

ECCEZIONE (SOSTANZIALE) DI RISOLUZIONE E DINTORNI: APPUNTI PER UNA NUOVA MAPPATURA DEI RIMEDI RISOLUTORI

| 86 Di Stefano Pagliantini

Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi (Stefano Pagliantini)

SOMMARIO: 1. *Premessa: traccia per un problema.* – 2. *L’eccezione sostanziale di risoluzione in tre riletture dell’art. 1453.* – 3. *Prima fattispecie: inadempimento grave, eccezione di risoluzione e perdita del diritto al corrispettivo.* – 4. *Seconda fattispecie: il rifiuto dell’adempimento tardivo che solleva dalla domanda riconvenzionale di risoluzione.* – 5. *Il primato della risoluzione per atto unilaterale nei contratti di durata.* – 6. *Inadempimento essenziale e dichiarazione stragiudiziale di risoluzione: il discutibile rimando ad una tutela dell’affidamento.* – 7. *Segue: il recesso dal contratto per inadempimento nella cornice di cinque (nuovi) argomenti.* – 8. *Epilogo in quattro punti: risoluzione unilaterale ed idola fori.*

1. Premessa: traccia per un problema.

Mentre il combinato disposto degli artt. 1442, comma 4 e 1449, comma 2 c.c. contempla la figura di un annullamento e di una rescissione opponibili in via di eccezione, notoriamente nulla di simile si legge nella trama degli artt. 1453 ss. c.c. È vero che l’art. 1495, comma 3, c.c., per il caso di vizi occulti, recita di un’azione redibitoria prescritta entro un anno dalla consegna con un acquirente, il quale non abbia corrisposto il prezzo, legittimato, se nel frattempo la *res tradita* sia perita in conseguenza dei vizi, ad opporre la risoluzione in via di eccezione “purché il vizio della cosa sia stato denunciato entro otto giorni dalla scoperta e prima del decorso dell’anno dalla consegna”: Cass. 5226/1998 e Cass. 545/1985¹, al riguardo, non danno adito a dubbi e,

tuttavia, potrebbe sempre notarsi che si è al cospetto di una norma *speciale* com’è d’altronde per la fattispecie che si legge d’altronde nell’art. 1667, comma 3, c.c., a proposito dell’eccezione opponibile dal committente, convenuto per il pagamento del prezzo, nel caso di difformità o di vizi occulti dell’opera appaltata, di nuovo purché la denuncia sia avvenuta entro 60 giorni dalla scoperta e “prima che siano decorsi i due anni dalla consegna”². A mo’ di argomento dirimente, stando almeno all’opinione che va per la maggiore³, si adduce poi solitamente il rilievo

sull’utilizzo dell’eccezione c.d. di inadempimento per ovviare ai vincoli limitanti la garanzia per i vizi.

² V., tra le altre, Cass. 17 maggio 2004, n. 9333, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 856 ss. e Cass. 18 dicembre 1999, n. 14284, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Appalto*, n. 52.

³ In luogo di tanti, ma in maniera *tranchant*, CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in CARNEVALI – E. GABRIELLI – TAMPONI, *La risoluzione*, in *Tratt. Bessone*, XIII, Torino, 2011, 38 e 41 s.; ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, Padova, 2003, 21 ss.; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011², 520; DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Tori-

¹ Nel dettaglio Cass. 26 maggio 1998, n. 5226, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Vendita*, n. 63 e Cass. 30 gennaio 1985, n. 545, *ivi*, *Rep.*, 1985, voce *cit.*, n. 83. Ma v. pure Cass. 3 febbraio 2000, n. 1168, in *Giur. it.*, 2000, 1804, con nota di C.M. SCISO, *Una identità difficile: la garanzia per i vizi della cosa venduta*,





che la figura di un'eccezione sostanziale di risoluzione urta col principio di una rigorosa tassatività delle fattispecie di risoluzione c.d. di diritto in virtù della regola, contenuta nell'art. 1453 c.c., che vuole la risoluzione per inadempimento improntata al *monopolio* di una domanda giudiziale prodromica ad una sentenza di tipo costitutivo⁴. Ergo, non foss'altro per un elementare ragione di fedeltà ad una nomenclatura normativa inequivocamente binaria⁵, dovrebbe così già a monte escludersi che, almeno *de iure condito*, sia configurabile una risoluzione stragiudiziale atipica. L'obiezione che all'interprete verrà subito istintiva, perché l'inadempimento definitivo è assoggettato all'onere di una risoluzione per via giudiziale quando di diritto può sciogliersi un contratto per un inadempimento grave ma non radicale?, da sola purtroppo è claudicante, se preliminarmente non si chiarisce a quale genere, *assiologica* o *tecnica*?, la lacuna riscontrata appartiene. Per altro, la coppia argomentativa testé richiamata lascia intuire come l'interpretazione corrente dia almeno per sottinteso il delinearci qui della prima delle due, troncando così sul nascere il discorso, se è vero che una lacuna assiologica, in quanto espressiva di una precompressione valutativa opposta a quella su cui si è incistata la scelta regolativa del legislatore, non è acconcia a tradursi «nella lacuna tecnica necessaria all'applicazione analogica»⁶. Dunque, ed *a fortiori* verrà da dire di riflesso, nessuna eccezione sostanziale di risoluzione, il cui fatto costitutivo stia nell'inadempimento, ma soltanto, fuori dagli artt. 1454, 1456 e 1457 c.c., un potere di azione costitutiva (*Gestaltungsklageanspruch*)⁷. L'immagine di

una fattispecie risolutoria *incompleta* fin quando non sopraggiunga una sentenza, colla domanda giudiziale di rimando rappresentata alla stregua di una «frazione»⁸, sintetizza al meglio il convincimento di un sistema codicistico che si vuole modellato su di una risoluzione giudiziale quale *regola*.

Orbene, il fatto è che qualche voce dottrinale discorde in realtà la si incontra al cospetto per giunta, come si avrà modo tra breve di rilevare, di un contesto giurisprudenziale riservante più di una sorpresa all'interprete che, spesso sovrastimando la portata del divieto di privata autotutela⁹, non indugi su formule preconcrete, trascurando altresì i costi di *ineffettività rimediabile* connessi ai lunghi tempi del processo. A mo' di avvertenza iniziale, nonostante il dato sia spesso taciuto o frainteso, va poi rammentato che l'art. 1372, pur a volerne fare una *norma principio* alla mengoniana maniera¹⁰, recita non già di un contratto che può essere sciolto «nei soli casi ammessi» bensì per «cause ammesse» dalla legge: di talché non è affatto vero che le norme sulla risoluzione siano contrassegnate dallo stigma dell'eccezionalità.

Ma conviene procedere gradatamente.

2. L'eccezione sostanziale di risoluzione in tre riletture dell'art. 1453.

In un rigoroso studio, di qualche anno fa, dedicato alle azioni di impugnativa negoziale¹¹, la figura di una risoluzione per atto unilaterale è stata, per la verità, finemente abbozzata muovendo dalla lettera dell'art. 1444, comma 2 c.c.: come questa disposizione legittima, si fa notare, chi potrebbe annullare a rifiutare stragiudizialmente l'adempimento intimato, sennò convaliderebbe tacitamente il contratto dandogli esecuzione, così vi sarebbe modo di rita-

no, 2009, 201 ss.; IORIO, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, Milano, 2012, 21 ss.; GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2009¹⁴, 1025 mentre, per la letteratura pregressa, per tutti, G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 398 ss. e 407 s. e SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, 105 s.

⁴ V., per tutti, CONSOLO, *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 299 ss.. Successivamente nelle *Spiegazioni di diritto processuale civile, I. Le tutele di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2012², 113 s., l'illustre a. annovera la risoluzione ex art. 1453 tra le figure emblematiche di situazioni potestative ad attuazione giudiziaria.

⁵ Di una risoluzione o di un contratto risoluto «di diritto» recitano perentoriamente gli artt. 1454, 1456, 1457, a fronte di un art. 1453 ove campeggia l'antitetica espressione di un contraente che «può ... chiedere la risoluzione»: è l'argomento sul quale batte, principalmente, CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit. 42. E v. pure P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 62 s.

⁶ Così CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 51.

⁷ O, come chiosa CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit. 42, l'espressa previsione di una domanda giudiziale, salvo le fattispecie legali di accertamento, cozza irriducibilmente «con l'idea di un potere sostanziale di risoluzione *self-executing*».

⁸ Così CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2014, 251 e 255 (nt. 338).

⁹ Che la giudizialità della risoluzione, almeno nella figura epinima dell'art. 1184 *code civil*, tragga pure linfa da questo assunto, transitando poi nell'ordinamento italiano del 1865, lo evidenzia, già da par suo, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I*, cit. 114. Per una storicizzazione del problema, muovendo da un'attenta disamina critica delle opere di Domat prima e di Pothier poi, v. adesso DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 72 ss. L'abbozzo di un'intelligente rilettura del sistema, incline a valorizzare gli spazi interpretativi per uno scioglimento in via di atto unilaterale, v. PADOVINI, *Scioglimento unilaterale del vincolo fra recesso e impugnazione del contratto nella proposta di diritto comune europeo della vendita*, in *Giust. civ.*, 2014, 497 e 501.

¹⁰ In *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, ora in *Scritti, I*, a cura di Castronovo – Albanese – Nicolussi, Milano, 2011, 241.

¹¹ V. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, 340 ss.

gliare, insorto un inadempimento grave ex art. 1455 c.c., un potere di rifiuto del contraente c.d. fedele avente la natura bivalente di fatto impeditivo (della propria prestazione) ed estintivo (del contratto): nel potere di rifiutare l'esecuzione della propria obbligazione ne è implicito uno di scioglimento, si osserva, per la ragione che, se l'inadempimento inveratosi è insanabile, chi oppone l'eccezione non ha come intendimento di sospendere la prestazione ma esprime irretrattabilmente la volontà di liberarsi dagli effetti di un contratto divenuto *inutile*. L'eccezione di risoluzione, questa la chiosa dell'autrice, «costituisce dunque l'anello di congiunzione tra eccezione di inadempimento, diffida ad adempiere e domanda principale o riconvenzionale di risoluzione»¹². Per inciso, e come si vedrà, già la declinazione giurisprudenziale sull'onere probatorio quanto alla non scarsa importanza dell'inadempimento (art. 1455), presupposto che talora si vuole rilevabile officiosamente o *in re ipsa*¹³, si presta ad incanalare il discorso lungo delle coordinate prodromiche al darsi di una risoluzione *self executing*, figura tutt'altro che traducibile in un'illusione ottica imputabile alla circostanza che la legge codifica ex art. 1453 un'ipotesi di «*disponibilità del rimedio*»¹⁴.

Ora, l'argomento che contraddice la suddetta impostazione riposa evidentemente nella circostanza che il disposto dell'art. 1460 formalizza sì un'eccezione di inadempimento ma avente natura dilatoria e non già perentoria, tanto che è vero che codesta *exceptio* non consuma il diritto di chi la eserciti di domandare successivamente l'adempimento alla controparte. E tuttavia, al netto di questo rilievo, c'è del vero in una (fine) ricostruzione che consente di ipotizzare, al prodursi di un inadempimento essenziale o radicale, una forma potestativa, *innominata* piuttosto che atipica la si dirà però¹⁵, di recesso dal contratto, alternativo alla diffida e concorrente alla risoluzione *ope iudicis* dell'art. 1453. Ribattere da subito che il canovaccio descritto stilizza semmai la ben diversa figura di un *contratto risolubile ma non risolto* sarebbe esiziale

in quanto verrà facile ribattere che qui la fattispecie di produzione dell'effetto risolutivo è proprio nell'eccezione atteso che, se il giudice acclara il ricorrere di un inadempimento grave, la sentenza che segue è di accertamento dichiarativo e non costitutiva della risoluzione¹⁶.

Nella letteratura più recente, il motivo di un effetto liberatorio per recesso torna, per la verità, nel denso scritto di una dottrina che, fedele ai dettami dell'*EAL*¹⁷, ha proposto di rileggere l'art. 1453 declinandolo come una disposizione che, lungi dal formalizzare l'onere, per il contraente che voglia risolvere il contratto, di domandarlo giudizialmente, verrebbe piuttosto a declinare *vincolativamente* il rapporto tra risoluzione ed azione di condanna, restituendo così l'immagine di una risoluzione *costitutivamente giudiziale* soltanto se il contraente c.d. fedele ha pure interesse all'appendice di una condanna risarcitoria e restitutiva, ritagliando così lo spazio per un recesso se chi lo comunica ha viceversa interesse al *solo* effetto liberatorio. Il che, detto per il momento di passata, coglie senza dubbio nel segno, pur dovendosi notare, in una maniera evidentemente più sofisticata, che già così però si poteva concludere riconoscendo che la *risoluzione* formalizza in senso stretto l'esercizio di un potere dispositivo – novativo, nella nota formula di una vicenda acquisitiva (l'effetto liberatorio) abbinata contestualmente ad una estintiva (la perdita del diritto di credito)¹⁸: donde poi, al delinearci di un inadempimento definitivo, il suo prodursi anche per atto unilaterale, nella veste di un rifiuto di adempiere o di una dichiarazione stragiudiziale di recesso. *Scambio* del diritto alla prestazione promessa con una «attribuzione diversa consistente ... nell'acquisto della liberazione», questo e null'altro, nella concettosa prospettiva richiamata, è la *risoluzione*: il risarcimento dei danni ottimizza in realtà un potere dispositivo che il creditore non inadempiente, in virtù del contesto circostanziale insorto, già può reputare «più soddisfacente del conseguimento della prestazione dovutagli o del suo equiva-

¹² Così PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit. 342.

¹³ V. Cass. 20 luglio 2007, n. 16084, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Contratto in genere*, n. 555; Cass. 28 marzo 1995, n. 3669, *ivi*, *Rep.*, 1995, voce *cit.*, n. 484 nonché Cass. 6 marzo 2012, n. 3477, *ivi*, *Rep.*, 2012, voce *cit.*, n. 480: non un falso problema, com'è invece abituale dire, quanto e piuttosto lo spunto sintomatico rivelatore di una razionalizzazione semplificatrice delle Corti, propense a distinguere in ragione dell'intento che anima chi agisca per sciogliersi dal contratto. V. comunque *infra*, § 4, testo e nt.

¹⁴ Così, invece, DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003⁴, 372 (c. vo nel testo).

¹⁵ Perché non contemplata a livello di nomenclatura legislativa ma non sconosciuta all'ordinamento.

¹⁶ Adombra una soluzione di siffatto tenore PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013, 46 e 111.

¹⁷ V., corredato di un'interessante digressione storica e comparatistica, DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit. 40 ss.

¹⁸ Resa icasticamente, nel segno di un potere di disposizione novativa alla maniera foggata da CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione "novativa" del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, 154 ss., discorrendo di una parte adempiente la quale «per acquistare deve perdere», da B. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, Napoli, 1973, 46 (c. vo nel testo).





lente»¹⁹. Insomma, l'appendice risarcitoria/restitutiva è un *posterius* eventuale di un interesse dispositivo – novativo il cui risultato può ben assumere la veste di una condotta unilaterale del creditore (non inadempiente).

Una piccola chiosa a mo' di intermezzo.

Il dato che due prospettive metodologicamente così distanti si trovino a collimare non deve sorprendere: viene fatto invero di pensare che la concordanza descritta scaturisca principalmente dalla circostanza che entrambe intuiscono la precomprensione sviante sottesa all'interpretazione corrente dell'art. 1453, una precomprensione annidata specificamente nell'idea che il monopolio giudiziale della risoluzione, fuori dei casi tassativi di legge, preservi quel valore per cui *pacta sunt servanda* che il recesso, per contro, appannerebbe²⁰. Il pensiero inesperto che tutto tiene starebbe, dunque, nell'art. 1372 c.c., se non fosse che il primato del suddetto valore postula che il diritto alla prestazione *fagociti* quello alla risoluzione; il che, se si può (forse) ancora dire per un modello francese dove, per effetto dell'accoppiata adempimento in pendenza della domanda di scioglimento e termine di grazia, il rimedio manutentivo fa degradare la vicenda risolutoria a tecnica di tutela *residualmente eccezionale*, mal si adatta per contro ad un sistema italiano del 1942 che “commercializzò”, per così dire, il calco francesizzante di cui all'art. 1165 del codice previgente. In senso contrario non varrà, al riguardo, controplicare, come si legge da ultimo in un interessante studio²¹, notando che la subalternità della risoluzione alla conservazione del valore *contratto* è implicita nell'aver eletto, a fondamento della legittimazione a risolvere, un *inadempimento qualificato* (art. 1455), col risultato di un contratto normativamente assoggettabile alla sola azione di manutenzione e/o ai danni fin quando l'inadempimento sia invece *semplice*²²: il che, la deduzione a questo punto verrà da sé, osterebbe per principio ad una *risoluzione in autotutela*, in quanto sospetta di dare corpo ad una finalità speculativa contingente

dell'intimante. Verrà infatti facile il contrappunto che la suddetta critica non sparglia atteso che l'eventuale figura di un'eccezione o di un recesso risolutivi supporrebbero per acquisite e/o comunque per rispettate le condizioni minime di risolvibilità *ex lege* del contratto, senza dunque vulnerare l'effettività di un vincolo contrattuale per il quale non c'è dubbio che la legge abbia coniato una «graduazione dei rimedi»²³. Col che l'interrogativo d'apertura, il combinato disposto degli artt. 1453, c. 1 e 2908 c.c. è di ostacolo ad una risoluzione per atto unilaterale, quando l'inadempimento occorso abbia compromesso l'operazione economica, in virtù di un principio di *stretta legalità*?, rimane evidentemente ancora tutto da compulsare.

Ma è tempo di passare allo spoglio di un (mis)conosciuto materiale giurisprudenziale, frammentario sì epperò mai puramente rapsodico od ispirato alle esigenze contingenti di giustizia del caso concreto.

3. Prima fattispecie: inadempimento grave, eccezione di risoluzione e perdita del diritto al corrispettivo.

A) *prima fattispecie*, allogata nell'area delle prestazioni di *facere*.

Recitano, la citazione è qui limitata ai due *leading cases*, Cass. 8033/1993 e Cass. 5928/2002²⁴: il professionista, che abbia negligenzemente prestato il servizio promesso, *perde* il diritto al compenso per effetto del rifiuto opposto dal cliente deluso. La narrativa delle fattispecie decise spazia dal progetto di ristrutturazione di un immobile difforme dal piano urbanistico al mandato professionale esercitato con un'imperizia che abbia compromesso il risultato dedotto in obbligazione. Le Corti francesi che, maneggiando creativamente l'eccezione *non adimpleti contractus*, ammettono una risoluzione stragiudiziale subordinata alla gravità dell'inadempimento imputabile alla controparte, non presentano vicende e recitativi dissimili²⁵.

¹⁹ Così GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, cit. 47.

²⁰ Nella dottrina italiana coglie il punto DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti: appunti da una ricerca*, ora in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, 640 – 642 mentre, in quella francese, gli fa eco GHESTIN, *La résolution pour inexécution (en droit français)*, in *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*, a cura di Vacca, Torino, 1999, 115 s. Sugli sviluppi del modello francese v. però *infra* § 3 e § 7, ivi testo e note.

²¹ V. MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, Napoli, 2013, 9 ss.

²² L'argomento è un *τόπος* della letteratura sulle *rationes* della risoluzione: v., almeno, ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 55 ss. e già DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 427.

²³ Così CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit. 23 e TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit. 66.

²⁴ *Per estenso* Cass. 19 luglio 1993, n. 8033, e Cass. 23 aprile 2002, n. 5928, consultabili rispettivamente in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Professioni intellettuali*, n. 77 ed in *Danno e resp.*, 2003, 754 ss. Il loro canovaccio argomentativo è poi riprodotto in almeno due decisioni successive: v. Cass. 27 luglio 2007, n. 16658, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Professioni intellettuali*, n. 168 e Cass. 26 febbraio 2014, n. 4781, (inedita) nonché in una serie articolata di pronunce di merito, tra le quali, v. almeno App. Bologna, 18 maggio 2004, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 378.

²⁵ I *leading cases* sono Cass. 1^{ère} civ., 13 ottobre 1998, in *RTD civ.*, 1999, 394; Cass. 1^{ère} civ., 20 febbraio 2001, ivi, 2001, 363 ss. e Cass. 1^{ère} civ., 28 ottobre 2003, ivi, 2004, 89 ss., seguite da

La replica, ovviamente, verrà istintiva: un'*exceptio inadimpleti contractus*, opposta ad un inadempimento definitivo perché la prestazione si rivela ormai *inutile*, è affetta da una contraddittorietà manifesta in quanto l'art. 1460 c.c., come si diceva, contempla un rimedio in autotutela di tipo sospensivo, reagente sì ad un mancato adempimento ma a mo' di induzione dilatoria ottimizzante la successiva esecuzione di una controprestazione ancora *possibile*²⁶. Il che –evidentemente– è esatto ma non persuasivo per la ragione che qui svia finisce per essere il *nomen* del recitativo giudiziale, questa c.d. eccezione di inadempimento palesandosi in realtà, nel lessico della Corte, come il rimedio che *fonda* il rigetto dell'azione di esatto adempimento intentata dal professionista negligente: il tutto sul sottinteso che il creditore deluso, se non ha più interesse ad una controprestazione divenuta inservibile, possa a pieno titolo liberarsi senza un qualche costo della propria. Eccezione sostanziale di risoluzione, dunque, ad effetto estintivo immediato, per lo meno tutte le volte in cui l'esiguità degli eventuali acconti versati inducano il creditore a non perseguire la via del risarcimento danni, di solito coltivata *separatamente* per contro, giusta una previsione edittale che la fa salva "in ogni caso" (art. 1453, c. 1), nell'ipotesi opposta²⁷.

Sic stantibus rebus, va da sé allora che non è tanto un problema di inadempimento causante «*ipso iure* l'estinzione dell'altra [prestazione]», con un art. 1460 riconfezionato alla stregua di un «rimedio criptorisolutorio»²⁸: è che la risoluzione, quando interessa *in purezza*, può assumere la forma manifestativa di un recesso per giusta causa, sull'assunto conclamato che, di là da una pretesa finalità afflitti-

va per la controparte²⁹, l'interesse che muove l'eccepiente guarda allo spogliarsi *tempestivamente* di un vincolo divenuto inappagante³⁰, col momento della sanzione messo così in ombra da una *scelta* in autotutela.

Cass. 4781/2014, sull'errore professionale dell'avvocato per la mancata impugnazione di una sentenza dichiarante l'estinzione del processo³¹, rideclina la stessa sequenza, senza per la verità che la recentissima Cass. 6886/2014, nonostante una massima equivoca, ne decampi: l'inadempimento grave del professionista, nota la Corte in motivazione³², di solito gli fa perdere definitivamente il diritto alla controprestazione per effetto di un'*exceptio* opposta dal creditore (deluso) della prestazione tipica, solo che l'*exceptio* nella specie era inutile perché spuntata rispetto agli ingenti costi di ripristino necessari per ovviare ai segni di rovina dell'edificio malamente ristrutturato. Il che, senza troppe perifrastiche, testimonia allora come sia la *vis attractiva* del risarcimento, e qui potrebbero tornare utili gli arresti pronunciati in tema di vizi dell'opera appaltata³³, ad innescare quella *giudizialità* di una vicenda risolutoria altrimenti affidabile ad un'estinzione senza il medio di un processo, per l'inutilità di compulsare all'adempimento chi si è mostrato inaffidabile. Il controargomento che si è soliti dedurre, un'eccezione sostanziale di risoluzione produttiva di un effetto estintivo immediato *onera* il professionista negligente pure della perdita connessa alla mancata restituzione della prestazione (malamente) eseguita, è in realtà perdente: e non soltanto perché il valore del servizio prestato sarà il più delle volte nullo³⁴. Può infatti pensarsi, mancando nella specie un titolo giudiziale assecondante la sua pretesa restitutoria, ad un recupero dell'eventuale utilità economica perduta ricorrendo ad un'azione di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c.

un nugolo di arresti conformi: esemplificativamente v. Cass. com. 7 aprile 2010, in *RDC*, 2010, 1213 ss.; Cass. com. 10 febbraio 2009, in *RTD civ.*, 2009, 318 e Cass. com. 18 novembre 2008, in *RDC*, 2009, 484. In dottrina, seppur critico su di una *sérieuse déformation* dell'eccezione *de qua*, v. GHESTIN, *La résolution pour inexécution (en droit français)*, cit. 120, mentre una propensione a leggere adesivamente la regola giurisprudenziale si incontra negli scritti di AYNÈS, *Le droit de rompre unilatéralment: fondement et perspectives*, in *Droit et patrimoine*, 2004, 64 ss. e di ROCHE – DAHAN, *L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique*, in *D., Chron.*, 1994, 255 ss. A livello monografico, una confutazione serrata di questo orientamento, sull'assunto (discutibile) che la compressione del momento giudiziale ridonderebbe a danno dell'inadempiente, è in GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, 2007, 375 ss.

²⁶ È questo, compendiandolo, il nucleo dell'osservazione critica di A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, Artt. 1460 – 1462, *Comm. Schlesinger*, Milano, 2011, 46 ss.

²⁷ Particolare (significativo) che puntualmente nota CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit. 36 s.

²⁸ Così BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit. 49.

²⁹ Secondo la notissima interpretazione messa a punto da AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit. 137 ss. e 160 ss., per la cui confutazione, v. però GRASSO, *Risoluzione del contratto ex art. 1453 c. c. e "sanzione" per l'inadempimento*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 270 ss., spec. 272.

³⁰ Come ben chiarisce CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit. 8.

³¹ V. Cass. 26 febbraio 2014, n. 4781 nonché, in precedenza, tra le Corti di merito, Trib. Roma, 9 febbraio 2010, n. 2898, in *Guida al dir.*, 2010, fasc. 26, 100.

³² V. Cass. 24 marzo 2014, n. 6886, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Professioni intellettuali*, n. 91.

³³ V. Cass. 17 aprile 2012, n. 6009, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Appalto*, n. 64 e, prima ancora Cass. 17 aprile 2002, n. 5496, *ivi*, *Rep.*, 2002, voce cit., n. 47, entrambe sulla persistenza del credito del professionista, quale compenso per l'attività espletata, nel caso il committente si sia limitato a presentare un'autonoma domanda risarcitoria.

³⁴ V. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit. 54.



4. Seconda fattispecie: il rifiuto dell'adempimento tardivo che solleva dalla domanda riconvenzionale di risoluzione.

B) *seconda fattispecie*: il rifiuto opposto all'adempimento tardivo da un contraente c.d. fedele che non abbia ancora proposto la domanda di risoluzione. È vero che, al riguardo, difetta un qualche arresto che riconosca *apertis verbis* ad un siffatto diniego un effetto ablativo, al cospetto per giunta, si dirà, di un dato edittale che, dettando una preclusione all'adempimento soltanto *dopo* la domanda, finisce *a contrario*, verrà fatto di notare, per corroborare la legittimità di una prestazione tardiva offerta spontaneamente *prima* che sia stata notificata all'inadempiente la domanda di risoluzione. E tuttavia un corposo avallo obliquo alla figura di un rifiuto definitivo di stampo demolitorio lo si incontra nel dispositivo di quelle S.U. 6224/1997 le quali hanno sentenziato, senza che la giurisprudenza successiva le abbia per la verità mai disattese³⁵, la legittimità dell'eccezione opposta dal promittente venditore ad un promissario acquirente che aveva domandato il trasferimento coattivo della *res* ex art. 2932 c.c., offrendo tardivamente il prezzo³⁶: per la Corte un inadempimento grave ex art. 1455 funge da fattispecie costitutiva di un *diritto alla risoluzione*, diritto che, se l'adempimento tardivo fosse sempre ammissibile, diventerebbe virtuale, potendo il debitore metterlo in non cale³⁷. Ergo, il contraente c.d. fedele può legittimamente rifiutare la prestazione offerta con grave ritardo e la suddetta eccezione è *autosufficiente* in quanto l'opponente è *sollevato* dall'onere di una domanda riconvenzionale di risoluzione. Domanda: che cos'è un rifiuto, opposto alla controparte offerente, se non un'eccezione di risoluzione la quale, se non contraddetta, *libera* dal contratto al di fuori del processo? Pure chi la contesta, riconosce che l'ammissione di un'*exceptio* del contraente fedele convenuto, ad un tempo *paralizzante* la domanda di adempimento di un debitore che già si è visto rifiutare la prestazione tardiva, e *titolo* per il rigetto della domanda dell'attore, nella sostanza avvalorare l'idea di un diritto vivente che maneggia pa-

cificamente «[un']eccezione di risoluzione»³⁸. Notare che il convenuto in adempimento qui oppone un *fatto impeditivo* e non *estintivo* sarebbe sterile perché il recitativo delle S.U. allude scopertamente ad un diritto potestativo di scioglimento, quando penda una domanda di manutenzione del contratto, sì *endoprocessuale* ma non affidato al medio di una *sentenza costitutiva*. Il punto infatti è appurare se l'inadempimento denunziato sia grave ex art. 1455, nient'altro: e la circostanza che la suddetta gravità funga da titolo per la risoluzione dimostra come per le S.U. sia annoverato dalla legge «*un altro modo di provocare l'estinzione dell'obbligazione*»³⁹, modo affidato, ecco come va completata l'intuizione di questa dottrina, ad una *scelta di convenienza* della parte fedele. È d'altronde il *leit motiv* di queste pagine: la rilettura giurisprudenziale dell'art. 1453, comma 3, all'insegna di un rifiuto che può presentare il doppio *vestmentum* di una domanda riconvenzionale o di un'eccezione di risoluzione è espressione, in realtà, di una ragione pragmatica oculatamente recettiva del *duplice interesse* canalizzante l'agire di un contraente c.d. fedele il quale, di massima, si limiterà ad opporre un'eccezione/difesa quando non avrà in precedenza eseguito la propria prestazione. Sottinteso, ma attenzione è qui che si annida la scriminante del ragionamento, è il darsi di un suo *totale o parziale adempimento* il fatto che di solito innesca un interesse alla manutenzione (del contratto) o a quell'obbligazione restitutoria che soltanto un titolo risolutorio giudiziale può rendere operante. La simmetria colla fattispecie descritta *sub a*) è palpabile, un'*inerzia* indotta dalla mancanza di un qualche interesse ad agire giudizialmente, senza però trascurare il gemellaggio assiologico che di rimando si instaura con quelle (controverse) decisioni legittimanti, chi si è visto rigettare nel merito o in rito la domanda di risoluzione, ad intraprendere un nuovo giudizio per l'adempimento⁴⁰, sentenze la cui cifra distintiva sembra condensabile nel rilievo di ritagliare un *minimo* di tutela ad un attore il quale, per le ragioni di cui si diceva, se ha domandato una risoluzione senza riserve, tendenzialmente avrà eseguito la propria prestazione: sicché, essendo ormai impossibilitato a pretendere la restituzione di

³⁵ Come segnala puntualmente DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit. 50 ss.

³⁶ *Per estenso* v. Cass. sez. un., 9 luglio 1997, n. 6224, si legge in *Giust. civ.*, 1998, I, 825 ss., con nota di L. PICARDI, *Rifiuto dell'adempimento tardivo e risoluzione del contratto*. Nella giurisprudenza successiva, iterativamente, v. Cass. 5 settembre 2006, n. 19074, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 509 ss., con nota di DELLACASA, *Offerta tardiva della prestazione e rifiuto del creditore: vantaggi e inconvenienti di una risoluzione "atipica"*.

³⁷ V., in luogo di tanti, CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, cit. 251 e 254.

³⁸ V. CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit. 97, nt. 198.

³⁹ Così PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, cit. 342 (c.vo nel testo).

⁴⁰ V., da ultimo, Cass. 27 dicembre 2010, n. 26152, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Contratto in genere*, nn. 491 e 493 e, per le decisioni pregresse, *infra* § 6, testo e nota 62. Problema, naturalmente, che non si pone quando il contraente c.d. fedele si orienti a proporre in via gradata le due domande, con quella di adempimento subordinata ad una principale di risoluzione, giacché la presenza contestuale di entrambe certifica che il non inadempiente tuttora conserva interesse all'esecuzione del contratto.



quanto prestato, se gli fosse pure impedito di agire in adempimento, neanche potrebbe conseguire la controprestazione⁴¹, con una perdita secca neutralizzabile, a quel punto, soltanto coll'*escamotage* di immaginare una condanna della controparte a restituire un valore pari alla prestazione non effettuata⁴².

Quand'è così, tutto fuorché stipulativo sembra allora notare che, nelle pieghe dell'art. 1453, comma 3, si annida la *fattispecie nascosta* di un'eccezione di risoluzione, disvelata da una giurisprudenza che, quando chi abbia rifiutato un adempimento tardivo sia convenuto in giudizio per l'adempimento, la fa scorrere *in parallelo* ad una riconvenzionale di risoluzione, rispecchiando così il *tipo* di interesse avuto di mira da questo codesto contraente. La sua residualità dottrinale è riconducibile, in realtà, a due *idola fori*: una lettura *a contrario* dell'art. 1453, comma 3, a guisa di un debitore che può adempiere fino alla domanda di risoluzione, contraddetta dalla circostanza di un inadempimento grave quale *causa* di una risolubilità del contratto sinallagmatico iscritta nei termini di un automatismo di legge al patrimonio del creditore, a seguire l'argomento parallelo di un affidamento del debitore occasionato dall'inerzia del contraente c.d. fedele, al quale si verrebbe così ad imputare l'onere di una tempestiva domanda di risoluzione: argomento debole se soltanto si pone mente al fatto che la legge, nel comma 2 dell'art. 1453, fa retrocedere un affidamento del debitore ben più corposo, se è vero che ammette la *mutatio* dell'adempimento in risoluzione⁴³, vanificando così l'agire di chi fosse, in ragione della domanda per prima notificatagli, in procinto di compiere un adempimento sanante. Tutto viceversa, e con maggiore linearità, torna al suo posto se, acclarato che l'art. 1453, comma 3 non è una norma a favore del debitore⁴⁴, si fa della "non scarsa importanza dell'inadempimento" un *limite ancipite* che regge tanto una risoluzione giudiziale quanto una per atto unilaterale⁴⁵.

⁴¹ La ragione pragmatica di questo indirizzo non sfugge a CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit. 88.

⁴² Dunque un'azione di ingiustificato arricchimento che, in dottrina, a tematizzare *ex professo* è SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato e già diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2007, 283 ss.

⁴³ V., luogo di tanti, CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit. 92.

⁴⁴ V., con una rigorosa sintesi, CARNEVALI, *op. loc. ult. cit.*, per quanto appaia un po' forzato etichettare l'art. 1453, comma 2 come una norma a favore del creditore.

⁴⁵ Opporre che un adempimento tardivo anteriore farebbe *venir meno* il diritto alla risoluzione, perché il fatto costitutivo della pretesa, cioè l'inadempimento, mancherebbe all'atto di presentazione della domanda, prova troppo, se è vero di nuovo che l'ammissibilità di questa offerta sanante non può esser data per implicita e poi che la legge non si cura di un ravvedimento del

In dottrina serpeggia, in verità, l'idea che un'eccezione stragiudiziale di risoluzione, più efficiente in quanto affranca il contraente c.d. fedele dai costi transattivi del processo, conosca il contrappunto di un debitore esposto così ad un'inerzia speculativa pregiudizievole, se è vero che il rifiuto potrebbe manifestarsi quando costui ha approntato la prestazione⁴⁶. Al netto, per altro, del controargomento deducibile, come si è visto, dal disposto dell'art. 1453, comma 2, non consta però che la giurisprudenza subordini l'eccezione ad un grado *più stringente* di gravità di quello prescritto per la domanda di risoluzione, sicché l'una e l'altra, pure sotto questo profilo, *pari* sono: e d'altra parte, potrebbe notarsi, l'incertezza sulla sorte del contratto, perdurante fin quando l'eccezione non sarà resa manifesta, è pur sempre occasionata dall'inadempimento. Semmai, nel tentativo di anestetizzare il possibile abuso della parte c.d. fedele⁴⁷, un qualche effetto di contenimento potrà scaturire dall'immaginare un sindacato giudiziale più circostanziato nel compulsare la sussistenza di una *giusta causa* del rifiuto, interfacciandola coll'affidamento di un debitore al quale non parrebbe ragionevole imputare il rischio di un diniego fondato su circostanze sopravvenute o delle quali, comunque, non aveva potuto prendere conoscenza all'atto della stipula. Il che traducendosi nell'idea di una preclusione limitativa di un *rifiuto a sorpresa* ovvero quando sia *callidamente* opposto da un creditore edotto del fatto che il debitore sta approntando l'adempimento⁴⁸, lascia intravedere come il supporre un'equivalenza effettuale tra eccezione ed azione di risoluzione implichi soltanto una più sofisticata tessitura di quel *balancing test*, tra gli opposti interessi in gioco, di cui sono comunque permeati i commi 2 e 3 dell'art. 1453 c.c. Addurre, in un contesto siffatto, il controcanto di un recesso sindacato ex art. 1455 come una situazione ad alto

debitore sì posteriore alla domanda ma comunque idoneo a far venir meno il presupposto della risoluzione. V. Cass., S.U., 9 luglio 1997, n. 6224, cit. In dottrina, persuasivamente, ROPPO, *Il contratto*, cit. 913.

⁴⁶ Questo il succo della digressione di DELLACASA, *Risoluzione giudiziale e "di diritto": orientamenti e problemi*, in *Tratt. del contratto*, V, *Rimedi* - 2, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 165 s.

⁴⁷ E facendo comunque carico il debitore dell'onere di informarsi «presso il creditore e verificare l'interesse di quest'ultimo ad adempimento tardivo»: così, oculatamente, CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit. 94.

⁴⁸ Non diversamente, d'altra parte, parrebbe che si possa etichettare l'intuizione sviluppata da DELLACASA, *Risoluzione giudiziale e "di diritto": orientamenti e problemi*, cit., 166. Va da sé, naturalmente, che il rifiuto si paleserà come illegittimo pure nel caso in cui il debitore, decorso infruttuosamente il termine per adempiere, interPELLI la parte c.d. fedele in ordine ad un suo perdurante interesse a ricevere una prestazione seppur tardiva e riceva in tal senso rassicurazioni: il successivo rifiuto infatti sarebbe palesemente contrario a buona fede.





tasso di soggettivismo giudiziale, da cui poi un'endemica incertezza delle relazioni contrattuali, sarebbe in realtà specioso, complice la circostanza che, di preferenza, la non scarsa importanza dell'inadempimento finirà per palesarsi, nel segno delle S.U. 26242/2014, come la *ragione più liquida*⁴⁹, la gravità essendo infatti *in re ipsa* quando l'inadempimento sia definitivo o involga la prestazione principale: e se è vero che, quando sia allegato un inadempimento parziale o un ritardo intollerabile, la fattispecie si complica, neanche si deve troppo sottilizzare stante la circostanza che ivi tornerà utile quel canone di *vicinanza della prova* che vede, come si sa, in chi intima od eccepisce la risoluzione il soggetto meglio attrezzato ad allegare gli elementi fattuali più idonei a convincere il giudice «dell'importanza soggettiva dell'inadempimento»⁵⁰. Dunque, almeno sotto questo profilo, il concepire una modalità di estinzione innominata non è causa di un qualche supplemento di vischiosità istruttoria che si riverbera a cascata in sede decisoria impastoiando con nocumento per la circolazione giuridica.

Una (seconda) piccola chiosa a margine.

Notoriamente il rifiuto dell'adempimento parziale o inesatto, stante la lettera degli artt. 1181 e 1197 c.c., non soggiace ad un requisito di gravità: sottinteso, e riformulando subito l'enunciato, quando non se ne voglia però fare una questione di risoluzione del contratto, altrimenti l'inesattezza e la parzialità, seppur definitive, beneficerebbero di un irragionevole trattamento differenziato *sub* art. 1455 c.c.⁵¹, onerando il debitore pure del costo di una prestazione eseguita parzialmente magari «non utilizzabile in altro modo per le particolari caratteristiche di essa»⁵². Nel rispetto di questa pre – condizione, di fatto latitano tuttavia degli argomenti ostativi a che un inadempimento qualitativo o quantitativo, se essenziale, possa venire eccepito come fatto estintivo del rapporto contrattuale: in tutto, e qui sta l'ulteriore variabile, o *pro parte* (quando la prestazione sia divisibile ovvero, se indivisibile, avuto riguardo

all'interesse del creditore)⁵³, a scelta, ben s'intende, del c.d. contraente fedele.

5. Il primato della risoluzione per atto unilaterale nei contratti di durata.

C) *terza fattispecie*: quando il rapporto di durata sia con termine finale a data fissa, ipotesi nella quale la figura del recesso risolutivo domina quasi incontrastata, per il gioco combinato di due enunciati, rispettivamente a) l'ineluttabile irrecuperabilità delle prestazioni ineseguite e b) l'inutilità, se il ritardo maturato non è emendabile perché la collocazione temporale della prestazione mancata è essenziale, di una diffida ad adempiere la quale paradossalmente rimetterebbe in termini il debitore⁵⁴. Qui, per il vero, la tessitura esemplificativa si fa meno vischiosa, il pingue elenco delle figure paradigmatiche basculando infatti tra le ipotesi documentanti casi di c.d. sospensione del contratto (artt. 1565, 1901 e 1924 c.c.) e le fattispecie giurisprudenziali che vedono praticata, a fronte di un'inattuazione insanabile del sinallagma, un'estensione analogica della risoluzione per atto unilaterale, alla maniera del canone espresso in Cass. 6347/1985⁵⁵, arresto nitido nel concretizzare una regola che vede il recesso per giusta causa del committente estinguere *ante tempus* il contratto schermato un'obbligazione risarcitoria dell'art. 1671 comprensiva, altrimenti, delle spese sostenute dall'appaltatore e del suo mancato guadagno. Il tutto senza che ne soffra la coerenza sistemica del discorso: vi sono infatti almeno due luoghi dottrinali nei quali il *surplus* di efficienza economica e protettiva di un recesso di impugnazione è stata, in anni passati⁵⁶, solidamente argomentata. Un *revirement* (isolato) parrebbe, è vero, affiorare con Cass. 21595/2014⁵⁷, stando alla quale il committente non può risolvere unilateralmente il contratto in quanto difetta di poteri di autotutela. Vero, epperò, a spigolare tra i repertori, traspare pure una regola

⁵³ V., al riguardo, *amplius* ed attentamente, FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*, Milano, 2005, 310 ss. e 337 ss.

⁵⁴ Si era già imbastita questa disamina in PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006, 98 ss. e 106 ss. La riprende, di recente, PADOVINI, *Risoluzione e recesso*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 86 ss.

⁵⁵ V. Cass. 14 dicembre 1985, n. 6347, in *Giust. civ.*, 1986, 1394 ss. Successivamente, eccependo in giudizio la *compensatio lucri cum damno* dell'appaltatore, v. Cass. 8 gennaio 2003, n. 77, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Appalto*, n. 64.

⁵⁶ L'allusione è alla pagina di DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti: appunti da una ricerca*, cit. 643 ed *amplius* a quella di G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 41 s., rinverdata poi in GABRIELLI – PADOVINI, *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 35.

⁵⁷ V. Cass. 13 ottobre 2014, n. 21595 (allo stato inedita).

⁴⁹ Sinonimo, notoriamente, di argomento decisivo di più scoperta evidenza e dunque assorbente di ogni altro motivo.

⁵⁰ Così, acutamente, CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit. 26. (corsivo nel testo). In giurisprudenza, accanto alle sentenze citate nella nt., v. Cass. 26 febbraio 1994, n. 1955, in *Riv. giur. edil.*, 1995, I, 356 ss. e Cass. 13 gennaio 2012, n. 409, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Procedimento civile*, n. 162.

⁵¹ V. già Cass. 27 maggio 1964, n. 1327, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1758.

⁵² Così CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit. 23 (ove poi l'ulteriore rilievo che «le inefficienze economiche prodotte da una tale situazione sono evidenti»).

d'azione concorrente, che si irradia di nuovo dall'art. 1671 c.c., condensabile nei seguenti termini: il recesso (per giusta causa) è opponibile dal committente in un qualsiasi momento posteriore alla stipula del contratto purché l'appaltatore venga mantenuto indenne nei modi di cui all'art. 1671. In tal caso è preclusa ogni indagine sull'importanza dell'inadempimento opposto, salvo che il recesso *de quo* venga corredato di una richiesta di risarcimento danni azzerante l'obbligazione del committente ex art. 1671. Come dire che l'interpolazione dell'art. 1455 c.c. censisce l'*an* del recesso, senza convertirlo però da stragiudiziale in giudiziale, con un'estinzione che rimane, come il recitativo di più pronunce in sequenza avvalorata⁵⁸, *unilaterale*. Risultato, proprio dall'interpretazione corrente dell'art. 1671 traspare come la differenza che passa tra il discorso delle Corti e quello (maggiormente) accreditato in dottrina sia significativa: mentre quest'ultima non disdegna il compenetrare (discutibilmente) risoluzione e risarcimento, talora giungendo poi ad individuare la *ratio* di questa in una funzione delimitativa del rischio connesso ad un'insufficienza giuridica o *in fact* del risarcimento⁵⁹, le prime più persuasivamente optano per una declinazione separata, facendo dell'effetto liberatorio una vicenda che si può cumulare alla pretesa al risarcimento del danno. Il che, non v'è chi non lo veda, implica il tratteggiare una prospettiva rimediale alquanto diversa.

6. Inadempimento essenziale e dichiarazione stragiudiziale di risoluzione: il discutibile rimando ad una tutela dell'affidamento.

D) *quarta fattispecie*: la dichiarazione stragiudiziale, in conseguenza di un inadempimento grave, di risoluzione istantanea, recesso evidentemente e non diffida in quanto l'effetto estintivo non passa per una rimessione in termini del debitore ex art. 1454 c.c.

Ora, qui il discorso parrebbe in effetti, almeno *prima facie*, sfilacciarsi, per almeno due ragioni concomitanti. Intanto è vero che la giurisprudenza, dopo il *dictum* lasco di Cass. 6134/1979⁶⁰, tolti due

arresti rimasti isolati (e molto stringati per di più)⁶¹, ammette di massima il contraente c.d. fedele, che abbia visto rigettata o dichiarata inammissibile la domanda di risoluzione, comunque a chiedere successivamente l'adempimento coattivo in virtù del fatto che il rigetto o l'inammissibilità mutano l'*attualità* del suo interesse⁶²; di conseguenza un'estinzione dell'obbligazione dell'inadempiente neanche *si dà* per effetto di una domanda giudiziale, nel contempo, è di un'evidenza inoppugnabile che l'idea, già sperimentata in dottrina⁶³, di una dichiarazione stragiudiziale *vincolante* alla maniera di cui all'art. 1453, comma 2, e dunque comportante lo stesso effetto sostanziale preclusivo di una domanda, è contraddetta dalla corposa circostanza che l'argomento di una tutela dell'affidamento, non potendosi imputare al debitore un *cumulo* di obblighi per un tempo indeterminato⁶⁴, incoccia nel difetto che ogni qual volta codesto debitore si trova a con-

qualche riscontro successivo. In senso contrario, tra le più recenti, trattandosi di una massima standardizzata, v. almeno Cass. 14 marzo 2006, n. 5460, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Albergo*, n. 8 (argomentando dalla circostanza che la preclusione all'adempimento sia un'eccezione in senso stretto, sicché non opererà quando il contraente protetto non intenda avvalersene) ed in precedenza Cass. 29 maggio 1990, n. 5017, ivi *Rep.* 1990, voce *Contratto in genere*, n. 371. In dottrina, per tutti, v. CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit. 85 – 87.

⁶¹ V. Cass. 9 giugno 1992, n. 7085, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1263 ss. e Cass. 11 febbraio 1993, n. 1698, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Contratto in genere*, n. 443, entrambe su di una preclusione definitiva della domanda di risoluzione ov'anche si abbia poi a materializzare una declaratoria di rigetto.

⁶² V., in special modo, Cass. 9 febbraio 1995, n. 1457, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1150 ss.; Cass. 11 maggio 1996, n. 4444, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 742 ss. e Cass. 19 gennaio 2005, n. 1077, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Contratto in genere*, n. 589. In dottrina, adesivamente, CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, cit. 249 s. Quanto invece a Cass. 4 dicembre 1999, n. 13563, ivi, *Rep.*, 1999, voce cit., 531 e Cass. 12 settembre 2013, n. 20899, *ibid.*, voce cit., n. 463, in realtà, contrariamente a quanto normalmente viene notato, sono due arresti che si pronunziano sull'ammissibilità di ambedue le domande ma subordinatamente.

⁶³ V. SACCO, in SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004³, II, 646 – 649 che sviluppa un periodare già abbozzato in LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, Milano, 1936, I, 314, colla variante di immaginare una preclusione alla quale si abbina, per l'inadempiente al quale sia stata notificata la risoluzione, comunque la residua facoltà di adempiere entro un congruo termine dedotto, per analogia, dall'art. 1454. Nella letteratura più recente rinnova questo argomentare, senza significative discordanze, DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit. 56 – 59.

⁶⁴ V. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit. 64, per il quale la preclusione sta per un'estinzione del diritto all'adempimento che non risorge neanche in caso di estinzione del giudizio o di rigetto della domanda proprio in ragione dell'affidamento maturato dalla controparte. La giurisprudenza però è di tutt'altro avviso: v. Cass. 29 novembre 2001, n. 15171, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 470, motivando dall'idea che il divieto di legge si lega alla mancanza di un interesse *attuale* all'adempimento.

⁵⁸ V. Cass. 22 aprile 2008, n. 10400, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Appalto*, n. 80, sulla scorta di Cass. 30 marzo 1985, n. 2236, in *Giust. civ.*, 1986, I, 511; Cass. 29 luglio 1983, n. 5237, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1336, seguite da Cass. 13 luglio 1998, n. 6814, in *Studium iuris*, 1998, 1384 nonché da Cass. 29 luglio 2003, n. 11642, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Appalto*, nn. 62 e 67.

⁵⁹ V., col solito rigore, BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1308 -1310.

⁶⁰ *Per estenso*, Cass. 23 novembre 1979, n. 6134, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 559 ss., che non ha però trovato, come si diceva, un





testare la fondatezza dell'inadempimento oppostogli, lungi dal vantare un *diritto a non adempiere*, dimostra in realtà di avere ancora un precipuo *interesse al contratto*: sicché indugiare su un divieto di *ius variandi* unilateralmente orientato, in quanto il debitore potrebbe nel frattempo aver disposto diversamente della prestazione dovuta, quando un siffatto affidamento *non c'è*⁶⁵, davvero caricherebbe il periodare fin qui esposto di un che di apodittico. Non a caso, se il convenuto in risoluzione si oppone alla domanda risolutoria ma non promuove a sua volta una riconvenzionale, ha più di un senso sostenere che, siccome la sua condotta processuale attesta implicitamente la volontà di conservare il contratto, la preclusione della domanda di adempimento, a tutela del suo affidamento, vada qui tenuta in non cale⁶⁶. Risultato, nonostante il contrario avviso di un'attenta dottrina⁶⁷, l'interpretazione restrittiva dell'art. 1453, c. 2, da cui un effetto preclusivo circoscritto ai (soli) casi di un convenuto inadempiente che agisca in riconvenzionale ovvero che contesti (non i) presupposti della risoluzione ma l'entità dei danni domandati dalla controparte, ci pare fotografi al meglio la *ratio* di una disposizione tutelante sì l'affidamento dell'inadempiente ma entro i limiti di un canone di ragionevolezza.

E tuttavia, a mischiare un po' le carte, parrebbero residuare dei margini per rivisitare il problema non foss'altro per l'argomento pragmatico di un inadempimento grave che, se legittima un rifiuto risolutorio, non si vede per quale motivo non dovrebbe consentire a che si produca lo stesso effetto allorché il contraente c.d. fedele, *prevenendo* l'iniziativa della controparte, dichiara in maniera espressa la sua intenzione di considerare risolto il contratto⁶⁸. Certo, l'idea della simmetria da sola è debole ed abbinarle il rilievo che una risoluzione per atto unilaterale è preferibile in quanto, ragionando in termini di costi – benefici, manda immune il debitore dai costi di apprestare una prestazione tardiva alla quale la parte c.d. fedele magari si opporrà, non risolve. Pure chi però volesse sostenere

che il catalogo delle fattispecie esemplificate fin qui certifica tutt'al più l'esistenza di una lacuna assiologica, farebbe mostra di usare un argomento claudicante, riflesso com'è questa idea di una qualifica dell'art. 1453 come *norma cadetta* di un art. 1372 che imporrebbe, per come è formulato, la *conservazione* del contratto. Senza tante perifrastiche, viene fatto invero di ribattere che imputare al contraente c.d. fedele l'onere di una domanda giudiziale, utile soltanto ad evitare la sopravvenienza di un adempimento sanante, omette di considerare che l'eventualità di un tenore di scambio così artificiosamente mantenuto sarà comunque *diverso* da quello che le parti avevano originariamente pattuito. Il fatto poi che il diritto transnazionale (artt. 49 e 64, comma 1 CISG) sia tutto calibrato, pure per una maggiore speditezza assecondante la prevedibilità dello scambio, su di una risoluzione per atto di parte attesta che, in una logica di parità delle armi, il recesso *non attenta* più della risoluzione alla forza di legge del contratto.

7. Segue: il recesso dal contratto per inadempimento nella cornice di cinque (nuovi) argomenti.

Non solo: ben cinque argomenti, di cui tre estrapolabili dal formante giurisprudenziale più recente, dovrebbero, per la verità, indurre l'interprete a riconsiderare più linearmente la questione. Nell'ordine

primo, quando la risoluzione *non si abbina* al risarcimento del danno, l'ordinamento conosce già due fattispecie di scioglimento per via unilaterale del contratto, il recesso dell'art. 1464 e prima ancora quello, corredato di una caparra confirmatoria, dell'art. 1385 c.c..

Sub art. 1464, la tesi di un recesso giudiziale per impossibilità, che si contrapporrebbe ad uno scioglimento automatico, proprio per converso dell'art. 1463, è invero palesemente forzata e, come ben coglie Cass. 6299/1987⁶⁹, contraddetta da almeno tre argomenti concorrenti: il debitore della prestazione parzialmente impossibile può sempre eccepire l'infondatezza del recesso e fare accertare giudizialmente l'inefficacia del medesimo; l'intervento del giudice è escluso pure nel caso in cui il creditore

⁶⁵ Complice giust'appunto una condotta del debitore manifestante un intendimento contrario alla caducazione del contratto V., con una tersa argomentazione critica, GIORGIANNI, *In tema di risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Contr. impr.*, 1991, 61 ss.

⁶⁶ Così, al riguardo, TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit. 64 s. e, per chi lo voglia, PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, cit. 112.

⁶⁷ V. CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit. 81, per il quale l'insindacabilità della *mutatio* per il contraente fedele dovrebbe implicare che non si vagli paritariamente il comportamento processuale dell'inadempiente. Argomento serio sì ma che di per sé non smonta l'esigenza di contemperamento degli interessi sottesa alla *teleologische Reduktion* suggerita.

⁶⁸ Il che non sfugge a DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit. 56 ss.

⁶⁹ V. Cass. 17 luglio 1987, n. 6299, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Contratto in genere*, n. 456 che si discosta appropriatamente da Cass. 14 aprile 1981, n. 2256, in *Foro it.*, I, 2975 ss. In dottrina, volendo, PAGLIANTINI, *sub* art. 1464, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta ed Orestano, Torino, 2011, IV, 592 s.

opti per l'accettazione di una prestazione ridotta⁷⁰; la scadenza del termine pattuito, o di quello fissato dal giudice, successivamente al prodursi del fatto impeditivo, non estingue il diritto di recesso in quanto è solo infatti l'accettazione di una prestazione parziale che *lo consuma*. Dunque un diritto potestativo di recesso in senso proprio⁷¹, azionabile ogni qual volta il sinallagma che residua si mostri idoneo a produrre un tipo di utilità subiettiva *diversa e difforme* da quella costituente la ragione iniziale dell'operazione economica. D'altronde, e detto *en passant*, non è che l'art. 1672, per il caso di un'impossibilità sopravvenuta solo parziale, tracci un rimedio diverso a favore del committente⁷².

Sub art. 1385, il ragionamento –è vero- deve farsi più sofisticato ma il risultato non cambia. Gli è, infatti, che il vaglio giudiziale⁷³, prospettabile ove la suddetta caparra sia iniqua, non intacca l'*an* del recesso ma va piuttosto a censire l'entità di una somma che, siccome funge da forma di liquidazione del danno alternativa a quella di legge, in realtà vede l'autonomia privata *spossessare* il giudice del sindacato di controllo sulla corrispondenza tra pregiudizio patito, in conseguenza dell'inadempimento, e danno da risarcire. Da cui poi, quando questa correlazione manchi, il riespandersi *per legge*, se normativamente la liquidazione del danno è affare delle Corti⁷⁴, di un potere del giudice di apprezzare la congruità del *quantum* pattuito, con un'eventuale manipolazione modificativa della clausola non equa. A spiegazione del *dictum* di Cass. 4777/2005⁷⁵, sulla legittimità dell'eccezione opposta dal promittente alienante che rifiuti la restituzione della caparra, v'è perciò il fatto che il binomio risoluzione – risarcimento non soltanto è scomponibile nella duplice variabile di una risoluzione senza risarcimento e di un risarcimento senza risoluzione⁷⁶, ma la prima versione, ecco il punto, documenta l'*autosufficienza satisfattiva* dell'effetto liberato-

rio quando l'inadempimento essenziale non abbia causato al creditore un pregiudizio economico rilevante. *Ergo*, torna la circostanza asseverativa di come sia la *parziale esecuzione* del contratto ad imporsi a guisa di un «fatto compiuto», registrato dall'ordinamento sul terreno della risoluzione esprimendo delle regole che non si limitano, per il gioco delle preclusioni reciproche congegnato dal 2 e 3 comma dell'art. 1453 c.c., ad impedire l'imposizione unilaterale dello scambio, strutturando piuttosto la risoluzione come una vicenda che si dà *endoprocessualmente*. In un panorama siffatto, la tanto discussa Cass. 12235/2007 non è poi così sorprendente⁷⁷, al netto beninteso dell'autentico *misunderstanding* inficiante tutte quelle interpretazioni pretermissive della circostanza (dirimente) che qui a domandare la risoluzione per difetto sopravvenuto del presupposto era stato un Comune permutatario qualificabile, *melius re perpensa*, come inadempiente in quanto l'idoneità del depuratore all'uso pattuito costitutiva a pieno titolo, trattandosi di una qualità del bene dedotto in contratto, un risultato dovuto mancato. Dopo di che il fatto che la narrativa processuale non contempra una risoluzione stragiudiziale opposta dall'impresa permutante non è sorprendente se si considera che, nella specie, un doppio motivo, l'effetto reale prodottosi e gli ingenti corrispettivi versati interinalmente ad acquedotti privati⁷⁸, rendevano *esiziale* un effetto liberatorio che fosse sprovvisto di un risarcimento dei danni⁷⁹. Dunque, nonostante sia etichettata come un *revirement* (isolato) della Cassazione in materia di presupposizione⁸⁰, una sentenza che tutt'al contrario indirettamente avvalora come l'interesse del contraente fedele in risoluzione abbia per lo meno un contenuto bivalente;

⁷⁰ E se il creditore può procedere autonomamente ad eseguire una prestazione proporzionalmente diminuita, va da sé che dev'essere pure ammesso a recedere *ex se* dal contratto.

⁷¹ Cfr. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta* (artt. 1463 – 1466), in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 2002, 164.

⁷² V., almeno, RUBINO – IUDICA, *Dell'appalto. Libro IV. Delle Obbligazioni*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1992, 479.

⁷³ V. Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, I, 382 s. e 2 aprile 2014, n. 77, *ivi*, 2014, I, 2035 s.

⁷⁴ V., coll'abituale rigore, CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit. 178.

⁷⁵ Nel dettaglio Cass. 4 marzo 2005, n. 4777, in *Contratti*, 2006, 122, nel segno per altro di Cass. 25 novembre 1993, n. 11684, in *Giust. civ.*, 1994, I, 674.

⁷⁶ Tra le tante v. Cass. 11 giugno 2004, n. 11103, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Contratto in genere*, n. 564 e Cass. 24 novembre 2010, n. 23820, *ivi*, *Rep.*, 2010, voce *cit.*, n. 495.

⁷⁷ V. Cass. 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1177 ss., con nota (parzialmente adesiva) di AZZARRI, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il revirement della Suprema Corte*.

⁷⁸ Per la fornitura sostitutiva della quantità d'acqua industriale convenuta.

⁷⁹ Per un'inesattezza della prestazione, sintetizzando al massimo il ragionamento, imputabile ad un Comune che, come la motivazione ben evidenzia, si era in realtà accollato contrattualmente il rischio della sopravvenienza di fatti ostativi al regolare funzionamento dell'impianto di depurazione, donde poi, all'inverarsi di un siffatto evento, il costoso onere di assicurare una fornitura sostitutiva. E se la fornitura sostitutiva rappresentava un'obbligazione con facoltà alternativa dedotta in contratto, va da sé che, nella veste di un *rischio ordinario*, non era traslabile economicamente, neppure *in parte qua*, sulla società permutante.

⁸⁰ Per tutti i dettagli del caso v. AIELLO, *L'applicabilità del rimedio risolutivo al difetto sopravvenuto di presupposizione in un recente revirement della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 305 ss.



secondo, la diffida ad adempiere, come pure da ultimo la Cassazione ha ribadito⁸¹, più che alla gravità dell'inadempimento si lega tanto all'essenzialità della prestazione nell'economia del programma contrattuale quanto alla circostanza che al debitore sia stato assegnato un congruo termine per adempiere. Ebbene, se si esclude che un inadempimento grave, fuori dai casi di diritto, *risolva*, si inscena un cortocircuito sistematico in quanto, mentre si verrà a riconoscere che un inadempimento sì lieve epperò prodromico ad un serio pregiudizio può essere causa di un *tempestivo* scioglimento in via monitoria, per un'inattuazione che è già *essenziale* si postula viceversa il medio alternativo dell'onere di una domanda giudiziale ovvero di una diffida la quale, per il fatto di accordare una dilazione congrua al debitore, non può che palesarsi come idonea a frustrare definitivamente l'interesse del contraente c.d. fedele. Di qui, l'inclinazione allora a pensare che sia ragionevole supporre un'applicazione analogica dell'art. 1453, comma 2, corredata per di più dalla duplice circostanza che, se l'*escamotage* di trasformare in diffida *ogni* dichiarazione stragiudiziale carente di un qualche requisito di legge svislisce apertamente la portata precettiva dell'art. 1454, viceversa l'interesse a liberarsi subitaneamente della prestazione promessa, in previsione di stipulare un contratto di rimpiazzo parimenti vantaggioso, non la si può ritenere una condizione appannaggio del solo debitore.

terzo, e qui il discorso si fa davvero intrigante, soccorre la regola di azione che si può ricavare dalle sentenze gemelle sul rilievo officioso della nullità pendente una domanda di impugnativa negoziale. Secondo le S.U.⁸², il canone di una generale rilevanza officiosa convive, com'è ormai appurato⁸³, con una specie di giudicato implicito esterno cali-

brato alla c.d. zeuneriana maniera⁸⁴: in sintesi, e collo stringente temperamento *ex adverso* dell'art. 187, comma 2 c.p.c., un vincolo al motivo portante della precedente decisione di rigetto, valevole tra le parti in tutti i successivi processi nei quali torni a farsi questione sulla validità della fattispecie controversa. Per le S.U., sulla premessa di una *rechtliche Sinnzusammenhang*, il rigetto di una qualche domanda di impugnativa negoziale, per la nullità *incidenter tantum* del titolo prodotto, funge da preclusione (extraprocessuale) di merito scongiurante il rischio che l'attore soccombente, nella successiva veste di convenuto per l'adempimento, si trovi a venire condannato ad un'esecuzione fondata sullo stesso titolo già reputato nullo. Il che, detto di passata, non fa una grinza sulla scorta della ragione (materiale) ineccepibile che, quando si fa questione di un rapporto sinallagmatico, il rigetto incrina «tutti gli effetti del contratto» e non il solo diritto dedotto in giudizio⁸⁵.

Ebbene, chiusa momentaneamente la parentesi, se il compratore dovesse allora domandare giudizialmente l'adempimento e la sua pretesa venisse rigettata perché l'eccezione di risoluzione oppostagli è fondata, non sarà allo stato più possibile che successivamente quello stesso venditore domandi il pagamento del prezzo in forza del contratto impugnato, sull'assunto che il rigetto (definitivo) intervenuto vale da preclusione extraprocessuale (o da c.d. giudicato implicito) che copre non la singola obbligazione bensì l'intero rapporto sostanziale. E proprio qui, argomentando dall'oggetto del giudicato, sta il punto.

Tornando infatti al *gran arrêt* delle S.U., subito, invero⁸⁶, si è fatto notare come il suo storico dispositivo abbia natura di *precedente vincolante* ex art. 374, comma 3 c.p.c. là dove esclude il formarsi di un giudicato implicito sulla validità del contratto quando il giudice, dando applicazione all'art. 187, comma 2 c.p.c., decida sulla scorta di una pregiudiziale di merito più liquida (§ 5.14.7.): epperò, siccome una siffatta conclusione null'altro è che un «temperamento» di quella parte – premessa in cui si individua nel rapporto sostanziale l'oggetto proces-

⁸¹ V. Cass. 18 aprile 2007, n. 9314, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Contratto in genere*, n.545. In dottrina, in luogo di tanti, COSTANZA, *sub art.* 1456, in NANNI – COSTANZA – CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento, artt. 1455 – 1459*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja - Branca, a cura di Galgano, I, 2, Bologna – Roma, 2007, 62 ss. e SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento, Art. 1453-1459*, in *Il Codice Civile. Comm.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2007, 531 ss.

⁸² V. Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26243, per il cui commento v., tra gli altri, PAGLIANTINI, *Rilevanza officiosa e risolvibilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti*, 2015, 113 ss. e CARBONE, «Porte aperte» delle Sezioni unite alla rilevanza d'ufficio del giudice della nullità del contratto, in *Corr. giur.*, 2015, 88 ss.

⁸³ V., spigolando dal fascicolo speciale di Studi Senesi, le pagine di CONSOLO – GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, 139 ss. ed il nostro «Parigi val bene una messa»? Le Sezioni unite sul rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 137 ss.

⁸⁴ V. CONSOLO, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Europa dir. priv.*, 2010, spec. 972 ss. L'uso del c.d. nasce dal fatto che, come questa dottrina fa notare, qui più che un giudicato, non essendo ampliato l'oggetto del giudizio, v'è una *preclusione extraprocessuale* -per le parti- fondata sul principio di buona fede, nell'ottica, direbbe il civilista, del divieto di un *venire contra factum proprium*.

⁸⁵ Ergo, in assenza di una specifica impugnazione, spazio ad un c.d. giudicato implicito sulla nullità del contratto se questa, ancorché non vi sia stata una domanda di accertamento incidentale, è stata la *ratio decidendi del rigetto*: V. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit. 114.

⁸⁶ V., colla consueta acutezza, PROTO PISANI, *Una decisione storica delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2015, I, 944.

suale di *tutte* le azioni contrattuali (§ 4.8.), è ragionevole dedurre che un'identica natura si debba riservare pure a questa⁸⁷. Ebbene, trasferito all'eccezione di risoluzione, il risultato che si dà ha dell'eclatante in quanto, per un'interna coerenza del discorso, dovrà riconoscersi che, per il medio di un rigetto definitivo della domanda di adempimento, il rifiuto opposto dal venditore diviene *risolutorio*, delineandosi perciò una situazione che vede stilizzata un'*equipollenza* di tipo effettuale tra eccezione e domanda di risoluzione. (Ri)torna così l'argomento pragmatico di apertura, se lo scioglimento può avvenire per via di eccezione, bypassando così il medio di un'efficacia sostanziale tipica *per sentenza*⁸⁸, quale principio dogmatico impedisce che un risultato equivalente connoti una dichiarazione stragiudiziale di scioglimento? Se un siffatto dogma, com'è intuitivo comprendere, sta nella natura costitutiva della sentenza, basta ordinare diversamente il discorso immaginando che la pronuncia *de qua* sia costitutiva quando il contraente fedele *domandi* la risoluzione insieme al risarcimento: cioè in ragione del *petitum*.

Quarto, un avallo sì incidentale ma estremamente prezioso si trae pure dal *grand arrêt* col quale le S.U. hanno riconosciuto al creditore, che abbia mutato la domanda di adempimento in risoluzione, la facoltà di chiedere contestualmente il risarcimento del danno (e la restituzione delle prestazioni eseguite)⁸⁹: il che, come si sa, non era affatto pacifico per via del sottinteso che la natura *eccezionale* dell'art. 1453 cpv., contemplante una *mutatio* in deroga alle norme processuali (artt. 183 e 345 c.p.c.), non avrebbe dovuto implicare una legittimazione del contraente fedele a proporre pure l'ulteriore domanda risarcitoria, da affidarsi pertanto ad un successivo procedimento. Scrutinando il fitto apparato ar-

⁸⁷ Non a caso PAGNI, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, 70 ss., nota come il legare al rapporto complesso i limiti dell'oggetto del giudicato implichi, per una coerenza del discorso, svolgere il tassello successivo di ripensare *funditus* l'insieme delle azioni di impugnativa (e di esecuzione) contrattuale.

⁸⁸ V. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit. 114.

⁸⁹ V. Cass., sez. un., 11 aprile 2014, n. 8510, in *Contratti* 2014, 755 ss., la quale, seppur modellata sul periodare di chi, v. G. GABRIELLI, *Proponibilità delle domande risarcitoria e restitutoria in corso di giudizio purché congiuntamente con quella di risoluzione del contratto inadempito*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, ha per primo intuito la questione, vi decampa in quanto muove da una (più convincente) lettura in chiave processuale e non sostanziale dell'art. 1453, suscettibile viceversa, nell'impostazione dell'a. citato, di un'estensione analogica. Per un'attenta disamina del problema, colle relative indicazioni bibliografiche, si rinvia alla corposa nota, di seguito alla sentenza, di DELLACASA, *Il cantiere dei rimedi contro l'inadempimento: ius variandi e risarcimento del danno tra disciplina legislativa e regole giurisprudenziali*.

gomentativo messo in campo dalle S.U., affiora infatti il rilievo teleologico che l'interesse del contraente deluso fattosi attore in risoluzione non ha per certo di mira il solo ottenere una pronuncia che lo esima, per effetto dello scioglimento, dall'adempiere alla prestazione dovuta: ad un siffatto risultato può ben invero provvedere quella c.d. eccezione di inadempimento *inutile*, per contro, se il contratto impugnato ha ricevuto parziale esecuzione, onde l'interesse al risarcimento ed alle restituzioni. Ecco allora riaffiorare il motivo scriminante: è il fatto dell'esecuzione che *indirizza* l'interesse del contraente c.d. fedele, dimidiato in realtà tanto se il *ius variandi* non potesse contemplare la domanda di risarcimento quanto se un inadempimento grave non lo abilitasse a liberarsi del contratto con una risoluzione stragiudiziale. Le S.U. ragionano, nella specie, di un principio di *effettività* e di *concentrazione* della tutela: circoscriverne il perimetro a neutralizzare il *minus* di tutela che la parte c.d. fedele patirebbe se, ottenuto lo scioglimento, dovesse poi avviare un secondo processo, occulta disparitariamente la circostanza che un *deficit* di protezione affligge pure il contraente fedele che, per spogliarsi di un contratto inutile, abbia l'onere di agire giudizialmente⁹⁰. A presidio delle ragioni di un debitore, sì inadempiente ma ciò nondimeno interessato alla manutenzione del contratto, v'è infatti il contrappunto di un'eccezione o di una dichiarazione stragiudiziale opposte a *rischio e pericolo*, secondo la formula oramai invalsa presso le corti francesi⁹¹, di chi se ne avvale, in quanto l'una e l'altra *sub condizione* di un sindacato giudiziale sulla gravità dell'inadempimento. La *giudizialità* diventa così un fattore che non funge da presupposto necessario di risolvibilità del contratto convertendosi piuttosto, secondo la logica scriminante di un'esistenza/inesistenza del fatto costitutivo, in una vaglio sul merito della vicenda ablativa, nell'ottica di coniugare effettività (della tutela) e deterrenza. Gli è infatti che, se l'effetto liberatorio può realizzarsi per via unilaterale, dovrebbe pure comprimersi di riflesso, stante la prevedibilità dello scioglimento,

⁹⁰ Onere che, rispetto ad una fattispecie potenzialmente autosufficiente, innesca una vicenda processuale superflua. Per il rilievo che il principio di ragionevolezza sotteso a Cass. 8510/2014 detta una regola d'azione generale, estensibile alla rilevazione della nullità contrattuale, v. PAGNI, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, cit.

⁹¹ Dove la figura di un'eccezione di inadempimento, perentoria e non più sospensiva, come si diceva, prospera allegando una pluralità di argomenti, da quello pragmatico di un'*urgenza* evitante l'ispessirsi del danno già prodotto (JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, th. Paris, 1968, 176 e s., n. 209 ss.) al motivo di una maggior efficienza del rimedio unilaterale specialmente nell'area dei rapporti d'impresa (v. ATIAS, *Les "risques et périls" de l'exception d'inexécution (limites de la description normative)*, in *D., Chron.*, 2003, I, 1103 ss.).





l'inclinazione a praticare un inadempimento efficiente, accrescendo in pari tempo il tasso di diligenza del debitore nell'adoperarsi ad evitare l'insorgere di un inadempimento grave. Dopo di che non è da escludere, è vero, che un rifiuto risolutorio ridondi pure a vantaggio del debitore, se nel frattempo l'eccezione ha provveduto ad una stipula di rimpiazzo importante un utile eguale o superiore a quello del contratto non andato a buon fine: nella misura in cui il contraente c.d. fedele non avrà motivo di agire giudizialmente per i danni, il debitore di rimando qui si gioverà del risultato di andare immune dalle conseguenze del proprio inadempimento. Al netto di questa variabile, che potrebbe pure non delinarsi, giova però piuttosto evidenziare come la domanda di risoluzione diventi –in realtà– un *præius* indefettibile quando l'interesse alla prestazione od al valore economico della stessa sia infungibilmente legato al contratto impugnato, nel senso che il danno resterebbe altrimenti allogato là dov'è. Il che, come giustamente nota adesso la dottrina⁹², fa pure da molla orientante l'interesse del debitore, il quale abbia contezza dell'illegittimità del rifiuto oppostogli, ad agire oppure no processualmente. Se può disporre altrimenti della prestazione dovuta e/o non ha un interesse specifico alla controprestazione, l'estinzione del vincolo si sarà prodotta senza i costi transattivi di un processo. In tempi di (finta ?) degiurisdizionalizzazione, non è poco;

Quinto, sebbene singolarmente non siano dirimenti, a titolo completivo neanche è da sottovalutare l'efficienza persuasiva che, nel loro insieme, possono rifrangere, sempre citando dal corpo delle sentenze gemelle 26242 e 26243/2014, i principi di *adeguatezza* (sinonimo di più liquida) e di *economicità* (in termini complessivi) della regola d'azione che definisce la lite. Depurati dai loro accenti più laschi, questi canoni sembrano infatti recepire quell'idea di una risoluzione da affidarsi, di *preferenza*, ad un potere formativo autonomo quando la radicalità dell'inadempimento sofferto disincentivi il perdurare di un contratto dannoso, neutralizzabile per contro dal contraente impresa con una diversa «allocazione della prestazione»⁹³. L'argomento è un *τόπος* immancabile del dibattito dottrinale corrente⁹⁴ e se qui lo si lambisce soltanto è per la caratura prospettica o tutt'al più *in itinere* che hanno certi

⁹² V. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit. 49.

⁹³ Così CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. I*, cit. 114.

⁹⁴ V., per tutti, PADOVINI, *Scioglimento unilaterale del vincolo fra recesso e impugnazione del contratto nella proposta di diritto comune europeo della vendita*, cit. 497 (che discorre di un recesso unilaterale che permetterebbe di colmare la distanza separante «il diritto interno dalla realtà economica»).

modelli rimediali di *soft law* (art. 9: 303 PECL, art. 7.3.2. PICC, art. 3: 507 DCFR ed artt. 118 e 138 CESL) a fronte del ben diverso peso specifico che va invece *sistemicamente* riconosciuto ad altri dati edittali: il nuovo art. 61 c. cons., se è vero che, in caso di omessa o tardiva consegna della *res* nei contratti di compravendita, il rimedio esperibile dal consumatore è un (germanizzato) recesso d'impugnazione, bypassante la disciplina (risolutoria) di diritto comune (c. 7)⁹⁵, ed il più datato, ma non meno illuminante, art. 2119 c.c., abitualmente esteso analogicamente dalle Corti al contratto di agenzia quando il preponente, in luogo di una risoluzione giudiziale, intenda far valere, alla maniera di *Rücktrittsrecht*, un inadempimento imputabile all'agente⁹⁶.

Ancora tracce perciò, nonostante tutto, di una risoluzione *self executing*⁹⁷.

8. Epilogo in quattro punti: risoluzione unilaterale ed *idola fori*.

Provando adesso, perché ormai è tempo, a tirare le fila del discorso, dall'insieme delle fattispecie spigolate si può desumere, a mo' di ricapitolazione problematica, come

1) non sia pertinente, combinando il discorso dottrinale con quello delle Corti, declinare il sintagma «risoluzione del contratto» allo *stato puro*, senza farlo cioè seguire da un qualificativo che lo renda più circostanziato. Una coppia, ordinata intorno al distinguo di un creditore che si sia nel frattempo reso *solvens* della propria prestazione, prende il posto dell'indivisibile fattispecie iniziale, restituendo l'immagine di un art. 1453 c.c. che si governa il meccanismo risolutorio prendendo ad oggetto tanto l'archetipo del contratto inadempito (*da ese-*

⁹⁵ Sulla questione sia consentito il rinvio a PAGLIANTINI, *sub* art. 61, in *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. lgs. n. 21/2014*, a cura di D'Amico, Padova, 2015, spec. 291 ss.

⁹⁶ In dottrina, puntualmente, DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit. 61 s. mentre, per la giurisprudenza, è sintomatica Cass. 4 giugno 2008, n. 14771, in *Contratti*, 2008, 977 ss., con nota di BACCIARDI, *Il recesso impugnatorio nel contratto di agenzia e la giusta causa per relationem*. Successivamente v. Cass. 26 maggio 2014, n. 11728, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Agenzia*, n. 12 e Cass. 25 giugno 2012, n. 10576, in *Guida al dir.*, 2012, fasc. 37, 61.

⁹⁷ *Quid* poi nel caso in cui, notificata la dichiarazione stragiudiziale, il c.d. contraente fedele non si veda opporre alcuna obiezione da un debitore il quale si risolva ad esplicitare le proprie contestazioni dopo un considerevole lasso di tempo? Il silenzio protratto, come in dottrina si fa notare (v. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit. 44), difficilmente sembra derubricabile ad una vicenda che non fonda un legittimo affidamento dell'intimante sull'avvenuto scioglimento del contratto.

quire) quanto quello del contratto *parzialmente eseguito*, epperò non collo stesso canovaccio. Rispetto alla prima figura, il diritto potestativo di scioglimento del contraente c.d. fedele manifesta infatti *pleno iure*, cioè in tutta la sua interezza, la propria efficienza ablativa. L'*escamotage*, nel caso di una dichiarazione stragiudiziale di recesso, di pensare ad una proposta di risoluzione consensuale che si perfeziona, nel silenzio del debitore, mediante un'accettazione tacita⁹⁸, è un modo sottile, ma obliquo, per provare ad ovviare ad un'incoerenza del sistema;

2) per riflesso, emerge come sia falso catalogare le fattispecie nominate di risoluzione c.d. di diritto alla stregua di un *numerus clausus*. Il recesso che Cass. 6347/1985 riconosce al committente a motivo di un grave inadempimento dell'appaltatore, non è un rimedio (generale), organico alla classe dei contratti di durata a motivo di una *differentia* che li renderebbe speciali pure in sede risolutoria, bensì l'epifenomeno di una risoluzione per atto unilaterale, azionabile quando il prodursi del solo effetto liberatorio *soddisfi* l'interesse della parte eccipiente o intimante. *Per incidens*, che la c.d. eccezione di inadempimento, di cui in più luoghi discorre la Cassazione, sia invece autenticamente di *risoluzione* lo certifica l'argomento che un'offerta, seppur tardiva, della prestazione farebbe decadere o precluderebbe l'effetto sospensivo di cui all'art. 1460 c.c. Cass. 6134/1979, come prima si notava⁹⁹, non ha trovato un'eco successiva ma intuiva il problema, incorrendo semmai nel difetto di chiamare implicitamente in causa l'art. 1174 c.c., visto che chi abbia inteso come risolto stragiudizialmente il contratto sarebbe assimilabile ad un creditore che non abbia più interesse alla prestazione, per giustificare lo sciogliersi di un rapporto che già viceversa, e più propriamente, si deve reputare *estinto* in virtù di una scelta potestativa originata, come si è cercato di evidenziare, da un inadempimento definitivo od essenziale. L'equivoco, per chi ben rifletta, sta tutto qui giacché, se dando per buona un'interpretazione estensiva dell'art. 1453, c. 2 si riconosce all'intimazione stragiudiziale l'effetto preclusivo di una successiva pretesa all'adempimento, l'immagine che si para davanti è quella di un contratto *risolto* e non di uno stato di *risolubilità* prossimo a consolidarsi in quanto l'estinguersi di un'obbligazione importerebbe il venir meno pure di quella corrispettiva, in una ma-

niera gemella così all'ipotesi di estinzione automatica che si legge nell'art. 1463 c.c.¹⁰⁰;

3) correlativamente, può percepirsi come l'autonomia funzionale della risoluzione *de qua* si apprezzi pure rispetto al trittico stragiudiziale tipizzato negli artt. 1454, 1456 e 1457 c.c., se è vero che, in codeste fattispecie, si dà *more solito* un concorso di effetto liberatorio e risarcitorio, operante per via pattizia o tramite il medio di un accertamento giudiziale, del tutto eventuale per contro nel canovaccio di una *risoluzione senza risarcimento*. Trae spunto da qui, naturalmente, l'ulteriore corollario, già intuito del resto in dottrina¹⁰¹, su di una sterilità dell'annoso dibattere sulla natura dichiarativa o costitutiva della sentenza di risoluzione: per la ragione che, se l'effetto liberatorio è *satisfattivo*, l'eccezione o la dichiarazione stragiudiziali, in difetto di una contestazione della controparte debitrice, non abbisogneranno di un titolo giudiziale in quanto *autosufficienti*. Chi veda la risoluzione come un potere della parte c.d. fedele di scegliere, «in relazione ai suoi concreti interessi, se conseguire il bene dovutogli ovvero l'*acquisto* della liberazione dall'obbligo»¹⁰², non se ne stupirà. E, primo utile *caveat* del discorso, non è un problema, come talora si fraintende, di *duplicare* il regime della risoluzione: se questa infatti, ridotta alla sua minima unità effettuale, sempre si sostanzia nell'estinzione immediata di un rapporto corrispettivo, preferibilmente si diceva in ragione dell'esercizio di un potere di disposizione novativa, tutto in realtà finisce per legarsi al tasso di *satisfattività* che, per il contraente risolvente, abbia il conseguire un'utilità diversa da quella contrassegnante la prestazione dovuta. Il corredo risarcitorio/restitutorio, lungi dallo stilizzare *un altro modo di risolvere*, diventa in realtà lo stigma identificante le situazioni ove si abbia un'*insufficienza* dello scambio tra credito e prestazione dovuta. Il danno da risoluzione *completa* la tutela e non è un calco del risarcimento ex art. 1218 c.c., non foss'altro per la ragione che soltanto questo *si surroga* alla prestazione mancata¹⁰³. Le due

¹⁰⁰ Il che, e sotto questo profilo la migliore dottrina dominante coglie nel segno, ha del barocco (v. DI MAIO, *Obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1985, 258 ss.). Non varrà però dire che così «diventa problematico trovare la base per la condanna al risarcimento del danno» (così invece CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit. 86), se è vero che la fattispecie di cui qui si discorre postuli un effetto liberatorio affrancato da un profilo risarcitorio che, nella specie, non interessa la parte c.d. fedele.

¹⁰¹ V. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit. 47.

¹⁰² Così GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, cit. 52.

¹⁰³ Coglie felicemente il punto MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, cit. Non si trascuri poi, sempre nell'ottica di un *affrancarsi* della risoluzione dal risarcimento, che l'inadempimento



voci si sovrappongono unicamente quando la parte c.d. fedele invochi, non avendo più interesse alla prestazione in natura, un risarcimento sostitutivo ed a condizione che si verta, naturalmente, in una fattispecie di contratto corrispettivo –permuta ed altre figure innominate- ove entrambe le prestazioni non siano pecuniarie¹⁰⁴.

Dopo di che, sulla scorta degli argomenti esposti, ve n'è quanto basta –ci sembra- per procedere alla constatazione che la risoluzione delle Corti vede talora operante un interesse dispositivo – novativo, opposto a quello immanente alla pretesa dell'adempimento¹⁰⁵, che *basta da sé*. Il che, di nuovo, non dovrebbe suonare bizzarro od eterodosso se si rammenta che la lettera dell'art. 1453, c. 1 *postpone* il risarcimento dei danni tanto alla risoluzione quanto all'adempimento coattivo, coniano un'ambivalenza che, se da un lato purga la risoluzione dall'idea lasca che la vuole una sanzione¹⁰⁶, ne fa dall'altro un rimedio dotato di un orizzonte applicativo tutto affatto proprio. Cass. 7228/1997, pronunciata in tema di compravendita rispetto alla legittimazione dell'acquirente di una cosa viziata ad eccepire in autotutela che il bene è affetto da vizi, *senza* nel contempo esperire riconvenzionalmente le azioni edilizie, e Cass. 4747/1988, che ne riproduce il canovaccio in merito alla facoltà del committente, convenuto in giudizio per l'adempimento, di opporre *sic et simpliciter* l'inadempimento definitivo del prestatore d'opera¹⁰⁷, se ne avvedono. Chi volesse viceversa derubricarle ad arresti funzionali all'idea che la disciplina risolutoria dei tipi è spesso *speciale*, e *pour cause* in deroga a quella di parte generale, cadrebbe nell'abbaglio di non avvedersi che la col-

lazione delle *Falgruppen* riportate restituisce l'immagine di una risoluzione il cui regime *segue* l'interesse di chi la intenta o la domanda¹⁰⁸. Donde, ribaltando il discorso dell'*incipit*, il corollario interpretativo

4) che disposizioni sul genere degli artt. 1495 e 1667, c. 3, anziché speciali, valgono da enunciati iterativi, ciascuna nel rispettivo ambito, di una *norma generale* (latente o implicita) che vuole, al materializzarsi del presupposto minimo di un inadempimento essenziale, la (sola) risoluzione *possibile* per atto unilaterale in *tutti* i contratti a prestazioni corrispettive. Laddove una previsione minuta manchi, siccome si è al cospetto di una lacuna assiologica divenuta tecnica¹⁰⁹, in applicazione dell'art. 12 disp. l. g., le Corti in realtà vi ovviano praticando un'integrazione analogica, compensante di fatto un'inadeguatezza rimediale dell'ordinamento italiano. Tecnicamente, una *produzione di norme attraverso altre norme*¹¹⁰, nell'ottica di una risoluzione quale semplice estinzione di un rapporto contrattuale corrispettivo.

In tempi che vedono gli interpreti discorrere polemicamente di una *dottrina delle Corti*, artefice di un decidere per valori che avrebbe reso il contratto incalcolabile¹¹¹, domandarsi quanto del pensiero dottrinale ha fatto breccia nell'argomentare dei giudici può sembrare, a tutta prima, provocatoriamente antistorico. Il resoconto esposto attesta viceversa che, almeno dall'angolo visuale della risoluzione, il laboratorio giurisprudenziale ha foggato un sistema autenticamente misto nel quale il punto di interferenza tra risoluzione ed esecuzione spartisce il campo tra domanda ed eccezione giacché, se il creditore si è fatto *solvens* della prestazione, il fatto intercorso non gli consente più di ristabilire unilateralmente lo stato *quo ante*. Di qui un concorso di regole (secondo) risarcitorie e restitutorie, normativamente retto da una domanda giudiziale di risoluzione perché la logica della legge è di un primato del giudice

per ritardo ex art. 1218 è un *minus* rispetto all'inadempimento grave rilevante ai fini risolutori.

¹⁰⁴ Per tutti CARNEVALI, *La risoluzione giudiziale*, cit. 48 e BELFIORE, *Inattuazione dello scambio per causa imputabile al debitore e tecniche di tutela del creditore: la conversione della prestazione in natura in prestazione per equivalente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 227 ss.

¹⁰⁵ Cfr. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, cit. 53.

¹⁰⁶ Il binomio risoluzione –sanzione è riprodotto ultimamente da BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001, 183 ss., nell'ottica di una compulsione, sull'assunto che la minaccia di una risoluzione, comportando questa la perdita delle utilità legate alla controprestazione negoziata, inducano il debitore ad eseguire correttamente il contratto. Se non fosse che pure questo apparato ricostruttivo non riesce a dar conto del combinato argomento che l'inadempiente, sebbene perda il suo diritto alla prestazione, comunque si libera del proprio obbligo, con un risarcimento nel contempo che non funge da surrogato della prestazione inadempita ex art. 1218 c.c.

¹⁰⁷ *Per extenso*, rispettivamente, Cass. 6 agosto 1997, n. 7228, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Contratto in genere*, n. 528 e Cass. 23 luglio 1988, n. 4747, *ivi*, *Rep.* 1988, voce *Lavoro autonomo*, n. 6.

¹⁰⁸ V. infatti adesso CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit. 9, il quale, pur aderendo a quelle tesi c.d. minimaliste che tendono a leggere la questione del fondamento normativo della risoluzione alla stregua di un falso problema, coglie il punto notando che «la *concreta utilità* della risoluzione varia secondo i casi, in base all'*intento* che muove il contraente non inadempiente, e non consente generalizzazioni» (c. vo aggiunto).

¹⁰⁹ Mentre, e non a caso diremmo, la lacuna è assiologica, insanabile quindi perché espressiva di una valutazione discosta da quella fatta propria in sede normativa, a giudizio di chi esclude un effetto liberatorio per atto unilaterale fuori dai casi di stragiudizialità confezionati *ex lege*: così AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit. 407.

¹¹⁰ V. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Torino, 2001, 31 ss. e 185.

¹¹¹ Intuitivo il riferimento alle pagine di IRTI, *Un contratto "incalcolabile"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 17 ss.



nel quantificare le conseguenze economiche di un inadempimento, venendo pur sempre in rilievo un trasferimento intersoggettivo di ricchezza. Quando così non sia, il perimetro dell'art. 2908 c.c. *si ritrae* perché gli effetti costitutivi delle sentenze, secondo utile *caveat*, rappresentano pur sempre un *limite* in senso stretto all'esplicarsi dell'autonomia privata¹¹². Insomma, l'eccezione o un recesso risolutivi hanno da loro una *flessibilità* che aggira tanto l'automatismo dell'eventuale condizione di inadempimento, che fosse dedotta in contratto¹¹³, quanto i problemi posti, se si esclude il capo condannatorio, dalla dibattuta efficacia provvisoriamente esecutiva delle sentenze costitutive¹¹⁴. Non poco, dunque.

Ed allora, a mo' di conclusione *in progress*: è esatto che recesso e risoluzione misurano la forza di legge del contratto¹¹⁵; e tuttavia la giurisprudenza, ri assemblando un *puzzle* di suggestioni dottrinali rimaste per troppo tempo a livello di una (seppur felice) intuizione, ha riconcettualizzato la figura dell'inadempimento essenziale come una delle *cause*, ammesse dalla legge, di recesso per un *giusto motivo* dal contratto. A fronte del debitore, che agisca per l'attuazione del contratto, se non v'è stata un'esecuzione interinale, il creditore convenuto di massima domanderà, in via di *exceptio*, l'accertamento dell'avvenuta risoluzione, rovesciando così la prospettiva tradizionale all'insegna di un salutare «ridimensionamento selettivo del ruolo del processo nell'economia del rimedio risolutivo»¹¹⁶. Può sembrare un'acquisizione elementare: ma, nella prospettiva di accreditare un canovaccio rimediario che la *communis opinio* stenta tuttora a riconoscere, il nutrito catalogo di argomenti che si è dovuto articolare sta a dimostrare esattamente il contrario.

Come fare le cose colle regole (della giurisprudenza)?

¹¹² V. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. I*, cit. 112 ed incisivamente PADOVINI, *Scioglimento unilaterale del vincolo fra recesso e impugnazione del contratto nella proposta di diritto comune europeo della vendita*, cit. p. 501, secondo il quale il passaggio dall'azione al recesso «sposta il baricentro della disciplina e lo allontana dalle strettoie e dai confini del giudizio per riportarlo nella sfera di esercizio dell'autonomia privata».

¹¹³ V., per tutti, AMADIO, *La condizione di inadempimento: contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996.

¹¹⁴ Per un quadro esplicativo della questione v. ZAFFARONI, *La provvisoria esecutorietà dei capi condannatori delle sentenze costitutive di primo grado*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 619 ss. e

¹¹⁵ V. DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti*, cit. 637 e 640 s.

¹¹⁶ V. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, cit. 44.

