra*, cap. II, parr. 1.2 e 2.

Sembra questa la ragione per la quale nel nostro ordinamento sono molte le soluzioni giurisprudenziali che, a fronte di una condotta del creditore, pur successiva alla scadenza del termine, che manifesti la volontà di tenere in piedi il contratto, consentono al debitore di riporvi affidamento e vincolano il creditore al contratto stesso²⁰⁷, con una certa somiglianza con il modello della tolleranza sopra ricordato²⁰⁸.

Nella risoluzione per diffida ad adempiere, si è osservato, le conseguenze giuridiche del comportamento contraddittorio di una parte tendono, solitamente, a mantenere efficace il contratto, coerentemente con lo spirito di fondo dell'istituto. Anche in questo caso la prospettiva del comportamento contraddittorio valorizza la bilateralità del rapporto: da un lato vi è il vincolo, per il risolvente, nascente dalla condotta con cui manifesta un perdurante interesse per il contratto; dall'altro vi è la possibilità, per la controparte, di comportarsi di conseguenza e ritenere ancora vincolante il contratto.

Anche questa «reviviscenza» del contratto, non scritta nella legge e non precisamente inquadrabile in categorie dogmatiche, deriva spesso dalla pragmatica interpretazione di condotte concrete che, combinandosi, tengono luogo del consenso delle parti. L'aderenza delle soluzioni interpretative alle esigenze di fatto che animano i contraenti rende le opzioni ermeneutiche accettabili.

7. Considerazioni conclusive.

La complessa realtà sulla quale reagisce l'applicazione delle norme sulla risoluzione per inadempimento restituisce, tra gli altri, due spunti di riflessione.

Vi sono contratti di fatto «morti» prima che un giudice pronunci, con sentenza costitutiva, la risoluzione: contratti di cui una delle parti ha domandato la risoluzione giudiziale, mentre l'altra è rimasta inerte oppure non ha contestato il fondamento di questa domanda o, infine, ha domandato anch'essa in via riconvenzionale la risoluzione.

Vi sono, sul fronte opposto, contratti «vivi» nonostante una rigorosa applicazione delle norme porterebbe l'interprete a ritenerli risolti: così, ad esempio,

²⁰⁷ Ampiamente *supra*, cap. II, par. 2.

²⁰⁸ *Supra*, par. 2.1.

nel caso della scadenza del termine intimato con diffida ad adempiere, cui solo tardivamente consegua una proroga tramite una nuova diffida.

La tesi dell'atto unilaterale di risoluzione, nelle sue molteplici accezioni, — così come la tesi, più risalente, che ricollega l'effetto risolutivo alla domanda giudiziale — sembra avere il limite di guardare alla risoluzione per inadempimento in una sola prospettiva: quella del creditore. Da un lato sono gli interessi economici della parte delusa a premere per una risoluzione ritenuta più agile, in quanto unilaterale, dall'altro è sull'atto unilaterale del creditore e sui suoi effetti sull'affidamento del debitore che si concentra l'attenzione degli interpreti. In questa vicenda, il debitore è considerato un soggetto passivo, che subisce l'iniziativa della parte non inadempiente.

La proposta, però, poco si presta a raggiungere obiettivi di *policy* auspicabili, poiché non elimina le possibilità di contenzioso — e ciò perché il creditore continuerebbe ad agire per il risarcimento del danno, per trascrivere la domanda giudiziale, per domandare la restituzione della prestazione eseguita o perché il debitore potrebbe contestare il fondamento della risoluzione e avrebbe tanti più margini per farlo quanto più vaghi fossero i presupposti dell'atto di risoluzione — né dà conto della complessa vicenda sottostante che si è evidenziata.

Si è sottolineato come, in questo contesto, sembri essenziale il recupero di due consapevolezze:

(i) la consapevolezza della bilateralità della vicenda risolutoria. L'inadempimento e le sue conseguenze rappresentano un inevitabile intrecciarsi degli interessi di entrambe le parti, sicché una soluzione interpretativa che voglia — come deve — porre al centro il profilo della certezza delle tutele e dunque dei rapporti giuridici ed economici deve necessariamente guardare alla condotta di entrambe le parti;

(ii) la consapevolezza che il nostro ordinamento prevede già due modelli generali e alternativi di risoluzione: la risoluzione giudiziale e la risoluzione stragiudiziale per diffida ad adempiere, con gli adeguamenti interpretativi di cui si è detto.

In questo contesto, in cui l'efficienza delle soluzioni passa anche da una maggior certezza delle stesse, l'interprete non sembra chiamato a proporre un *nuovo sistema* dei rimedi, quanto piuttosto a cogliere, dall'elaborazione dottrinale

consolidata e dall'applicazione giurisprudenziale degli istituti vigenti, gli strumenti che permettano di superare alcune aporie dell'ordinamento positivo. Ciò soprattutto perché, in effetti, un certo margine di incertezza sembra ineliminabile dalla risoluzione per inadempimento, di per sé istituto intrinsecamente contenzioso.

Abbandonate velleità sistematiche, lo sforzo può essere quello di adeguare il sistema vigente con la presa d'atto di cripto-regole già operanti. È questo il contributo della prospettiva del comportamento contraddittorio: non già una risistemazione dell'istituto, ma un adattamento allo scopo di efficienza e certezza delle soluzioni.

Si è visto come il divieto di contraddizione nella risoluzione giudiziale costituisca un vincolo, per ciascuna parte, alla sua condotta: il creditore è vincolato alla dichiarazione giudiziale di voler risolvere il contratto; il debitore è vincolato alla sua reazione. Se il debitore non protesta, nulla osta a considerare il contratto già risolto nel termine delle preclusioni istruttorie, senza attendere la sentenza: quel debitore non potrà più in ogni caso fondatamente pretendere di adempiere. Se invece il debitore contesta la fondatezza della domanda di risoluzione, resterà vincolato a quel contratto, sicché, nel caso di rigetto della domanda di risoluzione, il rapporto riprenderà il suo corso.

Viene così risolta, pragmaticamente, la nota aporia dei contratti non risolti ma non azionabili dal creditore, secondo una rigida lettura dell'art. 1453, comma 2, cod. civ.

In senso opposto, il creditore potrà liberarsi rapidamente del contratto attraverso una diffida ad adempiere, ma, qualora rimetta in termini il debitore, non potrà opporsi all'offerta di adempimento tardivo.

Si tratta di regole estranee alla lettera della legge ma coerenti con la *ratio* degli istituti e con radicate interpretazioni e applicazioni.

Il comportamento contraddittorio, così, accompagna lo scioglimento del contratto nella risoluzione giudiziale, fornendo certezza sui casi in cui quel contratto, anche in assenza di una sentenza costitutiva, non potrà più dirsi eseguibile. Nella risoluzione di diritto, invece, la richiamata prospettiva consente di tenere aperta una strada per un adempimento tardivo che corrisponda all'interesse esteriorizzato da entrambe le parti.

Si tratta di una regola flessibile, adeguabile a scopi tra loro eterogenei, che valorizza la c.d. «forza del fatto» senza scardinare il sistema legale dei rimedi.

CAPITOLO IV

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE E SINTESI DEI RISULTATI

SOMMARIO: 1. Introduzione — 2. Il comportamento come categoria giuridica: alcuni spunti. — 3. La contraddizione e le regole. — 3.1. Il divieto di *venire contra factum proprium* nel diritto italiano: un argomento senza regole? — 3.2. Le regole operative individuate. — 3.3. L'«effetto opzionale» e l'«atto responsabile» tra effettività e autoresponsabilità. — 4. Il comportamento contraddittorio nel sistema della risoluzione per inadempimento — 4.1. Il sistema della risoluzione per inadempimento: «aporie» classiche e dibattiti attuali. — 4.2. La prospettiva del comportamento contraddittorio come utile metodo di selezione di problemi omogenei — 4.2.1. Selezione delle fattispecie rilevanti. — 4.2.2. Selezione di interessi e rimedi: sintesi delle conclusioni raggiunte.

1. Introduzione.

Oggetto dell'indagine è stato il comportamento contraddittorio nella risoluzione per inadempimento. All'inizio dello studio ¹ si è ipotizzato che un'analisi della valutazione che il legislatore, la dottrina e la giurisprudenza offrono di alcune condotte tenute dalle parti nella dinamica della risoluzione per inadempimento potesse servire da legame tra il fatto, inteso come complessità della realtà economica, e il diritto, così da offrire all'interprete una chiave per rileggere il sistema normativo e correggerne alcune aporie o inefficienze.

Non si è però data, in quella sede, una definizione di cosa si intendesse per «comportamento contraddittorio»: da un lato ci si è affidati alla precomprensione, che probabilmente rende chiaro a molti il nucleo semantico dell'espressione; dall'altro si è voluto che emergesse dall'indagine se vi fossero e quali fossero i casi in cui gli interpreti o i giudici sembrano riferirsi, anche implicitamente, a una condotta contraddittoria e collegarvi delle conseguenze giuridiche.

Al termine dell'analisi può essere utile trarre alcune conclusioni, raccogliendo dai dati emersi cenni sui tre termini sui quali si è articolato lo studio: cosa sia un comportamento, cosa si intenda per comportamento *contraddittorio* e quale sia il ruolo di queste condotte nel sistema della risoluzione per inadempimento.

¹ *Supra*, cap. I, sez. I, par. 3.

2. Il comportamento come categoria giuridica: alcuni spunti.

Partiamo dal sostantivo dell'espressione «comportamento contraddittorio»: il comportamento. Il termine non è oscuro: designa l'atteggiamento, la condotta, il contegno di un soggetto. È un concetto elementare, il cui significato è tendenzialmente condiviso.

Il diritto privato, come noto, si fonda sulle categorie dell'agire umano. Si insegna e tramanda, tuttora, la sistematica tripartita tra fatto, atto e negozio giuridico², nella quale, significativamente, il concetto di comportamento non compare spesso, o, meglio, è spesso assorbito dalla categoria del fatto umano ed è, in quanto tale, privo di rilevanza sistematica autonoma³.

Si deve ad Angelo Falzea il recupero della centralità del comportamento nella teoria dei fatti giuridici e, segnatamente, dei fatti umani⁴. Recupero che muove dall'insoddisfazione nei confronti della dogmatica del fatto, dell'atto e del negozio, costruita, secondo l'illustre Autore, per degradazione dal concetto di negozio: gli atti giuridici e i fatti non sarebbero autonomi concetti, perché definiti come un *minus* del negozio, come fattispecie in cui la volontà del soggetto agente ha un oggetto più limitato.

Perché la dogmatica del fatto abbia un qualche valore deve invece prendere corpo, secondo l'Autore, da una valorizzazione dei concreti interessi alla base dell'agire umano. Scrive Falzea: «[u]n quadro classificatorio dei fatti giuridici, perché costituisca un sistema nel senso sostanziale del termine e non rimanga una astratta classificazione che raccolga una casistica di forme giuridiche su mere basi logico-combinatorie e senza un organico criterio di ordinamento interno, deve essere orientata

² Tra le opere più autorevoli della dottrina italiana sotto l'attuale Codice, si vedano E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., Napoli, rist. 1994; G.B. FERRI, voce *Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 61 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1988; F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 203 ss.; ID., *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., rist. 2012, 103 ss.; R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Trattato Sacco*, Assago, 2005; ID., voce *Fatto giuridico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. V, Assago, 2010, 610 ss.; ID., voce *Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. IX, Assago, 2014, 452 ss.; R. SCOGNAMIGLIO voce *Negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990.

³ Secondo F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, cit., 203 s., sia i fatti che gli atti consistono in comportamenti, ma l'atto giuridico si differenzia dal mero fatto per la volontarietà. Il comportamento sarebbe così sinonimo del fatto non volontario.

⁴ A. FALZEA, voce *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, spec. 948 ss.; ID., voce *Comportamento*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 135 s.

verso categorie di valori giuridici. In ogni classe di fatti, che non sia artificialmente costruita, non può mai mancare una specifica considerazione degli interessi umani in funzione dei quali la classe assume rilevanza per il diritto»⁵. Lo studio dei fatti non può essere, allora, limitato al profilo della volontà, ma deve considerare la realtà umana in tutta la sua complessità: «[l]a realtà umana è una realtà complessa. [...] Alla progressione delle sfere di realtà fa riscontro una crescente partecipazione del soggetto al fatto. La partecipazione è minima nei fatti meramente fisici, dove si esaurisce in una pura situazione dell'uomo rispetto al mondo esterno. È maggiore nei fatti organici e ancor di più nei fatti psichici, perché nei primi l'evento ha sede nell'organismo umano e nei secondi giunge a impegnare la coscienza. È massima infine negli atti, che procedono dall'iniziativa del soggetto»⁶. È però, secondo l'Autore, «facile mostrare come, in un gran numero di casi, coscienza e volontà dell'atto non sono prese giuridicamente in considerazione e assume esclusivo rilievo, in coerenza alla natura essenzialmente oggettiva del diritto, il momento esterno dell'attività»⁷.

Di qui l'esigenza di una categoria ampia, che abbracci «ogni possibile atteggiamento esterno del corpo umano, ogni atteggiamento corporeo che sia cosciente o incosciente, volontario o involontario, ma sia in ogni caso una «iniziativa» dell'uomo (un libero, non fisicamente determinato, spiegamento di energie umane)»: il comportamento, appunto⁸.

La categoria del comportamento è il momento conclusivo (non invece un punto di partenza implicito) della classificazione dei fatti offerta da Falzea, che si fonda sulla bipartizione tra «eventi», fatti estranei all'agire umano, e «comportamenti», che includono ogni contegno, cosciente o meno, dell'uomo⁹.

Anche Rodolfo Sacco, recentemente, richiamato l'insegnamento di Falzea, ha sottolineato l'«importanza centrale nel sistema» della categoria del comportamento nella dogmatica dei fatti umani¹⁰, ricordando come nel sistema tedesco sia da tempo

⁵ ID., voce *Fatto giuridico*, cit., 949.

⁶ ID., voce *Fatto giuridico*, cit., 949 s.

⁷ ID., voce *Fatto giuridico*, cit., 950.

⁸ ID., voce *Fatto giuridico*, cit., 950.

⁹ Un ruolo fondamentale del comportamento nella teoria dei fatti e, segnatamente, della loro imputazione ai fini della responsabilità ascrivibile ad un soggetto si rinviene in S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 452, ove si legge che uno degli elementi della responsabilità giuridica è il «comportamento giuridico, cioè azione od omissione giuridicamente rilevante».

¹⁰ R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 42 s.

proposta una teoria del *Verhalten*. Il comportamento, secondo Sacco, coincide con la condotta, con il contegno riferibili a un essere umano. Più precisamente, la categoria del comportamento non abbraccerebbe tutti i fatti di cui un essere umano è soggetto, ma «le operazioni dinamiche dell'uomo, le sue azioni»¹¹.

Le due autorevoli opinioni offrono un'autonoma collocazione sistematica del comportamento; una teoria civilistica della struttura e degli effetti dei comportamenti, però, manca. Lo stesso Sacco sottolinea che nel diritto penale la teoria della condotta gode di consolidata formalizzazione, mentre prende atto di come, nel diritto civile, «dove si parla di condotta si possono incontrare problemi di responsabilità, di liceità, di autonomia»¹², sicché la trasversalità del concetto rende problematico individuare nuclei di disciplina omogenei riferibili ai comportamenti.

Una dogmatica del «comportamento» dev'essere quindi ancora pienamente formulata; tuttavia nei formanti del nostro ordinamento il vocabolo compare con costanza, a conferma del fatto che vi è senz'altro una precomprensione, da parte dei giuristi, del suo significato.

Il termine è utilizzato dal legislatore del Codice in un numero limitato, ma significativo, di norme. In particolare, è rubricato «comportamento secondo correttezza» l'art. 1175, norma fondamentale nella disciplina dell'adempimento dell'obbligazione; l'art. 1337 prescrive che, nelle trattative, le parti debbano comportarsi secondo buona fede; ancora, all'art. 1358 è disposto che il comportamento delle parti in pendenza della condizione deve essere conforme a buona fede; il secondo comma dell'art. 1362 dispone che, per ricostruire la comune intenzione delle parti nell'interpretazione del contratto, occorre «valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto»¹³. Il «comportamento» si presta, quindi, nel linguaggio del Codice, a designare tutti quegli atteggiamenti, atti o addirittura negozi posti in essere da un soggetto e suscettibili di un giudizio di buona fede; non solo: nel campo dell'interpretazione del contratto il «comportamento» è,

¹¹ Id., *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 43.

¹² Id., *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 43.

¹³ Altri utilizzi del termine nel Codice, meno rilevanti in questa sede, si rinvencono nel campo del diritto delle persone e della famiglia. L'art. 151, comma 2, prescrive che il giudice addebiti la separazione personale al coniuge che abbia tenuto un «comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio»; gli artt. 337-ter, comma 3, e 337-quater, comma 2, introdotti nel Codice dal D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, si riferiscono al «comportamento» dei genitori ai fini dell'affidamento del figlio minore in caso di crisi coniugale.

ancora, ogni fatto umano dal quale possa desumersi una certa comune intenzione delle parti.

La parola «comportamento» compare — anche se, ancora, con una frequenza limitata — in alcune delle principali leggi speciali in ambito privatistico.

Secondo l'art. 20 cod. cons. una pratica commerciale è scorretta se «è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il *comportamento economico*, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori»¹⁴. In questo caso il comportamento — non già del singolo, ma di un modello di riferimento di una categoria: il «consumatore medio» — non è l'oggetto della disciplina, ma è elemento di una fattispecie complessa, in cui l'applicabilità di una certa norma dipende dal fatto che soggetti diversi dal soggetto agente — i destinatari della pratica commerciale — possano tenere un determinato comportamento. La norma, poco rilevante ai nostri fini, mutua l'accezione del termine «comportamento» dalle tesi della *Behavioral Economics* cui è ispirata¹⁵.

L'art. 5, comma 3, TUF dispone che la Consob vigila sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari finanziari. Si tratta di una norma di portata pubblicistica, in quanto conferisce un potere a un'autorità indipendente, ma anche di rilevanza privatistica, perché i comportamenti degli intermediari consistono anche in condotte, negoziali e non, tenute nei confronti degli altri operatori del mercato mobiliare.

L'art. 2, lett. 1, D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 definisce come «cartello», ai fini della disciplina del risarcimento del danno da condotte in violazione del diritto della concorrenza, «un accordo, una intesa [...] o una pratica concordata fra due o più concorrenti, volta a coordinare il loro comportamento concorrenziale sul mercato».

¹⁴ Ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. e, cod. cons. per «falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori» si intende «l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

¹⁵ Per un'esegesi della norma v. per tutti G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, in AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette e Codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008, spec. 153 ss.

Nelle parole della dottrina e nelle pronunce giurisprudenziali il termine «comportamento» compare assai spesso.

Terreno elettivo è sicuramente quello della responsabilità extracontrattuale, in cui il «comportamento» assume il significato di «condotta»¹⁶.

Sempre nel campo della responsabilità, si conferma che il giudizio di buona fede nelle trattative ha ad oggetto — anche nelle parole della giurisprudenza, così come in quelle del legislatore — un comportamento¹⁷. Più in generale, conformemente al lessico legislativo, ogni giudizio di buona fede — non solo nelle trattative, ma anche *in executivis*, nell'interpretazione del contratto, nella condotta processuale — ha ad oggetto un comportamento¹⁸. È del resto l'insegnamento di Salvatore Romano, secondo cui la buona fede «caratterizza dichiarazioni e comportamenti osservanti la normativa in esame»¹⁹.

¹⁶ A titolo puramente esemplificativo, nel campo dell'individuazione degli atti illeciti, si vedano le parole di P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, 61: «Il diritto determina quali *comportamenti* dannosi o pericolosi sono vietati», corsivo aggiunto. Il comportamento rilevante non è solo quello del soggetto agente, ma anche quello del danneggiato. Anche la giurisprudenza più recente ricorda, infatti, ai fini dell'applicazione dell'art. 1227 cod. civ., che «l'evento dannoso può trovare causa o concausa nel comportamento della vittima» (Cass., 26 maggio 2020, n. 9693, in *De Jure*; Cass., S.U., 26 maggio 2020, n. 9796, *ivi*).

¹⁷ E difatti si osserva che la norma «prescrive un *obbligo di comportamento*» (V. ROPPO, *Il contratto, in Tratt. Iudica-Zatti*, II ed., Milano, 2011, 167, corsivo nel testo). L'espressione abbraccia ogni atto, negoziale o meno, che può integrare una condotta scorretta nelle trattative: si veda in proposito la massima secondo cui «La responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta, posta dall' art. 1337 c.c. a tutela del corretto dipanarsi dell'iter formativo del negozio, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, cui vanno applicate le relative regole in tema di distribuzione dell'onere della prova. Ne consegue che, qualora gli estremi del *comportamento* illecito siano integrati dal recesso ingiustificato di una parte, non grava su chi recede l'onere della prova che il proprio comportamento corrisponda ai canoni di buona fede e correttezza, ma incombe, viceversa, sull'altra parte l'onere di dimostrare che il recesso esuli dai limiti della buona fede e correttezza postulati dalla norma de qua» (tra le più recenti: Cass., 3 ottobre 2019, 24738, in *De Jure*; Cass., 14 marzo 2017, n. 6587, *ivi*).

¹⁸ Si vedano ancora, a titolo puramente esemplificativo, nell'ultima giurisprudenza: Cass., 17 dicembre 2019, n. 33428, in *De Jure*, secondo cui «La caparra confirmatoria ben può essere costituita mediante la consegna di un assegno bancario, perfezionandosi l'effetto proprio di essa al momento della riscossione della somma recata dall'assegno e, dunque, salvo buon fine, essendo, però, onere del prenditore del titolo, dopo averne accettato la consegna, di porlo all'incasso. Ne consegue che il comportamento dello stesso prenditore, che ometta di incassare l'assegno e lo trattenga comunque presso di sé, è contrario a correttezza e buona fede e tale da determinare l'insorgenza a suo carico degli obblighi propri della caparra»; Cass., 19 settembre 2019, n. 23341, *ivi*, secondo cui «viola l' art. 96, comma 1, c.p.c. chi instaura un giudizio, e consapevolmente lo continua, nonostante il rilievo della carenza di legittimazione passiva effettuato prontamente dalla parte convenuta in sede processuale, a nulla rilevando, sotto il profilo degli obblighi di buona fede e solidarietà sociale, il comportamento silente dalla stessa tenuto nella fase extraprocessuale della lite». Sulla buona fede nell'esecuzione del contratto v., ad esempio, Trib. Firenze, 11 maggio 2020, *ivi*.

¹⁹ SALV. ROMANO, voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 691 ss. Ancora, ricorda da ultimo L. BALESTRA, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1142, come il giudizio di buona fede sulla liceità della dichiarazione del creditore che intende valersi della clausola risolutiva espressa abbia ad oggetto «il comportamento di chi decide di avvalersene

Nell'ambito delle obbligazioni e dei contratti può osservarsi come l'uso del termine «comportamento» sia estremamente vasto: si pensi, a puro titolo di esempio, al campo dell'inadempimento, quale comportamento che viola la regola contrattuale²⁰, o ai vizi del consenso, in cui il dolo consiste, appunto, in un comportamento idoneo a ingannare la controparte²¹. Ancora, è invalsa la distinzione, in giurisprudenza, tra regole di validità del contratto e regole di comportamento²²: entrambe contenute in norme imperative, ma la cui violazione comporta conseguenze differenti e, segnatamente, la nullità del contratto per le prime e la responsabilità per le seconde.

Un cenno a parte merita la categoria, che trova una teorizzazione nella dogmatica della dichiarazione contrattuale, dei «comportamenti concludenti», i quali integrano «comportamenti attivi (ancorché silenziosi) che, nel contesto dato, hanno il valore semantico d'indicare che il soggetto vuole il contratto; e operano quindi come *segni (diversi dal linguaggio) che manifestano la volontà contrattuale*»²³: tali sono, ad esempio, l'attuazione della prestazione o l'appropriazione dell'altrui prestazione²⁴.

Venendo, su un piano più in generale, alla struttura del rapporto obbligatorio e dei diritti in genere, non può non ricordarsi l'insegnamento di Francesco Santoro-Passarelli, secondo cui «l'oggetto degli altri diritti [diversi dai diritti reali, n.d.r.] non è mai una *res*, ma un comportamento, un comportamento del soggetto passivo, come nel diritto di credito, o dello stesso soggetto attivo, come nei diritti potestativi»²⁵.

e non già l'importanza o meno dell'inadempimento». In tema di buona fede, può anche ricordarsi come vi sia chi, nel ricostruire la struttura dell'abuso del diritto, ricordi che «non v'è dubbio che l'abuso è fenomeno che investe il *comportamento*»: A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2013, 414, corsivo aggiunto.

²⁰ Cfr. tra le molte Cass., 14 maggio 2020, n. 8943, in *De Jure*.

²¹ Cfr., anche qui, *ex plurimis*, Trib. Milano, 27 luglio 2018, *ivi*.

²² È immediato il riferimento a Cass., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Danno e resp.*, 2008, 525 ss., con nota di V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, e alla sentenza gemella Cass., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26725. Si veda anche, da ultimo, Cass., S.U., 6 maggio 2016, n. 9140 in *De Jure*.

²³ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 190 s.; R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., 346 ss.

²⁴ Con riguardo alla teoria della dichiarazione, sono interessanti, ai nostri fini, le premesse di P. SCHLESINGER, voce *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 372, secondo cui «le dichiarazioni, infatti, sono, sì, *comportamenti*, azioni umane, ma quasi sempre sono, al tempo stesso, leggi, sentenze, contratti, ecc., azioni, cioè, che l'uomo compie proprio in quanto membro di una collettività organizzata» (corsivo aggiunto). Quanto al concetto di comportamento concludente, v. *ivi*, 384 e G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 778 ss. Più in generale, con riguardo a comportamenti che, a seconda dei casi, integrano atti giuridici o negoziali, si veda la sistemazione offerta da L. CAMPAGNA, *Il "negozi di attuazione" e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958.

²⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 56.

Ancora, si è detto di come la tolleranza — istituto trasversale, che riguarda sia i diritti reali sia i diritti di credito — consista in un «atteggiamento», in un comportamento esteriorizzato del titolare del diritto ²⁶. Ritorna l'utilizzo del concetto di «comportamento» nel campo del possesso: la giurisprudenza parla di comportamento sia per definire l'elemento materiale del possesso ²⁷ sia ancora, ad esempio, per illustrare l'elemento oggettivo dello spoglio ²⁸.

Infine, a conclusione di questa rapida e non esaustiva rassegna, occorre menzionare i costanti riferimenti di Salvatore Pugliatti al «comportamento» della parte processuale all'interno del processo civile ²⁹ e, in particolare, alla qualificazione come «comportamenti», da parte dell'illustre Autore, delle diverse posizioni che il convenuto assume nel processo: leggiamo che la parte «può assumere un comportamento «assenteistico», un atteggiamento passivo o neutro, o addirittura «adesivo» alla domanda, e può invece assumere per uno o per un altro aspetto, atteggiamento «reattivo». In questa ultima ipotesi si produce quel «contrasto» che rappresenta l'attualizzazione del principio del «contraddittorio» ³⁰.

Al termine della sommaria ricognizione, si può osservare come nel corso del presente lavoro siano stati esaminati molteplici fatti umani, atti e atti negoziali: dalle difese processuali al silenzio, dall'invio di plurime diffide ad adempiere alla tolleranza. Difficile rinvenire una categoria, diversa dal comportamento, che sia idonea a ricomprendere tutte queste manifestazioni dell'agire umano.

Perché, però, la trattazione congiunta dei diversi fatti umani esaminati abbia un senso, occorre che, pur nella loro diversità strutturale, essi producano effetti giuridici analoghi. In altre parole, vi è una differenza tra la mera giustapposizione descrittiva di fatti rispondenti a categorie tra loro diverse e invece la ricerca di un elemento unificatore di *species* di fatti umani tra loro non omogenei.

²⁶ *Supra*, cap. III, par. 2.1 e in particolare la qualificazione offerta da S. PATTI, voce *Tolleranza (atti di)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 713 s.

²⁷ V. ad esempio Cass., 5 marzo 2020, n. 6123, in *De Jure*, in cui si fa riferimento all'accertamento che il giudice di merito deve svolgere sul potere di fatto esercitato dal possessore in relazione al «comportamento concretamente esercitato dal proprietario».

²⁸ V. ad esempio Cass., 29 aprile 2019, n. 11369, *ivi*, che definisce lo spoglio come il «comportamento che impedisce al possessore l'esercizio del diritto».

²⁹ S. PUGLIATTI, voce *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 151 ss., *passim*.

³⁰ *Id.*, voce *Eccezione*, cit., par. 10.

L'impressione è che nel presente lavoro si siano esaminati fatti di diversa natura, i quali, però, producono effetti simili, incidendo sull'efficacia o sulla permanenza in vita del contratto. Così, ad esempio, l'inerzia del debitore convenuto in risoluzione — mero fatto — produrrebbe il medesimo effetto di una domanda riconvenzionale di risoluzione — atto giuridico —, perché conduce alla risoluzione del contratto; l'invio di una seconda diffida ad adempiere a termine ormai scaduto — atto negoziale — produce il medesimo effetto dell'accettazione della prestazione tardiva — mero fatto —, ossia la permanenza in vita del contratto, e così via.

Si conferma così l'opportunità della categoria dogmatica, e non solo descrittiva, del comportamento. Categoria della quale un'elaborazione teorica generale sarebbe, quindi, uno sforzo teorico non inutile. La riconduzione di effetti simili ai comportamenti esaminati richiede però ancora l'individuazione di una regola.

3. La contraddizione e le regole.

3.1. Il divieto di venire contra factum proprium nel diritto italiano: un argomento senza regole?

Scomposta l'espressione «comportamento contraddittorio» nei suoi elementi, si è detto del sostantivo, il comportamento, che evoca una classe di fatti rilevanti per l'ordinamento. L'aggettivo «contraddittorio» allude, invece, a una valutazione del fatto in grado di integrare una fattispecie, cui ci si aspetta consegua l'applicabilità di una determinata disciplina.

L'utilità della qualificazione di un comportamento come «contraddittorio» non sta, difatti, nella sua portata descrittiva. Anzi, l'espressione è piuttosto ampia, tanto da richiedere, per poter essere adeguatamente compresa, una precisa contestualizzazione: si è parlato, difatti, di contraddizione nella risoluzione per inadempimento e, ancora, più nello specifico, di contraddizione nella risoluzione giudiziale e nelle singole forme di risoluzione di diritto, cercando di comprendere come essa potesse manifestarsi nei diversi casi. L'espressione assume un significato, invece, se richiama una regola giuridica.

Viene immediato rivolgere l'attenzione al divieto di *venire contra factum proprium*, tema cui la dottrina italiana recente si è mostrata sensibile, come si è avuto

modo di accennare³¹. In effetti, nel presente lavoro si è rinvenuta nella *ratio* del divieto di cui al secondo comma dell'art. 1453 cod. civ. una traccia del divieto di contraddizione. In quella sede si è espressa, però, una valutazione meramente esegetica, illustrando il significato di una norma codificata.

Altro è chiedersi se un divieto di contraddizione esista come regola non scritta nel nostro ordinamento. Si è già detto che nel diritto italiano — al contrario dell'esperienza tedesca — la giurisprudenza quasi non si serve del divieto di venire contro il fatto proprio³² e che esso rimane un argomento³³, una *ratio decidendi* occulta. Ma che cos'è, allora, il divieto di *venire contra factum proprium*? La domanda conduce a due ulteriori quesiti: in quali casi si possa discorrere di un divieto di contraddizione (qualora se ne possa discorrere) e quali conseguenze in termini di disciplina ne conseguano.

Muoviamo dal primo quesito: se e in quali ipotesi sia ravvisabile un divieto di contraddizione.

La dottrina si è sforzata di rinvenire numerose norme che sarebbero ispirate al principio³⁴. L'esito dell'indagine, però, può destare alcune perplessità. Si pensi alla tesi di chi, in campo contrattuale, ha ritenuto configurabile una contraddizione «contestuale» e una contraddizione «successiva»³⁵. La prima si avrebbe, ad esempio, in caso di simulazione; la seconda invece, coprirebbe l'area dell'inadempimento, in cui «il sistema reagisce contro l'ipotesi in cui l'impegno che ha dato origine al rapporto venga contraddetto dal comportamento successivo»³⁶. Si tratta solamente di un esempio, che però evidenzia come l'area della contraddizione possa essere astrattamente illimitata. Se l'inadempimento è inteso come contraddizione, allora ogni violazione di una regola cui un soggetto si sia sottoposto potrebbe esserlo. Così inteso, il principio di non contraddizione altro non potrebbe essere che la spiegazione, la *ratio*, di norme già codificate, perché non si sarebbe in grado di identificare con precisione una fattispecie cui potrebbe applicarsi.

³¹ *Supra*, cap. I, par. 5.3 ed *ivi* per riferimenti.

³² F. FESTI, *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"*, Milano, 2007, 23 ss.

³³ Sul significato degli argomenti e sul loro ruolo nella produzione del diritto cfr., oltre a quanto riportato *infra* nel testo, A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., *passim*.

³⁴ Cfr. F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006, 158 ss.; F. FESTI, *Il divieto*, cit., 109 ss.; P. GALLO, *I contratti. Le promesse unilaterali. L'apparenza*, Torino, 2017, 612 ss.

³⁵ F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, cit., 160 ss.

³⁶ *Id.*, *Venire contra factum proprium*, cit., 164.

Proprio l'ampiezza delle fattispecie cui sarebbe riconducibile il divieto rende difficile rinvenire un tratto comune tra le stesse che non sia, in fin dei conti, una *ratio* moraleggiante, che vorrebbe sanzionato ogni comportamento che, violando un principio logico, prima che giuridico, contrasti con una condotta precedente. Senonché una simile regola, non circostanziata, non appartiene al sistema del diritto dei contratti, che è terreno di elezione di interessi tra loro in conflitto e condotte anche opportunistiche, purché non lesive di posizioni soggettive altrui.

Non maggiore chiarezza vi è sotto il profilo della disciplina che conseguirebbe alla violazione del divieto. Si pensi ad alcuni esempi di norme che, secondo la dottrina, vi sarebbero riconducibili³⁷. L'art. 1372 cod. civ. non consente alla parte di sottrarsi unilateralmente al vincolo cui si è sottoposta; l'art. 2045 cod. civ. dispone che sia ingiusto — perché il danneggiante non può invocare l'esimente prevista dalla norma — il danno provocato da un soggetto che si trovava in uno stato di necessità da lui stesso causato; l'art. 1444 cod. civ. preclude alla parte che abbia dato volontariamente esecuzione al contratto, pur conoscendone una causa di annullabilità, di far valere il rimedio successivamente. Nel primo caso la parte è sottoposta a un vincolo cui, di regola, non può venir meno per sua sola volontà; nel secondo il danneggiante è tenuto responsabile perché lo stato di necessità consegue alla sua stessa condotta; nel terzo la parte perde la facoltà di invocare un rimedio. Si pensi ancora alla disciplina della finzione di avveramento della condizione *ex art.* 1359 cod. civ.³⁸: in questo caso la parte subisce l'efficacia o il venir meno degli effetti di un contratto quale sanzione di una sua condotta scorretta.

Ricavare un tratto comune nella disciplina prevista dalle norme citate è difficile; evincerne una proposta di disciplina generale del comportamento contraddittorio è impossibile.

La medesima incertezza si riscontra nelle ricostruzioni della dottrina.

Si accosta il divieto di contraddizione a istituti come l'*estoppel* o la *Verwirkung*³⁹, i quali determinano la perdita del diritto a seguito di una condotta contraddittoria

³⁷ Gli esempi sono tratti da P. GALLO, *I contratti*, cit., 612 s.

³⁸ L'esempio è tratto da F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, cit., 170 ss.

³⁹ R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 227; Anche G. CATTANEO, *Buona fede e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 639 accosta il divieto di *venire contra factum proprium*, come formalizzato dalla dottrina tedesca, all'*estoppel* di *common law* e sembra ritenere che anche nel diritto italiano vi sia «una regola di coerenza: secondo buona fede, ciascuna parte è autorizzata cioè a confidare nella coerenza

del suo titolare o precludono l'invocazione di un certo rimedio. In effetti vi sarebbero indici anche nel nostro ordinamento di simili conseguenze del comportamento contraddittorio. Si pensi a una norma come l'art. 1453, comma 2, cod. civ., che appunto impedisce alla parte di servirsi di un rimedio, oppure all'uso che la giurisprudenza fa della tolleranza, cui è ricollegata la perdita della facoltà di invocare una determinata tutela ⁴⁰.

Vi è chi, però, ritiene autorevolmente che il fondamento della regola di non contraddizione nel nostro ordinamento vada cercato altrove e segnatamente nelle regole di responsabilità ⁴¹. Scrive Rodolfo Sacco: «L'art. 1338 prevede che un soggetto venga illuso e poi disilluso. [...] Se l'art. 1338 è applicabile alla creazione dell'illusione in una futura prestazione — o in una presente situazione, illustrata da un'attestazione — l'art. 1338 contiene in sé il potenziale che giustifica la responsabilità per l'incoerenza» ed è «un chiaro indice dell'*ingiustizia* di queste illusioni» ⁴², con la conseguente attrazione del divieto di contraddizione alle regole di responsabilità aquiliana.

Ancora, si ricorda, anche recentemente, che il divieto di contraddizione troverebbe un'applicazione occulta, negli ordinamenti neolatini, attraverso l'istituto della rinuncia tacita, ossia per il tramite di un negozio abdicativo del diritto ⁴³.

L'incertezza non diminuisce se si ricorda come la dottrina riconduca il divieto di contraddizione al generale principio di buona fede, conformemente all'insegnamento tedesco ⁴⁴. Basta leggere le conclusioni di una monografia sul tema: «l'inquadramento del principio "*nemo potest venire contra factum proprium*" nella regola di buona fede conduce ad individuare quali possibili conseguenze della sua violazione l'obbligo di risarcire i danni provocati o, nei casi più gravi e quando ciò sia

dell'altra. Se quindi una di esse, anche senza porre in essere una manifestazione di volontà, lascia intendere con la sua condotta di non avere interesse ad esigere adempimenti puntuali, l'altra ha diritto di prevedere e di confidare che non sarà pretesa nemmeno in seguito un'esatta puntualità, almeno senza congruo preavviso» (pag. 648).

⁴⁰ *Supra*, cap. III, par. 2.1.

⁴¹ R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 254 s.

⁴² *Id.*, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 255, corsivo nel testo.

⁴³ P. GALLO, *I contratti*, cit., 611 che richiama la nota tesi di F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova, 1971, *passim*. Cfr. *supra*, cap. I, sez. II, par. 5.1.

⁴⁴ Per tutti, F. FESTI, *Il divieto*, cit., 240 ss.

possibile, l'impedimento a tenere la condotta contraddittoria o a giovarsi degli effetti di questa, tramite l'imposizione di un'*exceptio doli*'»⁴⁵.

Del resto, è lo stesso uso multiforme del principio di buona fede a condurre all'applicazione di discipline diverse. Così, nel campo della responsabilità precontrattuale o contrattuale la violazione del dovere di buona fede dà luogo alla risarcibilità del danno; nei casi di tolleranza o di abuso del diritto preclude l'esercizio di una facoltà⁴⁶; quale fonte integrativa del regolamento convenzionale, ai sensi dell'art. 1375 cod. civ., conduce talvolta all'applicazione di rimedi atipici⁴⁷ o all'individuazione di obblighi accessori in capo alle parti, la cui violazione è fonte, a sua volta, di responsabilità⁴⁸. Se, dunque, il principio cui si riferisce il divieto non offre un'univoca indicazione della disciplina applicabile, ci si può interrogare sull'utilità di enucleare una *species* dell'obbligo di buona fede cui però, parimenti, non conseguano chiare soluzioni applicative.

Non si ricavano indicazioni più precise dalle due codificazioni di diritto uniforme che hanno espressamente preso in considerazione la condotta non coerente («inconsistent») del contraente⁴⁹. L'art. 1.8 dei Principles Unidroit e l'art. I. – 1:103 del DCFR godono entrambi di una collocazione centrale nei testi normativi, essendo ambedue inseriti tra le previsioni generali. Le norme sono ritenute pacificamente

⁴⁵ ID., *Il divieto*, cit., 240.

⁴⁶ Per quanto riguarda l'abuso del diritto, si pensi alla nota pronuncia Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, 5 ss., con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, che ha ritenuto inefficace un recesso esercitato abusivamente in determinate circostanze di squilibrio economico tra i contraenti.

⁴⁷ A puro titolo esemplificativo, si pensi alla nota proposta di un obbligo di rinegoziazione nel caso di sopravvenienza onerosa, su cui già F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996. Il tema, cui la dottrina ha dedicato ampia attenzione negli ultimi anni, è divenuto di stretta attualità per effetto della pandemia da Covid-19, la quale ha esposto alcuni contratti a un rilevante squilibrio tra prestazioni. Si veda, in proposito, tra gli altri, ID., *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, 129 ss.

⁴⁸ Su cui v., per l'ultima formalizzazione, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 521 ss. e, riassuntivamente, A. NICOLUSSI, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, 659 ss.

⁴⁹ Il riferimento è all'art. 1.8 dei Principles elaborati da Unidroit, rubricato «Inconsistent behaviour» e cioè, letteralmente, «comportamento contraddittorio», a mente del quale «A party cannot act inconsistently with an understanding it has caused the other party to have and upon which that other party reasonably has acted in reliance to its detriment», nonché all'art. I. – 1:103 del DCFR, rubricato, più genericamente, «Good faith and fair dealing», il quale così dispone: «The expression "good faith and fair dealing" refers to a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question. It is, in particular, contrary to good faith and fair dealing for a party to act inconsistently with that party's prior statements or conduct when the other party has reasonably relied on them to that other party's detriment».

espressione del principio di buona fede ⁵⁰. Si tratta di enunciazioni di principio preziose, che sollecitano l'attenzione al profilo dell'affidamento. Tuttavia, le codificazioni sembrano lasciare all'interprete la soluzione dei problemi caso per caso.

Pare necessaria, a questo punto, una precisazione.

Le trattazioni dedicate al tema dimostrano come sia presente nell'ordinamento un'avversione nei confronti della contraddizione, o meglio della contraddizione lesiva di affidamenti. Tuttavia, (i) il divieto di contraddizione è utilmente impiegato per illustrare la *ratio* di norme codificate, mentre (ii) non è esplicitamente applicato dalla giurisprudenza e, secondo alcuni, (iii) starebbe alla base di talune decisioni giurisprudenziali, che però, in motivazione, si riferiscono ad altri istituti (tolleranza, abuso, rinuncia tacita). Ci troviamo di fronte, insomma, a un principio che trova una certa condivisione nella precomprensione dell'interprete, ma che non è certo controllabile dal punto di vista applicativo. Sembra condivisibile, in questo contesto, la tesi di chi sostiene che il divieto di *venire contra factum proprium* non sia dotato di un'autonoma portata normativa, perché non è in grado di ricollegare conseguenze giuridiche alla fattispecie della condotta contraddittoria ⁵¹. Ancor più precisamente, il divieto non integra un istituto, quale insieme unitario di regole.

Cos'è, allora, il divieto di venire contro il fatto proprio, che pure ispirerebbe alcune norme codificate e alcune scelte giurisprudenziali? La risposta più convincente è che il divieto sia un argomento, il quale, per utilizzare le parole di cui si serve attenta dottrina in relazione al tema — diverso, ma contiguo — dell'abuso del diritto, «*non concerne*, come quei complessi organici di precetti che sono gli istituti, *il discorso del legislatore sui fatti, bensì sempre il discorso — metadiscorso — dell'interprete sul discorso del legislatore sui fatti*» ⁵². In quanto tale, l'argomento non è privo di utilità, perché entra inevitabilmente nei discorsi degli interpreti e, dunque, nell'applicazione del diritto ⁵³. Se, però, esso non è in grado di indicare all'interprete un complesso di

⁵⁰ Ciò risulta testualmente nell'art. I. – 1:103 del DCFR; per quanto riguarda i Principles, è sufficiente leggere il commento all'art. 1.8, il quale recita «This provision is a general application of the principle of good faith and fair dealing (Article 1.7)».

⁵¹ A.P. SCARSO, *Venire contra factum proprium e responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, *passim* e spec. 51.

⁵² A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., 454, corsivo nel testo.

⁵³ V. ID., *Il diritto come discorso*, cit., *passim*.

norme applicabili, non è nemmeno capace di offrire una regola connessa alla contraddizione.

Le regole operative andranno allora ricercate in altra direzione.

3.2. *Le regole operative individuate.*

Un utile approccio può essere quello rimediale⁵⁴, ossia muovere dalle forme di tutela che si sono individuate per rintracciare gli elementi di una categoria unitaria. La difficoltà di individuare una fattispecie nelle diverse forme di comportamento contraddittorio non esclude, difatti, che si possano rinvenire nel sistema normativo e nel diritto applicato alcune regole operative accomunate dalle medesime esigenze di tutela, riconducibili a un insieme uniforme di fattispecie.

Nel primo capitolo si è visto che la domanda di risoluzione impedisce alla parte che l'abbia proposta di domandare l'adempimento, sia nel medesimo processo sia in un diverso giudizio. Con la proposizione della domanda la parte prende una posizione netta: vuole uscire dal contratto. L'esigenza di tutela dell'affidamento della parte inadempiente impone che questa non possa successivamente essere sottoposta a una pretesa di adempimento. Si è però detto che se la parte inadempiente assume un contegno difensivo dal quale emerga il suo interesse per il contratto — ad esempio, nega la sussistenza dei presupposti della risoluzione —, dal quale deriva il rigetto della domanda avversaria, il contratto dovrà ritenersi pienamente efficace e azionabile.

In sintesi: la parte delusa rimane vincolata alla propria scelta; il debitore rimane parimenti vincolato alla sua condotta processuale. Le conseguenze delle condotte delle parti attengono agli effetti del contratto.

Nel secondo capitolo si sono esaminate molteplici regole operative nel campo delle risoluzioni di diritto, il cui tratto comune è che il contraente che abbia dichiarato di volersi avvalere di una delle forme di risoluzione non può giovare dello scioglimento del contratto se, (precedentemente o, ciò che è più interessante) successivamente, ha tenuto una condotta incompatibile con la risoluzione, la quale abbia suscitato nella parte inadempiente l'affidamento sulla perdurante efficacia del contratto. Si possono ricordare alcuni esempi: il contraente che abbia intimato una

⁵⁴ Approccio notoriamente proposto, nella dottrina italiana, da Adolfo di Majo. Cfr. A. DI MAJO, voce *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 360 ss.; ID., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, *passim*. V. anche S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012.

seconda diffida ad adempiere non può giovare della risoluzione prodotta dalla prima; allo stesso modo non può invocare la risoluzione se ha accettato la prestazione tardiva, anche dopo lo scadere del termine intimato; è molto ampia la casistica relativa a condotte precedenti alla dichiarazione della parte di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa che impediscono la risoluzione, spesso riconducibili alla regola della tolleranza; anche dopo la scadenza dello *spatium deliberandi* nella risoluzione per termine essenziale è concesso al creditore di accettare o pretendere la prestazione tardiva, con la conseguenza che questi non potrà giovare della risoluzione.

Anche in questi casi la struttura di fondo delle regole sembra costante: la parte non può tenere una condotta che contrasti con l'affidamento ingenerato nella controparte. Se lo fa, quest'ultima può legittimamente pretendere che la prima sia sottoposta agli effetti della sua condotta.

Si è avuto modo di ricondurre molte delle soluzioni interpretative a principi consolidati, quali quelli espressi in tema di tolleranza, di tutela dell'affidamento, di effetti della dichiarazione tacita e, segnatamente, del silenzio circostanziato, della certezza dei rapporti giuridici. Proprio l'unitarietà di fondo delle regole operative e la loro sussumibilità in categorie note possono condurre ad alcune valutazioni omogenee sul ruolo e sulle conseguenze del comportamento contraddittorio nella risoluzione per inadempimento anche senza il ricorso al brocardo *venire contra factum proprium venire potest*, il quale può rimanere un utile argomento di carattere descrittivo.

3.3. L'«effetto opzionale» e l'«atto responsabile» tra effettività e autoresponsabilità.

La coerenza nei rapporti negoziali non viene in rilievo solo nel limitato campo delle indagini sul divieto di *venire contra factum proprium*. Coerenza non significa soltanto, infatti, divieto di contraddizione, ossia sanzione di una condotta non conforme a quella precedentemente tenuta. Si può ricordare come, nelle parole di un illustre Autore, essa stia alla base di «un giudizio deontologico [...], in virtù del quale si deduce ed afferma la necessità che il soggetto sopporti le conseguenze del fatto (azione od omissione) proprio»⁵⁵: coerenza significa responsabilità per le proprie azioni e integra, pertanto, un limite intrinseco dell'autonomia privata.

Il tema può essere trattato da diverse prospettive.

⁵⁵ S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, cit., 452.

Un primo approccio è quello che guarda all'atto dal quale discende il dovere di coerenza. È insegnamento recetto quello secondo cui la dichiarazione di autonomia impegna il dichiarante, il quale è soggetto anche alle conseguenze non volute delle proprie azioni ⁵⁶. Poiché l'autonomia è una vicenda relazionale, attraverso la quale si esprime la libertà di un soggetto in rapporto con gli altri, le conseguenze dell'atto che il soggetto si trova a dover sopportare derivano dagli effetti che quell'atto ha prodotto e segnatamente dall'affidamento ingenerato in altri soggetti ⁵⁷. Sacco parla efficacemente di «atto responsabile» per designare quegli atti che ingenerano in altri soggetti affidamenti che non possono essere disillusi ⁵⁸.

L'insegnamento di Sacco è prezioso, inoltre, perché introduce una rilevante qualificazione delle fattispecie, cui si è già avuto modo di fare cenno ⁵⁹: le c.d. fattispecie ad «effetto opzionale», ossia quelle fattispecie in cui la produzione di un effetto favorevole a un determinato soggetto è subordinata alla manifestazione di volontà dello stesso ⁶⁰: si pensi alla prescrizione della pretesa avversaria, che solo il convenuto può decidere di eccepire. L'Autore riconosce, già lo si è ricordato, nella risoluzione per inadempimento una materia di elezione per l'effetto opzionale, giacché i rimedi predisposti dalla legge in questo campo sono tipicamente potestativi ⁶¹. L'Autore ricorda, inoltre, le molteplici ipotesi in cui la giurisprudenza sembra aggiungere un elemento di ulteriore potestatività — o opzionalità — alla risoluzione, subordinando l'effetto risolutivo a un'ultima manifestazione di volontà: si pensi alla giurisprudenza sulla c.d. «rinuncia all'effetto risolutivo».

L'opinione merita di essere integrata con una precisazione. La risoluzione opera come un'opzione, la quale integra una dichiarazione di volontà ai cui effetti il soggetto agente è sottoposto. Ciascun comportamento negoziale della parte è, però, un'opzione, ossia un atto o un fatto umano con il quale il soggetto esce dalla propria sfera e opera una scelta, o meglio manifesta univocamente un'intenzione. I successivi

⁵⁶ Cfr., per tutti, E. BETTI, *Teoria generale del negozio*, cit., 162 s.; R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 109 ss.

⁵⁷ Tra la vasta produzione dottrinale sull'affidamento, deve quanto meno farsi riferimento all'opera di V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, la quale si propone, come noto, di contemperare i «dogmi» di volontà e affidamento per offrire una rinnovata configurazione del negozio giuridico e applicarla alla disciplina dell'errore.

⁵⁸ R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 109.

⁵⁹ *Supra*, cap. I, sez. II, par. 5.2.

⁶⁰ R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 46 ss.

⁶¹ ID., *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 52 s.

comportamenti della parte che contrastano con la volontà di sciogliere il contratto sono anch'essi — è vero — altrettante opzioni, ma — e qui sta il punto — non incidono direttamente nella sfera giuridica della controparte, bensì vincolano lo stesso soggetto agente.

Vi è, insomma, nel sistema codificato e vivente della risoluzione per inadempimento, un elemento centrale di potestatività o di opzionalità. Questa facoltà di scelta non deve però essere intesa come un privilegio della parte inadempiente, perché si estrinseca in atti che, in quanto creatori di doveri di coerenza, sottopongono il soggetto alle loro conseguenze, indipendentemente dal fatto che queste fossero volute.

Un secondo approccio consiste nella riconduzione delle regole operative a un principio. Il principio secondo il quale ciascuno è soggetto alle conseguenze delle proprie azioni è identificato con l'autoresponsabilità⁶².

Anche l'autoresponsabilità, come il divieto di contraddizione o come la buona fede, è invocata dai giuristi in numerose fattispecie⁶³, cui sono ricondotti effetti giuridici tra loro differenti⁶⁴. Perché, allora, il principio di autoresponsabilità dovrebbe integrare una ragione più solida delle regole operative che si sono trovate rispetto al divieto di contraddizione? La ragione è semplice: il principio di autoresponsabilità,

⁶² E. BETTI, *Teoria generale del negozio*, cit., spec. 162 s.; S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, cit.; V. CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004; G. CIVELLO, voce *Autoresponsabilità*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IX, Assago, 2016, 102 ss.

⁶³ Si vedano le analisi di S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, cit. e di V. CAREDDA, *Autoresponsabilità*, cit. A puro titolo esemplificativo possono ricordarsi i seguenti campi in cui la giurisprudenza fa espresso ricorso al concetto di autoresponsabilità: soggezione dell'agente alla sua dichiarazione tacita, se il suo comportamento è tale da ingenerare affidamento negli altri (Cass., 17 ottobre 2019, n. 26292, in *De Jure*); valorizzazione della potenzialità reddituali del coniuge ai fini della determinazione dell'assegno divorzile (v. da ultimo Cass., 13 febbraio 2020, n. 3661, *ivi*); esclusione del risarcimento da prodotto difettoso per il consumatore che potesse essere edotto dei rischi del prodotto da idonea segnalazione sulla confezione (Cass., 4 gennaio 2018, n. 57, *ivi*); volontaria esposizione di un soggetto a un pericolo, come la partecipazione a immersioni subacquee, quale esimente dell'altrui responsabilità (Trib. Como, 5 settembre 2017, *ivi*); inversione della prova *ex art.* 1988 cod. civ. per il creditore che abbia rilasciato al debitore quietanza di pagamento (Cass., 19 maggio 2015, n. 10202, *ivi*); esclusione della garanzia per vizi riconoscibili *ex art.* 1491 cod. civ. (Cass., 27 febbraio 2012, n. 2981, *ivi*). La giurisprudenza di legittimità nega la riconducibilità della regola del concorso di colpa del danneggiato *ex art.* 1227 cod. civ. al principio di autoresponsabilità (cfr. Cass., 15 gennaio 2020, n. 515, *ivi*; Cass., S.U., 21 novembre 2011, n. 24406, *ivi*) e ricollega la norma alle regole sul nesso di causalità. *Contra* G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in V. ROPPO (a cura di), *I rimedi-2*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, V, 2, Milano, 2006, 916 ss.

⁶⁴ Scrive R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 110: «se la responsabilità extracontrattuale si esprime sempre nell'insorgenza di un'obbligazione (risarcitoria), l'autoresponsabilità negoziale può esprimersi in modi diversi (nascita di un obbligo, ma anche trasferimento di una proprietà, conferimento di un potere rappresentativo, ecc.)».

immanente nell'ordinamento ed esplicitato nei discorsi degli interpreti, trova una chiara formalizzazione nella teoria dei limiti dell'autonomia privata quale principio che tutela l'affidamento contro comportamenti incoerenti dell'agente. Il principio di autoresponsabilità ha perciò una posizione soggettiva di riferimento, che lo rende più concreto del divieto di contraddizione: l'affidamento. Affidamento che è tutelato dall'ordinamento non solo per un immanente principio di coerenza e giustizia, ma in quanto parametro economicamente misurabile della vincolatività di un atto. L'affidamento, difatti, è ciò che conduce entrambe le parti di un contratto a investire, confidando che l'altra parte darà esecuzione allo scambio⁶⁵. Si tratta di un riferimento concreto e saldo cui ricondurre il disvalore del comportamento contraddittorio, sicuramente preferibile a un generico richiamo moraleggiante al dovere di coerenza.

Occorre ora fare un passo ulteriore. Come spiegare le regole esaminate alla luce del principio di autoresponsabilità? Si è detto, difatti, che la tutela dell'affidamento conduce all'applicazione di diversi rimedi: si pensi al risarcimento del danno in caso di responsabilità precontrattuale, che non concerne, dunque, l'efficacia o l'inefficienza dell'atto⁶⁶.

Si è chiarito che vi è un interesse soggettivo tutelato: l'affidamento; si è detto, inoltre, che vi è un nucleo comune di disciplina degli atti responsabili: il vincolo dell'agente alla sua condotta. Il singolo rimedio applicabile pare felicemente rintracciabile se si ricorre al principio di effettività, quale legame tra fatto e diritto, ossia tra un assetto di interessi predeterminato e la sua composizione concreta⁶⁷.

Ebbene, quando il comportamento della parte incide direttamente sull'efficacia del contratto, perché manifesta la volontà di sciogliere o mantenere efficace il vincolo, il rimedio effettivo per proteggere l'affidamento della controparte è senz'altro vincolare l'altra parte a soggiacere agli effetti del suo comportamento, ossia a ritenere il contratto sciolto o ancora efficace⁶⁸.

⁶⁵ R. COOTER – U. MATTEI – P.G. MONATERI – R. PARDOLESI – T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, I, II ed., Bologna, 2006, 144: «l'affidamento consiste in un cambiamento nella posizione del promissario indotto dalla promessa».

⁶⁶ E difatti afferma V. CAREDDA, *Autoresponsabilità*, cit., 179: «Nel settore per noi di maggiore interesse, e dunque nei rapporti obbligatori, la principale conseguenza è il risarcimento del danno».

⁶⁷ Il richiamo è alle parole di G. VETTORI, voce *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, 381 ss.

⁶⁸ Non è inedito che l'autoresponsabilità operi, anziché sul piano risarcitorio, sul diverso terreno dell'efficacia del negozio. Cfr. ancora V. CAREDDA, *Autoresponsabilità*, cit., 179. Del resto, una forma di tutela dell'affidamento che incide sull'efficacia di un atto si riscontra nei casi di apparenza. Come insegna

4. Il comportamento contraddittorio nel sistema della risoluzione per inadempimento.

4.1. Il sistema della risoluzione per inadempimento: «aporie» classiche e dibattiti attuali.

Per comprendere quale ruolo assuma l'indagine sul comportamento contraddittorio nella risoluzione per inadempimento giova proporre un breve quadro del sistema codicistico e dei problemi affiorati nel corso dello studio. Come si vedrà, si tratta di questioni risalenti, perché risultanti dallo stesso tessuto normativo, ma cui la dottrina si è recentemente dedicata con rinnovato interesse critico ⁶⁹.

Una questione di carattere sistematico che merita ancora particolare attenzione è il rapporto tra risoluzione giudiziale e risoluzioni «di diritto» ⁷⁰. Il discorso si articola su più piani, tra loro ovviamente connessi.

L'aspetto più evidente del problema attiene all'ambito di applicazione dei rimedi: le risoluzioni di diritto rappresentano eccezioni rispetto alla figura generale della risoluzione giudiziale? Alla domanda si è data, nel presente lavoro, una risposta negativa, ricordando come la diffida ad adempiere integri un rimedio tendenzialmente generale e alternativo alla risoluzione di cui all'art. 1453 cod. civ., attraverso una lettura che renda compatibile la diffida con l'inadempimento definitivo ⁷¹.

A. FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 698: «La situazione giuridica presupposta è precisamente quella situazione giuridica sulla cui esistenza cade l'errore oggettivamente scusabile. E poiché questa situazione opera come fonte di legittimazione nei riguardi dell'atto o del negozio, la sua mancanza dovrebbe direttamente condurre all'inefficacia. L'ufficio giuridico dell'apparenza è appunto quello di ovviare per quanto possibile a questa causa di inefficacia e quindi di consentire all'atto od al negozio irregolari di produrre ugualmente gli effetti loro propri». Scendendo nel concreto, è nota la fattispecie della rappresentanza apparente, in cui il falso rappresentato che abbia tollerato la spendita del proprio nome e ingenerato nei terzi l'affidamento sul fatto che il falso rappresentante contrattasse in suo nome e in suo conto soggiace agli effetti negozio stipulato dal falso rappresentante. Si tratta di un'eccezione all'inefficacia disposta dall'art. 1398 cod. civ. Cfr., da ultimo, Cass., 2 marzo 2016, n. 4113, in *De Jure*.

⁶⁹ Si possono ricordare, in particolare, due percorsi seguiti dalla dottrina: da un lato lo sguardo critico d'insieme al regime codicistico, da ultimo autorevolmente espresso in G. CIAN, *Di alcune aporie nel sistema codicistico della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1149 ss.; dall'altro il riferito dibattito su giudizialità e stragiudizialità della risoluzione (*supra*, cap. III, spec. parr. 3 ss.), condotto alla luce dei più recenti interventi normativi europei, che ha trovato sintesi nel volume C. CONSOLO – I. PAGNI – S. PAGLIANTINI – V. ROPPO – M. MAUGERI (a cura di), *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Bologna, 2018.

⁷⁰ U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *La risoluzione*, in *Il contratto in generale*, VIII**, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2011, 38 ss.; M. DELLACASA, in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi-2*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 147 ss.

⁷¹ *Supra*, cap. III, par. 6.2.2. Da ultimo, si mostra di questa opinione G. CIAN, *Di alcune aporie*, cit., 1155.

Con ciò, però, i problemi non sono finiti. Un tema trasversale, al quale la dottrina si è mostrata particolarmente sensibile in tempi recenti, è il ruolo del giudice nella risoluzione tanto giudiziale quanto stragiudiziale. La questione, all'evidenza, reca con sé rilevanti conseguenze proprio sul piano della selezione dei rimedi e dunque, in ultima istanza, sul loro ruolo nel sistema, ed evoca problemi quali la certezza dei rapporti, la celerità dei rimedi e della giustizia, l'efficienza dei meccanismi predisposti dall'ordinamento. Anche sul punto si è presa una posizione, sebbene condividendo un'opinione, per così dire, «agnostica», secondo la quale entrambi i modelli legali — quello della risoluzione giudiziale e quello della risoluzione stragiudiziale — riservano margini di incertezza, che sta alle parti gestire⁷². In tal modo non si è posticipato un problema, ma si è preso atto, con realismo, del fatto che né l'uno né l'altro modello, in sé considerati, possono dirsi integralmente privi di aree di incertezza e inefficienza. Ciò che occorre è piuttosto un'opera di adeguamento dei rimedi legali attraverso regole operative di dettaglio.

Ancora sul piano sistematico, si è osservato come i rimedi generali contro l'inadempimento convivano, da un lato, con una forma di recesso, prevista dall'art. 1385 cod. civ., che integra una forma generale di scioglimento del contratto unilaterale e retroattiva *inter partes*; dall'altro, con rimedi speciali per i singoli contratti, che rendono ancor più frastagliato il quadro normativo⁷³. Ne consegue l'interrogativo sull'effettiva portata applicativa dei rimedi codificati dagli artt. 1453 ss. cod. civ. Senonché il diritto delle corti restituisce, una volta di più, l'evidenza di come gli istituti di parte generale ricoprano, ancora, un ruolo di prim'ordine nel sistema.

Tanto premesso sul piano sistematico, non minori problemi si registrano nell'applicazione delle singole forme di risoluzione.

Si è detto, nel primo capitolo, del dibattito ormai classico, ma non ancora sopito, sugli effetti della domanda di risoluzione giudiziale e sui suoi effetti sul contratto. Ancora, nel secondo capitolo si sono esaminati i rapporti tra i singoli rimedi, cercando delle linee di fondo nelle soluzioni giurisprudenziali. Dall'indagine esegetica del primo capitolo e da quella casistica del secondo si è tratto un insegnamento di

⁷² V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 911 e *supra*, cap. III, par. 6.1.

⁷³ Osserva ancora G. CIAN, *Di alcune aporie*, cit., 1158, che vi sono «non trascurabili sovrapposizioni e disarmonie nel sistema degli artt. 1453, 1454, 1456 e 1385», cui, appunto, si aggiungono le previsioni di rimedi speciali contro l'inadempimento dei singoli contratti tipici.

metodo: le soluzioni ottimali devono necessariamente passare dalla valorizzazione dei concreti interessi di entrambe le parti. Ciò non priva di generalità e astrattezza la regola giuridica, ma implica l'individuazione di regole che si adattino al concreto assetto di interessi e affidamenti emersi. Se ne è avuta una conferma dall'esame della pronuncia delle Sezioni Unite sulla c.d. «rinuncia agli effetti risolutivi»⁷⁴: una pronuncia che ha enunciato alcuni principi astrattamente corretti, ma che, muovendosi al di fuori del *thema decidendum*, ha raggiunto soluzioni non del tutto condivisibili né condivise dalla giurisprudenza successiva⁷⁵.

Parimenti poco coerente con le fattispecie esaminate erano — e sono, anche dopo l'intervento delle Sezioni Unite — le numerose pronunce che ammettevano la «rinuncia agli effetti risolutivi»: una formula inappropriata, sulla quale la dottrina si è concentrata per decenni, ma che nasconde regole operative tra loro differenti e talvolta apprezzabili, che pure sono spesso rimaste ignorate⁷⁶.

Non mancano, infine, territori di confine della risoluzione per inadempimento, quali i c.d. usi «criptosolutori» dell'eccezione di risoluzione — di cui ci si è limitati a dare brevemente conto⁷⁷ —, i quali danno ancora l'idea di come il sistema codicistico sia sottoposto alle notevoli tensioni del diritto applicato.

La delicatezza del tema è acuita dai notevoli risvolti economici della disciplina della risoluzione per inadempimento. È noto, difatti, che tutte le forme di risoluzione costituiscono un compromesso tra la forza di legge del contratto, e così la conservazione della ricchezza creata dal negozio, e l'esigenza di una delle parti di liberarsi dal sinallagma non più funzionante. Si è detto, in particolare, come da ultimo, nella dottrina italiana, si riscontri una maggiore sensibilità a questo secondo profilo, nella convinzione che una celere liberazione dal contratto salvaguardi al meglio le esigenze della parte delusa. Non è tutto, però: si è dato conto di come a diverse tipologie di contratti possa corrispondere un interesse più o meno intenso delle parti alla prestazione in natura e così alle tutele contrattuali reali — risoluzione, esecuzione

⁷⁴ Cass., S.U., 14 gennaio 2009, n. 553, cit. *supra*, cap. II, *sub* nota 4.

⁷⁵ Il riferimento è alla facoltà per la parte che abbia intimato una diffida ad adempiere di far accertare, successivamente, il proprio recesso *ex* art. 1385 cod. civ. con ritenzione della caparra: le Sezioni Unite ne hanno negato la legittimità, mentre la giurisprudenza successiva, con l'assenso di parte della dottrina, l'ha ritenuta ammissibile, perché i due rimedi perseguirebbero finalità uniformi (cfr. *supra*, cap. II, par. 5.4.2).

⁷⁶ *Supra*, cap. II, par. 6.2.

⁷⁷ *Supra*, cap. III, par. 4.1.1.

in forma specifica — o, piuttosto, un interesse meramente monetario, che può trovare soddisfazione anche solo attraverso il risarcimento del danno.

Questi, in sintesi, alcuni dei nodi di fondo non ancora sciolti del sistema della risoluzione per inadempimento, rispetto ai quali sembra che la recente proposta dottrinale di nuove forme stragiudiziali e atipiche di risoluzione non offra soluzioni apprezzabili. Né la classica tesi di Sacco della risoluzione quale effetto della domanda giudiziale in sé considerata né le recenti proposte della dichiarazione risolutiva atipica, incentivate dalle riforme del *BGB* e del *Code civil*, risolvono, difatti, le «aporie» evidenziate. Esse paiono guardare al problema da un punto di vista parziale, che può essere la sola prospettiva della tutela dell'affidamento della parte che riceve la dichiarazione di risoluzione o quella, opposta, della parte non inadempiente e del suo interesse a liberarsi agilmente dal contratto.

Le proposte, tuttavia, non risolvono i problemi sistematici, perché aggiungono una forma di risoluzione, con presupposti inediti, a quelle codificate, né risolvono i problemi applicativi, perché non eliminano la strutturale incertezza che grava sulle parti nella dinamica della risoluzione.

In questo complesso contesto, il giurista può utilmente cercare di isolare problemi tra loro omogenei, per offrire un quadro chiaro dello stato dell'arte del diritto applicato e una proposta di adeguamento, per via interpretativa, del sistema.

Lo studio del comportamento contraddittorio nella risoluzione per inadempimento, pur non ambendo a una risistemazione dell'intera materia, può avere proprio una rilevante utilità selettiva di problemi e di soluzioni. La prospettiva del comportamento contraddittorio, per come si è cercato di definirlo, consente difatti sia di selezionare alcune fattispecie tra loro omogenee, in cui sono rinvenibili le medesime esigenze di tutela e i medesimi interessi di fondo, distinguendole da altre che rispondono a interessi differenti, sia di selezionare rimedi tra loro uniformi, rispondenti a regole verificabili stabili.

4.2. La prospettiva del comportamento contraddittorio come utile metodo di selezione di problemi omogenei.

4.2.1. Selezione delle fattispecie rilevanti.

Nel sistema della risoluzione per inadempimento, lo studio della contraddizione in cui possono incorrere le parti si è dimostrato un angolo prospettico che permette di avvicinare trasversalmente fattispecie tra loro apparentemente distanti.

La fattispecie di riferimento è, come ampiamente illustrato, la proposizione della domanda di adempimento da parte del contraente che abbia domandato la risoluzione per inadempimento. Nell'art. 1453, comma 2, cod. civ. si è rinvenuta una traccia dell'attenzione del sistema alla contraddizione e, segnatamente, alla contraddizione che incide sull'efficacia del contratto. Pari valore si è assegnato agli atti del convenuto, che possono essere assoggettati ad analogo regime di autoresponsabilità.

Una volta compresa la composizione degli interessi confliggenti delle parti offerta dal legislatore, è stato possibile rinvenire i medesimi conflitti anche in casi non espressamente regolati nel campo delle risoluzioni di diritto. Anche nelle risoluzioni stragiudiziali, difatti, si danno ipotesi in cui la parte manifesta la volontà di sciogliere il contratto — o ne provoca persino la risoluzione —, ma poi torna sui propri passi e si comporta come se ritenesse vincolante il contratto o viceversa.

L'acquisita consapevolezza di una soluzione tipizzata ed estensibile permette di selezionare, nella copiosa casistica, le fattispecie nelle quali si rinviene un analogo conflitto e di distinguerle da quelle in cui non ricorrono i medesimi presupposti. Questa selettività dell'approccio del comportamento contraddittorio si contrappone alla generica e inappropriata regola della «rinuncia all'effetto risolutivo», che si è invece mostrata incapace di selezionare fattispecie omogenee e di offrirne una regolamentazione pretoria adeguata.

Si è riferito, poco sopra, del dibattito sulla possibilità, per la parte non inadempiente, di recedere dal contratto ritenendo la caparra confirmatoria pur dopo l'intimazione di una diffida ad adempiere. La giurisprudenza soleva consentirlo, affermando che la parte potesse rinunciare alla risoluzione già prodotta. Le Sezioni Unite, negando, in via generale, la rinunciabilità della risoluzione, hanno deduttivamente precluso anche tale facoltà. Ebbene, selezionare le fattispecie in cui le

condotte delle parti determinano affidamenti reciproci sull'efficacia del contratto permette anche, indirettamente, di distinguerle da quelle in cui non ricorrono i medesimi interessi, tra le quali vi è proprio questa fattispecie. La composizione giurisprudenziale degli interessi in conflitto si mostra pertanto astratta e poco apprezzabile sia quando si serve di un espediente come la «rinuncia» sia quando, per affermare una regola generale, non considera la peculiarità del caso. Più opportuno sarebbe distinguere le ipotesi in cui le condotte delle parti possono comportare lesioni dell'altrui affidamento da fattispecie nelle quali vengono in rilievo rapporti tra rimedi che possono essere risolti secondo criteri differenti. Nel caso esaminato, ad esempio, l'uniformità dei rimedi rende indesiderabile la severa preclusione indicata dalle Sezioni Unite.

Allo stesso modo, la contraddizione lesiva dell'affidamento è cosa diversa dall'utilizzo, in fasi differenti del medesimo processo, di rimedi bensì strutturalmente diversi, ma funzionalmente analoghi: i rapporti tra rimedi uniformi non potranno, pertanto, essere risolti secondo i medesimi criteri che regolano la contraddizione. Si pensi alle risoluzioni di diritto invocate nel processo introdotto per la risoluzione giudiziale. Sul piano sostanziale, ancora una volta, non vi sono necessariamente lesioni di affidamenti, mentre il problema merita di essere risolto attraverso le regole del processo, giacché le risoluzioni di diritto conseguono a fattispecie parzialmente diverse rispetto a quella che conduce alla risoluzione giudiziale.

La prospettiva adottata consente dunque di distinguere tra loro fattispecie differenti, cui potrà conseguire l'applicazione di una diversa disciplina.

4.2.2. Selezione di interessi e rimedi: sintesi delle conclusioni raggiunte.

Muovendo dall'assetto di interessi tipizzato dall'art. 1453, comma 2, cod. civ. e attraverso l'analisi casistica, si sono isolati posizioni soggettive, valori, interessi e rimedi che orientano il sistema.

Punto di partenza è la riconduzione di un effetto a ogni condotta delle parti che sia idonea a incidere sull'efficacia del contratto: la proposizione di una domanda giudiziale di risoluzione, la riconvenzionale di risoluzione, la difesa nel merito, l'inerzia, l'invio di una diffida ad adempiere, l'invio di una seconda diffida ad adempiere, la mancata invocazione di una clausola risolutiva espressa, l'accettazione

della prestazione anche dopo la scadenza del termine essenziale e il decorso del successivo *spatium deliberandi*. Tutte queste condotte, siano esse meri fatti oppure atti o negozi giuridici, integrano, ciascuna, un'«opzione» e impegnano la parte che le pone in essere, secondo il principio di autoresponsabilità che permea la materia e non solo.

Perché l'atto impegna la parte? La risposta immediata è che l'atto crea un affidamento nella controparte, ciò che è sicuramente vero. Ma non si deve credere che la tutela dell'affidamento protegga solo l'interesse particolare della parte. Essa è, invece, uno strumento al servizio della certezza dei rapporti giuridici, la quale, a sua volta, come si è cercato di dimostrare ⁷⁸, sembra passare necessariamente da una valorizzazione della bilateralità della vicenda risolutiva e cioè del fatto che le condotte di ciascuna parte incidono, in egual misura, sull'efficacia del contratto.

La prospettiva del comportamento contraddittorio può dunque essere — oltre che un criterio ordinatore di fattispecie — un utile strumento per ricondurre effetti uguali ad atti tra loro simili e risolvere alcune aporie del sistema.

Si è così ipotizzata la seguente ricostruzione del sistema della risoluzione per inadempimento, certamente perfettibile, ma aderente al dato normativo e alla *ratio* che ispira le regole, nonché alla loro applicazione giurisprudenziale.

Vi sono, nel sistema codificato, due forme generali di risoluzione per inadempimento, la risoluzione giudiziale e la risoluzione stragiudiziale per diffida ad adempiere, il cui ambito di applicazione è uniforme. Esse rispondono ad esigenze pratiche diverse: si servirà della risoluzione giudiziale la parte che intenda interrompere la collaborazione e raggiungere la certezza, per via giudiziale, dello scioglimento del contratto. Spesso inoltre la parte vorrà trascrivere la domanda oppure proporre una domanda cumulata di condanna al risarcimento del danno e/o alla restituzione. Si servirà invece della diffida ad adempiere la parte che voglia liberarsi velocemente del contratto, ma che pure, salvi i casi di inadempimento definitivo, conservi l'interesse a ricevere la prestazione in un breve termine di grazia. Non mancano margini di incertezza in entrambe le forme di risoluzione. Nella risoluzione giudiziale, l'attore rischia, dopo lungo tempo, di vedersi rigettata la domanda; nella risoluzione per diffida ad adempiere il debitore inadempiente potrebbe chiedere l'accertamento della perdurante efficacia del contratto.

⁷⁸ *Supra*, cap. III, par. 6.1.

Nella prospettiva di una maggiore certezza dei rapporti, il divieto di contraddizione accompagna entrambe forme di risoluzione e offre soluzioni a problemi operativi in coerenza con la *ratio* che ispira gli istituti, vincolando ciascuna delle parti agli effetti della sua condotta.

Nella risoluzione giudiziale, l'attore rimane vincolato alla sua dichiarazione e non può più pretendere l'adempimento. Il divieto di contraddizione asseconda dunque lo scioglimento del contratto, anticipando gli effetti dell'eventuale sentenza di accoglimento. Ciò sin quando il convenuto non ponga in essere una condotta uguale e contraria a quella dell'attore, con la quale manifesta la volontà di mantenere efficace il contratto: si pensi alla difesa nel merito cui consegua il rigetto nel merito della domanda. Se il convenuto manifesta interesse per il contratto, deciderà il giudice. Se la sentenza sarà di rigetto, il contratto riprenderà corso. Ma in tutti i casi in cui il convenuto non reagisce o non si difende sulla domanda di risoluzione, il contratto potrà ritenersi sciolto ancor prima della sentenza. Si tratterà, se si vuole, di una risoluzione «stragiudiziale», perché prodottasi prima di un'eventuale sentenza. Al contrario della risoluzione stragiudiziale per atto unilaterale di parte, che spesso non è conforme all'interesse della controparte e darà vita a una lite, questa forma — per quanto sicuramente dal campo di applicazione più limitato — consegue a una manifestazione, seppur «debole», del consenso di entrambe le parti e difficilmente darà luogo a incertezza.

Ne consegue che: (i) se il convenuto non si difende nel merito — o non si difende affatto —, le parti potranno ritenersi liberate sin da subito; (ii) se le difese del convenuto provocano il rigetto della domanda di risoluzione, l'attore potrà successivamente pretendere l'adempimento; (iii) se il convenuto si difende nel merito, ma la domanda non viene accolta per ragioni diverse, l'efficacia del contratto andrà valutata secondo il successivo comportamento delle parti. La soluzione, che valorizza la dimensione bilaterale del rapporto, sembra adeguarsi ai concreti interessi delle parti e armonizza il sistema, evitando la nota aporia dei «contratti morti», cioè non risolti ma non azionabili dal creditore che ne ha domandato la risoluzione.

Nella risoluzione stragiudiziale, il divieto di contraddizione opera in senso inverso. La parte che intima una diffida ad adempiere può contraddirsi e mostrarsi ancora interessata al contratto, se ciò corrisponde a un interesse, anche implicitamente

manifestato, della controparte. La prima, però, non potrà ritrattare e non potrà dunque sottrarsi agli effetti del contratto facendo valere la risoluzione già prodotta. Il divieto di contraddizione, in questo caso, implica soggezione al contratto che la parte ha voluto mantenere efficace.

Il sistema della risoluzione non ne esce certo rivoluzionato, ma la regola di autoreponsabilità sembra limare alcune asperità delle regole legali. Questa pare la direzione che l'interprete può seguire: un esame critico delle regole, per come concretamente applicate, al fine di offrire una rilettura aggiornata del sistema. Un metodo che tende al recupero e alla valorizzazione dell'interpretazione sedimentata nei decenni, che pare più proficuo della proposta di un istituto dirompente, quale la risoluzione stragiudiziale atipica, la quale riproporrebbe, inalterati, i problemi di incertezza che connotano il sistema vigente.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Milano, 1994.
- AA.VV., *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017.
- ABATANGELO C., *Divieto di proporre domanda di adempimento una volta chiesta la risoluzione: la Cassazione opera il regolamento di confini*, nota a Cass., 27 dicembre 2010, n. 26152, in *Corr. giur.*, 2011, 1598 ss.
- AGOSTINIS B., *La garanzia per i vizi della cosa venduta. Le obbligazioni del compratore*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, sub artt. 1490-1499, Milano, 2012.
- ALOISIO R., voce *Diffida ad adempiere*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988.
- AMADIO G., *La condizione di inadempimento: contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996.
- AMADIO G., *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in V. ROPPO (a cura di), *I rimedi-2*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 3 ss.
- AMATO C., voce *Affidamento (tutela dell')*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. VII, Assago, 2012, 74 ss.
- AMBROSOLI M., voce *Recesso*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. IX, Assago, 2014, 527 ss.
- ANCEL F. – FAUVARQUE-COSSON B. – GEST J., *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris, 2017.
- ANDREOLI G., *Appunti sulla clausola risolutiva espressa e sul termine essenziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 72 ss.
- ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, X ed., Torino, 2020.
- ASTONE F., *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006.
- ATTARDI A., voce *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 893 ss.
- AULETTA G.G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, rist. 1980.
- AULETTA G.G., *Domanda di risoluzione e domanda di adempimento (in via principale e in via subordinata) e questioni sull'importanza dell'inadempimento*, in *Giur. it.*, 1956, 481 ss.
- BALESTRA L., *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1127 ss.

- BATTELLI E., *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, in *Contratto e impr.*, 2019, 106 ss.
- BELFIORE A., voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1307 ss.
- BELVEDERE A., voce *Contratto plurilaterale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 270 ss.
- BENEDETTI A.M., *La deriva dell'eccezione di inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio criptosolutorio?*, nota a Cass., 23 aprile 2002, n. 5928, in *Danno e resp.*, 2003, 753 ss.
- BENEDETTI A.M., *Le autodifese contrattuali*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli, sub artt.* 1460-1462, Milano, 2011.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., rist., Napoli, 1994.
- BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, II, in *Tratt. Vassalli*, VII, Torino, 1993.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, II ed., Milano, 2012.
- BISEGNA U., voce *Tolleranza (atti di)*, in *Nov. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 400 ss.
- BONINI R.S., *«Rinunciabilità dell'effetto risolutivo». Un principio da ridimensionare*, Pisa, 2017.
- BORRIONE M., *La risoluzione per inadempimento*, Padova, 2004.
- BOZZI A., voce *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, in *Nov. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1140 ss.
- BUSNELLI F.D., voce *Clausola risolutiva*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 196 ss.
- CALABRESI G. – MELAMED A.D., *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of The Cathedral*, 85 *Harv. L. Rev.* 1089 1971-1972.
- CAMPAGNA L., *I “negozi di attuazione” e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958.
- CAREDDA V., *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004.
- CARNEVALI U., *Domanda di adempimento dopo quella di risoluzione: divieto assoluto o relativo?*, nota a Cass., 11 maggio 1996, n. 4444, in *Corr. giur.*, 1996, 899 s.
- CARNEVALI U., *Caparra confirmatoria e risoluzione stragiudiziale per inadempimento*, nota a Cass., 11 gennaio 2001, n. 319, in *Contratti*, 2001, 437 ss.
- CARNEVALI U. – GABRIELLI E. – TAMPONI M., *La risoluzione*, in *Il contratto in generale*, VIII**, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2011.

- CARNEVALI U., *Risoluzione del contratto per inadempimento e rinuncia agli effetti risolutivi*, in *Contratti*, 2012, 1044 ss.
- CARRATTA A., *Domanda di risoluzione del contratto per inadempimento, precedente azione esecutiva e limiti all'applicabilità dell'art. 1453 c.c.*, nota a Cass., 22 marzo 2001, n. 4123, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, 542 ss.
- CARRATTA A. – TARUFFO M., *Dei poteri del giudice. Art. 112-120*, in *Comm. Chiarloni*, Bologna-Roma, 2011.
- CARUSI D., *Clausola risolutiva espressa e rinuncia all'effetto risolutivo*, nota a Cass., 16 febbraio 1988, n. 1661, in *Giur. it.*, 1989, 141 ss.
- CARUSI D., *sub art. 1454*, in E. NAVARRETTA – A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, I, in *Comm. Gabrielli*, Assago, 2011, 418 ss.
- CARUSI D., *sub art. 1456*, in M. NAVARRETTA – A. ORESTANO, *Dei contratti in generale*, I, in *Comm. Gabrielli*, Assago, 2011, 438 ss.
- CASTRONOVO C., *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 793 ss.
- CASTRONOVO C., *Responsabilità civile*, Milano, 2018.
- CATTANEO G., *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 613 ss.
- CAVANNA M., *Osservazioni in tema di leasing, cessione dell'opposizione e revocatoria fallimentare*, nota a Trib. Como, 3 novembre 2000, in *Giur. it.*, 2000, 970 ss.
- CERRI F., *Reciproche domande di risoluzione per inadempimento e mutuo dissenso: electa una via non datur recursus ad alteram*, in *Corr. giur.*, 2018, 1379 ss.
- CHABAS C., voce *Résolution – Résiliation*, in *Rép. droit civil*, Paris 2010-2018.
- CHANTEPIE G. – LATINA M., *Le nouveau droit des obligations*, II ed., Paris, 2018.
- CHÉNEDÉ F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – Innovations – Perspectives*, Paris, 2016.
- CIAN G., *Di alcune aporie nel sistema codicistico della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1149 ss.
- CICCONI E., *Risoluzione del contratto, poteri del creditore, poteri del giudice*, in *Contratto e impr.*, 2018, 766 ss.
- CIVELLO G., voce *Autoresponsabilità*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IX, Assago, 2016, 102 ss.

- COGNOLATO M., *La caparra confirmatoria e la «rinuncia» all'effetto risolutorio secondo le Sezioni Unite*, nota a Cass., S.U., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Obbl. e contratti*, 2010, 107 ss.
- CONSOLO C., *Il concorso di azioni nella patologia della vendita. Diritto e processo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 765 ss.
- CONSOLO C., *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 427 ss.
- CONSOLO C., *Le S.U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, nota a Cass., S.U., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Corr. giur.*, 2015, 968 ss.
- CONSOLO C. – PAGNI I. – PAGLIANTINI S. – ROPPO V. – MAUGERI M. (a cura di), *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Bologna, 2018.
- COOTER R. – MATTEI U. – MONATERI P.G. – PARDOLESI R. – ULEN T., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, I, II ed., Bologna, 2006.
- COSTANZA M., voce *Clausola risolutiva espressa*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988.
- COSTANZA M., voce *Revoca*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, 443 ss.
- COSTI R., *Il mercato mobiliare*, X ed., Torino, 2016.
- CRIVELLARI E., *Sulla rinuncia alla risoluzione a termine essenziale spirato*, nota a Trib. Nuoro, 22 aprile 2016, in *Foro pad.*, 2017, 90 ss.
- CUBEDDU M.G., *Divieto di domanda di adempimento e interesse del creditore*, nota a Cass., 11 maggio 1996, n. 4444, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 744 ss.
- D'ALESSIO A., *Sulla novità della domanda nei rapporti tra le azioni di recesso e risoluzione del contratto previste dall'art. 1385 c.c.*, nota a Cass., S.U., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1191 ss.
- D'AMBROSIO D., nota a Cass., S.U., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Giust. civ.*, 2009, 1309 ss.
- D'ANGIOLELLA R., *Rilevanza del comportamento del debitore successivo alla domanda di risoluzione del contratto*, nota a Cass., 29 agosto 1990, n. 8955, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, 190 ss.

- D'AVANZO W., voce *Caparra*, in *Nov. Dig. it.*, II, Torino, 1958, 893 ss.
- DALMARTELLO AN., *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, nota a Cass., S.U., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 32 ss.
- DALMARTELLO AR., voce *Risoluzione del contratto*, in *Nov. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 126 ss.
- DE CRISTOFARO G., *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, in AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette e Codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008, 143 ss.
- DE NOVA G., voce *Recesso*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, 1997, 314 ss.
- DE NOVA G., voce *Caparra*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1998, 240 ss.
- DE NOVA G., *Le top ten del titolo sui contratti in generale*, in *Contratti*, 2004, 977 s.
- DEL PRATO E., *Ai confini della risoluzione per inadempimento*, in *Contratti*, 2013, 653 ss.
- DELFINI F., *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998.
- DELLA CHIESA M., *Contenuto, effetti e funzione della clausola risolutiva espressa*, nota a Cass., 27 gennaio 2009, n. 1950, in *Contratti*, 2009, 555 ss.
- DELLACASA M., *Inadempimento reciproco ed effetti preclusivi della domanda di risoluzione*, nota a Cass., 16 settembre 2003, n. 13558, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 690 ss.
- DELLACASA M., in M. DELLACASA – F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi-2*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 145 ss.
- DELLACASA M., *Il giudice e la risoluzione del contratto nell'esperienza italiana e nella prospettiva europea*, in *Studium iuris*, 2006, 537 ss.
- DELLACASA M., *Caparra confirmatoria e disponibilità dell'effetto risolutorio*, nota a Cass., S.U., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Danno e resp.*, 2009, 633 ss.
- DELLACASA M., *Il creditore può rinunciare alla risoluzione «di diritto»? Luci ed ombre di una regola giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 21 ss.
- DELLACASA M., *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 40 ss.

- DELLACASA M., *La nuova résolution du contrat pour inexécution, ovvero come aggiornare la tradizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1539 ss.
- DI MAJO A., voce *Termine (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 187 ss.
- DI MAJO A., voce *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 360 ss.
- DI MAJO A., *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 13 ss.
- DI MAJO A., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009.
- DOLMETTA A.A. *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, 147 ss.
- DOLMETTA A.A., *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in *Riv. dir. bancario*, 2020, 89 ss.
- FACCIOLI G.V., *Risoluzione per inadempimento ex art. 1453, commi 1 e 2, c.c. ed arbitrato: una stupefacente ma coerente decisione della Suprema Corte*, in *Corr. giur.*, 2005, 58 ss.
- FALZEA A., voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 682 ss.
- FALZEA A., voce *Comportamento*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 135 s.
- FALZEA A., voce *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 941 ss.
- FALZEA A., *Voci di teoria generale del diritto*, III ed., Milano, 1985.
- FERRI G.B., voce *Negoziato giuridico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 61 ss.
- FERRI L., *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960.
- FERRI L., voce *Revoca (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 197 ss.
- FESTI F., *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"*, Milano, 2007.
- FONDRIESCHI A., *La prestazione parziale*, Milano, 2005.
- FONDRIESCHI A., *Contratti relazionali e tutela del rapporto di durata*, Milano, 2018.
- FRENDI D., *Diffida ad adempiere: il problema della reversibilità degli effetti risolutivi*, in *Obbl. e contratti*, 2009, 237 ss.
- FRENDI D., *L'immutabilità dei fatti giuridici costitutivi della pretesa nell'esercizio dello ius variandi ex art. 1453, comma 2°, c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1541 ss.
- FUSARO A., *La risoluzione del contratto sulla via della codificazione europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 312 ss.
- GABRIELLI G., *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 725 ss.

- GABRIELLI G., *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985.
- GABRIELLI G. – PADOVINI F., voce *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 27 ss.
- GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1988.
- GALGANO F. – VISINTINI G., *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare, Art. 1372-1405*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 1993.
- GALLO P., *Trattato del contratto*, II-III, Assago, 2010.
- GALLO P., *Inadempimento reciproco e caparra confirmatoria nel prisma della giurisprudenza*, nota a Cass., 30 settembre 2016, n. 19043, in *Giur. it.*, 2017, 316.
- GALLO P., *I contratti. Le promesse unilaterali. L'apparenza*, Torino, 2017.
- GAROFALO L. (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Padova, 2006.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, XVIII ed., Roma, 2017.
- GENTILI A., *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990.
- GENTILI A., *Il diritto come discorso*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2013.
- GHIRGA M.F., *Frazionamento dei crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*, nota a Cass., S.U., 16 febbraio 2017, n. 4090, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1302 ss.
- GIAMPICCOLO G., *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 778 ss.
- GIORGIANNI M., *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, III ed., Milano, 1975.
- GIORGIANNI M., *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Contratto e impr.*, 1992, 61 ss.
- GIROLAMI M., *Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 181 ss.
- GIROLAMI M., *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 154 ss.
- GORGONI M., *sub art. 1385*, in E. NAVARRETTA – A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale. Artt. 1350-1386*, in *Comm. Gabrielli*, Assago, 2011, 1010 ss.
- GRECO P. – COTTINO G., *Della vendita. Art. 1470-1547*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981.
- GRONDONA M., *La clausola risolutiva espressa*, Milano, 1998.

- GUÉRIN S. – GENTY N., *L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat*, in *AJ Contrat*, 2017, 17 ss.
- HART H.L.A., *Il concetto di diritto*, trad. it. a cura di M.A. Cattaneo, Torino, 2002.
- IORIO G., *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, Milano, 2012.
- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 ss.
- IRTI N., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 917 ss.
- IULIANI A., *Le Sezioni Unite e la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione*, nota a Cass., S.U., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Giur. it.*, 2020, 273 ss.
- KLITSCHKE DE LA GRANGE A., *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, 28 ss.
- LA TORRE A., voce *Silenzio (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 543 ss.
- LAMBO L. – PARDOLESI R., *Recesso, risoluzione e precedente tricolore*, nota a Cass., 3 novembre 2017, n. 26206, in *Foro it.*, 2018, 217 ss.
- LASCIALFARI M., *Sul mutamento della domanda giudiziale ex art. 1452, 2° comma c.c.*, nota a Cass., 9 febbraio 1995, n. 1457, in *Giur. it.*, 1996, 1149 ss.
- LEGGIERI C., *Caparra confirmatoria ed inadempimento: inammissibilità del recesso nel caso di preventiva domanda di risoluzione e risarcimento del danno*, nota a Cass., S.U., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 687 ss.
- LEMETRE F., *Inadempimento degli obblighi dell'intermediario e autonoma risolubilità dei singoli ordini di investimento*, nota a Cass., 25 maggio 2017, n. 12937, in *Corr. giur.*, 2018, 776 ss.
- LETIZIA D., *Sulla disponibilità degli effetti della diffida ad adempiere da parte dell'intimante*, nota a Cass., 8 novembre 2007, n. 23315, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 525 ss.
- LIPARI N., *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1115 ss.
- LOZUPONE R., *La diffida ad adempiere*, Milano, 2007.
- LUCCHINI GUASTALLA E., *Caparra confirmatoria, recesso e risoluzione del contratto*, nota a Cass., S.U., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 328 ss.
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, IX ed., Milano, 2017.
- LUMINOSO A., *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980.
- LUMINOSO A. – CARNEVALI U. – COSTANZA M., *Della risoluzione per inadempimento. Art. 1453-1454*, I, 1, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 1990.

- LUMINOSO A., *La vendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2014.
- LUMINOSO A., *La compravendita*, VIII ed., Torino, 2015.
- MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.
- MACARIO F., voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008, 1026 ss.
- MACARIO F., *Sopravvenienze e rimedi al tempo del “coronavirus”*: interesse individuale e solidarietà, in *Contratti*, 2020, 129 ss.
- MACIOCE F., voce *Rinuncia (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 923 ss.
- MACNEIL I., *The Many Futures of Contract*, 47 *S. Cal. L. Rev.* 691 (1974).
- MAFFEIS D., *Forma ad substantiam, gestione di affari e divieto di venire contro il fatto proprio*, nota a Trib. Roma, 13 luglio 2004, in *Giust. civ.*, 2005, 1938 ss.
- MAFFEIS D., *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 63 ss.
- MAFFEIS D., *Nullità selettive: la “particolare importanza” di selezionare calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa tra opportunisti*, nota a Cass. (ord.), 2 ottobre 2018, n. 23927, in *Corr. giur.*, 2019, 177 ss.
- MAFFEIS D., *Le disavventure di un contraente tollerato: l’investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 160 ss.
- MAGGIOLO M., *Servizi ed attività d’investimento*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2012.
- MAIORCA S., voce *Condizione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, 273 ss.
- MALFATTI LETTA P., *In tema di diffida ad adempiere*, nota a Cass., 25 novembre 1983, n. 7079, in *Giust. civ.*, 1984, 3142 ss.
- MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, XXVI ed., Torino, 2017.
- MARINI A., voce *Caparra (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 2009.
- MAZZAMUTO S. – PLAIA A., *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012.
- MAZZARESE S. – TARDIA I., *Caparra*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli, sub artt.* 1385-1386, Milano, 2016.
- MEMMO D., *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contratto e impr.*, 2004, 797 ss.
- MERLIN E., *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991.

- MERLIN E., *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, nota a Cass., S.U., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 816 ss.
- MERUZZI G., *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005.
- MERUZZI G., *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, in *Contratto e impr.*, 2007, 1369 ss.
- MESSINEO F., voce *Contratto (dir. priv. – teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 784 ss.
- MESSINEO F., voce *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 139 ss.
- MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Utet*, Libro IV, II, Torino, 1958.
- MONTICELLI S., *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 163 ss.
- MOSCARINI L.V., voce *Rinunzia (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994.
- NANNI L. – COSTANZA M. – CARNEVALI U., *Della risoluzione per inadempimento. Art. 1455-1459*, I, 2, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 2007.
- NARDI D., *L'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale dell'art. 1492 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1988, II, 91 ss.
- NATOLI U., *Il termine essenziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, 221 ss.
- NATOLI U., voce *Diffida ad adempiere*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 509 ss.
- NAVARRETTA E. – ORESTANO A., *Dei contratti in generale*, in *Comm. Gabrielli, sub artt. 1425-1469-bis*, Assago, 2011.
- NICOLUSSI A., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, 659 ss.
- NOCERA I.L., *Clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva tra autonomia contrattuale e automatismo della risoluzione*, nota a Cass., 31 agosto 2009, n. 18920, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 239 ss.
- OPROMOLLA G., *Risoluzione parziale del contratto*, nota a Cass., 21 dicembre 2004, n. 23657, in *Contratti*, 2005, 655 ss.
- OSTI G., *La risoluzione del contratto per inadempimento. Fondamento e principi generali*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1973, 401 ss.

- PAGLIANTINI S., *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006.
- PAGLIANTINI S., *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni. Appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2016, 9 ss.
- PAGLIANTINI S., *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: il modello italiano e la riforma francese (artt. 1219 1224, 1226 e 1227 Code civil)*, in *Giust. civ.*, 2017, 607 ss.
- PAGLIANTINI S., *La risoluzione per inadempimento del Duemila*, in *Persona e mercato*, 2018, 74 ss.
- PAGLIANTINI S., *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 169 ss.
- PAGLIANTINI S., *Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione")*, nota a Cass., S.U., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Contratti*, 2020, 18 ss.
- PAGLIANTINI S., *Una nullità di protezione (ancora) in cerca d'autore?*, nota a Cass., S.U., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Giur. it.*, 2020, 280 ss.
- PAGNI I., *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998.
- PALADINI M., *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013.
- PALMA A., *La inammissibilità dell'esercizio del recesso e del diritto di ritenere la caparra a seguito dell'avvenuta risoluzione di diritto del contratto*, nota a Cass., 2 dicembre 2005, n. 26232, in *Corr. giur.*, 2006, 1099 ss.
- PALMA A., *La (in)compatibilità della domanda giudiziale di ritenzione della caparra (o di richiesta del suo doppio) con i vari modi di risoluzione del contratto diversi dal recesso ex art. 1385, comma 2, c.c.*, nota a Cass., S.U., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Corr. giur.*, 2009, 344 ss.
- PASCUCCI L., *Ritrattazione della volontà risolutoria e reviviscenza del contratto*, Torino, 2013.
- PASCUCCI L., *Gli effetti della diffida ad adempiere tra potere di revoca dell'atto e cessazione definitiva del rapporto*, in *Studium iuris*, 2015, 1141 ss. e 1292 ss.
- PATTI F.P., *Due questioni in tema di clausola risolutiva espressa*, in *Contratti*, 2017, 695 ss.
- PATTI S., *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978.
- PATTI S., voce *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 722 ss.

- PATTI S., voce *Tolleranza (atti di)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 701 ss.
- PATTI S., *Risoluzione per inadempimento, contratti di durata e contratto d'appalto d'opera*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 347 ss.
- PERLINGIERI P., *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968.
- PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990.
- POLLAROLI M., *Risoluzione parziale per inadempimento del contratto*, nota a Cass., 15 aprile 2002, n. 5434, in *Contratti*, 2003, 240 ss.
- PROTO M., *Termine essenziale e adempimento tardivo*, Milano, 2004.
- PROTO M., *Rinuncia agli effetti della risoluzione?*, in *Obbl. e contratti*, 2005, 140 ss.
- PROTO M., *L'art. 1457 c.c. e la rilevanza dell'adempimento tardivo*, in *Studium iuris*, 2006, 847 ss.
- PROTO M., *Accordi sul termine*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 890 ss.
- PROTO PISANI A. – TOMBARI FABBRINI G., voce *Preclusioni (I – Diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1996.
- PUGLIATTI S., voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 452 ss.
- PUGLIATTI S., voce *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 151 ss.
- RANIERI F., *Rinuncia tacita e Verwirkung. Tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, Padova 1971.
- RANIERI F., voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 311 ss.
- RINALDI R., *Brevi note in tema di rinuncia agli effetti della risoluzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 329 ss.
- RINALDO C., *La risoluzione dei singoli ordini di investimento sotto una nuova luce: riflessioni su un recente intervento della Suprema Corte*, nota a Cass., 25 maggio 2017, n. 12937, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, 398 ss.
- RIVA I., *A proposito della condizione risolutiva unilaterale di adempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 203 ss.
- RIZZUTI M., *Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle Sezioni Unite*, nota a Cass. (ord.), 2 ottobre 2018, n. 23927, in *Corr. giur.*, 2019, 173 ss.
- ROMANO SALV., voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 677 ss.
- ROMANO SALV., voce *Revoca (dir. priv.)*, in *Nov. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 809 ss.

- ROMEO C., *Exceptio doli generalis ed exceptio doli specialis*, nota a Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, in *Contratti*, 2007, 980 ss.
- ROMEO C., *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Milano, 2008.
- ROPPO V., *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, II ed., Milano, 2011.
- ROPPO V., *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto*, in *Contratti*, 2017, 441 ss.
- ROSSETTI M., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 2012.
- RUVOLO M., *Diffida ad adempiere e rinuncia dell'avente diritto ad avvalersi dell'effetto risolutorio*, nota a Cass., 8 novembre 2007, n. 23315, in *Corr. giur.*, 2008, 936 ss.
- SACCO R., voce *Affidamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 661 ss.
- SACCO R., voce *Formanti*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1992, 438 ss.
- SACCO R. – CATERINA R., *Il Possesso*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, II ed., Milano, 2000.
- SACCO R., *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta d'insieme)*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 131 ss.
- SACCO R. – DE NOVA G., *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, III ed., Torino, 2004.
- SACCO R., *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Tratt. Sacco*, Assago, 2005.
- SACCO R., voce *Fatto giuridico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. V, Assago, 2010, 610 ss.
- SACCO R., voce *Contratto plurilaterale (ossia con più di due parti)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. VI, Assago, 2011, 268 ss.
- SACCO R., voce *Negoziio giuridico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. IX, Assago, 2014, 452 ss.
- SALETTI A. – SALVIONI T., voce *Estinzione del processo [dir. proc. civ.]*, in *Diritto online Treccani*, 2015.
- SANTORO-PASSARELLI F., voce *Atto giuridico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 203 ss.
- SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., rist. 2012, 125.
- SATTA F., *La rinuncia tacita ad impugnare una deliberazione assembleare annullabile e la regola «protestatio contra factum non valet»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, 671 ss.

- SCALFI G., voce *Risoluzione del contratto – I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma 1994.
- SCARSO A.P., *Venire contra factum proprium e responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 513 ss.
- SCHLESINGER P., voce *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 371 ss.
- SCHMIDLIN B., *La risoluzione del contratto nella prospettiva storico-dogmatica: dalla nullità ex tunc al rapporto di liquidazione contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 825 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Sulla disponibilità degli effetti della diffida ad adempiere da parte dell'intimato*, nota a Cass., 18 maggio 1987, n. 4535, in *Giur. it.*, 1988, 448 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 176 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Tratt. Grosso-Santoro-Passarelli*, Milano, 1961.
- SCOGNAMIGLIO R., voce *Negoziio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990.
- SEMEGHINI D., *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010.
- SICCHIERO G., voce *Tolleranza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 371 ss.
- SICCHIERO G., *La risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli, sub artt. 1453-1459*, Milano, 2007.
- SICCHIERO G., *Indisponibilità dell'effetto risolutivo stragiudiziale del contratto (artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.)*, nota a Cass., S.U., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Giur. it.*, 2009, 1119 ss.
- SICCHIERO G., voce *Termine essenziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. VI, Assago, 2014, 867 ss.
- SICCHIERO G., voce *Rinuncia*, in *Dig. dis. priv., sez. civ.*, Agg. IX, Assago, 2014, 604 ss.
- SIRENA P., *La scelta dei Principles of European Contract Law (PECL) come legge applicabile al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 609 ss.
- SMIROLDO A., *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982.

- TAMPONI M., *La risoluzione per inadempimento*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, II ed., Assago, 2006, 1709 ss.
- TEDESCHI V., *L'acquiescenza del creditore alla prestazione inesatta*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, 1579 ss.
- TERRÉ F. – SIMLER P. – LEQUETTE Y. – CHÉNEDÉ F., *Droit civil. Les obligations*, XII ed., Paris, 2019.
- TIKARLI S., *Tolleranza del creditore e presunzione di acquiescenza*, nota a Cass., 18 marzo 2003, n. 3964, in *Contratti*, 2003, 871 ss.
- TORRASI F., *Caparra confirmatoria e rimedi per la parte non inadempiente*, nota a Cass., S.U., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Contratti*, 2009, 791 ss.
- TORRENTE A., voce *Eccezione di dolo*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 218 ss.
- TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, XXIII ed., Milano, 2019.
- TOSCHI VESPASIANI F., *Diffida ad adempiere e disponibilità degli effetti risolutivi*, nota a Cass., 8 novembre 2007, n. 23315, in *Contratti*, 2008, 437 ss.
- LE TOURNEAU P., *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, XI ed., Paris, 2017.
- TRIMARCHI P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010.
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, XIX ed., Milano, 2011.
- TRIMARCHI P., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017.
- TRIMARCHI V.M., voce *Caparra (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 191 ss.
- TRIOLA R., *In tema di rapporti tra domanda di risoluzione e domanda di adempimento*, nota a Cass., 9 giugno 1992, n.7085, in *Giust. civ.*, 1993, 1264 ss.
- VACCARELLA R., voce *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 960 ss.
- VETTORI G., voce *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, 381 ss.
- VETTORI G., *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 939 ss.
- VILLA G., *Inadempimento e contratto plurilaterale*, Milano, 1999.
- VILLA G., *Pluralità di contraenti e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 198 ss.
- VILLA G., *Danno e risarcimento contrattuale*, in V. ROPPO (a cura di), *I rimedi-2*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 751 ss.

- VITI V., *Il conteso effetto risolutivo nella diffida ad adempiere: indisponibilità o rinunciabilità?*, nota a Cass., 3 marzo 2016, n. 4205, in *Giur. it.*, 2016, 2351 ss.
- VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, IV, *Le obbligazioni*, V ed., Milano, 1935, rist. anastatica a cura di G. Alpa – C. Angelici – F. d’Alessandro, Padova, 2014.
- WILLIAMSON O.E., *L’organizzazione economica. Imprese, mercati e controllo politico*, Bologna, 1991 (trad. it. di L. Lambertini).
- ZAPPATA L., nota a Cass., 11 maggio 1996, n. 4444, in *Contratti*, 1997, 123 ss.