

PRESENTAZIONE

alla terza edizione

Con il consueto intervallo biennale, esce la nuova edizione di queste Lezioni.

Corrette, in alcuni passaggi, arricchite di nuovi contributi.

L'esperienza di questi quattro anni di corso ha non ha tradito l'aspettativa principale dell'Autore: quella di stimolare la riflessione critica e il confronto dialettico con gli studenti.

Non è stato infrequente, durante il colloquio d'esame, il tentativo di sviluppare, magari in chiave di dissenso, il singolo ragionamento, o il singolo passaggio argomentativo incontrato durante lo studio. Ed è proseguita, anzi aumentata, la richiesta di svolgere la tesi sui temi trattati nei saggi, o a questi connessi: con esiti a volte sorprendenti, in termini di originalità di pensiero.

Il dialogo quotidiano, con coloro che questo libro hanno utilizzato, ha costituito per il suo autore il più ambito riconoscimento.

Ancora una volta, un grazie sentito ai miei Allievi, Elisa de Belvis, Riccardo Mazzariol e Andrea Maria Garofalo. Non solo per l'aiuto, prestatomi nel preparare questa nuova edizione, ma soprattutto per il rapporto umano e intellettuale costruito in questi anni, e che ogni giorno ci arricchisce.

Padova, ottobre 2018

Giuseppe Amadio

PRESENTAZIONE

alla seconda edizione

Nel presentare, solo due anni fa, la prima edizione delle Lezioni, se ne indicava (non senza ambizione) lo scopo, nel contribuire alla formazione di una coscienza critica del lettore.

Questi due anni di insegnamento hanno dato all'autore la sensazione di non aver mirato a un bersaglio fuori portata. Giorno dopo giorno di lezione, e soprattutto appello dopo appello di esami, si è fatta strada, e via via rafforzata, la propensione degli studenti a sollevare l'interrogativo, a porre in dubbio la fondatezza o la coerenza di questo o quel passaggio ricostruttivo, e persino a proporre argomenti personali, a sostegno o confutazione dell'una o dell'altra opinione.

Ne dà testimonianza ulteriore il numero crescente di tesi di laurea, già discusse da due anni a questa parte, o tuttora in corso di stesura, il cui argomento è stato proposto dal laureando, in nome dell'interesse suscitato da uno dei temi incontrati, in origine, proprio nelle Lezioni.

Questa seconda edizione risulta accresciuta da nuovi saggi, alcuni proposti nella veste abituale di lezione critica, corredata da un completo apparato di note, altri in forma più discorsiva, e per questo intitolati Letture. In entrambi i casi, scelta dei temi e metodo di indagine restano quelli suggeriti dal medesimo spirito critico, che si confida di suscitare nel lettore.

Un grazie, anche questa volta, ai miei allievi, dottori Elisa de Belvis, Riccardo Mazzariol e Andrea Maria Garofalo, non solo per l'opera di revisione e aggiornamento, ma per gli spunti preziosi, che il confronto con loro quotidianamente mi regala.

Padova, marzo 2016

Giuseppe Amadio

PRESENTAZIONE

alla prima edizione

Questo libro nasce per la didattica, e in particolare per il corso di Diritto civile. Esso raccoglie una serie di saggi, la più parte inedita, spesso presentati, in origine, in forma di relazione a convegni, o in occasione di eventi formativi e di aggiornamento rivolti a magistrati, notai e avvocati.

La destinazione del volume ne giustifica la varietà tematica e, per alcuni contributi, l'essenzialità dell'apparato bibliografico. Il fine che esso persegue non è quello di fornire, salvo che in rare occasioni, una ricognizione compiuta delle dottrine, o una rassegna degli enunciati giurisprudenziali, quanto piuttosto di offrire al lettore l'occasione di un ripensamento critico di istituti antichi e nuovi.

Ciò in ragione di due convinzioni dell'autore.

La prima, più specifica, è che il contenuto (e l'obiettivo) di un corso di Civile non sia (o non sia solo) riacquisire conoscenza e confidenza nell'uso del Codice, in vista della prova "sul caso" (che ancor oggi si conserva, in ossequio alla tradizione della Scuola patavina); e ancor meno debba o possa essere la lettura di una monografia colta, o di un volume trattatistico; ma consista nell'abituare al confronto dialettico tra argomentazioni offerte a sostegno e in critica dell'interpretazione della norma e quindi, in via mediata, al dialogo tra autore e lettore.

La seconda convinzione, maturata in quasi tre decenni di insegnamento, investe più in generale il ruolo della formazione universitaria: considerata in sé, e in rapporto alle aspettative (e alle reiterate istanze) studentesche, circa una sua valenza "professionalizzante". Se è vero che la preparazione del giurista si alimenta tanto di saperi quanto di abilità, e che il compito di fornire gli uni e le altre andrà ripartito tra il corso di studi e l'addestramento successivo, compito essenziale del percorso universitario è trasmettere, insieme e oltre allo strumentario tecnico, la capacità di impiegare quegli strumenti per valutare criticamente la realtà osservata: sia essa la norma, o il caso concreto.

Metodo critico, difficilmente acquisito con lo studio delle Istituzioni, che induce il lettore a misurare, tanto il tema classico, quanto la novità normativa, alla stregua delle categorie ordinanti: non per proporre una nostalgia

difesa di strumenti dogmatico-razionalistici del passato, ma per tentar di costruire, laddove quelle tradizionali siano venute meno, categorie concettuali nuove, coerenti non solo con il dato positivo, ma anche con la realtà concreta, che quel dato è volto a disciplinare. Se queste lezioni contribuiranno a formare questo metodo, potrà ritenersene raggiunto lo scopo.

Un grazie ai miei allievi, dottori Elisa de Belvis e Andrea Maria Garofalo, per il prezioso contributo all'aggiornamento bibliografico, e dottor Riccardo Mazzariol per il lavoro di revisione editoriale.

Padova, marzo 2014

Giuseppe Amadio

LEZIONI

LA FATTISPECIE RISOLUTORIA *

SOMMARIO: 1. Premessa: la risoluzione come modello. – 2. La risoluzione come rimedio contrattuale e il (falso?) problema del fondamento. – 3. Risoluzione per inadempimento e autonomia privata. – 4. Gli elementi della fattispecie. – 5. La nozione di “corrispettività”: la storia del concetto. – 6. (*Segue*) Corrispettività, onerosità e “bilateralità imperfetta”. – 7. (*Segue*) Corrispettività tra prestazioni e rapporto obbligatorio nascente “dal contratto”. – 8. (*Segue*) Gli altri casi-limite: *a*) la costituzione di servitù; *b*) i contratti non attributivi; *c*) il contratto plurilaterale. – 9. (*Segue*) Ai confini della corrispettività. – 10. L’inadempimento risolutorio: la nozione. – 11. (*Segue*) L'imputabilità dell'inattuazione: in generale ... – 12. (*Segue*) ... e nei casi dubbi (gli inadempimenti reciproci; l'impossibilità imputabile al creditore). – 13. (*Segue*) La definitività: “irreversibilità oggettiva” e “pericolo” dell'inadempimento. – 14. (*Segue*) L'inadempimento nella fase anteriore alla proposizione della domanda. – 15. (*Segue*) L'inadempimento nella fase successiva alla proposizione della domanda. – 16. (*Segue*) La “non scarsa importanza” dell'inadempimento. – 17. Postilla: risoluzione per inadempimento e restituzioni.

1. *Premessa: la risoluzione come modello*

A chi consideri, con uno sguardo d'insieme, la dottrina dedicatasi al tema della risoluzione del contratto, risulterà chiara una costante e irrisolvibile tendenza all'unificazione.

In buona parte delle trattazioni, e nella stessa manualistica, l'analisi di disciplina dei diversi tipi di risoluzione contrattuale, è usualmente preceduta da una considerazione del fenomeno considerato nel suo insieme, ovvero della “risoluzione in generale”¹. Impostazione, a prima vi-

* Il saggio riproduce con gli opportuni adattamenti parte del capitolo “Inattuazione e risoluzione del contratto”, vol. V - Rimedi, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, Giuffrè, Milano, 2006.

¹ Per proporre solo qualche esempio, alla “risoluzione del contratto in generale” sono intitolati il paragrafo introduttivo del capitolo XLIII di V. ROPPO, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2011, p. 875, e il § 317 di A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 45^a ed., Padova, p. 723; allo “scioglimento del contratto” intitolano il capitolo dedicato alla disciplina delle risoluzioni, sia P. ZATTI, *Manuale di diritto civile*, 4^a ed., Padova, 2009, p. 709 ss., sia A. CHECCHINI-G. AMADIO, *Lezioni di diritto privato*, 8^a ed., Torino, 2012, p. 235 ss.

sta, legittimata dalle stesse scelte del codificatore, se è vero che 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).

A ben vedere, però, appare impropria l’unificazione normativa di un fenomeno, cui si vorrebbe riconoscere comune natura, che si pone ora nei termini di rimedio all’inadempimento contrattuale, ora di reazione alla sopravvenienza. Anzi, se è vero che il sistema delle risoluzioni e in modo particolare la disciplina della risoluzione per inadempimento hanno fornito a dottrina e giurisprudenza il paradigma attorno al quale costruire una serie di macroconcetti – quasi una “teoria generale” dello scioglimento del vincolo –, questo è stato tuttavia fonte di più di un equivoco.

Per le ragioni anzidette (e pur con l’arbitrarietà che usualmente distingue ogni scelta tematica), questo contributo sarà dedicato, in via pressoché esclusiva, alla risoluzione per inadempimento. Di fronte ad essa, l’approccio unificante del teorico si fonda usualmente su due 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”.

Prospettiva rimediale ed analisi degli effetti divengono così, nel pensiero teorico moderno e contemporaneo, le due principali chiavi di lettura del fenomeno, le due direttrici lungo le quali condurne l’indagine.

In questa sede, gli ovvi limiti di spazio orientano necessariamente il discorso lungo il primo versante, quello della fattispecie; alla prospettiva delle vicende (e, in particolare, ai doveri restitutori) si dedicheranno soltanto alcuni brevissimi cenni a conclusione dell’analisi.

Nello svolgerla si tenterà di privilegiare una trattazione per problemi, più che un’esposizione per concetti; ma, poiché talune delle assunzioni teoriche più celebri sul nostro tema hanno finito per segnare fatalmente le scelte applicative e i criteri di soluzione dei problemi stessi, non si potrà evitare di farne menzione: anzi, può essere utile intrattenersi sin d’ora sulla più nota tra esse.

2. La risoluzione come rimedio contrattuale e il (falso?) problema del fondamento

L'idea della risoluzione come rimedio contrattuale può dirsi ormai universalmente accolta², anche sulla scorta di una rinnovata attenzione riservata (anche dal giurista continentale) alle forme e tecniche di tutela civile³. E tuttavia, dalla qualificazione rimediale emerge costante, pur se spesso non compiutamente enunciata, l'idea che anche la risoluzione per inadempimento costituisca non solo, o non tanto (com'è ovvio) un rimedio al mancato adempimento della prestazione, quanto piuttosto una forma di reazione ad un "malfunzionamento" del contratto⁴. 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.

Il problema del fondamento 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»⁵. Si va dalla più risalente spiegazione del fenomeno, in termini di «condizione risolutiva sottintesa»⁶, fatta propria dal codificatore del 1865, alla

² 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-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. Sacco*, 3^a ed., Torino, 2004, p. 611 ss.; A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, Artt. 1453-1454, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990, p. 3 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 878 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 febbraio 1985, n. 1531, in *Vita not.*, 1986, p. 1551.

³ 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^a 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 a A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4^a ed., Milano, 2003.

⁴ E ciò anche da parte di chi, come V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 878 s. distingue opportunamente le ipotesi di risoluzione a carattere rimediale, da quelle in cui lo sciogliersi del vincolo risponde a una diversa logica.

⁵ R. SACCO, *I rimedi*, cit., p. 614.

⁶ Chi abbia curiosità antiquarie può ritrovarla negli scritti di L. GALLAVRESI, *La condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali*, T.E.L., 1878, p. 30 ss.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, IV, 4^a ed., Firenze, 1895, p. 205 ss.; L. DIKOFF, *Studio su la risoluzione dei contratti bilaterali secondo l'art. 1165 del cod. civ. it.*, in *Arch. giur.*, 1930,

teoria appena evocata, che fonda la risoluzione per inadempimento su di un «difetto funzionale della causa»⁷; da quella che vi scorge un rimedio volto ad evitare ingiustificati arricchimenti⁸, a 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)⁹; o, infine, alla tesi che descrive la risoluzione come un potere dispositivo-novativo, esercitando il quale il contrente deluso scambierebbe la (realizzazione coattiva della) prestazione dovutagli con la liberazione dal proprio obbligo corrispettivo¹⁰.

Di fronte a tale varietà¹¹, e all'incontrovertibile rilievo secondo cui «la necessità di un rimedio risolutorio per il caso di inadempimento è ovvia, se non ostano interessi della collettività o di terzi»¹², 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»¹³.

Basterebbe, allora, riconoscere pianamente che la risoluzione altro non

p. 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. MES-SINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3^a ed., Milano, 1948, p. 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, p. 75 ss.).

⁷ 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., p. 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, p. 322 ss.

⁸ G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, p. 137 ss.

⁹ È la nota (ed originale) posizione di G. AULETTA, *La risoluzione*, cit., specialmente p. 137 ss.

¹⁰ B. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*, Napoli, 1973, p. 64.

¹¹ 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, voce *Risoluzione del contratto*, I), *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, *ad vocem*, p. 3 s.

¹² R. SACCO, *I rimedi*, cit., p. 616.

¹³ G. SCALFI, voce *Risoluzione del contratto*, cit., p. 3.

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)¹⁴; 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.

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 (artt. 1223-1225)» inidoneo a «salvaguardare la logica dello scambio»¹⁵.

Di qui, il dubbio dell'interprete circa l'utilità di affrontare ulteriormente il problema, piuttosto che sottoscrivere l'opzione agnostica di chi ne sottolinea la sostanziale irrilevanza¹⁶.

Se vi si torna in questa sede è perché, tra le molteplici costruzioni teoriche erette dalla dottrina, la più dura a morire, non ostante critiche insuperabili incontrate già in epoca remota, è proprio quella che, attraverso l'artificio del "*difetto funzionale della causa*" e del "*malfunzionamento del contratto*", 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 giurisprudenza¹⁷; e sorprende che ad essa non riesca a sottrarsi neanche la più recente dottrina¹⁸. 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

¹⁴ L'inquadramento funzionale è quello proposto da A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 15.

¹⁵ A. BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1309. Cfr. oggi U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento: premesse generali*, in U. CARNEVALI-E. GABRIELLI-M. TAMPONI, *La risoluzione*, in *Tratt. Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, VIII**, Torino, 2011, p. 9.

¹⁶ A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 36 ss.

¹⁷ Si confronti, ad es., Cass., 26 ottobre 1985, n. 5277, in *Arch. civ.*, 1986, p. 153.

¹⁸ È il caso di M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Tratt. Contr. Rescigno, I contratti in generale*, II, Torino, 1999, p. 1478. Cfr. anche G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, Artt. 1453-1459, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2007, p. 43 ss.

modesta e realistica) di una «alterazione del sinallagma»¹⁹, 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» corrispettiva²⁰, mostrando così di recuperare il senso di una distinzione, giustamente ritenuta decisiva, da un'opinione autorevole, quasi sessant'anni fa²¹.

A dire il vero, 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 contratto ed azione per l'adempimento (art. 1453, comma 1°), la quale altro non essendo se non una forma di attuazione coattiva della regola privata, non può che presupporre il perdurante "buon funzionamento", sul piano precettivo.

Ci si potrebbe tuttavia chiedere quali siano gli inconvenienti che tale opzione ideale porta con sé: ché, qualora essi fossero di stampo prettamente teorico, non vi sarebbe da preoccuparsi più di tanto. Il fatto, però, è che l'equivoco sul difetto causale – che pure, come illustrato, sembra resistere oggi nella sola costruzione della dottrina – è foriero di almeno un inconveniente decisivo sul piano delle *applicazioni concrete*: e in particolare con riguardo ai rapporti tra disciplina legale della risoluzione e autonomia privata. L'idea di un difetto funzionale, per la contiguità che presenta con l'area presidiata dalla mancanza di causa (e perciò tipicamente sanzionata con la nullità), si traduce infatti in una tendenziale, drastica restrizione degli spazi concessi a un intervento pattizio modificativo del sistema legale.

Ciò che, in un certo qual modo, è agevolato da un altro malinteso, spesso reiterato, cui si è già fatto cenno: si allude all'errore in cui inevitabilmente cade chi unifica un fenomeno – la risoluzione – che appare, nelle sue varie forme, assolutamente eterogeneo e irriducibile ad unità. Perché, infatti, i limiti che l'autonomia privata trova in quest'ambito non sono di

¹⁹ Cass., 1° giugno 2004, n. 10477, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce "Contratto in genere", n. 583; Cass., 4 novembre 2003, n. 16530, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce "Contratto in genere", n. 586; Cass., 15 aprile 2002, n. 5444, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce "Contratto in genere", n. 508; Cass., 7 febbraio 2001, n. 1773 in *Rep. Foro it.*, 2001, voce "Contratto in genere", n. 469. Di un'incidenza delle prestazioni inadempite, «sulla funzione economico-sociale del contratto» parla, in tempi recenti Cass., 17 febbraio 2004, n. 2992, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce "Contratto in genere", n. 585.

²⁰ V., ad es., Cass., 20 agosto 1999, n. 8793, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce "Contratto in genere", n. 558; Cass., 8 novembre 2002, n. 15696, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce "Contratto in genere", n. 514.

²¹ V. il richiamo a F. MESSINEO, *Dottrina generale*, cit., *supra* in nota 6.

certo gli stessi che essa incontra qualora l'intento dei paciscenti sia quello di apportare una modifica convenzionale alla disciplina della risoluzione per impossibilità sopravvenuta o di quella per eccessiva onerosità.

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

3. Risoluzione per inadempimento e autonomia privata

In astratto, l'intervento dei privati sulla disciplina della risoluzione per inadempimento può svolgersi in tre direzioni:

a) può essere volto ad *escludere*, con riguardo al singolo rapporto contrattuale, la tutela risolutoria (c.d. clausola di irresolubilità);

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

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

(a) Sulla c.d. "clausola di irresolubilità" si sono consumati equivoci autorevolissimi²².

V'è stato, ad esempio chi ha sostenuto che essa trasformerebbe l'accordo in due promesse «autonome, sì che esse prendono a comportarsi come se fossero promesse gratuite o dedotte in gioco»²³: tanto che il suo impiego 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».

Tale clausola – ha fatto eco altra parte della dottrina – introdurrebbe «nel contratto un elemento di aleatorietà»²⁴, venendo «a sovvertire la funzione stessa dei contratti a prestazioni corrispettive»²⁵.

²² 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., p. 1309 ss. Di recente, sulla clausola di irresolubilità, L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, p. 193 ss.

²³ R. SACCO, *I rimedi*, cit., p. 616 s., da cui anche le due successive citazioni.

²⁴ G. SCALFI, voce *Risoluzione del contratto*, cit., p. 4.

²⁵ U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento, Artt. 1453-1454*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990, p. 110.

Ora, anche a ritenere che la clausola in questione attenui il rilievo della corrispettività, è altrettanto vero che la promessa reciproca di prestazioni (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 può ammettere, certo, che un tale regime convenzionale di tutela sollevi dubbi in ordine alla sua *efficienza*: dubbi che, tuttavia, difficilmente sembrano utilizzabili per valutare la *liceità* di tale pattuizione²⁶.

Si aggiunga, poi, che l'apposizione della clausola in esame, quand'anche escludesse la possibilità di chiedere la risoluzione, con ogni probabilità 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 lo stesso legislatore mostra di derogare attraverso la figura del *solve et repete*.

Ed è significativo, del resto, 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 validità²⁷.

(b) Quanto all'ipotesi opposta, quella cioè di un patto volto ad escludere non la risoluzione del contratto, ma la possibilità dell'adempimento coattivo, se un semplice indizio può trarsi dall'art. 1244, c.c., valore decisivo deve attribuirsi allo schema del contratto preliminare del quale venga esclusa pattiziamente l'esecuzione in forma specifica (schema disegnato dall'art. 2932, comma 1°)²⁸: da qui si è dedotta la legittimità sia della rinuncia alla tutela esecutiva del credito, anche qualora avvenga in ordine a "obbligazioni diverse da quella di contrarre", sia di una previsione pattizia atta a rendere "automatica" la risoluzione per inadempimento²⁹.

Vero è che, una volta ricostruito il sottoinsieme normativo della risoluzione come un sistema integrato di tutele, e riconosciuto nella scelta concessa al contraente fedele dall'art. 1453 (tra azione di adempimento e risoluzione) l'oggetto di una determinazione discrezionale, il problema della

²⁶ Dubbi, inoltre, che oggi sono per lo meno parzialmente superati dall'introduzione dell'art. 614-bis c.p.c., in tema di coazione indiretta all'adempimento.

²⁷ Cass., 18 giugno 1980, n. 3866, in *Rep. Foro it.*, voce "Contratto in genere", n. 276.

²⁸ G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 48 ss.

²⁹ A. BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 231, nota 124.

disponibilità pattizia dell'una o dell'altra forma di tutela si sdrammatizza decisamente.

(c) Con la stessa logica dovranno giudicarsi le ulteriori ipotesi di intervento dell'autonomia privata, come quelle volte a incidere sulla soglia di importanza dell'inadempimento rilevante (di cui costituisce esempio normativamente ammesso la figura della clausola risolutiva espressa), o quelle dirette a predisporre congegni alternativi di risoluzione del vincolo, capaci di effetti maggiori rispetto a quello legale (com'è per la condizione di inadempimento).

Quel che più importa, comunque, è che, in tutti questi casi, solo superando l'equivoco richiamo al difetto causale dell'atto sarà possibile ricondurre l'analisi al piano che le è proprio: quello delle tutele contro l'inesecuzione delle prestazioni e della connessa disponibilità ad opera delle parti di quelle stesse tutele.

4. *Gli elementi della fattispecie*

Chiuse con ciò le premesse d'ordine teorico, è tempo di avviare l'indagine sulla fattispecie tipica della risoluzione per inadempimento (descritta dal legislatore nella disposizione di cui all'art. 1453, comma 1°, prima parte). Il che significa, in termini operativi, risolvere due problemi:

a) delimitare, da un lato, l'*ambito di applicazione* del rimedio, tradizionalmente fatto coincidere con la categoria della "corrispettività", e dunque chiarire quali siano i contratti (ascrivibili a quella categoria e quindi) risolvibili³⁰;

b) stabilire, dall'altro, quale sia il *presupposto* legittimante l'applicazione del rimedio stesso, ovvero quali siano i caratteri necessari affinché possa dirsi concretato un "inadempimento risolutorio"³¹.

³⁰ Tale coincidenza verrà sottoposta a verifica, nel corso dell'esposizione; per un tentativo in tal senso, si veda B. MARUCCI, *Risoluzione per inadempimento dei contratti non corrispettivi*, Napoli, 2000.

³¹ L'espressione è quella usualmente impiegata dalla dottrina per designare, appunto, quell'inadempimento che presenti requisiti tali da giustificare la pronuncia di risoluzione. Altrettanto usuale, in giurisprudenza, è la descrizione, nei termini riprodotti nel testo, della fattispecie costitutiva del diritto di risolvere il contratto per inadempimento: «la stipulazione di un contratto a prestazioni corrispettive e l'inadempimento di uno dei contraenti sono, ai sensi dell'art. 1453 c.c., i *fatti costitutivi* del diritto dell'altro contraente ad ottenere la risoluzione del contratto» (così, per tutte, Cass., 12 ottobre 2000, n. 13598, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce "Contratto in genere", n. 560, corsivo aggiunto).

A questi due temi sarà dedicata la parte centrale del nostro discorso (salvo tornare in chiusura, come già annunciato, all'analisi degli effetti, e delle restituzioni in particolare).

5. La nozione di “corrispettività”: la storia del concetto

La tendenziale corrispondenza tra area della corrispettività e ambito applicativo della risoluzione parrebbe, a prima vista, un dato incontroverso: in realtà, come si avrà modo di constatare, il rapporto tra contratti a prestazioni corrispettive e rimedio risolutorio rivela quanto meno due profili di ambiguità:

– da un lato, per il rischio di indurre una circolarità nel ragionamento, come accade a chi, dopo aver precisato che la risoluzione si applica alla categoria dei contratti sinallagmatici, finisce poi per individuarne le figure tipiche in quei contratti ai quali ... si applica la risoluzione³²;

– dall'altro lato, perché, se è vero che la corrispettività tra prestazioni contrattuali delimita il primo (e più sicuro) ambito di operatività del rimedio risolutorio, non è impossibile individuare una zona ulteriore e “circo-costante” quell'ambito, alla quale estendere in parte l'applicazione del rimedio stesso, in conformità del resto a un'indicazione inequivoca fornita già dal legislatore con la norma di cui all'art. 1468³³.

È senza dubbio opportuno, nell'affrontare l'analisi della nozione di corrispettività, muovere dalla storia: e dunque dal lungo cammino che quella nozione ha percorso a cavallo delle codificazioni e per impulso dell'elaborazione teorica.

La storia del concetto, che potremmo intitolare “*dalla bilateralità all'interdipendenza*”, inizia proprio dal “*contratto bilaterale*”: ovvero, secondo la definizione dell'art. 1099 del codice abrogato, quello in cui i contraenti «si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri» e nel quale, in forza dell'art. 1165 dello stesso codice, deve ritenersi sottintesa una condizione ri-

³² L'equivoco è presente, ad es., in A. PINO, *Il contratto a prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, p. 145 e, sia pure con accenti più sfumati, in E. DELL'AQUILA, *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 854.

³³ Si confronti, sin d'ora, il successivo paragrafo 9; senza contare che le stesse norme dedicate alla risoluzione rappresentano certo il principale, ma non unico, riferimento espresso alla categoria della corrispettività: anche a trascurare le indicazioni ricavabili dalla disciplina della rescissione (che comunque la dottrina tradizionale ascrive al novero dei rimedi sinallagmatici), si veda solo il dato fornito, in tema di cessazione del contratto, dall'art. 1406.

solutiva «pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione».

Il codice del 1865, in diretta derivazione dal *Code civil* e dall'anteriore elaborazione teorica di Domat e Pothier, accoglieva la nozione di *bilateralità*, intesa come reciprocità di obbligazioni derivanti dal contratto e, dunque, fondata su di un criterio *formale* (di analisi degli effetti giuridici), pur affiancandovi quella di onerosità, basata invece sulla considerazione dei rispettivi vantaggi e sacrifici, e quindi sul criterio *sostanziale* (della reciprocità degli oneri patrimoniali).

Si tratta di nozione che si era rivelata da subito angusta per lo stesso codice che l'aveva consacrata, se è vero, come denunciato già in tempi remoti, che essa tagliava fuori dall'area della risoluzione il contratto traslativo; e ciò appare tanto più singolare per il legislatore del *Code*, che, pur segnando la svolta epocale del riconoscimento del consenso traslativo, rimaneva poi legato all'idea della bilateralità tra *obbligazioni* quale presupposto per l'operare della risoluzione (in realtà, anche questa fase della vicenda normativa scontava il peso condizionante della pregressa elaborazione teorica: la conservazione della categoria del contratto bilaterale nel codice francese si comprende *de plano*, rilevando come al pensiero di Robert-Joseph Pothier restasse sostanzialmente estranea l'idea di un contratto produttivo di effetti diversi da quelli obbligatori).

In un modo o nell'altro, comunque, la reciprocità *tra obbligazioni*, accolta dal codificatore italiano del 1865 come criterio delimitante l'operatività del rimedio risolutorio, incontrava una serie di critiche autorevolissime proprio per la restrizione dell'ambito cui conduceva, ad opera di Mario Allara, Ludovico Barassi, Giuseppe Deiana, e soprattutto (dalle pagine del *Nuovo Digesto Italiano*) di Giuseppe Osti.

In continuità a tale critica (come è dato rilevare da più di un passo della Relazione ministeriale) il codice del '42 sostituisce al contratto bilaterale il contratto *con prestazioni corrispettive*: nell'evidente intento di riaprire la portata semantica del sostantivo, che si distacca finalmente dalla dimensione ristretta segnata dall'(oggetto dell')obbligazione, per consentire riferimenti, via via più ampi, a concetti quali l'attribuzione patrimoniale o, addirittura, l'arricchimento largamente inteso.

A dire il vero, al di là della formulazione lessicale (che rivela l'influsso del corrispondente tedesco della *Gegenleistung*), anche in questa occasione il progresso normativo rischiava di essere vanificato da una certa resistenza della dottrina, che faticava ad abbandonare le classificazioni tradizionali, e tenta in un primo tempo di sostenere l'equivalenza delle due nozioni. Ma si tratta di tentativo abbandonato ben presto: basterebbe, a tal proposito, mettere a confronto le opposte opinioni espresse da Francesco Mes-sineo nella 3^a edizione della sua *Dottrina generale del contratto*, del 1948, e