

# *Consiglio Nazionale del Notariato*

*Studio n. 160-2020/C*

## **LE DEROGHE CONVENZIONALI ALLA DISCIPLINA DELLA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO**

*di Giuseppe Amadio*

*(Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 9 dicembre 2020)*

### *Abstract*

Lo studio si propone di vagliare l'ammissibilità e i limiti delle clausole (non poco diffuse nella prassi), con cui i contraenti introducono deroghe alla disciplina legale della risoluzione. Sia al fine di disattivare l'uno o l'altro dei rimedi previsti nel sistema integrato di cui all'art. 1453, c.c., sia per modificarne la rilevanza dei presupposti di attivazione. L'analisi delle singole clausole sarà preceduta da una prima parte (paragrafi da 1 a 5), di natura teorico-sistematica, dedicata al problema classico del fondamento del rimedio risolutorio, il quale per altro verrà affrontato nei limiti strettamente necessari a risolvere il dubbio relativo alla derogabilità convenzionale della relativa disciplina. Nella seconda parte (paragrafi da 6 a 11), in applicazione di tali premesse, si avrà modo di constatare come, non solo la dottrina e la giurisprudenza, ma anche le indicazioni provenienti dal diritto uniforme, depongano per l'ammissibilità delle deroghe pattizie alla disciplina legale della risoluzione: e così sia della clausola di « irrisolubilità », con la quale le parti convengono di rinunciare al rimedio risolutorio, conservando l'azione di adempimento e il risarcimento del danno; sia del patto con cui, simmetricamente, si esclude la domanda di adempimento coattivo (conservando risoluzione e tutela risarcitoria); sia, infine, dei patti con cui le parti provvedono a ridefinire i presupposti della risoluzione (e in particolare la « non scarsa importanza » dell'inadempimento).

A margine dell'analisi, si introdurrà l'ipotesi di una particolare applicazione del principio di disponibilità delle tutele sinallagmatiche, all'ipotesi di compravendita di cosa viziata, e al connesso rimedio della riduzione del prezzo: proponendo modalità alternative all'azione estimatoria, per giungere convenzionalmente alla rideterminazione del corrispettivo, nell'ipotesi in cui la cosa abbia rivelato vizi.

Il paragrafo conclusivo prenderà, infine, in esame la previsione "estrema", di vasto e crescente impiego nella prassi, rappresentata dalla clausola di « unico rimedio»: con la quale (specie nell'ambito dei contratti di acquisizione di partecipazioni di controllo e/o di comparti aziendali) si prevede che, in caso di inadempimento, l'unica forma di reazione consentita sia la domanda di risarcimento del danno, molto spesso liquidato convenzionalmente attraverso la previsione di una penale.

*Sommario:* SEZIONE PRIMA: LE PREMESSE TEORICHE 1. Il problema. – 2 La risoluzione come modello. - 3. La risoluzione come rimedio contrattuale... - 4. ... e il (falso?) problema del fondamento causale – 5. La risoluzione come sanzione. – SEZIONE SECONDA: I PROFILI APPLICATIVI 6. Risoluzione per inadempimento e autonomia privata. – 7. Le applicazioni specifiche: a) la c.d. clausola di irrisolubilità. - 8. *Segue:* b) l'esclusione della tutela esecutiva. – 9. *Segue:* c) la regolazione pattizia

dei presupposti della risoluzione. – 10. Inattuazione dello scambio e «rideterminazione della prestazione». - 11. Le indicazioni del diritto uniforme e le clausole di «unico rimedio».

## SEZIONE PRIMA: LE PREMESSE TEORICHE

### 1. Il problema

Se è vero che l'autonomia privata trova la sua naturale modalità espressiva nel momento della *costituzione* del vincolo negoziale, molteplici ragioni inducono a chiedersi se e in che misura il contratto possa disciplinare il momento della *dissoluzione* del rapporto, e in particolare quali limiti tale disciplina pattizia incontri, quando intenda discostarsi da quella legale.

La risposta può essere ricercata su tre piani distinti: teorico, sistematico e applicativo.

Sul piano della costruzione teorica, l'indagine sulle deroghe convenzionali alla disciplina normativa fornisce l'occasione per ribadire la trasposizione di piani, che da decenni affligge il dibattito dedicato al c.d. fondamento della risoluzione, e forse meglio chiarirne il senso.

In chiave sistematica, sarà possibile segnare la distinzione e il rapporto tra le diverse forme di reazione all'inadempimento, che l'ordinamento predispone, sottolineando come proprio l'art. 1453, c.c., rappresenti un sistema integrato, riprodotto delle tecniche generali di tutela civile dei diritti.

Sul versante delle applicazioni, lo spazio (eventualmente) riconquistato all'autonomia contrattuale consentirà di dare rilievo alla varietà degli interessi coinvolti nella fase esecutiva, primo fra tutti quello alla conservazione del vincolo: interesse certamente meritevole di protezione, come è dimostrato dal crescente interesse che la dottrina già da tempo riserva ai cc.dd. rimedi «manutentivi» del contratto <sup>(1)</sup>.

In generale, e per collocare il problema nel suo contesto, si osserva come la risoluzione del contratto, quale rimedio all'inesecuzione, possa implicare un'inefficienza economica in tutta una serie di casi <sup>(2)</sup>.

L'analisi economica del diritto, in particolare con la teorica dell'«*efficient breach*», ha posto in rilievo che la stessa logica dell'esecuzione può, in determinate ipotesi, cedere il passo a una valutazione di maggior convenienza dell'inadempimento, sanzionato esclusivamente sul piano risarcitorio <sup>(3)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Si vedano, tra i molti, R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 115 ss.; E. GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, v. XIII, Torino, 2012, p. 95; F. PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, in Vettori, *Remedies in Contract. The common rules for a European Law*, Padova, 2008, p. 179; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2017, p. 29; G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000, pp. 187, 217. Nella letteratura anglo-americana (cfr. J. BIRDS, R. BRADGATE, C. VILLIERS, *Termination of contracts*, Chichester, 1995, p. 5), si osserva che «*even in the case of a purely commercial contract, such as a charterparty, termination may have drastic, possibly wasteful, economic consequences*».

<sup>(2)</sup> Si pensi all'ipotesi in cui un contraente abbia affrontato spese ingenti in attività preparatorie, le quali resterebbero inutilizzabili nel caso di risoluzione, o al caso in cui la parte, che abbia fornito un bene che presenti difetti di scarsa importanza, non sia in grado di utilizzarlo o riallocarlo sul mercato (così P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione per inadempimento*, in *Scritti in memoria di G. Cattaneo*, III, Milano, 2002, p. 1953).

<sup>(3)</sup> Per una prima valutazione d'impatto della teoria dell'inadempimento efficiente nel nostro ordinamento si veda per tutti F. COSENTINO, *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme*

La disponibilità pattizia dei rimedi sinallagmatici, la cui efficienza dovrebbe ammettersi già in base a tali rilievi, incontra tuttavia nel nostro sistema (culturale, prima che normativo) una serie di ostacoli: i principali sono, da un lato, la tendenziale indistinzione che caratterizza l'approccio al tema delle risoluzioni, dall'altro, l'idea che la risoluzione per inadempimento trovi la propria giustificazione logica (se non assiologica) nella causa stessa del contratto di scambio, o nell'idea di sanzione ordinamentale. Di qui la necessità di premettere, all'analisi degli strumenti, qualche notazione preliminare minima sui suoi presupposti dogmatici.

## 2. La risoluzione come modello

E infatti, iniziando dal primo di essi, uno sguardo sintetico, ma onnicomprensivo, alla dottrina dedicatasi allo studio della risoluzione del contratto rivela un'irresistibile tendenza all'unificazione.

In buona parte delle trattazioni, e nella stessa manualistica, all'analisi di disciplina dei vari rimedi sinallagmatici, e dei diversi tipi di risoluzione contrattuale, fa usualmente da premessa la considerazione del fenomeno risolutorio considerato nel suo insieme, ovvero della «risoluzione in generale»<sup>(4)</sup>. L'impostazione, a prima vista, è legittimata dalle stesse scelte del codificatore: il capo XIV del secondo titolo del Libro delle obbligazioni, intitolato alla «risoluzione del contratto» *tout court*, ricomprende, nell'articolarsi delle sue tre sezioni, le tre specie di risoluzione, individuate in forza della loro causa (inadempimento, impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità sopravvenuta), nonché la disciplina delle cc.dd. eccezioni dilatorie.

In altri casi, la tentazione sistematica conduce a livelli di aggregazione anche più ampi. La disciplina delle risoluzioni viene introdotta, tematicamente, dalla categoria dei «rimedi sinallagmatici»<sup>(5)</sup>, o del contratto a prestazioni corrispettive<sup>(6)</sup>; quando, a dirittura, non si muove dalla considerazione congiunta delle azioni di rescissione e di risoluzione, viste nella prospettiva unitaria delle impugnative negoziali contro lo squilibrio tra le prestazioni (e dunque, ancora, nel solco dei rimedi sinallagmatici) e in quanto produttive di inefficacia successiva<sup>(7)</sup>.

Considerata come modello di disciplina, la risoluzione tende a porsi come schema attorno al quale organizzare concettualmente il fenomeno, in apparenza deviante, dello *scioglimento* del contratto<sup>(8)</sup>, rappresentando la principale tra le «cause ammesse dalla legge», alle quali l'art. 1372 riconnette il venir meno del vincolo contrattuale.

---

sull'inadempimento, in *Quad.*, 1988, pp. 480. Sugli sviluppi recenti della teoria nella dottrina nord-americana. Cfr. M.A. EISENBERG, *Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law*, in 93 *Calif. L. Rev.*, 2005, p. 975.

<sup>(4)</sup> Per proporre solo qualche esempio, alla «risoluzione del contratto in generale» sono intitolati il paragrafo introduttivo del capitolo XLII di ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2001, p. 937, e il § 321 di A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 41° ed., Padova, 2004, p. 696; allo «scioglimento del contratto» intitolano il capitolo dedicato alla disciplina delle risoluzioni, sia ZATTI, *Manuale di diritto civile*, Padova, 2005, 639 ss., sia A. CHECCHINI - G. AMADIO, *Lezioni di diritto privato*, Torino, 4° ed., 2005, 224.

<sup>(5)</sup> Così è per la parte quattordicesima di R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. Sacco*, 2° ed., Torino, 2004, 611 ss., a firma di Rodolfo Sacco, nonché per il paragrafo di esordio di A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI e M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, Art. 1453-1454, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1990, 1 ss.

<sup>(6)</sup> Cfr. ancora A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., 713.

<sup>(7)</sup> Questa l'impostazione di L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.2, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1987, 851 ss.

<sup>(8)</sup> Lo testimonia la preoccupazione semantica, sovente manifestata nelle esposizioni teoriche, che induce ad enunciare, in esordio, l'equivalenza rispetto all'etimo latino *resolvere* (cfr., a titolo indicativo, V. ROPPO, *Il contratto*, 937; A. CHECCHINI - G. AMADIO, *Lezioni*, 224).

«Scioglimento del contratto» è, dunque, formula presente nel linguaggio normativo, ma che per altro assume il valore di mera espressione di sintesi, rappresentativa di una pluralità di vicende eterogenee, che vanno dal recesso unilaterale, al mutuo dissenso, sino alla risoluzione nelle sue varie forme. In questo quadro, nel quale la stessa vicenda risolutoria si presenta *come* (sotto)sistema composito, l'approccio unificante del teorico si fonda su due usuali criteri ermeneutici, spesso utilizzati congiuntamente: da un lato, la considerazione del presupposto (e dunque l'ottica della fattispecie), dall'altro, la ricostruzione degli effetti. Sul piano sistematico, e di costruzione delle categorie, l'esito di tale operazione interpretativa può farsi consistere, sia pur in termini descrittivi, rispettivamente nelle due immagini ideali della «risoluzione come rimedio» e della «risoluzione come vicenda».

Ai fini del discorso svolto in questa sede, è alla prima immagine che va dedicato qualche rilievo ulteriore, condotto non nella prospettiva unificante appena documentata, ma con specifico riguardo al caso dell'inattuazione dello scambio.

### 3. La risoluzione come rimedio contrattuale...

L'idea della risoluzione come rimedio contrattuale può dirsi ormai universalmente accolta, anche sulla scorta di una rinnovata attenzione riservata anche dal giurista continentale alle forme e tecniche di tutela civile dei diritti<sup>(9)</sup>: in quest'ambito, anzi, essa rappresenta il paradigma di riferimento della categoria di matrice dottrinale, già evocata, dei c.d. «rimedi sinallagmatici»<sup>(10)</sup>.

Da tale qualificazione, tuttavia, emerge costante, pur se spesso non compiutamente enunciata, l'idea che la risoluzione (ivi compresa, il che è più grave, quella per inadempimento) costituisca non solo, o non tanto un rimedio al mancato adempimento della prestazione, quanto piuttosto una forma di reazione a un «malfunzionamento» del contratto<sup>(11)</sup>. Si fa strada, in tal modo, la convinzione che alla base del meccanismo risolutorio stia sempre un problema «funzionale» del regolamento privato, perpetuandosi così l'equivoco concettuale classico che riconduce il fondamento giustificativo della risoluzione all'area del difetto causale.

A dire il vero, e rinviando il discorso sul (vero o falso) problema del fondamento della risoluzione al successivo paragrafo, già sul piano logico l'immagine di un contratto «malfunzionante», in quanto inadempito, pecca di rigore: basterebbe a dimostrarlo la circostanza che un medesimo evento (l'inadempimento di non scarsa importanza della prestazione contrattuale) rimette alla libera scelta del contraente deluso l'alternativa tra risoluzione del

---

<sup>(9)</sup> Il grado di attenzione della dottrina per gli strumenti di tutela dei diritti, e soprattutto per una loro riorganizzazione sistematica capace di leggere «trasversalmente» l'ordinamento civilistico, resta comunque ancora lontano da quello che il *common lawyer* dedica da tempo al «piano dei rimedi» (un es. in F. H. LAWSON, *Remedies of English Law*, 2° ed., Butterworth, 1980): il primo tentativo serio di importare tale modello metodico, razionalizzando la materia delle tutele civili in forma non aliena alla nostrana *forma mentis*, si deve ad A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3° ed., Milano, 2001.

<sup>(10)</sup> La qualificazione in termini rimediali del congegno risolutorio è tanto diffusa da rendere impossibile, oltre che inutile in questa sede, un apparato bibliografico. Tra le opere di riferimento si vedano, R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in R. SACCO e A. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 613 ss.; A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 3 ss.; ROPPO, *Il contratto*, cit., 940 ss.; una delle prime (e tuttora tra le più chiare) enunciazioni della natura di «rimedio oggettivo» della risoluzione per inadempimento si legge in Cass. 21.2.1985, n. 1531, in *Vita not.*, 1986, 1551.

<sup>(11)</sup> E ciò anche da parte di chi, come V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 940 s. distingue opportunamente le ipotesi di risoluzione a carattere rimediale, da quelle in cui lo sciogliersi del vincolo risponde a una diversa logica.

contratto ed azione per l'adempimento (art. 1453, c. 1°); la quale, in quanto forma di attuazione coattiva della regola privata, non può che presupporre il perdurante « buon funzionamento »<sup>(12)</sup>.

Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, quali siano gli inconvenienti che tale opzione ideale porta con sé: e verrebbe fatto di rispondere che, sino a quando essi si limitano al piano costruttivo (sul quale pure introducono una pericolosa mistione tra profilo causale e inadempimento, e dunque tra dimensione programmatica e sfera dell'esecuzione)<sup>(13)</sup>, o a quello sistematico (ove rischiano di compromettere la distinguibilità tra le diverse cause di risoluzione), possono destare preoccupazione, più che altro, nel teorico. E, tuttavia, all'immagine dell'inadempimento risolutorio come difetto funzionale del contratto si accompagnano ricadute ben più rilevanti sul piano operativo, e di particolare interesse per la prassi notarile, in ordine alla possibilità stessa per i privati di *ridefinire convenzionalmente* i limiti e le modalità di realizzazione della tutela risolutoria<sup>(14)</sup>.

Infatti, solo riguadagnando la distinzione tra il piano della *giustificazione causale* della regola e quello della sua *esecuzione*, diviene possibile costruire una sistematica delle risoluzioni capace di cogliere la distanza che ne divide i presupposti giustificativi, e su questa base impostarne correttamente anche la soluzione dei problemi di applicazione concreta.

È significativo che, nel valutare l'ammissibilità di un'esclusione convenzionale del rimedio risolutorio (c.d. clausola di irresolubilità), la migliore dottrina avverta la necessità di distinguere, nei diversi casi di risoluzione, i parametri del giudizio: e così, nell'ipotesi di risoluzione *per inadempimento*, si tende a ricavare un indice contrario dalle norme sull'esclusione convenzionale delle garanzie nella vendita (art. 1487, c. 2 e 1490, c. 2), e dal principio, da esse ricavabile, secondo il quale l'esclusione del rimedio non opera in presenza di *fatto proprio* della controparte; viceversa, nel caso del patto che escluda la risoluzione *per impossibilità sopravvenuta* non imputabile si utilizza l'argomento della mancanza di causa,<sup>(15)</sup>

Dimostrando, in altri termini, che di « inefficienza » della regola privata, tale da giustificare la rimozione, potrà parlarsi figurativamente, ma solo se e in quanto quella regola si riveli *inidonea in sé*, e dunque sul piano normativo, a realizzare l'interesse protetto: come tipicamente accade, nel caso di previsione di un risultato che si riveli irraggiungibile (risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione e, in qualche misura, anche per eccessiva onerosità sopravvenuta); ma non quando la scelta di rimuovere il regolamento trova base in un *difetto di esecuzione* del programma, tuttora, per altro, « normativamente » idoneo (per il tramite della coazione all'adempimento) a realizzare l'interesse creditorio dedotto in contratto.

#### 4. ...e il (falso?) problema del fondamento causale

La prospettiva rimediabile, assunta a guida di queste considerazioni generali, consente di sdrammatizzare l'annoso problema del «fondamento della risoluzione», una sorta di passaggio

---

<sup>(12)</sup> L'osservazione è tutt'altro che nuova: la si ritrova già nelle lucide pagine di G. OSTI, *Applicazioni del concetto di sopravvenienza, La risolubilità dei contratti per inadempimento*, Imola, 1922, p. 14, laddove si osserva che «quando una delle obbligazioni corrispettive rimane inadempita, il fatto stesso che il creditore anziché chiedere la risoluzione può chiedere l'esecuzione, costituisce la miglior prova che la ragione della tutela giuridica del contratto non è venuta meno, e che quindi non è venuta meno la causa del contratto».

<sup>(13)</sup> Avverte l'interprete dei pericoli insiti in tale commistione M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Tratt. contr. Rescigno, I contratti in generale*, II, Torino, 1999, 1489.

<sup>(14)</sup> V. *infra* il n. 7.

<sup>(15)</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 944 s.

obbligato, immancabile in ogni trattazione della materia, alla cui reale portata, già da tempo messa in forse, conviene dedicare un rapidissimo cenno, in quanto utile al successivo discorso applicativo.

Il problema ha una sua storia peculiare, che vede succedersi nel tempo una serie di soluzioni tanto disparate, da far concludere che « ogni opinione manifestata in questo campo dà corpo a una teoria »<sup>(16)</sup>. E così, per ricordare solo le più celebri, alla più risalente spiegazione del fenomeno, in termini di « condizione risolutiva sottintesa »<sup>(17)</sup>, fatta propria dal codificatore del 1865, si contrappongono: la teoria che fonda la risoluzione per inadempimento su di un « difetto funzionale della causa », connesso allo squilibrio indotto nel sinallagma dall'inadempimento<sup>(18)</sup>; quella che vi scorge un rimedio volto ad evitare ingiustificati arricchimenti<sup>(19)</sup>, quella, ancora, che la considera una forma di sanzione (satisfattivo-afflittiva, a seconda la si consideri dalla prospettiva del contraente fedele, che viene liberato dalla propria obbligazione, o da quella dell'inadempiente che perde il diritto alla controprestazione)<sup>(20)</sup>; quella, infine, che descrive la risoluzione come un potere dispositivo-novativo, esercitando il quale il contraente deluso scambierebbe la (realizzazione coattiva della) prestazione dovutagli con la liberazione dal proprio obbligo corrispettivo<sup>(21)</sup>.

Di fronte a tale varietà<sup>(22)</sup>, e all'incontrovertibile rilievo secondo cui « la necessità di un rimedio risolutorio per caso di inadempimento è ovvia, se non ostano interessi della collettività o di terzi »<sup>(23)</sup>, potrebbe essere sufficiente osservare che « quando un rimedio è previsto in termini generali dalla legge, non vi è alcuna necessità di ricorrere ad altri istituti giuridici per spiegarlo »<sup>(24)</sup>. E basterebbe, allora, riconoscere pianamente che la risoluzione altro non è che una delle forme di reazione, apprestate dall'ordinamento contro l'inadempimento contrattuale: la cui funzione è quella di rimuovere l'assetto d'interessi predisposto dal contratto, ristabilendo la composizione qualitativa del patrimonio del contraente fedele (tutela quindi restitutoria)<sup>(25)</sup>; e la cui peculiarità consiste nel dipendere da una *valutazione discrezionale* di quello stesso contraente, in ordine all'efficienza della forma di tutela (satisfattiva) ad essa alternativa, rappresentata dalla domanda di adempimento coattivo.

Il rilievo merita di essere precisato, ad evitare il rischio di equivoci grossolani. È ovvio che quando ci si riferisce all'iniziativa risolutoria come scelta « discrezionale » del contraente deluso,

---

<sup>(16)</sup> R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, cit., p. 614.

<sup>(17)</sup> Chi abbia curiosità antiquarie può ritrovarla negli scritti di G. GALLAVRESI, *La condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali*, Milano, 1878, 30 ss.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, IV, 4° ed., Firenze, 1895, 205 ss.; L. DIKOFF, *Studio su la risoluzione dei contratti bilaterali secondo l'art. 1165 del cod. civ. it.*, in *Arch. giur.*, 1930, 27 ss. Per le prime (e decisive) critiche, all'avvento del codice vigente, bastino i rilievi di G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 85 ss. e di F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3° ed., Milano, 1948, 474 s., e nota 5-bis, nella quale va sottolineato il decisivo riferimento alla distinzione tra causa del contratto e causa dell'obbligazione (cfr., nella stessa opera, 75 ss.).

<sup>(18)</sup> Qui i riferimenti sarebbero numerosissimi: ci limitiamo a ricordare come essa nasca in Francia, nel pensiero di C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en general*, Paris, 1868-1874, n. 489, e tragga, anche per questo, alimento dal sovrapporsi (appena evocato) dei concetti di causa del contratto e di causa dell'obbligazione. Per i primi riferimenti letterari alla conforme dottrina italiana, e la sua coeva confutazione, si veda G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., 115, nota 44; per una riproposizione (attualizzata) di quella critica, sia consentito rinviare al nostro *La condizione di inadempimento, Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, 322 ss.

<sup>(19)</sup> G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, 137 ss..

<sup>(20)</sup> È la nota (ed originale) posizione di G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., specialm. 137 ss., sulla quale torneremo nel numero successivo.

<sup>(21)</sup> B. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*, Napoli, 1973, 64.

<sup>(22)</sup> Nessuna delle teorie ricordate ha superato il vaglio critico della dottrina successiva: oltre agli specifici luoghi in cui tale critica viene sviluppata, già citati alle note che precedono, si legga il riepilogo delle obiezioni possibili in G. SCALFI, *Risoluzione del contratto*, I), *Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, *ad vocem*, 3 s.

<sup>(23)</sup> R. SACCO, *I rimedi*, cit., 616.

<sup>(24)</sup> G. SCALFI, *Risoluzione del contratto*, cit., 3.

<sup>(25)</sup> L'inquadramento funzionale è quello proposto da A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 15.

ciò non implica l'idea che quella scelta debba ritenersi « insindacabile »<sup>(26)</sup>. Ne costituirebbe clamorosa smentita la regola in tema di « non scarsa importanza » dell'inadempimento risolutorio (1455), che connota funzionalmente la risoluzione per inadempimento: l'attivazione del rimedio resta, ovviamente, legata al concretarsi della fattispecie tipica dell'« inadempimento risolutorio »<sup>(27)</sup>, ma, in presenza di essa, la scelta tra tutela satisfattiva e tutela risolutoria si traduce in una valutazione di efficienza (congruità al proprio interesse), riservata comunque al contraente fedele.

Potrebbe ancora aggiungersi, che la reazione risolutoria (unitamente alle conseguenze ripristinatorie che l'accompagnano) sembra chiamata a fronteggiare e ridurre il rischio che il rimedio generale contro l'inadempimento (il risarcimento del danno) risulti « per ragioni di fatto (insufficienza del patrimonio del debitore) o di diritto (art. 1223-1225) » inidoneo a « salvaguardare la logica dello scambio »<sup>(28)</sup>.

Si spiega comunque, a questo punto, il dubbio dell'interprete circa l'utilità di affrontare ulteriormente il problema, piuttosto che sottoscrivere l'opzione agnostica di chi ne sottolinea la sostanziale irrilevanza<sup>(29)</sup>. Se vi si indugia, in questa sede, ciò dipende dalla circostanza che, tra le molteplici costruzioni teoriche erette dalla dottrina, la più dura a morire, non ostante le critiche incontrate già in epoca remota, è quella che (attraverso l'artificio concettuale del « difetto funzionale della causa ») finisce per sovrapporre, indebitamente, l'efficienza regolamentare del contratto (rivelata dalla causa) alla sua attuazione *in executivis* (tramite l'adempimento).

La vischiosità delle formule è testimoniata dagli enunciati della giurisprudenza<sup>(30)</sup>; e sorprende che ad essa non riesca a sottrarsi neanche la più recente dottrina<sup>(31)</sup>. Anzi, se in questi ultimi anni è possibile intuire una progressiva correzione della tesi, essa si rinviene più nelle sentenze dei giudici che nei saggi degli autori. È significativo, in tal senso, che, nelle pronunce più recenti, al difetto funzionale della causa si sostituisca l'idea (più modesta) di una « alterazione del sinallagma »<sup>(32)</sup>, inteso come interdipendenza tra prestazioni *realizzate*; o, tutt'al più, si faccia dipendere dall'inadempimento di una delle prestazioni dedotte nello scambio il possibile venir meno della « causa dell'obbligazione » corrispettiva<sup>(33)</sup>, mostrando così di recuperare il senso di

---

<sup>(26)</sup> Così, invece, G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento in Il Codice civile. Commentario* fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. D. Busnelli, Artt. 1453-1459, Milano, Giuffrè, 2007, p. 336.

<sup>(27)</sup> Nel linguaggio analitico-sostanzialista, tipico della teorica classica della fattispecie, il tema dell'inadempimento risolutorio trova svolgimento attraverso l'individuazione dei « requisiti », necessari a renderlo rilevante al fine della risoluzione; ovvero, in termini più realistici, si traduce nell'individuazione dei presupposti legittimanti l'iniziativa risolutoria del contraente deluso. Si tratta di un passaggio decisivo della costruzione dell'istituto, reso particolarmente difficile dalle controversie interpretative in ordine ai suoi presupposti concettuali, e complicato oltre misura dall'enorme varietà che il fenomeno dell'inesecuzione contrattuale rivela, e dunque dal confronto con quelli che una felice espressione designa come i « mille volti dell'inadempimento » (la formula si legge in V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 953).

<sup>(28)</sup> A. BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1309.

<sup>(29)</sup> R. SACCO, *op. loc. ultt. citt.* Concorda sulla necessità, qui sostenuta, di vagliare « le ragioni che sostengono il meccanismo praticato dal legislatore », proprio al fine di verificare i limiti di deroga pattizia consentiti alle parti, G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit. p. 38.

<sup>(30)</sup> Si confronti, ad es., Cass. 26.10.1985, n. 5277, in *Arch. civ.* 1986, 153.

<sup>(31)</sup> È il caso di M. TAMPONI, *La risoluzione*, cit., 1478.

<sup>(32)</sup> Cass. 1.6.2004, n. 10477, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce « Contratto in genere », 583; Cass. 4.11.2003, n. 16530, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce « Contratto in genere », 586; Cass. 15.4.2002, n. 5444, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce « Contratto in genere », 508; Cass. 7.2.2001, n. 1773 in *Rep. Foro it.*, 2001, voce « Contratto in genere », 469. Di un'incidenza delle prestazioni inadempite, « sulla funzione economico-sociale del contratto » parla, in tempi recenti Cass. 17.2.2004, n. 2992, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce « Contratto in genere », 585.

<sup>(33)</sup> V., ad es., Cass. 20.08.1999, n. 8793, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce « Contratto in genere », 558; Cass. 08.11.2002, n. 15696, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce « Contratto in genere », 514.

una distinzione, giustamente ritenuta decisiva, da un'opinione autorevole, quasi sessant'anni fa<sup>(34)</sup>.

La sovrapposizione di piani trae origine, come spesso accade, dall'uso eterodosso delle espressioni linguistiche: se è vero che il lemma «causa» individua la combinazione di interessi che giustifica il regolamento d'autonomia, consentendone la recezione (e l'attribuzione di efficacia vincolante) da parte dell'ordinamento, è evidente che il rilievo del concetto si esaurisce interamente sul piano c.d. «genetico» del rapporto. Non è un caso che, le stesse voci, che ancora si richiamano alla formula del « difetto funzionale della causa », abbiano poi cura di avvertire che essa nulla ha a che fare con la causa come costituente del contratto (il cui difetto conduce a nullità), e mettono in guardia contro la confusione tra la posizione del programma contrattuale e la fase della sua esecuzione<sup>(35)</sup>. In questo senso, potrà anche dirsi che l'inattuazione dello scambio rappresenta la mancata realizzazione (spontanea) del programma, che tuttavia, in quanto tale, conserva intatta la sua vincolatività: e la persistente possibilità di soddisfare (coattivamente) l'interesse del contraente deluso rivela l'opacità del termine «causa» utilizzato in quella stessa formula. Basterebbe, a dimostrarlo, osservare che, se inteso alla lettera il presunto «difetto funzionale della causa» dovrebbe realizzarsi, o meno, a seconda che quel contraente opti per la risoluzione, oppure domandi l'adempimento<sup>(36)</sup>.

Se è vero, dunque, che l'idea del difetto causale (pur così ridimensionata nel suo significato) resiste soprattutto nel pensiero della dottrina, non vi si torna, qui, per riproporre per l'ennesima volta le ragioni di critica alla *costruzione teorica*. Ma per sottolineare il principale inconveniente, cui essa può dare (e in effetti ha dato) luogo, sul piano delle *applicazioni concrete*, e che si riscontra non appena ci si interroghi sui possibili rapporti tra disciplina legale della risoluzione per inadempimento e autonomia privata: in una parola, sulla derogabilità della disciplina rimediata dettata dagli artt. 1453 ss., c.c. Ciò in quanto, la « contiguità » della tesi appena esaminata con l'ambito normativo della causa del contratto, cioè con uno dei suoi elementi costitutivi, potrebbe far dubitare proprio di quella derogabilità.

Questo, come si diceva, è il profilo di maggiore interesse pratico, e notarile in particolare: stabilire se, e in che limiti, le parti possano modificare *a priori*, con specifiche previsioni contrattuali, l'operatività dei rimedi sinallagmatici (risoluzione del contratto e azione di adempimento), o la definizione dei presupposti da cui essa dipende.

## 5. La risoluzione come sanzione

---

<sup>(34)</sup> V. il richiamo a F. MESSINEO, *Dottrina generale*, cit., *supra* in nota 17 [Chi abbia].

<sup>(35)</sup> Cfr, a titolo indicativo, pur con diversità di accenti, M. TAMPONI, *La risoluzione*, cit., p. 1489 e G. SICCHIERO, op. ult. cit., p. 49.

<sup>(36)</sup> Quanto affermato nel testo è strettamente funzionale (e, a nostro avviso, sufficiente) all'obiettivo dello studio: verificare la disponibilità pattizia delle tutele sinallagmatiche, che risulterebbe quanto meno messa in forse dall'attrazione di esse all'ambito di rilevanza della causa. Con ciò non si intende negare che la logica della risoluzione riveli un qualche legame tra i due profili (la recezione del programma da parte dell'ordinamento, fondata sul controllo causale, e l'attuazione di esso): proprio la discrezionalità del contraente deluso, nell'optare per la risoluzione, piuttosto che per l'adempimento coattivo, testimonia di una (ri)valutazione in ordine alla persistente idoneità dello scambio a realizzare quel medesimo interesse che aveva giustificato l'assunzione del vincolo. E la considerazione di tale interesse può rappresentare il *trait d'union* che ricollega la causa del contratto alla decisione di richiederne lo scioglimento: ma, come si vede, si tratta più di notazione descrittiva che non di argomento produttivo di conseguenze di disciplina.

Discorso non dissimile, ma storicamente più definito, può condursi in ordine all'idea, già ricordata <sup>(37)</sup> della risoluzione come rimedio di tipo *sanzionatorio*: tesi del tutto originale, dalla quale discendono, come altrettanti corollari, la competenza esclusiva del giudice nell'irrogarla, la rilevanza centrale dell'imputabilità, e la qualificazione delle disposizioni che la prevedono come norme imperative, che le parti non possono né modificare, né escludere <sup>(38)</sup>.

La tesi, proprio perché storicamente collocata, e confutata dalla successiva dottrina, può considerarsi recessiva, il che esime da una sua considerazione analitica. Il superamento della tesi è avvalorato da specifici (e recenti) studi dedicati al nostro tema, i quali hanno avuto cura di riprenderla in esame dalla prospettiva qui indagata, giungendo a conclusioni analoghe <sup>(39)</sup>.

Il presupposto della tesi risiede in una lettura restrittiva dell'autonomia contrattuale, alla quale sarebbe consentito dettare il «regolamento del rapporto», ma non «il regolamento della sanzione», in quanto il potere autoregolativo dei privati sarebbe limitato al momento della «costituzione dei rapporti giuridici» mentre «le sanzioni vengono predisposte dall'ordinamento» <sup>(40)</sup> e irrogate dal giudice <sup>(41)</sup>.

La coloritura sanzionatoria della risoluzione (oltre che rimasta sostanzialmente senza seguito) è smentita palesemente dalla funzione del rimedio risolutorio, considerata dalla prospettiva del sistema integrato di tutele, riconosciute al contraente fedele dall'art. 1453, c.c.: nell'ambito del quale, come già sottolineato, esso mira alla ricomposizione qualitativa del patrimonio di quel contraente <sup>(42)</sup>; e in ciò nulla ha a che vedere con la reazione all'inadempimento come comportamento illecito (e in quanto tale dannoso), affidata alla tutela risarcitoria, che a esso si affianca senza sovrapporsi <sup>(43)</sup>. Conclusione cui giungeva già una dottrina risalente, sottolineando la distanza che intercorre tra la risoluzione (e l'interesse della parte non inadempiente a liberarsi dal vincolo contrattuale), e la responsabilità per inadempimento (che sanziona, viceversa, la violazione dell'obbligo della parte inadempiente) <sup>(44)</sup>.

---

<sup>(37)</sup> Cfr. *supra* nel testo e alla nota 20 [È la nota].

<sup>(38)</sup> La costruzione, notissima, di G. AULETTA, *op. cit.*, pp. 147 ss. e 237 ss., non ha trovato largo seguito nella dottrina moderna e contemporanea. Un'accurata ricognizione delle posizioni critiche, espresse dalla dottrina successiva sulla tesi di Auletta, può leggersi in G. SICCHIERO, *op. cit.*, p. 39 ss. e relative note.

<sup>(39)</sup> Si veda, in particolare, il lavoro monografico di B. SIRGIOVANNI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, Padova, 2019.

<sup>(40)</sup> G. AULETTA, *op. cit.*, p. 172.

<sup>(41)</sup> *Id.*, *op. cit.*, p. 205.

<sup>(42)</sup> A. LUMINOSO, cit. *supra*, alla nota 25 [L'inquadramento].

<sup>(43)</sup> L'indipendenza dei due rimedi è ribadita costantemente dalla giurisprudenza di legittimità (vd. per tutte Cass. 23.6.2017), che ne fa derivare la proponibilità autonoma.

<sup>(44)</sup> <sup>49</sup> Cfr. M. GIORGIANNI, *Inadempimento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 888.

## 6. Risoluzione per inadempimento e autonomia privata

Con quanto detto, si è reso evidente il nesso, che lega il nostro tema al problema e al dibattito dedicato al c.d. «fondamento della risoluzione».

Si intuisce, infatti, il rilievo decisivo che in questa materia assume l'opzione teorica in ordine al fondamento della tutela risolutoria: è ovvio che l'idea di un difetto funzionale, per la richiamata contiguità che tale immagine presenta con l'area presidiata dalla mancanza di causa (e perciò tipicamente sanzionata con la nullità), rischia di tradursi in una tendenziale, drastica restrizione degli spazi residui concessi all'autonomia privata. E discorso analogo potrebbe riproporsi per l'idea della risoluzione come sanzione legale. Prospettive entrambe antitetiche, rispetto a quella (antica) che riconduceva il rimedio all'idea di una volontà implicita delle parti costruita come condizione risolutiva sottintesa, e rispetto anche alla figura (più recente) di un potere dispositivo-novativo del contraente fedele.

In definitiva, optare per l'una o per l'altra ricostruzione, lungi dal tradursi in mero esercizio teorico, significherà, ad esempio, negare, o comunque valutare in base ad altri criteri, la validità di una clausola di irresolubilità <sup>(45)</sup>, o l'utilizzabilità di una condizione di inadempimento.

Muovendo da queste premesse, diventa possibile verificare se e in che misura, nel regolamento contrattuale, sia consentito dettare una disciplina della risoluzione diversa da quella legale. L'approccio della dottrina al problema si traduce usualmente nell'interrogarsi sulla validità della c.d. « clausola di irresolubilità »; tutt'al più, il discorso prosegue, affrontando la derogabilità dei presupposti di attivazione del rimedio risolutorio, con particolare riguardo al requisito della gravità dell'inadempimento <sup>(46)</sup>.

Il tema presenta articolazione ben maggiore, in quanto:

- a) da un lato, ci si deve chiedere se l'autonomia privata possa modulare diversamente la scansione normativa dei rimedi sinallagmatici: in particolare, disciplinando in modo difforme dalla legge l'alternativa tra tutela satisfattiva (domanda di adempimento), tutela risolutoria e risarcimento del danno; ovvero regolando diversamente le condizioni di esercizio della seconda. E a questo profilo, sarà dedicata l'analisi contenuta nei successivi paragrafi.
- b) Dall'altro lato, però, ci si può interrogare sulla possibilità dei privati di predisporre convenzionalmente congegni risolutivi diversi da quelli normativamente previsti, e dunque alternativi alla risoluzione ordinaria. Non solo, cioè, nel senso (evidenziato, *sub a*) di una *modificazione* del sistema legale della disciplina dei rimedi sinallagmatici, ma

---

<sup>(45)</sup> E infatti, muovendo dalla tesi (sia pur rivisitata) del difetto funzionale, nega la possibilità di un'esclusione pattizia del rimedio risolutorio G. SICCHIERO, op. cit., p. 391 ss.; in tempi più recenti, per altro, la conclusione viene limitata al caso (esattamente valutato come irrealistico) di « rinuncia di un contraente a qualsiasi forma di tutela », e si giudica viceversa ammissibile la clausola di irresolubilità, quando la rinuncia alla risoluzione venga prestata « a favore della manutenzione e/o del risarcimento » (così lo stesso Autore in *La risoluzione per inadempimento*, in G. SICCHIERO, M. D'AURIA e F. GALBUSERA, *Risoluzione dei contratti*, cit., p. 33, impiegando criteri analoghi a quelli qui accolti).

<sup>(46)</sup> Si confrontino, a conferma, R. SACCO, *I rimedi*, cit., 616 s., e G. SCALFI, *Risoluzione del contratto*, cit., 4. Imposta il problema in termini generali (illustrandone il relativo dibattito) F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998.

di un vero e proprio *allargamento* di quel sistema a meccanismi ulteriori e atipici di tutela.

La prospettiva si fa molto più ampia e l'attenzione si rivolge a quei modelli, cui la dottrina contemporanea ha dedicato attenzione (e che meritano un breve richiamo), attraverso i quali la prassi contrattuale ha provveduto a riconfigurare il meccanismo stesso di realizzazione dello scambio: o modificando la figura di qualificazione giuridica (di una) delle prestazioni che esso prevede, o adottando congegni volti ad estendere l'efficacia recuperatoria riconnessa allo scioglimento del vincolo.

Il primo modello (già presente in testi classici, o a dirittura antichi)<sup>(47)</sup>, viene oggi identificato dalla formula (che a suo tempo avevamo proposto) della « corrispettività condizionale »<sup>(48)</sup>: in essa, il legame tra le due prestazioni programmate in contratto viene realizzato configurando l'esecuzione (o l'inesecuzione) dell'una, come condizione sospensiva (o risolutiva) di efficacia dell'altra (*rectius*: della pattuizione che la prevede). Lo schema dello scambio assume qui una configurazione atipica, nella quale si contrappongono, da un lato, una prestazione programmata come oggetto di *obbligazione* o come *attribuzione traslativa*, dall'altro, una prestazione configurata unicamente<sup>(49)</sup> come *evento condizionale*.

Del c.d. « sinallagma condizionale » si è negata, in passato, la riconducibilità al paradigma del contratto a prestazioni corrispettive<sup>(50)</sup>; conclusione di cui è legittimo dubitare, se appena si rammenta il concetto posto a base della nozione di corrispettività, e individuato nell'*interdipendenza* tra prestazioni. Se è vero che la corrispettività risiede in tale nesso di relazione qualificata tra due prestazioni, è difficile (quanto meno sul piano dell'effettività) immaginare un legame più forte della subordinazione condizionale<sup>(51)</sup>. L'attività dedotta in condizione diviene, così, « prestazione » corrispettiva rispetto a quella oggetto dell'obbligazione o dell'attribuzione traslativa promessa: e il congegno, garantendo l'interdipendenza effettuale tra le attribuzioni, consente comunque di ricomprendere la fattispecie in un ambito « allargato » del concetto di corrispettività.

Lo strumento ha suscitato l'interesse della dottrina, che ne ha esplorato la varietà di applicazioni<sup>(52)</sup>: ai nostri fini, esso rileva come indice della generale ammissibilità di un intervento

---

<sup>(47)</sup> A chi nutrisse curiosità storiche, va detto che la presa di coscienza, da parte della dottrina italiana, del possibile impiego della condizione come strumento di scambio non è recente. Se è vero che la prima enunciazione di tale impiego si ritrova in A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 173 ss. e specialm. p. 177 ss., e che nella sua denominazione più celebre (quella della "promessa condizionata a una prestazione"), il tema fa la sua prima comparsa nello scritto di G. GORLA, *Promesse "condizionate" a una prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, p. 431, l'idea del "sinallagma condizionale" si rinviene già in BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Giuffrè, 1946, 509 ss., che a sua volta ne riproduce quasi testualmente la descrizione fornita ad inizio secolo da P. OERTMANN, *Entgeltliche Geschäfte*, in *Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess (des Deutschen Reiches)*, XXIII, 3, München, 1912, pp. 15 ss. e 46 ss. e da A. VON THUR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, 2, Berlin, 1914, pp. 72 ss. e 136 ss. e poi sviluppata da A. BLOMEYER, *Studien zur Bedingungslehre*, II, Berlin, 1939, p. 105.

<sup>(48)</sup> L'avevamo utilizzata, per la prima volta, in *La condizione di inadempimento*, cit., da p. 246 ss., costruendo la nozione nella sezione terza del terzo capitolo (pp. 246-294); alla prestazione condizionale si è dedicato, in seguito, il saggio *Controllo sull'esecuzione ed efficacia negoziale (note intorno al concetto di onere)*, in *Interesse e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, a cura di R. DI RAIMO, Napoli, 2006, p. 39 ss. e in *Letture sull'autonomia privata*, Padova, 2005, p. 216 ss.

<sup>(49)</sup> In ciò risiede la differenza, rispetto all'ipotesi della condizione di inadempimento, nella quale l'evento condizionale è rappresentato dall'inadempimento di una prestazione, *già configurata come oggetto di obbligazione*: in cui, cioè, il problema è suscitato dalla duplice concorrente qualificazione dell'attività esecutiva.

<sup>(50)</sup> G. SCALFI, *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive*, cit., 485 s.; A. PINO, *Il contratto a prestazioni corrispettive*, cit., p. 112.

<sup>(51)</sup> Andrebbero rilette, a questo proposito, le osservazioni che L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., 517, traeva da P. OERTMANN, *Entgeltliche Geschäfte*, cit., p. 16 s.

<sup>(52)</sup> I due studi di maggior respiro, nei quali lo schema viene indagato, pur se da diverse angolature, sono quelli di G.F. BASINI, *Le promesse premiali*, Milano, 2000 e soprattutto di C. CACCAVALE, *Trasferimento di azienda mediante cessione post mortem a corrispettività condizionale*, Napoli, 2014, di cui si vedano soprattutto p. 48 ss. e p. 61 ss.

delle parti, volto a modulare, in conformità alla concreta configurazione degli interessi in gioco, le forme di realizzazione dello scambio.

Il secondo congegno, qualificabile piuttosto come strumento risolutorio atipico, è rappresentato dalla clausola che costruisce come evento condizionale (sospensivo o) risolutivo la (esecuzione o) inesecuzione della prestazione dovuta: denominata usualmente «condizione di (adempimento o) inadempimento».

Nata dalla prassi (e trova, com'è stato scritto, un primo avallo nella parte di giurisprudenza con essa « alleata ») <sup>(53)</sup>, con riferimento (e peculiare applicazione) all'atto traslativo oneroso, nella sua variante risolutiva mira ad assicurare all'alienante-creditore insoddisfatto il recupero della prestazione traslativa eseguita, anche in danno dei successivi aventi causa dell'acquirente-debitore inadempiente: esposti, in forza dell'art. 1357 c.c., alla caducazione del proprio (sub)acquisto, a seguito dell'avverarsi della condizione. Il fine perseguito è porre rimedio alle anomalie della tutela risolutiva ordinaria, che, data l'inopponibilità della risoluzione ai terzi acquirenti (ex art. 1458 cpv., c.c.), impediscono la realizzazione del risultato che pure quella tutela dovrebbe tipicamente assicurare: la ricomposizione qualitativa del patrimonio del contraente fedele, vittorioso in risoluzione.

La parabola dottrinale e giurisprudenziale sul tema non può essere qui ripercorsa <sup>(54)</sup>. Basterà ricordarne gli esiti, che vedono ormai definitivamente superato il problema della liceità della condizione (risolutiva) di inadempimento, affermata dalla stragrande maggioranza della dottrina <sup>(55)</sup> e da una giurisprudenza ormai costante <sup>(56)</sup>, che progressivamente allargano l'ammissibilità del modello alla variante sospensiva (di adempimento) <sup>(57)</sup>.

Corrispettività condizionale e condizione di inadempimento rappresentano manifestazioni distinte, ma ugualmente significative, della *flessibilità* degli strumenti di realizzazione del sinallagma e di reazione al suo mancato attuarsi. Ma, come dicevamo, si pongono, per così dire, *oltre* il sistema legale dei rimedi all'inattuazione dello scambio. Ciò che resta da chiarire, è in che misura l'autonomia privata possa incidere su quel sistema, modificandolo *all'interno*.

In astratto, tale intervento può svolgersi in tre direzioni principali:

a) può essere volto ad *escludere*, con riguardo al singolo rapporto contrattuale, la tutela risolutiva (c.d. clausola di irresolubilità) <sup>(58)</sup>;

b) può, viceversa, *rendere esclusiva* quella tutela, prevedendo che in caso di inadempimento il contraente deluso non possa agire per l'adempimento;

---

<sup>(53)</sup> Così ALPA, *Introduzione alla nuova giurisprudenza ne I contratti in generale*, I, Torino, 1991, p. 110.

<sup>(54)</sup> Sull'evolversi del relativo dibattito, sino al finire del secolo scorso, non può che rinviarsi a quanto a suo tempo documentato in G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit.

<sup>(55)</sup> Un indice completissimo delle posizioni dottrinali può leggersi in C. CACCAVALE, *op. cit.*, p. 61 ss. e ivi note 125 ss.

<sup>(56)</sup> Già dagli anni Settanta del secolo scorso, le decisioni contrarie si fanno sempre più rare (se ne possono documentare solo quattro: Cass. 20.10.1972, n. 3154, in *Mass. Giust. civ.* 1972, 1729; Cass. 14.2.1975, n. 566, in *Mass. Foro it.* 1975, 133 s.; Cass. 5.1.1983, n. 9, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1524 ss. e Cass. 24.6.1993, n. 7007, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 902 ss., con nota critica di R. Calvo), mentre si consolida un modello decisionale favorevole ed ormai quasi tralazioso (al lungo indice di pronunce riportato ne *La condizione di inadempimento*, cit., p. 76, nota 24, si aggiungano, tra le più recenti, Cass. 3.3.1997, n. 1842, in *Corr. giur.* 1997, p. 1102 ss.; Cass. 25.3.2003, n. 4364, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce «Contratto in genere», 394; Cass. 15.11.2006, n. 24299, in *Riv. notariato*, 2007, II 1206; Cass. 2 ottobre 2014, n. 20854; e ancora Cass. 7 novembre 2018, n. 28426).

<sup>(57)</sup> Per la quale il primo riferimento è rappresentato tuttora dalla ricerca di R. LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela. L'adempimento dedotto in condizione*, Milano, 1996; ulteriori indicazioni in C. CACCAVALE, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>(58)</sup> La formula utilizzata merita una precisazione. Per clausola di irresolubilità, diversamente da quanto si dirà in appresso nel testo, *sub a)*, si intende non solo il patto con il quale venga escluso unicamente il rimedio risolutivo, ma anche la c.d. «clausola di unico rimedio», che limita le tutele del contraente non inadempiente al solo risarcimento del danno. Su tale clausola, si veda il successivo n. 7.

c) può, infine, limitarsi a *modificare i presupposti* di attivazione del rimedio risolutorio, aggravandoli o, viceversa, alleviandone il peso.

## 7. Le applicazioni specifiche: a) la c.d. clausola di irresolubilità

(a) - Pur individuandosi la *ratio* della risoluzione nella tutela di un interesse privato (del contraente fedele), il dubbio circa la derogabilità della norma che la prevede continua a riproporsi in dottrina in termini pressoché immutati, e a ricevere risposta prevalentemente negativa, sulla base di argomenti che meritano, per altro, di essere riconsiderati <sup>(59)</sup>.

Un'osservazione autorevole, destinata a far breccia nel pensiero successivo, esclude l'ammissibilità del patto, con cui i contraenti rinunciano preventivamente a far valere, a fronte dell'inadempimento della controparte, il diritto alla risoluzione (c.d. clausola di irresolubilità), in quanto esso trasformerebbe l'accordo contrattuale in due promesse « autonome, sì che esse prendono a comportarsi come se fossero promesse gratuite o dedotte in gioco » <sup>(60)</sup>; promettere una prestazione per ottenere una controprestazione, consentendo nel contempo l'irresolubilità, significherebbe « mettersi nell'ottica della donazione o del gioco », accettando di « arricchire la controparte ove questa sia inadempiente al contratto e insolubile rispetto all'obbligazione risarcitoria ». Di qui il dubbio se siffatte attribuzioni « eventualmente gratuite siano lecite e dotate di causa sufficiente ».

La dottrina sembra allinearsi a siffatto modo di argomentare, osservando che la clausola « avrebbe per effetto di far vivere le due promesse in modo autonomo, introducendo nel contratto un elemento di aleatorietà » <sup>(61)</sup>, che « verrebbe a sovvertire la funzione stessa dei contratti a prestazioni corrispettive » <sup>(62)</sup>.

Ora, è innegabile che una clausola di irresolubilità, disattivando una delle forme di tutela legale contro l'inattuazione dello scambio, finisca per attenuare il rilievo di quella interdipendenza tra prestazioni che, s'è visto, contraddistingue la corrispettività. V'è da chiedersi, per altro, se ciò basti, come si sostiene, a trasformare l'accordo nella somma di due promesse autonome, ed ancor più quale senso abbia richiamarsi alle categorie della gratuità o della scommessa aleatoria. Sul piano del diritto, la promessa reciproca di due prestazioni, ciascuna comunque assistita dalla domanda di adempimento coattivo e dall'eventuale rimedio risarcitorio, e la conseguente costituzione a carico di ciascuna delle parti di un dovere di prestazione *azionabile*, escludono in radice tanto l'idea della gratuità, quanto il concetto di alea che contraddistingue il gioco e la scommessa.

Si potrà dire che l'adempimento coattivo, oltre ad esporre il contraente fedele ai ritardi conseguenti alla sua realizzazione giudiziale, non è neppure possibile nei confronti di prestazioni infungibili <sup>(63)</sup>; ma ciò si traduce nell'addurre inconvenienti, certo molto seri, contro l'*efficienza* dell'accordo cui acceda la clausola di irresolubilità, inconvenienti che, tuttavia, difficilmente sembrano utilizzabili per valutarne la *liceità*. A tener fede a quest'ordine d'idee, sarebbe sin

---

<sup>(59)</sup> Per una convincente valutazione critica delle tesi negative, scandita dalla riorganizzazione dei dati normativi e dalla considerazione degli interessi coinvolti, v. A. BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1309 ss.

<sup>(60)</sup> R. SACCO, *I rimedi*, cit., 616 s., da cui anche le tre successive citazioni. L'Autore dichiara per altro di aver cambiato opinione nell'ultima edizione (come rileva G. SICCHIERO, *op. cit.*, p. 404 s., nota 1118).

<sup>(61)</sup> G. SCALFI, *Risoluzione del contratto*, cit., 4.

<sup>(62)</sup> U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, Art. 1453-1454, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1990, 110.

<sup>(63)</sup> Così, esattamente, lo stesso A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 15.

troppo facile osservare che ugualmente inefficiente (anzi, impraticabile) si rivela la tutela risolutoria, nel caso antitetico (ed assai frequente) in cui il contraente abbia già eseguito la propria prestazione di *facere* e veda inadempita l'obbligazione di controparte avente a oggetto il corrispettivo.

Si aggiunga che la scelta concessa al contraente fedele dall'art. 1453, tra l'azione per l'adempimento e la risoluzione del vincolo, è e resta sempre oggetto di una determinazione discrezionale, e che in tal senso la «devianza» di una clausola di irresolubilità potrebbe consistere, semmai, solo nell'anticipazione di quella scelta, dal tempo dell'inadempimento a quello della stipulazione. Ma allora, verrebbe fatto di chiedersi come mai l'opposta eventualità (quella cioè, in cui venga anticipatamente esclusa la tutela satisfattivo-esecutiva) non debba destare analoghi dubbi, atteso che tale eventualità, come vedremo, viene espressamente prevista dallo stesso legislatore, all'art. 2932, come oggetto di possibile accordo coevo alla formazione del titolo <sup>(64)</sup>.

Si aggiunga ancora che, con ogni probabilità, l'apposizione della clausola in esame, quand'anche escludesse la possibilità di chiedere la risoluzione, non varrebbe comunque a rendere inopponibile la relativa eccezione, conservando quindi un rilievo (pur se attenuato) all'interdipendenza tra le prestazioni, e dunque alla logica dello scambio, alla quale viceversa anche il legislatore mostra di derogare attraverso la figura del *solvo et repete*. Salvo ovviamente garantire, proprio in ossequio a tale logica, quella che potrebbe definirsi la « parità delle armi », intesa come conservazione (per effetto della clausola) di un pari grado di tutela da parte di ciascun contraente: è appena il caso, quindi, di sottolineare come risulti del tutto inconferente, a comprovare l'illegittimità in generale del patto di irresolubilità, richiamarsi, come fanno invece i sostenitori della tesi radicalmente negativa, a quella decisione arbitrale che ha ritenuto nulla la clausola che escludeva il diritto a risolvere il contratto in danno di una sola parte, conservandolo invece a favore dell'altra <sup>(65)</sup>.

Ci si deve chiedere, infine, (tralasciando ulteriori indici forniti da specifiche disposizioni normative) <sup>(66)</sup>, se la stipulazione della clausola incida in qualche modo sul regime della responsabilità per inadempimento, restituendo rilievo agli argomenti che si ritenessero di trarre dalla norma di cui all'art. 1229, c.c.. Le opinioni sul punto sembrano divise: a chi nega che la disattivazione del rimedio risolutorio possa considerarsi idonea a limitare la « responsabilità » intesa in senso tecnico <sup>(67)</sup>, si contrappone la tesi di chi considera valida la clausola di irresolubilità proprio nei limiti segnati dall'art. 1229, norma che si giudica riferibile ad ogni forma di sanzione contro l'inadempimento <sup>(68)</sup>.

Torna, qui, la trasposizione di piani che spesso affligge la ricostruzione dei rimedi sinallagmatici: e che impedisce di distinguere tra rimedi contro l'inadempimento *come fonte di danno* (la tutela risarcitoria prevista dalla norma-principio dell'art. 1218, c.c.) e rimedi contro l'inadempimento *in sé* (come l'azione di adempimento e la stessa risoluzione). Trasposizione denunciata dalla migliore dottrina, la quale sottolinea come la clausola di esonero da responsabilità « riguarda le conseguenze negative che l'inadempimento potrebbe causare al patrimonio del creditore e disciplina il risarcimento del danno » ; la risoluzione, e l'eventuale

---

<sup>(64)</sup> Si allude, ovviamente, alla possibilità che il rimedio *ex art.* 2932, volto ad ottenere la realizzazione coattiva del risultato dovuto dall'inadempiente, risulti appunto "escluso dal titolo".

<sup>(65)</sup> Si tratta del lodo arbitrale 24 giugno 1987, in *Foro pad.*, 1987, I, 507 (cit. )

<sup>(66)</sup> Li ricorda, ad es., U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 110.

<sup>(67)</sup> Come sottolinea A. LUMINOSO, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>(68)</sup> F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971, 67; *Id.*, *Clausole di esonero da responsabilità*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 397 ss.; in senso analogo F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., p. 77.

rinuncia preventiva ad essa, dipendono invece dalla valutazione dell'« interesse del contraente creditore di liberarsi dal vincolo contrattuale »<sup>(69)</sup>.

Significativo è il silenzio della giurisprudenza, in ordine alla validità della pattuizione in esame, pur valendo la pena di sottolineare che la meno remota tra le rarissime decisioni in merito è nel senso della validità<sup>(70)</sup>.

In conclusione, considerata la sostanziale opinabilità delle valutazioni in termini di efficienza, può dirsi che la dottrina più recente respinge un giudizio di generale illiceità della clausola, che prescindendo da una ponderazione in concreto degli interessi rilevanti nella singola operazione economica; e che, comunque, non si tratta di dubbio risolvibile attraverso il richiamo a categorie quali la gratuità, o l'aleatorietà del gioco e della scommessa, che sembrano del tutto inadattabili alla configurazione giuridica della fattispecie pattizia.

Piuttosto, nella logica rimediaria complessiva (più volte ricordata), comunicata dall'art. 1453, c.c., può dirsi che la clausola di irrisolvibilità non è mai nulla se all'esclusione del rimedio risolutorio, si contrapponga il permanere dell'azione di adempimento e il diritto al risarcimento del danno<sup>(71)</sup>. Salvo rinviare, alla conclusione dell'analisi, la valutazione di deroghe più penetranti, tali cioè da disattivare entrambe le tutele alternative (azione di adempimento-risoluzione), lasciando sopravvivere la sola pretesa risarcitoria<sup>(72)</sup>.

Del resto, lo stesso sistema del codice dà testimonianza, nella disciplina dei singoli tipi, non solo della rideterminazione dei presupposti legittimanti la reazione risolutoria, ma a dirittura della disattivazione di essa.

La prima ipotesi ricorre, ad esempio, nella vendita con riserva della proprietà, nella quale viene specificato, il requisito della «non scarsa importanza» (attraverso la previsione dell'inadempimento che non supera l'ottava parte del prezzo, o del mancato pagamento di una sola rata, ex art. 1525, c.c.), nella somministrazione, con il riferimento a un inadempimento « di notevole importanza » e « tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi » (art. 1564, c.c.) e nell'appalto, in cui la risoluzione è subordinata all'esistenza di vizi dell'opera « tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione ».

L'esclusione del rimedio risolutorio si ritrova, invece, nella disciplina della rendita vitalizia (art. 1878, c.c.) e nella transazione novativa (art. 1976, c.c.).

Norme che, nel loro insieme, confermano la « modulazione legislativa »<sup>(73)</sup> dei presupposti legittimanti e della stessa ammissibilità del ricorso al rimedio risolutorio, senza che ciò « comporti un'organizzazione delle relazioni debito-credito incompatibile con la logica dell'ordinamento »<sup>(74)</sup>

## **8. Segue: b) l'esclusione della tutela esecutiva**

---

<sup>(69)</sup> U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in *La risoluzione*, a cura di U. CARNEVALI, E. GABRIELLI, M. TAMPONI, in *Il contratto in generale*, t. 8.2, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2011, p. 28 s. In senso analogo, G. SICCHIERO, *op. cit.*, p. 47.

<sup>(70)</sup> Cass. 18.6.1980, n. 3866, in *Rep. Foro it.*, voce «Contratto in genere», 276.

<sup>(71)</sup> Così, G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, p. 38. Per l'ammissibilità (e un'analisi delle funzioni) della clausola, cfr. L. BERTINO, *Sulla validità di una clausola di irrisolvibilità del contratto per inadempimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 541.

<sup>(72)</sup> Si veda il successivo n. 9.

<sup>(73)</sup> Con accenti simili B. SIRGIOVANNI, *op. cit.*, p. 73.

<sup>(74)</sup> A. BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., p. 1310.

(b) – Attenzione di gran lunga minore è stata dedicata all’ammissibilità dell’ipotesi opposta, quella cioè di una deroga al sistema dei rimedi sinallagmatici, volta ad escludere non la risoluzione del contratto, ma la possibilità dell’adempimento coattivo: in altri termini, la legittimità del patto con cui i contraenti prevedano, quali uniche forme di tutela azionabile, in caso di inattuazione dello scambio, la risoluzione e l’eventuale risarcimento del danno.

Escludere la possibilità di ottenere la realizzazione coattiva della prestazione ineseguita sembra, a prima vista, incidere sul carattere costitutivo (verrebbe fatto di dire sulla stessa struttura logica) del diritto di credito: la pretesa all’adempimento.

Qui a dire il vero, il ragionamento sembra trovare appiglio in due specifiche previsioni normative, le quali talora presuppongono, talaltra enunciano espressamente il carattere disponibile della tutela satisfattiva del credito.

Il primo indizio può trarsi dall’art. 1244, c.c., il quale, com’è noto, stabilisce che «la dilazione concessa gratuitamente dal creditore non è di ostacolo alla compensazione». La dilazione del termine di pagamento rende il credito tecnicamente «inesigibile»: e sebbene la norma, nel suo contenuto precettivo principale, disponga una deroga al principio, secondo il quale un credito non esigibile non può essere opposto in compensazione, essa indirettamente conferma che il creditore può, attraverso un atto di autonomia privata (come la concessione della dilazione) privarsi dell’azione di adempimento, senza con questo incidere sul diritto spettantegli. Tant’è vero che, proprio nell’art. 1244, c.c., è stata autorevolmente ravvisata una fattispecie in cui il creditore che «rinuncia a pretendere in giudizio, non intende per ciò, necessariamente, cancellare l’esistenza del debito»<sup>(75)</sup>.

Se questo, come si diceva, è solo un indizio, valore decisivo assume un’altra disposizione che, benché molto nota, raramente viene presa in considerazione da questo profilo: si tratta della possibilità che l’esecuzione in forma specifica dell’obbligo di concludere un contratto venga «esclusa dal titolo» (art. 2932, comma 1°, ult. parte, c.c.). Lo schema del contratto preliminare, del quale venga esclusa pattiziamente l’esecuzione, conferma (questa volta direttamente) la legittimità della clausola con cui le parti disattivano l’azione di adempimento.

A dispetto di talune opinioni, che tendono a sminuirne il significato, la norma merita «un’attenzione maggiore di quella che comunemente le viene dedicata»<sup>(76)</sup>, proprio al fine di dedurre la legittimità generale di una rinuncia preventiva alla tutela satisfattiva del credito: anche quando, cioè, tale determinazione venga assunta «all’atto della costituzione di obbligazioni diverse da quella di contrarre». Non a caso, la dottrina più attenta ha colto il valore indicativo della norma, per legittimare appunto la previsione pattizia (nel senso qui indagato) di una risoluzione per inadempimento «automatica e necessaria»<sup>(77)</sup>.

## 9. Segue: c) La regolazione pattizia dei presupposti della risoluzione

(c) – Un breve cenno conclusivo meritano le deroghe convenzionali ai *presupposti*

---

<sup>(75)</sup> Così G. GABRIELLI, *Dilazione del termine per l’adempimento di un contratto preliminare e sopravvenuta infermità mentale di una delle parti*, in *Dir. giur.*, 1972, II, 262, in cui la distinzione tra strumento remissorio (estintivo dell’obbligazione) e *pactum de non petendo*, il quale, pur implicando “senz’altro la perdita del potere di agire” (*ivi*, nota 11) lascia sopravvivere molteplici profili di rilevanza del rapporto obbligatorio. Ulteriori spunti in PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, Art. 1230-1259, in *Comm. Scialoja-Branca*, 328.

<sup>(76)</sup> G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 48 ss, da cui anche al successiva citazione.

<sup>(77)</sup> A. BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, 231, nota 124.

dell'iniziativa risolutoria, volte cioè a rendere più rigorose, o viceversa ad alleggerire, le condizioni per l'attivazione della tutela: il che, verosimilmente, si traduce nel prevedere pattiziamente una diversa considerazione della «importanza» dell'inadempimento. Ciò fa sì che le valutazioni, in merito alla validità di tale patto, dipenderanno in larga misura dall'orientamento di pensiero che si ritenga di seguire, in ordine ai criteri di valutazione da impiegarsi nel giudizio sull'importanza dell'inadempimento, previsto dalla norma di cui all'art. 1455 <sup>(78)</sup>.

Il dato da cui muovere (che la migliore dottrina ha opportunamente evidenziato) è che la norma, utilizzando la formula della « non scarsa importanza », non richiede « un connotato di « gravità », ma si limita ad escludere la rilevanza di « un inadempimento di modesto rilievo » <sup>(79)</sup>: comunicando cioè l'intenzione del legislatore di tener « bassa la soglia d'ingresso dell'azione di risoluzione », della quale ribadisce il carattere « non straordinario » sul piano rimediabile <sup>(80)</sup>. Si può, dunque, osservare che una clausola di « aggravamento » dei presupposti della risoluzione, volta cioè a richiedere una particolare gravità dell'inadempimento risolutorio, ad esempio escludendo che il ritardo (anche se di entità rilevante), o che l'inadempimento quantitativamente parziale possa dar luogo a risoluzione, potrà e dovrà essere valutata con criteri analoghi a quelli impiegati in ordine alla clausola di irresolubilità, e sopra esposti <sup>(81)</sup>.

La possibilità inversa, di pattuire cioè l'azionabilità della risoluzione anche a seguito di un inadempimento che abbia «scarsa importanza», discende invece pianamente dall'usuale lettura (dottrinale e giurisprudenziale) dell'art. 1456: norma che, attraverso l'apposizione della clausola risolutiva espressa, consente alle parti di attribuire convenzionalmente rilievo risolutorio ad un inadempimento anche «lieve», purché riferito ad una o più obbligazioni specifiche derivanti dal contratto. Si spiega, così, che per effetto della clausola venga meno « ogni necessità di indagine in ordine all'importanza dell'inadempimento » <sup>(82)</sup>, e che il contraente fedele possa « ottenere la risoluzione del contratto per l'inadempimento della controparte senza doverne provare l'importanza » <sup>(83)</sup>.

## 10. Inattuazione dello scambio e «rideterminazione della prestazione»

Una prospettiva ulteriore, in qualche misura eccentrica rispetto a quanto precede, ma che merita un cenno, in quanto non priva di concreto interesse, conduce a immaginare un diverso contenuto dei patti modificativi del sistema delle tutele sinallagmatiche: in particolare, ipotizzando che la forma di reazione, da essi prevista in caso di mancato realizzarsi dello scambio, consista nella *rideterminazione* del contenuto delle prestazioni.

A dire il vero, non si tratta di costruire congegni del tutto atipici, ma di adattare, estendendone l'applicazione, modelli già presenti nel codice, in particolare nel sottosistema delle

---

<sup>(78)</sup> In questa sede, il dibattito e l'evoluzione giurisprudenziale relativi ai criteri di valutazione della "non scarsa importanza", di cui all'art. 1455, c.c., non possono essere neppure evocati. Ricordiamo solo che i due principali orientamenti tendono, rispettivamente, ad accentuare il dato *oggettivo*, indicato usualmente nel grado di incidenza dell'inadempimento sull'economia complessiva del rapporto, o a privilegiare il dato *soggettivo*, direttamente individuato "nell'interesse concreto della controparte" alla esatta e tempestiva esecuzione. Ripercorre l'avvicinarsi di tali impostazioni, CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995, 19 s.

<sup>(79)</sup> M. TAMPONI, *La risoluzione*, cit., 1493.

<sup>(80)</sup> A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 1324.

<sup>(81)</sup> Cfr. P. VITUCCI, *Ogni ritardo sarà considerato di scarsa importanza (ipotesi sul patto di evitanda risoluzione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 577.

<sup>(82)</sup> Cass. 14.7.2000, n. 9356, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce «Contratto in genere», 570.

<sup>(83)</sup> Cass. 11.7.2003, n. 10935, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce «Contratto in genere», 552.

garanzie imposte al venditore. Il principale è rappresentato dalla riduzione del prezzo, prevista sia in caso di evizione parziale (art. 1480, ult. parte, c.c.), sia in ipotesi di vizi della cosa (art. 1492, c.c.).

La più recente ricostruzione, condotta in chiave funzionale, degli effetti del rimedio estimatorio li riconduce « alla modificazione del contenuto del rapporto contrattuale volta a conservare l'equilibrio sinallagmatico che le parti avevano originariamente concordato »<sup>(84)</sup>. Modificazione che non dovrebbe intendersi limitata alla prestazione del compratore, ma che dovrebbe investire « entrambe le attribuzioni patrimoniali cui le parti si impegnano in forza del contratto, (...) incidendo altresì sui contenuti della prestazione dovuta dal venditore »: poiché, attraverso l'esperimento dell'estimatoria « l'acquirente esprime la volontà di accettare definitivamente la *res vendita* » con le qualità e i vizi che essa ha manifestato di possedere, l'impegno del venditore verrebbe mutato nel « dovere di trasferire non già un bene conforme alle pattuizioni negoziali, bensì il bene con le qualità che esso ha effettivamente rivelato »<sup>(85)</sup>.

Al di là di quest'ultimo assunto, sulla cui consequenzialità potrebbe forse avanzarsi qualche riserva, se non altro perché difficilmente compatibile con il concorrente diritto dell'acquirente al risarcimento del danno<sup>(86)</sup>, la circostanza che il rimedio normativo si traduca nella modificazione della controprestazione, potrebbe fornire comunque un modello utilizzabile dall'autonomia privata, rientrando così nel discorso che si va svolgendo.

Da un lato, ad esempio, nel senso di ampliarne l'applicazione a tipi diversi dalla compravendita<sup>(87)</sup>.

Dall'altro, nel caso di maggior rilievo in questa sede, delle compravendite immobiliari, specie (ma non solo) se compiute dall'alienante-costruttore, il cui interesse primario è senz'altro quello della conservazione del vincolo, nel senso di modificarne la disciplina: o rendendo esclusivo il rimedio della riduzione del prezzo (e dunque pattuendo l'improponibilità della risoluzione); o ridefinendone i parametri di calcolo; o ancora, prevedendo che alla rideterminazione del prezzo si giunga attraverso modalità diverse.

Sui criteri di quantificazione si è espressa, definendo i limiti della derogabilità del metodo di calcolo, la dottrina contemporanea<sup>(88)</sup>, alla quale può dunque farsi rinvio.

---

<sup>(84)</sup> Così F. OLIVIERO, *La riduzione del prezzo nel contratto di compravendita*, Napoli, 2015, p. 111.

<sup>(85)</sup> *Id.*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>(86)</sup> Se fosse vero che, per effetto della *quanti minoris*, l'impegno dell'alienante diventa quello di trasferire la cosa viziata, dovrebbe dirsi che tale impegno è stato *adempito*: mentre la persistente risarcibilità del danno conferma che la riduzione del prezzo, come non elide la tutela, così non ne fa venir meno il presupposto, che è comunque un *inadempimento* (sia pur inteso in senso di inattuazione del risultato traslativo). Il rischio del paradosso sta nel ritenere che cosa viziata e minor prezzo diventino oggetto delle *prestazioni originariamente dovute*: esito pressoché inevitabile, se si ritiene che « il contenuto dell'impegno contrattuale dell'alienante viene modificato » (Così F. OLIVIERO, *op. loc. ultt. citt.*, corsivo aggiunto). In realtà, l'impegno contrattuale del venditore resta quello pattuito *ex contractu*: perché solo a questa condizione, esso potrà considerarsi inattuato e dar luogo, di conseguenza, alla riduzione del prezzo (che in caso contrario rischierebbe di venir meno, in un perverso fenomeno di "autofagia"). In altri termini, l'esercizio del rimedio, sia esso ad attuazione giudiziale, ovvero, come l'Autore mostra di ritenere (si vedano gli interessanti rilievi svolti a p. 111 ss.), si traduca nel far valere un diritto potestativo ad attuazione stragiudiziale, non implica una ridefinizione dell'oggetto originario del contratto (cioè del programma contrattuale), ma solo un adattamento in concreto della sua esecuzione, indotta dalla presenza del vizio. Muta, certamente, l'ammontare del prezzo: ma non in virtù di una "riscrittura" del sinallagma originario, quanto piuttosto a seguito di (e come forma di reazione a) una sua inattuazione *in executivis*; e il bene « dovuto » non può che continuare a essere quello previsto in origine. Si può quindi convenire che, sul piano funzionale, l'estimatoria assicura al compratore « l'originario rapporto economico di proporzionalità fra le prestazioni »: ma questo è (appunto) un rapporto di valori, cioè un dato relativo e meramente economico, che, se pure incide sulla quantità di una delle prestazioni, non implica modificazione del contratto.

<sup>(87)</sup> Nei quali una delle prestazioni sia pecuniaria.

<sup>(88)</sup> Agli spazi concessi in tale direzione all'autonomia privata è dedicato il quinto capitolo della monografia di F. OLIVIERO, *La riduzione del prezzo*, cit., p. 343 ss.

Quanto alla scelta di rendere rimedio esclusivo la *quanti minoris*, essa si traduce nell'escludere la proponibilità della redibitoria: e qui possono valere, *mutatis mutandis*, tutti i rilievi svolti in tema di clausola di irrisolubilità.

E anche su questi due profili, muovendo sia dal dettato del codice (art. 1490, cpv.) sia dalla considerazione degli indici ricavabili dal diritto uniforme (art. 6 della Convenzione di Vienna sulle vendite internazionali di merci), le ricerche più recenti aprono alla deroga, e persino all'esclusione totale dei rimedi edilizi <sup>(89)</sup>

Il discorso più singolare attiene all'adozione di una via alternativa, per giungere a rideterminare il prezzo del bene viziato. E l'ipotesi (suggerita dalla prassi) è che le parti, in sede di conclusione del contratto, convengano che, nel caso di vizi, la quantificazione del (minor) prezzo sia rimessa alla determinazione di un terzo: con ciò riadattando, in diversa funzione, la figura dell'arbitraggio sul prezzo contenuta all'art. 1473, c.c.

A ben vedere, in tal caso può dirsi che il rimedio redibitorio, più che modificato nel suo funzionamento, viene reso inoperante, in quanto sostituito dalla rideterminazione, ad opera del terzo, della prestazione dovuta dall'acquirente <sup>(90)</sup>.

Qui, realmente, il sinallagma contrattuale viene (ri)definito, raggiungendo l'effetto di evitare l'applicazione della garanzia (con il relativo contenzioso), e di incidere « direttamente sulla determinazione dell'oggetto » del contratto <sup>(91)</sup>, senza urtare contro le difficoltà che un simile effetto incontra, come si è appena rilevato, quando lo si voglia ricollegare direttamente all'operare della garanzia <sup>(92)</sup>. Mantenendosi, tra l'altro, nella medesima logica manutentiva del vincolo (ispirata a un concetto ampio di rinegoziazione), che vedremo ispirare le regole transnazionali applicabili alla stessa impossibilità sopravvenuta <sup>(93)</sup>.

## 11. Le clausole di «unico rimedio» e le indicazioni del diritto uniforme

Sin qui, il discorso è stato condotto all'interno del sistema del codice, e della logica che ne governa l'operare. Quella logica che affianca, in rapporto di alternatività, la tutela esecutiva e quella restitutoria, entrambe concorrenti con il risarcimento del danno. Coerentemente, s'è dato atto della posizione raggiunta dalla dottrina più recente, che ammette la modificazione pattizia di quel sistema, a patto di conservare l'una o l'altra delle due tutele alternative.

Resta ora da considerare la forma più incisiva di deroga convenzionale ai rimedi sinallagmatici, tipicamente documentata dalla prassi dei contratti internazionali, aventi a oggetto l'acquisizione di partecipazioni sociali di controllo o di rami di azienda, ovvero degli appalti internazionali e dei contratti di fornitura di servizi: la clausola c.d. di « unico rimedio (*exclusive remedy*) » <sup>(94)</sup>. Per tale intendendosi la pattuizione che prevede, quale unica forma di reazione

---

<sup>(89)</sup> Il richiamo è ancora una volta a F. OLIVIERO, op. loc. ultt. cit., ove ampia documentazione della dottrina straniera.

<sup>(90)</sup> Dovrà trattarsi, ovviamente, di soggetto dotato di competenze (tecniche e commerciali) sufficienti a consentirgli la « rivalutazione » dell'equilibrio economico dello scambio.

<sup>(91)</sup> Id., op. cit., p. 122, nota 196.

<sup>(92)</sup> Cfr. la critica svolta nella precedente nota 86. [Se fosse vero che]

<sup>(93)</sup> Si veda infra nel testo e alla nota 106. [Si tratta del commento]

<sup>(94)</sup> Per una ricognizione della fenomenologia e dei problemi connessi all'impiego della clausola, si vedano tra gli altri, A. GALLARATI, *Il contratto irrisolubile o quasi. Profili di sostenibilità della clausola «exclusive remedy» nell'economia delle parti*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1022 ss.; G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2017, pp. 201, 210, 270; V. DI GRAVIO, *Clausola di unico rimedio*, in *Clausole negoziali*, I, a cura di M. Confortini, Torino, 2017, p. 1613; E.

all'inadempimento, il risarcimento del danno<sup>(95)</sup>. Con la conseguenza di escludere, tanto la tutela esecutiva (domanda di adempimento), quanto quella restitutoria (risoluzione per inadempimento): cioè entrambi i rimedi, considerati dall'art. 1453, c.c., come tecniche rimediali alternative, ma direttamente connesse all'inattuazione dello scambio.

Le ragioni del ricorso alla clausola sono intuibili<sup>(96)</sup>.

Nella fenomenologia contrattuale, in cui trova applicazione, la fase esecutiva è caratterizzata dalla necessità di rilevanti investimenti, e quasi sempre si traduce in una relazione di coordinamento e interdipendenza tra l'attività di ciascuna delle parti (tipicamente imprenditoriali): così che lo scioglimento del rapporto quasi mai consente quella ricomposizione qualitativa (e quantitativa) del patrimonio dei contraenti, che rappresenta l'obiettivo della tutela risolutoria.

In altri casi (come nella cessione di comparti aziendali o partecipazioni di controllo), oltre all'interesse dell'acquirente di non vedere comunque posta nel nulla l'operazione di investimento, che racchiude, oltre a quello economico, un valore strategico, vi è la difficoltà di misurare l'incidenza di quella particolare forma di inadempimento, che consiste nella difformità, rispetto alla reale situazione di fatto, delle *Representations and Warranties*: il che induce ad escludere in radice la risoluzione del vincolo, e la connessa valutazione in termini di « non scarsa importanza », optando per la sola tutela risarcitoria (liquidata spesso convenzionalmente).

L'interesse perseguito, in definitiva, non è più quello a liberarsi dal vincolo, né a ottenere la restituzione della prestazione eseguita, ma consiste nel «rideterminare il suo sacrificio economico»<sup>(97)</sup> alla luce dell'inattuazione dello scambio<sup>(98)</sup>.

Nel valutare la compatibilità della clausola di « unico rimedio » con l'ordinamento italiano, vi è stato chi l'ha ricondotta alle limitazioni convenzionali della responsabilità: deducendone l'ammissibilità solo entro i limiti segnati dall'art. 1229, c.c. (che ne esclude la validità nei casi di dolo o colpa grave)<sup>(99)</sup>. Ma a questa impostazione, possono opporsi le medesime critiche, svolte a suo tempo, sul tentativo di ricondurre il giudizio sulla clausola di rinuncia al rimedio risolutorio, al tema (e alla logica valutativa) dell'esonero pattizio da responsabilità<sup>(100)</sup>.

In particolare, in questa e altre tesi, si ritrova nuovamente la sovrapposizione tra le diverse forme di tutela, assicurate al contraente fedele dall'art. 1453, c.c.: e infatti, con riguardo alla clausola di « unico rimedio », vi è chi si chiede se sia possibile « superare un ostacolo teorico di forte spessore: (...) *trasformare* in risarcimento del danno per inadempimento ciò che tecnicamente costituisce la conseguenza della risoluzione (le restituzioni) »<sup>(101)</sup>. In realtà (come il corsivo qui vuole sottolineare), non di « trasformazione » può trattarsi, ben diversi essendo i presupposti<sup>(102)</sup>, le tecniche di attuazione giudiziale<sup>(103)</sup> e persino i parametri di quantificazione<sup>(104)</sup> della restituzione

---

GABRIELLI, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali (Brevi spunti di riflessione sulla clausola di exclusive remedy)*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, p. 212 ss.

<sup>(95)</sup> Sulle varianti della clausola, v. B. SIRGIOVANNI, *op. cit.*, p. 119 ss.

<sup>(96)</sup> Se ne veda una ricognizione in E. GABRIELLI, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>(97)</sup> G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement*, cit., p. 210 s.

<sup>(98)</sup> L'interesse a « tener fermo il nuovo assetto proprietario nel trasferimento di partecipazioni azionarie » è sottolineato da G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in G. SICCHIERO, M. D'AURIA e F. GALBUSERA, *Risoluzione dei contratti*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2013, p. 33.

<sup>(99)</sup> Così F. DELFINI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2014, pp. 576, 577.

<sup>(100)</sup> Cfr. *supra*, il n. 6, e ivi la nota 55.

<sup>(101)</sup> Così G. SICCHIERO, *op. cit.*, p. 35 (corsivo aggiunto).

<sup>(102)</sup> Nelle restituzioni, l'*inadempimento in sé* considerato e la sentenza di risoluzione del contratto, nel risarcimento il danno causato dall'inadempimento, che può essere oggetto anche dell'unica domanda proposta dal contraente fedele.

<sup>(103)</sup> La sentenza che risolve il contratto è pronuncia *costitutiva*, quella che impone il risarcimento è sentenza di *condanna*.

delle prestazioni eseguite, conseguente alla pronuncia risolutoria, rispetto al risarcimento del danno, che nel caso in esame presuppone viceversa una « rinuncia preventiva » alla risoluzione e alle restituzioni che ne discendono.

Vero è, come di recente è stato osservato, che di clausole come quella in esame manca del tutto, nel sistema del codice, una disciplina specifica: per questa ragione, la ricerca di parametri valutativi utili a verificarne l'ammissibilità può (e deve) confrontarsi con le indicazioni fornite dal diritto uniforme <sup>(105)</sup>.

In questa prospettiva, merita ricordare che, persino con riguardo all'impossibilità sopravvenuta, l'inderogabilità della disciplina della risoluzione sembra attenuarsi, proprio per effetto di integrazioni recenti dei Principi *Unidroit*: in cui si fa riferimento alla clausola di rinegoziazione in forza della quale le parti, rinunciando preventivamente allo scioglimento del vincolo, prevedono che la prestazione divenuta impossibile debba essere sostituita, attraverso una procedura di rinegoziazione, con una diversa e possibile <sup>(106)</sup>.

Dalla Convenzione di Vienna (art. 6 CISG) e dai Principi *Unidroit* (art. 1.5.1) si ricava il principio generale di derogabilità pattizia della disciplina dei rimedi contrattuali. Quanto ai PECL, l'art. 8:109 dei PECL, rubricato clausola di esclusione o di limitazione delle tutele, prevede espressamente l'ammissibilità di una clausola di esclusione o limitazione delle tutele contro l'inadempimento contrattuale, salvo limitarne l'azionabilità se contraria alla buona fede e alla correttezza. E analogamente il *Draft Common frame of reference* (all'art. 3:105) consente alle parti di escludere pattiziamente i rimedi contro l'inattuazione dello scambio, salvo anch'esso escludere l'invocabilità della previsione se contraria a correttezza e buona fede.

La prassi contrattuale (non solo) internazionale conferma il largo impiego della clausola «di unico rimedio», in particolare nei tipi ricordati in apertura di questo paragrafo (tra i quali, particolare interesse notarile rivestono le acquisizioni di partecipazioni sociali, e di comparti aziendali).

Ma si può ragionevolmente ipotizzare un ambito più esteso, con riguardo a tutti i casi nei quali l'interesse primario sia quello alla stabilità del vincolo. Si potrebbe pensare, così, a tutti i rapporti nei quali gli effetti reali mirano a un'investitura nella titolarità, strumentale a un programma gestorio. E ciò a prescindere da discussioni antiche (e sostanzialmente esaurite), come quella svoltasi intorno alla qualificazione del mandato oneroso come contratto a prestazioni

---

<sup>(104)</sup> Oggetto di restituzione (a seguito della pronuncia risolutoria) sarà la *prestazione eseguita*, mentre il risarcimento avrà a oggetto *ogni pregiudizio subito* dal contraente fedele, in conseguenza dell'inattuazione dello scambio.

<sup>(105)</sup> Per tale intendendosi il sistema di regole composito (in quanto comprendente sia fonti normative, sia strumenti di uniformazione non dotati di forza di legge, ma riconducibili al concetto di *soft law*), che si è venuto costruendo a partire dalla *Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di merci* (CISG), approvata a Vienna l'11 aprile 1980, e poi integrato nel tempo dai *Principi Unidroit sui Contratti Commerciali Internazionali*, dai *Principles of European Contract Law* (PECL), e dal *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Per un primo confronto con il valore ermeneutico ed evolutivo del sistema internom, che l'odierno interprete del diritto dei contratti deve riconoscere al diritto uniforme, si vedano A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 29 ss.; P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss. Ulteriori rilievi, pur se collocati in una prospettiva tematica del tutto peculiare, in A. RIZZI, *L'accettazione tardiva*, Milano, 2008, pp. 64 ss., 79, 120 ss. Con soecifico riguardo al tema qui indagato, da ultimo, B. SIRGIOVANNI, *passim*, e spec. il Capitolo terzo, p. 103 ss.

<sup>(106)</sup> Si tratta del commento all'art. 7.1.7., relativo alla forza maggiore, in base al quale, specialmente nei contratti relazionali a lungo termine (i c.d. *long-term contracts*, sui quali si veda, da ultimo, (v. R. SCHULZE, F. ZOLL, *European contract law*, Baden-Baden/München/Oxford, 2018, p. 232 ss.) assumono rilevanza non soltanto gli eventi straordinari e imprevedibili (riconducibili nella c.d. clausola di *hardship*), ma anche quelli di forza maggiore, suggerendosi perciò alle parti di inserire in tali contratti una clausola volta alla continuazione della relazione economica, e considerare lo scioglimento del contratto come soluzione di ultima istanza.

corrispettive <sup>(107)</sup>. Ne dà testimonianza, in tempi recenti, l'art. 9 del disegno di legge in materia di affidamento fiduciario, nel quale si legge che « non è ammessa l'azione di risoluzione del contratto di affidamento fiduciario per inadempimento dell'affidatario », e che trova enunciata la sua *ratio* nella relazione illustrativa, in cui si precisa che « il rapporto contrattuale deve giungere comunque a compimento » <sup>(108)</sup>.

La loro ammissibilità, incontrando il limite rappresentato dal canone della buona fede, riconduce la conclusione del nostro discorso, lungo il « crinale tra autonomia ed eteronomia » segnato da « linee sinuose e talora difficili da percorrere » <sup>(109)</sup>, al problema applicativo più grave: quello della concretizzazione giudiziale.

Ma pur di fronte a questo approdo, e non ostante i dubbi da taluno sollevati in merito all'efficienza della concretizzazione stessa, in rapporto al fine dell'armonizzazione <sup>(110)</sup>, esce una volta ancora confermata l'irrinunciabilità di una tecnica regolativa, che alle clausole generali si affidi, per tenere il passo di una trasformazione economica e sociale, che altrimenti il diritto rischia di perdere <sup>(111)</sup>.

---

<sup>(107)</sup> Se ne dà conto in *La fattispecie risolutoria*, in Trattato del contratto, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, p. 32 ss., cui sia consentito rinviare.

<sup>(108)</sup> Il disegno di legge è il n. 1452, comunicato alla Presidenza del Senato il 5 agosto 2019, e intitolato *Disposizioni di legge sull'affidamento fiduciario*.

<sup>(109)</sup> C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 29

<sup>(110)</sup> S. PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'Amico, Milano, 2017, p. 160 ss.

<sup>(111)</sup> Su questa conclusione, da ultimo, P. GROSSI, *Presentazione*, in *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'Amico, Milano, 2017, pp. XI, XII, E. FABIANI, *Clausole generali e processo civile*, in *Fonti, metodo e interpretazione*, a cura di G. Perlingieri e M. D'Ambrosio, Napoli, 2017, p. 316; P. FEMIA, *Tre livelli di (in)distinzione tra principi e clausole generali*, *ivi*, p. 224.